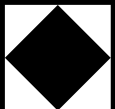


Ebers | Gsell | Mayrhofer | Danda (Hrsg.)

Neue europäische Produkthaftung

Update oder Upgrade der Haftung
für innovative Technologien?



Nomos

Datenrecht und neue Technologien

Herausgegeben von

Prof. Dr. Matthias Cornils

Prof. Dr. Martin Ebers

Prof. Dr. Mario Martini

Prof. Dr. Dr. Frauke Rostalski

Prof. Dr. Giesela Rühl

Prof. Dr. Björn Steinrötter

Band 11

Martin Ebers | Beate Gsell | Ann-Kristin Mayrhofer
Clemens Danda (Hrsg.)

Neue europäische Produkthaftung

Update oder Upgrade der Haftung
für innovative Technologien?



Nomos

Diese Veröffentlichung wurde aus Mitteln des Open Access Fonds der Ludwig-Maximilians-Universität München unterstützt.

Die **Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

1. Auflage 2025

© Die Autor:innen

Publiziert von
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-7560-2261-8

ISBN (ePDF): 978-3-7489-4913-8

DOI: <https://doi.org/10.5771/9783748949138>



Onlineversion
Nomos eLibrary



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.

Vorwort

Die Produkthaftung für innovative Systeme, insbesondere im Bereich der Künstlichen Intelligenz, wirft allgemein und in Bezug auf spezifische Sektoren herausfordernde dogmatische und praktische Fragen auf. Sie waren Gegenstand einer rechtsvergleichenden Konferenz, die am 11. Juli 2024 an der Ludwig-Maximilians-Universität München in Kooperation mit der Robotics & AI Law Society (RAILS) und dem Institut für KI-Sicherheit (DLR) ausgerichtet wurde und sich dem Thema im Kontext nationaler und europäischer Ansätze widmete. Diskutiert wurde vor allem, welche Auswirkungen die neue, kurz nach der Tagung verabschiedete Produkthaftungs-Richtlinie (EU) 2024/2853 in unterschiedlichen Rechtsordnungen und Sektoren haben wird (vgl. den Tagungsbericht von *Suilmann*, *EuZW* 2024, 961).

Für die Organisation der Tagung sowie für die Erstellung dieses Tagungsbandes haben wir wertvolle Unterstützung erhalten. Unser Dank gilt an erster Stelle den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Lehrstuhls von Prof.:in Dr. Beate Gsell, namentlich Frau Marion Kersting. Außerdem danken wir den Referentinnen und Referenten Prof. Dr. Jean-Sébastien Borghetti (Université Panthéon-Assas), Prof. Dr. Tomàs Gabriel García-Micó (Universitat de Barcelona), Prof. Dr. Andreas Spickhoff (LMU München), Prof.:in Dr. Isabelle Wildhaber (Universität St. Gallen), Prof.:in Dr. Susanne Augenhofer (Universität Innsbruck), Prof. Dr. Helmut Heiss (Universität Zürich), Prof. Dr. Oliver Brand (Universität Mannheim), Dr. Lennart Lutz (Cariad), Dr. Thomas Krüger (DLR) und Dr. Lars Entelmann (BMJ). Daneben bedanken wir uns herzlich bei Prof.:in Dr. Lena Hornkohl (Universität Wien), Dr. Michael Kieffer (Taylor Wessing), Prof. Dr. Herbert Zech (Humboldt Universität zu Berlin), Prof.:in Dr. Ina Ebert (Munich Re), Prof. Dr. Boris Handorn (Produktkanzlei), Prof. Dr. Thomas Riehm (Universität Passau) und Felix Sedlmaier (Noerr) für die umsichtige Moderation der Diskussionen. Ein besonderer Dank gilt den Sponsoren unserer Tagung und dabei vor allem Taylor Wessing sowie dem Nomos-Verlag, vertreten durch Herrn Dr. Marco Ganzhorn, sowie dem LMU Open Access Fonds, der diese Publikation gefördert hat.

Vorwort

Wir hoffen, dass wir mit dem vorliegenden Buch die Diskussion um die Produkthaftung für innovative Technologien bereichern und zugleich einen Beitrag für die Fortentwicklung des europäischen Technologierechts leisten können.

Die Herausgeberinnen und Herausgeber, im Juni 2025

Inhaltsverzeichnis

Clemens Danda

Neue Europäische Produkthaftung – Die Bedeutung der Produkthaftungsrichtlinie für die digitale Wirtschaft Europas	9
---	---

I. Themen- und sektorenspezifische Beiträge

Beate Gsell und Ann-Kristin Mayrhofer

Konkurrierende nationale Haftungsregeln und Dienstleistungshaftung – verpasste Updates und Upgrades	33
---	----

Martin Ebers

Die neue Produkthaftungs-Richtlinie: Wegbereiter für Follow-on-Klagen im Recht der Künstlichen Intelligenz?	69
---	----

Helmut Heiss

Produkthaftpflichtversicherung – neue Wege nach der neuen Produkthaftungs-Richtlinie?	111
---	-----

Lennart Lutz

Auswirkungen der Produkthaftungsnovelle auf das Haftungsgefüge in der Automobilindustrie	133
--	-----

II. Länderspezifische Beiträge

Isabelle Wildhaber

Extrawurst Schweiz – auch im Produkthaftungsrecht?	145
--	-----

Jean-Sébastien Borghetti

Die neue Produkthaftungsrichtlinie und das französische Recht:
Update oder Kick-Up? 177

Andreas Spickhoff

Auswirkungen der aktualisierten EU-Produkthaftungsrichtlinie auf
die Produkthaftung in Deutschland 199

Tomàs Gabriel García-Micó

Von der Verschuldens- zur Gefährdungshaftung: Der Fall der
Anbieter von KI-Software in Spanien 229

Neue Europäische Produkthaftung – Die Bedeutung der Produkthaftungsrichtlinie für die digitale Wirtschaft Europas

Clemens Danda*

A. Reform des Europäischen Produkthaftungsrechts

Das europäische Haftungsrecht befindet sich in einer Phase der Anpassung an die fortschreitende Digitalisierung der Gesellschaft. Die Reform des Haftungsrechts wird mitunter als dritte Welle der digitalen Regulierung beschrieben,¹ die an die Erlassung vertragsrechtlicher² und datenrechtlicher³ Regularien anschließt. Nach weitgehend konfliktfreier Debatte im Trilogverfahren,⁴ ist aus dem Reformprozess nunmehr die Produkthaftungsrichtlinie (EU) 2024/2853⁵ (ProdHaftRL 2024) hervorgegangen. Sie bringt umfassende vollharmonisierende Neuerungen und Klarstellungen für die digitale Wirtschaft Europas. Da der parallele Vorschlag für eine KI-Haftungs-

* Dr. Clemens Danda, LL.M. (Leuven) ist Postdoktorand am Institut für KI-Sicherheit des Deutschen Zentrums für Luft- und Raumfahrt. Er forscht zu technologiebezogenen Aspekten des europäischen Schuld-, Daten- und IP-Rechts unter Berücksichtigung rechtsvergleichender Perspektiven.

1 S. Lohsse/R. Schulze/D. Staudenmayer, Liability for AI – Opening a new chapter of adapting European Private law to the digital transition, in: S. Lohsse/R. Schulze/D. Staudenmayer (Hrsg.) Liability for AI Münster – Colloquia on EU Law and the Digital Economy VII, Nomos 2023, S. 7.

2 Vgl. zur Digitale Inhalte-Richtlinie im Kontext etwa M. Ebers, Gewährleistung für Legal Tech-Anwendungen gegenüber Verbrauchern: Was gilt seit der Umsetzung der Digitalen Inhalte-Richtlinie, LTZ 2022, 4.

3 Vgl. zum Data Act etwa D. Staudenmayer, Der Data Act im Gefüge des europäischen digitalen Privatrechts, NJW 2024, 1377.

4 Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 12.3.2024 zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Haftung für fehlerhafte Produkte (COM(2022)0495 – C9-0322-/2022 – 2022/0302(COD), P9_TA(2024)0132.

5 Richtlinie (EU) 2024/2853 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2024 über die Haftung für fehlerhafte Produkte und zur Aufhebung der Richtlinie 85/374/EWG des Rates.

richtlinie⁶ gescheitert ist und deliktische Ansätze damit vorerst ausbleiben, dürfte der ProdHaftRL 2024 breite konzeptuelle Bedeutung zukommen.

Eines der grundlegenden Merkmale der Richtlinie stellt die weitgehende Beibehaltung des technologieneutralen Ansatzes⁷ bei gleichzeitiger Öffnung gegenüber den Innovationen der digitalen Wirtschaft dar. Wie etwa *Martin Ebers* in seinem Beitrag skizziert, gehen die Neuerung zwar auf *sektorenbezogene* Vorüberlegungen, wie jene des *Europäischen Parlaments* zur Haftung für Robotik⁸ oder der *Expert Group on Liability and New Technologies* zu gefährlichen KI-System⁹ zurück, doch bleiben technische Details weiterhin dem Produktsicherheitsrecht überlassen. Es wird vielmehr programmatisch klargestellt, dass Künstliche Intelligenz und Software, cyber-physische Systeme sowie IoT-Produkte unter die europäischen Produkthaftung fallen. Zusätzlich wurden wichtige Detailanpassungen vorgenommen, die speziell die digitale Wirtschaft betreffen. Dabei handelt es sich um Regelungen, die sich auf verbundene Dienste, die Lernfähigkeit von KI, Anforderungen an Updates, die Kontrolle des Herstellers nach dem Inverkehrbringen, neue Vermarktungswege und Wirtschaftsakteure sowie auf Offenlegungspflichten und die Beweislast beziehen. Systematische Besprechung dieser Detailanpassungen finden sich in den Beiträgen von *Andreas Spickhoff* und *Martin Ebers*.

Nach einem Überblick über die Haftungsgrundsätzen für Software und KI werden in diesem einleitenden Beitrag insbesondere Fragen der Produkthaftung bei Daten – Datenschäden, Daten und Informationen als Schadensquellen, verbundene Datendienste – erörtert. Um ein umfassendes Bild zu geben, werden zudem Neuerungen für Lieferketten und Beweisregeln im digitalen Kontext berücksichtigt. Daran anschließend werden die Beiträge des Sammelbandes zusammengefasst. Die Gesamtbetrachtung der Beiträge legt nahe, dass sich abhängig von den jeweiligen nationalen Haftungsregeln und Sektoren durchaus unterschiedliche dogmatische Herausforderungen stellen. Hier sind etwa Spannungen zwischen der Richtli-

6 Europäische Kommission, Vorschlag vom 28.9.2022 für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Anpassung der Vorschriften über ausservertragliche zivilrechtliche Haftung an künstliche Intelligenz, COM(2022) 496 final.

7 C. Wendehorst, Künstliche Intelligenz und Produkthaftung, EuZW 2024, 876.

8 *Europäisches Parlament*, Zivilrechtliche Regelungen im Bereich Robotik, P8_TA(2017)0051.

9 Expert Group on Liability and New Technologies – New Technologies Formation, Liability for Artificial Intelligence and other emerging technologies, 2019, doi:10.2838/573689.

nie und dem offener ausgestalteten französischen Haftungsrecht sowie der Dienstleistungshaftung des spanischen Rechts zu nennen. Einigkeit besteht weitgehend dahin, dass die neuen Offenlegungs- und Beweisregeln Unklarheiten mit sich bringen, mitunter aber auch bestehende nationale Ansätze nachvollziehen.

B. Produkthaftung für Software, Künstliche Intelligenz und Daten

Ein Fokus der Reform lag auf der Frage, ob und unter welchen Bedingungen für Software, Künstliche Intelligenz (KI) und (Daten-)dienste gehaftet werden soll. Software und KI wurden in Folge *expressis verbis* als Produkte anerkannt. Darüber hinaus wurde – als konzeptuelle Neuerung – eine Haftung für verbundene digitale Dienste eingeführt.¹⁰ Auch wenn bereits zur alten Produkthaftungslinie mehrheitlich vertreten wurde, dass Software als Produkt erfasst sei,¹¹ ist mit dieser Klarstellung zu erwarten, dass Software-, bzw. Endprodukthersteller von Produkten mit digitalen Elementen und Komponentenzulieferer nun effektiver haftbar gemacht werden können. Dies gilt unabhängig davon, ob die Produkte als Stand-alone- oder Cloud-basierte Lösungen angeboten werden, womit das Grundsatzthema der Verkörperung weitgehend geklärt sein dürfte (siehe dazu auch den Beitrag von *Beate Gsell* und *Ann-Kristin Mayrhofer*). Mit der Reform wird zudem die Frage des Umgangs mit dem vermeintlichen Dienstleistungscharakter von Software und KI beantwortet.¹² Abseits der neuen verbundenen Dienste hat man allerdings davon abgesehen Daten – etwa als Produkt, Rohstoff, Komponente oder funktionale Information – in den Rahmen der Produkthaftung einzuordnen. Schlussendlich verpasst es die Reform, Ansätze für Herausforderungen bei dezentralen Technologien anzubieten – etwa zur Frage des Haftungssubjekts.¹³

Die neue Richtlinie bringt allgemein eine weitere Annäherung von Produkthaftung und Produktsicherheit mit sich. Problematisch erscheint

10 Vgl. Report from the Expert Group on Liability and New Technologies (Fn. 10), S. 5 ff.

11 Vgl. *G. Wagner* in: F. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker/B. Limperg (Hrsg.), *MüKo ProdHaftG*, 9. Auflage, München 2024, § 2, Rn. 24; vgl. U. Foerster/F. Graf v. Westphalen *ProdHaft-HdB/Oster*, 4. Aufl. 2024.

12 *C. Wendehorst*, *Künstliche Intelligenz* (Fn. 8), 876 f.

13 Vgl. dazu *C. Danda*, *Dezentralisierte Anwendung (dApps) und Smart Contracts – Haftung*, in: O. Scherenberg/F. Tann/E. Wagner/M. Ruttloff, *Rechtshandbuch Web3*, Beck 2025 (im Erscheinen).

der Verweisungszusammenhang insofern, als das Produktsicherheitsrecht teils abweichende Verantwortungskonzepte für KI, Software und Daten vorsieht. Diese Unterschiede könnten im Kontext technischer Multifunktionalität – insbesondere aufgrund der Verwendungsoffenheit so mancher KI-Systeme – zu Widersprüchen oder Haftungslücken führen. Beispielsweise kann der Hersteller durchenge Definition der Zweckbestimmung eines Produkts die Grenzen seiner Haftung eventuell in weiterem Maße beschränken, als es allein nach den Grundsätzen des Haftungsrechts gedacht war. So gibt Art. 13 Abs. 2 eIDAS-VO¹⁴ vor, dass Anbieter digitaler Identifikationsverfahren nicht haften, solange Nutzungsbeschränkungen den Nutzern in transparenter Weise kommuniziert werden. Eine komplette Haftungsverschiebung ergibt sich hingegen aus Art. 25 Abs. 1 lit. c KI-VO, der im Falle der Änderung der Zweckbestimmung eines KI-Systems die Verantwortlichkeit vom Erstanbieter auf den Folgeanbieter überträgt. Diese mitunter vertraglich definierten Grenzen der Haftung stehen mE im Spannungsverhältnis zu Art. 7 Abs. 2 ProdHaftRL 2024, der nicht auf die Zweckbestimmung (vgl. lit. a) allein, sondern auch auf den vernünftigerweise vorhersehbaren Gebrauch (lit. b.) abstellt.¹⁵ Diese Grenzziehungen könnten bei zunehmender Annäherung der beiden Rechtsbereiche zu Spannungen führen. *Martin Ebers* und *Isabelle Wildhaber* diskutieren in ihren Beiträgen Aspekte des Zusammenspiels.

I. Erweiterung der geschützten Rechtsgüter und Schadensquellen

Im Kontext von Software, KI und Daten stellt sich zunehmend die Frage nach den ersatzfähigen Rechtsgütern. *Andreas Spickhoff* kommentiert in seinem Bericht umfassend Neuerungen, die sich für die etablierten Rechtsgüter Leben, Körper und Vermögen einstellen werden. Das europäische Recht bzw. der rechtswissenschaftliche Diskurs dürfte sich zunehmend in Richtung der Ausweitung der Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden¹⁶

14 IdF Verordnung (EU) 2024/1183 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. April 2024 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 910/2014 im Hinblick auf die Schaffung des europäischen Rahmens für eine digitale Identität.

15 Siehe Abs. 2 lit. b. Die Formel „vernünftigerweise vorhersehbare Fehlanwendung“ findet sich allerdings auch in ErwG 65 KI-VO, wodurch aber die Haftungsverschiebung auf den Nachfolger nicht beeinträchtigt sein dürfte.

16 Etwa Art. 82 DSGVO, vgl. insbesondere „Angst als Schaden“ nach EuGH C-32/21 VB v. Natsionalna agentsia za prihodite ECLI:EU:C:2023:986.

– etwa bei Kontrollverlust über personenbezogene Daten, bei (reinen) Vermögensschäden¹⁷ sowie Diskriminierung¹⁸ oder Persönlichkeitsrechtsverletzungen – bewegen. Diese Entwicklungen thematisieren insbesondere *Martin Ebers* und *Helmut Heiss* in diesem Band. Des Weiteren wird breiter diskutiert, ob das Schadenersatzrecht zum Ausgleich gesamtgesellschaftlicher Fehlentwicklungen, wie der Zurückdrängung der Privatsphäre bzw. bei Umweltschäden mit Allgemeinbezug, nutzbar gemacht werden kann und soll.¹⁹ Diese Risiken scheinen gerade mit KI-Systemen umfassender lokalisier- und zurechenbar zu werden, dh sowohl iSd Schadensquelle, als auch im Hinblick auf die Nachvollziehbarkeit komplexer Schadensverläufe (etwa bei Kleinst- und Massenschäden). Insofern dürfte die Diskussion um die Haftung für KI diverse Grundfragen des europäischen Schadenersatzrechts berühren.

Aus der Erweiterung der Schadensquellen (Software, KI, verb. Dienste) und der geschützten Rechtsgüter (Daten, psychologische Schäden) dürfte sich ein gewisser Raum zur Diskussion um die Reichweite des Ersatz ergeben. Nachfolgend wird auf die neue Kategorie der Datenschäden eingegangen bzw. besprochen, inwiefern der Grundsatz der Unbeachtlichkeit von Informationen bei Daten zur Anwendung kommen soll.²⁰ Bei diesen Themen ist es wichtig, drohende Haftungsausuferungen und innovationshemmende Effekte zu bedenken. So dürften die Neuerungen der Richtlinie schon dem Grunde nach eine beachtliche Ausweitung der Produkthaftung der Endprodukthersteller – insbesondere bei der Gefahrerhöhung durch Dritte (verbundene Dienste, Kombinationsrisiken) – bewirken. Damit verbundene Risikoverlagerungen innerhalb der Wertschöpfungskette thematisiert *Lennart Lutz* in seinem Beitrag.

17 Bei Datenschäden können etwa Verluste an digitalen Werten, bei Verfälschung potenziell Nachteile im Kontext einer Kredit- und Versicherungsvergabe. Vgl. auch die EuGH C-100/21 *QB gegen Mercedes-Benz Group AG* ECLI:EU:C:2023:229, die im Kontext von Softwaremanipulationen die Grundlage für den Ersatz von bloßen Vermögensschäden (Wertverlust) schafft.

18 Vgl. die beschränkten Offenlegungspflichten bei Diskriminierungsfällen nach EuGH C-415/10 *Meister* ECLI:EU:C:2012:217.

19 Vgl. *M. Hinteregger*, Civil Liability and the Challenges of Climate Change: A Functional Analysis, JETL 2017, 238.

20 *P. Hacker*, Proposal for a directive on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence – Complementary impact assessment study, EPRS 2024, S. 21 ff.

II. Daten als neues Rechtsgut

Mussten Hersteller zuvor primär physische Risiken ihrer Produkte erkennen und minimieren, wird mit Daten ein gänzlich neues Rechtsgut relevant. Dies resultiert in einer Erweiterung der Produkthaftung für immaterielle Schäden bzw. mitunter solche, die zuvor als reine Vermögensschäden qualifiziert worden wären. So waren Datenschäden lediglich als Folgeschäden, etwa bei der Schädigung einer Festplatte und dem daraus folgenden Datenverlust, ersatzfähig (siehe dazu auch den Beitrag von *Andreas Spickhoff*). Entscheidend wird sein, welche Arten von Daten – Rohdaten, generierter Output et cetera – hier überhaupt erfasst sein sollen. Idealerweise wäre eine klare Grenze für den Ersatz von Folgeschäden zu ziehen, ohne dabei in Widerspruch zum Prinzip der Totalreparation zu geraten.

Da die Richtlinie hauptsächlich die Löschung von digitalen Inhalten wie Bildern und Videos als Datenschäden erwähnt, bleibt insbesondere etwa fraglich, ob die Schädigung digital repräsentierter Vermögenswerte – etwa durch Löschung, Veränderungen bzw. den Verlust der Zugriffsmöglichkeit – als Primär- bzw. beachtliche Folgevermögensschäden erfasst sein sollen. Aus Art. 6(1)(c) bzw. ErwG 20 ProdHaftRL 2024 lässt sich zumindest keine entsprechende Einschränkung des Datenbegriffs ableiten. Diese sprechen hingegen offen von der „Vernichtung oder Beschädigung von Daten“ und auch von der „Verfügbarkeit des Schadensersatzes für Vermögensschäden“. Es findet also keine Einschränkung auf spezifische Arten von Daten statt. Der Produkthaftung fehlt es zugleich an sektorenspezifischen Ausnahmen, die den Ersatz solcher (Folge-)Schäden ausschließen könnten. Insbesondere für Finanzprodukte war wohl bisher klar, dass nicht ersatzfähige reine Vermögensschäden vorliegen. Ob hier allein der Grundsatz der Ausgrenzung von Dienstleistungen aus der Produkthaftung genügen kann, wird im Einzelfall fraglich sein. Ergeben sich solche Schäden etwa aus einem Softwarefehler, dürften sie nunmehr als Datenprimärschäden zu charakterisieren sein, womit sich eine umfassende Erweiterung der Produkthaftung einstellt.

Des Weiteren stellt sich die Frage, ob nur unmittelbare Datenschäden erfasst sein sollen oder darüber hinaus auch alle Folgeschäden. Mit unmittelbare Datenschäden sind, mit Blick auf das Integritätsinteresse, jene gemeint, die nur die Vernichtung oder Veränderung *bereits bestehender* Daten betreffen. Man könnte hingegen etwa vertreten, dass auch Folgeschäden aus der Verschlechterung der globalen Datenqualität einer Datenbank eines

Kunden – etwa durch die Einspielung minderqualitativer Daten – einen ersatzfähigen Schaden darstellen.²¹ Mitunter könnte in diesem Kontext auch gegen dritte Datenlieferanten vorgegangen werden. Typische Schadensszenarien dürfte allerdings weitgehend den gewerblichen Bereich betreffen. Insgesamt bergen Datenschäden damit ein unbestimmtes Potenzial für Haftungsausweitungen bzw. -verlagerungen. Diese Bedenken stehen der Haftung für Datenschäden aber nicht pauschal entgegen, sondern verlangen eine ausgewogene Auslegung des Fehler- und Schadensbegriffs.

III. Informationen und Daten als Schadensquellen

Die Erweiterung des sachlichen Anwendungsbereiches auf Software, KI und verbundene Dienste steht im Spannungsverhältnis zu dem Grundsatz, dass im Produkthaftungsrecht nicht für fehlerhafte Informationen zu haften ist.²² Dies dürfte aufgrund der Neuerungen der ProdHaftRL 2024 und der technischen Weiterentwicklungen allerdings zunehmend schwieriger zu konkretisieren sein. Wie etwa *Tomàs Gabriel García-Micó* in seinem Beitrag aufzeigt, wurde dieser Grundsatz für den Fall integrierter Software schon früh relativiert. Das Hauptproblem stellt in diesem Zusammenhang die Haftung für Daten bzw. für den Output von Software und Künstlicher Intelligenz dar.

Die Krone-Entscheidung des EuGH²³ hat zuletzt bekräftigt, dass für fehlerhafte Informationen nicht gehaftet wird. Die ProdHaftRL 2024 übernimmt dies etwa mit der Ausgrenzung der Haftung für digitale Inhalte wie Bilder, Videos oder Texte („Mediendateien oder E-Books“) sowie für den reinen Quellcode von Software (Rec. 13). Fraglich ist, ob diese Ausnahmen auch gelten sollen, wenn digitale Dateien oder Inhalten rein technische Verwendung finden, wie etwa im Kontext des Trainings oder des Betriebes eines KI-Modells.²⁴ Ein breites Verständnis nicht erfasster Informationen dürfte mE nicht sachgerecht sein. Beim Ausschluss von Informationen

21 Hier stellt sich auch die Frage, ob eine Datenbank als Sachgesamtheit oder Sacheinheit zu behandeln ist, wonach die globale Datenqualität entweder als unbeachtlich oder beachtlich erscheint.

22 Im digitalen Bereich stellen sich aufgrund der Haftungsausschlüsse in den Artikel 4-6 Gesetz über digitale Dienste auch rechtsbereichsübergreifende Fragen.

23 EuGH C-65/20 VI gegen KRONE – Verlag Gesellschaft mbH & Co KG.

24 Die strikte Anwendung der Krone-Entscheidung auf Software würde zu dem eigentümlichen Ergebnis führen, dass der schadhafte Output (Information) von der Fehlerhaftigkeit der erzeugenden Software (Medium) abgespalten wäre.

geht es grundsätzlich um direkt vom Menschen erzeugte Inhalte, die wiederum vom Menschen „konsumiert“ werden. Dabei verbleibt die Kontrolle über die Weiterverwendung der Informationen beim Empfänger der Information. Bei rein technischer Verarbeitung von Informationen ist dieser Informationsbegriff hingegen nicht einschlägig. Diesen Gedanken teilt auch die Richtlinie, wenn sie digitale Konstruktionspläne als „funktionale Informationen“ (ErwG 16 ProdHaftRL 2024) versteht und in den Anwendungsbereich einbezieht. In Richtung einer eigenständigen Kategorie der funktionalen Information deutet schließlich auch die Einbeziehung von Software und KI. Diese Überlegungen könnten nun auch auf Daten bzw. digitalen Inhalte übertragen werden – also dann, wenn diese rein technisch verwendet werden (insb. KI-Training). Allgemein dürfte die RL Flexibilität bei der Zuordnung der diversen Erscheinungsformen von Daten gewähren. So werden Daten nicht eindeutig als Rohmaterialien, Informationen, Produkte oder digitale Konstruktionspläne klassifiziert. Entsprechend scheint es möglich zu sein, Daten im Einzelfall der jeweils einschlägigen Kategorie zuzuordnen. So etwa Rohdaten zu Rohmaterialien bzw. aufbereitete Datensätze zu Komponenten und Produkte. Simulationen und digitale Zwillinge bzw. aus diesen generierte Daten dürften digitalen Konstruktionsplänen nahestehen. Hier wird mitunter im Einzelfall zu beurteilen sein, ob eine technische Verwendung technischer Daten vorliegt. Eindeutig stellt sich die Situation hingegen dar, wenn Daten iRv verbundenen Diensten Schäden verursachen. Diesfalls haften sowohl der Endprodukthersteller als auch der Datenzulieferer für den Dienst (Art. 4 Nr. 4 ProdHaftRL 2024).

Eine breite Anwendung des Ausschluss von Informationen würde vor allem auch dazu führen, dass Hersteller von KI-Produkten nicht für die Generierung fehlerhafter oder irreführender Informationen haften. Die Problematik thematisiert auch *Martin Ebers* in seinem Beitrag, der zudem darauf hinweist, dass Verletzungen des Persönlichkeits- bzw. Anti-Diskriminierungsrechts – etwa iRd Generierung von Deepfakes oder verleumden den Inhalten – schon allgemein nicht ersatzfähig sind. Die Verantwortung für generierte Inhalte verschiebt sich dadurch weitgehend hin zu diejenigen, die diese Informationen iR einer Dienstleistung nutzen – etwa auf den Arzt, Anwalt oder einen sonstigen Berater (Betreiberhaftung). *Isabelle Wildhaber* zeigt in ihrem Beitrag auch Argumente auf, die grundsätzlich für die Verantwortlichkeit der Betreiber sprechen könnten (Zweckbestimmung während des Betriebes, Kontrolle über den Betrieb, Beobachtbarkeit der Lernfähigkeit). Mit zunehmendem Vertrauen der Betreiber auf generierte

Informationen steigt nun aber auch das Risiko, dass der Output nicht hinreichend geprüft wird (over-reliance, automation bias). ME sollte grundlegend hinterfragt werden, ob der menschenlesbare Datenoutput überhaupt isoliert als ausgegrenzte Information behandelt werden kann oder ob der Fehlerbegriff nicht die Berücksichtigung der dahinterstehende fehlerhaften KI als Produkt verlangt. Letzteres entspricht zumindest der *programmatischen* Einbeziehung von Software und KI (Art. 4 Nr. 1, ErwG 13 ProdHaft-RL 2024), die gerade den Output umfassen müsste, um echte Aussagekraft haben zu können. Hier kann zudem argumentiert werden, dass der vermeintliche Informations- und Dienstleistungscharakter generierter Inhalte durch den Produktcharakter des Systems überlagert wird (ähnlich auch *García-Micó* in seinem Beitrag). Dies knüpft wiederum an den Gedanken der „funktionalen Information“ an, die auf Technizität und Produkthaftigkeit des Outputs hindeutet. Aus technischer Sicht ist schließlich anzumerken, dass innovative System teils auf Basis menschlicher Sprache arbeiten, womit sich die Unterscheidung zwischen maschinen- und menschenlesbaren Informationen verwischt.²⁵ Ein Beispiel ist die Verwendung von Large Language Models in der Robotik, denen die Rolle von Planungs- bzw. Entscheidungssystemen (unmittelbare funktionale Information), aber auch bei der Kommunikation mit dem Menschen zukommt (erweiterte funktionale Information). Diese Probleme sollte mE im Rahmen eines umfassenderen Konzepts der ‚Informational Safety‘ erörtert werden, das über klassische Warn- und Informationspflichten hinausgeht und die Haftungsverteilung bei Maschine-Mensch-Interaktionen neu denkt.

Die Haftungserweiterung für Informationen und Daten (bzw. die Eingrenzung des ausschließenden Grundsatzes) überzeugt insbesondere im Kontext sicherheitskritischer Anwendungen bzw. in Fällen bei denen die menschliche Überwachung von Systemen (human-in-the-loop) auf ein Minimum beschränkt ist. Der allgemeine Ausschluss generierter Informationen dürfte schließlich auch den Schutzbereich des neuen Rechtsgutes Daten aushöhlen, da es dann regelmäßig an der relevanten Schadensquelle fehlen wird. Der Ausschluss von Dienstleistungen und Informationen sollte im Kontext von KI, Software und Daten daher differenziert diskutiert werden. Zusammenfassend gilt also zu beachten, ob (1) digitale Inhalte, Dateien oder Output rein technische Verwendung finden, (2) rein technisch – dh ohne menschlichen Beitrag – generiert sind (3) bzw. ob relevanter menschlicher Einfluss auf die Verwendung des Outputs besteht. Zum The-

25 Vgl. dazu etwa das Urteil des LG Hamburg CB 2025, 125.

ma der Dienstleistungs- und Informationshaftung äußern sich auch *Isabelle Wildhaber* und *Martin Ebers* in ihren jeweiligen Beiträgen sowie *Beate Gsell* und *Ann-Kristin Mayrhofer* in ihrem gemeinsamen Beitrag.

IV. Verbundene (Daten-)Dienste

Neue Herausforderungen dürfte auch die Ausweitung der Produkthaftung auf verbundene Dienste mit sich bringen. Relativ unsicher ist dabei zunächst, ob verbundene Dienste nur iZm materiellen Schäden erfasst sein sollen, da ErWG 17 ProdHaftRL 2024 nur dementsprechende Beispiele anführt („intelligenter Kühlschrank“, Gesundheitsüberwachungsdienst“, „Navigationssystem“), oder ob auch immaterielle Schäden wie insbesondere Daten- und Folgevermögensschäden bzw. etwa auch psychologische Schäden gedeckt sein sollen. Diesen Aspekt thematisiert in seinem Beitrag auch *Martin Ebers*. Für eine großzügige Auslegung spricht hier mE, dass die Richtlinie weder für verbundene Dienste noch im Allgemeinen danach differenziert, welche Schadensquelle zu welchem Schaden führt.

Problematischer ist hingegen die Frage, welche Datenströme als verbundene Dienste gelten können, da Art. 4 Abs. 3 ProdHaftRL 2024 nur relativ wage darauf abgestellt, dass eine (Sicherheits-)Funktion des Endprodukts von der Bereitstellung des Dienstes abhängt. Offen bleibt also, nach welchen Kriterien zwischen beachtlichen und unbeachtlichen Funktionen zu differenzieren ist. Entscheidend soll zudem sein, ob der Dienst bzw. der Datenstrom unter Kontrolle des Herstellers steht (Art. 4 Abs. 5 ProdHaftRL 2024). Zwar werden von der Richtlinie dazu einige Kriterien bereitgestellt (Art. 4 Nr. 5 ProdHaftRL 2024), doch dürfte hier Potenzial für Unklarheiten verbleiben. Dass die Voraussetzungen für die Kontrollhaftung des Herstellers des Endgeräts hier nicht eng gezogen werden sollten, kann mE grundsätzlich damit begründet werden, dass die produkthaftungsrechtliche Verantwortlichkeit primär auf dem Gedanken der Haftungskonzentration beim Endprodukthersteller beruht und nur nachrangig der Risikoverteilung in vertraglichen Vereinbarungen der Wertschöpfungskette folgen soll. Wenn auch nicht direkt von der Richtlinie erwähnt, dürfte für die Beachtlichkeit auch die berechnete Erwartung des Verbrauchers relevant sein (bspw. Erwartungen an die Basisfunktionen eines Mobiltelefons). Ultimativ wird auch der eingetretene Schaden die Sicherheitsrelevanz der fehlerhaften Funktion indizieren, womit ein Teilschritt Richtung Erfolgshaftung gemacht wäre. Als Spezialfall stellt sich schließlich die Frage, ob auch die

einmalige Bereitstellung von Daten, etwa in Form der Übergabe einer Datenbank, unter den verbundenen Dienst fallen kann. Fraglich ist hier etwa, ob dabei auch auf dem Vertrag Relevanz zukommen soll (Kauf- oder Dienstleistungsvertrag). Auf Zielschuldverhältnisse gibt die RL allerdings keinen Hinweis.

Allgemein ergibt sich mit dieser Erstreckung der Haftung des Endproduktherstellers auf verbundene Dienste (in Kombination mit Datenschäden!) eine potenziell innovationshemmende Haftungsausuferung.²⁶ Gerade bei innovativer und konnektiver Technologie werden etwa Fragen der Datenintegration oder der Datenqualität zum Risiko des Endproduktherstellers, da dieser auf den Regressweg gegen seine Zulieferer verwiesen bleibt. Gerade Hersteller in Schlüsselbereichen wie dem hochautomatisierten und vernetzten Fahren oder der Entwicklung multifunktionaler Robotik sind davon besonders betroffen.

V. Neue Haftungsadressaten im Digitalbereich

Der Kreis der Haftungsadressaten wird durch die ProdHaftRL 2024 bedeutend erweitert. Sektorspezifisch werden durch die Aufnahme von Software und KI insbesondere Softwareentwickler als Endprodukt- oder Komponentenhersteller produkthaftungspflichtig (siehe dazu den Beitrag von *Tomàs Gabriel García-Micó*). Von Bedeutung sind hier die Ausnahme für freie und quelloffene Software (FOSS) sein (Art. 2(2) ProdHaftRL 2024), die speziell zur Förderung der Open-Source Community aufgenommen wurden (ErwG 14). Voraussetzung für FOSS ist, dass der Verbraucher keinen Preis bezahlen muss, etwa in Form eines gesetzlichen Zahlungsmittels, eines digitalen Wertes oder persönlicher Daten. Persönliche Daten, die der Verbesserung der Sicherheit, Kompatibilität und Interoperabilität dienen, sollen hier nicht schädlich sein. Wird FOSS in kommerzielle Produkte integriert, greift die Haftungs Ausnahme nicht für den kommerziellen An-

26 Mit der Charakterisierung verbundener Dienste als Komponenten könnte allerdings das Thema Weiterfresserschäden umfassendere Bedeutung bekommen. Der Weiterfresserschaden an einer Komponente bzw. dem Endprodukt schließt die Haftung aus, wo zuvor zwei unterschiedliche Produkte (oder eine separate Dienstleistung) vorlagen. Kann sich der Geschädigte weiterhin gegen den Zulieferer der integrierten Dienstleistung halten? Letzterer war zuvor Hersteller eines eigenständigen Produkts (bzw. Dienstleistung), ist aber nunmehr nur Komponentenhersteller im Kontext eines Weiterfresserschadens.

bieter. Zugleich wird auch der Rückgriff auf den nicht-kommerziell tätigen FOSS-Entwickler im Wege des Regresses verwehrt (ErwG 15 ProdHaftRL 2024). Diese Regeln ergeben allerdings ein Spannungsverhältnis zur KI-Verordnung, die letztlich nur begrenzte Gegenmaßnahmen für Open-Source-Hersteller vorsieht (siehe Art. 2(12) KI-Verordnung). Es wäre daher zu untersuchen, ob produktsicherheitsrechtliche Sorgfaltspflichtverletzungen von FOSS-Zulieferern, wie etwa Informationspflichten nach 25(4) KI-VO, nach nationalem Deliktsrecht (Haftung bei Schenkungen) weiterhin Relevanz haben.²⁷ Zumal der Fehlerbegriff konzeptuell nahe an der deliktischen Sorgfaltspflichten zu verorten sein dürfte,²⁸ würde bei Zulassung niedrigschwelliger deliktischer Ansprüche gegen FOSS-Entwickler eine Unterwanderung der Befreiung im Produkthaftungsrecht drohen.²⁹ Unklar ist wieder, ob die Ausnahmen auch für Open Data gelten können, da diese in der ProdHaftRL 2024 keine direkte Erwähnung finden. Es ist daher nicht ausgeschlossen, dass OS-Datenlieferanten als Komponentenlieferanten von verbundenen Diensten haftbar gemacht werden.

Konzeptuell anderes liegt die Erstreckung der Produkthaftung auf Online-Plattformen und Fulfilment-Dienstleister. Durch die Erweiterung der Ausfallhaftung auf diesen, wird eine Anpassung an die veränderten Lieferketten und Geschäftsmodelle der digitalen Wirtschaft vorgenommen (ErwG 38 ProdHaftRL 2024). So fehlt bei der Bereitstellung aus Drittstaaten im digitalen Bereich regelmäßig an ein EWR-Importeur, der nach der alten RL haftete³⁰ bzw. auch einem Bevollmächtigter des Herstellers. Es wird daher zusätzlich auf importeurähnliche Akteure zurückgegriffen. Zunächst sollen Fulfilment-Dienstleister, wie etwa Amazon, von der Produkthaftung erfasst sein.³¹ Diese werden als signifikanter Teil der Handelskette im EU-Auslandshandel begriffen.³² Hat der Produkthersteller seinen

27 Leg cit stellt allerdings auf eine vertragsrechtliche basierte Verantwortung der Zulieferer für die Pflichterfüllung des Herstellers ab, was eine zweifelhafte Grundlage für die Begründung objektiver Pflichten iSd Produkthaftungsrechts bilden dürfte.

28 Jenseits von Entwicklungsfehler, stellen Produktfehler mE typischerweise das verkörperte Resultat einer Sorgfaltspflichtverletzung dar.

29 Art. 2 IV lit. a ProdHaftRL könnte dahingehend gelesen werden, dass bei der Prüfung der Sorgfaltspflichtverletzung tatsächlich zu bestimmen ist, welche Haftungsgründe nicht bereits in der „Fehlerhaftigkeit“ aufgehen.

30 C. Wendehorst, Künstliche Intelligenz (Fn. 8), 877.

31 Art. 8 Abs 1 lit. c; zur Definition siehe Art. 4 Nr. 13 „Lagerhaltung, Verpackung, Adressierung und Versand“.

32 ErwG 37 ProdHaftRL 2024; vgl. auch Rec. 46 Verordnung (EU) 2023/988 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. Mai 2023 über die allgemeine Pro-

Sitz im EU-Ausland und kann weder ein Importeur noch ein autorisierter Repräsentant bezeichnet werden, haften Fulfilment-Dienstleister dann wie Importeure. Des Weiteren sollen (Handels-)Plattformen nach Art. 8(4) ProdHaftRL 2024 subsidiär wie Händler haften, dh nur dann, wenn kein Hersteller, Importeur, autorisierten Repräsentanten oder Fulfilment-Dienstleister in Europa bzw. der eigene Händler benannt werden kann. Diese Erweiterung überträgt Art. 6(3) Gesetz über digitale Dienste³³ bzw. die markenrechtlichen EuGH-Entscheidung *Christian Louboutin v Amazon Europe Core Srl*³⁴ in die Produkthaftung. *Jean-Sébastien Borghetti* bezweifelt in seinem Beitrag, dass sich dadurch relevante Vorteile für Verbraucher einstellen werden, zumal seines Erachtens schon die allgemeine Effektivität der europäischen Produkthaftung gering ausfällt. Er meint hingegen, dass umfassendere Primäransprüche gegen Händler und Online-Plattformen zugestanden werden sollten, zumal die Verschuldensvoraussetzung der Händlerhaftung heute nicht mehr zeitgemäß sei.

VI. Offenlegung und Beweisregeln – Erleichterungen bei komplexen Produkten

Den neuen Offenlegungs- und Beweisregeln der ProdHaftRL 2024 dürften je nach Mitgliedsstaat unterschiedliche Bedeutung zukommen. *Tomàs Gabriel García-Micó* weißt in seinem Beitrag etwa darauf hin, dass sich im Vergleich zur Spanischen Dienstleistungshaftung bei Software eine Schlechterstellung für Verbraucher einstellen dürfte. *Isabelle Wildhaber* legt zudem dar, dass die Rechtsprechung des Schweizer Bundesgerichts bereits großzügige Beweiserleichterungen für Geschädigte gebracht hat. Ähnliches vermerkt *Andreas Spickhoff* zur Kausalitätsvermutung, die dem Anscheins-

duktsicherheit, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1025/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie (EU) 2020/1828 des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 2001/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie 87/357/EWG des Rates.

33 Verordnung (EU) 2022/2065 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Oktober 2022 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG (Gesetz über digitale Dienste).

34 EuGH, C-148/21 und C-184/21 *Christian Louboutin v. Amazon Europe Core Srl u.a.* ECLI:EU:C:2022:1016. Danach haften Plattformbetreiber für rechtswidrige Ware Dritter, wenn der Verbraucher aufgrund der Präsentation der Ware oder der Transaktionsabwicklung annehmen konnte, dass die Plattform die Waren im eigenen Namen und auf eigene Rechnung vertreibt.

beweis im deutschen Recht weitgehend entsprechen dürfte. Schließlich erklärt auch *Jean-Sébastien Borghetti*, dass die *Cour de Cassation* bereits verbraucherfreundlich auf Beweisprobleme iZm Arzneimitteln reagiert habe und sich auch allgemein keine umfassenden Erleichterungen einstellen dürften. Einig ist man sich weitgehend, dass den neuen Offenlegungspflichten Relevanz zukommen wird. In Folge sollen die neuen Regelungen kurz dargestellt sein.

Art. 9 Abs. 1 ProdHaftRL 2024 bringt zunächst einen Anspruch der Geschädigten auf Offenlegung relevanter Beweismittel. Dabei wird anfängliche Plausibilität, Notwendigkeit der Offenlegung und Einhaltung der Verhältnismäßigkeit vorausgesetzt. Dem kommt insbesondere Bedeutung für den Schutz von Geschäftsgeheimnissen zu. Es wird nicht dargelegt, ob und unter welchen Bedingungen die Offenlegung iRv Prozessen zum Verlust eines Geschäftsgeheimnisschutz führen kann. *Andreas Spickhoff* erwägt idZ die Möglichkeit eines geheimniswahrenden In-Camera-Verfahrens. Dies dürfte gerade in Prozessen um Software, KI-Modelle und Daten von besonderer Relevanz sein, da diese mitunter nur nach dem Geschäftsgeheimnisrecht effektiv geschützt werden können.³⁵ Der Geheimnisschutz von Daten dürfte zudem durch die europäische Datenverordnung³⁶ relativiert werden, da diese neue Offenlegungspflichten und begrenzende Abwägungskriterien bringt (Erforderlichkeit, drohender schwerer wirtschaftlicher Schaden). *Lennart Lutz* und *Andreas Spickhoff* gehen in ihren Beiträgen näher auf potenzielle Schwächen und Unausgewogenheit der Offenlegungsregeln ein.

Anreiz zur Offenlegung bringen schließlich auch die neue Beweislastregeln (in diesem Sinne auch *Andreas Spickhoff*). So wird nach Art. 10 Abs. 2 lit. a ProdHaftRL 2024 die Fehlerhaftigkeit des Produktes vermutet, wenn unzureichend offengelegt wird. Zum gleichen Ergebnis kommt man, wenn das Produkt nicht den Sicherheitsanforderungen des europäischen und nationalen Produktsicherheitsrecht entspricht und ein Risikozusammenhang zwischen der Schutzbestimmung und dem aufgetretenen Schaden nachge-

35 Vgl. C. Danda, Zur Schutzfähigkeit von KI-Modellen im Immaterialgüterrecht, in: E. Staudegger/C. Thiele/R. Schmitt, Geistiges Eigentum. Jahrbuch 2024, Verlag Österreich 2024, S. 191 ff.

36 Verordnung (EU) 2023/2854 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2023 über harmonisierte Vorschriften für einen fairen Datenzugang und eine faire Datennutzung sowie zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie (EU) 2020/1828 (Datenverordnung) (Text von Bedeutung für den EWR).

wiesen werden kann (lit. b) bzw. bereits eine „offensichtliche Funktionsstörung“ vorliegt (lit. c). Letzteres dürfte die Rechtslage in einigen verbraucherfreundlichen Rechtsordnungen – siehe etwa den „Kaffeekannen“-Fall³⁷ des Schweizer Bundesgerichts – nachvollziehen. Die Fehlervermutung bei Verletzung der Sicherheitsanforderungen bespricht *Martin Ebers* ausführlich in seinem Beitrag zu Follow-on-Klagen. Ergänzend zur Vermutung der Fehlerhaftigkeit kann mitunter auch der Zusammenhang zwischen Fehler und Schaden vermutet werden (Kausalitätsvermutung). Parallel zur Offensichtlichkeit der Fehlfunktion wird hinreichende Kausalität angenommen, wenn diese bei globaler Betrachtung des Zusammenhangs typischerweise gegeben ist (Art. 10 Abs. 3 ProdHaftRL 2024). Schlussendlich wird für hochkomplexe Systeme breit angeordnet, dass sowohl Fehler als auch Kausalität vermuten werden können, wenn die Beweisführung für die Geschädigte übermäßig schwierig ausfällt und soweit Fehler bzw. Kausalität zumindest wahrscheinlich sind. *Andreas Spickhoff* äußert sich dazu kritisch, da die Regelung weiten Interpretationsspielraum lassen dürfte.

VII. Anmerkungen zu Lernfähigkeit, Upgrades/Updates und wesentlichen Änderungen

Art. 7 Abs. 2 lit. d der ProdHaftRL 2024 stellt eine wesentliche Neuerung dar, indem der Fehlerbegriff auf die Lernfähigkeit von KI und Software erweitert wird. Dies setzt voraus, dass das System unter Kontrolle des Herstellers verblieben ist. Im Unterschied zur Produktbeobachtung zielt die Regelung auf Fehler ab, die nach dem Inverkehrbringen eines Produkts entstehen. Dies hat umfassende Bedeutung für den Einsatz von KI, Updates und Upgrades und damit in Verbindungen stehende verbundene Dienste. Hersteller trifft zugleich die Pflicht, über Updates die Funktionalität und Sicherheit ihrer Produkte kontinuierlich zu gewährleisten und neu auftretende Risiken aktiv zu adressieren (Art. 11 Abs. 2 lit. c ProdHaftRL 2024). Damit dürfte das Produkt auch zugleich in deren Kontrolle verbleiben. Diese Pflichten treffen sowohl den Hersteller als auch Akteure, die das Produkt nachträglich wesentlich verändern (Art. 11 Abs. 2 lit. d und Art. 8 Abs. 2 ProdHaftRL 2024). Ausführlich beschäftigen sich *Andreas Spickhoff* in seinem Beitrag mit Fragen der Cybersicherheit und Produktbeobachtungspflichten.

37 BGE 133 III 81 E. 4.1.

C. Überblick über die Beiträge des Tagungsbandes

I. Themen- und sektorenspezifische Beiträge

Konkurrierende nationale Haftungsregeln und Dienstleistungshaftung – verpasste Updates und Upgrades, Prof. Dr. Beate Gsell, Dr. Ann-Kristin Mayrhofer

Beate Gsell und *Ann-Kristin Mayrhofer* beschäftigen sich mit zwei Fragen, die wiederholt Anlass zur Diskussion gaben. Zum einen mit dem bereits unter der alten ProdHaftRL 1985 problematischen Verhältnis der europäischen Produkthaftung zu nationalen Haftungsordnungen und zum anderen mit dem Grundkonzept der alten und der neuen europäischen Produkthaftung, insbesondere die im Wesentlichen fortbestehende Anknüpfung an körperliche Produkte. Sie zeigen auf, dass die neue ProdHaftRL 2024 der Hoffnung auf Updates und Upgrades nur bedingt gerecht wird. So gibt der europäische Gesetzgeber auf die Konkurrenzfrage weiterhin keine klare Antwort. Art. 2 Nr. 4 lit. b ProdHaftRL kodifiziert zwar bisherige EuGH-Rechtsprechung, indem verlangt wird, dass eine konkurrierende Haftung auf „anderen Gründen als der Fehlerhaftigkeit eines Produkts“ beruhen muss, lässt aber offen, was unter „anderen Gründen“ zu verstehen ist. Dies führt zu erheblichen Unsicherheiten, die gerade auch die deutsche Verschuldenshaftung nach § 823 Abs. 1 BGB betreffen, welche von der Rsp so ausgelegt wird, dass sie der Fehler-Haftung sehr ähnelt. Die ProdHaftRL 2024 verpasst zudem die Chance eine europäisch harmonisierte Haftung für fehlerhafte Produkte, Informationen und Dienstleistungen vorzulegen. Die Begrenzung der Produkthaftung auf verkörperte Produkte, in Abgrenzung zu Dienstleistungen, sei rechtspolitisch fragwürdig. Dies galt schon für die analoge Welt und gilt erst recht für den digitalen Bereich, in dem die Körperlichkeit von Produkten und Diensten weiter an Bedeutung verliert. Die ProdHaftRL 2024 verwischt zwar die Abgrenzung durch Erweiterung des Produktbegriffs (Art. 4 Nr. 1 ProdHaftRL 2024) und die Einbeziehung von „Dienstleistungen“ als Komponenten (Art. 4 Nr. 4 ProdHaftRL), gibt sie aber bedauerlicherweise nicht vollständig auf.

Follow-on-Klagen: Die neue Produkthaftungs-Richtlinie: Wegbereiter für Follow-on-Klagen im Recht der Künstlichen Intelligenz? Prof. Dr. Martin Ebers

Martin Ebers beschäftigt sich ausführlich mit Follow-on-Klagen iZm den Produktsicherheitspflichten der KI-VO. Ziel des europäischen Gesetzgebers war es einen verstärkten Gleichlauf von Produkthaftung und Produktsicherheit zu gewährleisten. *Martin Ebers* beschreibt insbesondere auf welche Weise Produktsicherheitspflichten der KI-VO produkthaftungsrechtliche Ansprüche Geschädigter beeinflussen könnten („Bindungs- oder Ausstrahlungswirkung“). Er erkennt zwar keine Follow-on-Klage im eigentlichen Sinne – wie im Europäischen Wettbewerbsrecht –, zeigt aber auf, dass die Schutzziele der erwähnten Rechtsakte teils parallel verlaufen und auch ein Verweisungszusammenhang besteht. Näher auf übereinstimmende und unterscheidende Momente eingehend, bespricht er zunächst potenzielle Schutzlücken der Rechtsakte. Die KI-VO adressiere wirtschaftliche Interessen nicht eindeutig, während die ProdHaftRL 2024 wiederum bei Sach- und Datenschäden privater Personen Anwendung fände. Die ProdHaftRL 2024 würde auch relevante Schadenstypen außer Acht lassen, so insbesondere Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Diskriminierungsfolgen und reine Vermögensschäden. Unterschiede der Rechtsakte zeigen sich schließlich in den Regulierungskonzepten – Risikoklassifizierung und Prävention (KI-VO) stehen Kompensation (Produkthaftung) gegenüber. Der engere Verweisungszusammenhang komme erst auf der Detailebene zum Ausdruck: Im Rahmen des Fehlerbegriffs seien Produktsicherheitspflichten als Mindeststandard zu berücksichtigen, wobei den Hochrisikopflichten der KI-VO notwendige Details fehlen dürften. Zur Schließung normative Lücken geht er in Folge auf harmonisierte Normen, die Rsp des EuGH und die Relevanz von Produktrückrufen ein. Abschließend richtet sich der Fokus auf die neue Beweisregel im Kontext der Verletzung von Produktsicherheitspflichten. Hier beschäftigen ihn Detailfragen, etwa ob die Pflichten der KI-VO konkret genug ausgestaltet sind, welchen Schutzzweck diese erfüllen und welche Neuerungen für die Beweislast zu erwarten sind.

Produkthaftpflichtversicherung: Neue Wege nach der neuen Produkthaftungs-Richtlinie? Prof. Dr. Helmut Heiss

Helmut Heiss beschäftigt sich in seinem Beitrag mit den Folgen der neuen ProdHaftRL 2024 für die Versicherung von Produkthaftungsrisiken. Zunächst gibt er einen Überblick über historische Entwicklungen des Bereichs, der Bedeutung der ProdHaftRL 1985 und den bestehenden Produkthaftpflicht-Modellen. Er geht dann auf Neuerungen ein, die seines Erachtens eine Erweiterung des Versicherungsbedarfs mit sich bringen könnten bzw. sollten. Die größten Herausforderungen sieht er in der versicherungsmathematischen Erfassung sowie der Deckungsmöglichkeit neuartiger Risiken bei Software, KI, cyber-physischen System und IoT („Veränderungs- und Vernetzungsrisiko“), die aufgrund deren Lernfähigkeit und von Streuschäden auftreten dürften. Im Detail bespricht er auch den Produktbegriff, die Ersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden, sowie rein immaterielle Schäden (wie etwa Persönlichkeitsrechtsverletzungen). Er thematisiert anschließend potenzielle Spannungen, die sich iZm Ersatzsystemen mit Rückgriff gegen den Schädiger, Ersatzsystemen die an die Stelle des Haftpflichtanspruchs treten (zb nach Vorbild der Unfallversicherung bzw. bei Entschädigungsfond), sowie Add-on-Ersatzsystemen die erst nachrangig zur Haftung greifen. Kritisch kommentiert er schließlich das Fehlen einer obligatorischen Haftpflichtversicherung und spricht sich tendenziell für sektorenspezifische Versicherungslösungen auf unionaler Ebene aus.

Auswirkungen der Produkthaftungsnovelle auf das Haftungsgefüge in der Automobilindustrie, Dr. Dipl.-Ing. Lennart Lutz

Lennart Lutz geht in seinem Beitrag auf die Bedeutung der Neuerungen für Kraftfahrzeuge ein. Dabei steht die Ausweitung der Haftung der Endprodukthersteller für hochautomatisierte und autonome Fahrzeuge im Fokus. Er bespricht zunächst die Ausnahmen der ProdHaftRL 2024 für Open Source Software und plädiert für eine weite Interpretation, die ermöglichen soll, ursprünglich gewerblich entwickelte OSS unentgeltlich weitergeben zu können. Anschließend thematisiert er, welche neuen Haftungszenarien der erweiterte Fehlerbegriff für die Automobilindustrie bringen könnte. Dabei geht er unter anderem auf die Risiken bei der Kombination von Systemen und den Produktrückruf ein. Mit Blick auf den Geschäftsgeheimnisschutz bewertet er die neuen Regeln zur Offenlegung und Beweislast als problematisch, meint aber zugleich, dass diese einer zurückhaltenden Auslegung

zugänglich sein dürften. Kritisch sieht er zudem die Haftungsvermutung bei erhöhter Komplexität, da der Hersteller mitunter Schwierigkeiten habe dürfte, Schadensverläufe adäquat technisch abzubilden. Er empfiehlt letzteren daher weitestmögliche Dokumentation anlässlich von R&D, der Testungen bzw. beim Betrieb des Fahrzeugs. Abschließend äußert er sich kritisch gegenüber den Regeln des Gesamtschuldnerausgleich des Art. 12 Abs. 2 ProdHaftRL 2024, die seines Erachtens Unklarheiten für den vertraglichen Regressausschluss bringen.

II. Länderspezifische Beiträge

Extrawurst Schweiz – auch im Produkthaftungsrecht? Prof. Dr. Isabelle Wildhaber, LL.M.

Isabelle Wildhaber erörtert Reformoptionen, die sich im Zuge einer Angleichung des Schweizer Produkthaftungsrechts an europäische Vorgaben sowie im Hinblick auf den technologischen Wandel durch KI und Robotik anbieten. Im Vordergrund stehen dabei Überlegungen zu den wirtschaftlichen Beziehungen der Schweiz mit der Europäischen Union, technische Innovationsrisiken und die Verteilung der Risiken innerhalb der Supply Chain. Sie bespricht zunächst Fragen, die sich aus der technischen Komplexität von KI, insbesondere im Kontext von „ex ante Erklärbarkeit und ex post Nachvollziehbarkeit“ ergeben. Zur Sprache kommen auch inwieweit Haftungsrisiken zwischen Hersteller und Betreiber aufzuteilen sind, wobei nach Produkt- und Bedienungsfehlern zu unterscheiden wäre. Sie attestiert dazu allgemein, dass die Herstellerhaftung (als Produkthaftung) heute weiterentwickelt sei, als die Betreiberhaftung. Ultimativ komme dem Betreiber geringerer Einfluss auf das Verhalten des Systems zu. Dennoch sei die Betreiberhaftung, etwa bei Verfehlungen der menschlichen Aufsicht sowie bei der Zweckänderung des KI-Systems, jedenfalls zu erwägen (vgl. Art. 25 und 26 KI-VO).

In Folge geht sie näher auf die Schweizer Rechtsentwicklung und die aktuellen Debatten zur Reform des KI-Rechts ein, wobei ein Überblick über den autonomen Nachvollzug der 1990er, die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Produkthaftungsbereich, sowie institutionelle Positionen im Reformprozess gegeben wird. Im Detail werden dann ausgewählte Tatbestandselemente der Produkthaftung (Produkt-, Schaden-, Hersteller-, und Fehlerbegriff, sowie Entwicklungsrisiko und Beweislast) und etwaiger An-

passungsbedarf besprochen. Hervorzuheben sind ihre Ausführungen zu Produktfehler und Entwicklungsrisiko im Kontext von KI, die insbesondere ökonomische Perspektiven aufgreifen. Zur Beweislastfrage vermerkt sie schließlich, dass die Schweizer Rechtsprechung zur deliktischen Geschäftsherrenhaftung (Art. 55 Abs. 1 Obligationenrecht) bereits umfassende Beweiserleichterungen für Geschädigte bzw. höhere Anforderungen für Entlastungsbeweise anbiete (vgl. „Kaffeekannenfall“³⁸). Bestehende Schutzlücken (gewerbliche Nutzung, Schaden am Produkt, Produktbeobachtung, reine Vermögensschäden) würden hingegen über den deliktischen Schutz nach Art. 55 OR geschlossen. Anstatt umfassender horizontaler Reformen – wie etwa die Nachvollziehung der KI-VO –, empfiehlt *Wildhaber* für eine Betreiberhaftung gezielte Anpassungen in sektorspezifischen Regularien vorzunehmen, sowie eine Anpassung des Schweizer Produkthaftungsgesetzes und des Produktsicherheitsgesetzes an die europäischen Vorgaben.

Die neue Produkthaftungsrichtlinie und das französische Recht: Update oder Kick-Up? Prof. Dr. Borghetti

Jean-Sébastien Borghetti thematisiert in seinem Beitrag zunächst die rechtshistorischen Entwicklungen des französischen Produkthaftungsrechts im Kontext der ersten ProdHaftRL 1985. Er ergänzt dies mit rechtsvergleichen- den Überlegungen und zeigt auf, dass sich ältere Grundprobleme bis zur aktuellen Reform durchziehen. So konnte schon die ProdHaftRL 1985 französischen Verbrauchern keinen umfassenderen Schutz bieten, als es das französische Haftungs- und Vertragsrecht konnte. Letzteres stellt breite wissens- bzw. verschuldensunabhängige Ansprüche bei Produktfehlern zur Verfügung (Direktanspruch und Garantie bei verstecktem Mangel, Fehlerhaftung gegen Händler und Hersteller). Er geht schließlich weiter auf potenzielle Spannungsverhältnisse zwischen dem französischen Recht und den europäischen Richtlinien im Kontext von Entwicklungsfehlern (insbesondere bei Medizinprodukten), dem Regress im Mehrpersonenverhältnisse sowie der neuen Beweisregeln, ein. Umfassend beschäftigt er sich dann mit der Grundfrage, in welcher Weise zwischen (Sicherheits-)Fehlern iSd Richtlinien und Sorgfaltspflichtverletzungen nach dem nationalen Haftungsrecht, wie insbesondere der Verschuldens- und Sachhalterhaftung, abgegrenzt werden könnte. Er zeigt dazu Lacunae im Fehler- bzw. Verschuldensbegriff auf, die allgemeine Konsequenzen für die europäische

38 BGE 133 III 81 E. 4.1 («Kaffeekanne»).

Rechtsangleichung haben dürften. Problematisch sei zudem allgemein, dass Schäden an gewerblich genutzten Gütern sowie Weiterfresserschaden nach geltenden französischen Recht ersatzfähig seien. Die neue Richtlinie biete im Ergebnis daher wenig Lösungen für die besprochenen Spannungen gegenüber dem französischen Recht an. Sie sei aufgrund der Einbeziehung digitaler Güter aber dennoch positiv zu bewerten.

Auswirkungen der aktualisierten EU-Produkthaftungsrichtlinie auf die Produkthaftung in Deutschland, Prof. Dr. Andreas Spickhoff

Andreas Spickhoff stellt die neue ProdHaftRL 2024 zunächst in den historischen Kontext der Umsetzung der ersten ProdHaftRL 1985. Umfasst kommentiert er die Erweiterung der Haftungsadressaten, wobei insbesondere die Herstellerhaftung für wesentliche Veränderungen, und jenen von Online-Plattformen und Fulfillment-Dienstleister kommentiert werden. Im Anschluss geht er auf den Schutzzumfang bei hergebrachten Rechtsgütern und das neue Rechtsgut Daten ein. Letzteres kontrastierte er mit dem fehlenden Schutz bei Verletzungen von Persönlichkeitsrechten. Ausführlich geht er auch auf die Rechtsfigur des Weiterfresserschadens ein, der nunmehr ausdrückliche Anerkennung erfährt. In Folge bespricht er zudem neue Aspekte der Softwarehaftung, der Cybersicherheit und von Updatepflichten.

Zum Fehlerbegriff merkt er an, dass ein objektiver Ansatz bereits in der richterlichen Einschätzung aufgehen dürfte und dabei Raum für ökonomisch-analytische Ansätze bestünde. Besonders hervorzuheben sind seine Anmerkungen zum „vernünftigerweise vorhersehbare Gebrauch des Produkts“, die im Rahmen des Themenkreises der Mensch-Maschine-Interaktion Bedeutung finden. Umfassend äußert er sich abschließend zur Relevanz der neuen Offenlegungs- und Vermutungsregeln der Art. 9 und 10 ProdHaftRL 2024. Seines Erachtens gehen diese über das deutsche Prozessrecht hinaus (insb. § 242 BGB) und bedürften der weiteren Konkretisierung. Die Regelungen zur Kausalitätsvermutung verortete er hingegen in Nähe des deutschen Anscheinsbeweises. Die Absenkung des Beweismaßes auf „Wahrscheinlichkeit“ für Fehler und Kausalitäten bei komplexen Systemen sieht er kritisch und erwägt eine Abschwächung in Richtung der überwiegenden Wahrscheinlichkeit iSd § 287 ZPO. Aufgrund mangelhafter Formulierungen, rechtspolitischer Unstimmigkeiten und der damit potenziell einhergehenden uneinheitlichen Auslegung in den Mitgliedsstaaten, steht er den neuen Prozessregeln allgemein kritisch gegenüber.

Von der Verschuldens- zur Gefährdungshaftung: Der Fall der Anbieter von KI-Software in Spanien, Prof. Dr. Tomàs Gabriel García-Micó

Tomàs Gabriel García-Micó beschäftigt sich in seinem Beitrag mit der Frage, welche Auswirkungen die Regelungen zu verbundenen Diensten auf die spanische Haftung für Softwaredienstleistungen haben könnte. Die spanische Regelung biete bereits eine strenge fehler- und verschuldensunabhängige Haftung für qualifizierte Dienstleistungen sowie eine widerlegbare Vermutung der Fahrlässigkeit bei anderen Dienstleistungen (§§ 147, 148 Spanisches Verbraucherschutzgesetz). Er verweist zudem auf begriffliche Unschärfen der Dienstleistungs-, Fehler- und Empfängerbegriffe der neuen RL.

Im Anschluss gibt er einen Überblick über die Debatte zum Produktcharakter von Software (Beweglichkeit, körperliche Einbettung, Erschöpfungsgrundsatz nach *UsedSoft*, Information als Produkt inach *Krone*). Nach der Krone-Entscheidung sei das Medium dann als fehlerhaft zu charakterisieren, wenn die Information als „wesentlicher Bestandteil“ des Mediums zu betrachten sein. Dies könne mitunter auch für die Beachtlichkeit von Schäden durch generierte Inhalte sprechen. Anschließend thematisiert er die Einbeziehung von Software in die Produkthaftung. Er merkt an, dass die Trennung zwischen Software und Hardware durch die Figur der verbundenen Dienste abgeschwächt werde. Dabei sei unklar, wie die Funktionen des Hauptproduktes (zb eines Mobiltelefons) bei der Prüfung der verbundenen Dienste zu bestimmen seien und plädiert auf Basis des Ausnahmecharakters für restriktive Auslegung. Er argumentiert, dass ErwG 17 ProdHaft-RL 2024 auf der Krone-Entscheidung und der Wesentlichkeit der Dienste für die Sicherheit des Gerätes aufbaue. Im Ergebnis drohe ansonsten, dass die spanischen Regeln für Softwareentwickler nicht mehr zur Anwendung kommen könnten.

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. III 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-Unterischgerät; 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 Inverkehrgabe 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).

Die neue Produkthaftungs-Richtlinie: Wegbereiter für Follow-on-Klagen im Recht der Künstlichen Intelligenz?

Martin Ebers*

A. Einleitung

Im Jahre 2024 wurden in der Europäischen Union (EU) zwei Rechtsakte verabschiedet, mit denen ein neuer Rechtsrahmen für Künstliche Intelligenz (KI) geschaffen wird, nämlich zum einen die KI-Verordnung (im Folgenden: KI-VO)¹ und zum anderen die novellierte Produkthaftungs-Richtlinie (im Folgenden: ProdHaftRL 2024).² Beide Rechtsakte bauen zwar nicht explizit aufeinander auf, sind aber eng miteinander verzahnt. Während die KI-VO *ex ante* dafür sorgen soll, „die Einführung von menschenzentrierter und vertrauenswürdiger künstlicher Intelligenz (KI) zu fördern und gleichzeitig ein hohes Schutzniveau in Bezug auf Gesundheit, Sicherheit“ und der Grundrechte sicherzustellen sowie einen „Schutz vor schädlichen Auswirkungen von KI-Systemen in der Union“ zu gewährleisten,³ zielt die neue ProdHaftRL darauf ab, die Produkthaftungs-Richtlinie aus dem Jahre 1985 (im Folgenden: ProdHaftRL 1985)⁴ „vor dem Hintergrund der

* Der vorliegende Beitrag ist im Rahmen des Projekts „Private Rule-making and European Governance of AI and Robotics“ entstanden, das durch das Wallenberg AI, Autonomous Systems and Software Program - Humanities and Society (WASP-HS) unterstützt und von der Marianne und Marcus Wallenberg Stiftung und der Marcus und Amalia Wallenberg Stiftung finanziert wird.

1 Verordnung (EU) 2024/1689 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juni 2024 zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 300/2008, (EU) Nr. 167/2013, (EU) Nr. 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 und (EU) 2019/2144 sowie der Richtlinien 2014/90/EU, (EU) 2016/797 und (EU) 2020/1828 (Verordnung über künstliche Intelligenz), ABl. L, 2024/1689.

2 Richtlinie (EU) 2024/2853 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2024 über die Haftung für fehlerhafte Produkte und zur Aufhebung der Richtlinie 85/374/EWG des Rates, ABl. 2024 L 2024/2853.

3 Erwägungsgrund (1) Satz 1 KI-VO.

4 Richtlinie des Rates vom 25.7.1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte (85/374/EWG), ABl. 1985 L 210, 29.

Entwicklungen im Zusammenhang mit neuen Technologien, einschließlich künstlicher Intelligenz“ zu überarbeiten,⁵ um *ex post* sicherzustellen, dass Kläger bei der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen „unabhängig von der betreffenden Technologie von demselben Schutzniveau profitieren“.⁶

Da beide Rechtsakte parallel anwendbar sind,⁷ stellt sich die Frage, inwieweit ein Anbieter bzw. Hersteller, der gegen die KI-VO verstößt, für daraus entstandene Schäden nach der ProdHaftRL haften muss. Sorgt die neue ProdHaftRL dafür, dass künftig ein Verstoß gegen die KI-VO, der zu einem Schaden geführt hat, nach der ProdHaftRL 2024 ersetzt werden muss? Inwieweit strahlen die – vornehmlich produktsicherheitsrechtlichen⁸ – Pflichten der KI-VO auf das Produkthaftungsrecht aus? Kann sich ein Kläger in einem Produkthaftungsprozess für den Nachweis eines Produktfehlers darauf berufen, dass der Beklagte gegen die KI-VO verstoßen hat? Gibt es im neuen europäischen Recht der Künstlichen Intelligenz mit anderen Worten nunmehr auch die Möglichkeit einer Folgeklage (Follow-on-Klage), so dass die nationalen Zivilgerichte – wie im EU-Wettbewerbsrecht⁹ – an Entscheidungen der Kommission und nationalen KI-Aufsichtsbehörden gebunden sind? Welche sonstigen Wechselwirkungen bestehen zwischen der KI-VO und der neuen ProdHaftRL?

Der vorliegende Beitrag geht diesen Fragen nach, indem die ProdHaftRL 2024 zunächst in ihren Grundzügen vorgestellt und mit der ProdHaftRL 1985 verglichen wird (B.). Der anschließende Hauptteil analysiert sodann die Wechselwirkungen zwischen der KI-VO und der ProdHaftRL 2024 (C.). Ein Schlussteil fasst abschließend die wichtigsten Ergebnisse zusammen (D.).

Die von der Europäischen Kommission im Jahre 2022 vorgeschlagene KI-HaftungsRL¹⁰ wird dagegen nicht weiter behandelt, da die Kommission

5 Erwägungsgrund (3) Satz 1 ProdHaftRL 2024.

6 Erwägungsgrund (3) Satz 4 ProdHaftRL 2024.

7 Siehe *infra*, C.I.2.

8 Dazu *infra*, C.III.1.

9 Dazu *infra*, C.I.1.

10 Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates zur Anpassung der Vorschriften über außervertragliche zivilrechtliche Haftung an künstliche Intelligenz (Richtlinie über KI-Haftung), COM(2022) 496 final. Dazu G. Wagner, Die Richtlinie über KI-Haftung: Viel Rauch, wenig Feuer, JZ 2023, 123 (123); P. Hacker, Proposal for a directive on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence, Complementary impact assessment, Study for the European Parliamentary Research Service, PE 762.861 – September 2024,

im Februar 2025 angekündigt hat, diesen Vorschlag wieder zurückzuziehen.¹¹

Ausgeklammert bleibt im Folgenden zudem die vertragliche sowie außervertragliche Haftung von Herstellern und Betreibern nach nationalem (deutschem) Recht und dabei insbesondere die Frage, inwieweit die Vorschriften der KI-VO als Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB zu betrachten sind,¹² da auch dies den Rahmen des vorliegenden Kapitels sprengen würde.

B. Änderungen der ProdHaftRL 2024 im Vergleich zur ProdHaftRL 1985

I. Hintergrund

Die am 23. Oktober 2024 verabschiedete neue Produkthaftungs-Richtlinie will in erster Linie der Digitalisierung und dabei insbesondere KI-Systemen Rechnung tragen.¹³

Da sich die aus dem Jahre 1985 stammende ProdHaftRL vor allem an physischen Produkten orientiert, ergeben sich nach alter Rechtslage zahlreiche Regelungslücken, soweit es um Schäden geht, die durch (intelligente) Softwaresysteme verursacht werden. So ist bereits umstritten, ob (stand-alone) Software überhaupt als Produkt iSv Art. 2 ProdHaftRL 1985 anzusehen ist.¹⁴ Problematisch ist ferner, dass die ProdHaftRL 1985 nicht

[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2024/762861/EPRS_STU\(2024\)762861_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2024/762861/EPRS_STU(2024)762861_EN.pdf).

- 11 Europäische Kommission, Arbeitsprogramm der Kommission 2025, Annex IV.32, COM(2025) 45 final.
- 12 Pauschal bejahend H. Steege/K. Chibanguza *Metaverse-HdB/Steege/Chibanguza* § 8 Regulierung von Künstlicher Intelligenz Rn. 127; D. Bomhard/J. Siglmüller, Europäische KI-Haftungsrichtlinie, RD i 2022, 506 (507); Buck-Heeb/Oppermann *Automatisierte Systeme/Grützmacher* S. 459 (470). Differenzierend H. Steege/L. Franke, *Haftungsrecht/Product Compliance*, in: M. Ebers/B. Quarch (Hrsg.), *Rechtshandbuch ChatGPT*, 1. Aufl., Baden-Baden 2024, § 9 Rn. 56, mit dem zutreffenden Hinweis, dass nicht per se jede Vorschrift der KI-VO auch gleichzeitig schützenden Charakter hat, so dass jeweils einzeln zu prüfen ist, ob es sich bei der konkreten Vorschrift um ein Schutzgesetz handelt.
- 13 Erwägungsgrund (3) ProdHaftRL 2024.
- 14 Vgl. I. Rebin in: A. Spickhoff (Hrsg.), *BeckOGK ProdHaftG*, Stand: 15.10.2024, § 2 Rn. 49; G. Wagner in: F. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker/B. Limperg (Hrsg.), *MüKo ProdHaftG*, 9. Auflage, München 2024, § 2 ProdHaftG Rn. 17 ff.

auf Dienstleistungen Anwendung findet.¹⁵ Heutzutage übliche digitale Geschäftsmodelle wie „Software as a Service“ (SaaS) werden daher von der ProdHaftRL 1985 nicht erfasst.

Eine weitere Regelungslücke ergibt sich daraus, dass der Hersteller nach Art. 6 Abs. 1 lit. c ProdHaftRL 1985 nur für Produktfehler haftet, die bereits zum Zeitpunkt der Inverkehrgabe vorgelegen haben. Die Richtlinie berücksichtigt insofern nicht, dass sich digitale „lernende“ Systeme nach ihrer Inverkehrgabe weiterentwickeln. Unberücksichtigt bleibt ferner der Umstand, dass viele Produkte im digitalen Zeitalter nach Inverkehrgabe weiterhin der Kontrolle des Herstellers unterliegen können.

Für die Praxis besonders brisant ist darüber hinaus die Frage, wie ein Geschädigter einen Produktfehler bei komplexen, häufig intransparenten KI-Systemen nach Art. 4 ProdHaftRL 1985 überhaupt beweisen kann.¹⁶ Schließlich stellt sich das Problem, dass nach der ProdHaftRL 1985 nur bestimmte Schäden ersatzfähig sind, nämlich nur durch Tod und Körperverletzung verursachte Schäden sowie bestimmte Schäden an Sachen, die für den privaten Ge- oder Verbrauch bestimmt sind. Sonstige Schäden, die bei digitalen Produkten typischerweise auftreten, wie beispielsweise Daten-schäden, werden demgegenüber von der ProdHaftRL 1985 nicht erfasst.

Angesichts dieser und einer Reihe weiterer Haftungslücken entwickelte das Europäische Parlament bereits im Jahre 2017 in seiner Entschließung „Zivilrechtliche Regelungen im Bereich Robotik“ konkrete Empfehlungen zur Weiterentwicklung des Haftungssystems.¹⁷ Im Anschluss daran präsentierte die von der Europäischen Kommission eingesetzte „Expert Group

15 EuGH Urt. v. 21.12.2011 – C-495/10, ECLI:EU:C:2011:869 = NJW 2012, 754; EuGH Urt. v. 10. 6. 2021 – C-65/20, ECLI:EU:C:2021:471, Rn. 32. Vgl. auch den gescheiterten Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über die Haftung bei Dienstleistungen, COM(90) 482 final, ABl. 1991 C 12, 8. Die Richtlinie für digitale Inhalte ändert daran nichts, da sie Regelungen zum Schadensersatz dem nationalen Recht anheimstellt, s. Art. 3 Abs. 10 RL 2019/770/EU.

16 Vgl. J.-S. Borghetti, How can Artificial Intelligence be Defective?, in: S. Lohsse/R. Schulze/D. Staudenmayer (Hrsg.), Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things, Baden-Baden 2019, S. 63 (71): „defectiveness is not an adequate basis for liability“, because in most circumstances, „it will be too difficult or expensive to prove the algorithm’s defect“.

17 *Europäisches Parlament*, Zivilrechtliche Regelungen im Bereich Robotik, P8_TA(2017)0051, Nr. 2, 53, 57, 58. Dazu M. Ebers, in: M. Ebers/C. Heinze/T. Krügel/B. Steinrötter (Hrsg.), Rechtshandbuch Künstliche Intelligenz und Robotik, 1. Aufl., München 2020, § 3 Rn. 70 f.; M. F. Lohmann, Ein europäisches Roboterrecht – überfällig oder überflüssig? ZRP 2017, 168 (170).

on Liability and New Technologies – New Technologies Formation“ Ende November 2019 eine Reihe von Vorschlägen,¹⁸ die im Wesentlichen darauf hinausliefen, (i) für besonders gefährliche KI-Systeme (wie zB im öffentlichen Raum eingesetzte KI-betriebene Roboter) eine Kausalhaftung von Operatoren (Frontend- oder Backend-Nutzer) einzuführen, (ii) die Produkthaftung auf fehlerhafte Hersteller-Updates zu erstrecken, (iii) Dokumentationspflichten und Beweiserleichterungen zu schaffen, sowie (iv) eine obligatorische Haftpflichtversicherung für Situationen vorzusehen, in denen Dritte einem erhöhten Schadensrisiko ausgesetzt sind.

Ein knappes Jahr später veröffentlichte das Europäische Parlament im Oktober 2020 einen Entwurf für eine „Verordnung über eine Haftung für den Betrieb von KI-Systemen“¹⁹ und forderte die Europäische Kommission zugleich auf, einen Vorschlag für einen entsprechenden Rechtsakt vorzulegen.

Die Europäische Kommission präsentierte daraufhin im Jahre 2022 zwei Richtlinienvorschläge, nämlich zum einen den Vorschlag für eine revidierte Produkthaftungs-RL,²⁰ der in die ProdHaftRL 2024 mündete, und zum anderen den mittlerweile zurückgezogenen Vorschlag für eine KI-Haftungs-RL.²¹

II. Überblick über die wesentlichen Änderungen

Die neue ProdHaftRL 2024, die dem Prinzip der Vollharmonisierung folgt,²² in allen Mitgliedstaaten bis zum 9.12.2026 in nationales Recht umzusetzen ist und für sämtliche Produkte gilt, die ab dem 9.12.2026 in Verkehr gebracht oder in Betrieb genommen werden, führt zu tiefgreifenden Ände-

18 *Expert Group on Liability and New Technologies – New Technologies Formation*, Liability for Artificial Intelligence and other emerging technologies, 2019, doi:10.2838/573689.

19 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 20.10.2020 mit Empfehlungen an die Kommission für eine Regelung der zivilrechtlichen Haftung beim Einsatz künstlicher Intelligenz (2020/2014(INL)), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_DE.html. Dazu *H. Sousa Antunes*, Civil Liability Applicable to Artificial Intelligence: A Preliminary Critique of the European Parliament Resolution of 2020 (December 5, 2020), <https://ssrn.com/abstract=3743242>; *Ş. Barış Özçelik*, Civil Liability Regime for Artificial Intelligence: A Critical Analysis of European Parliament's Proposal for a Regulation, *The European Legal Forum* 2021, 93 ff.

20 Europäische Kommission COM(2022) 495 final.

21 Europäische Kommission COM(2022) 496 final.

22 Vgl. Art. 3 ProdHaftRL 2024. Dazu (in diesem Band) *Spickhoff*, S. 199 ff.

rungen im Produkthaftungsrecht. Diese können wie folgt zusammengefasst werden:

	ProdHaftRL 1985	ProdHaftRL 2024
Produktbegriff	Bewegliche Sachen, Elektrizität	+ Software, digitale Konstruktionsunterlagen, verbundene Dienste
Haftungsadressat	Hersteller, Importeur, subsidiär Lieferant	+ Hersteller von Software, einschl. KI-Systemen + Wirtschaftsakteure, einschl. Bevollmächtigte, Fulfilment-Dienstleister, Lieferant, Online-Plattformen
Fehlerbegriff	Berechtigte Sicherheitserwartungen	+ Produktsicherheitsanforderungen, einschl. Cybersicherheit
Zeitpunkt des Fehlers	Inverkehrgabe	+ nach Inverkehrgabe, solange Hersteller Kontrolle über Produkt behält
Geschützte Rechtsgüter	Tod, Körperverletzung, Sachschäden	+ Psychische Schäden, Vernichtung/Verfälschung nicht-kommerzieller Daten - Entfall des Selbstbehalts
Beweisrecht	Fehler – Schaden – Kausalzusammenhang	+ Offenlegung von Beweismitteln + Vermutung von Fehlerhaftigkeit und Kausalität
Exkulpation	Spielraum der Mitgliedstaaten, eine Haftung für Entwicklungsrisiken vorzusehen	Eingeschränkter Spielraum der Mitgliedstaaten, eine Haftung für Entwicklungsrisiken durch neue Vorschriften vorzusehen
Verjährung	Höchstens 10 Jahre ab Inverkehrgabe	Verlängerung auf 25 Jahre für gesundheitliche Spätschäden

III. Produktbegriff

Eine erste Neuerung betrifft den Produktbegriff. Während Art. 2 ProdHaftRL 1985 nur auf bewegliche Sachen sowie Elektrizität Bezug nimmt, stellt Art. 4 Nr. 1 ProdHaftRL 2024 nunmehr ausdrücklich klar, dass auch Software unter die Produktdefinition fällt. Erwägungsgrund (13) ProdHaftRL 2024 hebt hervor, dass hierunter insbesondere Betriebssysteme, Firmware, Computerprogramme, Apps sowie KI-Systeme fallen. Keine Rolle spielt, ob die Software auf einem Gerät gespeichert, über ein Kommunikationsnetz oder Cloud-Technologien abgerufen oder durch ein Software-as-a-Service-Modell bereitgestellt wird.²³ Ausgenommen von der ProdHaftRL ist dagegen freie und quelloffene Software, die außerhalb einer gewerblichen Tätigkeit entwickelt oder bereitgestellt wird (Art. 2 Abs. 2 ProdHaftRL 2024). Auch für „bloße“ Informationen soll nach Erwägungsgrund (13) ProdHaftRL 2024 nicht gehaftet werden.²⁴

Die neue Richtlinie erfasst als Produkt darüber hinaus digitale Konstruktionsunterlagen, Art. 4 Nr. 1 ProdHaftRL 2024. Dabei handelt es sich, wie Art. 4 Nr. 2 ProdHaftRL 2024 klarstellt, um eine „digitale Version einer beweglichen Sache oder eine digitale Vorlage“ mit funktionalen Informationen, „die zur Herstellung eines körperlichen Gegenstands erforderlich sind, indem sie die automatische Steuerung von Maschinen oder Werkzeugen“ (wie Bohr-, Dreh- und Fräsmaschinen sowie 3D-Druckern)²⁵ ermöglicht.

Eine weitere Neuerung liegt darin, dass sich die Produkthaftung nach Art. 8 Abs. 1 lit. a-b ProdHaftRL 2024 nunmehr auch auf Schäden erstreckt, die durch eine fehlerhafte Komponente verursacht werden. Als Komponente bezeichnet die Richtlinie u.a. jeden verbundenen Dienst, der in ein Produkt integriert oder mit dem Produkt verbunden ist (Art. 4 Nr. 4 ProdHaftRL 2024). Ein solcher mit dem Produkt verbundener Dienst liegt vor, wenn es sich um einen digitalen Dienst handelt, 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 (Art. 4 Nr. 3 ProdHaftRL 2024). Zweck der Haftungsausweitung auf verbundene digitale Dienste ist die Überlegung, dass verbundene digitale Dienste für die Sicher-

23 Erwägungsgrund (13) ProdHaftRL 2024.

24 Ausführlich *infra*, C.IV.2.

25 Erwägungsgrund (16) ProdHaftRL 2024.

heit eines Produkts genauso grundlegend sind wie physische oder digitale Komponenten.²⁶

IV. Haftungsadressaten

Auch der Kreis der Haftungsadressaten wird durch die Reform erweitert. Haftungssubjekte sind nunmehr nicht nur Hersteller, Importeure und subsidiär Lieferanten, wie in Art. 3 ProdHaftRL 1985 vorgesehen. Aus der Einbeziehung von Software in den Produktbegriff folgt vielmehr, dass nunmehr auch Softwarehersteller einschließlich Hersteller von KI-Systemen für die Fehlerhaftigkeit ihres Produkts gemäß Art. 8 Abs. 1 lit. a ProdHaftRL 2024 haften.

Neben dem Endproduktehersteller haftet nach Art. 8 Abs. 1 lit. b ProdHaftRL 2024 ferner der Komponentenhersteller, wenn eine Komponente unter seiner Kontrolle in ein Produkt integriert oder damit verbunden wurde und die Fehlerhaftigkeit dieses Produkts verursacht hat. Unternehmen in Sektoren, in denen Produkte einen hohen Grad an Interkonnektivität aufweisen, sind damit künftig einem erhöhten Haftungsrisiko ausgesetzt.²⁷

Die neue Richtlinie erweitert die Schadensersatzpflicht zudem auf nahezu jeden „Wirtschaftsakteur“ i.S.d. Art. 4 Nr. 15 ProdHaftRL, der in der Lieferkette mit dem Produkt zu tun hat, indem nunmehr auch Bevollmächtigte des Herstellers, Fulfilment-Dienstleister, Lieferanten und Online-Plattformen einbezogen werden. Die Haftung ist dabei abgestuft. Für den Fall, dass der Hersteller außerhalb der EU seinen Sitz hat, haftet neben ihm der Importeur und der Bevollmächtigte des Herstellers (Art. 8 Abs. 1 lit. c i und ii ProdHaftRL 2024). Gibt es weder einen Importeur mit Sitz in der EU noch einen Bevollmächtigten, so kann nach Art. 8 Abs. 1 lit. c iii ProdHaftRL 2024 der Fulfilment-Dienstleister in Anspruch genommen werden. Dazu zählen vor allem Logistikunternehmen (mit Ausnahme der Post), die für die Lagerung, Verpackung und den Versand des Produkts eingeschaltet werden (Art. 4 Nr. 13 ProdHaftRL 2024). Außerhalb der Union niedergelassene Hersteller müssen nach Art. 16 Produktsicherheits-VO 2023/988²⁸

26 Erwägungsgrund (17) Satz 2 ProdHaftRL 2024.

27 M. Becker/A. Bell/H. Meyer, Die neue EU-Produkthaftungs-RL und ihre Folgen für das deutsche Produkthaftungsrecht, NJW 2024, 3745 (3746).

28 Verordnung (EU) 2023/988 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. Mai 2023 über die allgemeine Produktsicherheit, zur Änderung der Verordnung (EU)

i.V.m. Art. 4 Abs. 3 Marktüberwachungs-VO 2019/1020²⁹ stets einen Bevollmächtigten, Importeur oder Fulfillment-Dienstleister einschalten, wenn das betreffende Produkt für Verbraucher bestimmt ist.

Kann ein Wirtschaftsakteur nicht ermittelt werden, so haftet nach Art. 8 Abs. 3 ProdHaftRL 2024 jeder Lieferant, der es versäumt, einen solchen in der EU ansässigen Wirtschaftsakteur oder seinen eigenen Lieferanten auf Anfrage der geschädigten Person zu identifizieren. Entsprechendes gilt nach Art. 8 Abs. 4 ProdHaftRL 2024 i.V.m. Art. 6 Abs. 3 DSA³⁰ für Anbieter von Online-Plattformen, die es Verbrauchern ermöglichen, Fernabsatzverträge mit Unternehmen abzuschließen, wenn sie sich aus Sicht eines durchschnittlichen Verbrauchers wie ein Händler gerieren.

V. Fehlerbegriff und Zeitpunkt des Fehlers

Für das Vorliegen eines Produktfehlers knüpft Art. 7 ProdHaftRL 2024 – in Übereinstimmung mit Art. 6 Abs. 1 ProdHaftRL 1985 – an die berechtigten Sicherheitserwartungen an, die sich aus der Darbietung des Produkts aus dem billigerweise zu rechnenden Gebrauch ergeben. Gleichzeitig wird der Fehlerbegriff jedoch durch eine Reihe weiterer Kriterien konkretisiert und erweitert.

Erstens verweist Art. 7 Abs. 1 ProdHaftRL 2024 nicht nur auf die berechtigten Sicherheitserwartungen, sondern zusätzlich auf die Sicherheit, die „gemäß Unionsrecht oder nationalem Recht“ vorgeschrieben ist. Die neue ProdHaftRL 2024 verknüpft damit ausdrücklich das (EU)-Produktsicherheitsrecht mit dem EU-Produkthaftungsrecht.³¹

Zu berücksichtigen sind nach Art. 7 Abs. 2 lit. c ProdHaftRL 2024 zweitens die „Auswirkungen der Fähigkeit des Produkts, nach seinem Inver-

Nr. 1025/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie (EU) 2020/1828 des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 2001/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie 87/357/EWG des Rates, ABl. 2023 L 135/L.

29 Verordnung (EU) 2019/1020 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 über Marktüberwachung und die Konformität von Produkten sowie zur Änderung der Richtlinie 2004/42/EG und der Verordnungen (EG) Nr. 765/2008 und (EU) Nr. 305/2011, ABl. 2019 L 169.

30 Verordnung (EU) 2022/2065 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Oktober 2022 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG (Gesetz über digitale Dienste), ABl. 2022 L 277.

31 Im Einzelnen *infra*, C.VI.

kehrbringen oder seiner Inbetriebnahme weiter zu lernen oder neue Funktionen zu erwerben, auf das Produkt“. Die Richtlinie nimmt damit ausdrücklich auf KI-Systeme Bezug, die ein unerwartetes Verhalten entwickeln. Erwägungsgrund (32) stellt klar, dass Hersteller für Schäden haften, die aus einem solchen unerwarteten Verhalten entstehen.

Die neue Richtlinie erwähnt drittens zudem sicherheitsrelevante Cybersicherheitsanforderungen (Art. 7 Abs. 2 lit. f ProdHaftRL 2024) sowie viertens die nach vernünftigem Ermessen vorhersehbaren Auswirkungen anderer Produkte auf das Produkt, bei denen davon ausgegangen werden kann, dass sie zusammen mit dem Produkt verwendet werden, unter anderem durch eine Verbindung mit dem Produkt (Art. 7 Abs. 2 lit. d ProdHaftRL 2024).

Eine weitere Neuerung bezieht sich auf den Zeitpunkt, der für die Ermittlung eines Produktfehlers maßgeblich ist. Während Art. 6 Abs. 1 lit. c ProdHaftRL 1985 nur an den Zeitpunkt der Inverkehrgabe anknüpft, haftet der Hersteller nach Art. 7 Abs. 2 lit. e ProdHaftRL 2024 auch für nach diesem Zeitpunkt auftretende Produktfehler, wenn er nach Inverkehrgabe Software-Updates oder -Upgrades oder wesentliche Produktänderungen vornimmt (Art. 4 Nr. 5 ProdHaftRL 2024). Gleiches gilt, wenn diese Handlungen von einem Dritten vorgenommen werden und der Hersteller diese genehmigt oder ihnen zustimmt.

VI. Geschützte Rechtsgüter

Art. 6 ProdHaftRL 2024 erweitert zudem den Kreis der geschützten Rechtsgüter. Während die unionsrechtliche Produkthaftung nach Art. 9 ProdHaftRL 1985 nur bei Tod, Körperverletzung und Sachschäden ausgelöst werden konnte, soll nach Art. 6 Abs. 1 lit. c ProdHaftRL 2024 nunmehr auch die Vernichtung oder Verfälschung von Daten, die nicht für berufliche Zwecke verwendet werden, eine Haftung begründen.

Art. 6 Abs. 1 lit. a ProdHaftRL 2024 stellt im Interesse der Rechtssicherheit ferner klar, dass eine Körperverletzung auch medizinisch anerkannte und medizinisch bescheinigte Beeinträchtigungen der psychischen Gesundheit einschließt, die den allgemeinen Gesundheitszustand des Opfers

beeinträchtigen und eine Therapie oder medizinische Behandlung erfordern könnten.³²

Weiterhin entfallen ist der Selbstbehalt aus Art. 9 Abs. 2 ProdHaftRL 1985, wonach Bagatellschäden unter € 500 nicht ersetzt wurden.

VII. Beweisrecht

In prozessualer Hinsicht kommt den Geschädigten eine im Vergleich zur früheren Richtlinie vergünstigte Rechtsposition zu. Nach alter Rechtslage kam dem Geschädigten keine Beweiserleichterung zu, er musste vielmehr nach Art. 4 ProdHaftRL 1985 den Schaden, den Fehler und den ursächlichen Zusammenhang zwischen Fehler und Schaden beweisen. Hierbei bleibt es grundsätzlich auch nach neuer Rechtslage, Art. 10 Abs. 1 ProdHaftRL 2024. Im Unterschied zu früher sieht die ProdHaftRL 2024 jedoch eine Offenlegung von Beweismitteln sowie Beweiserleichterungen vor.

Nach Art. 9 Abs. 1 ProdHaftRL 2024 muss der Beklagte Beweismittel auf Antrag des Anspruchsstellers offenlegen, wenn dieser plausible Belege für seinen Anspruch vorlegt. Wie weitreichend diese Offenlegungspflichten sind, wird anhand der Maßstäbe der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit beurteilt, Art. 9 Abs. 3 und 4 ProdHaftRL 2024.

Darüber hinaus wird nach Art. 10 Abs. 2 ProdHaftRL 2024 die Fehlerhaftigkeit des Produkts widerlegbar vermutet, wenn (i) der Beklagte relevante Beweismittel nicht offenlegt, (ii) der Kläger nachweist, dass das Produkt individualschützende Anforderungen des unionalen oder nationalen Produktsicherheitsrechts nicht erfüllt, oder (iii) der Kläger nachweist, dass der Schaden durch eine offensichtliche Funktionsstörung des Produkts bei vernünftigerweise vorhersehbarem Gebrauch oder unter gewöhnlichen Umständen verursacht wurde.

Weitere Beweiserleichterungen bzgl. der Fehlerhaftigkeit des Produkts und dem ursächlichen Zusammenhang zwischen Fehlerhaftigkeit und Schaden sind in Art. 10 Abs. 3 und Abs. 4 ProdHaftRL 2024 vorgesehen.

VIII. Exkulpation

Art. 11 Abs. 1 lit. e ProdHaftRL 2024 sieht vor, dass ein Wirtschaftsakteur (Hersteller, Anbieter eines verbundenen Diensts, Bevollmächtigter, Import-

³² Vgl. auch Erwägungsgrund (21) ProdHaftRL 2024.

teur, Fulfillment-Dienstleister, Lieferant) nicht für Schäden haftet, die durch ein fehlerhaftes Produkt verursacht wurden, wenn er beweist, dass die Fehlerhaftigkeit nach dem objektiven Stand der Wissenschaft und Technik zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens oder der Inbetriebnahme des Produkts oder in dem Zeitraum, in dem sich das Produkt unter der Kontrolle des Herstellers befand, nicht erkannt werden konnte. Diese Exkulpation für Entwicklungsrisiken entspricht grundsätzlich Art. 7 lit e ProdHaftRL 1985 – mit der Ausnahme, dass nunmehr zusätzlich auch auf den Zeitpunkt nach Inverkehrgabe sowie auf die Kontrolle des Herstellers abgestellt wird.

Änderungen ergeben sich beim Umsetzungsspielraum der Mitgliedstaaten. Nach Art. 15 Abs. 1 lit. b ProdHaftRL 1985 konnten die Mitgliedstaaten die Möglichkeit des Herstellers, sich auf Entwicklungsfehler zu berufen, durch entsprechende bereits bestehende oder neu eingeführte Regelungen im nationalen Recht ausschließen. Die neue Richtlinie verengt demgegenüber den Umsetzungsspielraum der Mitgliedstaaten. Ein Ausschluss der Exkulpationsmöglichkeit für Entwicklungsrisiken ist voraussetzungslos nach Art. 18 Abs. 1 ProdHaftRL 2024 nur noch möglich, wenn entsprechende Regelungen im nationalen Recht bereits bestehen und beibehalten werden. Der Erlass neuer mitgliedstaatlicher Regelungen zwecks Ausschlusses der Exkulpationsmöglichkeit für Entwicklungsrisiken ist demgegenüber nach Art. 18 Abs. 3 ProdHaftRL 2024 nicht mehr uneingeschränkt möglich, sondern nur dann, wenn sich diese Maßnahmen auf bestimmte Kategorien von Produkten beschränken, durch Ziele im öffentlichen Interesse gerechtfertigt und verhältnismäßig sind.

IX. Verjährung und Erlöschen von Ansprüchen

Die in Art. 16 ProdHaftRL 2024 vorgesehene dreijährige Verjährungsfrist sowie das in Art. 17 Abs. 1 ProdHaftRL 2024 normierte Erlöschen von Ansprüchen zehn Jahre nach Inverkehrgabe, sofern in der Zwischenzeit keine Klage erhoben wurde, entspricht Art. 10 Abs. 1 ProdHaftRL 1985 und Art. 11 ProdHaftRL 1985.

Neu ist hingegen Art. 17 Abs. 2 ProdHaftRL 2024, wonach sich die Frist bis zum Erlöschen des Anspruchs auf 25 Jahre verlängert, wenn eine geschädigte Person aufgrund der Latenzzeit einer Körperverletzung nicht in der Lage war, innerhalb von 10 Jahren Klage zu erheben.

C. Ausstrahlung der KI-VO auf die Produkthaftung nach der ProdHaftRL 2024

I. Fragestellung

Inwieweit die neue ProdHaftRL 2024 dafür sorgen wird, dass Geschädigte in Europa künftig sehr viel leichter Schadensersatz für fehlerhafte KI-Systeme erhalten können, hängt nicht nur von dem in der Richtlinie niedergelegten Haftungsregime ab, sondern auch davon, inwieweit die in der KI-VO normierten Anforderungen an KI-Systeme auf die Produkthaftung ausstrahlen. Da die KI-VO als Teil des europäischen Produktsicherheitsrechts zum Schutz der Gesundheit und Sicherheit der Bürger erstmals eine Vielzahl von verbindlichen Anforderungen aufstellt, die ein Anbieter bzw. Hersteller von KI-Systemen vor Inverkehrgabe zwingend zu beachten hat, könnte die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen nach der ProdHaftRL 2024 erheblich gestärkt werden, wenn sich Geschädigte vor den Zivilgerichten auf einen Verstoß gegen die KI-VO berufen könnten.

Die nachfolgenden Überlegungen gehen vor diesem Hintergrund der Frage nach, inwieweit die KI-VO eine Bindungs- oder zumindest eine Ausstrahlungswirkung auf nachfolgende Schadensersatzprozesse nach der ProdHaftRL 2024 entfaltet.

1. Follow-on-Klagen im EU-Wettbewerbsrecht

Im EU-Wettbewerbsrecht werden öffentlich-rechtliche und private Rechtsdurchsetzung seit den Entscheidungen des EuGH in den Rechtssachen *Delimitis*³³ und *Masterfoods*³⁴ durch das Instrument der Follow-on Klage miteinander verbunden.

Nationale Gerichte sind gemäß Art. 16 Abs. 1 S. 1 der VO 1/2003³⁵ an bestandskräftige *Entscheidungen der Kommission* über einen Kartellverstoß nach Art. 101 oder 102 AEUV grundsätzlich gebunden. Hat ein nationales Gericht einen Sachverhalt nach Art. 101 oder Art. 102 AEUV zu beurteilen, der bereits Gegenstand einer Entscheidung der Kommission war, darf das Gericht nach Art. 16 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 keine Entscheidung erlassen,

33 EuGH, Rs. C-234/89 (*Delimitis*).

34 EuGH, Rs. C-344/98 (*Masterfoods*).

35 Verordnung Nr. 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. 2003 L 1/1.

die der Entscheidung der Kommission zuwiderläuft. Das zuständige nationale Zivilgericht hat dementsprechend in seiner Entscheidung über eine Schadensersatzklage die rechtliche Würdigung und die tatsächlichen Feststellungen, auf welchen die Kommission ihre Kartellrechtsentscheidung gestützt hat, als feststehend zugrunde zu legen.³⁶ Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 zielt darauf ab, eine einheitliche Anwendung der Wettbewerbsregeln im System paralleler Zuständigkeiten sicherzustellen.³⁷ Eine Bindungswirkung tritt ein, wenn zum einen rechtlich und tatsächlich absolute Identität in Bezug auf den Streitgegenstand des Kartellverfahrens vor der Kommission und vor dem nationalen Gericht besteht und zum anderen beide Verfahren sich gegen dieselbe natürliche oder juristische Person richten.³⁸

Art. 9 Abs. 1 Kartellschadensersatz-RL 2014/104³⁹ sieht darüber hinaus vor, dass die einzelstaatlichen Gerichte an die Feststellung eines Wettbewerbsverstoßes durch die *eigene nationale Wettbewerbsbehörde* oder ein zu deren Kontrolle berufenes Gericht gebunden sind. Bestandskräftige Entscheidungen *anderer* Mitgliedstaaten müssen darüber hinaus nach Art. 9 Abs. 2 der Richtlinie von den Gerichten als Anscheinsbeweis dafür zugelassen werden, dass eine Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht begangen wurde. Dabei handelt es sich jedoch um eine bloße Mindestvorgabe. Das deutsche Kartellrecht weitet die auf europäischer Ebene vorgesehene Wirkung aus und sieht nach § 33b S. 1 GWB vor, dass nicht nur Entscheidungen des Bundeskartellamts, sondern auch Entscheidungen ausländischer Wettbewerbsbehörden sowie ausländische Gerichtsentscheidungen für die Entscheidung des nationalen Zivilgerichts über Schadensersatzklagen bindend sind.

36 C. Klöppner/A. Preuße, Die negative Bindungswirkung von Bußgeldbescheiden in follow-on Prozessen, NZKart 2021, 269 (270).

37 Erwägungsgrund (22) Verordnung 1/2003.

38 M. Ebers, Rechte, Rechtsbehelfe und Sanktionen im Unionsprivatrecht, Tübingen 2016, S. 578 f.

39 Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. 2014 L 349/1.

2. Verhältnis zwischen KI-VO und ProdHaftRL 2024: Erste Bestandsaufnahme

Die KI-VO und die ProdHaftRL 2024 stehen – anders als im EU-Wettbewerbsrecht – unverbunden nebeneinander – zumindest auf den ersten Blick: Art. 2 Abs. 9 KI-VO hebt hervor, dass die KI-VO „nicht die Vorschriften anderer Rechtsakte der Union zum Verbraucherschutz und zur Produktsicherheit“ berührt. In Erwägungsgrund (9) KI-VO wird zudem ausgeführt, dass die in dieser Verordnung festgelegten harmonisierten Vorschriften das bestehende Unionsrecht nur ergänzen, nicht aber ersetzen. Weiter heißt es mit Blick auf die ProdHaftRL 1985:

„Daher bleiben alle Rechte und Rechtsbehelfe, die für Verbraucher und andere Personen, auf die sich KI-Systeme negativ auswirken können, gemäß diesem Unionsrecht vorgesehen sind, auch in Bezug auf einen möglichen Schadenersatz gemäß der Richtlinie 85/374/EWG des Rates unberührt und in vollem Umfang anwendbar.“

Die neue ProdHaftRL 2024 enthält zwar in ihren Erwägungsgründen zahlreiche Verweise auf die KI-VO.⁴⁰ Im operativen Teil der Richtlinie wird demgegenüber nicht explizit auf die KI-VO verwiesen. Viele Artikel der ProdHaftRL 2024 nehmen jedoch zumindest indirekt auf die KI-VO Bezug, indem sie auf das EU-Produktsicherheitsrecht verweisen.⁴¹

Vorläufig ist daher festzuhalten, dass das im EU-Wettbewerbsrecht etablierte Instrument der *Follow-On-Klage* im neuen Recht der Künstlichen Intelligenz bislang *keine Anerkennung* findet.

Dessen ungeachtet ist die KI-VO aber als Teil des EU-Produktsicherheitsrechts eng mit der ProdHaftRL 2024 verzahnt.

Um diese Behauptung näher zu belegen, werden im Folgenden beide Rechtsakte zunächst mit Blick auf die jeweils geschützten Rechtsgüter und Interessen (II.) und den zugrunde liegenden Regulierungsansatz (III.) sowie den sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich (IV.-V.) analysiert. Im Anschluss wird der Frage nachgegangen, inwieweit die in der KI-VO normierten Pflichten auf die Beurteilung eines Produktfehlers (Art. 7 ProdHaftRL 2024) sowie auf die Regelungen zur Beweislast (Art. 10 Abs. 2 lit. b ProdHaftRL 2024) ausstrahlen (VI.-VII.).

40 Vgl. Erwägungsgründe (4), (13), (34), (37), (39) und (46) ProdHaftRL 2024.

41 Vgl. Art. 7 Abs. 2 lit. g, Art. 4 Nr. 18, Art. 10 Abs. 2 lit. b ProdHaftRL 2024.

II. Geschützte Rechte und Rechtsgüter

Die KI-VO als Teil des EU-Produktsicherheitsrechts und die ProdHaftRL 2024 verfolgen ein gemeinsames Ziel, nämlich den Schutz vor gefährlichen Produkten. Beide Rechtsakte bezwecken insbesondere den Schutz der Gesundheit, wenngleich auf unterschiedliche Weise: Während die KI-VO den Eintritt von Schäden *ex ante* verhindern will, zielt die ProdHaftRL 2024 darauf ab, eingetretene Schäden *ex post* zu kompensieren sowie – präventiv – auch Anreize dafür zu setzen, dass ein Hersteller von vornherein darauf achtet, nur sichere Produkte in den Verkehr zu bringen.⁴²

Der von der Europäischen Kommission herausgegebene Leitfaden für die Umsetzung der Produktsicherheitsvorschriften der EU 2022 (Blue Guide)⁴³ betont dementsprechend bereits für die frühere ProdHaftRL 1985, dass diese „ein wichtiger Bestandteil des EU-Rechtsrahmens für die Produktsicherheit“ ist und die Rechtsvorschriften zur Produktsicherheit „untermauert“, „indem sie den Herstellern Anreize zur Einhaltung der Vorschriften und Rechtssicherheit bietet.“

Die von der KI-VO und der ProdHaftRL 2024 verfolgten Schutzzwecke decken sich allerdings nur zum Teil. So will die KI-VO über den Schutz der Gesundheit hinaus auch noch eine Reihe von anderen Rechten und Rechtsgüter schützen, so insbesondere die in der Charta niedergelegten Grundrechte, sowie – allgemeiner – Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und die Umwelt (Art. 1 Abs. 1 KI-VO).

Die unionsrechtliche Produkthaftung nach der ProdHaftRL 2024 wird andererseits nicht nur bei Tod und Körperverletzung ausgelöst, sondern auch bei der Beschädigung oder Zerstörung von Sachen sowie bei der Vernichtung oder Verfälschung von Daten. Insofern geht es also nicht nur um Gesundheitsschutz, sondern zusätzlich um den Schutz des Eigentums. Inwieweit die KI-VO auch das Eigentum und andere wirtschaftliche Interessen schützen soll, ist demgegenüber ungeklärt.⁴⁴

42 Zur Präventivfunktion des EU-Haftungsrechts Ebers, Rechte, Rechtsbehelfe und Sanktionen (Fn. 38) S. 104 ff., 282 ff.; C. Heinze, Schadensersatz im Unionsprivatrecht, Tübingen 2017; G. Wagner, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?, AcP 206 (2006), 352 ff.

43 Bekanntmachung der Europäischen Kommission, Leitfaden für die Umsetzung der Produktvorschriften der EU 2022 („Blue Guide“), 29.6.2022, 2022/C 247/01, 13.

44 Zwar erwähnt die KI-VO in Art. 1 Abs. 1 nicht ausdrücklich, dass die Verordnung (auch) auf den Schutz der wirtschaftlichen Interessen ausgerichtet ist. Andererseits betont Erwägungsgrund (5) KI-VO, dass Künstliche Intelligenz zu Schäden materi-

Ein weiterer Unterschied zwischen beiden Rechtsakten besteht darin, dass die KI-VO auf den Schutz aller Bürger abzielt, während die ProdHaftRL 2024 weiterhin – wie zuvor die ProdHaftRL 1985 – dem Gedanken des Verbraucherschutzes verhaftet bleibt,⁴⁵ indem sie zwischen Schäden von natürlichen und unternehmerisch tätigen Personen unterscheidet.⁴⁶ Diese Differenzierung betrifft indessen nur Sach- und Datenschäden. Hinsichtlich des Gesundheitsschutzes bezwecken dagegen nicht nur die KI-VO, sondern auch die ProdHaftRL 2024 einen „wirksamen Schutz der Verbraucher und anderer natürlicher Personen“.⁴⁷

III. Regulierungsansatz

1. KI-VO: Risikobasiertes Produktsicherheitsrecht

Die KI-VO folgt in weiten Teilen einem *produktsicherheitsrechtlichen* Ansatz, der gewährleisten soll, dass nur vertrauenswürdige, sichere KI-Systeme in den Verkehr gelangen. Zu diesem Zweck werden in der KI-VO inakzeptable KI-Praktiken verboten (Art. 5 KI-VO) und bestimmte KI-Systeme in Anhang I und III als Hochrisiko-KI-Systeme eingestuft, die nur dann auf

eller oder immaterieller Art führen kann, „einschließlich physischer, psychischer, gesellschaftlicher oder wirtschaftlicher Schäden“. Darüber hinaus bezwecken einige Vorschriften, wie insbesondere das in Art. 5 Abs. 1 lit. a und b KI-VO enthaltene Verbot manipulativ wirkender KI-Systeme, nicht nur den Schutz der Gesundheit, sondern auch den Schutz wirtschaftlicher Interessen, wie sich vor allem aus der Gesetzgebungsgeschichte ergibt: Während der Kommissionsentwurf für manipulativ wirkende KI-Systeme noch die Möglichkeit eines „physischen oder psychischen“ Schadens forderte (Art. 5 Abs. 1 lit. a und lit. b, COM(2021) 206 final), verweist die verabschiedete Fassung in Art. 5 Abs. 1 lit. a und lit. b KI-VO nur noch auf einen „erheblichen Schaden“. Damit wird – wie vom Europäischen Parlament während des Gesetzgebungsverfahrens gefordert – klargestellt, dass auch wirtschaftliche Schäden erfasst werden. Im Einzelnen M. Ebers, EU Consumer Law and the Artificial Intelligence Act: Two Worlds Apart?, in: Larry A. DiMatteo/Cristina Poncibò/Geraint Howells (eds.), The Cambridge Handbook of AI and Consumer Law. Comparative Perspectives, Cambridge University Press, Cambridge 2024, 215 ff.

45 Kritisch G. Wagner, Next Generation EU Product Liability – For Digital and Other Products, Journal of European Tort Law 2024, 172 (180 f.).

46 Vgl. Erwägungsgrund (22) ProdHaftRL 2024: „Im Einklang mit dem Ziel dieser Richtlinie, ausschließlich natürlichen Personen den Zugang zu Schadensersatz zu ermöglichen, sollte für Schäden an Sachen, die ausschließlich für berufliche Zwecke genutzt werden, auf der Grundlage dieser Richtlinie kein Schadensersatz geleistet werden“, sowie Art. 6 Abs. 1 lit. b iii und lit. c ProdHaftRL 2024.

47 Erwägungsgründe (8), (28) Satz 1, (46) Satz 4 ProdHaftRL 2024.

den Markt gebracht und verwendet werden dürfen, wenn sie die zwingenden Anforderungen der Art. 8 ff. KI-VO erfüllen, das in Art. 43 KI-VO geregelte Konformitätsbewertungsverfahren durchlaufen haben und mit einem CE-Kennzeichen (Art. 48 KI-VO) versehen worden sind. Sowohl Anbieter als auch Betreiber eines Hochrisiko-KI-Systems sowie sonstige Dritte (wie zB Einführer und Händler) unterliegen dabei weitreichenden Pflichten.

Da die KI-VO als Teil des EU-Produktsicherheitsrechts konzipiert worden ist, soll sie vornehmlich durch die mitgliedstaatlichen Behörden, also öffentlich-rechtlich durchgesetzt werden.⁴⁸ Zu diesem Zweck müssen die Mitgliedstaaten nach Art. 70 Abs. 1 KI-VO eine Marktüberwachungsbehörde einrichten oder benennen. KI-Anbieter müssen der Behörde schwerwiegende Vorfälle und Fehlfunktionen melden (Art. 73 Abs. 1 KI-VO). Die Marktüberwachungsbehörde kann Zugang zu Daten verlangen, um anlassbezogene Kontrollen durchzuführen (Art. 74 Abs. 12 KI-VO). Stellt die Behörde Verstöße gegen die KI-VO fest, kann sie den Betreiber dazu auffordern, Korrekturmaßnahmen zu ergreifen, die geeignet sind, die Konformität des KI-Systems wiederherzustellen oder das KI-System vom Markt zu nehmen bzw. zurückzurufen (Art. 79 Abs. 2 UAbs. 2 KI-VO). Darüber hinaus kann die Behörde nach Art. 99 KI-VO Bußgelder verhängen.

Kennzeichnend für die KI-VO ist vor allem der ihr zugrundeliegende *risikobasierte* Ansatz,⁴⁹ der nach Erwägungsgrund (26) sicherstellen soll, dass Art und Inhalt der betreffenden Vorschriften auf die Intensität und den Umfang der Risiken zugeschnitten werden, die von KI-Systemen ausgehen können. Die KI-VO unterscheidet daher zwischen unterschiedlichen Risikoklassen. Während KI-Systeme mit „unannehmbarem Risiko“ in Art. 5 KI-VO verboten werden, müssen KI-Modelle mit allgemeinem Verwendungszweck sowie Hochrisiko-KI-Systeme zwingende Anforderungen erfüllen, bevor sie auf den Markt gebracht werden dürfen. Für bestimmte KI-Systeme gelten zudem besondere Transparenzanforderungen. Diese werden häufig als KI-Systeme mit geringem Risiko bezeichnet,⁵⁰ was allerdings nicht ganz richtig ist, da die betreffenden Vorschriften, wie Art. 50

48 Darüber hinaus sieht die KI-VO in Art. 85 und Art. 86 auch individuellen Rechte zugunsten des Einzelnen vor; diese wurden jedoch erst im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens eingefügt.

49 Dazu M. Ebers, Truly Risk-Based Regulation of Artificial Intelligence. How to Implement the EU's AI Act, *European Journal of Risk Regulation* (2024), 1-20 doi.org/10.1017/err.2024.78.

50 So die Europäische Kommission in ihrem Verordnungsvorschlag, COM(2021) 206 final, Begründung, S. 15. Im Schrifttum wird zT auch von Systemen mit „mittlerem

Abs. 6 KI-VO klarstellt, (zusätzlich) auch für Hochrisiko-KI-Systeme gelten können. Alle übrigen Systeme werden dagegen als KI-Systeme mit minimalem Risiko angesehen, die keiner besonderen Regulierung unterliegen. Die Anbieter und Betreiber solcher Systeme können jedoch auf freiwilliger Basis den nach Art. 95 KI-VO aufgestellten Verhaltenskodizes (Codes of Conduct) folgen.

2. ProdHaftRL 2024: Verschuldensunabhängige Haftung

Während die KI-VO als Teil des Produktsicherheitsrechts risikobasiert überindividuelle Sicherheitsanforderungen an KI-Systeme aufstellt, folgt die ProdHaftRL 2024 der Kompensationslogik des Haftungsrechts. Im Zentrum steht das schützenswerte Interesse des Einzelnen, den individuell erlittenen Schaden ersetzt zu bekommen.

Auch dem Haftungsrecht sind risikobasierte Erwägungen indessen nicht fremd.⁵¹ Zwar baut die ProdHaftRL 2024 – im Unterschied zur gescheiterten KI-HaftungsRL⁵² – nicht auf den Risikoklassen der KI-VO auf. Die der ProdHaftRL 2024 zugrunde liegende verschuldensunabhängige Haftung⁵³ bzw. Gefährdungshaftung⁵⁴ ist jedoch Ausdruck einer durch den Gesetz-

Risiko“ gesprochen, so z.B. *D. Bomhard/M. Merkle*, Der aktuelle Kommissionsentwurf und praktische Auswirkungen, RD 2021, 276, (282).

51 Dazu *J. Chamberlain*, The Risk-Based Approach of the European Union's Proposed Artificial Intelligence Regulation: Some Comments from a Tort Law Perspective, *European Journal of Risk Regulation* (2023), 14, 1 ff.

52 Dazu *P. Hacker*, The European AI liability directives – Critique of a half-hearted approach and lessons for the future, *Computer Law & Security Review* 51 (2023) 105871.

53 Vgl. Erwägungsgründe (2), (6), (17) Satz 2 und (42) Satz 1 ProdHaftRL 2024.

54 Die der ProdHaftRL 1985 und dem ProdHaftG zugrunde liegende Haftung wird häufig als Gefährdungshaftung bezeichnet, da die Haftung für Personen- und Sachschäden allein an das Inverkehrbringen eines fehlerhaften Produkts anknüpft, ohne dass es zusätzlich – wie bei der Produzentenhaftung nach § 823 Abs. 1 BGB – auf ein Verschulden im Sinne persönlicher Vorwerfbarkeit ankäme; vgl. Regierungsbegründung zum ProdHaftG, BT-Drucks. 11/2447 S. 8, 11. Vgl. ferner *Erman/Schiemann*, 14. Aufl., 2014, § 1 ProdHaftG Rn. 2. Letztlich laufen beide Haftungssysteme bei Konstruktions- und Instruktionsfehlern jedoch weitgehend parallel, da eine Haftung nach der ProdHaftRL (1985 und 2024) nur durch einen Produktfehler ausgelöst wird und sich das Konzept des Produktfehlers weitgehend in Verhaltenspflichten übersetzen lässt; grundlegend *H. Kötz*, Ist die Produkthaftung eine vom Verschulden unabhängige Haftung?, in: *B. Pfister/M. R. Will* (Hrsg.), *Festschrift für Werner Lorenz zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen 1992, S. 109 (113 ff.); *P. Schlechtriem*, *Dogma und Sachfrage. Überlegungen zum Fehlerbegriff des Produkthaftungsgesetzes*, in:

geber vorgenommenen Risikoklassifizierung. Grundlage der verschuldensunabhängigen Haftung für Produkte ist der Gedanke der übermäßigen Gefahren, die mit der modernen technologischen Produktion verbundenen sind. Wer eine solche Gefahr für andere schafft, ist verpflichtet, den Geschädigten den aus der Schadensverwirklichung fließenden Schaden abzunehmen. Die Grundgedanken der Anordnung der Gefährdungshaftung lassen sich dabei – mit *Erwin Deutsch* – beschreiben als: „Unzumutbarkeit mit der Schadenstragung für den Betroffenen; Umlegung der Kosten auf die Nutznießer; betriebswirtschaftliche Steuerung des Risikos durch Kostenübernahme“.⁵⁵ In Erwägungsgrund (2) ProdHaftRL 2024 heißt es in diesem Sinne:

„Die verschuldensunabhängige Haftung von Wirtschaftsakteuren ist nach wie vor das einzige Instrument, um das Problem einer gerechten Aufteilung der mit der modernen technologischen Produktion verbundenen Risiken angemessen anzugehen.“

Erwägungsgrund (6) ProdHaftRL 2024 hebt zusätzlich hervor, dass die verschuldensunabhängige Haftung für fehlerhafte Produkte nunmehr auch für Software gilt, während Erwägungsgrund (17) Satz 2 ProdHaftRL 2024 die Notwendigkeit betont, die verschuldensunabhängige Haftung auf integrierte oder verbundene digitale Dienste auszuweiten, da jene Dienste für die Sicherheit des Produkts genauso grundlegend sind wie physische oder digitale Komponenten.

IV. Sachlicher Anwendungsbereich

1. KI-VO: KI-Systeme

Sachlich reguliert die KI-VO, wie Art. 1 Abs. 2 KI-VO klarstellt, vor allem das Inverkehrbringen, die Inbetriebnahme und die Verwendung von KI-

M. Löwisch/C. Schmidt-Leithoff/B. Schmiedel (Hrsg.), Beiträge zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Festschrift für Fritz Rittner zum 70. Geburtstag, München 1991, S. 545 (547 ff.). Ausführlich mit Blick auf die Haftung bei autonomen Fahrzeugen M. Ebers, Autonomes Fahren: Produkt- und Produzentenhaftung, in: B. Oppermann/J. Stender-Vorwachs (Hrsg.), Autonomes Fahren. Rechtsfolgen, Rechtsprobleme, technische Grundlagen, München 2017, S. 93 (100 ff.).

⁵⁵ E. Deutsch, Das neue System der Gefährdungshaftungen: Gefährdungshaftung, erweiterte Gefährdungshaftung und Kausal-Vermutungshaftung, NJW 1992, 73 (74).

Systemen.⁵⁶ Nach Art. 3 Nr. 1 KI-VO ist ein KI-System ein maschinengestütztes System, das für einen „in unterschiedlichem Grade autonomen Betrieb ausgelegt“ ist, nach seiner Betriebsaufnahme anpassungsfähig sein kann und aus den Inputs ableitet, wie Outputs (zB Vorhersagen, Inhalte, Empfehlungen oder Entscheidungen) erstellt werden. Da die Vorschrift offenlässt, welcher Autonomiegrad vorliegen muss, werden (zumindest dem Wortlaut nach) nahezu sämtliche Softwaresysteme einschließlich deterministische Systeme erfasst.⁵⁷

Erwägungsgrund (12) KI-VO versucht den Begriff des KI-Systems dagegen von herkömmlichen Softwaresystemen mit dem Hinweis abzugrenzen, dass sich dieser nicht auf Systeme beziehen solle, „die auf ausschließlich von natürlichen Personen definierten Regeln für das automatische Ausführen von Operationen beruhen“.

KI-Systeme können eigenständig verwendet werden (z.B. als „AI as a Service“, AlaaS) oder als Bestandteil eines Produkts, „unabhängig davon, ob das System physisch in das Produkt integriert (eingebettet) oder der Funktion des Produkts dient, ohne darin integriert zu sein (nicht eingebettet)“.⁵⁸ Die KI-VO regelt dementsprechend sowohl KI-basierte Produkte als auch KI-basierte Dienstleistungen. Viele Vorschriften der KI-VO⁵⁹ knüpfen daher sowohl an das „Inverkehrbringen“⁶⁰ als auch an die (für Dienstleistungen einschlägige) „Inbetriebnahme“⁶¹ von KI-Systemen an.

56 Daneben enthält die KI-VO Vorschriften für das Inverkehrbringen von KI-Modellen mit allgemeinem Verwendungszweck aufgestellt, Art. 51 ff. KI-VO.

57 M. Ebers, Regulierung generativer Künstlicher Intelligenz in der KI-VO, in: M. Ebers/B. Quarch (Hrsg.), Rechtshandbuch ChatGPT, 1. Aufl., Baden-Baden 2024, § 2 Rn. 96 ff.; C. Wendehorst/B. Nessler/A. Aufreiter/G. Aichinger, Der Begriff des „KI-Systems“ unter der neuen KI-VO, MMR 2024, 605 (606): „jegliche automatisierte Datenverarbeitung, die von deterministischen oder stochastischen Algorithmen ausgeführt wird“, „jegliches IT-System“.

58 Erwägungsgrund (12) KI-VO.

59 Vgl. nur die Definition „Anbieter“, Art. 3 Nr. 3 KI-VO.

60 „Inverkehrbringen“ ist nach Art. 3 Nr. 9 KI-VO die „erstmalige Bereitstellung eines KI-Systems oder eines KI-Modells mit allgemeinem Verwendungszweck auf dem Unionsmarkt“.

61 „Inbetriebnahme“ ist nach Art. 3 Nr. 10 KI-VO die „Bereitstellung eines KI-Systems in der Union zum Erstgebrauch direkt an den Betreiber oder zum Eigengebrauch entsprechend seiner Zweckbestimmung“.

2. ProdHaftRL 2024: Produkte, einschließlich Software

Während die KI-VO im Wesentlichen nur KI-Systeme regelt, erstreckt sich der sachliche Anwendungsbereich der ProdHaftRL 2024 auf sämtliche Produkte. Hierunter fallen, wie zuvor erörtert,⁶² jetzt auch Softwaresysteme einschließlich KI-Systeme, Art. 4 Nr. 1 ProdHaftRL 2024.

Für „bloße“ Informationen soll nach Erwägungsgrund (13) ProdHaftRL 2024 dagegen nicht gehaftet werden:

„Informationen sind jedoch nicht als Produkt zu betrachten, und die Produkthaftungsvorschriften sollten daher nicht für den Inhalt digitaler Dateien wie Mediendateien oder E-Books oder den reinen Quellcode von Software gelten.“

Damit wird andererseits nicht ausgeschlossen, dass Software, die schadensverursachende Informationen produziert, als fehlerhaftes Produkt eingestuft werden kann. Ein solcher Fall ist gerade nicht mit der vom EuGH in der Rechtssache *Krone*⁶³ entschiedenen Konstellation vergleichbar, in der es um fehlerhafte Gesundheitstipps in einer Zeitung ging. Während eine Zeitung, in der fehlerhafte Informationen publiziert werden, nur Träger von Informationen ist, diese aber nicht selbst produziert und daher auch nicht als fehlerhaftes Produkt betrachtet werden kann, liegt dies bei Software zumindest dann anders, wenn sie – wie beispielsweise im Fall diagnostischer Medizinproduktesoftware⁶⁴ – auf der Grundlage erhaltener Eingabedaten mit einem speziell programmierten Algorithmus einen bestimmten Output (hier: Diagnoseergebnis) erzeugen soll. In diesem Fall lässt sich Software sehr wohl als fehlerhaftes Produkt einstufen, sofern sie entgegen den berechtigten Sicherheitserwartungen fehlerhafte Informationen erzeugt.

Auch digitale Dienstleistungen werden neuerdings erfasst, allerdings nur dann, wenn diese in ein Produkt integriert oder so mit ihm verbunden sind, dass das Produkt ohne dieses eine oder mehrere seiner Funktionen nicht ausführen könnte (Art. 4 Nr. 3 ProdHaftRL 2024). Beispiele hierfür sind die kontinuierliche Bereitstellung von Verkehrsdaten in einem Navigationssystem; ein Gesundheitsüberwachungsdienst, der die Gesundheitsparameter des Nutzers nachverfolgt; eine Temperaturüberwachung, die

62 *Supra*, B.III.

63 EuGH Urt. v. 10.6.2021 – C-65/20, ECLI:EU:C:2021:471, Rn. 29 ff.

64 Vgl. A. Haftenberger, Die Produkthaftung für künstlich intelligente Medizinprodukte, Baden-Baden 2023, S. 65 ff.

die Temperatur eines intelligenten Kühlschranks überwacht und reguliert; oder ein Sprachassistent, der die Steuerung eines oder mehrerer Produkte mittels Sprachbefehle ermöglicht.⁶⁵

„Reine“ Dienstleistungen, die nicht mit einem Produkt verbunden sind, werden demgegenüber weiterhin nicht von der europäischen Produkthaftung erfasst.⁶⁶ Fraglich ist deswegen, ob KI-Anwendungen, die in einem Abo-Modell über Cloud-basierte Plattformen angeboten werden („AI as a Service“),⁶⁷ unter den Anwendungsbereich der ProdHaftRL 2024 fallen. Einerseits hebt Erwägungsgrund (13) ProdHaftRL 2024 hervor, dass Software als Produkt von der Richtlinie erfasst sein soll, selbst wenn sie „über ein Kommunikationsnetz oder Cloud-Technologien abgerufen oder durch ein Software-as-a-Service-Modell bereitgestellt wird“. Andererseits sollen nach Art. 4 Nr. 3 ProdHaftRL 2024 nur mit einem (physischen?) Produkt verbundene digitale Dienste in den Anwendungsbereich fallen, während Dienstleistungen „als solche“ nach Erwägungsgrund (17) ausgeschlossen werden. Wie dieser Widerspruch aufzulösen ist, kann letztlich nur der EuGH entscheiden.

Für die Praxis vermutlich noch wichtiger ist der Umstand, dass der sachliche Schutzbereich der unionsrechtlichen Produkthaftung auch nach der Novellierung stark eingeschränkt ist. Zwar erfasst die ProdHaftRL 2024 neben den traditionell geschützten Rechtsgütern (Leben, körperliche Unversehrtheit, privat genutzte Sachen) nunmehr auch nicht kommerziell genutzte Daten (Art. 6 Abs. 1 lit. c ProdHaftRL 2024). Weiterhin bleibt es jedoch dabei, dass die unionsrechtliche Produkthaftung nicht bei Verletzung sonstiger Rechtsgüter ausgelöst wird, wie z.B. bei einer Beschädigung gewerblich genutzter Sachen, bei Verletzungen des allgemeinen Persönlich-

65 Siehe Erwägungsgrund (17) ProdHaftRL 2024.

66 Erwägungsgrund (17) Satz 2: „Auch wenn diese Richtlinie nicht für Dienstleistungen als solche gelten sollte, ist es notwendig, die verschuldensunabhängige Haftung auf solche integrierten oder verbundenen digitalen Dienste auszuweiten (...)“.

67 „AI as a Service (AIaaS)“ bezeichnet die Bereitstellung von KI über Cloud-basierte Plattformen als Dienstleistung. Unternehmen können auf diese Weise auf KI in der Cloud zugreifen und in ihre Anwendungen integrieren, ohne eine eigene Infrastruktur, Hardware oder Software entwickeln bzw. bereitstellen zu müssen. Angeboten werden u.a. „Deep Learning as a Service“, „Computer Vision as a Service“, „Natural Language Processing as a Service“. AIaaS spielt in der Praxis vor allem in der Unterhaltungsindustrie, beim Marketing sowie im Finanzwesen eine große Rolle. Vgl. IONOS, Digital Guide, Lexikon „AI as a Service“, <https://www.ionos.at/digitalguide/server/knowhow/ai-as-a-service/#content-was-ist-ai-aaS>.

keitsrechts, bei Diskriminierungen sowie bei reinen Vermögensschäden.⁶⁸ Folgende Vorfälle, die in der Datenbank „AI, Algorithmic and Automation Incidents and Controversies“ (AIAAIC) Repository⁶⁹ verzeichnet werden, berechtigen daher *nicht* (!) zum Schadensersatz nach der ProdHaftRL 2024:

- AIAAIC1468 Huawei P70 Ultra AI tool entfernt die Kleidung von Personen
- AIAAIC1467 Bing beschuldigt Professor fälschlicherweise, ein Terrorist zu sein
- AIAAIC1457 Michel Janse Deepfake ohne Zustimmung für Werbung verwendet
- AIAAIC1370 TurboTax-Chatbot berät fehlerhaft bei Steuerfragen
- AIAAIC0853 Unternehmen verkauft über 6000 fehlerhafte Informationen über Arbeitsuchende
- AIAAIC0183 Automatisierte KI-Transaktionen kosten Anleger 20 Millionen USD

Diese Beispiele zeigen, dass viele Schäden, die in der Praxis typischerweise durch KI-Systeme verursacht werden, nach der neuen ProdHaftRL 2024 nicht kompensiert werden.

V. Persönlicher Anwendungsbereich

1. KI-VO/ProdHaftRL 2024: Anbieter – Hersteller

Die KI-VO richtet sich in persönlicher Hinsicht vor allem an Anbieter. „Anbieter“ ist gemäß Art. 3 Nr. 3 KI-VO, wer ein KI-System entwickelt oder entwickeln lässt und es unter dem eigenen Namen oder der eigenen Handelsmarke in Verkehr bringt oder in Betrieb nimmt, wobei es auf die Entgeltlichkeit nicht ankommt. Da eine „Betriebsnahme“ auch beim Eigengebrauch vorliegt (Art. 3 Nr. 11 KI-VO), gelten als Anbieter auch Un-

68 Vgl. Erwägungsgrund (24) Satz 1 ProdHaftRL 2024: „Andere als die in dieser Richtlinie vorgesehenen Arten von Schäden, wie reine Vermögensschäden, Verletzungen der Privatsphäre oder Diskriminierung, sollten für sich genommen keine Haftung nach dieser Richtlinie auslösen.“

69 <https://www.aiaaic.org/aiaaic-repository>. Dabei handelt es sich um ein Datennetzwerk, das KI-Vorfälle und ethische Kontroversen im Zusammenhang mit KI-basierten Systemen abrufen und speichert.

ternehmen, die eine Fremdentwicklung des KI-Systems für den internen Einsatz beauftragen. Nach Art. 25 Abs. 1 lit. a KI-VO gelten zudem Händler, Einführer, Betreiber oder sonstige Dritte als Anbieter eines Hochrisiko-KI-Systems, wenn sie ein bereits in Verkehr gebrachtes oder in Betrieb genommenes Hochrisiko-KI-System mit ihrem Namen oder ihrer Handelsmarke versehen, unbeschadet vertraglicher Vereinbarungen, die eine andere Aufteilung der Pflichten vorsehen.

Nahezu deckungsgleich definiert Art. 4 Nr. 10 ProdHaftRL 2024 jede natürliche oder juristische Person als „Hersteller“, die ein Produkt entwickelt, herstellt oder produziert, ein Produkt entwickeln oder herstellen lässt oder durch Anbringen seines Namens, seiner Marke oder anderer Unterscheidungsmerkmale auf diesem Produkt als Hersteller auftritt oder ein Produkt für den Eigenbedarf entwickelt, herstellt oder produziert. Dass ein Hersteller nur dann für fehlerhafte Produkte haftet, wenn er diese auch in Verkehr gebracht bzw. in Betrieb genommen hat, ergibt sich dabei aus Art. 11 Abs. 1 lit. a ProdHaftRL 2024, demzufolge das Fehlen dieser Voraussetzung zur Haftungsbefreiung führt.

Unterschiede zwischen der KI-VO und der ProdHaftRL 2024 bestehen vor allem insofern, als die Anbieterdefinition nach der KI-VO auch „Behörden“ einschließt (Art. 3 Nr. 3 KI-VO), während ein Hersteller nach der ProdHaftRL nur eine natürliche oder juristische Person sein kann (Art. 4 Nr. 10 ProdHaftRL 2024), die ein Produkt „im Rahmen einer Geschäftstätigkeit“ in den Verkehr bringt (Art. 4 Nr. 7-8 ProdHaftRL 2024) bzw. in Betrieb nimmt (Art. 4 Nr. 9 ProdHaftRL 2024). Die ProdHaftRL 2024 gilt damit – anders als dies der gescheiterte Vorschlag für eine KI-HaftungsRL vorgesehen hatte⁷⁰ – nicht für die Staatshaftung.

70 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), COM(2022) 496, Begründung, S. 13: „Diese Richtlinie gilt zwar nicht für die strafrechtliche Haftung, kann aber für die Haftung des Staates anwendbar sein. Die Behörden des Staates fallen ebenfalls unter den Anwendungsbereich des Gesetzes über künstliche Intelligenz, da sie den darin festgelegten Pflichten unterliegen.“ Dazu G. Spindler, Die Vorschläge der EU-Kommission zu einer neuen Produkthaftung und zur Haftung von Herstellern und Betreibern Künstlicher Intelligenz, CR 2022, 689 (700) Rn. 72.

2. KI-VO/ProdHaftRL 2024: Anbieter/Hersteller von KI-Software/ Komponenten – Endhersteller

Ein weiterer Unterschied ergibt sich daraus, dass sich die KI-VO nur an Softwareanbieter richtet, nicht aber an den Hersteller eines körperlichen (End-)Produkts.⁷¹ Dies folgt aus der KI-Definition. Entscheidendes Merkmal eines KI-Systems ist nach Art. 3 Nr. 1 KI-VO seine Eigenschaft als Software. Die KI-VO gilt daher nicht für körperliche Produkte bzw. Hardware. Soweit körperliche Produkte KI-Systeme enthalten, wird das Produkt daher – wie *Georg Borges* zu Recht hervorhebt⁷² – nicht selbst zum KI-System. Vielmehr liegt in diesem Fall ein Produkt vor, das ein oder mehrere KI-Systeme enthält. Der Hersteller eines körperlichen Produkts ist daher nicht Anbieter eines KI-Systems. Die spezifischen Pflichten der KI-VO gelten vielmehr nur für die Anbieter der betreffenden KI-Komponenten.⁷³

Gleichzeitig bleibt der (End-)Hersteller des physischen Produkts allerdings für die Sicherheit des Gesamtprodukts nach den Normen des (sonstigen) Produktsicherheitsrechts⁷⁴ und der Produkthaftung verantwortlich. Nach Art. 8 Abs. 1 lit. a ProdHaftRL 2024 haftet der End-Hersteller eines fehlerhaften Gesamtprodukts auch für fehlerhafte Komponenten. Darüber hinaus haften nach Art. 8 Abs. 1 lit. b ProdHaftRL 2024 zusätzlich die Her-

71 *G. Borges*, Die europäische KI-Verordnung (AI Act) – Teil 1, Überblick, Anwendungsbereich und erste Einschätzung, CR 2024, 497 (504) Rn. 74 ff.

72 *Borges*, KI-Verordnung (Fn. 71), 504 Rn. 74 ff.

73 Eine Ausnahme gilt für Hochrisiko-KI-Systeme i.S.d. Anhang I KI-VO. Wird ein KI-System als Sicherheitsbauteil in einem Produkt verwendet, das unter die in Anhang I Abschnitt A aufgeführten Harmonisierungsrechtsvorschriften der Union fällt, gilt der Produkthersteller nach Art. 25 Abs. 3 KI-VO als Anbieter des Hochrisiko-KI-Systems und unterliegt den Pflichten nach Art. 16 KI-VO, wenn dieses System zusammen mit dem Produkt unter dem Namen oder der Handelsmarke des Produktherstellers in Verkehr gebracht oder (danach) in Betrieb genommen wird.

74 Einschlägig sind vielfach die Allgemeine Produktsicherheits-VO 2023/988 sowie die Maschinen-VO 2023/1230: Verordnung (EU) 2023/988 des europäischen Parlaments und des Rates vom 10. Mai 2023 über die allgemeine Produktsicherheit, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1025/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie (EU) 2020/1828 des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 2001/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie 87/357/EWG des Rates; Verordnung (EU) 2023/1230 des europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2023 über Maschinen und zur Aufhebung der Richtlinie 2006/42/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie 73/361/EWG des Rates. Zur Frage, inwieweit beide Verordnungen KI-Systeme berücksichtigen, *M. Ebers*, Regulierung von KI und Robotik, in: *M. Ebers/C. Heinze/B. Steinrötter* (Hrsg.), *Rechtshandbuch Künstliche Intelligenz und Robotik*, 2. Aufl., München 2025, § 3 Rn. 57 ff.

steller 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.

3. KI-VO/ProdHaftRL 2024: Wesentliche Veränderung eines KI-Systems/Produkts

Sowohl die KI-VO als auch die ProdHaftRL 2024 regeln zusätzlich den Fall, dass ein Dritter ein (Hochrisiko-)KI-System bzw. Produkt „wesentlich“ verändert.

Nach Art. 25 lit. b KI-VO gelten Händler, Einführer, Betreiber oder sonstige Dritte als Anbieter eines Hochrisiko-KI-Systems und unterliegen den Anbieterpflichten gemäß Art. 16 KI-VO, wenn sie eine „wesentliche Veränderung“ an einem bereits in Verkehr gebrachten Hochrisiko-KI-System so vornehmen, dass es weiterhin ein Hochrisiko-KI-System bleibt. Eine wesentliche Änderung liegt nach Art. 3 Nr. 23 KI-VO vor, wenn diese Veränderung „in der vom Anbieter durchgeführten ursprünglichen Konformitätsbewertung nicht vorgesehen oder geplant war“ und dadurch die Konformität des KI-Systems beeinträchtigt wird. Hintergrund der Vorschrift ist, dass KI-Systeme in diesen Fällen einer erneuten Konformitätsbewertung unterzogen werden müssen. Geht die wesentliche Veränderung nicht auf den ursprünglichen Anbieter, sondern auf Dritte zurück, so rücken diese nach Art. 25 lit. b KI-VO in die Anbieterpflichten ein. Rechtsfolge ist, dass das betreffende dritte Unternehmen das gesamte Konformitätsbewertungsverfahren durchführen und in diesem Rahmen dafür sorgen muss, dass die zwingenden Anforderungen der Art. 8-15 KI-VO eingehalten werden.

Spiegelbildlich hierzu verändert sich auch die Haftungsverantwortung nach der ProdHaftRL 2024. Nach Art. 8 Abs. 2 ProdHaftRL 2024 gilt jede natürliche oder juristische Person, die ein Produkt außerhalb der Kontrolle des Herstellers wesentlich verändert und es anschließend auf dem Markt bereitstellt oder in Betrieb nimmt, gleichfalls als Hersteller des Produkts. Erwägungsgrund (39) Satz 4 ProdHaftRL rechtfertigt dies mit dem Hinweis, dass ein Dritter, der wesentliche Änderungen an einem Produkt vornimmt, nach dem einschlägigen Unionsrecht für die Konformität des Produkts mit den Sicherheitsanforderungen verantwortlich ist und daher auch haften müsse. Die Haftung des ursprünglichen Herstellers entfällt nach Art. 11 Abs. 1 lit. c ProdHaftRL 2024, wenn „wahrscheinlich“ ist, dass die Fehlerhaftigkeit, die den Schaden verursacht hat, zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens noch nicht bestanden hat oder dass diese Fehlerhaftigkeit

erst nach dem betreffenden Zeitpunkt entstanden ist. Umgekehrt entfällt die Haftung des Dritten nach Art. 11 Abs. 1 lit. g ProdHaftRL 2024, wenn dieser den Nachweis erbringen kann, dass die von ihm vorgenommene Modifikation nicht zu dem schadensverursachenden Fehler geführt hat.

Wann eine Änderung wesentlich ist, soll sich nach Art. 4 Nr. 18 lit. a ProdHaftRL 2024 vornehmlich nach den „einschlägigen Vorschriften der Union oder der Mitgliedstaaten über die Produktsicherheit“ beurteilen. Für KI-Systeme ist dementsprechend Art. 3 Nr. 23 KI-VO maßgeblich. Dies zeigt erneut, dass der Unionsgesetzgeber bei Überarbeitung des Produkthaftungsrechts darum bemüht war, einen Gleichlauf zwischen Produktsicherheits- und haftungsrecht herzustellen.

VI. Produktfehler, Art. 7 ProdHaftRL 2024

Auch der in Art. 7 ProdHaftRL 2024 vorgeschriebene Kriterienkatalog zur Ermittlung eines Produktfehlers stärkt „den engen Zusammenhang zwischen den Produktsicherheitsvorschriften und den Haftungsvorschriften“⁷⁵

Erstens sind die in der KI-VO aufgestellten *gesetzlichen* Sicherheitsanforderungen an KI-Systeme als Mindestanforderungen zu berücksichtigen, wenn es um die Frage geht, ob ein Produkt (KI-System) fehlerhaft ist (1.). Zweitens können *technische harmonisierte Normen* herangezogen werden, um die Fehlerhaftigkeit eines Produkts zu ermitteln (2.). Drittens spielen bei der Beurteilung eines Produktfehlers auch *tatsächliche* Maßnahmen eine Rolle, die von Behörden und Wirtschaftsakteuren nach der KI-VO getroffen werden (3.). Schließlich kann die Einhaltung der KI-VO sowie harmonisierter technischer Normen für Hersteller und sonstige Wirtschaftsakteure haftungsbefreiend wirken (4.).

1. Verstoß gegen Sicherheitsanforderungen der KI-VO als Produktfehler

Nach Art. 7 Abs. 1 ProdHaftRL 2024 gilt ein Produkt als fehlerhaft, „wenn es nicht die Sicherheit bietet, die eine Person erwarten darf oder die gemäß Unionsrecht oder nationalem Recht vorgeschrieben ist.“

Der Wortlaut der neuen ProdHaftRL 2024 stellt damit – im Unterschied zur ProdHaftRL 1985 – nicht mehr allein auf die berechtigten Sicherheitser-

⁷⁵ Erwägungsgrund (46) ProdHaftRL 2024.

wartungen ab, sondern zusätzlich auf die gesetzlichen Sicherheitsanforderungen. Bereits nach früherer Rechtslage war indessen anerkannt, dass zu den in Art. 6 Abs. 1 ProdHaftRL 1985 erwähnten berechtigten Sicherheitsanforderungen auch die Einhaltung gesetzlicher Sicherheitsanforderungen zählt.⁷⁶

Der explizite Verweis in Art. 7 Abs. 1 ProdHaftRL 2024 hat daher vor allem klarstellenden Charakter:⁷⁷ Nach Art. 7 Abs. 1 ProdHaftRL 2024 bilden die EU-Produkthanforderungen einen *Mindeststandard*, der vom Hersteller und anderen Wirtschaftsakteuren grundsätzlich nicht unterschritten werden darf.⁷⁸ Verstößt ein Produkt (KI-System) gegen zwingende Vorschriften des EU-Produktsicherheitsrechts (KI-VO), die dem Schutz der von der ProdHaftRL 2024 geschützten Interessen dienen,⁷⁹ ist demzufolge von einem Produktfehler auszugehen.

2. Verstoß gegen harmonisierte Normen als prima-facie Beweis für einen Produktfehler

Dies allein dürfte dem Geschädigten allerdings in der Praxis vielfach nicht weiterhelfen. Die KI-VO stellt nämlich für den praktisch besonders wichtigen Bereich der Hochrisiko-KI-Systeme gerade *keine konkreten* Produktsicherheitsanforderungen auf. Die für diese Systeme geltenden zwingenden Anforderungen (wie z.B. die Einrichtung eines Risikomanagementsystems, Daten und Daten-Governance-Maßnahmen; Transparenzpflichten;

76 Vgl. Wagner, Next Generation EU Product Liability (Fn. 45), 195; M. Ruttloff/E. Wagner/M. Stolz, Der Entwurf des Cyber Resilience Act (CRA) und seine Auswirkungen auf das Gewährleistungs- und Produkthaftungsrecht, BB 2024, 1603 (1608).

77 Wagner, Next Generation EU Product Liability (Fn. 45), 195.

78 So bereits zur früheren Rechtslage vgl. BGH, Urt. v. 25.2.2014 – VI ZR 144/13, BGHZ 200, 242, juris Rn. 8 ff. – „Überspannungsschaden“; H. C. Taschner/E. Frietsch, Produkthaftungsgesetz und EG-Produkthaftungsrichtlinie, 2. Aufl., München 1990, § 3 Rn. 15, 17; K. Vieweg, Produkthaftungsrecht, in: M. Schulte/R. Schröder (Hrsg.), Handbuch des Technikrechts, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2011, S. 337 (366); U. Foerste, Verkehrspflichten im Bereich der Warenherstellung, in: U. Foerst/F. von Westphalen (Hrsg.), Produkthaftungshandbuch, 3. Aufl., München 2012, § 24 Rn. 22; Staudinger BGB/Hager, 2021, § 823 Rn. E 34. Für die neue ProdHaftRL 2024 nunmehr auch C. Piovano/C. Hess, Haftungssystem und -umfang, in: Das neue europäische Produkthaftungsrecht, 1. Aufl., Baden-Baden 2024, § 5 Rn. 9; A.-K. Mayrhofer, Produktsicherheit und Produkthaftung – zwei Seiten einer Medaille mit unterschiedlichen Gravuren, RD 2024, 492 (494) Rn. 7 ff.

79 Vgl. Art. 6 ProdHaftRL 2024. Dazu ausführlich *infra*, CVII.2.

menschliche Aufsicht; Genauigkeit, Robustheit und Cybersicherheit) werden in der KI-VO vielmehr nur ganz allgemein umrissen.

Die KI-VO basiert insofern auf dem „New Legislative Framework“, der seit 2008 für das EU-Produktsicherheitsrecht typisch ist.⁸⁰ Prägendes Merkmal des NLF ist es, bei Harmonisierung produktsicherheitsrechtlicher Vorschriften nur die wesentlichen Anforderungen in einem EU-Rechtsakt zu regeln, während die Konkretisierung dieser Anforderungen den Anbietern sowie den europäischen Normungsorganisationen (CEN, CENELEC, ETSI) überlassen bleibt. Der entsprechende Kommissionsbeschluss ist bereits ergangen. Mit Durchführungsbeschluss vom 22.5.2023 hat die Kommission CEN/CENELEC damit beauftragt, bis zum 30.4.2025 technische Normen für die zwingenden Anforderungen an Hochrisiko-KI-Systeme zu entwickeln.⁸¹

Ob ein Verstoß gegen derartige harmonisierte Normen ebenfalls einen Produktfehler begründet, ist fraglich. Harmonisierte „Normen“ sind formal betrachtet keine Rechtsnormen, da sie von privatrechtlichen Organisationen (hier: CEN/CENELEC) ausgearbeitet werden und ihre Anwendung gesetzlich (in der KI-VO) auch nicht vorgeschrieben ist.⁸²

Harmonisierte Normen werden vom EuGH dennoch aufgrund ihrer Rechtswirkungen und praktischen Bedeutung als „Teil des Unionsrechts“ qualifiziert.⁸³ Maßgeblich für diese Einordnung ist, dass harmonisierte Normen in aller Regel nach dem EU-Produktsicherheitsrecht – wie in Art. 40 KI-VO vorgesehen – zugunsten des Anbieters eine Konformitätsvermutung entfalten: Soweit das Hochrisiko-KI-System mit einer harmoni-

80 Dazu M. Ebers, Standardisierung Künstlicher Intelligenz und KI-Verordnungsvorschlag, RD i 2021, 588 (589 ff.).

81 Durchführungsbeschluss der Kommission vom 22.5.2023 über einen Normungsauftrag an das Europäische Komitee für Normung und das Europäische Komitee für elektrotechnische Normung zur Unterstützung der Unionspolitik im Bereich der künstlichen Intelligenz, C(2023) 3215 final.

82 Dies ist in sonstigen Bereichen des EU-Produktsicherheitsrechts zum Teil anders; vgl. z.B. Art. 17 Abs. 4 und Abs. 5 Bauprodukten-VO 305/2011 (harmonisierte Norm als einzige Grundlage für die Erstellung einer Leistungserklärung für ein von der Norm erfasstes Bauprodukt, wobei die Leistungserklärung wiederum die Voraussetzung der CE-Kennzeichnung und damit für den Marktzugang darstellt); Spielzeug-RL 2009/48 i.V.m. Anhang XVII Nr. 27 REACH-VO 1907/2006 (zwingende Verwendung der von CEN verabschiedeten Testmethoden zum Nachweis der Vereinbarkeit der Erzeugnisse mit der REACH-VO).

83 EuGH, Urt. v. 27. Oktober 2016, James Elliott Construction, Rs. C-613/14, ECLI:EU:C:2016:821, Rn. 40; EuGH, Urt. v. 5. März 2024, Public.Resource.Org, Rs. C-588/21 P, ECLI:EU:C:2024:201, Rn. 70 ff.

sierten technischen Norm übereinstimmt, wird gem. Art. 40 Abs. 1 KI-VO eine Konformität des Systems mit den zwingenden Anforderungen der Art. 8-15 KI-VO vermutet. Eine harmonisierte Norm kann damit – so der EuGH im Urteil *Public.Resource.Org*,⁸⁴ – „durch die Wirkungen, die ihr eine Unionsvorschrift verleiht, einzelne eingeräumte Rechte sowie ihnen obliegende Pflichten näher bestimmen, und diese näheren Bestimmungen können erforderlich sein, damit der Einzelne prüfen kann, ob ein bestimmtes Produkt oder eine bestimmte Dienstleistung tatsächlich die Anforderungen einer solchen Vorschrift erfüllt.“

Vor diesem Hintergrund ist – im Einklang mit der Rechtsprechung mitgliedstaatlicher Gerichte⁸⁵ und dem Schrifttum⁸⁶ – davon auszugehen, dass der Verstoß gegen eine harmonisierte Norm einen *prima facie*-Beweis bzw. einen Anscheinsbeweis für einen Produktfehler begründet.

3. Produktrückruf nach der KI-VO als *prima facie*-Beweis für einen Produktfehler

Die KI-VO strahlt auch noch in anderer Weise auf das EU-Produkthaftungsrecht aus. Nach Art. 7 Abs. 2 lit. g ProdHaftRL 2024 sind bei der Beurteilung der Fehlerhaftigkeit eines Produkts auch etwaige Produktrückrufe sowie sonstige relevante Eingriffe einer zuständigen Behörde oder eines in Artikel 8 genannten Wirtschaftsakteurs im Zusammenhang mit der Produktsicherheit zu berücksichtigen. Für die Fehlerhaftigkeit eines KI-Systems kann daher der Umstand sprechen, dass die Marktüberwachungsbehörde einen Akteur nach Art. 79 Abs. 2 UAbs. 2 KI-VO dazu aufgefordert hat, das KI-System vom Markt zu nehmen bzw. es zurückzurufen oder Korrekturmaßnahmen zu ergreifen, um die Konformität des KI-Systems wiederherzustellen. Gleiches gilt, wenn der Anbieter ein KI-System nach Art. 20 Abs. 1 KI-VO deaktiviert oder zurückruft.

84 EuGH, Rs. C-588/21 P, Rn. 82.

85 Für Deutschland siehe vor allem BGH, VersR 1984, 270 – *Meißel*; OLG Hamm, VersR 1982, 152 f. – *Glasbaustein*.

86 P. Marburger, Die haftungs- und versicherungsrechtliche Bedeutung technischer Regeln, VersR 1983, 597 ff.; Vieweg, Produkthaftungsrecht (Fn. 78), S. 371 ff.; G. Spindler, Market Processes, Standardisation, and Tort Law, European Law Journal 1998, 316 ff.; Ebers, Autonomes Fahren (Fn. 54), S. 93 (104). Für die ProdHaftRL 2024: P. Hacker, The European AI liability directives – Critique of a half-hearted approach and lessons for the future, Computer Law & Security Review 51 (2023) 105871, S. 16; Mayrhofer, Produktsicherheit und Produkthaftung (Fn. 78), 494 f. Rn. 9 ff.

Zwar hebt Erwägungsgrund (34) ProdHaftRL 2024 hervor, dass solche Eingriffe „für sich genommen keine Vermutung der Fehlerhaftigkeit begründen“. Die Feststellung von Behörden, dass ein Verstoß gegen die KI-VO vorliegt, führt daher nicht automatisch dazu, dass ein Produktfehler feststeht. Die ProdHaftRL 2024 sieht insofern – anders als Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003, Art. 9 Abs. 1 Kartellschadensersatz-RL – keine Bindungswirkung behördlicher Entscheidungen vor. Denkbar bleibt aber auch hier ein *prima-facie* Beweis, der allerdings – wie im Schrifttum zu Recht hervorgehoben wird⁸⁷ – erschüttert sein dürfte, wenn bestimmte Umstände von der Behörde nicht berücksichtigt wurden oder der Anbieter bzw. Hersteller eine Maßnahme aufgrund eines bloßen Verdachts getroffen hat.

4. Einhaltung der KI-VO und harmonisierter Normen als Haftungsbefreiungsgrund?

Während ein Verstoß gegen zwingendes Produktsicherheitsrecht einen Produktfehler begründet, führt umgekehrt die Einhaltung gesetzlicher Produktsicherheitsvorschriften nicht automatisch zur Fehlerfreiheit.⁸⁸ Zwar besteht insoweit eine Indizwirkung, da nach Art. 7 Abs. 2 lit. f ProdHaft-RL 2024 bei der Beurteilung der Fehlerhaftigkeit auch die einschlägigen Produktsicherheitsanforderungen zu berücksichtigen sind. Die Vorschrift nennt das Produktsicherheitsrecht jedoch nicht als alleiniges, sondern nur als eines von mehreren Kriterien für die Beurteilung der Fehlerhaftigkeit. Maßgeblich ist insofern, dass sich aus den berechtigten Sicherheitserwartungen durchaus strengere Anforderungen ergeben können,⁸⁹ so insbesondere, wenn das Produktsicherheitsrecht nicht (mehr) die technische Ent-

87 Mayrhofer, Produktsicherheit und Produkthaftung (Fn. 78), 498 Rn. 21. Vgl. auch S. Müller, Produktfehler und Beweisregeln nach dem Kommissionsvorschlag zur Novellierung des EU-Produkthaftungsrechts, InTeR 2024, 6, (10) (behördlich angeordnete Rückrufe legen einen Fehler nahe; bei freiwilligen Maßnahmen des Herstellers sei allerdings selbst eine „Indizwirkung“ schwer begründbar); C. Schucht, Der Einfluss des Produktsicherheits- auf das Produkthaftungsrecht, InTeR 2023, 71 (78); B. Handorn, Die geplante Revision des europäischen Produkthaftungsrechts (auch) für Medizinprodukte, MPR 2023, 16 (22).

88 Wie hier: Wagner, Next Generation EU Product Liability (Fn. 45), 195; Mayrhofer, Produktsicherheit und Produkthaftung (Fn. 78), 494. So bereits zur geltenden Rechtslage die Regierungsbegründung zum ProdHaftG BT-Drs. 11/2447, S. 19; ferner LG Freiburg, 6 O 359/10, Rn. 100, MPR 2017, 91; OLG Koblenz, 12 U 538/04, BeckRS 2005, 14109; OLG Hamm, 21 U 14/08, NJW-RR 2011, 893 (894).

89 BeckOGK/Goehl, 1.6.2024, ProdHaftG § 3 Rn. 65.

wicklung sowie die wissenschaftlichen Erkenntnisse widerspiegelt⁹⁰ oder wenn sich bei der Benutzung des Produkts bestimmte Gefahren gezeigt haben.⁹¹

Gleiches gilt für harmonisierte technische Normen. Insoweit war bereits vor Inkrafttreten der ProdHaftRL 2024 anerkannt, dass der Hersteller nicht nur die anerkannten Regeln der Technik, sondern auch den Stand von Wissenschaft und Technik berücksichtigen muss. Dieser kann jedoch durchaus über den Standard von technischen Regelwerken hinausgehen.⁹² Zwar entfalten harmonisierte Normen nach Art. 40 Abs. 1 KI-VO eine Konformitätsvermutung. Auch hat der EuGH in der Rechtssache *Public.Resource.Org* hervorgehoben, dass „jede natürliche oder juristische Person, die diese Vermutung in Bezug auf ein bestimmtes Produkt oder eine bestimmte Dienstleistung erfolgreich anfechten möchte, nachweisen muss, dass das Produkt oder die Dienstleistung die Norm nicht erfüllt oder die Norm unzulänglich ist“.⁹³ Gegen eine generelle Beachtlichkeit der in Art. 40 Abs. 1 KI-VO geregelten Konformitätsvermutung in einem Produkthaftungsprozess sprechen indessen die in Art. 10 Abs. 2 und Abs. 4 ProdHaftRL 2024 zugunsten des Geschädigten normierten Beweiserleichterungen, die als *lex specialis* vorrangig zu beachten sind.⁹⁴ Ist dies nicht der Fall, spricht andererseits nichts dagegen, auch im Zivilprozess von einer Konformitätsvermutung zugunsten des Herstellers auszugehen.

Haftungsbefreiend könnten zudem die in Art. 11 ProdHaftRL 2024 geregelten Ausschlüsse wirken. Nach Art. 11 Abs. 1 lit. d ProdHaftRL 2024 haftet ein Wirtschaftsakteur nicht für Schäden, die durch ein fehlerhaftes Produkt verursacht wurden, wenn er beweist, dass die Fehlerhaftigkeit, die den Schaden verursacht hat, darauf zurückzuführen ist, dass das Produkt

90 OLG Hamm, 21 U 14/08, NJW-RR 2011, 893 (894).

91 BGH, VI ZR 150/93, NJW 1994, 3349 (3351).

92 BGH, NJW 1987, 372, 373 – *Verzinkungsspray*; NJW 1994, 3349, 3350 – *Atemüberwachungsgerät*.

93 EuGH, Rs. C-588/21, Rn. 76. Kritisch dazu A. Kapoor, Anmerkung, EuZW 2024, 514 ff. (Vermutungswirkung tritt nur im Verhältnis zwischen Wirtschaftsakteur und Marktüberwachungsbehörde ein).

94 So *Mayrhofer*, Produktsicherheit und Produkthaftung (Fn. 78), 497, Rn. 15, die als Beispiel den Fall anführt, dass das Produkt – trotz Einhaltung harmonisierter Normen – eine offensichtliche Funktionsstörung aufweist, bei der nach Art. 10 Abs. 2 lit. c ProdHaftRL 2024 zugunsten des Geschädigten von der Fehlerhaftigkeit auszugehen ist. Generell gegen eine Anwendung der Konformitätsvermutung im Produkthaftungsrecht S. *Wende* in: A. Kapoor (Hrsg.), Produkthaftungsgesetz-Kommentar, 1. Aufl., München 2023, § 3 Rn. 33.

rechtlichen Anforderungen entspricht. Die Haftung ist dementsprechend ausgeschlossen, wenn ein KI-System (nur) deshalb fehlerhaft ist, weil es im Einklang mit der KI-VO entwickelt worden ist. Ein solcher Beweis wird einem Hersteller indessen in der Praxis kaum gelingen, da die KI-VO – wie bereits erwähnt – keine konkreten Sicherheitsanforderungen festlegt, sondern diese nur ganz allgemein umschreibt.

Soweit ein KI-System in Übereinstimmung mit einschlägigen harmonisierten Normen entwickelt worden ist, kommt schließlich noch eine Haftungsbefreiung für Entwicklungsrisiken gemäß Art. 11 Abs. 1 lit. e ProdHaftRL 2024 in Betracht. Harmonisierte Normen spiegeln jedoch nicht unbedingt den von der Vorschrift geforderten „objektiven Stand der Wissenschaft und Technik zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens oder der Inbetriebnahme des Produkts“ wider.⁹⁵ Die bloße Übereinstimmung eines KI-Systems mit harmonisierten technischen Normen führt daher für sich genommen noch nicht zur Haftungsbefreiung gem. Art. 11 Abs. 1 lit. e ProdHaftRL 2024.

VII. Beweislast bzgl. des Produktfehlers, Art. 10 Abs. 2 lit. b ProdHaftRL 2024

Grundsätzlich muss der Geschädigte nach Art. 10 Abs. 1 ProdHaftRL 2024 – wie bereits zuvor nach der ProdHaftRL 1985 – die Fehlerhaftigkeit, den Schaden und den ursächlichen Zusammenhang zwischen der Fehlerhaftigkeit und dem Schaden nachweisen. Im Unterschied zu früher berücksichtigt die novellierte ProdHaftRL 2024 nunmehr, dass geschädigte Personen gegenüber den Herstellern häufig einen erheblichen Nachteil haben „in Bezug auf den Zugang zu und das Verständnis von Informationen darüber, wie ein Produkt hergestellt wurde und wie es funktioniert“.⁹⁶ Diese Informationsasymmetrie kann – wie in den Erwägungsgründen der ProdHaftRL 2024 hervorgehoben⁹⁷ – eine gerechte Risikoverteilung insbesondere in Fällen technischer Komplexität (z.B. bei maschinellem Lernen) unter-

95 Vieweg, Produkthaftungsrecht (Fn. 78), 380; MüKoBGB/Wagner, 9. Aufl. 2024, ProdHaftG § 1 Rn. 57; nach A. Kapoor in: A. Kapoor (Hrsg.), Produkthaftungsgesetz-Kommentar, 1. Aufl., München 2023, § 1 Rn. 187, kommt nur im Einzelfall ein Anschein für ein Entwicklungsrisiko in Betracht.

96 Erwägungsgrund (42) Satz 2 ProdHaftRL 2024.

97 Erwägungsgrund (42) Satz 3 und Erwägungsgrund (48) Satz 6 ProdHaftRL 2024.

laufen. Die neue Richtlinie sieht daher zugunsten des Geschädigten eine Offenlegung von Beweismitteln sowie Beweiserleichterungen vor, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind.⁹⁸

Für die hier zu untersuchende Frage interessiert vor allem Art. 10 Abs. 2 lit. b ProdHaftRL 2024, da diese Vorschrift eingeführt wurde, „um den engen Zusammenhang zwischen den Produktsicherheitsvorschriften und den Haftungsvorschriften zu stärken“.⁹⁹ Nach Art. 10 Abs. 2 lit. b ProdHaftRL 2024 wird die Fehlerhaftigkeit des Produkts vermutet, wenn der Kläger nachweist, „dass das Produkt verbindlichen Anforderungen des Unionsrechts oder des nationalen Rechts an die Produktsicherheit nicht entspricht, die vor dem Risiko der Schädigung schützen sollen, die die geschädigte Person erlitten hat.“ Vorausgesetzt wird somit dreierlei, nämlich: verbindliche Anforderungen an die Produktsicherheit (1.), eine drittsschützende Wirkung dieser Anforderungen bzgl. des eingetretenen Schadens (2.), sowie der Nachweis der Nichterfüllung durch den Geschädigten (3.).

1. Verbindliches Produktsicherheitsrecht

Die Vorschrift wirft zunächst die Frage auf, welche Normen in der KI-VO verbindliche Anforderungen an die „Produktsicherheit“ enthalten. Zweifelhaft ist dies vor allem deswegen, weil die Verordnung nicht nur Vorgaben für die „Herstellung“ bzw. Konstruktion von KI-Systemen aufstellt, sondern auch Vorgaben enthält, wie ein KI-System verwendet bzw. nicht verwendet werden soll. So geht es in Art. 5 KI-VO in erster Linie nicht um die spezifischen Eigenschaften eines KI-Systems, sondern – wie bereits die gesetzliche Überschrift „verbotene *Praktiken* im KI-Bereich“ verdeutlicht – um manipulative, ausbeuterische, diskriminierende, kontrollierende oder sonst missbräuchliche Verhaltensweisen im Umgang mit KI-Systemen. Die KI-VO wendet sich darüber hinaus nicht nur an Anbieter, sondern regelt auch, welche Pflichten Betreiber bei der Nutzung eines KI-Systems zu beachten haben. Die KI-VO enthält insofern Elemente eines *Produktnutzungsrechts*, die dem klassischen Produktsicherheitsrecht fremd sind,¹⁰⁰ und dementsprechend haftungsrechtlich bei der Bestimmung der Fehlerhaftigkeit von Produkten keine Rolle spielen.

⁹⁸ Dazu bereits *supra*, BVII.

⁹⁹ Erwägungsgrund (46) Satz 5 ProdHaftRL 2024.

¹⁰⁰ G. Wiebe, Produktsicherheitsrechtliche Betrachtung des Vorschlags für eine KI-Verordnung, BB 2022, 899 (899 f.). Vgl. auch Schucht, Produktsicherheitsrecht (Fn. 87), 76.

Bei den in Art. 8-15 KI-VO aufgestellten Kriterien für Hochrisiko-KI-Systeme, die vor Inverkehrgabe zwingend zu berücksichtigen sind, handelt es sich demgegenüber um grundlegende Anforderungen, die an KI-Systeme selbst gestellt werden. Da diese Anforderungen in der KI-VO recht offen formuliert sind und die inhaltliche Konkretisierung den Anbietern sowie den europäischen Normungsorganisationen CEN und CENELEC überlassen bleibt, stellt sich erneut die Frage, welchen Stellenwert harmonisierte Normen haben. Wären harmonisierte Normen unter Art. 10 Abs. 2 lit. b ProdHaftRL 2024 zu subsumieren, begründete ein diesbezüglicher Verstoß nicht nur einen Anscheinsbeweis für einen Produktfehler,¹⁰¹ sondern eine „faktische Beweislastumkehr“¹⁰² in Form einer „widerlegbaren Tatsachenvermutung“ (rebuttable presumption) zu Lasten des beklagten Wirtschaftsteilnehmers. Dagegen spricht, dass die Vorschrift von „verbindlichen“ Anforderungen (mandatory requirements) spricht, während die Einhaltung harmonisierter Normen grundsätzlich freiwillig ist.¹⁰³ Dass der EuGH dies anders sehen könnte, ist angesichts der Tendenz zur „Verrechtlichung“ harmonisierter Normen¹⁰⁴ in dessen Rechtsprechung andererseits nicht auszuschließen.

101 Dazu oben, C.VI.1.

102 So A. Kapoor/T. Klindt, Verschärfung der Produkthaftung in Europa: Der Vorschlag der neuen Produkthaftungsrichtlinie, BB 2023, 67 (71).; C. Piovano/C. Hess, Mehr Pflichten, mehr Rechte: Wie die neue EU-Produkthaftungsrichtlinie die Spielregeln für Wirtschaftsakteure und Verbraucher ändert (Teil 2), ZfPC 2024, 161 (165). A.A. Becker/Bell/Meyer, Produkthaftungsrecht (Fn. 27), 3749 Rn. 43.

103 Im Ergebnis auch Piovano/Hess, Produkthaftungsrichtlinie (Fn. 102), 166 (technische Normen sind vom Anwendungsbereich nicht erfasst, weil es sich bei solchen nicht um verbindliche Anforderungen des Unionsrechts oder des nationalen Rechts handelt).

104 Dazu bereits *supra*, C.VI.2. Ferner H. Schepel, The New Approach to the New Approach: The Juridification of Harmonized Standards in EU Law, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2013, S. 521 ff.; M. C. Colombo/M. Eliantonio, Harmonized Technical Standards as Part of EU Law: Juridification with a Number of Unresolved Legitimacy Concerns?, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2017, S. 323 ff.; H.-W. Micklitz, The Role of Standards in Future EU Digital Policy Legislation. A Consumer Perspective, S. 139 ff., abrufbar unter: https://www.bec.europa.eu/sites/default/files/publications/BEUC-X-2023-096_The_Role_of_Standards_in_Future_EU_Digital_Policy_Legislation.pdf.

2. „Sollen“ Schutz bieten

Art. 10 Abs. 2 lit. b ProdHaftRL 2024 verlangt weiter, dass die betreffenden Produktsicherheitsanforderungen „vor dem Risiko der Schädigung schützen sollen, die die geschädigte Person erlitten hat“. Grundsätzlich können daher nur solche Vorschriften des Produktsicherheitsrechts herangezogen werden, die von ihrem Schutzzweck her auf die Verhinderung des tatsächlich eingetretenen Schadens gerichtet sind.

Bedeutsam sind damit vor allem die für Hochrisiko-KI-Systeme normierten *materiellen* Anforderungen. Insbesondere das Erfordernis, ein Risikomanagementsystem einzurichten, anzuwenden, zu dokumentieren und aufrechtzuhalten (Art. 9 KI-VO), hat aus produktsicherheitsrechtlicher Perspektive eine hohe Bedeutung, da dies der Identifizierung möglicher Risiken und der Ergreifung von Maßnahmen zur Verhinderung bzw. Minimierung von Risiken dient. Auch die Vorschriften zur Daten und Datengovernance (Art. 10 KI-VO), zur Transparenz und Bereitstellung von Informationen für die Betreiber (Art. 13 KI-VO), zur menschlichen Aufsicht (Art. 14 KI-VO) sowie zur Genauigkeit, Robustheit und Cybersicherheit (Art. 15 KI-VO) dienen dem Schutz der Interessen, die von der ProdHaftRL 2024 geschützt werden sollen, insbesondere dem Schutz der körperlichen Unversehrtheit (vgl. Art. 6 Abs. 1 lit. a ProdHaftRL 2024).¹⁰⁵

Die von der KI-VO und der ProdHaftRL 2024 verfolgten Schutzzwecke decken sich allerdings – wie zuvor erörtert – nur zum Teil.¹⁰⁶ So will die KI-VO mit ihren Anforderungen zu Daten und Daten-Governance beispielsweise nicht nur die „Gesundheit und Sicherheit von Personen“ schützen, sondern auch verhindern, dass sich Verzerrungen „negativ auf die Grundrechte auswirken oder zu einer nach den Rechtsvorschriften der Union verbotenen Diskriminierung führen“ (Art. 10 Abs. 2 S. 2 lit. f KI-VO). Auch die Art. 13-15 KI-VO sind von ihrem Schutzzweck her nur zum Teil mit den durch die ProdHaftRL 2024 geschützten Interessen deckungsgleich. Dies dürfte für eine Beweislastumkehr nach Art. 10 Abs. 2 lit. b ProdHaftRL 2024 indessen ausreichen, denn selbst nach der (im Vergleich zu vielen anderen Rechtsordnungen und dem Unionsrecht sehr viel restriktiveren)¹⁰⁷ deut-

105 Zu den von der ProdHaftRL 2024 geschützten Rechten und Rechtsgütern bereits *supra*, B.VI.

106 *Supra*, C.II.

107 Dazu Ebers, Rechte, Rechtsbehelfe und Sanktionen im Unionsprivatrecht (Fn. 38), S. 153 ff., 157 ff., 170 ff.

schen Schutzzwecklehre ist anerkannt, dass es ausreicht, wenn die Norm, gegen die verstoßen wurde, zumindest *auch* vor dem Risiko schützen soll, das sich verwirklicht hat.¹⁰⁸

Ein Verstoß gegen rein *formelle* Vorgaben, wie z.B. das Fehlen einer EU-Konformitätserklärung (Art. 47, Anhang V KI-VO) oder einer CE-Kennzeichnung (Art. 48 KI-VO), ist demgegenüber nicht ausreichend, um die Vermutung eines Produktfehlers gem. Art. 10 Abs. 2 lit. b ProdHaftRL 2024 auszulösen, da ein solcher Verstoß keine Schadensgefahren verursacht.¹⁰⁹ Gleiches gilt für die in Art. 11 KI-VO vorgesehene Pflicht zur technischen Dokumentation (Art. 11 KI-VO), da diese nur dazu dient, marktüberwachungsbehördliche Prüfungen und Maßnahmen zu ermöglichen, nicht aber der Schadensvermeidung dient.¹¹⁰

Anders verhält es sich demgegenüber mit der von Art. 12 KI-VO geforderten automatischen Aufzeichnung von Ereignissen während des Lebenszyklus eines Hochrisiko-KI-Systems, denn diese soll dem Anbieter vor allem eine Beobachtung des Systems nach Inverkehrgabe (Art. 12 Abs. 2 lit. b, Art. 72 KI-VO) und dem Betreiber eine Überwachung des Betriebs (Art. 12 Abs. 2 lit. c, Art. 26 Abs. 5 KI-VO) ermöglichen, damit (Gesundheits-)Schäden rechtzeitig erkannt, verhindert bzw. minimiert werden können. Erwägungsgrund (46) Satz 6 ProdHaftRL 2024 stellt zusätzlich klar, dass die Fehlervermutung des Art. 10 Abs. 2 lit. b ProdHaftRL 2024 insbesondere in Fällen gilt, „in denen ein Produkt nicht mit einer Vorrichtung ausgestattet ist, mit der Informationen über die Verwendung des Produkts gemäß dem Unionsrecht oder dem nationalen Recht aufgezeichnet werden können.“

108 Vgl. nur BGHZ 63, 176, 179 = NJW 1975, 257; BGHZ 114, 161, 163 = NJW 1991, 2019. Grundlegend für diese Differenzierung M. Rümelin, Die Verwendung der Causalbegriffe in Straf- und Zivilrecht, AcP 90 (1900), 171 (304 ff.).

109 Schucht, Produktsicherheitsrecht (Fn. 87), 77; Mayrhofer, Produktsicherheit und Produkthaftung (Fn. 78), 498 Rn. 23. Vgl. auch OLG Frankfurt a. M. BeckRS 2015, 9145 Rn. 21.

110 Vgl. auch Schucht, Produktsicherheitsrecht (Fn. 87), 77; Rutloff/Wagner/Stilz, Cyber Resilience Act (Fn. 76), 1610.; Mayrhofer, Produktsicherheit und Produkthaftung (Fn. 78), 498 Rn. 23, mit dem Hinweis, dass mit der fehlenden Dokumentation verbundene Aufklärungsschwierigkeiten zur Folge haben können, dass es für den Geschädigten übermäßig schwierig ist, den Fehler nachzuweisen, so dass der Fehler gem. Art. 10 Abs. 4 ProdHaftRL 2024 vermutet wird, wenn das Produkt wahrscheinlich fehlerhaft ist.

3. „Nachweis“ der Nicht-Erfüllung

Nach dem Wortlaut der Vorschrift („der Kläger weist nach“; „the claimant demonstrates“) muss die geschädigte Person den vollen Nachweis über den Verstoß gegen die Sicherheitsvorschrift führen. Der Umfang der Darlegungslast des Klägers dürfte daher über den bloßen Vortrag der Verletzung verbindlichen Produktsicherheitsrecht hinaus gehen, sodass zumindest ein substantiierter Vortrag erbracht werden muss.

Dies dürfte in der Praxis nicht einfach sein, da Geschädigte in der Regel keinen Einblick haben, welche Maßnahmen der Beklagte ergriffen hat, um eine Konformität des KI-Systems nach der KI-VO sicherzustellen. Insofern könnte jedoch die in Art. 9 Abs. 1 ProdHaftRL 2024 vorgesehene Möglichkeit helfen, vom beklagten Unternehmen eine Offenlegung der Beweismittel verlangen zu können, denn ein solcher Antrag setzt nur den Vortrag von Tatsachen und Beweisen voraus, die die Plausibilität des Anspruchs ausreichend stützen.

Hiervon abgesehen dürfen die Anforderungen an den Nachweis der Nicht-erfüllung produktsicherheitsrechtlicher Vorschriften nicht überspannt werden, da ansonsten der dem Unionsrecht zugrunde liegende Effektivitätsgrundsatz¹¹¹ verletzt wäre. Mit diesem Grundsatz wäre es unvereinbar, wenn die nationalen Gerichte an den Nachweis einer Zuwiderhandlung derart hohe Anforderungen stellten, dass ein solcher Nachweis übermäßig erschwert oder gar praktisch unmöglich würde.¹¹²

D. Zusammenfassung und Ausblick

Während im EU-Wettbewerbsrecht öffentlich-rechtliche und private Rechtsdurchsetzung durch das Instrument der Follow-on Klagen miteinander verbunden werden,¹¹³ gibt es im neuen Recht der Künstlichen Intelligenz bislang keine vergleichbare Bindungswirkung behördlicher Entscheidungen, die nach der KI-VO getroffen und in einem anschließenden Haftungsprozess nach der ProdHaftRL 2024 zwingend zu berücksichtigen wären.¹¹⁴

111 Grundlegend zum Effektivitätsgrundsatz Ebers, Rechte, Rechtsbehelfe und Sanktionen (Fn. 38), S. 249 ff.

112 So für das EU-Wettbewerbsrecht zutreffend GA Kokott, SchlA, Rs. C-8/08 (*T-Mobile Netherlands*) Rn. 87-89.

113 Dazu C.I.1.

114 Dazu C.I.2.

Die in der KI-VO niedergelegten produktsicherheitsrechtlichen Anforderungen an KI-Systeme strahlen dessen ungeachtet in vielfacher Weise auf die ProdHaftRL 2024 aus. Zwar unterscheiden sich KI-VO und ProdHaftRL 2024 mit Blick auf den zugrunde liegenden Regulierungsansatz¹¹⁵ sowie die geschützten Rechte und Rechtsgüter.¹¹⁶ Für die Praxis besonders stark ins Gewicht fallen dürfte dabei der Umstand, dass die ProdHaftRL 2024 nur bei Tod, Körper- und Gesundheitsverletzung, Beschädigung bzw. Zerstörung privat genutzter Sachen sowie nicht kommerziell genutzter Daten greift, nicht dagegen bei Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, bei Diskriminierungen, bei Beschädigung gewerblich genutzter Sachen sowie bei reinen Vermögensschäden. Viele Schäden, die typischerweise durch KI-Systeme verursacht werden, werden daher nach der neuen ProdHaftRL 2024 nicht kompensiert.¹¹⁷

Die neue ProdHaftRL 2024 wird dennoch dafür sorgen, dass Geschädigte in Europa künftig sehr viel leichter als bisher Schadensersatz für fehlerhafte KI-Systeme erhalten können. Zum einen erfasst die ProdHaftRL 2024 – im Unterschied zur ProdHaftRL 1985 – nun ausdrücklich auch Software einschließlich der damit verbundenen Dienstleistungen. Zum anderen führt die Verzahnung der Produkthaftung mit den Vorgaben des europäischen Produktsicherheitsrechts zu mehr Rechtsklarheit¹¹⁸ sowie zu einer verbesserten Position der Geschädigten: Art. 4 ProdHaftRL 2024 orientiert sich bei der Definition wesentlicher Begriffe an der Terminologie des NLF¹¹⁹ und synchronisiert damit das Produkthaftungsrecht mit dem europäischen Produktsicherheitsrecht. Darauf aufbauend werden auch die Regelungen zur Definition des Produktfehlers (Art. 7 ProdHaftRL 2024) und zur Beweislast (Art. 10 ProdHaftRL 2024) mit dem Produktsicherheitsrecht verknüpft: Erstens sind die in der KI-VO aufgestellten gesetzlichen Sicherheitsanforderungen an KI-Systeme als Mindestanforderungen zu berücksichtigen, wenn es um die Frage geht, ob ein Produkt (KI-System) fehlerhaft ist. Art. 10 Abs. 2 lit. b ProdHaftRL 2024 stellt zweitens klar, dass ein Produktfehler unter bestimmten Voraussetzungen sogar vermutet wird, wenn gegen das EU-Produktsicherheitsrecht verstoßen wird. Drittens begründet die Nichteinhaltung technischer harmonisierter Normen einen Anscheinsbeweis für das Vorliegen eines

115 Dazu C.III.

116 Dazu C.II.

117 Eingehend C.IV.2.

118 So zum ProdHaftRL-Vorschlag *Kapoor/Klindt*, Produkthaftungsrichtlinie (Fn. 102), 67.

119 Dazu C.IV.

Produktfehlers. Viertens spielen bei der Beurteilung eines Produktfehlers auch tatsächliche Maßnahmen eine Rolle, die von Behörden und Wirtschaftsakteuren nach der KI-VO getroffen werden. Schließlich kann die Einhaltung der KI-VO sowie harmonisierter technischer Normen für Hersteller und andere Wirtschaftsakteure haftungsbefreiend wirken. All dies zeigt, wie stark das neue Produkthaftungsrecht mit dem EU-Produktsicherheitsrecht verflochten ist.

Diese Entwicklung ist zu begrüßen. Eine enge Verzahnung zwischen Produktsicherheits- und haftungsrecht sorgt tendenziell dafür, dass beide Rechtsmaterien einheitlich interpretiert und widersprüchliche Entscheidungen verhindert werden. Damit wird es zugleich für Wirtschaftsakteure leichter, ihr Haftungsrisiko zu kalkulieren. Der enge Bezug der ProdHaftRL 2024 zum Produktsicherheitsrecht wirkt sich zudem vorteilhaft für Geschädigte aus, da diese das Vorliegen eines Produktfehlers nicht mehr im Einzelnen nachweisen müssen, sondern insoweit auf die von Marktüberwachungsbehörden gewonnenen behördlichen Erkenntnisse zurückgreifen können.¹²⁰ Eine (unechte) Folgeklage im neuen Recht der Künstlichen Intelligenz kann im Idealfall auch zu einer verbesserten Prozessökonomie führen und die Zivilgerichte in zeitlicher, personeller und finanzieller Hinsicht entlasten. Soweit sich die Zivilgerichte auf die von den Marktüberwachungsbehörden gewonnenen Erkenntnisse stützen, kann zudem auf die spezifischen Erfahrungen zurückgegriffen werden, die die Behörden bei der Durchsetzung der KI-VO sammeln werden.¹²¹

Inwieweit diese Vorteile tatsächlich genutzt werden, ist hingegen ungewiss. Da es im neuen Recht der Künstlichen Intelligenz – anders als im EU-Wettbewerbsrecht – bislang keinen verbindlichen Koordinationsmechanismus zwischen öffentlich-rechtlicher und privater Rechtsdurchsetzung gibt, ist eine eigenständige produkthaftungsrechtliche Beurteilung der Fehlerhaftigkeit nach Art. 7 ProdHaftRL 2024 unerlässlich. In welchem Umfang die Synergieeffekte zwischen Produktsicherheits- und Produkthaftungsrecht, also zwischen KI-VO einerseits und ProdHaftRL 2024 andererseits genutzt werden, hängt daher vor allem von der Bereitschaft ab, diese zur Kenntnis zu nehmen und zu nutzen.

120 So für das EU-Wettbewerbsrecht *Klöppner/Preuße*, Die negative Bindungswirkung (Fn. 36), 271.

121 Vgl. wiederum *Klöppner/Preuße*, Die negative Bindungswirkung (Fn. 36), 272.

Produkthaftpflichtversicherung

– neue Wege nach der neuen Produkthaftungs-Richtlinie?

Helmut Heiss*

I. Produkthaftpflichtversicherung vor der neuen Produkthaftungs-Richtlinie

Mit der ProdHaftRL 85/374/EWG vom 25. Juli 1985¹ (ProdHaftRL 1985) hat die (damalige) EWG die Haftungsregeln für fehlerhafte Produkte harmonisiert. Deutschland hat die Richtlinie mit dem Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte (Produkthaftungsgesetz – ProdHaftG) vom 15. Dezember 1989², welches am 1. Januar 1990 in Kraft getreten ist, in nationales Recht umgesetzt. Damit wurde eine (quasi-)verschuldensunabhängige Haftung für fehlerhafte Produkte geschaffen. Die Haftung für fehlerhafte Produkte als solche war aber nicht neu, sie war nur bis dahin als Verschuldenshaftung nach § 823 BGB bzw. unter Umständen als (ebenfalls verschuldensabhängige) vertragliche Haftung ausgestaltet. Kaum überraschend hat daher die Versicherung des Produkthaftungsrisikos eine weit über das Inkrafttreten der alten ProdHaftRL 1985 und des ProdHaftG zurückreichende Historie.

Zur Deckung des Produkthaftungsrisikos hat die deutsche Versicherungswirtschaft eigene Wege beschritten. Ab 1974 verwendete sie das sogenannte «Produkthaftpflicht-Modell», ein von Versicherungs- und Versicherungsnehmerverbänden gemeinsam erarbeitetes Standarddeckungskonzept für Produkthaftpflichttrisiken.³ Dieses war in besonderen Versicherungs-

* Prof. Dr. Dr. h.c. Helmut Heiss, LL.M., Ordinarius für Privatrecht (mit Schwerpunkt Obligationenrecht), Rechtsvergleichung und IPR, und Prodekan für Forschung und Nachwuchsförderung, Universität Zürich; Co-Chairman der Projektgruppe "Principles of Reinsurance Contract Law (PRICL)" und (ehemals) Chairman der Projektgruppe "Principles of European Insurance Contract Law (PEICL)"; Ko-Koordinator der Insurance Law SIG des European Law Institute.

1 Richtlinie 85/374/EWG des Rates vom 25. Juli 1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte, ABl. 1985 L 210/29.

2 BGBl. I S. 2198.

3 Vgl. z.B. Sieg, Das neue Modell der ProuktHaftpflichtversicherung, BB 1974, 1176; aus aktueller Sicht z.B. Beckmann/Matusche-Beckmann, VersR-HB⁴/Schneider, § 33

bedingungen geregelt, wenngleich die Produkthaftpflichtversicherung immer gebündelt mit einer Betriebshaftpflichtversicherung angeboten wurde. Diese Sonderregelung wäre nicht unbedingt erforderlich gewesen, was insbesondere der gegenläufige Ansatz in der Schweiz belegt, wo Produkthaftungsrisiken im Rahmen der allgemeinen Betriebshaftungsversicherung gedeckt werden.⁴ Für die Sonderregelung entscheidend dürften wohl besondere Bedürfnisse im Produkthaftungsbereich gewesen sein.⁵ Zu nennen ist etwa die wichtige Deckung von bestimmten Formen reiner Vermögensschäden, wie beispielsweise bei Mängeln an den Produkten selbst, die von der Fehlerhaftigkeit verarbeiteter Produkte herrühren.⁶ Da die mit den fehlerhaften Produkten hergestellten Endprodukte nie fehlerfrei bestanden haben, liegt aus Sicht der Haftpflichtversicherung ein (nicht gedeckter) Mangel aber kein (gedeckter) Sachschaden vor.⁷ Die besonderen Bedingungen des Produkthaftpflicht-Modells offerierten aber Versicherungsschutz u.a. auch für diese Form des reinen Vermögensschadens.⁸ Dieses Produkthaftpflicht-Modell wurde ab 2014 einer Strukturreform⁹ zugunsten neuer, vom GDV empfohlener AVB unterworfen. Dabei handelt es sich um so ge-

Produkthaftpflichtversicherung (2025) insb. Rn. 6; Münchener Anwaltshandbuch Versicherungsrecht⁵-*Stempfle*, § 15 Produkthaftpflichtversicherung (2022) Rn. 6 ff.; *Nickel/Nickel-Fiedler*, Produkt-Haftpflichtversicherungsrecht² (2015); *Lenz*, Produkthaftung² (2022) § 7.

4 Vgl. die unverbindlichen Musterbedingungen des Schweizerischen Versicherungsverbands für die Betriebshaftpflichtversicherung, Ausgabe 2021, Art. 1, der Versicherungsschutz für das Anlage-, Betriebs- und Produktrisiko bietet; die Bedingungen sind unter https://www.svv.ch/sites/default/files/2022-03/AVB_Musterbedingungen_Betriebshaft_2021_3.pdf einsehbar (zuletzt abgerufen am 16.05.2025).

5 Prölss/Martin VVG³²-Voit Nr. 265 (Produkthaftpflicht-Modell) Vorb. zu Ziff. 1 Rn. 3; vgl. auch Münchener Anwaltshandbuch Versicherungsrecht⁵-*Stempfle*, § 15 Produkthaftpflichtversicherung (2022) Rn. 4 f.

6 Vgl. Beckmann/Matusche-Beckmann, VersR-HB⁴/Schneider, § 33 Produkthaftpflichtversicherung (2025) Rn. 1; zur unter Umständen abweichenden Beurteilung nach Delikts- und Haftpflichtversicherungsrecht z.B. Prölss/Martin VVG³²-Voit Nr. 265 (Produkthaftpflicht-Modell) Vorb. zu Ziff. 1 Rn. 3.

7 Vgl. zur Diskussion aus der Zeit der Entwicklung des Produkthaftpflicht-Modells *Littbarski*, Produkthaftpflichtversicherung² (2014) Einl. Rn. 16 ff.

8 «Verbindungs-, Vermischungs-, Verarbeitungsschäden; vgl. nunmehr A3-7.1 AVB BHV (Stand März 2024)

9 Siehe hierzu die Erläuterungen zur Strukturreform und zu den Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Betriebs- und Berufshaftpflichtversicherung (AVB BHV) des GDV vom August 2014; einsehbar unter <https://www.gdv.de/gdv/neu-strukturierte-haftpflichtbedingungen-ab-2014-5962> (zuletzt besucht am 16.05.2025).

nannte «durchgeschriebene» AVB für die betriebliche Haftpflichtversicherung.¹⁰ Allerdings regeln auch diese das Produkthaftpflichtrisiko besonders. So werden in der jüngsten Ausfertigung vom März 2024¹¹ allgemeine und besondere betriebliche und berufliche Risiken in Abschnitt A1, das Umwelt-risiko in Abschnitt A2, das Produkthaftpflichtrisiko in Abschnitt A3 (mit den Erweiterungsmöglichkeiten in A3-7) und Ansprüche aus Benachteiligungen in Abschnitt A4 der neuen AVB geregelt.

Hervorzuheben ist ausserdem, dass neben dem Standardmodell immer auch individuelle Versicherungslösungen möglich sind: Große Unternehmen und Unternehmensgruppen schließen ihre Verträge bisweilen nicht auf Grundlage der Standardbedingungen ab, sondern handeln ihre Verträge individuell aus. Das bedeutet zwar nicht, dass im Großkundengeschäft nicht auch Modellklauseln Verwendung finden, diese werden aber ergebnisoffen verhandelt. Die dadurch bewirkte Individualisierung der Verträge verbietet es zugleich, hier generelle Aussagen zum Inhalt und Umfang des Deckungsschutzes solcher Verträge zu machen. Immerhin liegt die Vermutung nahe, dass der Versicherungsschutz solcher Policen weiter gefasst ist als nach den Standardbedingungen. Die folgenden Ausführungen beziehen sich dagegen auf die Standardbedingungen in der Fassung März 2024.

II. ProdHaftRL 2024: Änderungen und deren Auswirkungen auf die Gestaltung der Produkthaftpflichtversicherung

1. Versicherungsbedarf durch Haftungserweiterungen – Kurzüberblick

Mit der neuen Richtlinie über die Haftung für fehlerhafte Produkte¹² erweitert der europäische Gesetzgeber die Haftung und damit den Versicherungsbedarf im Vergleich zur aufgehobenen ProdHaftRL 1985 in mehrfacher Hinsicht.¹³ Die neue ProdHaftRL 2024 vergrößert beispielsweise den

10 Prölss/Martin VVG³²-Lücke Nr. 232 AVB BHV Rn. 1.

11 Abrufbar unter <https://www.gdv.de/gdv/neu-strukturierte-haftpflichtbedingungen-ab-2014—5962> (zuletzt besucht am 16.05.2025, im Folgenden als «AVB BHV 2024» bezeichnet).

12 Richtlinie (EU) 2024/2853 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2024 über die Haftung für fehlerhafte Produkte und zur Aufhebung der Richtlinie 85/374/EWG des Rates, ABL 2024 L v. 18.11.2024.

13 Insgesamt zur neuen Richtlinie Piovano/Hess, Das neue europäische Produkthaftungsrecht (2024).

Kreis potentiell haftpflichtiger Personen: Neben dem Hersteller und dem Importeur können auch der Bevollmächtigte des Herstellers, sogenannte Fulfillment-Dienstleister, Einzelhändler und Betreiber von Online-Marktplätzen haftpflichtig werden.¹⁴ Zu Lasten dieser potentiell haftpflichtigen Personen wird die Haftung ausserdem durch gesetzliche Vermutungen¹⁵, Offenlegungspflichten¹⁶ und die Beseitigung der Möglichkeit der Mitgliedstaaten, Haftungshöchstgrenzen zu setzen¹⁷, verschärft.

Vor allem aber erfasst die neue Richtlinie verstärkt Risiken, die sich aus der Digitalisierung ergeben. Im Fokus steht dabei der erweiterte Produktbegriff, der neu nicht nur körperliche Produkte, sondern auch Software und digitale Konstruktionsunterlagen umfasst.¹⁸ Davon sind insbesondere auch KI-Systeme im Sinne der Verordnung (EU) 2024/1689 (KI-VO)¹⁹ erfasst. Darüber hinaus werden bei der Feststellung der Fehlerhaftigkeit eines Produktes auch die Anforderungen an die Cybersicherheit (insb. nach dem «Cyber Resilience Act» - also der Verordnung 2024/2847 (Cyberresilienz-VO)²⁰) und die Folgen der maschinellen Lernfähigkeit eines Produkts berücksichtigt.²¹ Auch der Haftungszeitraum wird insbesondere bei Software erweitert, weil es für eine Haftung bereits ausreicht, wenn der Fehler spätestens in dem Zeitpunkt gegeben war, zu dem das Produkt nicht mehr unter Kontrolle des Herstellers stand.²² Auch die ersatzfähigen

14 Siehe die Benennung der «haftenden Wirtschaftsakteure» in Art. 8 Abs. 1 – 4 ProdHaftRL 2024.

15 Siehe Art. 10 Abs. 2 – 4 ProdHaftRL; diese Vermutungen sind gem. Art. 10 Abs. 5 ProdHaftRL 2024 widerleglich.

16 Art. 9 ProdHaftRL 2024.

17 Art. 15 ProdHaftRL 2024.

18 Art. 4 Nr. 1 ProdHaftRL 2024; zu den digitalen Konstruktionsunterlagen insb. Art. 4 Z. 2 ProdHaftRL 2024.

19 Verordnung (EU) 2024/1689 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juni 2024 zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 300/2008, (EU) Nr. 167/2013, (EU) Nr. 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 und (EU) 2019/2144 sowie der Richtlinien 2014/90/EU, (EU) 2016/797 und (EU) 2020/1828 (Verordnung über künstliche Intelligenz), ABl. L 2024/1689.

20 Verordnung (EU) 2024/2847 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2024 über horizontale Cybersicherheitsanforderungen für Produkte mit digitalen Elementen und zur Änderung der Verordnungen (EU) Nr. 168/2013 und (EU) 2019/1020 und der Richtlinie (EU) 2020/1828 (Cyberresilienz-Verordnung), ABl. L v. 20.11.2024.

21 Art. 7 Abs. 2 lit. c und f ProdHaftRL 2024; vgl. hierzu Erwägungsgrund 32 ProdHaftRL 2024.

22 Siehe Art. 7 Abs. 2 lit. e ProdHaftRL 2024.

Schäden werden erweitert: Neben Personen- und Sachschäden sind auch die Vernichtung oder Verfälschung von privaten Daten ersatzfähig.²³

Mit der Erfassung von Software einschliesslich von Systemen künstlicher Intelligenz will der europäische Gesetzgeber dem durch die technische Innovation geschaffenen Gefahrenpotential Rechnung tragen, zugleich aber Innovation und Forschung nicht behindern. Letzteres ist der Grund, warum die Richtlinie mehrere Einschränkungen kennt und insbesondere freie und quelloffene Software, die ausserhalb einer gewerblichen Tätigkeit entwickelt oder bereitgestellt wird, vom Anwendungsbereich der Produkthaftung ausnimmt.²⁴ Aus demselben Grund schliesst die Richtlinie in Art. 7 Abs. 3 einen Rückschluss auf die Fehlerhaftigkeit eines Produkts allein aufgrund des Umstandes aus, dass später ein besseres Produkt in Verkehr gebracht bzw. in Betrieb genommen wird.²⁵ In diesem Ziel, neue Gefahren haftungsrechtlich zu erfassen, zugleich aber Innovation nicht zu behindern, stimmt die neue Richtlinie mit der ebenfalls jüngst erlassenen KI-VO überein.²⁶ Überhaupt fügt sich die ProdHaftRL 2024 mit ihrer Hinwendung zu Haftungsfragen im Kontext der Digitalisierung in ein breites Massnahmenpaket der EU zur Digitalisierung und insbesondere zur Regulierung künstlicher Intelligenz ein.²⁷

2. Auswirkungen auf die Produkthaftpflichtversicherung

a. Neubemessung des Risikos und mögliche Grenzen der Versicherbarkeit

Die soeben nur ganz rudimentär umrissenen Entwicklungen im Haftpflichtrecht strahlen selbstverständlich auf die Produkthaftpflichtversicherung aus. Es scheint evident, dass Erweiterungen auf der Haftungsseite auch nach einer Erweiterung auf Versicherungsseite schreien. Wenn die neue Richtlinie bspw. weitere Personen in den Kreis der (potentiell) Haftpflichtigen aufgenommen hat, so hat sie damit auch neuen Versicherungsbedarf für diese Personen geschaffen. Dabei sollte m.E. nicht zwei-

²³ Siehe Art. 6 Abs. 1 lit. c ProdHaftRL 2024.

²⁴ Art. 2 Abs. 2 ProdHaftRL 2024; zur Begründung der Ausnahme siehe Erwägungsgrund 14.

²⁵ Zur Innovations- und Forschungsförderung als Mitgrund für diese Regelung siehe Erwägungsgrund 35 zur ProdHaftRL 2024.

²⁶ Vgl. (insb.) Erwägungsgrund 8 KI-VO.

²⁷ Näher hierzu Heiss, Liability for Artificial Intelligence (AI): Solutions Provided by Insurance Law, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (eds.), Liability for AI (2023) 245.

felhaft sein, dass der deutsche Versicherungsmarkt entsprechende Produkthaftpflichtversicherungen bereitstellen und insbesondere das neue Risiko einer Haftung für Software in den Deckungsbereich aufnehmen wird. Ganz «neue Wege», wie im Titel dieses Beitrags angesprochen, wird die Produkthaftungsversicherung in Deutschland daher wohl nicht gehen.

Die zu bewältigende Aufgabe liegt zuvorderst darin, die neuen Rahmenbedingungen versicherungsmathematisch in den Griff zu nehmen. Das betrifft zunächst den Umstand, dass künftig auch für Software (einschliesslich von KI-Systemen) gehaftet wird, sodass dieses Risiko entsprechend zu erfassen und bewerten ist. Auch wenn Software in ein körperliches Produkt integriert wird, stellen sich angesichts rasanter technologischer Entwicklungen neuartige Risiken. Solche Produkte haben insbesondere den Anforderungen an die Cybersicherheit zu entsprechen, die unlängst im Cyber Resilience Act²⁸ neu geregelt wurden.²⁹ Systeme der Künstlichen Intelligenz sind ausserdem lernfähig, sodass sie ihr Verhalten verändern. Dieses Risiko beschreibt ErwG 32 der ProdHaftRL 2024 treffend: «Die Auswirkungen der Fähigkeit eines Produkts, nach seinem Inverkehrbringen oder seiner Inbetriebnahme zu lernen oder neue Funktionen zu erwerben, auf die Sicherheit eines Produkts sollten ebenfalls berücksichtigt werden, um der berechtigten Erwartung Rechnung zu tragen, dass die Software eines Produkts und die zugrunde liegenden Algorithmen so konzipiert sind, dass ein gefährliches Produktverhalten verhindert wird. Folglich sollte ein Hersteller, der ein Produkt entwickelt, das die Fähigkeit aufweist, unerwartetes Verhalten zu entwickeln, auch weiterhin für ein Verhalten haften, das einen Schaden verursacht.» Die versicherungsmathematische Erfassung dieses Veränderungsrisikos dürfte freilich nicht ganz einfach sein.

Davon abgesehen lassen die neuen gesetzlichen Vermutungen zusätzliche Haftpflichtfälle erwarten. Die neu möglichen Offenlegungsbegehren von Geschädigten in Schadenersatzprozessen dürften die Verteidigungskosten, welche die Versicherer im Rahmen der Haftpflichtversicherung tragen³⁰, steigern. Zuletzt müssen verfügbare Entlastungsgründe, wie bspw. für Ent-

28 Verordnung (EU) 2024/2847 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2024 über horizontale Cybersicherheitsanforderungen für Produkte mit digitalen Elementen und zur Änderung der Verordnungen (EU) Nr. 168/2013 und (EU) 2019/1020 und der Richtlinie (EU) 2020/1828 (Cyberresilienz-Verordnung), ABl. L v. 20.11.2024.

29 Siehe Erwägungsgrund 32 ProdHaftRL 2024 (am Ende).

30 Siehe AI-4.1 lit. b AVB BHV 2024.

wicklungsrisiken nach Art. 11 Abs. 1 lit. e ProdHaftRL 2024, in ihrer Effektivität möglichst exakt eingeschätzt werden.

Trotz bestehender versicherungsmathematischer Schwierigkeiten sollten diese Neuerungen m.E. die wirtschaftliche Versicherbarkeit der erweiterten Haftung nicht in Frage stellen. Wenn überhaupt Zweifel an der Versicherbarkeit aufkommen können, dann m.E. nicht wegen der erweiterten Haftungsgrundlagen an sich, sondern weil Software und Systeme von KI³¹ unter Umständen Streuschäden auslösen können, insbesondere (aber nicht nur) weil sie grosse Vernetzungsrisiken mit sich bringen.³² Eine weltweit verwendete, fehlerhafte Software kann auch weltweit zu Schäden mit entsprechend hohen Schadenssummen führen. Die fehlerhafte CrowdStrike Software, die weltweit Ausfälle an Flughäfen und Störungen in Banken, Krankenhäusern und Rundfunkanstalten ausgelöst hat, liefert auch schon ein reales Anwendungsbeispiel.³³ Und vor «systemischen» Cyber-Risiken wird insbesondere, aber nicht nur im Bereich der Finanzdienstleistungen intensiv gewarnt.³⁴ Solche Schreckensszenarien sind nicht ausgeschlossen, daher werden Versicherungsunternehmen sie im Blick behalten. Sollten sie sich ökonomisch als nicht versicherbar erweisen, müssten sie vom Deckungsschutz ausgeschlossen oder alternativ abgesichert werden. Das könnte bspw. über Risikopools geschehen, wie sie in manchen Ländern für terroristische Risiken bestehen.³⁵

b. Insbesondere: Anpassung des Produktbegriffs in den AVB BHV 2024

Nach A3-1 AVB BHV 2024 ist die Haftpflicht für Schäden versichert, die durch „Erzeugnisse“ verursacht werden. Der Begriff des Erzeugnisses wäre

31 Zur Versicherbarkeit von KI-Risiken z.B. *Reusch*, KAPITEL 4.1: Produkthaftung, in: Kaulartz/Graegelman (Hrsg.), *Rechtshandbuch Artificial Intelligence und Machine Learning* (2020) Rn. 346 ff.

32 Vgl. z.B. *Zech*, Risiken digitaler Systeme: Robotik, Lernfähigkeit und Vernetzung als aktuelle Herausforderungen für das Recht, *Weizenbaum Series # 2*, Januars 2020, 51 unter Verweis auf *Schneider*, *Click Here to Kill Everybody* (2018) 3.

33 Die Schäden sind exorbitant und wurden z.B. auf 15 Milliarden USD (davon 1,5 bis 3 Milliarden USD versicherte Schäden) geschätzt; vgl. <https://www.inside-it.ch/gesc-haetzter-schaden-der-cowdstrike-panne-geht-in-die-milliarden-20240725> (zuletzt besucht am 16.05.2025).

34 Vgl. z.B. für den Finanzsektor European Systemic Risk Board, *Systemic Cyber Risk*, February 2020, 24 ff.

35 In Deutschland werden Terrorismusrisiken über den Spezialversicherer Extremus AG gedeckt; www.extremus.de (zuletzt besucht am 16.05.2025).

an sich wohl flexibel genug, um darunter auch unkörperliche Produkte wie Software und Systeme der künstlichen Intelligenz zu subsumieren. Jedenfalls für bestehende Verträge ist dies allerdings kein gangbarer Weg, weil der Begriff des Erzeugnisses nach seinem Verständnis im Zeitpunkt des Vertragsschlusses auszulegen ist. Danach sind nur körperliche Gegenstände im Sinne von § 90 BGB Erzeugnisse.³⁶ Software zählt nach diesem Verständnis nur hierher, soweit sie auf einem festen Datenträger gespeichert ist.³⁷ Insofern ist eine entsprechende Anpassung der Regelung des A3-1 AVB BHV 2024 zu erwarten.

c. Insbesondere: Reine Vermögens- und rein immaterielle Schäden

Die neue ProdHaftRL grenzt die ersatzfähigen Schäden in ihrem Art. 6 Abs.1 auf Tod oder Körperverletzung einschliesslich medizinisch anerkannter Beeinträchtigungen der psychischen Gesundheit, Sachschäden («Beschädigung oder Zerstörung von Vermögensgegenständen») und die Vernichtung oder die Verfälschung von privaten Daten ein. Bei Vorliegen solcher Schadensarten sind auch daraus resultierende Vermögensschäden und immaterielle Schäden, letztere nach Massgabe des nationalen Haftungsrechts, ersatzfähig.³⁸

Nicht umfasst sind demgegenüber Schadensfälle, die zu reinen Vermögensschäden bzw. zu rein immateriellen Schäden führen. Beide Arten von Schäden können aber gerade wegen der Ausweitung des Produktbegriffs auf Software und Systeme künstlicher Intelligenz in Zukunft viel eher auftreten als nach der alten ProdHaftRL 85/374/EWG. So mag einerseits eine fehlerhafte Software zu einer Fehlinformation führen, die beim Nutzer eine nachteilige Kapitalanlageentscheidung auslöst und daher einen reinen Vermögensschaden bewirkt. Andererseits kann ein System von KI, das bspw. einen Bias enthält, durch eine diskriminierende Behandlung eine Persönlichkeitsrechtsverletzung herbeiführen, die keinerlei Vermögensschaden, sondern ausschliesslich immaterielle Schäden zur Folge hat. Die Nichtbehandlung dieser Schäden in der ProdHaftRL bewirkt lediglich, dass diese Schäden zwar nach dem speziellen Produkthaftungsrecht der Richtlinie nicht ersatzfähig sind, sie aber gemäss Art. 6 Abs.3 ProdHaftRL nach anderweitigen Haftungsregelungen des nationalen Rechts ersatzfähig sein

36 Bruck/Möller VVG¹⁰-Koch Band 5 Ziff. 1 ProdHM 2008/2015 Rn. 9.

37 Bruck/Möller VVG¹⁰-Koch Band 5 Ziff. 1 ProdHM 2008/2015 Rn. 10.

38 Art. 6 Abs. 2 ProdHaftRL 2024.

können. Versicherungsbedarf ist somit gegeben und daher auch ein Anpassungsbedarf der AVB BHV 2024.

Die AVB BHV 2024 regeln den Versicherungsschutz in Ziff. A3-3.1 und beschränken die Deckung auf Personen-, Sach- oder sich daraus ergebende Vermögensschäden. Soweit ein Personenschaden Ansprüche auch für immaterielle Schäden auslöst, sind diese vom «Personenschaden» mitumfasst und daher ebenfalls gedeckt.³⁹ Nicht eindeutig beantwortet wird in der Literatur die Frage, ob auch eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts einen Personenschaden im Sinne der AVB in den verschiedenen Teilsparthen der Haftpflichtversicherung darstellt. Unter die richtlinienrechtlichen Begriffe «Tod oder Körperverletzung einschliesslich medizinisch anerkannter Beeinträchtigungen der psychischen Gesundheit»⁴⁰ sind Persönlichkeitsrechtsverletzungen jedenfalls nicht einzuordnen. Der Begriff des Personenschadens in den AVB der diversen Teilsparthen der Haftpflichtversicherung ist aber weiter gefasst, sodass der Wortlaut grundsätzlich auch eine weite Auslegung unter Einschluss von Verletzungen der Persönlichkeit zulässt.⁴¹ Die wohl herrschende Lehre lehnt aber einen Unterstellung reiner Persönlichkeitsrechtsverletzungen unter den Begriff des Personenschadens ab.⁴² Folgt man der h.L., so sind - bei versicherungsrechtlicher Betrachtung - durch Persönlichkeitsrechtsverletzungen verursachte Vermögensschäden als «reine Vermögensschäden» bzw. verursachte immaterielle Schäden als «reine immaterielle Schäden» zu betrachten und daher nicht nach Ziff. A3-3.1 AVB BHV 2024 versichert.

Werden solch «rein immaterielle Schäden» und/oder «reine Vermögensschäden» geltend gemacht, so wäre es konsequent, diese Fälle gar nicht als Produkthaftungsfälle anzusehen und folglich dem allgemeinen, ersten Teil der AVB BHV 2024 zu unterstellen. Allerdings gilt auch für diesen, dass nur «Personen-, Sach- oder sich daraus ergebenden Vermögensschäden» versichert sind. Und für den allgemeinen Teil macht der spezielle Deckungsausschluss in Ziff. A1-7.9 die Nichtdeckung von Schäden aus Persönlichkeitsverletzungen endgültig klar. Für aus Persönlichkeitsrechtsverletzungen folgende Vermögensschäden wiederholt Ziff. A1-6.12.1 diesen

39 Hierzu Burck/Möller VVG^{10-Koch} Band 10 Ziff. 1 AHB 2016 Rn. 17; derselbe Begriff des Personenschadens gilt auch im Rahmen der Produkthaftpflichtversicherung.

40 S. Art. 6 Abs. 1 lit. a ProdHaftRL 2024.

41 Vgl. hierzu Bruck/Möller VVG^{10-Koch} Band 10 Ziff. 1 AHB 2016 Rn. 15.

42 Siehe nur die bei Bruck/Möller VVG^{10-Koch} Band 10 Ziff. 1 AHB 2016 Rn. 15 in Fn. 16 zitierte Literatur; ebenfalls Langheid/Wandt/Littbarski VVG³ Band 2 § 100 Rn. 133 f.

Ausschluss nochmal ausdrücklich. Ausserdem enthält Ziff. A1-6.12.1 einen Ausschluss für die Haftung aus fehlerhaften Produkten.

Allerdings sind im Kontext zwei Haftungserweiterungen zu beachten. Zum einen die Haftungserweiterung in Ziff. A1-6.13, welche die Deckung für Schäden durch Verletzung von Datenschutzgesetzen sowie durch Übertragung elektronischer Daten regelt.⁴³ Zum anderen die Deckungserweiterung in Abschnitt 4 (Ziff. A4-1 ff.), der Deckung für Ansprüche aus Benachteiligungen gewährt. Diese sollte m.E. auch für Diskriminierungsverbote gelten, die sich aus dem Persönlichkeitsrecht ergeben. Damit sind wichtige Aspekte des Persönlichkeitsrechts abgedeckt, die möglichen Verletzungen dieses Rechts reichen allerdings deutlich über Datenschutzverstöße und Diskriminierungen hinaus. Insofern erzeugen die Digitalisierung und insbesondere der Einsatz von KI weiteren Deckungsbedarf.

3. «Übergangsphase»: Deckung des Rechtsänderungsrisikos

Mit der Umsetzung der neuen ProdHaftRL 2024 gehen die oben grob skizzierten Haftungserweiterungen einher. Die Richtlinie muss bis spätestens 9. Dezember 2026 umgesetzt sein⁴⁴, die Umsetzung kann aber bereits früher erfolgen. Daher ist eine möglichst baldige Anpassung der Produkthaftungsversicherung – und somit der AVB BHV aus März 2024 – ratsam. Diese Anpassung würde für neue Verträge die neuen Haftungsrisiken abdecken.

Für bestehende Versicherungsverträge wirft die Haftungserweiterung nach der ProdHaftRL insbesondere die Frage auf, inwieweit die Rechtsänderung zu einer Gefahrerhöhung i.S.v. § 23 VVG führt.⁴⁵ Bestandskunden brauchen die Frage aber nicht zu fürchten, weil die AVB BHV 2024 das Risiko der Rechtsänderung ausdrücklich versichern. Die entsprechende Regelung in A1-8.2 AVB BHV 2024 gilt gemäß A3-9 AVB BHV 2024 grundsätzlich auch in der Produkthaftpflichtversicherung. Sollte auch die Versicherung von speziellen Produkthaftungsrisiken im Sinne von A3-7 AVB BHV 2024 vereinbart sein, so gilt die speziellere Regelung in A3-9.2 AVB BHV 2024, die aber inhaltsgleich ausgestaltet ist. Allerdings hat der Versicherer

43 Dabei ist allerdings zugleich darauf hinzuweisen, dass Ziff. A1-6.13.3 lit b AVB BHV 2024 insbesondere die Software-Erstellung vom Deckungsschutz ausnimmt.

44 S. Art. 22 Abs. 1 ProdHaftRL 2024.

45 Vgl. zur Änderung von Haftpflichtrecht als Gefahrerhöhung Prölss/Martin VVG³²-Armbrüster § 23 VVG Rn. 24.

nach diesen Klauseln die Möglichkeit, den Vertrag unter Einhaltung einer Frist von einem Monat zu kündigen. Die Frist beginnt mit der Kenntnis des Versicherers von der Erhöhung des versicherten Risikos infolge der Rechtsänderung.

4. Abschliessende Harmonisierung und Europa-Policen

Bei der Neukalkulation der Risiken kommt dem Umstand Bedeutung zu, dass die neue ProdHaftRL 2024 Mindest- und Maximalstandard zugleich ist.⁴⁶ Dadurch sollten relevante Unterschiede im Haftungsniveau der Mitgliedstaaten jedenfalls theoretisch dahinfallen. Dies kommt jenen Versicherungsunternehmen entgegen, die ihre Produkthaftungsversicherungen in mehreren Mitgliedstaaten bzw. im gesamten Binnenmarkt anbieten (wollen). Die abschliessende Regelung der Richtlinie dürfte also die Entwicklung von «Europapolicen» tendenziell erleichtern.

Genau besehen verbleiben aber immer noch gewichtige Unterschiede: So erlaubt es Art 18 ProdHaftRL 2024 den Mitgliedstaaten, die Haftung für Entwicklungsschäden abweichend von Art. 11 Abs. 1 lit. e zu regeln, insbesondere also eine solche Haftung beizubehalten oder neu einzuführen. Relevant scheint mir insbesondere zu sein, dass die Richtlinie die Schadenbemessung ungeregelt lässt. Auch für den Ersatz von immateriellen Schäden verweist die Richtlinie in Art. 6 Abs. 2 S. 2 auf nationales Recht.⁴⁷ Zuletzt lässt es die Richtlinie in ihrem Art. 6 Abs. 3 zu, dass von ihr nicht ersatzfähig gestellte Schäden im Rahmen anderer Haftungsregelungen nationalen Rechts zu ersetzen sind.

⁴⁶ Siehe Art. 3 ProdHaftRL 2024.

⁴⁷ Vgl. Piovano/Hess, Das neue europäische Produkthaftungsrecht (2024) § 5 Rn. 57 f.

III. Versicherungsbezogene Regelungen der neuen ProdHaftRL

1. Berichtspflicht der Kommission nach Art. 20 ProdHaftRL 2024

Die neue ProdHaftRL 2024 regelt die Produkthaftpflichtversicherung nicht.⁴⁸ Insbesondere schreibt sie keine Versicherungspflicht vor, obwohl eine solche im Gesetzgebungsverfahren vorgeschlagen worden war.⁴⁹

Immerhin findet die Produkthaftungsversicherung in Art. 20 eine Erwähnung. Die Vorschrift überantwortet es nämlich der Kommission, die Anwendung der neuen ProdHaftRL 2024 in regelmäßigen Abständen zu bewerten. Zu diesem Zweck hat die Kommission Bericht zu legen. Dieser Bericht muss insbesondere auch über die Verfügbarkeit einer Produkthaftpflichtversicherung informieren. Jenseits dieser Erwähnung bleibt die Produkthaftpflichtversicherung aber unsichtbar, also «invisible».

Dennoch liegt es gerade wegen ihrer Erwähnung in Art. 20 ProdHaftRL 2024 nahe, dass der europäische Gesetzgeber die zu erwartende Verfügbarkeit von Versicherungsschutz zu Gunsten der potentiell haftpflichtigen Personen bei der Neugestaltung der Produkthaftung berücksichtigt hat. Denn nur so wird erklärlich, wieso die Verfügbarkeit einer Produkthaftpflichtversicherung ein zwingendes Bewertungskriterium im Rahmen der Berichte der Kommission darstellt. Insoweit mag die Versicherung bzw. die Stimme der Anbieter von Versicherungsschutz eine (wenngleich nicht die einzige) «invisible hand» gewesen sein, die den europäischen Gesetzgeber geführt hat. Im Wege der Kommissionsberichte wird die Verfügbarkeit von angemessenem Produkthaftpflichtversicherungsschutz wohl auch weiterhin das Handeln der Kommission beeinflussen.

2. Versicherung als Ersatz oder Auffangbecken zur Haftungsregelung

a. Entschädigungssysteme, «die nicht in den Rahmen von Haftungsregelungen fallen» (Erw. 11 ProdHaftRL 2024)

Bezüge zur Versicherung finden sich außerdem in Erwägungsgrund 11 der ProdHaftRL 2024. Dieser stellt klar, dass Entschädigungssysteme, «die

48 Siehe aber unten III.2. zu Entschädigungssystemen, die auch Versicherungslösungen sein können.

49 Näher hierzu unten IV.; vgl. allgemein Heiss, Liability for Artificial Intelligence (AI): Solutions Provided by Insurance Law, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (eds.), Liability for AI (2023) 245, 253 ff.

nicht in den Rahmen von Haftungsregelungen fallen» (englische Sprachfassung: «*outside the context of liability regimes*»; französische Sprachfassung: «*en dehors du cadre des régimes de responsabilité*»), von der Richtlinie nicht erfasst und daher auch nicht ausgeschlossen sind. Erwägungsgrund 11 nennt beispielhaft «nationale Gesundheitssysteme, Systeme der sozialen Sicherheit oder Versicherungssysteme». Dabei handelt es sich m.E. um sozial- oder privatversicherungsrechtliche Systeme der Eigenschadenversicherung, die Opfern von Produktfehlern Entschädigung leisten, dann aber Rückgriff auf die haftpflichtige Person nehmen. Diese Systeme ersetzen also die Haftung des Herstellers bzw. anderer haftpflichtiger Personen nicht und stehen daher nicht im «Rahmen von Haftungsregeln». Kein Widerspruch zur Richtlinie liegt auch im vom ErWG 11 ebenfalls angeführten Beispiel, dass in einigen Mitgliedstaaten Entschädigungssysteme für durch «nicht fehlerhafte Arzneimittel» verursachte Schäden bestehen. Denn diese Systeme beziehen sich auf nicht fehlerhafte Arzneimittel, sodass keine Haftung nach der ProdHaftRL 2024 bestehen kann.

Nicht restlos klar erscheint mir die Frage, ob derartige Systeme auch dann zulässig wären, wenn sie die Haftung des Herstellers bzw. der anderen haftpflichtigen Personen ersetzen würden, wenn also der Versicherungsschutz an die Stelle eines Haftpflichtanspruchs träte und somit ein Regress des Entschädigungssystems gegen den Hersteller oder andere haftpflichtige Personen ausgeschlossen wäre. So hat bspw. Zech für Haftungen im Zusammenhang mit Entscheidungen autonomer digitaler Systeme der künstlichen Intelligenz im Anschluss an mehrere Stimmen in der Literatur die Einführung einer gesetzlichen Versicherung nach dem Muster der gesetzlichen Unfallversicherung für Arbeitsunfälle in Deutschland in Erwägung gezogen.⁵⁰ In Frage kommen aber auch die Schadenversicherung einzelner Systeme künstlicher Intelligenz⁵¹ oder die Errichtung öffentlicher Entschädigungsfonds. Solche Entschädigungssysteme erscheinen mit Blick auf die Wortfolge «die nicht in den Rahmen von Haftungsregelungen fallen» bedenklich. Denn durch die Verdrängung der Haftung könnten diese

50 Zech, Entscheidungen digitaler autonomer Systeme: Empfehlen sich Regelungen zu Verantwortung und Haftung?, Gutachten A zum 73. Deutschen Juristentag (2020) AI05 ff m.w.N. insb. in Fn. 267.

51 Auch hierzu Zech, Entscheidungen digitaler autonomer Systeme: Empfehlen sich Regelungen zu Verantwortung und Haftung?, Gutachten A zum 73. Deutschen Juristentag (2020) AI05 ff m.w.N. insb. in Fn. 267; vgl. Heiss, Liability for Artificial Intelligence (AI): Solutions Provided by Insurance Law, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (eds.), Liability for AI (2023) 245, 265 ff.

Systeme als «in den Rahmen von Haftungsregelungen» fallend angesehen werden. Hier ist mindestens Rechtsunsicherheit gegeben. Unproblematisch erscheint es dagegen, wenn durch die potentiell haftpflichtigen Personen – freiwillig oder durch gesetzlichen Zwang – ein Entschädigungssystem finanziert wird, dessen tatsächlich geleistete Entschädigung im Wege der Vorteilsanrechnung auf den Schadenersatzanspruch aus der Richtlinie angerechnet werden kann. Denn diese Systeme würden für die Anrechnung auf den Haftpflichtanspruch an die tatsächlich erbrachte Leistung des Entschädigungssystems anknüpfen, den Geschädigten aber nicht von vornherein auf Ansprüche aus dem Entschädigungssystem beschränken.

Unabhängig von der Frage, ob eine Haftungsersetzung durch ein Entschädigungssystem nach nationalem Recht gegen die Richtlinie verstossen würde, wäre die Einführung eines die Haftung ersetzenden Entschädigungssystems auf Ebene des Unionsrechts weiterhin möglich. Neben vielen Vorteilen⁵² könnte dieses System aber ein *moral hazard* Problem erzeugen: mangels Haftung würden Hersteller eher sorglos handeln.⁵³ Diesem Fehlanreiz von Modellen der Haftungsersetzung durch Entschädigungssysteme müsste also wirksam begegnet werden. Die Einführung eines Regressrechts wäre nur ein denkbarer Ansatz. Noch subtiler wäre die Verknüpfung des Regressrechts mit risikovorbeugenden Pflichten des Herstellers, sodass ein Rückgriff auf Fälle beschränkt würde, in denen bestimmte Sorgfaltspflichten verletzt wurden.⁵⁴ Neben möglichen Fehlanreizen wären aber auch die Kosten solcher Systeme in die Waagschale zu werfen, denn nicht immer erscheinen sie kostengünstig.

52 Diesen Systemen wird gerne der Vorteil zugeschrieben, die Innovation im Bereich der künstlichen Intelligenz bei gleichzeitiger Sicherstellung einer angemessenen Entschädigung von Opfern zu fördern. Auch würden sich die Kosten reduzieren, weil Kompensationssysteme geringere litigation costs aufwerfen würden als Haftungssysteme; vgl. *Borges*, *New Liability Concepts: the Potential of Insurance and Compensation Funds*, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (eds.), *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things* (2019) 160; vgl. *Bertolini/Episcopo*, *The Expert Group's Report on Liability for Artificial Intelligence and Other Emerging Digital Technologies: a critical assessment*, *European Journal of Risk Regulation* Vol. 12:3 (2021) 644, 657 f.

53 Vgl. schon Christian von Bar, *Verhandlungen des 62. Deutschen Juristentages* (1998) Band I, A 73; ein solches «moralisches Risiko» wird freilich auch bei traditionellen Haftpflichtversicherungen gesehen, vgl. *Wagner*, *Haftung und Versicherung als Instrumente der Techniksteuerung*, *VersR* 1999, 1441mwN.

54 *Heiss*, *Liability for Artificial Intelligence (AI): Solutions Provided by Insurance Law*, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (eds.), *Liability for AI* (2023) 245, 269 f.

b. «Add-on» bzw. subsidiäre Entschädigungssysteme (Art. 8 Abs. 5 ProdHaftRL 2024)

Art. 8 Abs. 5 ProdHaftRL 2024 lässt insbesondere Entschädigungssysteme zu, die nur subsidiär zur Haftung eingreifen («*add-on*-Entschädigungsfonds»). Solche Entschädigungsfonds würden also in Fällen einspringen, in denen eine Haftung nicht vorliegt⁵⁵ oder trotz Vorliegens nicht durchgesetzt werden kann.⁵⁶ Letzteres wäre der Fall, wenn der Haftpflichtige zahlungsunfähig ist oder nicht mehr besteht.⁵⁷

Diese Regelung erinnert an Entschädigungssysteme, wie sie das Richtlinienrecht der EU im Bereich der Motorfahrzeughaftpflichtversicherung für verschiedene Fallkonstellationen verbindlich vorsieht.⁵⁸ Wird bspw. ein KFZ-Haftpflichtfall von einem nicht versicherten oder nicht ermittelbaren Fahrzeug verursacht, so springt ein Entschädigungsfonds an Stelle der Haftpflichtversicherung des Schädigers ein. In diesem Sinne hatte die *Expert Group on Liability and New Technologies* gefordert, Entschädigungsfonds auch für den Bereich der Haftung für KI auf unionaler Ebene einzuführen.⁵⁹ Art. 10 der Richtlinie 2009/103/EG (KFZ-Haftpflichtversicherung) wird explizit als Muster genannt.

Die ProdHaftRL 2024 überlässt es nun aber den Mitgliedstaaten, solche Systeme zu schaffen. Ausserdem kennt die ProdHaftRL 2024 keine Versicherungspflicht.⁶⁰ Insoweit auch die Mitgliedstaaten eine Haftpflichtversicherung nicht verbindlich vorschreiben, treten die nach Art. 8 Abs. 5 ProdHaftRL 2024 zulässigen Entschädigungssysteme somit an die Stelle des Haftpflichtigen und nicht - wie die Entschädigungsfonds nach der Richtlinie 2009/103/EG (KFZ-Haftpflichtversicherung) - an die Stelle der fehlenden Haftpflichtversicherung.

55 Siehe Art. 8 Abs. 5 erste Alternative ProdHaftRL 2024.

56 Siehe Art. 8 Abs. 5 zweite und dritte Alternative ProdHaftRL 2024.

57 Vgl. Art. 8 Abs. 5 zweite und dritte Alternative ProdHaftRL 2024 und Erwägungsgrund 41 ProdHaftRL 2024.

58 Siehe RL 2009/103/EG (Kfz-Haftpflichtversicherung), insb. (aber nicht nur) Art. 10 und Art. 25, welche die Entschädigung von Unfallopfern für Schäden regelt, die durch ein nicht ermittelbares oder nicht versichertes bzw. bei einem nicht ermittelbaren Versicherer versichertes Fahrzeug verursacht werden; vgl. die Erweiterung dieser Entschädigungssysteme auf Fälle, in denen das Kfz-Haftpflichtversicherungsunternehmen insolvent geworden ist, durch die Richtlinie (EU) 2021/2118, insb. Art. 10a und Art. 25a.

59 Report from the Expert Group on Liability and New Technologies – New Technologies Formation, 2019, 62.

60 Hierzu sogleich unter IV.

V. Die fehlende Regelung: obligatorische Haftpflichtversicherung⁶¹

1. Das Schweigen des europäischen Gesetzgebers

Die ProdHaftRL 2024 kennt keine unionale Versicherungspflicht, obschon während des Gesetzgebungsverfahrens vom European Law Institute angeregt worden war, die Einführung einer Pflichthaftpflichtversicherung zu prüfen. So weisen die *Guiding Principles for Updating the Product Liability Directive for the Digital Age* des European Law Institute⁶² in ihrem Guiding Principle 3⁶³ auf die Notwendigkeit hin, die Haftungsregeln der ProdHaftRL mit Versicherungs- und sonstigen Entschädigungssystemen abzustimmen. Im Zuge dieser Erwägungen fordert Guiding Principle 3 auch die Prüfung der Frage, ob eine Versicherungspflicht eingeführt werden soll.

Noch ausführlicher äussert sich der Bericht der *Commission's Expert Group on Liability and New Technologies*, der sich allerdings auf die Haftung für Systeme künstlicher Intelligenz beschränkt.⁶⁴ Dieser Bericht erläutert zunächst mögliche Versicherungslösungen in den nationalen Rechtsordnungen⁶⁵ und erwägt dann die Einführung einer Versicherungspflicht auf unionaler Ebene. Insofern führt er durchaus abwägend aus⁶⁶:

«17. Insurance

... compulsory liability insurance should not be introduced without a careful analysis of whether it is really needed, rather than automatically linked to a certain activity. After all, the tortfeasor may be able to com-

61 Zum Folgenden (mit Blick auf die Haftung für künstliche Intelligenz) Heiss, *Liability for Artificial Intelligence (AI): Solutions Provided by Insurance Law*, in: Lohse/Schulze/Staudenmayer (eds.), *Liability for AI* (2023) 245, 256 ff.

62 See Guiding Principle no. 3 in ELI (prepared by Twigg-Flessner et al.), *Guiding Principles for Updating the Product Liability Directive for the Digital Age*, ELI Innovation Paper Series, abrufbar unter https://europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Guiding_Principles_for_Updating_the_PLD_for_the_Digital_Age.pdf (zuletzt besucht am 16.05.2025).

63 "The PLD must be aligned with measures in related areas of law, as well as with non-legal measures such as insurance or compensation schemes."

64 See Report from the Expert Group on Liability and New Technologies – New Technologies Formation, 2019, 61 f., abrufbar unter https://www.europarl.europa.eu/meeetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/JURI/DV/2020/01-09/AI-report_EN.pdf (zuletzt besucht am 16.05.2025).

65 Report from the Expert Group on Liability and New Technologies – New Technologies Formation, 2019, 30 f.

66 Report from the Expert Group on Liability and New Technologies – New Technologies Formation, 2019, 61 f.

pensate victims of her activities out of her own funds if the overall losses to be expected can be covered even without insurance. Also, the market may simply not offer insurance cover for a certain risk, particularly if it is difficult to calculate due to missing experience, which is quite likely with new technologies (and may therefore also be a problem with emerging digital technologies). Requiring insurance in the latter situation may effectively prevent the deployment of the technology, if this requires proof of insurance despite the fact that no-one on the market is willing to underwrite such yet unknown risks.

...

Nevertheless, as experience in at least some fields (mostly motorised traffic) has shown, mandatory liability insurance can work well and is indeed appropriate under certain conditions.

From an insurance perspective, certain sectors are the most suited to compulsory insurance schemes, including transportation, industries with a high potential for personal injury and/or environmental harm, hazardous activities and certain professional sectors.

Therefore, it may indeed be advisable to make liability insurance cover compulsory for certain

emerging digital technologies. This is particularly true for highly significant risks (which may either lead to substantial harm and/or cause frequent losses), where it seems unlikely that potential injurers will be capable of compensating all victims themselves (either out of their own funds, with the help of alternative financial securities, or through voluntary self-insurance).

If mandatory liability insurance is introduced, the insurer should have a recourse claim against

the tortfeasor.⁶⁷ In risk scenarios comparable to those of motorised traffic, a direct action of victims against the insurer may also be advisable.»

In jenen Fällen, so der Bericht weiter, in denen eine Versicherungspflicht angezeigt sei, müsse diese durch *Compensation Schemes* ergänzt werden, die Geschädigte in Fällen nicht identifizierter oder unversicherter Techno-

67 Diese Forderung nach einer Regressmöglichkeit steht freilich im Gegensatz zur Tatsache, dass die Haftpflichtversicherung gerade der Deckung des Haftpflichtrisikos dient.

logie nach dem Muster des Art. 10 der Richtlinie 2009/103/EG (KFZ-Haftpflichtversicherung)⁶⁸ entschädigen.⁶⁹

Das Europäische Parlament folgt diesen Vorschlägen in einer Entschliessung vom 20.10.2020 ganz weitgehend.⁷⁰

Trotz dieser gewichtigen Stimmen hat der europäische Gesetzgeber vom Instrument der obligatorischen Haftpflichtversicherung keinen Gebrauch gemacht. Soweit ersichtlich, hat sich bspw. die Kommission zur Frage einer Versicherungspflicht nicht einmal geäussert. Damit bleibt die Frage, ob eine unionale Pflichtversicherung eingeführt werden sollte, nicht nur vorerst in der Regelungshoheit der Mitgliedstaaten, sondern zugleich offen.

2. Rechtfertigung einer obligatorischen Produkthaftpflichtversicherung?

Für die Schaffung von Pflichthaftpflichtversicherungen sprechen verschiedene Gründe: Versicherungspflichten können erstens dazu dienen, potentiell Haftpflichtige vor einer eigenen Fehleinschätzung des Risikos aufgrund fehlender bzw. nicht hinreichender Information zu schützen.⁷¹ Die KFZ-Haftpflichtversicherung dürfte hier ein passendes Beispiel bilden.⁷² Bei der Produkthaftung wird das Argument dagegen nur selten zutreffen. Zweitens bildet der Schutz des Geschädigten einen Rechtfertigungsgrund, der sehr gewichtig ist. Dieser Schutzgedanke greift immer dann, wenn fehlende Liquidität des Schädigers eine effektive Haftung verhindern würde, weil in diesem Fall die Schadenskosten beim Geschädigten verblieben. Eine Versicherungspflicht würde demgegenüber eine solche Externalisierung

68 Richtlinie 2009/103/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 über die Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherung und die Kontrolle der entsprechenden Versicherungspflicht (kodifizierte Fassung), ABl. 2009 Nr. L 263/11 (i.d.G.F.).

69 Report from the Expert Group on Liability and New Technologies – New Technologies Formation, 2019, 62.

70 Siehe Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 20. Oktober 2020 mit Empfehlungen an die Kommission für eine Regelung der zivilrechtlichen Haftung beim Einsatz künstlicher Intelligenz (2020/2014(INL)), ABl. 2021 C 404/107, Rn. 23 ff.

71 Faure, Compulsory Liability Insurance: Economic Perspectives, in: Fenyves/Kissling/Perner/Rubin (Hrsg.), Compulsory Liability Insurance from a European Perspective (2016), 319, 320 f.

72 Faure, Compulsory Liability Insurance: Economic Perspectives, in: Fenyves/Kissling/Perner/Rubin (Hrsg.), Compulsory Liability Insurance from a European Perspective (2016), 319, 320.

von Schadenskosten verhindern.⁷³ Dieser zweite Grund stellt ein besonders drückendes Argument für eine Versicherungspflicht dar.⁷⁴ Freilich gilt die ProdHaftRL 2024 für alle Produkte, ganz unabhängig davon, wie gross das Schadenpotential und das Risiko der Externalisierung von Schadenskosten bei Insolvenz des Haftpflichtigen ist. Eine Versicherungspflicht lässt sich daher wohl nur sektoriell für bestimmte Produkte mit hohem Schadenpotential rechtfertigen. Ein dritter, präventiver Grund für eine obligatorische Haftpflichtversicherung, wie ihn bspw bereits die Richtlinie 2009/20/EG (Schiffseigentümer)⁷⁵ verfolgt, kommt hinzu: Die Richtlinie 2009/20/EG (Schiffseigentümer) führte eine Versicherungspflicht für Schiffe ein. Ohne eine entsprechende Versicherung dürfen Schiffe, die die Flagge eines Drittstaates führen, nicht in Häfen der Union einlaufen.⁷⁶ Nach Erwägungsgrund 4 S. 1 soll diese Pflichtversicherung einerseits dem Schutz des Geschädigten dienen. Nach S. 2 des Erwägungsrundes 4 soll die Versicherungspflicht andererseits dazu beitragen, «dass nicht normgemäße Schiffe ausgeschlossen werden und der Wettbewerb zwischen den Beteiligten wieder hergestellt wird.» Hier wird Versicherung zum Instrument der Prävention⁷⁷ und der Herstellung gleicher Wettbewerbsbedingungen. Dieser weitere Aspekt lässt sich auf Produkte nicht pauschal übertragen, könnte bei bestimmten Produkten aber durchaus zutreffend sein. Wiederum wird man diesen Aspekt nur zur Grundlage einer sektoriellen Regelung machen können, wohingegen er eine horizontal, also für alle Produkte geltende Versicherungspflicht nicht zu stützen vermag. Im Kontext ist freilich daran zu erinnern, dass der europäische Gesetzgeber darauf achtet, Innovation

73 *Faure*, Compulsory Liability Insurance: Economic Perspectives, in: Fenyves/Kissling/Perner/Rubin (Hrsg.), *Compulsory Liability Insurance from a European Perspective* (2016), 319, 321 f.

74 Vgl. z.B.: *G. Wagner*, Verantwortlichkeit im Zeichen digitaler Techniken, *VersR* 2020, 717, 737 für die Haftung im Bereich Künstlicher Intelligenz.

75 Richtlinie 2009/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über die Versicherung von Schiffseigentümern für Seeforderungen, *ABl.* 2009 L 131/128.

76 S. Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/20/EG (Versicherung von Schiffseigentümern).

77 Die Thematik der «Prävention durch Versicherung» ist freilich noch wesentlich weiter und hat unter dem Einfluss neuer digitaler Möglichkeiten Aufwind bekommen; vgl. z.B. *Malinowska*, Risk prevention and insurance. Reaching or trespassing the insurance boundaries?, *Wiadości Ubezpieczeniowe* 4(2023/4) (verfügbar open access z.B. unter https://piu.org.pl/wp-content/uploads/2024/03/WU%202023-04_01_Malinowska.pdf [zuletzt besucht am 16.05.2025]).

nicht zu behindern.⁷⁸ Es ist daher insgesamt zweifelhaft, ob der Gesetzgeber den Präventivzweck wie hier beschrieben verfolgen wollte.

3. Rechtfertigung für eine Pflichtversicherung auf unionaler Ebene

Unterschiedliche Regelungen der Mitgliedstaaten zur obligatorischen Haftpflichtversicherung können das Funktionieren des Binnenmarktes behindern.⁷⁹ Vorliegende Rechtsprechung des EuGH zeigt zugleich, dass diese Behinderung eines funktionierenden Binnenmarkts durch Allgemeininteressen gerechtfertigt und daher unionsrechtlich nicht zu beanstanden sind.⁸⁰ Damit funktioniert die „negative“ Rechtsangleichung⁸¹ nicht und die Beschränkungen bleiben bestehen. In diesem Sinne erlauben es auch spezielle Richtlinienbestimmungen den Mitgliedstaaten, nationale Versicherungspflichten beizubehalten. Solche Bestimmungen enthalten bspw. die Richtlinie 98/5/EG (Rechtsanwälte) und die Richtlinie 2006/123/EG (Dienstleistungen). Beide Richtlinien erlauben es dem jeweiligen Tätigkeitsstaat, vom Anbieter einer regulierten Dienstleistung die Erfüllung der Pflichtversicherungsvorschriften zu fordern.⁸²

78 Vgl. oben unter II. 1.

79 EuGH Rs. C-518/06 *Kommission ./. Italien*, Rn. 71.

80 EuGH Rs. C-518/06 *Kommission ./. Italien*; hierzu *Perner*, *Compulsory Liability Insurance and European Union Law*, in : *Fenyves/Kissling/Perner/Rubin* (Hrsg.), *Compulsory Liability Insurance from a European Perspective* (2016), 285, 294 f.; EuGH Rs. C-564/07 *Kommission ./. Österreich*.

81 Zu dieser „negativen“ Harmonisierung durch die Grundfreiheiten siehe nur *Basedow*, *EU Private Law - Anatomy of a Growing Legal Order* (2021) 75 ff.

82 Art. 6 Abs. 3 Richtlinie 98/5/EG (Rechtsanwälte); Art. 23 Richtlinie 2006/123/EG (Dienstleistungen); Zur Kompetenz der Kommission, die gefährlichen Dienstleistungen und die angemessene Versicherung näher zu bestimmen, siehe Art. 23 Richtlinie 2006/123/EG (Dienstleistungen); Abs. 4 derselben Bestimmung definiert die Begriffe «unmittelbares und besonderes Risiko», «Gesundheit und Sicherheit», «finanzielle Sicherheit» und «Berufshaftpflichtversicherung»; bei allem mahnt die Richtlinie die Mitgliedstaaten zur Zurückhaltung. Erwägungsgrund 99 sagt insofern: «Die Versicherung oder Sicherheit sollte der Art und dem Ausmaß des Risikos angemessen sein. Deshalb sollte ein Dienstleistungserbringer nur dann über eine grenzüberschreitende Deckung verfügen müssen, wenn dieser Dienstleistungserbringer tatsächlich in anderen Mitgliedstaaten Dienstleistungen erbringt. Die Mitgliedstaaten sollten keine detaillierteren Vorschriften für die Versicherungsdeckung festlegen und z. B. Mindestwerte für die Versicherungssumme oder Begrenzungen für Ausnahmen von der Deckung vorsehen. Dienstleistungserbringer und Versicherer sollten weiterhin über die nötige Flexibilität verfügen, um genau auf die Art und das Ausmaß des

Für unionale Versicherungspflichten spricht ausserdem die Erfahrung, dass nationale Versicherungspflichten aus Sicht des Binnenmarkts Schutzlücken hinterlassen. Das Urteil des EuGH vom 11. Juni 2020 in der Rechtsache C-581/18 demonstriert dieses Problem einlässlich.⁸³ Einer deutschen Klägerin waren in Frankreich produzierte, fehlerhafte Brustimplantate eingesetzt worden. Sie forderte daher Schadensersatz.⁸⁴ Allerdings verweigerte der französische Pflichthaftpflichtversicherer des Herstellers jegliche Leistung, weil die entsprechende Versicherung nur im französischen Hoheitsgebiet eintretende Schäden deckte.⁸⁵ Der EuGH hatte somit insbesondere zu entscheiden, ob die territoriale Deckungsbeschränkung gegen das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot nach Art. 18 Abs. 1 AEUV versties. Der EuGH verneinte die Frage.⁸⁶ Anbieter von nach mitgliedstaatlichem Recht obligatorischen Haftpflichtversicherungen sind somit unionsrechtlich nicht verpflichtet, Geschädigte aus anderen Mitgliedstaaten zu schützen.⁸⁷ Wer diesen Schutz möchte, muss eine Harmonisierung der Regelungen der Pflichtversicherung fordern, wie dies bspw. durch die Richtlinie 2009/103/EG im Bereich der KFZ-Haftpflichtversicherung⁸⁸ geschehen ist. Dort wird mittels des sogenannten Einprämiensprinzips in Art. 14 der Richtlinie sichergestellt, dass der territoriale Deckungsbereich jedes Versicherungsvertrags die gesamte EU abdeckt.

Risikos abgestimmte Versicherungspolizen auszuhandeln. Darüber hinaus ist es nicht notwendig, dass die Verpflichtung zu einer angemessenen Versicherung gesetzlich festgelegt wird. Es sollte ausreichen, wenn die Versicherungspflicht Teil der von den Berufsverbänden festgelegten Standesregeln ist. Ferner sollten Versicherungsunternehmen nicht gezwungen werden, Versicherungsverträge abzuschließen.»

83 EuGH Rs C-581/18 v. 11.6.2020 (RB v TÜV Rheinland LGA Products GmbH, Allianz IARD SA).

84 EuGH Rs C-581/18 v. 11.6.2020 (RB v TÜV Rheinland LGA Products GmbH, Allianz IARD SA) Rn. 21.

85 EuGH Rs C-581/18 v. 11.6.2020 (RB v TÜV Rheinland LGA Products GmbH, Allianz IARD SA) Rn. 22.

86 Im Detail EuGH Rs C-581/18 v. 11.6.2020 (RB v TÜV Rheinland LGA Products GmbH, Allianz IARD SA) Rn. 28 ff.

87 Darauf hat bereits *Basedow*, Strikte Haftung und «nackte» Pflichtversicherungen – EU-Konzepte für die digitale Welt? EuZW 2021, 1 mit Nachdruck hingewiesen.

88 Richtlinie 2009/103/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 über die Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherung und die Kontrolle der entsprechenden Versicherungspflicht (kodifizierte Fassung), ABl. 2009 L 263/11 i.d.G.F.

4. Problem: «nackte» unionale Versicherungspflichten

Unionale Versicherungspflichten haben freilich ihrerseits das Problem, dass sie häufig «nackt»⁸⁹ daherkommen. Kleider machen eben Leute und «Kleider» machen somit auch Pflichtversicherungen. Was ist gemeint? – Der europäische Gesetzgeber verpflichtet bspw. in Art. 31 Abs. 9 KI-VO sogenannte notifizierte Stellen, eine «angemessene» Haftpflichtversicherung abzuschließen. Was «angemessen» bedeutet, regelt die Verordnung nicht. Konkretisierend wird in der Literatur eine Haftpflichtversicherung bspw. dann als angemessen angesehen, «wenn sie die typischerweise voraussehbar mit der Konformitätsbewertung verbundenen Haftungsrisiken befriedigen kann».⁹⁰ Trotz dieser Konkretisierung hat der jeweilige nationale Umsetzungsgesetzgeber weites Umsetzungsermessen. Unterschiedliche nationale Gestaltungen können sich bspw. bei den Mindestversicherungssummen, dem Direktklagerecht, den erlaubten Deckungsausschlüssen, bei Einwendungsverzichten im Falle von Pflichtverletzungen (insb. Nichtzahlung der Prämie oder Verletzung einer Obliegenheit) etc ergeben. Kurzum und ohne an dieser Stelle auf Details einzugehen⁹¹: bedient sich der europäische Gesetzgeber der Pflichthaftpflichtversicherung, so sollte er auch für eine angemessene «Ausstattung» dieser Versicherungspflichten sorgen. Der Gesetzgeber sollte also – bspw. dem Muster der §§ 113 bis 124 dVVG folgend – allgemeine Regeln für Pflichtversicherungen schaffen, die für alle unional vorgeschriebenen Pflichthaftpflichtversicherungen gelten. Nationale Gesetzgeber könnten überdies (optional) von nationalem Recht vorgeschriebene Pflichtversicherungen den allgemeinen Vorschriften des Unionsrechts unterstellen.

89 Zum Problem «nackter» Versicherungspflichten *Basedow*, Strikte Haftung und „nackte“ Pflichtversicherungen, EU-Konzepte für die digitale Welt? EuZW 2021, 1.

90 *Roth-Isigkeit* in Martini/Wendehorst (Hrsg.), KI-VO Kommentar (2024) Art. 31 Rn. 22.

91 Ausführlicher *Heiss*, Europäische Pflichthaftpflichtversicherung – von „nackten“ Pflichten zu „ausgestatteten“ Regelungen?, in: Deixler-Hübner/Kletečka/Schima (Hrsg.), Festschrift Martin Schauer (2022) 209.

Auswirkungen der Produkthaftungsnovelle auf das Haftungsgefüge in der Automobilindustrie

*Lennart Lutz**

Die Produkthaftung knüpft im Falle des Kfz an ein sowohl formell als auch materiell hochreguliertes Produkt an: Damit ein Fahrzeug in Deutschland auf öffentlichen Straßen überhaupt benutzt werden darf, muss es gem. § 1 Abs. 1 StVG zugelassen sein - wesentliche Voraussetzung dafür ist eine technische Bauartgenehmigung, für Großserienfahrzeuge insbesondere die Typgenehmigung nach der EU-Rahmenverordnung 2018/858. Technisch-inhaltlich Anforderungen finden sich dabei noch in einigen weiteren EU-Rechtsakten, primär verweist die VO 2018/858 aber auf die sog. UNECE-Regelungen, die detaillierte technische Vorgaben für nahezu alle Fahrzeugsysteme enthalten. So adressiert beispielsweise die UNECE-Regelung 79 Lenkanlagen und die Regelung 157 automatisiertes Fahren auf der Autobahn.

Prinzipiell sind zwar produkthaftungsrechtliche Ansprüche aller an einem Unfall Beteiligten gegen den Hersteller möglich, insbesondere als Direktansprüche der Geschädigten oder als Regressforderungen der für die Ansprüche gegen Fahrer und Halter eingetretenen Versicherer.¹ Durch die engmaschigen regulatorisch-technischen Vorgaben war jedoch der produkthaftungsrechtliche Verantwortungsumfang des Herstellers materiell bislang relativ klar konturiert. Gewisse rechtliche Unsicherheiten entstehen insofern allerdings bereits *de lege lata* durch die zunehmende Fahrzeugautomatisierung, bei der das Fahrzeug sukzessive auch die Rolle des Fahrers übernimmt: In welchen Fällen, und insbesondere anhand welchen Vergleichsmaßstabs, der Hersteller hier haftungsrechtlich einstehen muss,

* Dr. iur. Dipl.-Ing. Lennart S. Lutz ist Principal Legal Counsel bei der CARIAD SE. Der Beitrag gibt ausschließlich seine persönliche Meinung wieder und reflektiert nicht notwendigerweise die Ansichten seines Arbeitgebers.

1 Am Beispiel des automatisierten Fahrens dazu ausführlich etwa *L. Lutz*, Haftung am Beispiel automatisierter Fahrzeuge, in: M. Hartmann (Hrsg.), *KI & Recht kompakt*, Berlin 2020, S. 117 (119 ff.).

ist noch nicht ausjudiziert.² Mit Blick auf die Produkthaftungsnovelle stellt sich jedoch in besonderem Maße die Frage, ob sich die insofern bereits bestehende Unsicherheit zukünftig weiter vergrößert? Ein Überblick über die für die Automobilindustrie potenziell besonders relevanten Regelungen der novellierten Produkthaftungsrichtlinie 2024/2853 (nachfolgend ProdHaftRL 2024) soll im Folgenden gegeben werden.

A. OSS-Software

Auch in der Automobilindustrie kommt Software immer größere Bedeutung zu und das sog. Software Defined Vehicle ist längst Leitbild der technischen Entwicklung.³ Die von der Richtlinie in diesem Bereich getroffenen Änderungen sind daher von hoher Relevanz:

So stellt Art. 4 Nr. 1 S. 2 a.E. ProdHaftRL ausdrücklich klar, dass zukünftig auch Software als Produkt anzusehen ist und beendet damit den unter der ProdHaftRL 1985 seit langem geführten Streit i.S.d. wohl bereits überwiegenden⁴ Meinung. Bemerkenswerter ist daher, dass die ProdHaftRL 2024 in Art. 2 Nr. 2 freie und quelloffene Software von ihrem Anwendungsbereich ausnimmt, sofern sie außerhalb einer gewerblichen Tätigkeit entwickelt oder bereitgestellt wird. Prinzipiell handelt es sich insofern um eine sehr begrüßenswerte Neuregelung; schließlich wurden die Ausnahmen gem. § 1 Abs. 2 Nr. 3 ProdHaftG wohl mehrheitlich⁵ schon länger als für OSS-Software unzureichend angesehen, da sie lediglich nicht für wirtschaftliche Zwecke oder im Rahmen beruflicher Tätigkeit hergestellte Produkte von der Produkthaftung ausnehmen. Welche Fälle der Normgeber allerdings von der Neuregelung umfasst sehen will, bleibt angesichts der wenig trennscharfen Formulierung im Vagen und wird bereits mit Blick

2 Dazu etwa L. Lutz, Autonome Fahrzeuge als rechtliche Herausforderung, NJW 2015, 119 ff.; für eine weitreichendere Haftung des Herstellers G. Wagner, Produkthaftung für autonome Fahrzeuge – die zweite Spur der Straßenverkehrshaftung, NJW 2023, 1313 (1314, Rn. 4 ff.).

3 Dazu etwa <https://www.bosch-mobility.com/en/mobility-topics/software-defined-vehicle/>

4 Jew. auch m.w.N. etwa I. Rebin in: A. Spickhoff (Hrsg.), BeckOGK ProdHaftG, Stand: 01.02.2025, § 2, Rn. 52; G. Wagner in: F. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker/B. Limperg (Jew. Hrsg.), MüKo ProdHaftG, 9. Auflage, München 2024, § 2, Rn. 24.

5 M.w.N. Wagner (Fn. 4), § 2, Rn. 24 ff.

auf den Cyber Resilience Act kontrovers diskutiert,⁶ der eine identische Wendung enthält.

Angesichts der in Erwägungsgrund 14 formulierten Ziele, durch OSS Forschung und Innovation auf dem Markt zu befördern, schiene es in jedem Fall sachgerecht, die Ausnahme weit auszulegen und auch auf Fälle zu erstrecken, in denen Unternehmen im eigenen Betrieb entwickelte Software für andere Projekte unentgeltlich als OSS zur Verfügung stellen. Dafür spricht auch der Wortlaut des Art. 2 Nr. 2, der es für die Ausnahme vom Anwendungsbereich explizit genügen lässt, wenn eine der beiden Alternativen, die Entwicklung „oder“ die Bereitstellung, außerhalb einer gewerblichen Tätigkeit erfolgt. Würde eine gewerbliche Entwicklung aber zwangsläufig dazu führen, dass jede Bereitstellung durch das entwickelnde Unternehmen als gewerblich anzusehen wäre, liefen diese Differenzierung und die vom Normgeber intendierte Alternativität wohl in den meisten Konstellationen leer.⁷

B. Fehlerhaftigkeit

Grundlegend überarbeitet wurde in der ProdHaftRL 2024 auch der Fehlerbegriff: Zwar bleiben zentraler Anknüpfungspunkt wohl die „berechtigten Sicherheitserwartungen“, der Katalog der daneben zu berücksichtigenden Kriterien wird jedoch wesentlich verlängert. Angesichts der Einführung zahlreicher neuer unbestimmter Rechtsbegriffe und der sprachlich oft unklaren Fassung wird die Erweiterung von rund 70 Wörtern in der ProdHaftRL 1985 auf 270 in der ProdHaftRL 2024 in den nächsten Jahren wohl kaum zur Rechtssicherheit beitragen. Mit Blick auf die Automobilindustrie sind insbesondere die folgenden Kriterien hervorzuheben:

Nach Art. 7 Abs. 2 lit. d) sollen bei der Bestimmung der Fehlerhaftigkeit zukünftig die nach vernünftigerweise vorhersehbaren Auswirkungen der Kombination mit anderen Produkten berücksichtigt werden. Dies ähnelt der Rechtsprechung des BGH zu den im Rahmen der Produktbeobachtungspflicht zu berücksichtigenden Kombinationsrisiken. Jedenfalls mit

6 H. Schöttle, Cyber Resilience Act, Produkthaftungsrichtlinie und andere Baustellen für die Open Source Communities, ZfPC 2023, 215 ff.; M. Poncza/M. Keppeler/M. Lennartz, Die Open-Source-Bereichsausnahme im Entwurf des Cyber-Resilience-Act, ZfPC 2023, 117 ff.;

7 A.A. wohl Schöttle (Fn. 6), 217.

Blick auf das Originalteil ist das kaum überzeugend, da hier regelmäßig nicht der Originalteilehersteller die sog. Kombinationsgefahr schafft, sondern ihm letztendlich eine Einstandspflicht für die Gefahrerhöhung durch von Dritten verantwortete Zubehöerteile auferlegt wird.⁸

Als weiteren Faktor sieht Art. 7 Abs. 2 lit. g) bei der Feststellung der Fehlerhaftigkeit die Berücksichtigung von Produktrückrufen vor. Gleichzeitig stellt Erwägungsgrund 34 klar, dass Produktrückrufe „für sich genommen keine Vermutung der Fehlerhaftigkeit begründen“. Da die Fehlerhaftigkeit dann aber ohnehin (auch) anhand anderer Kriterien beurteilt werden muss, verbleiben Reichweite und genaue Zielrichtung der Vorschrift im Dunkeln. Jedenfalls wird man Art. 7 Abs. 2 lit. g) zumindest dann nicht anwenden können, wenn ein Schaden erst nach (erfolgreichem) Rückruf auftritt, da der zum Rückruf führende Grund und der inhaltliche Ansatzpunkt für Art. 7 Abs. 2 lit. g) dann entfallen sind. Bedenklich erscheint der breite und wenig präzise Wortlaut des Art. 7 Abs. 2 lit. g) aber auch insofern, als er nicht nur (durch Behörden angeordnete) zwingende, sondern auch vom Hersteller freiwillig und vorsorglich durchgeführte Rückrufe zu erfassen scheint. Zöge man insbesondere in letztgenannten Fällen den Rückruf als Argument für die Fehlerhaftigkeit heran, würde potenziell gerade der besonders vorsichtige Hersteller bestraft, der den Rückruf freiwillig unterhalb der Schwelle der Fehlerhaftigkeit durchführt.

Eine interessante Klarstellung gegenüber der Vorgängernorm enthält schließlich Art. 7 Abs. 3, der nun festlegt, dass nicht nur die zukünftige Inverkehrgabe besserer Produkte keine Fehlerhaftigkeit der Vorgängerprodukte begründet, sondern dass dies auch dann gilt, wenn zum relevanten Zeitpunkt bereits bessere Produkte am Markt verfügbar sind. Zwar war bereits bislang anerkannt, dass hinsichtlich der berechtigten Sicherheitserwartungen durchaus zwischen verschiedenen Produktklassen (insbesondere aufgrund des Preises)⁹ zu unterscheiden ist – gerade mit Blick auf die Automobilindustrie und die stark differenzierten Fahrzeugklassen und -segmente handelt es sich aber um eine für die Praxis durchaus bedeutende Klarstellung.¹⁰

8 Ähnl. und m.w.N. zur Erstreckung der Produktbeobachtungspflicht auf Kombinationsrisiken de lege lata T. Voigt in: A. Spickhoff (Hrsg.), BeckOGK BGB, Stand: 01.02.2025, § 823, Rn. 678.

9 C. Förster in W. Hau/R. Poseck (Hrsg.), BeckOK BGB, 70. Edition – Stand: 01.05.2024, § 3 ProdHaftG, Rn. 27 f.

10 Ähnl. A. Kapoor/T. Klindt, Verschärfung der Produkthaftung in Europa: Der Vorschlag der neuen Produkthaftungsrichtlinie, S. 67 (69).

C. Beweisregeln / Offenlegungspflicht

Einige der wohl – für alle Industriesektoren – potenziell problematischsten Neuregelungen trifft die neue ProdHaftRL 2024 in den Bereichen Beweisregeln und Beweislastverteilung.

So sieht Art. 9 Abs. 1 vor, dass der Beklagte in seiner Verfügungsgewalt befindliche relevante Beweismittel offenzulegen hat, sofern der Kläger dies beantragt und Tatsachen und Belege vorgelegt hat, die die Plausibilität seines Schadensersatzanspruchs ausreichend stützen. Kommt der Beklagte einer entsprechenden Anordnung nicht nach, ist gem. Art. 10 Abs. 2 lit. a) von der Fehlerhaftigkeit des Produkts auszugehen.

Bei weiter Auslegung und ausufernder Anwendung könnte dieser Eingriff in das Zivilprozessrecht durchaus die „spektakulärste Neuerung“ der Novelle darstellen und zu einem Kippen der inneren Balance des Produkthaftungsrechts zulasten der Wirtschaftsakteure führen.¹¹ Allerdings stellen Art. 9 Abs. 3 und 4 klar, dass das Gericht die Offenlegung im Einklang mit nationalem Recht auf das erforderliche und verhältnismäßige Maß zu beschränken hat und dabei die Interessen aller Beteiligten, insbesondere in Bezug auf den Schutz von Geschäftsgeheimnissen, zu berücksichtigen sind. Gem. Erwägungsgrund 42 soll dabei insbesondere eine nicht gezielte Suche nach Informationen vermieden werden, die für das Verfahren nicht relevant sind. Offensichtlich soll also der aus deutscher Sicht zu Recht grundsätzlich unzulässige Ausforschungsbeweis¹² nach US-amerikanischem Vorbild verhindert werden.

Wendet man Art. 9 Abs. 1 entsprechend diesen Vorgaben zurückhaltend an, scheint die Offenlegungspflicht in ihrer inhaltlichen Reichweite nicht wesentlich über die bereits in §§ 142, 144 ZPO statuierte¹³ hinauszugehen.

Eine in jedem Fall größere Neuerung für das deutsche Rechtsgefüge bedeutet dagegen die Umsetzung von Art. 9 Abs. 5 RL-neu, wonach die Gerichte befugt sein müssen, Maßnahmen zur Wahrung der Vertraulichkeit der offenzulegenden Informationen zu treffen. Derartige Instrumente existierten in der ZPO bislang nicht, und der Anwendungsbereich der wohl ansonsten prinzipiell geeigneten §§ 16 ff. GeschGehG war de lege lata auf

11 Mit dieser Befürchtung zum Kommissionsentwurf *Kapoor/Klindt*, Verschärfung der Produkthaftung (Fn. 10), S. 70.

12 M.w.N. etwa *H. Prütting* in: W. Krüger/T. Rauscher (Hrsg.), Münchener Kommentar zur ZPO, 7. Aufl., München 2025, § 284, Rn. 839.

13 Zu Voraussetzung und Wirkung z.B. A. Stadler in: Musielak/Voit, ZPO, 22. Aufl., München 2025, § 142, Rn. 1.

Geschäftsgeheimnisstreitsachen beschränkt. Durch das am 04.07.2024 vom deutschen Bundestag beschlossene Justizstandort-Stärkungsgesetz und den dadurch u.a. geschaffenen § 273a ZPO wird diese Beschränkung zukünftig jedoch entfallen und werden die §§ 16 ff. GeschGehG auch in sonstigen Verfahren anwendbar sein.

D. Beweislast / Beweislasterleichterungen

Noch deutlich einschneidendere Neuerungen sieht der europäische Gesetzgeber im Hinblick auf die Beweislastverteilung und Beweislasterleichterungen zu Gunsten des Klägers vor.

Zwar bleibt es gem. Art 10 Abs. 1 ProdHaftRL 2024 bei dem Grundsatz, dass der Kläger die Fehlerhaftigkeit des Produkts, den Schaden und den ursächlichen Zusammenhang zwischen beiden beweisen muss; die Novelle sieht zugunsten des Klägers allerdings verschiedene Beweiserleichterungen vor. Immerhin können diese gem. Art. 10 Abs. 5 vom beklagten Hersteller widerlegt werden. Nichtsdestotrotz reduzieren die Beweiserleichterungen die Beweislast des Klägers zukünftig aber nicht unerheblich:

Keine wesentlichen Neuerungen enthält zunächst Art. 10 Abs. 2 lit. b), nach dem für die Annahme der Fehlerhaftigkeit der Beweis genügt, dass das Produkt verbindliche Anforderungen nicht erfüllt, die einen Schutz gegen das Risiko des der geschädigten Person entstandenen Schadens bieten sollen. Dass verbindliche Anforderungen grundsätzlich das Mindestmaß des nach den berechtigten Sicherheitserwartungen umzusetzenden Stands der Technik darstellen, ist bereits *de lege lata* allgemeine Meinung.¹⁴

Zumindest einen für das deutsche Recht neuen Regelungsansatz etabliert dagegen Art. 10 Abs. 2 lit. c) dahingehend, dass die Fehlerhaftigkeit auch dann zu vermuten ist, wenn der Schaden durch eine offensichtliche Funktionsstörung bei vernünftigerweise vorhersehbarer Benutzung verursacht wurde. Gem. Erwägungsgrund 46 zielt der Normgeber hier insbesondere auf die Glasflasche, die bei vernünftigerweise vorhersehbarer Verwendung platzt. Bereits *de lege lata* hat der BGH¹⁵ die Beweislast gerade anlässlich dieser Konstellation durch die Annahme einer Befundsicherungspflicht in Richtung des Herstellers verschoben. Ob die Rechtsprechung Art. 10 Abs. 2

14 M.w.N. etwa *Ackermann in:* P. Ehring/J. Taeger (Hrsg.), Produkthaftungs- und Produktsicherheitsrecht, Baden-Baden 2022, § 823, Rn. 84.

15 Etwa BGH, Urteil vom 9.5.1995 – VI ZR 158/94 = BB 1995, 1431 (1433).

lit. c) darüber hinaus auf wesentlich neue Konstellationen anwenden wird, bleibt abzuwarten.

Die wohl bemerkenswerte Regelung enthält jedoch Art. 10 Abs. 4, nach dem die Fehlerhaftigkeit, der ursächliche Zusammenhang oder beides vermutet werden soll, wenn 1) der Nachweis für den Kläger aufgrund von Komplexität übermäßig schwierig ist und er 2) beweist, dass das Produkt wahrscheinlich fehlerhaft ist oder ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Fehlerhaftigkeit und dem Schaden besteht.

Der Normgeber begründet die Regelung in Erwägungsgrund 48 damit, dass die Hersteller über mehr Fachwissen verfügen würden und besser informiert seien als die geschädigten Personen. Die vermutete Informationsasymmetrie wird jedoch bereits durch die Offenlegungspflicht in Art. 9 Abs. 1 ausreichend adressiert. Völlig zu vernachlässigen scheint der Normgeber zudem, dass auch für den Hersteller der exakte Schadenshergang vielfach nicht aufklärbar sein wird und hier unter Umständen sogar der Kläger, der in der fraglichen Situation mit dem Produkt interagierte, die besseren Erkenntnismöglichkeiten besitzt. Zudem ist schon die grundlegende Berechtigung des Regelungsansatzes mehr als zweifelhaft: Schließlich soll die richterliche Überzeugungsbildung offenbar nicht mehr auf die tatsächliche Fehlerhaftigkeit des Produkts gerichtet sein, sondern vielmehr nur auf den Verdacht eines Produktfehlers.

Welche Möglichkeiten haben Hersteller nun, um auf dieses neue beweisrechtliche Risiko zu reagieren? Neben besonders sorgfältiger Dokumentation von Entwicklung und Tests wird es sich in bestimmten Fällen nur reduzieren lassen, wenn Daten über den Betrieb und den Hergang des Schadensereignisses vorliegen.

Im Bereich der Automobilindustrie ist schon heute eine (punktuelle) Datenspeicherung in Kfz regulatorisch verpflichtend vorgeschrieben, etwa durch den Event Data Recorder gem. Art. 6 Abs. 1 lit g) VO (EU) 2019/2144¹⁶ oder den DSSAD gem. Abschnitt 8 der UNECE-R 157 für automatisiertes Fahren auf der Autobahn: Da einerseits und wie bereits erwähnt die Vermutung des Art. 10 Abs. 5 ProdHaftRL 2024 durch den Beklagten widerlegt werden kann und andererseits gem. Art. 9 Abs. 2 auch der Kläger im Prozess ggf. Beweismittel offenlegen muss, stehen die so erfassten Daten potenziell auch für einen Entlastungsbeweis des Herstellers zur Verfügung. In vielen anderen Industriesektoren, insbesondere wenn es sich um

16 Details ausgestaltet durch Delegated regulation - C(2022)395.

vergleichsweise kostengünstige Massenprodukte handelt, dürfte eine, auch nur rudimentäre, Datenerfassung aber praktisch kaum umsetzbar sein.

E. Haftung Mehrerer / produkthaftungsrechtlicher Gesamtschuldnerausgleich

Eine potenziell ebenfalls bedeutenden Änderung sieht die neue Richtlinie im Bereich des Gesamtschuldnerausgleichs vor.

Haben mehrere Wirtschaftsakteure zu dem Schaden beigetragen, bleibt es gem. Art. 12 Abs. 1 ProdHaftRL 2024 entsprechend der alten Richtlinie bei dem Grundsatz, dass diese gesamtschuldnerisch haftbar gemacht werden können.

Bei flüchtiger Betrachtung scheint Art. 12 Abs. 2 demgegenüber nur eine Detailfrage zu regeln, indem er das Rückgriffsrecht des Endherstellers gegen den Hersteller einer Softwarekomponente ausschließt, sofern es sich bei dem Softwarehersteller um ein kleines oder Kleinstunternehmen handelt und beide Akteure den Rückgriff entsprechend vertraglich ausgeschlossen haben. Bei näherer Betrachtung könnte dieser Neuregelung aber deutlich größere Bedeutung zukommen:

So überlässt Art. 5 ProdHaftRL 2024 die Ausgestaltung des Rückgriffsanspruchs explizit dem einzelstaatlichen Recht; nach dem Wortlaut von § 5 S. 2 ProdHaftG und der wohl allgemeinen Meinung kann der Regressanspruch jedenfalls in Deutschland bereits *de lege lata* vertraglich¹⁷ beschränkt werden. Insofern stellt sich die Frage, ob im Umkehrschluss aus Art. 12 Abs. 2 in Konstellationen ohne Beteiligung eines Klein- bzw. Kleinstunternehmens eine vertragliche Beschränkung des Regress künftig nicht mehr möglich sein soll.¹⁸ Zwar enthält die Richtlinie weiterhin einen Verweis darauf, dass nationale Vorschriften über Regressansprüche und Rückgriffsrechte unbeschadet gelten, unmittelbar allerdings nur bezogen auf die in Art. 12 Abs. 1 geforderte Außenhaftung der Gesamtschuldner. Dass Regelungsspielraum für nationale Regressvorschriften außerhalb der von Art. 12 Abs. 2 RL-neu normierten Fälle verbleibt, wird dagegen gerade nicht positiv normiert.

Ohne einen Umkehrschluss wäre die Wirkung des Art. 12 Abs. 2 aber darauf beschränkt, dass Mitgliedsstaaten es Kleinunternehmen bzgl. Software-

17 G. Schäfer in: A. Spickhoff (Hrsg.), BeckOGK BGB, Stand: 01.03.2025, § 5 ProdHaftG, Rn. 23; Wagner (aaO Fn. 2), § 5, Rn. 7.

18 Als zu weitgehend abgelehnt von C. Piovano / C. Hess, Das neue europäische Produkthaftungsrecht, Baden-Baden 2024, § 4, Rn. 67.

komponenten nicht untersagen dürfen, den Gesamtschuldnerausgleichsanspruch vertraglich auszuschließen. Jedenfalls vor dem Hintergrund der de lege lata in Deutschland existierenden Ausgangssituation erscheint eine derartig enge Auslegung als nicht sehr naheliegend.

F. Fazit

Aufgrund der engmaschigen regulatorischen Vorgaben wird die Produkthaftungsnovelle in der Automobilindustrie voraussichtlich zu keiner Disruption führen, wohl aber zu einer weiteren Risikoverlagerung auf den Hersteller. Damit es hier nicht doch zum Kippen der inneren Balance kommt, ist eine angemessene Umsetzung in nationales Recht und eine Auslegung mit Augenmaß durch die Gerichte entscheidend.

II. Länderspezifische Beiträge

Extrawurst Schweiz – auch im Produkthaftungsrecht?

Isabelle Wildhaber*

A. Einleitung

Die Produkthaftung für innovative Systeme, insb. im Bereich der Künstlichen Intelligenz (KI), wirft dogmatische und praktische Herausforderungen auf. Die EU-Produkthaftungsrichtlinie von 1985 (ProdHaftRL 1985)¹ hat sich zwar als wirksames und wichtiges Instrument erwiesen, musste jedoch vor dem Hintergrund der KI, neuer Geschäftsmodelle der Kreislaufwirtschaft und neuer globaler Lieferketten, modernisiert werden. Dies erfolgte in grossen Schritten: Im März 2024 wurde der Entwurf der neuen EU-Produkthaftungsrichtlinie vom Europäischen Parlament angenommen,² sodann ist die finale Version der ProdHaftRL vom 23. Oktober 2024 am 18. November 2024 (ProdHaftRL 2024) im Amtsblatt veröffentlicht worden und am 9. Dezember 2024 in Kraft getreten. Sie ersetzt nun die bisherige ProdHaftRL 1985.

* Isabelle Wildhaber ist ordentliche Professorin für Privat- und Wirtschaftsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Arbeitsrechts an der Universität St. Gallen, Direktorin am Forschungsinstitut für Arbeit und Arbeitswelten (FAA-HSG) und Vize-Dekanin der Law School der Universität St. Gallen. Sie ist seit 1998 als Anwältin in der Schweiz und seit 2001 in New York zugelassen. Von 2000-2001 absolvierte sie einen LL.M. an der Harvard Law School und arbeitete von 2001-2006 als Rechtsanwältin bei der internationalen Anwaltskanzlei Cleary Gottlieb Steen & Hamilton in New York und Frankfurt a.M. Die Autorin bedankt sich bei ihren wunderbaren Assistenten *Damian Cathomas* und *Frédéric Barth* für die sorgfältige und geduldige Hilfe. Literatur und Internet-Links sind auf dem Stand 20.12.2024.

- 1 Richtlinie (EU) 2024/2853 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2024 über die Haftung für fehlerhafte Produkte und zur Aufhebung der Richtlinie 85/374/EWG des Rates (Text von Bedeutung für den EWR), Amtsblatt Nr. L vom 18.11.2024.
- 2 Legislative Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 12.3.2024 zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Haftung für fehlerhafte Produkte (COM(2022)0495 – C9-0322-/2022 – 2022/0302(COD), P9_TA(2024)0132.

In diesem Aufsatz³ sollen die Auswirkungen dieser ProdHaftRL 2024 auf die Schweiz analysiert werden. Die Schweiz bewegt sich auf einer Gratwanderung zwischen der Freiheit, als Nicht-EU-Land für ihre nationale Rechtsordnung eigene Funktionalitäten einführen zu können, und dem Bedürfnis als in der Mitte Europas liegendes Land, anschlussfähig und binnenmarktfähig zu bleiben. Das *Ziel dieses Aufsatzes* ist es zu untersuchen, inwiefern sich die Schweiz auf dieser Gratwanderung an der neuen ProdHaftRL 2024 orientieren wird. Der Aufsatz beginnt mit einer Analyse des neuartigen Kontexts, den Robotik und KI für die Haftung schaffen (B.). Sodann wird diskutiert, welche Lösungsansätze und Möglichkeiten im Schweizer Produkthaftungsrecht de lege ferenda Sinn ergeben könnten (C.). Die Diskussion wird abgerundet durch einen Ausblick (D.).

B. Neuer Kontext der Haftung: Robotik und KI

I. Im Hinblick auf die Haftung relevante Risiken und Charakteristika von KI

Indem die KI menschliche Entscheidungen unterstützt und ersetzt, verspricht sie, Verletzungen und Schäden durch Unfälle in einer Vielzahl von Kontexten zu reduzieren: Sie kann menschliche Schwächen wie verspätete Reaktionszeiten, Übersehen wesentlicher Daten oder Informationen sowie Subjektivität ausbalancieren und dadurch Schadensrisiken vermindern. Dennoch ist die *Sorge vor Kontrollverlust und unabsehbaren, nicht zurechenbaren Schäden* gross.

Im Hinblick auf die Haftung müssen wir uns deshalb fragen, *ob die KI gewisse Risiken schafft, die mit unseren derzeitigen Haftungsregeln nicht angemessen behandelt werden können*. Diese Frage stellte sich schon in der Vergangenheit, so z.B. in den 90er-Jahren bei der Gentechnologie. Damals wurde rege diskutiert, ob die Risiken der Gentechnologie mit den bestehenden Haftungsregeln angemessen behandelt werden können.⁴ Ähnliche Fragen wie bei der Gentechnologie stellen sich nun bei der KI. Das gelten-

3 Diese Publikation stützt sich in weiten Teilen auf I. Wildhaber, KI und Haftung: Lösungsansätze in der Schweiz, Jusletter IT vom 4.7.2024, sowie I. Wildhaber, Eine Einführung in die ausservertragliche Haftung für Künstliche Intelligenz (KI), in: HAVE (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2021, Zürich 2021, 1 ff.

4 I. Wildhaber, Produkthaftung im Gentechnikrecht, Eine rechtsvergleichende Studie, Diss. Zürich 2000.

de, technologieneutrale Recht kennt auch hier bereits eine Vielzahl von Vorgaben, insb. von Haftungsvorschriften, die auf KI-Systeme anwendbar sind. Daher ist zu fragen, ob und wie weit diese Rechtsgrundlagen ausreichen oder angepasst oder ergänzt werden müssen.

Die Auseinandersetzung mit Risiken der KI ist einer der Ausgangspunkte rund um die Haftungsdiskussion. Die Europäische Kommission identifizierte einige Risiken und Charakteristika der KI, die rechtliche Relevanz haben.⁵ Im Hinblick auf die Haftung sind insb. die *Blackbox/Opazität/Intransparenz*, die *Komplexität/Vernetzung* und die *Autonomie/Lernfähigkeit* von KI-Systemen relevant, weil sie bei der Durchsetzung haftpflichtrechtlicher Ansprüche Probleme bereiten können.⁶ Diese drei Risiken bewirken eine eingeschränkte ex ante Erklärbarkeit und ex post Nachvollziehbarkeit der Entscheidungsfindung oder Entscheidungsunterstützung von selbstlernenden Systemen.⁷ Geschädigte sind möglicherweise nicht in der Lage zu

-
- 5 Europäische Kommission, Report from the Expert Group on Liability and New Technologies – New Technologies Formation, Liability for Artificial Intelligence and Other Emerging Digital Technologies, Luxembourg 2019, 5 ff.; Europäische Kommission, Bericht vom 19.2.2020 an das Europäische Parlament, den Rat und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss, Bericht über die Auswirkungen künstlicher Intelligenz, des Internets der Dinge und der Robotik im Hinblick auf Sicherheit und Haftung, COM(2020) 64 final. Ähnlich Eidg. Staatssekretariat für Bildung, Forschung und Innovation (SBFI), Bericht vom 13.12.2019 der interdepartementalen Arbeitsgruppe «Künstliche Intelligenz» an den Bundesrat, Herausforderungen der künstlichen Intelligenz, 24.
 - 6 Eidg. Departement für auswärtige Angelegenheiten (EDA), Bericht vom 13.4.2022 an den Bundesrat, Künstliche Intelligenz und internationales Regelwerk, 7; Europäische Kommission, Vorschlag vom 28.9.2022 für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Anpassung der Vorschriften über ausservertragliche zivilrechtliche Haftung an künstliche Intelligenz, COM(2022) 496 final, 1; Europäische Kommission, Weissbuch vom 19.2.2020 zur Künstlichen Intelligenz – ein europäisches Konzept für Exzellenz und Vertrauen, COM(2020) 65 final, 14 ff.; Kommissionsbericht KI 2020 (Fn. 5), 8 ff.; Expert Group Report 2019 (Fn. 5), 5, 32 ff.; W. Fellmann, Haftpflichtrecht im Zeichen der Digitalisierung, Haftung und Versicherung (HAVE) 2021, 105 (108); M. Lohmann, Ein zukunftsfähiger Haftungsrahmen für Künstliche Intelligenz, Haftung und Versicherung (HAVE) 2021, III (112); G. Teubner, Digitale Rechtssubjekte? Zum privatrechtlichen Status autonomer Softwareagenten, AcP 2018, 155 (163 ff.); G. Wagner, Verantwortlichkeit im Zeichen digitaler Techniken, VersR 2020, 717 (724); H. Zech, Entscheidungen digitaler autonomer Systeme: Empfehlen sich Regelungen zu Verantwortung und Haftung? Gutachten für den 73. Deutschen Juristentag, München 2020, A 1 (A 49 f.).
 - 7 Bericht IDAG KI 2019 (Fn. 5), 31; Weissbuch KI 2020 (Fn. 6), 16; Richtlinie KI-Haftung 2022 (Fn. 6), 2; I. Wildhaber, Eine Einführung in die Haftung für Künstliche Intelligenz (KI), in: HAVE (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2021, Zürich 2021, 1 (6); O. Rachum-

erkennen, dass sie geschädigt wurden oder was genau den Schaden verursacht hat.⁸ Für die Zurechnung von Verantwortung bei Fehlfunktionen in KI-Systemen und für den Beweis und die Durchsetzung daraus resultierender Haftungsansprüche sind Transparenz und Nachvollziehbarkeit von Kausalverläufen erforderlich.⁹

Drei relevante Problemkreise bei der KI-Haftung sind (1.) der Nachweis eines Verschuldens bzw. einer Sorgfaltspflichtverletzung,¹⁰ (2.) der Nachweis einer Kausalität¹¹ und (3.) die unklare Aufteilung der Haftung zwischen verschiedenen Herstellern und Betreibern und zwischen verschiedenen Herstellerparteien (aufgrund der durch die Konnektivität erhöhten Multikausalität).¹²

II. Haftung als Teil eines breiteren regulatorischen Rahmens

Die ausservertragliche Haftung ist *Teil eines breiteren regulatorischen Rahmens*. Dieser regulatorische Rahmen umfasst ex ante Sicherheitsvorschriften (z.B. horizontale Produktsicherheitsregimes, wie das Schweizer Produktsicherheitsgesetz oder die europäische Produktsicherheits-Richtlinie)

*Twai*g, Whose Robot Is It Anyway? Liability for Artificial-Intelligence-Based Robots, University of Illinois Law Review 2020, 1141 (1152).

8 Expert Group Report 2019 (Fn. 5), 33; Weissbuch KI 2020 (Fn. 6), 28; Kommissionsbericht KI 2020 (Fn. 5), 18.

9 Weissbuch KI 2020 (Fn. 6), 14 f.; Bericht IDAG KI 2019 (Fn. 5), 36.

10 Expert Group Report 2019 (Fn. 5), 23 ff., 52 ff.; Europäisches Parlament, P9_TA(2020)0276 Regelung der zivilrechtlichen Haftung beim Einsatz künstlicher Intelligenz, Entschliessung vom 20.10.2020 mit Empfehlungen an die Kommission für eine Regelung der zivilrechtlichen Haftung beim Einsatz künstlicher Intelligenz (2020/2014(INL)), Text Erwägung 11; Weissbuch KI 2020 (Fn. 6), 15; Kommissionsbericht KI 2020 (Fn. 5), 16; Richtlinie KI-Haftung 2022 (Fn. 6), 1; *M. Buiten/A. De Stree*l/*M. Peitz*, EU Liability Rules for The Age of Artificial Intelligence, Report for the Centre on Regulation in Europe (CERRE), 04/2021, 1 (21); *Rachum-Twai*g (Fn. 7), 1144, 1159 ff.

11 Expert Group Report 2019 (Fn. 5), 8, 20 ff.; *S. Hänsenberger*, Die Haftung für Produkte mit lernfähigen Algorithmen, Jusletter 26.11.2018, N 1 (N 33); *Lohmann* (Fn. 6), 117; *M. Lohmann*, Roboter als Wundertüten – eine zivilrechtliche Haftungsanalyse, AJP 2017, 152 (156); *Wildhaber* (Fn. 7), 13; *Zech* (Fn. 6), A 57 ff., A 73; *H. Zech*, Empfehlen sich Regelungen zu Verantwortung und Haftung beim Einsatz Künstlicher Intelligenz?, NJW-Beilage 2022, 33 (35).

12 Richtlinie KI-Haftung 2022 (Fn. 6), E. 17; *Wildhaber* (Fn. 7), 13; *S. Li/M. Faure/K. Havu*, Liability Rules for AI-Related Harm: Law and Economics Lessons for a European Approach, European Journal of Risk Regulation 2022, 618 (620).

und andere Arten der ex post Haftung (z.B. die vertragliche Haftung). Darüber hinaus gelten in Hochrisikosektoren zusätzliche sektorspezifische Haftungs-, Sicherheits- und Zulassungsvorschriften (in der Schweiz z.B. für den Strassenverkehr im SVG¹³, für den Luftverkehr im LFG¹⁴ oder für Arzneimittel und Medizinprodukte im HMG¹⁵). Dieser rechtliche Rahmen wird sodann durch technische Standards ergänzt, z.B. DIN-, CEN- und ISO-Normen.

Innovationsrisiken bewegen sich als Querschnittsphänomen intradisziplinär zwischen *privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Regulierung und Selbstregulierung*.¹⁶ Der breitere regulatorische Rahmen von KI trägt dazu bei, die Risiken von Schäden zu reduzieren, indem er die Verwendung von guten Trainingsdaten und strengen Tests fördert und die Wirksamkeit der Haftungsregelung verbessert.

Die *ex ante Sicherheitsvorschriften und die ex post Haftung müssen Hand in Hand gehen*.¹⁷ Sicherheitsvorschriften allein genügen nicht. Im Kontext von KI ist es unwahrscheinlich, dass ein Unternehmen ohne Haftungsregeln den Anreiz hat, das optimale Mass an Sorgfalt walten zu lassen.¹⁸ Aber auch eine ex post Haftung allein genügt nicht. Wenn Unfälle nämlich selten sind und das Unternehmen nur eine kurzfristige Perspektive hat (z.B. aufgrund einer hohen Wahrscheinlichkeit, aus dem Markt auszuschneiden, oder aufgrund finanzieller Zwänge), wird das Unternehmen den erwarteten Schaden, den es ausgleichen muss, möglicherweise nicht vollständig internalisieren.¹⁹ Ausserdem können nicht alle Dritten eine Haftung geltend machen. Der Gesetzgeber muss daher auch eine ex ante Regulierung vorsehen, um das Risiko für Dritte durch fehlerhafte Produkte zumindest teilweise zu begrenzen. Das gilt für KI genauso wie für andere Technologien, von der Biotechnologie bis zur Medizintechnik.

13 Strassenverkehrsgesetz (SVG) vom 19.12.1958 (SR 741.01).

14 Bundesgesetz über die Luftfahrt (Luftfahrtgesetz, LFG) vom 21.12.1948 (SR 748.0).

15 Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG) vom 15.12.2000 (SR 812.21).

16 R. Müller/H. Zech, Was ist Technikrecht? Herausforderungen der Rechtsordnung im Umgang mit einer «hybriden» Querschnittsmaterie, Sicherheit & Recht 2019, 72 (72 ff.); ähnlich auch schon Wildhaber (Fn. 4), 394 ff.

17 Wildhaber (Fn. 7), II; so auch Richtlinie KI-Haftung 2022 (Fn. 6), 3.

18 Buiten/De Streel/Peitz (Fn. 10), 30; Wildhaber (Fn. 7), II; vgl. auch Müller/Zech (Fn. 16), 94 ff.

19 Richtlinie KI-Haftung 2022 (Fn. 6), 3.

III. Herstellerhaftung und Betreiberhaftung müssen sich ergänzen

Es muss zwischen einer Herstellerhaftung und einer Betreiberhaftung für KI unterschieden werden, wobei beide einander ergänzen sollen. Betreiber sind z.B. Nutzer, Eigentümer oder Halter.²⁰ Beide Haftungen braucht es als gemeinsame Säulen einer Haftung für KI. Es ist in der Praxis eine grosse Herausforderung, die Haftung zwischen Herstellern und Betreibern angemessen zu verteilen und die jeweiligen Risikosphären abzugrenzen. Schon rein faktisch wird oft unklar sein, ob ein Schaden durch einen Produktfehler oder durch eine Fehlbedienung des Nutzers ausgelöst wurde.

Für eine *Zuordnung in die Risikosphäre des KI-Herstellers* spricht, dass dieser in Bezug auf die Kontrolle von Schadensrisiken in einer Schlüsselposition ist,²¹ und die Haftung der Kontrolle folgen soll.²² Im Unterschied zu herkömmlichen Produkten wird bei KI-Produkten die Kontrolle über das «Verhalten» des KI-Systems in der Tendenz zum Hersteller hin verlagert.²³ Denn es ist der Hersteller, der die KI-Systeme programmiert, trainiert und Instruktionen verteilt. Wenn aber Hersteller in einer besseren Position als Betreiber sind, das Risiko zu kontrollieren, so spricht ein anreizbasierter Ansatz dafür, die Haftung auf die Hersteller zu verlagern.²⁴

Für eine *Zuordnung in die Risikosphäre des KI-Betreibers* spricht ebenfalls Einiges: Die Kontrolle des KI-Herstellers kann sich nach Inverkehrbringen aufgrund der Lernfähigkeit der KI verringern. Während der Nutzungsphase steigt demgegenüber die Kontrollfähigkeit des Betreibers,²⁵ denn er entscheidet, wann, wo und zu welchem Zweck das KI-System

20 Expert Group Report 2019 (Fn. 5), 40.

21 Wagner (Fn. 6), 731 f., 738; Wildhaber (Fn. 7), 23.

22 Fellmann (Fn. 6), 110; Wagner (Fn. 6), 724 f.; G. Wagner, Liability Rules for the Digital Age, JETL 2022, 191 (196).

23 A. Seehafer/J. Kohler, Künstliche Intelligenz: Updates für das Produkthaftungsrecht?, EuZW 2020, 213 (213 ff.); G. Wagner, Robot, inc.: Personhood for autonomous systems?, Fordham Law Review 2019, 591 (602); Wagner (Fn. 6), 734.

24 Fellmann (Fn. 6), 110; Li/Faure/Havu (Fn. 12), 626; Wagner (Fn. 6), 734, 738.

25 Expert Group Report 2019 (Fn. 5), 40; EP Entschliessung KI-Haftung 2020 (Fn. 10), Text Erwägung 10; Zech (Fn. 6), A 51; I. Ebert/I. Wildhaber, Piercing the Veil of Opacity: Responsibility and Liability for the Use of People Analytics Tools, Morals + Machines 2/2021, 40 (45); Lohmann (Fn. 6), 113; Li/Faure/Havu (Fn. 12), 627; Wagner (Fn. 6), 738.

benutzt wird,²⁶ und er profitiert von dessen Nutzung.²⁷ Der Betreiber wird ausserdem in zahlreichen Fällen die *erste sichtbare Ansprechstelle für Geschädigte* sein.²⁸ Ein Geschädigter wird sich zuerst an den Betreiber – der häufig auch sein Vertragspartner sein wird – und nicht an den originalen Hersteller wenden, also z.B. bei einer medizinischen Behandlung im Spital an den Krankenhausträger und am Arbeitsplatz an die Arbeitgeberin.²⁹

Es braucht Herstellerhaftung und Betreiberhaftung beide. Das sieht auch das *europäische KI-Regulierungs-Konzept* so vor. Die Europäische Kommission hat sich 2020 für eine Anpassung der Produkthaftungsrichtlinie und der Produktsicherheitsrichtlinie sowie für Abklärungen zur Einführung von verschuldensunabhängigen Haftungen und zu Beweislast erleichterungen oder -umkehrungen in nationalen Haftungsregelungen für Betreiber ausgesprochen.³⁰

Am 28. September 2022 sind zwei Richtlinienvorschläge der Europäischen Kommission im Bereich KI und Haftung publiziert worden. Sie ergänzen den in seiner finalen Fassung am 1. August 2024 in Kraft getretenen *Verordnung über künstliche Intelligenz*³¹ (KI-VO) mit (1.) einem Vorschlag einer *neuen Richtlinie über die Haftung für fehlerhafte Produkte*, welche

26 Expert Group Report 2019 (Fn. 5), 7 N 16, 41; EP Entschliessung KI-Haftung 2020 (Fn. 10), Text Erwägung 10 ff., Anlage B Erwägung 10.

27 Expert Group Report 2019 (Fn. 5), 39 ff.; Bericht IDAG KI 2019 (Fn. 5), 37. Hier wird sich im Einzelfall die Frage stellen, ob der Betreiber als Quasihersteller (vgl. Art. 4 Nr. 10b ProdHaftRL 2024) zu qualifizieren ist. Weiter ist zu prüfen, ob der Betreiber allenfalls durch eine wesentliche Veränderung des KI-Systems als Hersteller zu behandeln ist (vgl. Art. 4 Nr. 18 i.V.m. Art. 8 Abs. 2 ProdHaftRL 2024).

28 EP Entschliessung KI-Haftung 2020 (Fn. 10), Text Erwägung 10. Siehe die ähnlichen Abwägungen im Zusammenhang mit der Gentechnik *I. Wildhaber*, Koexistenz und Haftung, Gedanken zu wirtschaftlichen Schäden im biotechnischen Zeitalter, ZBJV 2011, 631 (642) (eine negative Konsequenz von Art. 30 Abs. 2 GTG, Kanalisierung auf den Bewilligungsinhaber, ist, dass der Bewilligungsinhaber für den Konsumenten oder Nachbarn oftmals gar nicht ersichtlich sein wird). Siehe auch *Ebert/Wildhaber* (Fn. 25), 45.

29 *Ebert/Wildhaber* (Fn. 25), 45 ff.: Am Arbeitsplatz soll dies auch so bleiben, da es spezielle arbeitsrechtliche Verfahrensregeln und spezielle Arbeitsgerichte gibt, die den betroffenen Arbeitnehmern zur Verfügung stehen.

30 Kommissionsbericht KI 2020 (Fn. 5), 2, 16, 21.

31 Verordnung (EU) 2024/1689 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.6.2024 zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 300/2008, (EU) Nr. 167/2013, (EU) Nr. 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 und (EU) 2019/2144 sowie der Richtlinien 2014/90/EU, (EU) 2016/797 und (EU) 2020/1828 (Verordnung über künstliche Intelligenz) (Text von Bedeutung für den EWR), Amtsblatt Nr. L vom 12.7.2024.

die ProdHaftRL 1985 ersetzen soll und mittlerweile in ihrer endgültigen Fassung am 9. Dezember 2024 in Kraft getreten ist;³² und mit (2.) einem Vorschlag für eine *Richtlinie zur Anpassung der Vorschriften über ausservertragliche zivilrechtliche Haftung an künstliche Intelligenz* (Richtlinie über KI-Haftung) für Betreiber.³³ Die vom Europäischen Parlament³⁴ favorisierte Lösung einer verschuldensunabhängigen Betreiberhaftung für definierte hochriskante KI-Anwendungen (Art. 4) vom 20. Oktober 2020 wurde fallen gelassen. Die vorgeschlagene Richtlinie über KI-Haftung schaffte weder Haftungstatbestände noch Sorgfaltspflichten. Sie enthielt lediglich Vorschriften über den Zugang zu Beweismitteln sowie über Verschuldens- und Kausalitätsvermutungen, die einen nach nationalem Recht bestehenden Schadenersatzanspruch voraussetzen. Sie wurde von der Europäischen Kommission in Folge zurückgezogen. Die KI-VO und die ergänzenden Richtlinien sind zwei Seiten derselben Medaille, da sich ex ante Produktsicherheits- und ex post Haftpflichtvorschriften ergänzen (siehe B.II.). Die KI-VO verfolgt primär einen produktsicherheitsrechtlichen Ansatz und äussert sich selbst nicht zu Haftungsfragen; gleichwohl wird er indirekt Auswirkungen auf das nationale Haftungsrecht haben, in Deutschland etwa über § 823 Abs. 2 BGB.³⁵

Der Betreiber wird m.E. insgesamt der *schlechtere Adressat als der Hersteller* sein, denn er hat geringeren Einfluss auf das Verhalten des KI-Systems. Diese Einsicht wird – neben den nutzerbezogenen Privilegierungen in Art. 4 Abs. 3 und Abs. 6 Richtlinie über KI-Haftung – in Art. 29 KI-VO bestätigt.³⁶ Es ist deshalb nachvollziehbar, dass die Modernisierung der europäischen Produktesicherheits- und Produkthaftungsvorgaben weiter fortgeschritten ist als diejenige einer europäischen KI-Betreiberhaftung.

32 Europäische Kommission, Vorschlag vom 28.9.2022 für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Haftung für fehlerhafte Produkte, COM(2022) 495 final; Richtlinie (EU) 2024/2853 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2024 über die Haftung für fehlerhafte Produkte und zur Aufhebung der Richtlinie 85/374/EWG des Rates (Text von Bedeutung für den EWR), Amtsblatt Nr. L vom 18.11.2024.

33 Richtlinie KI-Haftung 2022 (Fn. 6).

34 EP Entschliessung KI-Haftung 2020 (Fn. 10).

35 G. Spindler, Der Vorschlag der EU-Kommission für eine Verordnung zur Regulierung der Künstlichen Intelligenz, CR 2021, 361 (362).

36 G. Wagner, Die Richtlinie über KI-Haftung: Viel Rauch, wenig Feuer, JZ 2023, 123 (128 ff.).

IV. Stand der Regulierung in der Schweiz bezüglich Haftung und KI

Ende 2019 erschien in der Schweiz ein *Bericht der interdepartementalen Expertengruppe IDAG KI* zu den Herausforderungen von KI.³⁷ Die Expertengruppe kam zum Schluss, dass der bestehende, technologieneutral formulierte Rechtsrahmen der Schweiz auf alle KI-Anwendungen und Geschäftsmodelle anwendbar und für den Umgang mit ebendiesen Anwendungen und Modellen grundsätzlich geeignet sei. Das bestehende Haftungsregime wurde 2019 für ausreichend erachtet. Der Bericht verortete *keinen regulatorischen Handlungsbedarf*.

In einem *Bericht an den Bundesrat vom April 2022* hat das Eidg. Departement für Auswärtiges (EDA) festgestellt, die Schweiz könne zwar in ihrer nationalen Gesetzgebung eigene Akzente zum Umgang mit KI setzen, ein zu grosser Unterschied zwischen internationaler und nationaler Rechtslage sei jedoch nicht im Interesse der *Anschlussfähigkeit der Schweiz* an internationale Märkte und Lieferketten zu KI.³⁸

Im November 2023 hat der EDÖB darauf hingewiesen, dass das seit dem 1. September 2023 geltende Datenschutzgesetz (DSG) auf KI-gestützte Datenbearbeitungen direkt anwendbar sei.³⁹ Das scheint logisch, da das DSG ebenfalls technologieneutral formuliert ist.

Ebenfalls im November 2023 hat der Bundesrat beim Eidg. Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) eine Übersicht möglicher Regulierungsansätze für KI in Auftrag gegeben.⁴⁰ Am 12. Februar 2025 veröffentlichte das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) als Teil des UVEK sodann in Erfüllung dieses Auftrags einen Bericht an den Bundesrat, der eine «*Auslegeordnung zur Regulierung von künstlicher Intelligenz*» enthält.⁴¹ Im Zusammenhang mit der Erarbeitung der Auslegeordnung erstellte die Bundesverwaltung zudem drei detaillierte Basisanalysen,

37 Bericht IDAG KI 2019 (Fn. 5).

38 Bericht EDA 2022 (Fn. 6), 2, 22 f., 15, mit Blick auf das Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse (THG).

39 Mitteilung des EDÖB vom 9.11.2023, https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/kurzmeldungen/2023/20231109_ki_dsg.html.

40 <https://www.uvek.admin.ch/uvek/de/home/uvek/medien/medienmitteilungen.msg-id-98791.html>.

41 BAKOM, *Auslegeordnung zur Regulierung von künstlicher Intelligenz*: Bericht an den Bundesrat vom 12.2.2025.

insbesondere die «*Rechtliche Basisanalyse* im Rahmen der Auslegeordnung zu den Regulierungsansätzen». ⁴²

An seiner Sitzung vom 12. Februar 2025 hat sich der Bundesrat auf der Basis der soeben erläuterten Auslegeordnung schliesslich für einen Regulierungsansatz für KI in der Schweiz entschieden: ⁴³ Der Bundesrat möchte die *KI-Konvention des Europarats* ⁴⁴ ratifizieren und in das Schweizer Recht umsetzen. In diesem Zusammenhang soll es zu einer Minimalumsetzung der KI-Konvention kommen, was bedeutet, dass die Umsetzungsgesetzgebung v.a. auf staatliche Akteure anwendbar ist und Private nur insofern betrifft, als eine Drittwirkung der Grundrechte besteht. ⁴⁵ Wo zur Umsetzung der KI-Konvention Gesetzesanpassungen nötig sind, sollen diese möglichst *sektorbezogen* ausfallen. Eine allgemeine, sektorübergreifende Regulierung soll sich auf zentrale, grundrechtsrelevante Bereiche, wie beispielsweise den Datenschutz, beschränken. ⁴⁶ Es werden auch *rechtlich nicht verbindliche Massnahmen* zur Umsetzung der KI-Konvention erarbeitet. Zu diesen können Selbstdeklarationsvereinbarungen oder Branchenlösungen gehören. ⁴⁷ In einem nächsten Schritt soll nun bis Ende 2026 eine entsprechende Gesetzesvorlage erstellt werden. ⁴⁸

Mit seinem Ansatz hat sich der Bundesrat bewusst *gegen eine Übernahme der KI-VO* in das Schweizer Recht (bzw. eine Anlehnung der schweizerischen Regulierung an die KI-VO) entschieden. Diese weitergehende Regulierungsoption hatte das BAKOM zuvor als einen der möglichen Ansätze präsentiert. ⁴⁹

42 Bundesamt für Justiz (BJ), *Rechtliche Basisanalyse im Rahmen der Auslegeordnung zu den Regulierungsansätzen im Bereich künstliche Intelligenz* vom 31.8.2024.

43 https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/digital-und-internet/strategie-digitale-schweiz/ki_leitlinien.html; <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-104110.html>.

44 Council of Europe Framework Convention on Artificial Intelligence and Human Rights, Democracy and the Rule of Law vom 5.9.2024.

45 <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-104110.html>; vgl. zu dieser Option auch Auslegeordnung BAKOM 2025 (Fn. 41), 2, 22 ff.

46 <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-104110.html>.

47 <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-104110.html>.

48 <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-104110.html>.

49 Vgl. Auslegeordnung BAKOM 2025 (Fn. 41), 2, 24 ff.

Der Entscheid des Bundesrats zum künftigen Regulierungsansatz äussert sich nicht zur Frage, ob auch das *Produkthaftpflichtgesetz* (PrHG)⁵⁰ angepasst werden soll. In der Auslegeordnung und der Rechtlichen Basisanalyse wird aber zu Recht Anpassungsbedarf in diesem Bereich verortet.⁵¹ Da nun der Vorschlag für eine Richtlinie über KI-Haftung von der EU-Kommission zurückgezogen worden ist und demnach deren autonomer Nachvollzug in der Schweiz (bzw. eine Inspiration daran) ausgeschlossen ist,⁵² wird, nebst den spezifischen sektoriellen Haftungen, v.a. das PrHG eine zentrale Rolle bei der künftigen Regulierung der Haftung für KI einnehmen.

Zur Aktualisierung des *Produktesicherheitsgesetzes* (PrSG)⁵³ vor dem Hintergrund der technischen Entwicklungen äussert sich weder die Basisanalyse noch der Bundesrat in seinem Entscheid zum Regulierungsansatz. Aus dem Entscheid des Bundesrats, die produktsicherheitsrechtliche KI-VO nicht in das Schweizer Recht zu übernehmen, lässt sich aber ableiten, dass Anpassungen im Produktsicherheitsrecht nicht KI-spezifisch, sondern technologieneutral erfolgen sollen. Das wird dadurch bestätigt, dass der Bundesrat am 14. Februar 2025, nur wenige Tage nach der Publikation seines Entscheids zum KI-Regulierungskonzept, eine Teilrevision des PrSG angekündigt hat.⁵⁴ Der Bundesrat bezeichnet die Teilrevision des PrSG angesichts der neuen EU-Verordnung über die allgemeine Produktsicherheit und der neuen Marktüberwachungsverordnung⁵⁵ als «notwendig, um die wesentlichen Elemente aus diesen beiden EU-Verordnungen zu übernehmen».⁵⁶

Im Ergebnis wird also mit der Ablehnung eines Nachvollzugs der KI-VO durch den Bundesrat und der Abschreibung des Vorschlags für eine Richtli-

50 Bundesgesetz über die Produkthaftpflicht (Produkthaftpflichtgesetz, PrHG) vom 18.6.1993 (SR 221.112.944).

51 Auslegeordnung BAKOM 2025 (Fn. 41), II; Rechtliche Basisanalyse BJ 2024 (Fn. 42), 146 ff.

52 Ohnehin hätte ein autonomer Nachvollzug der Richtlinie über KI-Haftung bloss dann Sinn ergeben, wenn die Schweiz gleichzeitig auch die KI-VO übernommen hätte, Letzteres hat der Bundesrat nun aber bekanntlich abgelehnt.

53 Bundesgesetz über die Produktsicherheit (PrSG) vom 12.6.2009 (SR 930.11).

54 https://www.fedlex.admin.ch/de/consultation-procedures/foreseen#https://fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/2025/9/cons_1.

55 Verordnung (EU) 2019/1020 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 über Marktüberwachung und die Konformität von Produkten sowie zur Änderung der Richtlinie 2004/42/EG und der Verordnungen (EG) Nr. 765/2008 und (EU) Nr. 305/2011, Amtsblatt. L 169 vom 25.6.2019.

56 https://www.fedlex.admin.ch/de/consultation-procedures/foreseen#https://fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/2025/9/cons_1.

nie über KI-Haftung durch die EU-Kommission das PrHG und das PrSG im Kontext der KI-Regulierung in den Vordergrund rücken. Zweifelsohne sollte somit auch in der Schweiz bei einer *Revision des PrHG und des PrSG* – also des allgemeinen Produkthaftungs- und Produktsicherheitsrechts – die Priorität liegen.

C. Produkthaftung in der Schweiz

I. Wesen und Entstehungsgeschichte der Produkthaftung

Der technologische Fortschritt, der neue Schädigungspotenziale mit sich gebracht hat, sowie das Bedürfnis nach einem wirksameren Schutz der Konsumentenrechte, haben – nicht zuletzt unter dem Einfluss der amerikanischen Rechtsentwicklung – im Europa der 60er und 70er Jahre zu Bestrebungen geführt, eine verschuldensunabhängige Produkthaftungspflicht einzuführen. Innerhalb der EU stellt die Produkthaftungsrichtlinie vom 25. Juli 1985 ein bedeutsames Ergebnis dieses Prozesses dar.⁵⁷ Auch für das schweizerische Recht wurde die Einführung einer Produkthaftungspflicht zunehmend als notwendig empfunden. Die Rechtspraxis, welche Fälle der Produkthaftungspflicht bis dahin nach der Geschäftsherrenhaftung gemäss Art. 55 OR löste, stellte zunehmend höhere Anforderungen an den Entlastungsbeweis⁵⁸, sodass sich die Haftung im Ergebnis bereits einer verschuldensunabhängigen Produkthaftungspflicht annäherte.⁵⁹

Am 1. Januar 1994 ist das schweizerische PrHG in Kraft gesetzt worden. Es stellt inhaltlich weitgehend einen sog. «*autonomen Nachvollzug*» der europäischen Richtlinie dar. Der Schweizer Bundesrat verfolgt die Politik des autonomen Nachvollzugs mit dem Ziel, die Differenzen mit dem europäischen Gemeinschaftsrecht im Interesse des gegenseitigen wirtschaftlichen Austauschs möglichst gering zu halten.⁶⁰ Im Bereich Produkthaftung ist diese Politik sinnvoll, damit die Schweiz anschlussfähig und binnenmarktfähig bleiben kann. Immerhin betreibt sie 56% (2021) des Wa-

57 H. Hess, in: H. Hess (Hrsg.), Produkthaftungsgesetz (PrHG), Stämpfli Handkommentar, 3. Aufl., Bern 2016, Art. 1 N 2 ff.

58 Vgl. BGE 110 II 456.

59 H. Rey/Wildhaber, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 6. Aufl., Zürich 2024, N 1117 ff.

60 Zum «autonomen Nachvollzug» siehe Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten EDA, ABC der Europapolitik, 2. Aufl., Bern 2015, 10.

renaussenhandels mit der EU.⁶¹ Das PrHG muss nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung *europarechtskonform ausgelegt* werden.⁶² Bei der Revision des Verjährungsrechts hat der Bundesrat vor rund 10 Jahren erneut betont, dass es sich beim PrHG um eine bewusste inhaltliche Übernahme einer EU-Richtlinie handle und kein Anlass bestehe, die Übereinstimmung mit dem EU-Recht aufzugeben.⁶³

Das Schweizer Produktsicherheitsgesetz (PrSG) ist am 1. Juli 2010 in Kraft getreten. Es handelt sich inhaltlich weitgehend um einen autonomen Nachvollzug der europäischen Produktsicherheitsrichtlinie 2001/95/EG. Hier gilt es für die Schweiz zu überlegen, wie sie gegenüber der neuen EU-Verordnung 2023/988 über die allgemeine Produktsicherheit⁶⁴ reagieren will, welche die alte Richtlinie ablöst.

II. Verhältnis der Produkthaftung zur deliktischen Produzentenhaftung

Eine deliktische Produzentenhaftung wurde im Rahmen der Geschäftsherrenhaftung nach Art. 55 OR entwickelt. Im «Schachtrahmen»-Fall⁶⁵ verlangte das Bundesgericht 1984 vom Geschäftsherrn eine Sorgfalt in der Organisation der Arbeit und des Unternehmens. In «Schachtrahmen»-Fall waren einige Angestellte einer Bauunternehmung damit beschäftigt gewesen, mit Hilfe eines Krans einen fast 700 kg schweren Schachtrahmen aus Beton hochzuheben, um ihn auf dem Schacht anzubringen. Dabei riss eine der beiden im Rahmen einbetonierten Aufhängeschlaufen, der Rahmen fiel herab und zerquetschte den rechten Fuss eines Arbeiters. Das Bundesgericht bejahte ein Organisationsverschulden des Herstellers. Die

61 Staatssekretariat STS-EDA, Schweiz-EU in Zahlen, Statistiken zu Handel, Bevölkerung und Verkehr, Bern 10/2022, 6 Ziff. 3.

62 BGE 4A.365/2014, E. 7; BGE 137 III 226 E. 2.2; BGE 133 III 81 E. 3.1; BGE 129 III 335 E. 6.

63 Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Verjährungsrecht) vom 29.11.2013, Bundesblatt 2014, 265.

64 Verordnung (EU) 2023/988 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10.5.2023 über die allgemeine Produktsicherheit, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1025/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie (EU) 2020/1828 des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 2001/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie 87/357/EWG des Rates (Text von Bedeutung für der EWR), Amtsblatt Nr. L 135/2 vom 25.5.2023.

65 BGE 110 II 456.

Organisation innerhalb des Betriebs oder Unternehmens muss nunmehr so beschaffen sein, dass das Risiko von Schädigungen Dritter so klein wie möglich gehalten wird. Dazu gehören eine klare Kompetenzordnung innerhalb des Personals, eine Aufgabenverteilung, die keine Beaufsichtigungslücken entstehen lässt, die Anordnung der erforderlichen Schutzmassnahmen für gefährliche Situationen und eine vernünftige Arbeitseinteilung, die Überforderung und Überanstrengung des Personals vermeidet.⁶⁶ Die Anforderungen an die «nach den Umständen gebotene Sorgfalt» bei der Geschäftsherrenhaftung (Art. 55 Abs. 1 OR) sind durch diese zusätzlichen Erfordernisse erhöht worden und der Sorgfaltsbeweis des Geschäftsherrn ist seither schwieriger zu erbringen.⁶⁷

Auch nach Inkrafttreten des PrHG behält Art. 55 OR bis heute die Funktion des Auffangtatbestandes für mangelhafte Produkte, weil das PrHG einige Schutzlücken aufweist⁶⁸:

- Bei beruflich oder gewerblich genutzten Sachen, die beschädigt oder zerstört werden, findet das PrHG keine Anwendung. Die Herstellerin haftet nur dann für einen durch ein fehlerhaftes Produkt entstandenen Sachschaden, wenn die betreffende (beschädigte oder zerstörte) Sache nach «ihrer Art gewöhnlich zum privaten Gebrauch oder Verbrauch bestimmt und vom Geschädigten hauptsächlich privat verwendet worden ist» (Art. 1 Abs. 1 lit. b PrHG). Mit dieser Einschränkung der Haftung soll sichergestellt werden, dass lediglich die Verbraucher- bzw. Konsumenteninteressen geschützt sind, nicht hingegen wirtschaftliche Interessen im kommerziellen Bereich. Nur der Endverbraucher soll von der verschuldensunabhängigen Produzentenhaftpflicht profitieren, gewerbliche oder berufliche Produktebenutzer werden hingegen auf die allgemeine

66 *Rey/Wildhaber* (Fn. 59), N 1103; *R. Brehm*, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung der unerlaubten Handlungen, Art. 41-61 OR, 5. Aufl., Bern 2021, Art. 55 N 77 ff.; *K. Otfinger/E. Stark*, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Besonderer Teil, Bd. II/1: Verschuldenshaftung, gewöhnliche Kausalhaftungen, Haftung aus Gewässerschutz, 4. Aufl., Zürich 1989, § 20 N 114 ff.; *Wildhaber* (Fn. 4), 307 ff.; BGer 4A.48/2009, E. 2.5; BGE 110 II 456 E. 3.

67 *Rey/Wildhaber* (Fn. 59), N 1106; BGE 110 II 456; BGer C.564/1984, teilweise veröffentlicht in JdT 1986 I, 571.

68 *Rey/Wildhaber* (Fn. 59), N 1117 ff., 1129, 1491; *Wildhaber* (Fn. 7), 25.

Regelung des OR verwiesen.⁶⁹ Im «Futterraufe»-Fall⁷⁰ kaufte der Pferdezüchter X. bei Y. eine «Rundballenraufe Typ Pendelgitter». Im März 1998 brach sich ein Stutenfohlen, dessen Wert auf ungefähr CHF 20 000 geschätzt wurde, beim Fressen an der Futterraufe das Genick. Das PrHG fand keine Anwendung, da das Fohlen nicht zu privaten Zwecken verwendet wurde.

- Bei Schäden am fehlerhaften Produkt selbst und bei Bagatellschäden findet das PrHG keine Anwendung.
- Bei sog. Produktbeobachtungsfehlern⁷¹, d.h. nach Inverkehrbringen des Produkts entstehenden Fehlern, findet das PrHG keine Anwendung. Im Rahmen der Produktbeobachtungspflicht kann die Herstellerin z.B. bei einer Häufung von Fehlentscheiden verpflichtet sein, zumindest zu prüfen, ob diese auf einem Fehler in der Softwarearchitektur beruhen, und gegebenenfalls notwendige Softwareupdates zur Verfügung zu stellen oder einen Produktrückruf zu veranlassen.⁷² Allerdings kann die Fehlerquote bei komplexen IT-Produkten auch mit hohem Testaufwand nicht auf null gesenkt werden.⁷³
- Bei reinen Vermögensschäden, bei Persönlichkeitsrechten sowie bei eigentumsähnlichen Rechten findet das PrHG keine Anwendung.

III. Revision der Produkthaftung: Zu diskutierende Punkte

Die neue Produkthaftungsrichtlinie (ProdHaftRL 2024)⁷⁴ adressiert die verschuldensunabhängige Haftung des Produktherstellers für fehlerhafte Produkte, jedoch angepasst an den technischen Fortschritt. Beispielsweise

69 Rey/Wildhaber (Fn. 59), N 1127, 1417.

70 BGer 4C.307/2005, E. 2; kritisch W. Fellmann, in: C. Widmer Lüchinger /D. Oser (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 7. Aufl. Basel 2020, Art. 1 PrHG N 8a; W. Fellmann/A. Kottmann, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I: Allgemeiner Teil sowie Haftung aus Verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnliche Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG, Bern 2012, N 1114; F. Werro, La responsabilité civile, 3. Aufl., Bern 2017, N 543.

71 Rey/Wildhaber (Fn. 59), N 1496 (Art. 8 PrSG oder analoge Bestimmung des Sektorrechts).

72 D. Rosenthal, Autonome Informatiksysteme: Wie steht es mit der Haftung?, in: A. Kündig/D. Bütschi (Hrsg.), Die Vernetzung des Computers, Zürich 2008, 131 (131 ff.).

73 Hänsenberger (Fn. 11), N 22, 40.

74 Richtlinie (EU) 2024/2853 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2024 über die Haftung für fehlerhafte Produkte und zur Aufhebung der Richtli-

gilt zukünftig Software ausdrücklich als Produkt, auch wenn sie cloud-basiert bzw. stand-alone ist (Art. 4 Nr. 1 ProdHaftRL 2024). Die Auswirkungen der Fähigkeit des Produkts, nach Einsatzbeginn weiter zu lernen oder neue Funktionen zu erwerben, wird in die erwartbaren Sicherheitsanforderungen des Verkehrs an das Produkt einbezogen (Art. 7 Abs. 2c ProdHaftRL 2024). Relevanter Zeitpunkt für die Fehlerhaftigkeit ist, wenn der Hersteller die Kontrolle über das Produkt aufgibt (Art. 7 Abs. 2e ProdHaftRL 2024 – dies berücksichtigt Online-Updates und -Upgrades). Weiter wird der Anwendungsbereich auf «verbundene Dienste» (Art. 4 Nr. 3 ProdHaftRL 2024) und Datenschäden (Vernichtung oder Beschädigung von Daten, Art. 6 Abs. 1c ProdHaftRL 2024) erweitert. Eine wesentliche Änderung betrifft ausserdem die Erweiterung des potenziellen Beklagtenkreises, d.h. der haftenden Wirtschaftsakteure (Art. 8 ProdHaftRL 2024). Neben dem Hersteller des Produkts können auch Komponentenhersteller, Einführer, Bevollmächtigte und sog. Fulfilment-Dienstleister (Dienstleister für Lagerhaltung, Verpackung, Adressierung und Versand eines Produkts, an dem sie kein Eigentumsrecht haben) sowie Online-Plattformen in Anspruch genommen werden.

Die ProdHaftRL 2024 kennt (nicht nur für KI-spezifische Herausforderungen, sondern auch für andere komplexe Produkte) eine Offenlegungspflicht für Beweismittel (Art. 9 ProdHaftRL 2024) und eine Fehlervermutung (Art. 10 Abs. 2 ProdHaftRL 2024) sowie eine Kausalitätsvermutung (Art. 10 Abs. 3 und 4 ProdHaftRL 2024). Dieser Ansatz geht im Hinblick auf die Wahrung der Geschäftsgeheimnisse weit und könnte dazu führen, dass Geschädigte zunächst «ins Blaue hinein» Anträge stellen, um an Informationen wie Source Code, Trainings- und Validierungsdaten oder Dokumentation über das Verhalten der KI-Systeme während des Trainings zu gelangen.⁷⁵

Im Mai 2023 wurde die neue Verordnung 2023/988 über die allgemeine Produktsicherheit veröffentlicht.⁷⁶ Sie ersetzt die derzeitige Produktsicherheits-Richtlinie.⁷⁷ Sie hat zum Ziel, den gesetzlichen Rahmen für die Si-

nie 85/374/EWG des Rates (Text von Bedeutung für den EWR), Amtsblatt Nr. L vom 18.11.2024.

75 G. Spindler, Die Vorschläge der EU-Kommission zu einer neuen Produkthaftung und zur Haftung von Herstellern und Betreibern Künstlicher Intelligenz, CR 2022, 689 (697).

76 Verordnung 2023/988 (Fn. 64).

77 Richtlinie 2001/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3.12.2001 über die allgemeine Produktsicherheit, Amtsblatt Nr. L 11/4 vom 15.1.2002.

cherheit von Non-Food-Produkten für Verbraucher zu aktualisieren und den Rechtsrahmen an die spezifischen Herausforderungen neuer Technologie und Geschäftsmodelle anzupassen. Sie baut dazu ein eigenes Gewährleistungsregime in Kombination mit Massnahmen der Marktüberwachung auf.⁷⁸ Jede Verbindung oder Inkorporation digitaler Elemente inkl. vorgesehener Konnektivität müssen durch den verantwortlichen Wirtschaftsakteur hinsichtlich ihrer Sicherheit bewertet werden, unabhängig von der Eigenschaft des digitalen Elements als KI-System nach KI-VO. Die Wirtschaftsakteure in den EU-Mitgliedstaaten hatten bis zum 13. Dezember 2024 Zeit, sich auf die neuen Vorschriften vorzubereiten.

In der Schweizer Lehre wurde schon vielfach festgestellt und begründet, dass das *schweizerische PrHG* (parallel zur europäischen ProdHaftRL 1985) *im Hinblick auf KI aktualisiert* werden sollte.⁷⁹ Wie die europäische Produkthaftungsrichtlinie von 1985 ist auch das PrHG auf herkömmliche Produkte in Form physischer Gegenstände ausgerichtet, die nach Herstellung in Verkehr gebracht und danach nicht mehr beeinflusst werden. Ein modernes PrHG und ein modernes PrSG, welche für KI verhaltenssteuernd wirken sollen⁸⁰, brauchen deshalb in der Schweiz ebenfalls Anpassungen, und zwar die nachfolgend diskutierten (1. bis 6.).⁸¹ Mit Anpassungen kann das PrHG – wie Fellmann zu Recht sagt – ein geeignetes Einfallstor für eine KI-Haftung darstellen⁸² und sogar an Bedeutung gewinnen; bis anhin wurde es oft durch die deliktische Produzentenhaftung nach Art. 55 OR verdrängt.⁸³

78 P. Reusch, KI und Software im Kontext von Produkthaftung und Produktsicherheit, RD 2023, 152 (155 ff.).

79 Wildhaber (Fn. 7), 24 ff. Ausserdem: Fellmann (Fn. 6), 106 ff.; Lohmann (Fn. 6), 111 ff.; B. Koch/P. Pichonnaz, Der Entwurf einer neuen EU-Produkthaftungsrichtlinie aus schweizerischer Sicht, SJZ 2023, 627 (637 ff.).

80 Hänsenberger (Fn. 11), N 42; Rey/Wildhaber (Fn. 59), N 1493 ff.

81 Die in 1.-6. diskutierten Punkte entsprechen weitgehend Kapitel IV.B. in Wildhaber (Fn. 7), 24 ff.

82 Fellmann (Fn. 6), 106 ff.

83 Wildhaber (Fn. 7), 25; So auch Lohmann (Fn. 6), 115; Wagner (Fn. 36), 127; Wagner (Fn. 6), 198 f., 231 ff.; Koch/Pichonnaz, Der Entwurf einer neuen EU-Produkthaftungsrichtlinie aus schweizerischer Sicht, Schweizerische Juristen-Zeitung 2023, 627 (637).

1. Produkt

Auch in der Schweiz wird des Längeren schon die Frage viel diskutiert, *ob Software unter den Begriff des Produkts* fallen soll,⁸⁴ obwohl dieser Begriff auf physische Gegenstände beschränkt ist. Im Zeitalter der Digitalisierung wird die Unterscheidung zwischen Produkten materieller oder immaterieller Art schwierig. Denn heutzutage wird Software nicht mehr auf materiellen Speichermedien wie Festplatten, DVD oder USB-Sticks verteilt, sondern von einem Cloud-Server heruntergeladen. Die Art und Weise, in der Computerprogramme gespeichert, kopiert und verbreitet werden, kann deshalb nicht relevant dafür sein, ob es sich um ein Produkt handelt. Isolierte Software in jeder Form ist eine typische Erscheinung der fortschreitenden Digitalisierung und gehört deshalb zwingend in den Anwendungsbereich einer Produkthaftung. Das entspricht der Auffassung und den Vorschlägen der ProdHaftRL 2024.⁸⁵ Dass isolierte Steuerungssoftware als Produkt gilt, sollte im Interesse der Rechtssicherheit auch im PrHG explizit geklärt werden.⁸⁶

Ein weiteres Problem im Zusammenhang mit dem Produktbegriff ist die *Abgrenzung von Produkten und Dienstleistungen (digital services)*.⁸⁷ In den Vorschriften der EU gibt es keine Definition für Dienstleistungen. Der EuGH hat festgestellt, dass Produkte materielle Objekte sind, Dienstleistungen hingegen nicht.⁸⁸ Dienstleistungen zeichnen sich dadurch aus, dass sie aus Handlungen bestehen, für die bezahlt wird, dass aber kein Eigentumsrecht daran existiert.⁸⁹ Das Konzept der Differenzierung zwischen

84 Befürwortend *Fellmann* (Fn. 70), Art. 3 PrHG N 10; *Hänsenberger* (Fn. 11), N 14; *Rey/Wildhaber* (Fn. 59), N 1427; *V. Roberto*, *Haftpflichtrecht*, 3. Aufl., Bern 2022, N 09.10; *I. Schwenzer/C. Fountoulakis*, *Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil*, 8. Aufl., Bern 2020, N 53.35; *Werro* (Fn. 70), N 627.

85 Art. 4 Nr. 1 ProdHaftRL 2024 und Erw. 13 ff.

86 *Wildhaber* (Fn. 7), 25; *Fellmann* (Fn. 6), 107; *Lohmann* (Fn. 6), 115; *R. Weber*, *Liability in the Internet of Things*, *Journal of European Consumer and Market Law* (EuCML) 2017, 207 (210); *Koch/Pichonnaz*, (Fn. 83), 638.

87 *Wildhaber* (Fn. 7), 26; *Expert Group Report 2019* (Fn. 5), 28; *Weissbuch KI 2020* (Fn. 6), 16; *Kommissionsbericht KI 2020* (Fn. 5), 16; *Bureau Européen des Unions de Consommateurs*, *Product Liability 2.0, How to make EU rules fit for consumers in the digital age*, Bruxelles 2020, 7; *A. Bertolini*, *Artificial Intelligence and Civil Liability: Legal Affairs*, *Study for the JURI Committee by the Directorate-General for Internal Policies*, PE 621.926, 7/2020, 57; *Seehafer/Kohler* (Fn. 23), 214.

88 Case C137/09, *Marc Michel Josemans v Burgemeester van Maastricht*, ECLI:EU:C:2010:774.

89 *J.M. Rathmell*, *What Is Meant by Services?*, *Journal of Marketing* 1966, 32 (32 ff.).

Produkten und Dienstleistungen verschwimmt bei integrierter Software. Physische Produkte werden oft in Verbindung mit digitalen Inhalten oder einer digitalen Dienstleistung geliefert. Gegenstände, die früher als vom Verbraucher gekaufte Produkte konsumiert wurden, werden heute nicht nur in der Cloud, sondern oft auch als Dienstleistungen von einem Dienstleister bereitgestellt.⁹⁰ Wo Verbraucher früher beispielsweise eine DVD kauften, haben sie heute ein Abonnement für Netflix oder Spotify. Digitale Güter haben die Unterscheidung zwischen Produkten und Dienstleistungen verwischt;⁹¹ deren Risiken können aber durchaus dieselben sein.⁹² In der europäischen Produkthaftungsrichtlinie wird der Komponentenbegriff (Art. 4 Nr. 4 ProdHaftRL 2024) erweitert und umfasst auch einen mit dem Endprodukt verbundenen 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» (Art. 4 Nr. 3 ProdHaftRL 2024). Verbundene Dienste sind für die Sicherheit des Produkts genauso grundlegend wie physische oder digitale Komponenten (Erw. 17). Solche Dienste müssen aber zumindest «unter Kontrolle des Herstellers» mit dessen Endprodukt verknüpft sein (Art. 4 Nr. 5, Erw. 18 ProdHaftRL 2024).⁹³

Das gleiche Problem der verschwimmenden Abgrenzung gibt es in der Schweiz. Auch hier sollten klare Definitionskriterien bzw. eine Erweiterung des Produktbegriffs auf verbundene Dienstleistungen diskutiert werden.

2. Schaden

Nicht nur in Diskussionen um die Revision der europäischen Produkthaftungsrichtlinie, sondern auch im Schweizer PrHG stellt sich die Frage, ob der *ersatzfähige Schaden nicht erweitert werden sollte*.⁹⁴ Man könnte den Schadensbegriff in der Schweiz wie bei der Produzentenhaftung nach Art. 55 OR auf Verletzungen von Persönlichkeitsrechten und eigentumsähnlichen Rechten erweitern. Man könnte diskutieren, ob der Schaden im

90 *Rachum-Twaig* (Fn. 7), 1157.

91 Expert Group Report 2019 (Fn. 5), 28; *Rachum-Twaig* (Fn. 7), 1172.

92 Y. Benhamou/J. Ferland, Artificial Intelligence & Damages: Assessing Liability And Calculating The Damages, in: G. D'Agostino/C. Piovesan/A. Goan (eds.), *Leading Legal Disruption: Artificial Intelligence and a Toolkit for Lawyers and the Law*, Thomson Reuters Canada 2020, 165 (178).

93 Koch/Pichonnaz (Fn. 83), 631.

94 Wildhaber (Fn. 7), 27; Expert Group Report 2019 (Fn. 5), 19; Art. 6 ProdHaftRL 2024.

PrHG nicht auch Diskriminierungsschäden,⁹⁵ Vermögensschäden, namentlich Datenschäden⁹⁶, erfassen sollte,⁹⁷ ob der Sachschaden des gewerblichen Nutzers nicht ebenfalls gedeckt sein sollte,⁹⁸ ob «Weiterfresserschäden» gedeckt werden sollten⁹⁹, oder ob auch immaterielle Schäden bzw. eine «perte d'une chance» umfasst sein sollten.¹⁰⁰

Die europäische Produkthaftungsrichtlinie schützt neu die «Vernichtung oder Beschädigung von Daten, die nicht für berufliche Zwecke verwendet werden» (Art. 6 Abs. 1c ProdHaftRL 2024, Erw. 20). Der Anspruch auf Schadenersatz erstreckt sich auch auf immaterielle Verluste, soweit für Verluste dieser Art nach nationalem Recht eine Entschädigung geleistet werden kann (Art. 6 Abs. 2 ProdHaftRL 2024, Erw. 23).

3. Hersteller

Bei KI-basierten Lösungen sind oftmals *mehrere Parteien an der Bereitstellung des Produkts oder der Dienstleistung beteiligt*. Wenn die Sorgfalt jeder Partei notwendig ist, um einen Fehler zu vermeiden (komplementäre Bemühungen), und Gerichte die Fehlerquelle nicht verifizieren können, wird der Grad der Sorgfalt ineffizient niedrig sein.¹⁰¹ Die Grenzen der verantwortlichen Parteien können verschwimmen, wenn KI-Systeme Daten verarbeiten, die von Dritten bereitgestellt werden, oder wenn sie autonom Daten aus der Umgebung sammeln, die durch benutzerspezifische Einstellungen gesteuert werden.¹⁰² Die Verantwortlichkeiten können dann verschwimmen, wenn Produkte entbündelt werden und Erstausrüster die

95 Die ProdHaftRL 2024 erfasst reine Diskriminierungsschäden nicht (vgl. Erw. 24). Anders z.B. Art. 82 und Erw. 75 der Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung).

96 Siehe dazu Erw. 20 ProdHaftRL 2024; Koch/Pichonnaz (Fn. 83), 632, 639.

97 Expert Group Report 2019 (Fn. 5), 19, 59 ff. Ähnlich im Zusammenhang mit der Biotechnologie Wildhaber (Fn. 28), 631 ff.

98 Bejahend F. von Westphalen, Haftungsfragen beim Einsatz künstlicher Intelligenz in Ergänzung der Produkthaftungs-RL 85/374/EWG, ZIP 2019, 889 (894 f.); Fellmann (Fn. 6), 109; Rey/Wildhaber, (Fn. 59), N 1418 ff.

99 Bejahend Koch/Pichonnaz (Fn. 83) (Fn. 8379), 632.

100 Vgl. BGE 137 III 226 E. 2.3; BGE 133 III 462 E. 4.4.3; Erw. 59. ProdHaftRL 2024.

101 Wildhaber (Fn. 7), 27 f.; H. Steege, Auswirkungen von künstlicher Intelligenz auf die Produzentenhaftung in Verkehr und Mobilität, NZV 2021, 6 (12).

102 Wildhaber (Fn. 7), 27 f.; Seehafer/Kohler (Fn. 23), 216.

Kontrolle über die Sicherheitsmerkmale der von ihnen in Verkehr gebrachten Produkte verlieren.¹⁰³ Das macht die Haftungszuweisung komplex und Spezialisten oft notwendig.¹⁰⁴ Die unklare Aufteilung der Haftung zwischen verschiedenen Herstellern und Betreibern und zwischen verschiedenen Herstellerparteien ist einer der grossen Problemkreise bei einer Haftung für KI (siehe B.I.). Es ist deshalb sinnvoll zu klären, inwiefern KI-Programmierer, Algorithmus-Trainer, Datenlieferanten oder Gerätehersteller produkt-haftpflichtig sind.

Wenn neue Kategorien von Herstellern definiert werden, wie es die europäische Produkthaftungsrichtlinie mit dem Konzept der Fulfilment-Dienstleister (Art. 8 Abs. 1c ProdHaftRL 2024) oder der Online-Plattform (Art. 8 Abs. 4 ProdHaftRL 2024) vorschlägt, müssen diese sehr klar definiert werden, damit Hersteller wissen, wo die Grenzen gezogen werden.

Des Weiteren haftet der Hersteller einer fehlerhaften Komponente, wenn diese Komponente in ein unter Kontrolle des Herstellers stehendes Produkt integriert oder mit einem unter Kontrolle des Herstellers stehenden Produkt verbunden wurde und die Fehlerhaftigkeit dieses Produkts verursacht hat, unbeschadet der Haftung des Herstellers (Art. 8 Abs. 1b ProdHaftRL 2024). In der Schweiz wäre die Lehre ebenfalls dankbar für eine Klärung, ob Hersteller eines Teilprodukts für einen Schaden am Gesamtprodukt haften.¹⁰⁵

4. Produktfehler

Was im Zusammenhang mit einem KI-System als Produktfehler zu gelten hat, ist entscheidend.¹⁰⁶ Der *Produktfehler bei KI wird denn auch in der Schweiz sehr kontrovers diskutiert*: Ein Teil der Schweizer Lehre ist der Ansicht, dass Hersteller für Fehlentscheidungen der KI nicht haften, weil das Fehlermachen für selbstlernende Algorithmen geradezu charakte-

103 Wildhaber (Fn. 7), 27 f.; G. Wagner, Robot Liability, in: S. Lohsse/R. Schulze/D. Staudenmayer (Hrsg.), Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things, Baden-Baden 2019, 25 (50 f.); Wagner (Fn. 23), 607.

104 Wildhaber (Fn. 7), 27 f.; Weber (Fn. 86).

105 Fellmann (Fn. 70), Art. 1 PrHG N 12; Hänsenberger (Fn. 11); Rey/Wildhaber (Fn. 59), N 1475 ff.; BGer 4A.261/2015.

106 Das Kapitel zum Produktfehler entspricht Wildhaber (Fn. 7), 28 ff.; Seehafer/Kohler (Fn. 23), 23 ff.; G. Wagner, Produkthaftung für autonome Systeme, AcP 2017, 707 (724 ff.).

ristisch sei.¹⁰⁷ Das PrHG bezweckt aber die Sicherheit der Produkte und stellt dabei auf die Sicherheitserwartungen ab (Art. 4 Abs. 1 PrHG).¹⁰⁸ Ein Produktfehler ist nicht ausgeschlossen, nur weil eine Produkteigenschaft unvermeidbar und typisch ist.¹⁰⁹ Aus der Informationstechnologie wissen wir, dass es statistisch unvermeidbare Softwarefehler gibt.¹¹⁰ Das führt dennoch nicht dazu, dass die Sicherheitserwartungen herabgesetzt würden.¹¹¹ Dies muss m.E. auch für KI-Systeme gelten, weshalb ich mit Lohmann der Ansicht bin, dass der Hersteller auch für aus der Lernfähigkeit resultierende Schäden nach Art. 1 PrHG haftet.¹¹² Das bezieht sich nur auf das vor dem Inverkehrbringen Gelernte. Dieses Risiko eines Produktfehlers kann durch eine sichere Konstruktion, durch Schutzmassnahmen und Benutzereinformationen gemindert werden.¹¹³ Die Fehlerhaftigkeit bestimmt sich zwar nach dem Zeitpunkt des Inverkehrbringens (Art. 4 Abs. 1 lit. c PrHG) und der Hersteller haftet nicht für Fehler, die erst nach Inverkehrbringen entstanden sind (Art. 5 Abs. 2 lit. b PrHG). Es kann sich dennoch um einen Konstruktionsfehler handeln, wenn ein KI-System einen Schaden verursacht, weil der Lernprozess zu risikoreich war, weil er Fehlentscheidungen begünstigt oder weil die Softwarearchitektur nicht ausreichend geprüft wurde.¹¹⁴ Denn der Hersteller legt so die Weichen für die Entwicklungsfähigkeit und schafft damit die Gefahr eines aus dieser Fähigkeit resultierenden Schadens.¹¹⁵ Der *Produktfehler besteht* gemäss Lohmann in der *Standardabweichung*, nicht in der Lernfähigkeit., d.h. in der Verletzung

107 Fellmann (Fn. 6), 108; Hänsenberger (Fn. 11), N 20; C. Widmer Lüchinger, Apps, Algorithmen und Roboter in der Medizin: Haftungsrechtliche Herausforderungen, Haftung und Versicherung (HAVE) 2019, 3 (11).

108 Dazu BGE 133 III 81 E. 3.1; Roberto (Fn. 84), N 09.11; Schwenzer/Fountoulakis (Fn. 84), N 53.37; Rey/Wildhaber (Fn. 59), N 1431 ff.; Fellmann (Fn. 70), Art. 4 PrHG N 2 und 8 ff.

109 Lohmann (Fn. 6), 115.

110 W. Straub, Produktheftung für Informationstechnologiefehler, Zürich 2002, N 45.

111 M. Lohmann, Automatisierte Fahrzeuge im Lichte des Schweizer Zulassungs- und Haftungsrechts, Diss. St. Gallen, Baden-Baden 2015, 328 f.; Roberto (Fn. 84), N 09.16; Straub (Fn. 110), N 47; von Westphalen (Fn. 98), 893.

112 Lohmann (Fn. 6), 115; Zech (Fn. 6), A 70. Anders Hänsenberger (Fn. 11), N 9 ff. und S. Hänsenberger, Die zivilrechtliche Haftung für autonome Drohnen unter Einbezug von Zulassungs- und Betriebsvorschriften, Diss. St. Gallen, Berlin 2018, 122 ff., der zwischen Produktfehlern und Fehlentscheidungen differenziert.

113 Lohmann (Fn. 11), 158.

114 Lohmann (Fn. 11), 158; Zech (Fn. 6), A 70; Fellmann (Fn. 70), Art. 4 PrHG N 28e. Anders Hänsenberger (Fn. 11), N 25; Widmer Lüchinger (Fn. 107), 11.

115 Fellmann (Fn. 70), Art. 4 PrHG N 28e, Lohmann (Fn. 6), 116; Zech (Fn. 6), A 35.

der Sicherheitserwartungen aufgrund ungenügender Absicherung.¹¹⁶ Der Hersteller muss das KI-System so konstruieren, dass systemimmanente Sicherheitsrisiken möglichst vermieden werden.¹¹⁷ Bei der Bestimmung der Standardabweichung kommt technischen Normen eine vermehrte Bedeutung zu: So haben z.B. die Internationale Organisation für Normung (ISO) und die Internationale Elektrotechnische Kommission (IEC) im Mai 2020 einen Fachbericht zur Vertrauenswürdigkeit von KI publiziert, in dem an bestimmte Sicherheitserwartungen angeknüpft wird.¹¹⁸ Wenn das KI-System grundsätzlich sicherer ist als die Handhabung durch Menschen, sollte man beim Annehmen eines Produktfehlers zurückhaltend sein, auch wenn das System bei einzelnen Aufgaben Fehler macht, die Menschen nicht unterlaufen wären.¹¹⁹ Bei KI-Systemen muss man sich deshalb fragen, inwiefern akzeptiert werden muss, dass es einen Schaden verursachen kann bzw. ab welcher Schadenshäufigkeit ein Produktfehler angenommen werden muss.¹²⁰ Auch bei KI-Systemen kann eine absolute Fehlerfreiheit berechtigterweise nicht erwartet werden.

In Deutschland hat *Wagner* als Lösungsansatz für die Fehlerfrage bei Lernfähigkeit von KI-Systemen die *Ausweitung des Produktfehlers für voll-autonome KI-Anwendungen* (ohne menschliche Aufsicht) *auf jeden Schaden, den sie verursachen*, diskutiert.¹²¹ Für eine solche strikte Herstellerhaftung spricht zwar, dass der Hersteller die Sicherheit des Produkts am besten beurteilen kann und ausserdem vom Verkauf des Produkts profitiert.¹²² Sie hätte aber den Nachteil, dass der Hersteller das Produkt nicht mehr

116 *Lohmann* (Fn. 6), 117; *Wagner*, Roboter als Haftungssubjekte? Konturen eines Haftungsrechts für autonome Systeme, in: F. Faust/H. Schäfer (Hrsg.), *Zivilrechtliche und rechtsökonomische Probleme des Internet und der künstlichen Intelligenz*, Tübingen 2019, 1 (14). Anders *Hänsenberger* (Fn. 11), N 25; *Widmer/Lüchinger* (Fn. 107), 11.

117 *Rosenthal* (Fn. 72), 133; *Wagner* (Fn. 116), 16; *Zech* (Fn. 6), A 70.

118 ISO/IEC TR 24 028:2020 (E), Technical Report, Information technology – Artificial intelligence – Overview of trustworthiness in artificial intelligence, E. 3.42.

119 *P. Hacker*, Europäische und nationale Regulierung von Künstlicher Intelligenz, NJW 2020, 2142 (2142); *Wagner* (Fn. 6), 735.

120 *Buiten/De Streel/Peitz* (Fn. 10) 36 f.; Kommissionsbericht KI 2020 (Fn. 5), 19.

121 *G. Wagner* (Fn. 116) 18 ff.

122 *C. Cauffman*, Robo-liability: The European Union in search of the best way to deal with liability for damage caused by artificial intelligence, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2018, 527 (530); *H. Zech*, Künstliche Intelligenz und Haftungsfragen, Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft (ZfPW) 2019, 198 (214); *Zech* (Fn. 6), A 98 ff.; ausführlich zu den Vor- und Nachteilen einer strikten Herstellerhaftung: *Wagner* (Fn. 116), 18 ff.

als vollständig autonom vermarkten würde oder ausführlich informieren¹²³ würde, dass in vielen Kontexten das Produkt von Menschen überwacht werden muss. Auch aus einer ökonomischen Sicht wäre es nicht sinnvoll, absolute Produktsicherheit zu verlangen.¹²⁴ Es würde KI-Hersteller zwingen, die negativen externen Effekte zu tragen, ohne für den Wert der enormen positiven externen Effekte der KI entschädigt zu werden,¹²⁵ und es würde bedeuten, dass man erst eine fast perfekte KI einsetzen würde. Aus diesen Gründen halte ich die Lösung einer strikten Herstellerhaftung in der Schweiz nicht für sinnvoll.

Hacker hat die *Differenzierung von verschiedenen Arten von Fehlern* und die Beschränkung der Produkthaftung auf Fabrikationsfehler vorgeschlagen.¹²⁶ Dieser Lösungsansatz widerspricht der bisherigen schweizerischen Rechtspraxis.¹²⁷ Er würde die Produkthaftung bei KI-Systemen im Vergleich zu anderen Produkten einschränken, denn Fabrikationsfehler werden bei KI-Systemen seltener sein als Konstruktions- und Instruktionsfehler.¹²⁸

Des Weiteren stellt sich die Frage, wann ein Produktfehler vorliegt, *wenn bei einem KI-System Software-Updates notwendig sind*. Grundsätzlich haften Hersteller nicht für Fehler, die auftreten, nachdem ein Produkt in Verkehr gebracht wurde. Das widerspiegelt, dass Hersteller von diesem Zeitpunkt an keine Kontrolle mehr über das Produkt haben. Hängt jedoch die Produktsicherheit von Software-Updates des Herstellers ab, kann man nicht mehr von einer fehlenden Kontrolle des Herstellers reden.¹²⁹ Bis anhin wurde diese dynamische Natur in der ProdHaftRL 1985 und im PrHG nicht berücksichtigt.¹³⁰

Die ProdHaftRL 2024 handhabt die Fragen rund um den *Produktfehler* nun folgendermassen: Die «Auswirkungen der Fähigkeit des Produkts, nach seinem Inverkehrbringen oder seiner Inbetriebnahme weiter zu lernen oder neue Funktionen zu erwerben», auf die Sicherheit eines Produkts sollten ebenfalls berücksichtigt werden, um der berechtigten Erwartung

123 W. Smart/C. Grimm/W. Hartzog, An Education Theory of Fault for Autonomous Systems, Notre Dame Journal of Emerging Technologies 2021, 33 (45 ff.).

124 von Westphalen (Fn. 98), 250; J. Yoshikawa, Sharing the Costs of Artificial Intelligence: Universal No-Fault Social Insurance for Personal Injuries, Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law 2018, 1155 (1165, 1171).

125 Yoshikawa (Fn. 124), 1155 ff.

126 Hacker (Fn. 119), 2146.

127 Rey/Wildhaber (Fn. 59), N 1117 ff. m.w.H.

128 Rachum-Twaig (Fn. 7), 1144.

129 Expert Group Report 2019 (Fn. 5), 28.

130 Expert Group Report 2019 (Fn. 5), 43; Benhamou/Ferland (Fn. 9), 178.

Rechnung zu tragen, dass die Software eines Produkts und die zugrundeliegenden Algorithmen so konzipiert sind, dass ein gefährliches Produktverhalten verhindert wird (Art. 7 Abs. 2c, Erw. 32 ProdHaftRL 2024). Folglich sollte ein Hersteller, der ein Produkt entwickelt, das die Fähigkeit aufweist, unerwartetes Verhalten zu entwickeln, auch weiterhin für ein Verhalten haften, das einen Schaden verursacht (Erw. 32). Da Produkte so konzipiert werden können, dass sie durch Softwareänderungen, einschliesslich Upgrades, verändert werden können, sollten für Änderungen, die im Wege eines Software-Updates oder -Upgrades vorgenommen werden, dieselben Grundsätze gelten wie für Änderungen, die auf andere Weise vorgenommen werden. Erfolgt eine wesentliche Änderung durch ein Software-Update oder -Upgrade oder aufgrund des kontinuierlichen Lernens eines KI-Systems, so sollte davon ausgegangen werden, dass das erheblich veränderte Produkt zum Zeitpunkt der tatsächlichen Änderung auf dem Markt bereitgestellt oder in Betrieb genommen wurde (Erw. 40). Die ProdHaftRL 2024 sieht aber keine eigentliche Verpflichtung zur Bereitstellung von Updates oder Upgrades für ein Produkt vor (Erw. 51).

In dieser Hinsicht ist der aktuelle *Art. 4 PrHG unzureichend*, weil er nur für nicht-digitale Produkte gedacht war. Bei diesen gab der Hersteller jeglichen Einfluss auf die sicherheitsrelevanten Eigenschaften des Produktes auf, sobald dieses aus seiner Hand gegeben und in Verkehr gebracht worden war. Es wird ohne Anpassung des PrHG-Gesetzestextes für die Rechtsprechung schwierig sein, die Aktualisierung eines digitalen Produktes als «Inverkehrbringen» eines Updates und dieses damit selbst als (neues) Produkt zu bezeichnen, zumal solche Updates ja rein digital sind und in die bestehende Software integriert werden.

5. Entlastung

Der Hersteller kann sich entlasten – v.a. zwei Entlastungsgründe sind hier wichtig: die Einrede des Entwicklungsrisikos und die Einrede des nach Inverkehrbringen entstandenen Schadens. Bei einer Überarbeitung des PrHG sollte die Geltung dieser Einreden der Hersteller mit Blick auf KI überdacht und diskutiert werden.¹³¹

131 Expert Group Report 2019 (Fn. 5), 6; Kommissionsbericht KI 2020 (Fn. 5), 18; Benhamou/Ferland (Fn. 92), 178 f.; Wildhaber (Fn. 7), 32.

Bei der *Einrede des Entwicklungsrisikos* kann sich der Hersteller für Entwicklungsrisiken entlasten, das sind unvorhersehbare Risiken, die im Zeitpunkt des Inverkehrbringens des Produkts nach dem damaligen Stand der Wissenschaft sowie der Technik nicht erkennbar waren.¹³² Im Hinblick auf KI-Systeme ist zu prüfen, was der Stand der Wissenschaft und Technik zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens war, was sich nach technischen Standards, z.B. DIN-, CEN- und ISO-Normen, bestimmt. Darüber hinaus können technische Anforderungen an besonders gefahrgeneigte Produkte auch in speziellen Gesetzen festgelegt sein, z.B. für Medizinprodukte im Heilmittelgesetz (HMG)¹³³.

KI-Systeme könnten die Hersteller zu dieser Einrede nach Art. 5 Abs. 1 lit. e PrGH hinziehen.¹³⁴ Wenn ein KI-System mit Lernfähigkeiten einen Schaden verursacht, könnte der Hersteller argumentieren, dass der besondere Lern- und Entscheidungsprozess *nicht vorhersehbar* war und es sich um ein Entwicklungsrisiko handelt.¹³⁵ Dagegen kann argumentiert werden, dass die Risiken der KI-Systeme abstrakt bekannt sind, weshalb insgesamt zweifelhaft ist, ob es sich um ein Entwicklungsrisiko handelt.¹³⁶ Die Haftungsfreistellung aufgrund der Einrede des Entwicklungsrisikos erscheint also fraglich wegen der programmierten Unvorhersehbarkeit und der Möglichkeit für Upgrades.

In der ProdHaftRL 2024 ist eine *Haftungsbefreiung* möglich, wenn es dem Wirtschaftsakteur aufgrund des wissenschaftlichen und technischen Kenntnisstands zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens oder der Inbetriebnahme des Produkts oder in dem Zeitraum, in dem sich das Produkt unter der Kontrolle des Herstellers befand, nicht möglich war, die Fehlerhaftigkeit des Produkts zu entdecken (Art. 11 Abs. 1e ProdHaftRL 2024).

132 BGE 137 III 226 E. 4; Fellmann (Fn. 70), Art. 5 PrHG N 15; Schwenzer/Fountoulakis (Fn. 84), N 53.36; Wildhaber (Fn. 4), 383 ff.; H. Zech, Haftung für «emerging risks», in: S. Fuhrer (Hrsg.), Jahrbuch der Schweizerischen Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht 2016, Zürich 2016, 17 (19).

133 Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG) vom 15.12.2000 (SR 812.21).

134 A. Bertolini, Robots as Products: The Case for a Realistic Analysis of Robotic Applications and Liability Rules, Law, Innovation & Technology 2013, 214 (239 ff.); Seehafer/Kohler (Fn. 23), 215; Expert Group Report 2019 (Fn. 5), 29.

135 Vgl. Hänsenberger (Fn. 11), N 21; Seehafer/Kohler (Fn. 23), 215 f.

136 So Zech (Fn. 122), 213; von Westphalen (Fn. 98), 893; Lohmann (Fn. 6), 119 (für eine Entwicklungslücke); Teubner (Fn. 6), 190; Expert Group Report 2019 (Fn. 5), 6 N 14, 43; vgl. auch generell zurückhaltend Fellmann (Fn. 70), Art. 4 PrHG N 28e.

Gemäss Art. 18 ProdHaftRL 2024 sind Abweichungen vom Schutz gegen Entwicklungsrisiken unter gewissen Umständen möglich.

Eine zweite Entlastungseinrede bietet der *Zeitpunkt des Inverkehrbringens*: Der Hersteller haftet nicht, wenn nach den Umständen davon auszugehen ist, dass der schadensverursachende Fehler noch nicht vorlag, als er das Produkt in Verkehr brachte (Art. 5 Abs. 1 lit. b PrHG).¹³⁷ Auch hier geht es um die Kontrolle des Produkts, denn das Produkt verlässt mit Inverkehrbringen den Machtbereich des Herstellers, sodass dieser keinen Einfluss mehr auf Änderungen hat. Es ist im Schweizer Recht umstritten, wie diese Entlastungseinrede bei lernfähigen KI-Systemen anzuwenden ist.¹³⁸ Im KI-System ist das Risiko einer Fehlfunktion nach Inverkehrbringen von zahlreichen Faktoren abhängig.¹³⁹ Für welche dieser Faktoren nach Inverkehrbringen der Hersteller sich entlasten können soll, ist die Grundfrage. Dabei gilt es zu bedenken, dass das Produkthaftungsrecht bei KI beim «Verhalten» des lernfähigen KI-Systems selbst, also auf der Systemebene, ansetzen muss.¹⁴⁰ Denn der Einfluss des Herstellers auf sein Produkt reicht bei digitalen Systemen regelmässig über den Zeitpunkt des Inverkehrbringens hinaus und erstreckt sich auf die volle Einsatzdauer des Produkts.¹⁴¹

Die europäische Hochrangige Expertengruppe hatte in ihrem Bericht 2019 vorgeschlagen, die Produkthaftung auch auf Fehler auszuweiten, die erst nach Inverkehrbringen im Lauf der Nutzung entstehen.¹⁴² Dies würde bedeuten, dass Hersteller bei einem lernfähigen, sich ständig weiterentwickelnden Produkt ihrer *Produktbeobachtungspflicht* besonders detailliert nachgehen müssten, indem sie durch Updates und allenfalls sogar Upgrades auch nach Inverkehrbringen auf den Produktzustand Einfluss nehmen würden.¹⁴³ Eine solche Produktbeobachtungspflicht mit Updatepflicht ergibt sich derzeit im schweizerischen Recht nur aus der deliktischen Produzentenhaftung nach Art. 55 OR.¹⁴⁴ Spezialgesetzlich ist sie vorgeschrieben für Medizinprodukte, für Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände

137 Fellmann (Fn. 70), Art. 5 PrHG N 6 ff.; Rey/Wildhaber (Fn. 59), N 1465.

138 Vgl. Lohmann (Fn. 6), 118; Fellmann (Fn. 70), Art. 4 PrHG N 28e.

139 Lohmann (Fn. 6), 118; vgl. auch Wagner (Fn. 6), 734.

140 Wagner (Fn. 6), 734.

141 Wagner (Fn. 6), 734.

142 Expert Group Report 2019 (Fn. 5), 28.

143 Seehofer/Köhler (Fn. 23), 217; Zech (Fn. 6), A 73.

144 Rey/Wildhaber (Fn. 59), N 1451; Schwenger/Fountoulakis (Fn. 84), N 53.38.

oder für die unter das PrSG fallenden Produkte (Art. 8 PrSG).¹⁴⁵ Sie wäre für KI eine sinnvolle Option, die aber für Hersteller aufwändig und teuer ist. Interessanterweise gab es auch schon im Gentechnikrecht eine Bestimmung, welche eine Produkthaftung für erlaubt in Verkehr gebrachte Produkte vorsah: die kuriose Sonderbestimmung von Art. 30 Abs. 2 GTG, wonach der Bewilligungsinhaber im Bereich der grünen Gentechnik für den Schaden, der land- und waldwirtschaftlichen Betrieben oder Konsumenten durch erlaubt in Verkehr gebrachte gentechnisch veränderte Organismen entsteht, einzustehen hat, und dies auch dann, wenn er sämtliche von den Behörden geforderten Sicherheitsprüfungen erfüllt hat.¹⁴⁶ Diese Sonderbestimmung war politisch motiviert und wurde von der Lehre damals aus haftpflichtrechtlicher Sicht kritisiert.¹⁴⁷

Die Europäische Kommission hat 2020 hervorgehoben, dass die vor dem Inverkehrbringen des Produkts durchgeführte Risikobewertung möglicherweise nicht mehr der späteren Verwendung, Funktionsweise oder dem Verhalten des Produkts entspreche.¹⁴⁸ Durch die explizite Erweiterung um digitale Produkte und Komponenten wird es notwendig, den bislang ganz zentralen Zeitpunkt des Inverkehrbringens zu verschieben, da nachfolgende Updates dann mitzuberücksichtigen sind, wenn sie weiterhin unter der «Kontrolle» des Herstellers erfolgen, also entweder von ihm selbst bereitgestellt werden oder zumindest mit seiner Genehmigung (Art. 11 Abs. 1e ProdHaftRL 2024, Art. 11 Abs. 2 ProdHaftRL 2024).¹⁴⁹ Deshalb wird in der ProdHaftRL 2024 bei der Bewertung der Fehlerhaftigkeit eines Produktes der Zeitpunkt berücksichtigt, zu dem das Produkt in Verkehr gebracht oder in Betrieb genommen wurde, oder, wenn der Hersteller nach diesem Zeitpunkt die Kontrolle über das Produkt behält, der Zeitpunkt, in dem das Produkt die Kontrolle des Herstellers verlassen hat (Art. 7 Abs. 2e ProdHaftRL 2024). Dabei wird ein Produkt als nach dem Inverkehrbringen weiterhin unter der Kontrolle des Herstellers stehend betrachtet, wenn «der Hersteller eines Produkts in der Lage ist, Software-Updates oder -Upgrades selbst bereitzustellen oder durch einen Dritten bereitstellen zu lassen» (Art. 4 Nr. 5b, Erw. 19 ProdHaftRL 2024).

145 Rey/Wildhaber (Fn. 59), N 1495 ff.

146 Wildhaber (Fn. 28), 640 f.

147 Wildhaber (Fn. 28), 640 f. m.w.H.

148 Kommissionsbericht KI 2020 (Fn. 5), 8.

149 Koch/Pichonnaz (Fn. 83), 630, 640.

6. Beweislast

Die europäische Produkthaftungsrichtlinie in der Fassung von 1985 verlangt von Geschädigten den Beweis, dass das Produkt fehlerhaft war und die Verletzung verursacht hat. Der Beweis kann für den Geschädigten allgemein schwierig sein,¹⁵⁰ weshalb nationale Gerichte Wege entwickelt haben, um die Beweislast in solchen Situationen zu erleichtern, u.a. durch Offenlegungspflichten für den Hersteller oder durch die Aufteilung der Kosten für Sachverständigengutachten.¹⁵¹ Die Kausalität wird wiederum durch nationale Vorschriften geregelt, nicht durch die Produkthaftungsrichtlinie selbst. Bei KI-Produkten ist der Nachweis eines Produktfehlers noch schwieriger, zumal unklar ist, was einen Produktfehler in einem KI-System überhaupt ausmacht (siehe C.III.4.)¹⁵² Die Beurteilung des Kausalzusammenhangs wird oft Expertenrat erfordern, dessen Kosten die Geschädigten von einer Klage abhalten könnten.¹⁵³

Aus diesen Gründen ist in Art. 9 ProdHaftRL 2024 eine Offenlegungspflicht von Beweismitteln, welche auf das erforderliche und verhältnismässige Mass beschränkt ist, vorgesehen. Art. 10 ProdHaftRL 2024 führt eine Vermutung der Fehlerhaftigkeit des Produkts (Abs. 2) sowie eine Vermutung der Kausalität (Abs. 3) ein, wenn gewisse Bedingungen erfüllt sind. Eine derartige Erleichterung oder Umkehr der Beweislast würde die derzeitige Risikoverteilung zum Nachteil der Hersteller erheblich verändern und stark von den derzeitigen Grundsätzen der europäischen Produkthaftungsrichtlinie von 1985 abweichen.¹⁵⁴

In der Schweiz ist es so, dass nach PrHG der Geschädigte grundsätzlich beweisen muss, dass das Produkt fehlerhaft i.S.v. Art. 4 war.¹⁵⁵ Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts im «Kaffeekeknen»-Fall müssen Geschädigte nur beweisen, dass ein Produkt nicht den berechtigten Sicherheitserwartungen des Durchschnittskonsumenten entspricht.¹⁵⁶ Der

150 Expert Group Report 2019 (Fn. 5), 8; Buiten/De Streel/Peitz (Fn. 10), 39; Fellmann (Fn. 6), 109.

151 Cauffman (Fn. 122), 530.

152 Hänsenberger (Fn. 11), N 33; Lohmann (Fn. 6), 117; Zech (Fn. 6), A 73.

153 Cauffman (Fn. 122), 530.

154 Seehafer/Kohler (Fn. 23), 216.

155 Rey/Wildhaber (Fn. 59), N 1446.

156 BGE 133 III 81 E. 4.1 («Kaffeekekne»); BGE 131 III 12 E. 2; B. Klett/D. Müller, Rechtsentwicklungen zum PrHG und PrSG, Haftung und Versicherung (HAVE) 2018, 438 (438 ff.); Rey/Wildhaber (Fn. 59), N 1446; Schwenzer/Fountoulakis (Fn. 84), N 53.42. In BGE 137 III 226 E. 3.2 («Hüftprothese») stellt das Bundes-

Geschädigte muss nicht die konkrete Fehlerart benennen oder technische Hintergründe des Fehlers erläutern. So ist regelmässig schon dann ein Produktfehler anzunehmen, wenn ein Produkt trotz sachgemässen Gebrauchs zu einem Personen- oder Sachschaden geführt hat. Entspricht das Produkt nicht den einschlägigen gesetzlichen Sicherheitsvorschriften oder technischen Normen, so begründet dies ebenfalls eine widerlegbare Vermutung der Fehlerhaftigkeit. Wenn es beim Gebrauch eines Produkts zu einem Unfall kommt, so ist der relevante Geschehensablauf mit dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nachzuweisen.¹⁵⁷ Beweiserleichterungen, wie in Art. 9 ProdHaftRL 2024 vorgesehen, können demnach teilweise durch Fortschreiben dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung schon heute gelten.¹⁵⁸ Das kann auch für den Beweis der Kausalität gelten, wie das Bundesgericht es in ständiger Rechtsprechung angenommen hat.¹⁵⁹ Eine Beweislastumkehr hingegen, wie sie in Art. 10 ProdHaftRL 2024 vorgeschlagen wird, ist als solche im Schweizer Recht bis anhin noch nicht vorgesehen.

D. Ausblick

Dieser Aufsatz zeigt auf, welche Lösungsansätze im Schweizer ausservertraglichen Haftpflichtrecht für KI bestehen und de lege ferenda Sinn ergeben könnten. Dabei sollten sich die Herstellerhaftung und die Betreiberhaftung ergänzen.

Bei den intensiven Diskussionen über die KI-VO und den gescheiterte Richtlinienvorschlag über KI-Haftung ging häufig der Blick auf die wesentlich weitreichenderen Regelwerke der neuen europäischen Verordnung über die allgemeine Produktsicherheit und der Produkthaftungsrichtlinie verloren.¹⁶⁰ In beiden Regelwerken wird neu die Software explizit zum Regelungsgegenstand erklärt. Software ist als Begriff wesentlich weiter als KI (unabhängig davon, wie man diese nun definiert) und deshalb sind diese

gericht indessen klar, dass hieraus keine Umkehr der Beweislast zuungunsten des Herstellers resultiert.

157 BGE 133 III 81 E. 4.2.2 («Kaffeekanne»); *Rey/Wildhaber* (Fn. 59), N 1446.

158 *Koch/Pichonnaz* (Fn. 83), 641.

159 Statt vieler BGE 128 III 271 E. 2b und BGE 132 III 715 E. 3.1; *Fellmann* (Fn. 70), Art. 1 PrHG N 10b.

160 Ebenso *Reusch* (Fn. 78), 152; *D. Bomhard/J. Siglmüller*, Europäische KI-Haftungsrichtlinie, RD 2022, 506 (507).

beiden Regelwerke sehr wichtig für den Softwaremarkt im Allgemeinen. Hersteller werden sich in erster Linie nach den Produktsicherheits- und Produkthaftungsvorgaben richten. Es steht ausser Zweifel, dass auch das Schweizer PrHG und PrSG im Hinblick auf KI und Digitalisierung aktualisiert werden sollten. Solche Anpassungen wurden in der schweizerischen Politik und Presse bis anhin noch wenig diskutiert (vgl. jetzt immerhin oben, B.IV.). Im Rahmen der KI-Regulierungsbemühungen der Schweiz ab 2025 sollte dann aber eine Revision der PrHG und PrSG eine hohe Priorität einnehmen, selbstverständlich zwingend mit Blick auf die revidierten europäischen Regelwerke in diesem Bereich.¹⁶¹

Inwiefern wird nun die Schweiz ihre «Extrawurst» bekommen? Im Bereich Produkthaftung und Produktsicherheit ist die Übereinstimmung mit dem EU-Recht für unsere Wirtschaft unabdingbar.¹⁶² Wir werden in Zukunft die EU-Produkthaftungsrichtlinie wahrscheinlich «autonom nachvollziehen», vielleicht mit ein paar eidgenössischen «Noten», z.B. der Aufgabe der Einschränkung des Schadenersatzes für Sachen zum privaten Gebrauch oder Verbrauch oder zur hauptsächlich privaten Verwendung (Art. 1 Abs. 1 lit. b PrHG).¹⁶³

161 I. Wildhaber, KI und Haftung: Lösungsansätze in der Schweiz, Jusletter IT vom 4.7.2024, N 26 ff. Ebenso Koch/Pichonnaz (Fn. 83), 637.

162 Fellmann (Fn. 6), III.

163 So auch Fellmann (Fn. 6), 110.

Die neue Produkthaftungsrichtlinie und das französische Recht: Update oder Kick-Up?

Jean-Sébastien Borghetti*

Frankreich pflegt eine widersprüchliche Liebesbeziehung mit der Produkthaftung. Um dies zu verstehen, muss man sich vor Augen halten, dass die zivilrechtliche Haftung und insbesondere die Haftung für unerlaubte Handlungen in Frankreich auf eigenwillige Weise behandelt wird, die sich von vielen anderen westlichen Ländern, darunter auch Deutschland, unterscheidet.¹ Während das Anliegen vieler nationaler Rechtsordnungen häufig darin besteht, den Umfang der Haftung für unerlaubte Handlungen zu begrenzen, insbesondere aus Angst vor einer zu großen Belastung der Unternehmen („keep the floodgates shut“), ist das französische Recht historisch gesehen besonders vorteilhaft für die Kläger, die bedeutungsvoll als „Opfer“ (*victimes*) bezeichnet werden. Dies hat dazu geführt, dass auf Initiative des Gesetzgebers, aber auch der Rechtsprechung, umfassende Regelungen zur verschuldensunabhängigen Haftung für unerlaubte Handlungen erlassen wurden. Die Rechtsprechung, insbesondere die *Cour de cassation* (das höchste Gericht in Zivil-, Handels- und Strafsachen), nimmt dabei eine entscheidende Rolle in der Entwicklung ein – was unter anderem darauf zurückzuführen ist, dass der *code civil* von 1804 nicht viel zu dieser Materie sagte. Er widmete ihr nur die Artikel 1382 bis 1386 aF. Anlässlich der Reform des Vertragsrechts von 2016² wurde die Regelung neu in den Artikeln 1240 bis 1244 platziert, ihr Inhalt blieb jedoch unverändert. Eine Reform des Haftungsrechts, die im Zuge der Reform des Vertragsrechts erfolgen sollte, befindet sich noch im Entwurfsstadium.³ Das Deliktsrecht

* Prof. Dr. Jean-Sébastien Borghetti ist Professor für Privatrecht an der Université Paris-Panthéon-Assas.

1 S. auf Deutsch P. Cossalter/J. Dubarry, Einführung in das französische Recht, München 2024, Rn. 823 ff.

2 Für eine Darstellung und Analyse der Reform auf Deutsch s. F. Bien/J.-S. Borghetti (Hrsg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, Tübingen 2018.

3 Für eine Darstellung und Analyse des Reformentwurfs auf Deutsch s. S. Huber/J. Kleinschmidt (Hrsg.), Die Reform des französischen Haftungsrechts im europäischen Kontext, Tübingen 2021.

bleibt also weitgehend von der Rechtsprechung geprägt, auch wenn der Gesetzgeber punktuell eingegriffen hat, hauptsächlich um neue Fälle der verschuldensunabhängigen Haftung zu schaffen und die Regelung der Produkthaftungsrichtlinie von 1985 (ProdHaftRL 1985) umzusetzen.⁴

Der allgemeinere Kontext des französischen Rechts machte die Umsetzung schwierig. Die Hauptproblematik besteht darin, dass die erste Richtlinie, von der angekündigt wurde, dass sie die Situation der Opfer von fehlerhaften Produkten verbessern würde, in Wirklichkeit Rechte, die diese nach französischem Recht hatten, eingeschränkt hat.⁵ Dies hat zu Versuchen geführt, die Richtlinie zu umgehen, was die Beziehung des französischen Rechts zur Richtlinie besonders verkomplizierte. Anlässlich der neuen Richtlinie kann diese Vergangenheit nicht ignoriert werden, da letztere zum Teil beeinflussen wird, wie französische Juristen die Produkthaftungsrichtlinie von 2024 (ProdHaftRL 2024) verstehen und wie diese möglicherweise in französisches Recht umgesetzt wird. Es wird daher hilfreich sein, einen Blick zurück auf die Umsetzung der Richtlinie von 1985 in französisches Recht zu werfen, bevor man einen vorausschauenden Blick auf die Umsetzung der Richtlinie von 2024 wagt.

A. Ein Blick zurück

Auch wenn der Umfang dieses Beitrags es nicht zulässt, allzu sehr ins Detail zu gehen, kann es hilfreich sein, die Geschichte der Haftung für fehlerhafte Produkte in Frankreich in Erinnerung zu rufen, bevor man sich ansieht, welche Fragen sich auch heute noch, bei der Verabschiedung einer neuen Richtlinie, stellen.

I. Die Entwicklung der Haftung für fehlerhafte Produkte in Frankreich

Die vor der Verabschiedung der Richtlinie von 1985 geltenden Vorschriften über fehlerhafte Produkte waren sehr vorteilhaft für die Geschädigten ausgestaltet (1), was die Schwierigkeiten bei der Umsetzung (2) und die Versuche, die Regelungen der Richtlinie zu umgehen (3), erklärt.

4 Cossalter/Dubarry, Einführung (Fn. 1), Rn. 846.

5 Für eine detaillierte Darstellung des Zustands des französischen Rechts im Bereich Produkthaftung vor der Umsetzung der ProdHaftRL 1985 s. J.-S. Borghetti, *La Responsabilité du fait des produits. Étude de droit comparé*, Paris: LGDJ 2004, Rn. 198 ff.

1. Das Recht vor der Richtlinie

Historisch gesehen ist die Entstehung eines Sondersystems für die Haftung für fehlerhafte Produkte weitgehend auf die Unzulänglichkeiten des allgemeinen Rechts zurückzuführen.⁶ Weil die klassischen Regeln der deliktischen oder vertraglichen Haftung den durch fehlerhafte Produkte Geschädigten, insbesondere die sogenannten *bystanders*, nur als unzureichend empfundenen Schutz boten, wurde ein spezielles System der verschuldens-unabhängigen Haftung entwickelt. Das Beispiel kam aus den USA und wurde in Europa durch die Richtlinie von 1985 übernommen. Frankreich war hingegen nicht mit vergleichbaren Unzulänglichkeiten seines allgemeinen Rechts konfrontiert, was auch erklärt, warum die Haftung für fehlerhafte Produkte praktisch ein Nicht-Thema blieb, bis die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) begann, über die künftige Richtlinie zu diskutieren.⁷ Insbesondere werden die Käufer fehlerhafter Produkte im französischen Recht durch das sehr günstige System der Garantie für verdeckte Mängel (*garantie des vices cachés*) geschützt.⁸ Nach dieser Regelung muss der gewerbliche Verkäufer eines fehlerhaften Produkts den Schaden ersetzen, der durch den verdeckten Mangel des Produkts verursacht wurde. Es handelt sich um eine Haftung, die vertraglich nicht einschränkt oder ausgeschlossen werden kann und die auch dann gilt, wenn der Verkäufer von der Existenz des Mangels nichts wusste und keine Möglichkeit hatte, ihn zu erkennen. Darüber hinaus erlaubt das französische Recht aufgrund seiner flexiblen Auffassung der relativen Wirkung von Verträgen dem Käufer eines Produkts, die Klage auf Gewährleistung für verdeckte Mängel gegen jedes Glied der Verkaufskette zu erheben, einschließlich gegen den ursprünglichen Verkäufer, der in der Regel der Hersteller ist.⁹ Das französische Kaufrecht bietet daher über die Garantie für versteckte Mängel einen

6 S. Whittaker, Introduction to fault in product liability, in: S. Whittaker (Hrsg.), *The Development of Product Liability*, Cambridge: Cambridge University Press 2010, S. 1 (9 ff.).

7 J.-S. Borghetti, The development of product liability in France, in Whittaker (Hrsg.), *Development* (Fn. 6), S. 87 (91 f.).

8 Art. 1641-1649 *code civil*.

9 Für eine Darstellung auf Englisch der Garantie für verdeckte Mängel und ihre Effekte zugunsten Dritter s. J.-S. Borghetti, *Breach of contract and liability to third parties in French law: how to break deadlock?*, ZEuP 2/2010, S. 279 (283 ff.).

sehr wirksamen Schutz für Käufer fehlerhafter Produkte.¹⁰ Was die Dritten, d.h. die *bystanders*, betrifft, so wurden sie durch ein sehr objektives Verständnis des Schuldbegriffs geschützt. Bereits in den 1930er Jahren erkannte die *Cour de cassation* an, dass die bloße Tatsache, ein fehlerhaftes Produkt zum Verkauf anzubieten, ein Verschulden im Sinne von Artikel 1382 a.F. (heute Art.1240) des *code civil* darstellte, d.h. im Sinne der allgemeinen Haftungsregel.¹¹ Auch hier war die Haftung unabhängig von der konkreten Kenntnis des Fehlers, so dass der Geschädigte sowohl gegen den Hersteller als auch gegen den gewerblichen Verkäufer vorgehen konnte. In der Praxis profitierten also sowohl Geschädigte, die das fehlerhafte Produkt erworben hatten, als auch Drittgeschädigte von einem System der verschuldensunabhängigen Haftung, das ihnen erlaubte, sowohl gegen den Hersteller als auch gegen den gewerblichen Verkäufer des fehlerhaften Produkts vorzugehen. Unter diesen Umständen war es für die französischen Juristen nicht besonders wichtig, dass ein spezifisches System der verschuldensunabhängigen Haftung für fehlerhafte Produkte geschaffen wurde.

2. Die Richtlinie und ihre Umsetzung

Die ProdHaftRL 1985 weckte daher zwar das Interesse der französischen Juristen, aber nicht deren Enthusiasmus. Ihre Umsetzung war schwierig und erfolgte fast zehn Jahre nach der im Text vorgesehenen Frist durch ein Gesetz vom 19. Mai 1997.¹² Diese Verzögerung erklärt sich hauptsächlich mit den Schwierigkeiten des Parlaments, eine Einigung über die berühmte Befreiung für Entwicklungsrisiken zu erzielen, die schon in der alten Richtlinie einen optionalen Charakter aufwies (Art. 15 Abs. 1 lit. b). Diese Befreiung wurde von wirtschaftsfreundlichen Strömungen vehement verteidigt, die befürchteten, dass eine Haftung, die bei unentdeckten Fehlern greift, für die Unternehmen zu belastend wäre. Frankreich stand damals unter dem Eindruck des jüngsten „Skandals des verseuchten Bluts“ (*scandale du sang contaminé*), bei dem sehr viele Menschen mit dem HI-Virus infiziert wurden, weil bei der Rekrutierung von Blutspendern und der Prüfung

10 Auch wenn einige Aspekte des Systems der Garantie für versteckte Mängel für den Kläger weniger günstig sind, insbesondere die Frist von zwei Jahren ab der Entdeckung des Mangels, der die Klage auf Garantie unterliegt.

11 Cass. civ., 22.7.1931, *Gaz. Pal.* 1931, 2, S. 683; Cass. req., 8.3.1937, S. 1937, 1, S. 241; Cass. req., 7.10.1940, *DH* 1940, jur. S. 180.

12 Borghetti, *Development* (Fn. 7), S. 105 f.

des gespendeten Bluts nicht vorsichtig genug vorgegangen worden war.¹³ Infolge dieses Skandals wurde die zivilrechtliche und sogar strafrechtliche Verantwortung verschiedener Akteure anerkannt. Zum Zeitpunkt der ersten Ansteckungen Anfang der 1980er Jahre war das HI-Virus jedoch noch unbekannt und nicht nachweisbar, so dass die Geschädigten aufgrund der Freistellung für Entwicklungsrisiken in der Richtlinie keinen Anspruch auf Entschädigung gehabt hätten, was vielen als unannehmbar erschien. Letztendlich – und als Frankreich aufgrund der verspäteten Umsetzung bereits wegen Vertragsverletzung verurteilt worden war¹⁴ und sich auf eine erneute Verurteilung vorbereitete – wurde ein Kompromiss gefunden. Die Befreiung für Entwicklungsrisiken wurde beibehalten, ihr Anwendungsbereich jedoch eingeschränkt. Es wurde beschlossen, sie nicht auf Produkte und Bestandteile des menschlichen Körpers, d.h. hauptsächlich auf Blut, anzuwenden (Art. 1386-12 a. F. *code civil*, heute Art. 1245-11 *code civil*).

Dieser Kompromiss ermöglichte die Verabschiedung der Bestimmungen zur Umsetzung der ProdHaftRL 1985,¹⁵ die im Zivilgesetzbuch in einem neuen Kapitel im Anschluss an die historischen Bestimmungen über die Haftung für unerlaubte Handlungen eingefügt wurden (Art. 1386-1–1386-18 a.F. *code civil*, heute Art. 1245–1245-17 *code civil*). Zu diesem Zeitpunkt hatte der Europäische Gerichtshof (EuGH) jedoch noch nicht bestätigt, dass die Richtlinie eine maximale Harmonisierung bewirkte, und der Gesetzgeber hielt es für zulässig, in einigen Punkten vom europäischen Text abzuweichen, um den Schutz der Geschädigten zu stärken und die Unterschiede zwischen dem neuen System und dem vorherigen nationalen Recht zu begrenzen. Die wichtigste Abweichung von der Richtlinie bestand darin, dass der gewerbliche Verkäufer gegenüber dem durch das fehlerhafte Produkt Geschädigten unter den gleichen Bedingungen wie der Hersteller selbst haften sollte, mit einem Rückgriffsrecht gegen den Hersteller (Art. 1386-7 a.F. *code civil*).

Einige Jahre später wurden die meisten dieser Unterschiede zwischen der Richtlinie und den neuen französischen Bestimmungen vom EuGH in einem seiner Urteile vom 25. April 2002 für unionsrechtswidrig erklärt, indem er gerade feststellte, dass die Richtlinie eine maximale Harmonisierung

13 Eine umfassende Darstellung dieses Skandals und seiner Auswirkungen auf das französische Haftungsrecht auf Englisch findet sich bei S. Whittaker, *Liability for Products*, Oxford: Oxford University Press, 2005, S. 149-151, 315-319, 394-401.

14 EuGH 13.1.1993, *Frankreich*, C-293/91.

15 Gesetz Nr. 98-389 des 19.5.1998.

bewirke.¹⁶ Dies zwang den französischen Gesetzgeber, die Bestimmungen des *code civil* zu ändern.¹⁷ Wie wir sehen werden, wurden dadurch jedoch nicht alle Fragen geklärt, die sich in Frankreich im Zusammenhang mit der ProdHaftRL 1985 und ihrem Verhältnis zum nationalen Recht stellen.

3. Die Auswirkungen der Umsetzung

Wie zu erwarten, wurden die Auswirkungen der Umsetzung nicht sofort spürbar. Es dauerte eine Weile, bis die ersten Fälle, in denen die neuen Bestimmungen des *code civil* angewendet wurden, bei den einfachen Gerichten und der *Cour de cassation* eintrafen.¹⁸ Seit den 2010er Jahren hat der oberste französische Gerichtshof dann eine recht große Anzahl von Entscheidungen zu diesem Thema getroffen und dem EuGH mehrere Vorabentscheidungsfragen vorgelegt, was bei ihm nicht so häufig vorkommt und auf einige Schwierigkeiten bei der Umsetzung der neuen Regelung hindeutet.¹⁹

Die Rechtsstreitigkeiten betreffen alle Arten von Produkten. Fälle im Zusammenhang mit Gesundheitsprodukten sind recht zahlreich, wobei zu beachten ist, dass Frankreich im Gegensatz zu Deutschland kein spezielles Haftungssystem in diesem Bereich hat. Eine kleine Anzahl von Arzneimitteln macht den Großteil der Rechtsstreitigkeiten aus.²⁰ In den letzten Jahren

16 EuGH 25.4.2002, *Frankreich*, C-52/00.

17 Gesetz Nr. 2006-406 des 5.4.2006, das Art. 1386-7 a.F. *code civil* änderte.

18 Die erste Entscheidung der *Cour de cassation*, die die neuen Vorschriften des *code civil* betraf, ist nach unserer Kenntnis Cass. civ. 1, 3.5.2006, Nr. 04-10.994.

19 S. EuGH 4.6.2009, *Leroy Somer*, C-285/08; EuGH, 21.12.2011, *CHU Besançon*, C-495-10; EuGH 21.6.2017, *Sanofi*, C-621/15; EuGH, 24.11.2022, *Cafpi*, C-691/21.

20 Der Hepatitis-B-Impfstoff, den einige beschuldigen, Entmarkungskrankheiten zu verursachen, hat in Frankreich einen besonders großen Rechtsstreit ausgelöst, der bis nach Luxemburg reichte: EuGH 21.6.2017, *Sanofi*, C-621/15. Für eine Analyse dieses Rechtsstreits auf Englisch, s. J.-S. Borghetti, *Causation in Hepatitis B Vaccination Litigation in France: Breaking Through Scientific Uncertainty?*, 91 *Chicago-Kent* 2 (2016), S. 543. Zwei anderen Arzneimittel, die in den letzten Jahrzehnten zu vielen Fällen vor den Gerichten geführt haben, sind Mediator und Depakine. Mediator, ein Medikament zur Behandlung von Typ-2-Diabetes, war von 1976 bis 2009 in Frankreich auf dem Markt. Die Toxizität seines Wirkstoffs Benfluorex, die dem Hersteller (Laboratoires Servier) bekannt war, der es auf dem Markt hielt, führte bei Tausenden von Menschen zu Tod und schweren Erkrankungen; für eine Analyse der verschiedenen rechtlichen Aspekte dieses großen Gesundheitsskandals s. A. Danis-Fatôme/F.-X. Roux-Demare (Hrsg.), *L’Affaire du Mediator 2010-2020*, Paris:

betrafen Fälle auch Schäden, die durch Elektrizität verursacht wurden.²¹ Dagegen sind mir keine Fälle bekannt, die „technologieintensive“ Produkte betreffen (abgesehen von Gesundheitsprodukten). Man kann also nicht sagen, dass das Bestreben, sich an neue Technologien anzupassen, der Grund für die Ausarbeitung der neuen Richtlinie war – zumindest aus der Perspektive des Bedarfs im französischen Recht.

Insgesamt kann man sagen, dass das französische Recht trotz der durch die ProdHaftRL 1985 vorgeschriebenen Harmonisierung eine sehr opferfreundliche Ausrichtung beibehalten hat, die es zweifellos von mehreren anderen europäischen Rechtsordnungen unterscheidet.²² Ohne Anspruch auf Vollständigkeit können mehrere signifikante Ausprägungen dieser Tendenz erwähnt werden.

Zunächst einmal muss darauf hingewiesen werden, dass es immer noch einen erheblichen Unterschied zwischen der ProdHaftRL 1985 und dem französischen Umsetzungsgesetz gibt. Während die Richtlinie einen engen Rahmen für den ersetzbaren Schaden setzt, insbesondere bei Schäden an anderen Sachen als dem fehlerhaften Produkt selbst (Art. 9 Abs. 1 lit. b), ist der *code civil* großzügiger und sieht vor, dass alle Schäden an anderen Sachen als dem fehlerhaften Produkt selbst nach der Regelung der Richtlinie ersetzt werden können, auch wenn es sich um Sachen handelt, die für eine berufliche Nutzung bestimmt sind oder verwendet werden (Art. 1245-1 Abs. 2 *code civil*). Diese Bestimmung wurde vom EuGH mit der Begründung bestätigt, dass Schäden, deren Ersatz die Richtlinie ausschließt, nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen, so dass es den Mitgliedstaaten freisteht, ihren Ersatz nach eigenem Ermessen zu organisieren, einschließlich der Ausweitung der in der Richtlinie vorgesehenen Regelung.²³

Die Bevorzugung des tatsächlichen oder vermeintlichen Geschädigten zeigt sich besonders deutlich in Rechtsstreitigkeiten über Gesundheitspro-

Dalloz, 2021. Depakine ist ein Medikament gegen Epilepsie, das bei schwangeren Frauen teratogene Wirkungen hat.

21 S. z.B. Cass. civ. 1, 11.7.2018, Nr. 17-20.154; Cass. civ. 1, 2.6.2021, Nr. 19-19.349; Cass. com., 13.4.2023, Nr. 20-17.368 (in diesem Fall gab es auch eine Vorabentscheidung des EuGH, 24.11.2022, *Caffi*, C-691/21).

22 Für eine Übersicht über die französische Rechtsprechung in den ersten anderthalb Jahrzehnten nach der Umsetzung der ProdHaftRL, s. J.-S. Borghetti, Product Liability in France, in: P. Machnikowski (Hrsg.), European Product Liability. An Analysis of the State of the Art in the Era of New Technologies, Cambridge: Intersentia 2016, S. 205.

23 EuGH 4.6.2009, *Leroy Somer*, C-285/08.

dukte. In Bezug auf den Nachweis des Kausalzusammenhangs hat die *Cour de cassation* die Richter ermutigt, auf Tatsachenvermutungen zurückzugreifen, um einen Kausalzusammenhang zwischen der Verwendung des Produkts und dem vom Kläger erlittenen Schaden anzunehmen, selbst wenn wissenschaftliche Unsicherheiten über die genauen Nebenwirkungen des Produkts bestehen.²⁴ Diese Rechtsprechung ist meiner Meinung nach kritisch zu sehen, wurde jedoch vom EuGH in seinem berühmten *Sanofi*-Urteil weitgehend bestätigt. Es wurde der *Cour de cassation* jedoch untersagt, weiterzugehen und eine Rechtsvermutung aufzustellen, die die Beweislast für die Kausalität in bestimmten Fällen umgekehrt hätte.²⁵

In Bezug auf den Fehler hat die *Cour de cassation* zu Recht anerkannt, dass die bloße Information der Benutzer über die Risiken des Produkts, in diesem Fall eines Arzneimittels, nicht ausreicht, um den eigentlichen Fabrikations- oder Konstruktionsfehler des Produkts zu beseitigen.²⁶ Ihre Rechtsprechung ist hingegen weniger klar in Bezug auf Medien, in denen die Informationen über Arzneimittel bereitgestellt werden müssen und die Möglichkeit, nur den Arzt über bestimmte Risiken zu informieren, wenn das Arzneimittel auf Rezept verschrieben wird.²⁷ Die *Cour de cassation* hat außerdem entschieden, dass das Vorhandensein eines Mangels des Arzneimittels durch eine Nutzen-Risiko-Bilanz nachgewiesen werden kann.²⁸

Es muss noch erwähnt werden, dass die Befreiung aufgrund des Entwicklungsrisikos regelmäßig von den Beklagten geltend gemacht wird, insbesondere bei Gesundheitsprodukten, jedoch selten mit Erfolg.²⁹ Vor kurzem hat die *Cour de cassation* den Befreiungsgrund in einem Fall zugelassen, bei dem es um einen Camembert ging, der toxische Bakterien enthielt, was zum Zeitpunkt des Geschehens ein bekanntes, aber unentdeckbares Risiko darstellte.³⁰

24 Cass. civ. 1, 22.5.2008, Nr. 05-20.317.

25 EuGH 21.6.2017, *Sanofi*, C-621/15.

26 Cass. civ. 1, 26.9.2018, Nr. 17-21.271.

27 Cass. civ. 1, 27.11.2019, Nr. 18-16.537.

28 Cass. civ. 1, 26.9.2018, Nr. 17-21.271.

29 S. z.B., zu einem einen Mediator betreffenden Fall, Cass. civ. 1, 20.9.2017, Nr. 16-19643.

30 Cass. civ. 1, 5.5.2021, Nr. 19-25102.

II. Verbleibende Fragen zur Haftung für fehlerhafte Produkte im französischen Recht

Die relativ hohe Anzahl von Vorabentscheidungsfragen, die dem EuGH von französischen Gerichten im Bereich der fehlerhaften Produkte vorgelegt wurden, zeigt die Schwierigkeiten, die die Anwendung des Systems der ProdHaftRL 1985 in Verknüpfung mit dem bestehenden französischen Recht mit sich bringt. Mehrere dieser Schwierigkeiten sind inzwischen gelöst worden und müssen hier nicht weiter erörtert werden. Einige bleiben jedoch bestehen, von denen hier nur zwei angesprochen werden sollen.

Die erste Problematik betrifft die Verteilung der endgültigen Schadensersatzlast, wenn mehrere Personen nach der Richtlinie haftbar sind. Die ProdHaftRL 1985 überlässt die Frage des Rückgriffs zwischen Mitverantwortlichen offiziell dem nationalen Recht (Art. 5). Die *Cour de cassation* hat dies wörtlich genommen, insbesondere in einem Fall, in dem ein Schaden durch eine fehlerhafte Prothese verursacht wurde, wobei der Fehler der Prothese auf einen Bestandteil zurückzuführen war. Der Träger der Prothese hatte den Hersteller der Prothese haftbar gemacht, der wiederum den Hersteller des Bestandteils in Regress genommen hatte. Unter strikter Anwendung der gewöhnlichen Regel des französischen Rechts im Falle eines Regresses zwischen Mitverantwortlichen teilte die *Cour de cassation* die endgültige Last der Entschädigung gleichmäßig zwischen dem Hersteller der Prothese und dem Hersteller des Bestandteils auf.³¹ Es ist zweifelhaft, ob diese Lösung dem (von dem EuGH gesehenen) Geist der Richtlinie entspricht, die eher gebieten würde, dass die endgültige Reparaturlast demjenigen auferlegt wird, der den Fehler tatsächlich verursacht hat, d.h. dem Hersteller des Bestandteils.³² Das französische Recht sollte in diesem Punkt korrigiert werden, auch wenn die Frage der Regressansprüche zwischen

31 Cass. civ. I, 26.II.2014, Nr. 13-18.819.

32 S. EuGH, 10.12.2006, *Skov*, C-402/03, Rn. 29: „nach Abwägung der jeweiligen Rollen der verschiedenen in den Herstellungs- und Vertriebsketten tätig werdenden Wirtschaftsteilnehmer die Entscheidung getroffen wurde, die Haftung für durch fehlerhafte Produkte verursachte Schäden in der durch die Richtlinie geschaffenen rechtlichen Regelung grundsätzlich dem Hersteller und nur in einigen beschränkten Fällen dem Importeur und dem Lieferanten aufzubürden.“ Diese Aussage bezieht sich zwar nur auf das Verhältnis zwischen der Haftung des Herstellers und der des Lieferanten oder Importeurs, bringt aber deutlich zum Ausdruck, dass die Benennung der Verantwortlichen durch die Richtlinie unter anderem versucht, die Rolle der verschiedenen Wirtschaftsakteure bei der Entstehung des Fehlers widerzuspiegeln.

Mitverantwortlichen in der Praxis häufig durch die zwischen den Parteien geschlossenen Verträge geregelt werden wird.

Die wichtigste Frage, die sich heute in Frankreich im Zusammenhang mit der Haftung für fehlerhafte Produkte stellt, betrifft die Koexistenz des Systems der Richtlinie und rein nationalen Vorschriften. Die Regel, die in diesem Bereich gilt, ist wohlbekannt und ergibt sich aus der restriktiven Auslegung von Artikel 13 der ProdHaftRL 1985 durch den EuGH: Im Anwendungsbereich der Richtlinie können weiterhin nur vertragliche oder außervertragliche Haftungsregelungen angewendet werden, die auf anderen Grundlagen beruhen, d. h. nicht auf einem Sicherheitsfehler, wie etwa die Haftung für verdeckte Mängel oder für Verschulden.³³

Aus dieser Regel folgt im Umkehrschluss, dass eine andere Haftungsregelung als die der Richtlinie, die ebenfalls auf einem Produktfehler beruht, gegen jene Beklagte herangezogen werden kann, deren Haftung nicht durch die Richtlinie geregelt ist, wie z.B. bei gewerblichen Nutzern.³⁴ Diese Möglichkeit nutzt das französische Recht in großem Ausmaß, da es verschiedene Systeme der verschuldensunabhängigen Haftung für unerlaubte Handlungen beinhaltet, die auf dem Gebrauch einer Sache beruhen.³⁵

Die Hauptfrage, die sich aus der vom Gerichtshof aufgestellten Regel ergibt, ist jedoch, wann eine rein nationale Haftungsregelung über eine „Grundlage“ verfügt, die sich von der in der Richtlinie vorgesehenen Haftung unterscheidet. Genauer gesagt, und jedenfalls im französischen Kontext, geht es darum, ob sich die Grundlage auf den formalen Tatbestand der Regelung, dessen Anwendung in Betracht gezogen wird, oder auf den konkreten Tatbestand bezieht, der die Anwendung dieser Regelung im Einzelfall rechtfertigt. Im ersten Fall würde die Anwendbarkeit der Haftung für fehlerhafte Produkte niemals die Anwendung der Verschuldenshaftung oder des typisch französischen Systems der Sachhalterhaftung verhindern, da sich Verschulden und „Tatbestand der Sache“ (*fait de la chose*, der die offizielle Grundlage der Sachhalterhaftung ist) formal vom Sicherheitsfehler unterscheiden. Wenn man hingegen darauf achtet, was Verschulden oder *fait de la chose* in einem bestimmten Fall konkret umfassen, kann es sein, dass sie einem Sicherheitsfehler genau entsprechen und somit die An-

33 EuGH, 25.4.2002, *González Sánchez*, C-183/00.

34 EuGH, 21.12.2011, *CHU Besançon*, C-495-10.

35 Das Bekannteste ist natürlich die Sachhalterhaftung, die auf der gerichtlichen Auslegung des Art. 1242 Abs. 1 (Art. 1384 Abs. 1 a. F.) *code civil* beruht, s. *Cossalter/Dubarry*, Einführung (Fn. 1), Rn. 834 ff. es gibt jedoch andere, z.B. im Sonderbereich der Haftung des Staates oder öffentlicher Personen.

wendung der Verschuldenshaftung oder der Sachhalterhaftung verbieten. Der erste Ansatz entspricht formal der Position des EuGH, ermöglicht es jedoch, den Geist dessen Rechtsprechung zu umgehen, indem er eine sehr weitgehende Überschneidung verschiedener Regelungen des innerstaatlichen Rechts und der Regelung der Richtlinie zulässt. Der zweite Ansatz hingegen beschränkt die Überschneidung auf Fälle, in denen dem Hersteller ein Sachverhalt zugerechnet werden kann, der sich materiell von einem Sicherheitsfehler unterscheidet. Dadurch wird verhindert, dass das System der Richtlinie allzu leicht umgangen werden kann, indem hinter jedem Sicherheitsfehler ein Verschulden oder ein Tatbestand der Sache entdeckt wird.

Es scheint, dass diese Frage die deutsche Rechtsprechung nicht sehr beunruhigt hat, die nicht zögert, den Anwendungsbereich der Produkthaftung und des § 823 Abs. 1 BGB zu überschneiden.³⁶ Allerdings muss man sich darüber im Klaren sein, dass die Frage in Frankreich eine besondere Herausforderung darstellt, die mit den Fristen für die Geltendmachung von Haftungsansprüchen zusammenhängt. Die im rein nationalen Recht vorgesehenen Fristen sind nämlich weitaus großzügiger als die Fristen der Richtlinie. Die allgemeine Verjährungsfrist beträgt im französischen Recht fünf Jahre (Art. 2224 *code civil*), während die Richtlinie drei Jahre vorsieht (Art. 10 Abs. 1 ProdHaftRL 1985 und Art. 1245-16 *code civil*). Die Ausschlussfrist beträgt im französischen Recht außerdem zwanzig Jahre (Art. 2232 Abs. 1 *code civil*), während die Richtlinie zehn Jahre vorsieht (Art. 11 ProdHaftRL 1985 und Art. 1245-15 *code civil*). Vor allem aber sieht das französische Recht abweichende, noch günstigere Regeln für den Fall vor, dass ein Personenschaden vorliegt. Dann beträgt die Verjährungsfrist zehn Jahre ab der Konsolidierung des Schadens (Art. 2226 Abs. 1 *code civil*), und es gilt keine Ausschlussfrist (Art. 2232 Abs. 2 *code civil*). In der Praxis ist es daher nicht ungewöhnlich, dass ein Geschädigter nicht mehr auf Grundlage der Richtlinie klagen kann, z.B. weil die zehnjährige Frist abgelaufen ist, aber noch auf der Grundlage der Verschuldenshaftung des *code civil*, weil sein Schaden noch nicht konsolidiert ist oder weil er vor weniger als zehn Jahren konsolidiert wurde.

Wie bereits erwähnt, verfolgt das französische Recht eine besonders extensive und entkörperlichte Auffassung des Verschuldens, die insbesondere dazu veranlasste, bereits in den 1930er Jahren anzuerkennen, dass die

36 H. Kötz/G. Wagner, Deliktsrecht, 13. Auflage, München, 2016, Rn. 615.

Vermarktung eines fehlerhaften Produkts durch einen Gewerbetreibenden mit einem deliktischen Verschulden gleichgesetzt werden kann, selbst wenn der Fehler einen nicht erkennbaren Charakter aufwies.³⁷ In diesem Fall wird das Verschulden mit dem Fehler vermischt und der Unterschied in der Grundlage zwischen der Verschuldenshaftung und der Haftung, die sich aus der Richtlinie ergibt, wird rein fiktiv. Es besteht also die Gefahr, dass das französische Recht unter dem Deckmantel der Anwendung der Verschuldenshaftung in Wirklichkeit die Anwendung eines Systems der verschuldensunabhängigen Haftung ermöglicht, welches einfach auf der mangelnden Sicherheit des Produkts beruht und somit direkt mit dem aus der Richtlinie hervorgegangenen System konkurriert.

Was auch immer man von der Zweckmäßigkeit einer solchen Lösung halten mag, sie würde eindeutig dem Geist, wenn nicht sogar den Buchstaben der vom EuGH 2002 aufgestellten Lösung widersprechen. Daher ist der *Cour de cassation* zuzustimmen, die bereits 2010 einräumte, dass, wenn ein Schaden durch ein fehlerhaftes Produkt verursacht wird, der Lieferant nur dann aufgrund seines Verschuldens haftbar gemacht werden kann, wenn ein Verschulden vorliegt, dass sich vom Sicherheitsfehler des Produkts *unterscheidet*.³⁸ Die Lösung wurde seither mehrfach bekräftigt.³⁹ In einem *Monsanto*-Fall ging die *Cour de cassation* zudem implizit davon aus, dass das dortige Verschulden, keine ausreichenden Angaben auf der Kennzeichnung und Verpackung des Produkts gemacht zu haben, mit einem Sicherheitsfehler (in diesem Fall einem Instruktionsfehler, der manchmal als „extrinsischer Fehler“ bezeichnet wird) vermischt wird.⁴⁰

Die Forderung nach einem Verschulden, das sich vom Sicherheitsfehler unterscheidet und nicht mit diesem verwechselt werden kann, wirft jedoch die Frage auf, wie ein solches Verschulden definiert oder zumindest abgegrenzt werden kann.⁴¹ Die *Cour de cassation* hat diese Frage in einem Urteil vom 15. November 2023 beantwortet, das wiederum neue Fragen aufwirft. Die Entscheidung besagt, dass „das Opfer eines Schadens, der auf ein fehlerhaftes Produkt zurückzuführen ist, den Hersteller auf der Grundlage von Art. 1240 *code civil* [d. h. der Verschuldenshaftung] haftbar machen kann, wenn es nachweist, dass sein Schaden auf ein Verschulden des Herstellers

37 S. Fn 11 oben.

38 Cass. civ. I, 26.5.2010, Nr. 08-18545.

39 Cass. civ. I, 10.12.2014, Nr. 13-14314; Cass. civ. I, 17.3.2016, Nr. 13-18876.

40 Cass. ch. mixte, 7.7.2017, Nr. 15-25651.

41 J. Knetsch, Anm. unter Cass. civ. I, 16.3.2022, Nr. 20-19786, JCP G 2022, 1310, Rn. 7.

zurückzuführen ist, wie etwa das Inverkehrhalten des Produkts, dessen Fehler ihm bekannt ist, oder auch eine Verletzung seiner Sorgfaltspflicht hinsichtlich der von dem Produkt ausgehenden Gefahren“.⁴² Leider enthält das Urteil vom 15. November 2023 keine näheren Angaben zu den beiden erwähnten Arten von Verschulden, die es ermöglichen, gegen den Hersteller vorzugehen, ohne den Fristen der Richtlinie unterworfen zu sein.

Die erste Art entspricht offenbar derjenigen, die dem Urteil zugrunde lag: das Inverkehrhalten des Produkts, dessen Fehler dem Hersteller bekannt ist.⁴³ Über diese Hypothese hinaus und da die *Cour de cassation* deutlich macht, dass sie nur Beispiele für einzelne Verschuldensformen ohne Anspruch auf Vollständigkeit anführt, muss man zugeben, dass Vorsatz und Absicht die Haftung des Herstellers, unabhängig von der Regelung der Richtlinie, nach Art. 1240 *code civil* auslösen können (auch wenn ein solches Verschulden in der Praxis fast immer darin bestehen wird, dass man andere unter Inkaufnahme eines Schadens einem Risiko ausgesetzt hat, d. h. in einer Form von *dolus eventualis*, ohne dass eine qualifizierte Schädigungsabsicht vorliegt).

Die zweite von der *Cour de cassation* in Betracht gezogene Art von Verschulden ist die einer „Verletzung der Sorgfaltspflicht in Bezug auf die vom Produkt ausgehenden Risiken“. Sie knüpft dazu an verschiedene doktrinaire Arbeiten an.⁴⁴ Der genaue Inhalt dieser Pflicht und damit auch des Verschuldens, das sich aus deren Verletzung ergibt, ist jedoch nicht völlig klar. Es ist nicht schwierig zuzugeben, dass den Hersteller, der fahrlässig handelt und den Fehler seines Produkts nach dessen Inverkehrbringen nicht entdeckt, obwohl dies bei vernünftiger Sorgfalt (unter Berücksichtigung der Umstände) möglich gewesen wäre, ein Verschulden i. S. d. Art. 1240 *code civil* trifft. In einem solchen Fall macht sich der Hersteller zwar nicht der absichtlichen Exposition anderer gegenüber einem anormalen Risiko schuldig, aber er geht zumindest das Risiko ein, andere weiterhin einem ungerechtfertigten Risiko auszusetzen, was eine Haftung außerhalb des Rahmens der Richtlinie rechtfertigen kann. Ein solches Fehlverhalten wurde beispielsweise im Zusammenhang mit dem Molekül DES gesehen,

42 Cass. civ. 1, 15.11.2023, Nr. 22-21.174, Rn. 6.

43 Vgl. z.B. bereits in diesem Sinne *J. Calais-Auloy*, Existe-t-il en droit français plusieurs régimes de responsabilité du fait des produits?, in J.-S. Borghetti/O. Deshayes/C. Pérès, *Études offertes à Geneviève Viney*, Paris : LGDJ 2008, S. 201.

44 *G. Viney/P. Jourdain/S. Carval*, *Les Régimes spéciaux et l'assurance de responsabilité*, Paris : LGDJ 2017, Rn. 67; s. auch *T. Riehm*, *Produits défectueux : quel avenir pour le droit commun*, D. 2007, S. 2749.

das auch in Frankreich viele Schäden verursacht hat (auch wenn sich in diesem Fall die Frage des Konflikts mit der Regelung der Richtlinie, die *ratione temporis* nicht anwendbar war, nicht stellte).⁴⁵

Die Verpflichtung zur Nachsorge kann jedoch weiter gefasst werden. Wie steht es zum Beispiel mit den gesetzlichen Verpflichtungen im Zusammenhang mit der Pharmakovigilanz? Sollte man annehmen, dass jede Nichteinhaltung dieser Pflichten einen vom Fehler getrenntes Verschulden darstellt, das den Hersteller haftbar machen kann (vorausgesetzt natürlich, dass der kausale Zusammenhang mit dem Schaden nachgewiesen ist)? Die Antwort ist nicht eindeutig. Einerseits ist eine solche Pflichtverletzung materiell von der bloßen abnormalen Gefährlichkeit des Produkts zu unterscheiden; außerdem lässt das französische Recht grundsätzlich zu, dass jede Verletzung einer gesetzlichen Vorschrift ein zivilrechtliches Verschulden im Sinne von Art. 1240 *code civil* darstellt. Auf der anderen Seite ist diese systematische Gleichsetzung jeder Verletzung einer gesetzlichen Vorschrift mit einem zivilrechtlichen Verschulden äußerst problematisch.⁴⁶ Zudem ist sie in den meisten ausländischen Rechtsordnungen, die die Haftung für die Verletzung einer gesetzlichen Vorschrift an restriktive Bedingungen knüpfen (wie z. B. § 823 Abs. 2 BGB), unbekannt. Nimmt man an, dass jede Verletzung einer Pharmakovigilanzpflicht ein zivilrechtliches Verschulden darstellt, das außerhalb des Systems der Richtlinie steht, würde das französische Recht höchstwahrscheinlich vom Recht der meisten anderen Mitgliedstaaten abweichen.

Die Haltung des französischen Rechts zur Frage des Verhältnisses zwischen der Richtlinie und dem nationalen Recht ist also noch nicht völlig klar, zumal sich die Frage nicht nur im Verhältnis zur Verschuldenshaftung stellt, sondern auch in Bezug auf andere rein nationale Haftungsregelungen, wie die Sachhalterhaftung oder die Garantie für versteckte Mängel. Im Übrigen gibt es interessante Fälle, in denen die Hersteller die Anwendung der Sonderregelung für die Haftung für fehlerhafte Produkte fordern, um der Anwendung des allgemeinen Rechts zu entgehen und insbesondere von den in der Richtlinie vorgesehenen besonderen Fristen zu profitieren.⁴⁷

45 Cass. civ. 1, 7.3.2006, Nr. 04-16179.

46 Wie z.B. Cass. civ. 1, 20.9.2017, Nr. 16-19109, in dem : RDC März 2018, Nr. RDC114v6, Anm. J. Knetsch illustriert.

47 S. z.B. Cass. civ. 1, 11.7.2018, Nr. 17-20.154; Cass. com., 13.4.2023, Nr. 20-17.368.

B. Perspektiven

Das Ziel der neuen Richtlinie besteht vor allem darin, die Anwendung des europäischen Systems der Haftung für fehlerhafte Produkte auf Algorithmen und digitale Produkte zu ermöglichen und auszuweiten. In den anderen Punkten, mit Ausnahme der Beweisfragen, steht die künftige Richtlinie entschieden in der Kontinuität des derzeitigen Textes. Sie bestätigt im Wesentlichen die bestehenden Lösungen, einschließlich der vom EuGH herausgearbeiteten, und sieht kaum Neuerungen vor. Insbesondere bietet sie keine Antworten auf die Fragen, die sich heute im französischen Recht stellen und die gerade angeführt wurden.

Wenn diese Fragen, die sich morgen genauso stellen werden wie heute, nunmehr beiseitegelassen werden, erscheint es sinnvoll, eine kurze Bewertung der neuen Richtlinie aus französischer Sicht vorzunehmen, bevor man sich mit den Schwierigkeiten befasst, die ihre Umsetzung verursachen könnte. Diese Analyse wird sich nicht speziell auf neue Technologien konzentrieren, da, wie bereits erwähnt, die Produkte, die diese Technologien einsetzen, noch nicht zu Rechtsstreitigkeiten geführt haben. Bis auf Weiteres wird die ProdHaftRL 2024 vor allem in Verknüpfung zu „klassischen“ Produkte angewandt werden.

I. Eine französische Sicht auf die Richtlinie

Im Hinblick auf ihr Ziel muss die neue Richtlinie positiv bewertet werden. Die Anpassung einer Regelung, die für „physische“ Produkte gedacht ist, an immaterielle Produkte ist keine Selbstverständlichkeit. Es geht nicht nur darum, die Definition des Produkts zu erweitern, was an sich keine Schwierigkeit darstellt, sondern viele Begriffe oder Mechanismen zu überdenken, die für materielle Güter gedacht, aber für immaterielle Güter ungeeignet sind, insbesondere wegen der Möglichkeit für den Hersteller, die Kontrolle über sein Produkt zu behalten, nachdem er es in Umlauf gebracht hat.

Es ist nicht angebracht, die neue Richtlinie hier zu kommentieren, doch soll die technische Qualität des Textes hinsichtlich immaterieller Produkte positiv bewertet werden, auch wenn zwangsläufig einige Lücken oder Schwächen verbleiben. Ich möchte lediglich auf eine hinweisen, die ich für die wichtigste halte. Diese betrifft die Pflicht zur Aktualisierung digitaler Produkte, die unter der Kontrolle des Herstellers bleiben. Die ProdHaftRL 2024 sieht eine solche Pflicht nicht ausdrücklich vor, aber

Art. 11 Abs. 2 lit. c) besagt, dass die Möglichkeit für einen Wirtschaftsakteur, sich zu entlasten, wenn er nachweist, dass der Fehler wahrscheinlich nach dem Inverkehrbringen des Produkts aufgetreten ist, nicht gilt, wenn die zur Aufrechterhaltung der Sicherheit erforderlichen Software-Updates oder -Upgrades nicht durchgeführt werden. Diese Bestimmung legt nahe, dass es eine Pflicht zur Aktualisierung gibt, um die Sicherheit des Produkts zu gewährleisten, deren genauer Inhalt jedoch noch zu definieren ist. Insbesondere stellt sich die Frage, wie lange diese Pflicht besteht und inwieweit sie vertraglich festgelegt werden kann.

Obwohl die technische Qualität der neuen Richtlinie unbestritten ist, ist es erlaubt, von dem Text etwas enttäuscht zu sein. Der Grund dafür ist, dass die Ausarbeitung des Textes in erster Linie politischen Erwägungen folgte: Es ging darum, das Engagement der EU in der digitalen Frage zu demonstrieren. Das Problem ist, dass sich die Arbeit der Europäischen Kommission nicht auf eine gründliche vorherige Bewertung des bestehenden Systems stützte.⁴⁸ Zwar wurden Berichte über die ProdHaftRL 1985 erstellt, aber die Art und Weise, wie sie erstellt wurden, ist sehr kritikwürdig, und sie kommen alle zu dem Schluss, dass die Regelungen der Richtlinie vollkommen zufriedenstellend sind, außer vielleicht in Bezug auf die Beweislast für den Fehler und den Kausalzusammenhang. Diese Schlussfolgerung ist jedoch äußerst fragwürdig.

Die von der Europäischen Kommission selbst vorgelegten Zahlen belegen in der Tat, dass die Regelung der ProdHaftRL 1985 in der gesamten EU von den Gerichten nur sehr selten auf der gesamten EU-Ebene angewandt wird.⁴⁹ Natürlich ist es schwierig, das Ausmaß der Rechtsstreitigkeiten, insbesondere vor den erstinstanzlichen Gerichten, genau zu messen, und die Zahl der außergerichtlich beigelegten Fälle ist völlig unmöglich zu ermitteln. Nichtsdestotrotz deutet der lächerlich geringe Umfang der bekannten Streitfälle auf das Problem hin, dass die Richtlinie nicht ausreichend

48 J.-S. Borghetti, *Taking EU Product Liability Law Seriously: How Can the Product Liability Directive Effectively Contribute to Consumer Protection?*, 1 French Journal of Legal Policy 2023, 136 (141).

49 Das zeigt die neueste Studie über die Anwendung der ProdHaftRL 1985, die von der Europäischen Kommission in Auftrag gegeben und von externen Beratern durchgeführt und 2018 veröffentlicht wurde. Die Studie ist online verfügbar unter <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d4e3e1f5-526c-11e8-be1d-01aa75ed71a1/language-en>> (abgerufen am 23. Januar 2025). Die wichtigsten Ergebnisse der Evaluierung wurden von der Kommission in ihrem *Commission Staff Working Document* vom 7. Mai 2018, SWD (2018) 157 final, zusammengefasst.

angewandt wird.⁵⁰ Diese Befürchtung wird von der Tatsache gestützt, dass die Zahl der durch die Kommission ermittelten Fälle, bei denen ein ausländischer Beklagter beteiligt war, verschwindend gering ist.⁵¹ Dies deutet an, dass sich die von fehlerhaften Produkten Geschädigten bei ihren Schadenersatzansprüchen selten auf die Richtlinie stützen, wenn sie einen Verantwortlichen in ihrem Land finden können, aber praktisch nie, wenn die potenziellen Haftpflichtigen im Ausland sind, selbst innerhalb der EU.

Wenn dies tatsächlich der Fall ist, scheint hier ein weitaus größeres Problem zu bestehen als die Anwendung oder Nichtanwendung der Richtlinienregelung auf immaterielle Produkte. Welchen Sinn hat es, den Anwendungsbereich einer Regelung auszuweiten, die innerhalb ihres derzeitigen Anwendungsbereichs nicht ausreichend angewandt wird? Die Priorität hätte darin bestanden, darüber nachzudenken, was die Anwendung der Richtlinie behindert – doch diese Frage wurde leider weitgehend ignoriert.

Ohne zu sehr ins Detail zu gehen, scheint mir der Hauptgrund für die unzureichende Anwendung der Richtlinie in der Identität der potenziellen Beklagten zu liegen.⁵² Die ProdHaftRL 1985 kanalisiert die Haftung auf den Hersteller oder Importeur des Produkts in die EU (Art. 3 Abs. 1-2) und geht davon aus, dass es für den Geschädigten ausreicht, sich an einen Beklagten in der EU wenden zu können, um einen Anspruch auf Schadenersatz geltend machen zu können. Diese Annahme erscheint mir zu optimistisch, worauf auch die geringe Zahl von Verfahren mit ausländischen Beklagten hindeutet. Zudem müsste berücksichtigt werden, dass es aufgrund der Weiterentwicklung der Vermarktungsmethoden heute möglich ist, Produkte direkt in der Europäischen Union zu vermarkten – insbesondere über Plattformen – ohne dass es in der Union einen potenziellen Beklagten gibt, da der Hersteller außerhalb der Union ansässig ist und sein Produkt ohne Umweg über einen Importeur vermarktet hat.

Leider trägt die ProdHaftRL 2024 dieser Situation nicht ausreichend Rechnung. Zwar erweitert sie den Kreis der potenziell Verantwortlichen auf den Bevollmächtigten des Herstellers (Art. 8 Abs. 1 lit. c) Ziff. ii)), den „Fulfilment-Dienstleister“ (Art. 8 Abs. 1 lit. c) Ziff. iii)) und (restriktiv) auf

50 *Borghetti* (Fn. 48), 149-156.

51 Studie (Fn. 49), S. 35: „over the period 2000-2016, there were only 21 cross-border cases (ie 3% of the total number) for defective products where the injured person summoned a defendant from another Member State. Only four cases (ie 0.05% of the cases) involved a third-country defendant.“

52 *Borghetti* (Fn. 48), 159-160.

Online-Plattformen, die es Verbrauchern ermöglichen, im Fernabsatz Verträge mit Gewerbetreibenden abzuschließen (Art. 8 Abs. 4), doch sind diese Möglichkeit zu eng gefasst. Den von fehlerhaften Produkten Geschädigten wird nicht immer ermöglicht, sich an einen wirklich zugänglichen Haftpflichtigen zu wenden.⁵³

Um die Richtlinie effektiv auszugestalten, hätte man den Kreis der potenziellen Haftpflichtigen viel deutlicher erweitern müssen, indem man den Geschädigten insbesondere die Möglichkeit gegeben hätte, sich in jedem Fall an den gewerblichen Verkäufer des Produkts oder an die Online-Plattform zu wenden, über die das Produkt vertrieben wurde.⁵⁴ Ich bin mir durchaus bewusst, dass meine Ausführungen provozierend wirken können, insbesondere in Deutschland, wo die Haftung von gewerblichen Verkäufern traditionell recht restriktiv ausgelegt ist, aber die traditionelle Begründung für die Ablehnung der Haftung von Verkäufern, nämlich dass es ihnen nicht möglich war, den Fehler zu vermeiden oder zu erkennen, scheint mir erheblich geschwächt, sobald die neue Richtlinie die Haftung von Fulfilment-Dienstleister zulässt, die für die Geschädigten oft viel schwerer zu identifizieren sind als der gewerbliche Verkäufer, die aber noch weniger Kontrolle über die Produkte haben, deren Vertrieb sie ermöglichen. Was die Haftung von Plattformen betrifft, so scheint mir diese zumindest in den Fällen geboten, in denen das fehlerhafte Produkt direkt von außerhalb der EU kommt, und das Unionsrecht sollte sich in dieser Hinsicht von den jüngsten Entwicklungen im US-amerikanischen Recht inspirieren lassen.⁵⁵

53 Borghetti (Fn. 48), 161-164.

54 Borghetti (Fn. 48), 164-170.

55 S. insb. Bolger v. Amazon.com, LLC, 267 Cal. Rptr. 3d 601 (Cal. Ct. App. 2020); Loomis v. Amazon.com, Inc., 277 Cal. Rptr. 3d 769, 789 (Cal. Ct. App. 2021). Diese und andere Produkthaftungsfälle, an denen Online-Einzelhandelsplattformen beteiligt sind, haben bei US-amerikanischen Rechtswissenschaftlern große Aufmerksamkeit erregt; s. insb. A. R. Bullard, Out-Techning Products Liability: Reviving Strict Products Liability in an Age of Amazon, (2019) 20 North Carolina J. L. & Tech. 181; A. Doyer, Who Sells? Testing Amazon.com for Product Defect Liability in Pennsylvania and Beyond, (2019) 28 J. L. & Policy 719; E. J. Janger/A. D. Twerski, The Heavy Hand of Amazon: A Seller Not a Neutral Platform, (2020) 14(2) Brook J. Corp. Fin. & Com. L. 259; C. M. Sharkey, Products Liability in the Digital Age: Online Platforms as 'Cheapest Cost Avoiders', (2022) 73(5) Hastings Law Journal 1327; R. Sprague, It's a Jungle Out There: Public Policy Considerations Arising From a Liability-free Amazon.com, (2020) 60 Santa Clara L. Rev 253. In Europa s. E. Büyüksagis, Extension of Strict Liability to E-Retailers, (2022) 13(1) J. Europ. Tort L. 64; C. Busch, When Product Liability Meets the Platform Economy: A European Perspective on Oberdorf v. Amazon, (2019) 8 J. Eur. Consumer and Market L. 173

II. Schwierigkeiten bei der Umsetzung

Im französischen Kontext lassen sich einige Schwierigkeiten bei der Umsetzung voraussehen. Ich werde drei davon erwähnen.

Die erste betrifft den ersetzbaren Schaden. Die ProdHaftRL 2024 erweitert dessen Umfang im Vergleich zur ProdHaftRL 1985, indem sie insbesondere nur noch den Ersatz der Beschädigung oder Zerstörung von anderen Sachen als dem fehlerhaften Produkt selbst ausschließt, die ausschließlich für berufliche Zwecke verwendet werden (Art. 6 Abs. 1 lit. b) Ziff. iii)). Andererseits übernimmt sie die deutsche Mehrheitsposition, wonach Schäden am Endprodukt, die durch eine Komponente verursacht werden, die vom Hersteller dieses Produkts oder unter der Kontrolle dieses Herstellers in das Produkt integriert oder mit diesem verbunden wurde, nicht ersetzbar sind (Art. 6 Abs. 1 lit. b) Ziff. ii)). Die Position des französischen Rechts (auch wenn es anscheinend noch keine eindeutige Rechtsprechung zu dieser Frage gibt) besteht im Gegenteil eher darin, dass solche Schäden nach der derzeitigen Regelung ersetzbar sind. Wie dem auch sei, es stellt sich die Frage, ob Frankreich es der ProdHaftRL 1985 gleichtun und ein Konzept des ersetzbaren Schadens übernehmen kann, das weiter gefasst ist als das der ProdHaftRL 2024. Etwas anders ausgedrückt geht es darum, ob Schäden, deren Ersatz durch die Richtlinie ausgeschlossen wird, weiterhin außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie liegen, wobei es dem französischen Recht dann freisteht, ihren Ersatz nach eigenem Ermessen zu gestalten, oder ob sie nun Teil des Anwendungsbereichs der Richtlinie sind, wobei das französische Recht dann an den Grundsatz der Maximalharmonisierung gebunden ist und ihren Ersatz nicht auf der Grundlage der Richtlinienregelung vorsehen kann. Art. 6 Abs. 3 ProdHaftRL 2024 kann so ausgelegt werden,⁵⁶ dass nunmehr die zweite Alternative gelten soll, in welchem Fall das französische Recht in der Frage des ersatzfähigen Schadens nicht mehr von der Richtlinie abweichen könnte.

Die zweite Schwierigkeit betrifft den Haftungsausschluss für Entwicklungsrisiken. 2022 sah der erste Richtlinienentwurf noch vor, die Befreiung obligatorisch zu machen. Der angenommene Art. 18 ProdHaftRL 2024 bringt in diesem Punkt jedoch wieder eine gewisse Flexibilität – zweifellos auf Wunsch Frankreichs. Ohne auf die Einzelheiten einzugehen, lässt

(2019); V. Ulfbeck/P. Verbruggen, *Online Marketplaces and Product Liability: Back to the Where We Started?* (2022) Eur. R. of Priv. L. 975, 982.

56 Er lautet: „Dieser Artikel berührt nicht das nationale Recht über den Ersatz von Schäden im Rahmen anderer Haftungsregelungen.“

sich sagen, dass es Frankreich bei der Umsetzung der Richtlinie im Wesentlichen freisteht, den derzeitigen Umfang des Haftungsausschlusses für Entwicklungsrisiken beizubehalten (Art. 18 Abs. 1) oder ihn weiter einzuschränken (Art. 18 Abs. 2), wobei im letzteren Fall eine überzeugende Begründung für eine Einschränkung gegeben werden muss (Art. 18 Abs. 3-4)). Diese zweite Lösung wird wahrscheinlich bevorzugt werden, da sie dem inzwischen eingeschlafenen Reformentwurf des französischen Haftungsrechts entspricht, der vorsah, die Befreiung aufgrund des Entwicklungsrisikos im Falle eines durch ein Gesundheitsprodukt verursachten Schadens auszuschließen (Art. 1298-1). Die Idee ist nicht unbedingt schlecht, auch wenn der Haftungsausschluss für Entwicklungsrisiken ohnehin praktisch nie erfolgreich geltend gemacht wurde. Es besteht jedoch die Gefahr, dass die Änderung des Anwendungsbereichs des Haftungsausschlusses jene Debatte, die die Umsetzung der ProdHaftRL1985 gelähmt hatte, wieder aufleben lässt und die Umsetzung der neuen Richtlinie verzögert.

Die letzte vorhersehbare Schwierigkeit, die hier erwähnt werden soll, betrifft Art. 10 Abs. 4 der ProdHaftRL 2024, der die Vermutung der Fehlerhaftigkeit des Produkts oder des ursächlichen Zusammenhangs zwischen dessen Fehlerhaftigkeit und dem Schaden oder beider Voraussetzungen zulässt. Dies gilt dann, wenn der Kläger mit übermäßigen Schwierigkeiten, insbesondere aufgrund technischer oder wissenschaftlicher Komplexität, konfrontiert ist, und zumindest nachweisen kann, dass es wahrscheinlich ist, dass das Produkt fehlerhaft ist oder dass ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Fehlerhaftigkeit des Produkts und dem Schaden besteht, oder dass beides wahrscheinlich ist. Diese Vermutung ist nicht von derselben Art wie die Vermutungen in den vorangehenden Vorschriften. Sie stellt vielmehr eine Regel auf, die sich darauf bezieht, was angloamerikanische Juristen als Beweisstandard (*standard of proof*) bezeichnen würden. Damit wagt sich die neue Richtlinie gefährlich weit in den Bereich des Verfahrensrechts vor. Darüber hinaus ist die Lockerung der Beweisanforderungen bereits in der Praxis der französischen Gerichte zu finden. Es ist entsprechend fraglich, ob Frankreich die Bestimmung umsetzen sollte. Tut man dies, werden sich keine Auswirkungen auf die Rechte der Geschädigten einstellen. Wenn die Vorschrift in Art. 10 Abs. 4 nicht formell umgesetzt wird, könnte die Kommission Frankreich allerdings eine Vertragsverletzung vorwerfen. Andererseits besteht bei rein formeller Umsetzung der Regel die Gefahr, dass die neue Bestimmung die französischen Gerichte dazu veranlasst, bei der Lockerung des Beweisstandards noch weiterzugehen, als

sie es heute schon tun. Dadurch könnte das von der Richtlinie angestrebte Gleichgewicht der Parteiinteressen verzerrt werden.

Die neue Richtlinie hält also noch viele schöne Fragen bereit!

Auswirkungen der aktualisierten EU-Produkthaftungsrichtlinie auf die Produkthaftung in Deutschland

Andreas Spickhoff*

A. Einleitung

Die Umsetzung der ProdHaftRL 1985 des Rates vom 25. Juli 1985 (ProdHaftRL 1985) hat bekanntlich das Produkthaftungsrecht in Deutschland, so wie es sich im Anschluss an die sog. Hühnerpestentscheidung des BGH aus dem Jahr 1968¹ entwickelt hat, nicht gerade „aus der Bahn geworfen“. Anders als in Frankreich, das diese Richtlinie verspätet umsetzte², führte ihre Introduktion in Deutschland zwar zu einer weiteren deliktsrechtlichen Anspruchsgrundlage, nötigte aber auch nicht zu einer, zumindest dogmatisch deutlichen, Teil-Umstellung der Produkthaftung vom (Quasi-) Vertragsrecht auf das außervertragliche (durch das Non-Cumul-Prinzip des französischen Schuldrechts von Hause aus eigentlich verstellte) Deliktsrecht.³

Im Ergebnis wenig praktischen Ertrag brachte auch die im deutschen Schrifttum aufgeworfene Frage nach der Rechtsnatur der Produkthaftung, soweit es um das die Richtlinie umsetzende Produkthaftungsgesetz vom 15.12.1989⁴ (ProdHaftG) geht: Gefährdungshaftung, erweiterte Form der Gefährdungshaftung, Verschuldenshaftung oder verschuldensähnliche Haf-

* Prof. Dr. Andreas Spickhoff ist Inhaber eines Lehrstuhls für Bürgerliches Recht und Medizinrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München, Institut für Internationales Recht, und ordentliches Mitglied der Niedersächsischen Akademie der Wissenschaften zu Göttingen. Seine wissenschaftlichen Interessenschwerpunkte liegen im Haftungsrecht, Medizinrecht, Internationalen Privat- und Prozessrecht mit den dazu gehörigen rechtsvergleichenden Bezügen.

1 BGHZ 51, 91.

2 Mit dem Gesetz Nr. 98-389 vom 19.5.1998. Dazu *Borghetti*, in: Koziol/Green/Lunney/Oliphant/Yang, *Product Liability*, 2017, Rn. 5/51-60; aus dem deutschsprachigen Schrifttum *Kullmann/Pfister/Stöhr/Spindler*, *Produzentenhaftung*, Stand 2024, Kz. 4700; kurz auch *Hübner/Constantinesco*, *Einführung in das französische Recht*, 4. Aufl. 2001, S. 202 f.

3 Hierzu statt aller *Monéteau*, in: Koziol, *Grundfragen des Schadensersatzrechts aus rechtsvergleichender Sicht*, 2014, 1/72-89.

4 BGBl. 1989 I, 2198.

tung.⁵ Eine echte Verschärfung der Haftung gegenüber der normalen deliktsrechtlichen Produzentenhaftung folgt aus dem ProdHaftG trotz des fehlenden Verschuldenserfordernisses wenn, dann nur selten, obwohl mittlerweile Schmerzensgeld im Falle einer Haftung nach dem ProdHaftG verlangt werden kann (§ 8 S. 2 ProdHaftG). Immerhin hat etwa das OLG Frankfurt⁶ allein aus dem ProdHaftG eine Haftungsgrundlage entnehmen können (oder dies zumindest gemeint), als der Gast eines Restaurants einen mit Hepatitis-A-Viren infizierten Johannisbeerschmandkuchen gegessen hatte. Der Koch, der in dem Restaurant des als Produzenten anzusehenden Gastwirts⁷ beschäftigt war, litt – für den Wirt nicht erkennbar (er hatte seinen Koch alsbald zum Arzt geschickt, der die Diagnose erst später diagnostizierte) – an einer infektiösen Gelbsucht. Ein Haftungsausschluss wurde abgelehnt. Ein Fabrikationsfehler in Gestalt der „Infektion“ des Kuchens mit Hepatitis-A-Viren sei objektiv (wenn auch nicht vom Gastwirt konkret erkenn- oder vermeidbar) jederzeit feststellbar gewesen.

Wenn also das auf der alten Produkthaftungsrichtlinie beruhende Produkthaftungsgesetz keine Revolution, sondern allenfalls eine moderate Evolution und obendrein einige teils bis heute nicht geklärte Streitfragen (z. B. auch nach der Möglichkeit nach einer Übernahme der sog. Weiterfresserschadens-Rechtsprechung zu § 823 Abs. 1 BGB) ausgelöst hat, mag man sich nun die Frage stellen, wie es mit der aktuellen Reform der Produkthaftungsrichtlinie steht. Wie weit wird die Produkthaftung weiter verschärft, werden bisher streitige Fragen wenigstens teilweise geklärt? Auf diverse Stellungnahmen und Kritik am Entwurf der Produkthaftungsrichtlinie vom 28.9.2022 ist nach einer überarbeiteten Fassung vom 12.3.2024 nun mit der endgültigen Fassung der aktualisierten, neuen Produkthaftungsrichtlinie 2024/2853 vom 23.10.2024⁸ (ProdHaftRL 2024) reagiert worden, die als Grundlage der folgenden Analyse dient.

Der an sich selbstverständliche Ausgangspunkt der folgenden Überlegungen ist, dass die neuen Normen nicht anders als bisher in ihrer nationalen Umsetzung richtlinienkonform, also – falls methodisch nicht verstellt

5 Dazu *Deutsch*, NJW 1992, 73, 75 f.; *Wagner*, JETL 2024, 172 (190 ff.); *ders.* in: Münch-KommBGB, 9. Aufl. 2024, Einl. ProdHaftG Rn. 20 ff. m. w. N.; *Graf v. Westphalen*, in: Foerster/v Westphalen, Produkthaftungshandbuch, 4. Aufl. 2024, § 45 Rn. 2 ff m. w. N.; *Ahrens/Spickhoff*, Deliktsrecht, 2022, § 34 Rn. 9, 10; § 17 Rn. 80.

6 NJW 1995, 2498.

7 Vgl. – zu § 823 BGB – bereits BGH NJW 1992, 1039 (Gastwirt als Produzent).

8 ABl EU 2024 L v. 18.11.2024; dazu eingehend nach Abschluss des Manuskriptes *Wagner*, VersR 2025, 129.

– im Sinne der autonomen Auslegung der Richtlinie auszulegen sind,⁹ und zwar nach Art. 3 im Sinne der durch den EuGH¹⁰ (damals eher überraschend, da den Charakter einer Mindestmaß-Haftung negierend¹¹) für die bisherige ProdHaftRL 1985 bereits vorgezeichneten (zumindest weitgehenden) Vollharmonisierung.

B. Anspruchskonkurrenzen: Das Unions-Produkthaftungsrecht im System der autonomen Produkthaftung

Die Absteckung des Anwendungsbereichs der neuen Normen führt im Hinblick auf in Betracht kommende Anspruchskonkurrenzen teilweise zu größerer Klarheit. Nach Art. 2 Abs. 4 lit. c versperrt die Neuregelung zunächst keine Ansprüche, die eine geschädigte Person aufgrund einer am 30. Juli 1985 im nationalen Recht bestehenden besonderen Haftungsregelung hat. In Deutschland ist damit insbesondere § 84 AMG angesprochen. Offen bleibt zwar nach dem Wortlaut, ob nachträgliche Änderungen (z. B. des Anwendungsbereichs bzw. der Definition von Arzneimitteln) oder Haftungsverschärfungen (wie im Jahre 2002 zu § 84 AMG) noch als unionsrechtskonform angesehen werden können.¹² Die in Art. 18 vorgesehenen Möglichkeiten der Abweichung vom Schutz gegen Entwicklungsrisiken mögen zwar § 84 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 AMG erfassen, nicht aber ohne weiteres die (verkorkste) Verteilung der Beweislast in § 84 Abs. 2 AMG (geändert 2002). Der EuGH hat nur die Existenz des Auskunftsanspruchs gemäß § 84a AMG in Ermangelung eines vergleichbaren Anspruchsziels in der ProdHaftRL 1985 unbeanstandet gelassen.¹³ Dabei dürfte es immerhin trotz einer gewissen Zielähnlichkeit der nach Art. 9 vorgesehenen Offenlegung von Beweismitteln bleiben, zumal nach Art. 9 Abs. 7 nationale Vorschriften

9 Statt aller Katzenmeier/Voigt, ProdHaftG, 7. Aufl. 2020, Einl. Rn. 3, 4; Kapoor, ProdHaftG, 2023, Einf. Rn. 25-28; bei aus der Richtlinie übernommenen Begriffen – was auf nichts anderes hinauslaufen dürfte – sogleich für autonome Auslegung Wagner, in: MünchKommBGB, Einl. ProdHaftG Rn. 8 ff.

10 EuGH NJW 2017, 2739 (indes nicht „über die von ihr [der ProdHaftRL 1985] geregelten Punkte hinaus“).

11 Dafür zunächst Hohloch, ZEuP 1994, 408, 427; Schlechtriem, VersR 1986, 1033, 1043; strenger bereits Soergel/Krause, BGB, 13. Aufl. 2005, Vor § 1 ProdHaftG Rn. 2.

12 Näher zur Kritik Spickhoff, in: BeckOGK-BGB, 1.1.2024, § 15 ProdHaftG Rn. 4-7; anders z. B. Förster, in: BeckOK-BGB, 1.5.2024, § 15 ProdHaftG Rn. 4, 5, je m. w. N.

13 EuGH NJW 2015, 927 nach Vorlage durch BGH VersR 2013, 904 m. w. N.; dazu Arnold, GPR 2015, 233; BGH NJW 2015, 2502.

über die Offenlegung von Beweismitteln vor einem Verfahren, sofern derartige Vorschriften bestehen, nicht berührt werden sollen. Immerhin bringt im Übrigen aber Erwägungsgrund 10 S. 3 nun insoweit eine Auslegungshilfe in Richtung der Tolerierung von § 84 AMG in der aktuellen Fassung (und nicht der zur Zeit von 1985), als Änderungen an besonderen Haftungsregelungen wie § 84 AMG nicht ausgeschlossen werden sollen, sofern sie die Wirksamkeit der in dieser Richtlinie festgelegten Haftungsregelung oder ihre Ziele nicht untergraben.

Vom Wortlaut eher undeutlicher geworden ist das Verhältnis zu den allgemeinen Anspruchsgrundlagen nach dem BGB. Zwar präkludiert der Richtlinienentwurf nach Art. 2 Abs. 4 lit. b keine 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 Produkthaftungsrichtlinie hat. Indes: Ist die im autonomen Deliktsrecht zentral verankerte Produkthaftung nicht funktional gerade an Produktfehlern, die in Verkehrspflichten umschlagen, angeknüpft? Bisher war eindeutig, dass die vertragliche und deliktische Produkthaftung neben der europäisierten Anspruchsgrundlage konkurrierend anwendbar war.¹⁴ Erst Erwägungsgrund 9 Sätze 2 und 3 verdeutlichen letztlich, dass das auch in Zukunft so bleiben soll, wenn es heißt, die (zulässige) Konkurrenz von Anspruchsgrundlagen betreffe „z. B. die Haftung aufgrund einer Gewährleistung oder von Verschulden oder die verschuldens-unabhängige Haftung der Akteure für Schäden, die durch die Eigenschaften eines Organismus hervorgerufen wurden, welche durch gentechnische Verfahren erzielt wurden. Solche Bestimmungen, die unter anderem auch dem Ziel eines wirksamen Schutzes der Verbraucher und anderer natürlicher Personen dienen, sollten von der vorliegenden Richtlinie unberührt bleiben.“¹⁵ Das erfasst – an sich m. E. nicht a priori selbstverständlich – auch die 1990 introduzierte Haftung nach §§ 32 ff. GenTG.

C. Aktiv- und Passivlegitimation

Aktivlegitimiert ist prinzipiell „jede natürliche Person“, einen Verletzungserfolg vorausgesetzt. Erben sind gleichfalls ggf. aktivlegitimiert, Art. 5 Abs. 2 lit. a ProdHaftRL 2024, ebenso Bevollmächtigte (auch im Rahmen einer

14 Statt aller Förster, in: BeckOK-BGB, 1.5.2024, § 15 ProdHaftG Rn. 9.

15 Dazu auch Wagner, JETL 2024, 172 (214 f.).

„Class Action“) oder Einziehungsberechtigte (Art. 5 Abs. 2 lit. b). Das dürfte selten zu Diskussionen führen.

Anders steht es mit der Passivlegitimation. Die Liste der möglichen Passivlegitimierten der Herstellerhaftung ist wesentlich breiter und erweitert worden. Bisher sind nach § 4 ProdHaftG (entspricht Art. 3 der ProdHaft-RL 1985) passivlegitimiert: der Hersteller des Endproduktes für das gesamte Endprodukt, die Hersteller eines Grundstoffs oder eines Teilproduktes für den Grundstoff bzw. das Teilprodukt (einschließlich Software). Hinzu kommen Grundstoff- und Teilprodukthersteller, Quasihersteller, Importeure und subsidiär Lieferanten.

Als Hersteller gelten nämlich ferner alle, die sich durch das Anbringen ihres Namens, ihrer Marke oder eines anderen unterscheidungskräftigen Kennzeichens als Hersteller ausgeben, sodann, wer ein Produkt zum Zweck des Verkaufs, der Vermietung, des Mietkaufs oder einer anderen Form des Vertriebs mit wirtschaftlichem Zweck im Rahmen seiner geschäftlichen Tätigkeit in den Geltungsbereich des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum einführt oder verbringt. Kann der Hersteller des Produkts nicht festgestellt werden, so kann sich eine subsidiäre Ausfallhaftung entfalten. Denn dann gilt jeder Lieferant als dessen Hersteller, es sei denn, er benennt dem Geschädigten innerhalb eines Monats, nachdem ihm dessen diesbezügliche Aufforderung zugegangen ist, den Hersteller oder diejenige Person, die ihm das Produkt geliefert hat. Dies gilt gerade auch für importierte Produkte, wenn sich kein Hersteller feststellen lässt, selbst wenn der Name des Herstellers bekannt ist.

Art. 8 ProdHaftRL 2024 greift die bisherige Rechtslage auf, geht aber an verschiedenen Stellen noch darüber hinaus. Es haften wie bisher die Hersteller eines fehlerhaften Produkts, ebenso die Hersteller einer fehlerhaften Komponente, wenn diese Komponente in ein unter Kontrolle des Herstellers stehendes Produkt integriert oder mit einem unter Kontrolle des Herstellers stehenden Produkt verbunden wurde und die Fehlerhaftigkeit dieses Produkts verursacht hat. Daneben haftet der Endhersteller gesamtschuldnerisch („unbeschadet“). Als Hersteller gilt nach Art. 4 Nr. 10 jede (natürliche oder juristische) Person, die ein Produkt entwickelt, herstellt oder produziert, ein Produkt entwickeln oder herstellen lässt oder durch Anbringen seines Namens, seiner Marke oder anderer Unterscheidungsmerkmale auf diesem Produkt als Hersteller auftritt oder ein Produkt für den Eigenbedarf entwickelt, herstellt oder produziert.

Ist ein Hersteller eines Produkts oder einer Komponente außerhalb der Union niedergelassen, haftet neben ihm („unbeschadet“) der Importeur des fehlerhaften Produkts oder der fehlerhaften Komponente und der Bevollmächtigte des Herstellers (vorausgesetzt, er wurde schriftlich bevollmächtigt, Art. 4 Nr. 11, der allerdings – für das deutsche Trennungs- und Abstraktionsprinzip an sich unpassend, aber so zu deuten – von „beauftragt“ spricht). Hinzu tritt – wenn kein Importeur in der Union niedergelassen ist und es keinen Bevollmächtigten gibt – der sog. Fulfilment-Dienstleister. Das ist nach Art. 4 Nr. 13 eine (natürliche oder juristische) Person, die im Rahmen einer Geschäftstätigkeit mindestens zwei der folgenden Dienstleistungen anbietet: Lagerhaltung, Verpackung, Adressierung und Versand eines Produkts, an dem sie kein Eigentumsrecht hat. Nicht davon erfasst sind bloße Postdienste i. S. v. Art. 2 Nr. 1 Richtlinie 97/67/EG, Paketzustelldienste i. S. von Art. 2 Nr. 2 VO (EU) 2018/644 und alle sonstigen Postdienste oder Frachtverkehrsdienstleistungen. Es geht offenbar um Konstellationen, in denen Produkte aus Drittstaaten (wie z. B. aus der VR China) von dort domizilierten Verkäufern über Internet-Plattformen direkt, das heißt ohne Zwischenschaltung eines Importeurs, auf dem Markt der EU angeboten werden.¹⁶ Man wird nicht fehlgehen in der Annahme, dass das Erfordernis der (zumindest) „doppelten Dienstleistungen“ zur Entwicklung von Vermeidungsstrategien in der Rechtsberatung Anlass geben wird.

Neu und nun explizit geregelt ist, dass jede (natürliche oder juristische) Person, die ein Produkt außerhalb der Kontrolle des Herstellers wesentlich verändert und es anschließend auf dem Markt bereitstellt oder in Betrieb nimmt, gleichfalls als Hersteller des Produkts gilt (Art. 8 Abs. 2 ProdHaft-RL 2024). Das betrifft auch rein privat agierende „Bastler“ und das Produkt sonst in sicherheitsrelevanter Weise Manipulierende.¹⁷ Darunter dürften auch Fälle der Neuaufbereitung fallen,¹⁸ wenngleich sich derartige Fälle wohl schon bisher im Wege funktionaler Auslegung nach den Maßstäben des *effet utile* unter den Herstellerbegriff subsumieren lassen.¹⁹ Die Haftung des eigentlichen (ursprünglichen) Herstellers entfällt nach Art. 11 Abs. 1 lit. c, wenn die Sicherheitseigenschaften eines Produkts (wie insbesondere

16 Wagner, JZ 2023, 1 (8). Zur Frage nach der Haftung von Service Providern *ders.*, JETL 2024, 172 (184 ff.).

17 Wagner, JZ 2023, 1 (8 f.).

18 Handorn, MPR 2023, 16, 20 (näher zu Medizinprodukten).

19 Vgl. Spickhoff, in: BeckOGK (Stand: 1.1.2024), § 4 ProdHaftG Rn. 14; Wagner, in: MünchKommBGB, § 4 ProdHaftG Rn. 11, 13, 24; Handorn, MPR 2023, 16 (19).

durch Eingriffe Dritter) „wahrscheinlich“ in nachteiliger Weise verändert werden und der Produktfehler im Zeitpunkt des Inverkehrbringens noch nicht bestand bzw. erst danach entstanden ist. Umgekehrt entfällt die Haftung des „Bastlers“, wenn sich dieser nach Art. 11 Abs. 1 lit. g dadurch entlastet, dass ihm der – ggf. nicht ganz einfach zu erbringende – Nachweis gelingt, dass die von ihm vorgenommene Modifikation nicht zu dem schadensverursachenden Fehler geführt hat. Das gilt natürlich erst recht, wenn die Produkteigenschaft, die den Schaden verursacht hat, ihrerseits nicht als fehlerhaft zu qualifizieren ist.²⁰

Hersteller ist gemäß Art. 4 Nr. 10 lit. c auch derjenige, der ein Produkt für den bloßen Eigenbedarf entwickelt, herstellt oder produziert. Das begrenzt allerdings Art. 4 Nr. 9 insoweit, als eine „Inbetriebnahme“ nur im Rahmen einer geschäftlichen Tätigkeit gilt, wenn das Produkt vor seiner ersten Verwendung nicht in Verkehr gebracht wurde. Produkte zu nicht kommerziellen Forschungszwecken, etwa von Universitäten, sind damit von der Richtlinienhaftung wohl nicht erfasst,²¹ es sei denn, man verstünde die „Geschäftstätigkeit“ (wie im deutschen Strafrecht u. U. „geschäftlich“²²) als nur auf mögliche Wiederholung einer „geschäftig“-beruflichen Tätigkeit angelegt, was in autonomer Auslegung der Begriffs der „Geschäftstätigkeit“ indes keineswegs zwingend erscheint.

Kann kein Hersteller im bisher genannten Sinne ermittelt werden, bleibt es bei der subsidiären Händlerhaftung. Vorausgesetzt wird, dass der Geschädigte den Händler auffordert, einen der genannten und in der Union niedergelassenen Wirtschaftsakteur oder seinen eigenen Händler zu benennen, der das Produkt geliefert hat. Zudem muss der Händler innerhalb eines Monats nach Eingang des Antrags einen passivlegitimierten (Hersteller usw.) benennen.

Das ist nicht neu. Diese Regel soll nun entsprechend aber auch für jeden Anbieter einer Online-Plattform gelten, der es Verbrauchern ermöglicht, Fernabsatzverträge mit Unternehmen abzuschließen, bei denen es

20 Wagner, JZ 2023, 1 (9).

21 S. bereits Handorn, MPR 2023, 16 (19).

22 I. S. v. § 299 StGB; siehe z. B. Dannecker/Schröder, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger, StGB, 6. Aufl. 2023, § 299 Rn. 57 m. w. N.; Momsen/Laudien, in: BeckOK-StGB (01.08.2024), § 299 Rn. 32: erfasst sei alles zur Förderung eines beliebigen Geschäftszwecks; ausgeschlossen werde durch den Begriff einerseits rein privates Handeln und andererseits amtliches Handeln in Ausübung von Hoheitsgewalt; Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 299 Rn. 14: Erfasst seien auch wissenschaftliche Aktivitäten, wenn sie zu Zwecken des Wettbewerbs erfolgen bzw. dem Erwerb dienen.

sich nicht zugleich um Wirtschaftsakteure handelt, sofern die Bedingungen von Artikel 6 Abs. 3 VO (EU) 2022/2065 erfüllt sind. Ob die genannten Haftungsadressaten (die den Begriff der Herstellung im traditionellen Sinne an sich sprengen) ihre Tätigkeiten innerhalb des Binnenmarkts ausgeführt haben müssen und ob ein weiter erfasster Fulfilment-Dienstleister seinen Sitz oder eine Niederlassung innerhalb der EU haben muss, ist nicht geregelt, jedenfalls nicht explizit vorgesehen, ergibt sich aber m. E. im Umkehrschluss aus Art. 8 Abs. 1 lit. c ProdHaftRL 2024, woraus folgt, dass dies nicht prinzipiell der Fall sein muss.

Kann ein Opfer eine Entschädigung nicht erhalten, weil keine der in den Absätzen 1 bis 4 genannten Personen gemäß dieser Richtlinie haftbar gemacht werden kann oder weil die haftbaren Personen zahlungsunfähig sind oder nicht mehr bestehen, können die Mitgliedstaaten (wie auch immer ausgestaltete, z. B. durch Einrichtung entsprechender Fonds) Entschädigungsregelungen vorsehen, um Geschädigte, die durch fehlerhafte Produkte einen Schaden erlitten haben, angemessen zu entschädigen (Art. 8 Abs. 5).

D. Schutz von Rechten und Rechtsgütern

Nach wie vor soll die unionsrechtliche Produkthaftung nur durch die Verletzung bestimmter Rechte, Rechtsgüter oder definierter Interessen ausgelöst werden können. Nach Art. 6 sind dies:

- der Tod oder eine Körperverletzung einschließlich medizinisch anerkannter Beeinträchtigungen der psychischen Gesundheit;
- die Beschädigung oder Zerstörung von Sachen (im Vorentwurf noch: von „Vermögensgegenständen“), mit Ausnahme (1.) des fehlerhaften Produkts selbst, (2.) eines Produkts, das durch ein fehlerhaftes Bauteil beschädigt wurde, das vom Hersteller dieses Produkts oder unter seiner Kontrolle in ein Produkt integriert oder mit diesem verbunden wurde, (3.) von Sachen, die ausschließlich für berufliche Zwecke genutzt werden;
- die Vernichtung oder Verfälschung von Daten, die nicht für berufliche Zwecke verwendet werden.

Gegebenenfalls werden alle Vermögensverletzungen abgedeckt, die sich aus einer der genannten Rechts-, Rechtsgüter- oder Interessenverletzung („Schaden“ genannt, da außerhalb Deutschlands in Haftungssystemen mit deliktsrechtlichen Generalklauseln nicht in gleich strenger Weise wie in § 823 Abs. 1 BGB zwischen Verletzung und Schaden differenziert wird) ergeben. Der Schadensersatzanspruch erfasst auch immaterielle Verluste,

soweit (wie bisher auch in Deutschland in dem im Jahr 2002 eingefügten § 8 S. 2 ProdHaftG) für Verluste dieser Art nach nationalem Recht eine Entschädigung vorgesehen ist.

Wohl der Intervention der Produzenten ist es zu verdanken, dass die Richtlinie im Prinzip zwischen Schäden von natürlichen und unternehmerisch tätigen Personen differenziert. Demgemäß heißt es in Erwägungsgrund 22, infolge des Ziels der Richtlinie, ausschließlich natürliche Personen zu entschädigen, sollte für Schäden an Eigentum, das ausschließlich für berufliche Zwecke genutzt wird, auf der Grundlage dieser Richtlinie keine Entschädigung geleistet werden. Um dem potenziellen Risiko von Rechtsstreitigkeiten in einer übermäßigen Zahl von Fällen zu begegnen, sollte genauso wenig für die Zerstörung oder Verfälschung von Daten, die – wenn auch nicht ausschließlich – für berufliche Zwecke verwendet werden, auf der Grundlage dieser Richtlinie eine Entschädigung geleistet werden.

I. Verletzung des Lebens und der körperlichen Integrität

In Bezug auf die Rechtsgüter des Lebens und des Körpers liest man in den bisherigen Erläuterungen des ProdHaftG zumeist, die Begriffe seien genauso auszulegen und zu verstehen wie zu § 823 Abs. 1 BGB bekannt.²³ Das ist im Kern gewiss zutreffend. In zweifelhaften Randbereichen ist dagegen ggf. eine Vorlage beim EuGH angezeigt.

a) Verletzung des Lebens

So könnte etwa im Kontext der Definition des Todesbegriffs (Hirntod- oder irreversibler Ausfall von Herz- und Kreislauffunktion, so immerhin § 31 Abs. 1 PStV²⁴) zweifelhaft sein, wie er zu deuten ist. Nachdem immerhin

23 Z. B. Katzenmeier/Voigt, § 1 ProdHaftG Rn. 4; Wagner, in: MünchKommBGB, § 1 ProdHaftG Rn. 4; Soergel/Krause, BGB, 13. Aufl. 2005, § 1 ProdHaftG Rn. 2; BeckOK/Förster (1.5.2024), § 1 ProdHaftG Rn. 17.

24 „Eine Lebendgeburt liegt vor, wenn bei einem Kind nach der Scheidung vom Mutterleib entweder das Herz geschlagen oder die Nabelschnur pulsiert oder die natürliche Lungenatmung eingesetzt hat“; unmittelbar relevant freilich nur für die Eintragung ins Geburtenregister.

sogar ein Schweinehirn partiell wiederbelebt werden kann²⁵, bietet sich insoweit zumindest eine Anbindung an den konkreten Stand wissenschaftlicher Erkenntnisse an. Praktische Relevanz dürfte das Thema nur selten entfalten, etwa im Kontext des Hinterbliebenengeldes (das bekanntlich den Tod eines nahen Angehörigen voraussetzt, vgl. derzeit § 7 Abs. 3 Prod-HaftG).

b) Körperverletzung

Je nach Sachlage wird man die Körperverletzung weit, und zwar im Sinne der Verletzung der körperlichen Integrität, verstehen dürfen. Damit ist dann auch jede Gesundheitsverletzung im Sinne des autonomen Deliktsrechts – nicht nur die psychische – erfasst.

Nicht unzweifelhaft ist allerdings, ob als Körperverletzung im Sinne der (alten wie neuen) Produkthaftungsrichtlinie die Vernichtung tiefgefrorenen Spermas, also endgültig vom Körper abgetrennter Teile, angesehen werden kann, wie der BGH dies zum autonomen Deliktsrecht vertreten hat;²⁶ nichts anderes wäre für tiefgefrorene Eizellen anzunehmen. Im Schrifttum ist diese Haltung des BGH mit guten Gründen oft bestritten und stattdessen auf den Schutz durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht verwiesen worden.²⁷ Dieser Rückgriff ist im Rahmen des europäisierten Produkthaftungsrechts indessen nicht möglich, da das genuin „deutsche“ allgemeine Persönlichkeits(rahmen)recht von den Schutzgütern des Produkthaftungsrechts nicht erfasst wird. Ob man in derartigen Zusammenhängen innerhalb der Richtlinie auf die Körperverletzung (obwohl das Sperma später auch ohne Rückführung in den bzw. zum Körper des betreffenden Mannes zur Fortpflanzung verwendet werden soll) oder gar – zweifelhaft – auf ein (dann freilich persönlichkeitsrechtlich deutlich beeinflusstes) Zerstören von Sachen abstellen kann oder – was eine deutliche Schutzlücke offenbaren würde – ob man eine unionsrechtliche Produkthaftung in derartigen Zusammenhängen ganz verneinen müsste, wenn der Gefrierschrank mit dem genetischen Material aufgrund eines Fehlers versagt, ist eine Frage,

25 Z. B. <https://www.sueddeutsche.de/wissen/biologie-flackern-im-schweinehirn-1.4413850>; <https://www.faz.net/aktuell/wissen/eliteuni-yale-umstrittene-wiederbelebung-von-schweinekoepfen-16146225.html> (Abruf jeweils vom 8.5.2025).

26 BGHZ 124, 52.

27 Taupitz, NJW 1995, 745 ff.; Staudinger/Hager, Bearbeitung 2017, § 823 Rn. B 19; Wagner, in: MünchKommBGB, § 823 Rn. 222; Ahrens/Spickhoff, Deliktsrecht, 2022, § 11 Rn. 7.

die letztlich erst und nur der EuGH verbindlich beantworten kann. Der Gedanke des *effet utile* spricht m. E. deutlich für eine Einbeziehung in den Schutzbereich der Produkthaftungsrichtlinie. Das führt dazu, dass wohl wenig anderes übrigbleibt, als (will man nicht auf die Sachbeschädigung abstellen) die den Körperverletzungstatbestand reichlich ausdehnende Rechtsprechung des BGH zumindest im Zusammenhang mit der Produkthaftungsrichtlinie zu tolerieren bzw. darauf zu übertragen, mag man auch in Bezug auf das intern-autonome Deliktsrecht einen anderen Weg präferieren.

II. Beschädigung oder Zerstörung von Vermögensgegenständen

Art. 6 Abs. 1 lit. b ProdHaftRL 2024 nennt als zweiten großen Verletzungstatbestand die Beschädigung oder Zerstörung einer Sache und nicht, wie noch im Vorentwurf, die Beschädigung oder Zerstörung von „Vermögensgegenständen“. Der Unterschied zwischen beidem liegt indes eher in der anderen Übersetzung; in der englischen Fassung des Art. 6 des Entwurfs ist – nicht anders als in Art. 9 der ProdHaftRL 1985 – von „damage to, or destruction of, any property“ die Rede. In der Sache hätten sich also keine Änderungen ergeben. Erfreulich ist, dass insoweit die Selbstbeteiligung bei Sachbeschädigung (bisher § 11 ProdHaftG, entspricht Art. 9 S. 1 lit. a ProdHaftRL 1985) entfallen ist, die bei externen Betrachtern oft Verwunderung ausgelöst hat.²⁸

Nie ganz unstreitig war und ist unter der Ägide der bisherigen Regelung, ob eine Sachbeschädigung auch in den sog. Weiterfresserfällen angenommen werden kann oder nicht.²⁹ Die erstgenannte Lösung wurde und wird bekanntlich vom BGH im Rahmen des autonomen Deliktsrechts zur Eigentumsverletzung unter der Voraussetzung vertreten, dass der „Weiterfresserschaden“ nicht „stoffgleich“ mit dem defekten Produktteil ist, so dass das Integritätsinteresse (und nicht bloß das Äquivalenzinteresse)

28 So im Falle einer Kommission aus der VR China, die sich in den frühen 90iger Jahren über die europäisierte Produkthaftung als modernes Vorbild orientieren wollte; 500 Euro (damals noch ECU) als Marginalbetrag löste seinerzeit Verblüffung aus.

29 Dafür (wenngleich differenzierend) eingehend Staudinger/Oechsler, BGB, Bearbeitung 2021, § 1 ProdHaftG Rn. 9 ff. m. w. N.; dagegen OLG Oldenburg NJW-RR 2001, 459; Soergel/Krause, BGB, 13. Aufl. 2005, § 1 ProdHaftG Rn. 4; BeckOGK-BGB/Seibl, Stand: 1.4.2024, § 1 ProdHaftG Rn. 41 ff.; Wagner, in: MünchKommBGB, § 1 ProdHaftG.

des Inhabers des Gesamtprodukts verletzt ist.³⁰ § 1 Abs. 1 S. 2 ProdHaftG (entspricht Art. 9 S. 1 lit. b der ProdHaftRL 1985) sieht dazu vor, dass eine Schadensersatzpflicht nur besteht, wenn eine andere Sache als das fehlerhafte Produkt beschädigt wird. Scheint danach die Übertragung der „Weiterfresser“-Rechtsprechung auf das europäisierte Produkthaftungsrecht verstellt, ist indes nach § 2 ProdHaftG als Produkt jede bewegliche Sache anzusehen, auch wenn sie zum Teil einer anderen beweglichen Sache oder einer unbeweglichen Sache geworden ist. Namentlich diese Formulierung hat die Diskussion in Deutschland maßgeblich befeuert.

Wesentlich und klärend ist insoweit nun die Regelung in Art. 6 Abs. 1 lit. b ProdHaftRL 2024. Danach erfasst der Schadensersatzanspruch die Beschädigung oder Zerstörung von Sachen nicht, wenn allein das fehlerhafte Produkt selbst beschädigt wird oder wenn ein Produkt durch ein fehlerhaftes Bauteil beschädigt wird, welches vom Hersteller dieses Produkts oder unter seiner Kontrolle in ein Produkt integriert oder mit diesem verbunden wurde. Ausgangspunkt ist demgemäß nunmehr eindeutig, dass die sog. Weiterfresserschäden eine Haftung nach dem Produkthaftungsregime der EU nicht auslösen.

Art. 6 Abs. 1 lit. b sieht daneben vor, dass sich die Haftung des Herstellers auch auf Schäden (indes: nicht am Endprodukt selbst) erstreckt, die durch eine fehlerhafte Komponente verursacht werden, wenn diese in ein Produkt integriert oder mit einem Produkt verbunden wurde, das unter der Kontrolle des Herstellers steht. Art. 4 Nr. 1 bezeichnet als „Produkt“ im Ausgangspunkt alle beweglichen Sachen, auch wenn diese in eine andere bewegliche oder unbewegliche Sache integriert oder damit verbunden sind (wozu auch Elektrizität, digitale Bauunterlagen, Rohstoffe und Software zählen). Damit sind die Teilehersteller als Passivlegitimierte zusätzlich erfasst, ohne dass dadurch die „Weiterfresser“-problematik tangiert würde.

Sachen, die ausschließlich für berufliche Zwecke genutzt werden (z. B. ein ausschließlich beruflich als Taxi genutzter Pkw, schon nicht mehr aber ein doppelfunktionales – familiär wie beruflich genutztes – Kfz), werden nicht von der Produkthaftung der EU erfasst, eine rechtspolitisch nicht über jeden Zweifel erhabene Konsequenz³¹, die nur bedingt daraus abzuleiten ist, dass nach Art. 1 vom an sich „reibungslosen Funktionieren des

30 Grundlegend – in Fortschreibung von BGHZ 67, 359, 364 f. („Schwimmerschalter“ – es komme auf die funktionelle Abgrenzbarkeit des defekten Teils vom Rest der Sache an) – BGHZ 86, 256 („Gaszug“ beim Pkw nicht stoffgleich).

31 Wagner, JZ 2023, 1 (7).

Binnenmarkts“ abgesehen ein besonderes hohes Schutzniveau (nur) für Verbraucher und andere natürliche Personen sichergestellt werden soll, weil letztere auch beruflich oder als Unternehmer agieren können.

III. Produkthaftungsrechtlicher Schutz von Daten

Den Schutz von Daten an sich hat der BGH als eigentumsgleiches Recht bislang noch nicht anerkannt. Die Frage ist im Schrifttum umstritten.³² Unstreitig kann die Vernichtung oder Verfälschung von Daten je nach Sachlage zu einer Eigentumsverletzung oder einem Sachschaden, einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts oder des Rechts am Unternehmen führen. Auch das bisherige ProdHaftG bzw. die ProdHaftRL 1985 kannten den Schutz von Daten wenn, dann allein als Fallgruppe der Sachbeschädigung. Das wird sich nun im Bereich der Produkthaftung substantiell ändern; man denke an gelöschte E-Mails, die auf dem zerstörten Server eines Uni-Providers gespeichert sind, oder an Dateien, die der Ersteller statt auf dem eigenen Rechner in einer Cloud speichert. Die Schutzlücke, die § 823 Abs. 1 BGB in Bezug auf Daten bei Nichtanerkennung der Daten als geschützte sonstige Rechte offenbart, welche auf einem Datenträger gespeichert sind, der weder im Eigentum noch im Besitz des „Datenberechtigten“ steht und der durch das Löschen oder die Veränderung der Daten geschädigt wird,³³ wird insoweit geschlossen.

E. Produkt

Bisher gilt als Produkt nach § 2 ProdHaftG (entspricht Art. 2 der ProdHaftRL 1985) jede bewegliche Sache (auch als Teil einer – beweglichen wie unbeweglichen – Sache) sowie Elektrizität. Dass Software, erst recht: „blo- ße“ Software (sog. stand-alone Software) ohne Bezug zu einer Sache diese Eigenschaft erfüllt (auch wegen deren Nähe zur Elektrizität), entspricht zwar in Deutschland der Mehrheitsmeinung, ist aber nie allgemein aner-

32 Dafür (grundlegend) Zech, Information als Schutzgegenstand, 2012, S. 63 ff.; Wagner, in: MünchKommBGB, § 823 Rn. 378 ff.; Voigt, in: BeckOGK-BGB, Stand: 1.5.2024, § 823 Rn. 139 ff., 141; anders Spickhoff, in: Leible/Lehmann/Zech, Unkörperliche Güter im Zivilrecht, 2011, 233, 243 f.; Ahrens/Spickhoff, Deliktsrecht, 2022, § 11 Rn. 22, 49; Faust, NJW-Beilage 2016, 29 (32).

33 Faust, NJW-Beilage 2016, 29 (32).

kannt worden.³⁴ Immerhin hat sogar der EuGH³⁵ in Bezug auf Zeitungen die Ansicht vertreten, die darin enthaltene (bloße) Information sei kein Produkt im Sinne der Produkthaftungsrichtlinie.

Gleich, ob die letztgenannte Haltung des EuGH nicht zuvörderst einer anvisierten Abwehr übermäßiger Haftungsgefahr von Medien (und zugleich einer Verneinung vor deren Anliegen und politischem Einfluss) geschuldet ist, soll diese Zweifelsfrage nun endgültig in dem Sinne geklärt werden, dass gemäß Art. 4 lit. 1 ProdHaftRL 2024 als „Produkt“ nicht nur alle beweglichen Sachen anzusehen sind, auch wenn diese in eine andere bewegliche oder unbewegliche Sache integriert oder damit verbunden sind. Dazu zählen nun *expressis verbis* neben der Elektrizität auch rein digitale Konstruktionsunterlagen (der Vorentwurf sprach – eher missverständlich – von „digitalen Bauunterlagen“), Rohstoffe und Software. Das gilt nach Erwägungsgrund 13 unabhängig von der Art ihrer Bereitstellung oder Nutzung und unabhängig davon, ob die Software auf einem Gerät gespeichert oder über ein Kommunikationsnetz oder eine Cloud-Technologien abgerufen oder durch Software als Dienstleistung bereitgestellt wird. Als Beispiele nennt Erwägungsgrund 17 die Bereitstellung von Verkehrsdaten in einem Navigationssystem, einen Gesundheitsüberwachungsdienst, der sich auf die Sensoren eines physischen Produkts stützt, um die körperliche Aktivität oder Gesundheitsparameter des Nutzers nachzuverfolgen, eine Temperaturüberwachung, die die Temperatur eines intelligenten Kühlschranks überwacht und reguliert, oder auch einen Sprachassistenten, der die Steuerung eines oder mehrerer Produkte mittels Sprachbefehlen ermöglicht. Eine „digitale Konstruktionsunterlage“ bezeichnet eine digitale Version einer beweglichen Sache oder eine digitale Vorlage dafür, die funktionale Informationen enthält, die zur Herstellung eines körperlichen (Vorentwurf: „materiellen“) Gegenstands erforderlich sind, indem sie die automatische Steuerung von Maschinen oder Werkzeugen ermöglicht (Art. 4 Nr. 2). Erfasst ist auch der sog. 3D-Druck (Erwägungsgrund 16). Für bloße Informationen soll aber weiterhin nicht aus der Produkthaftungsrichtlinie gehaftet werden, ebenso wenig nach Art. 2 Nr. 2 (s. auch Erwägungsgrund 14) für

34 Dafür *Wagner*, in: MünchKommBGB, § 2 ProdHaftG Rn. 25; *Katzenmeier/Voigt*, § 2 ProdHaftG Rn. 20; *Rebin*, in: BeckOGK-BGB, Stand: 1.9.2022, § 2 ProdHaftG Rn. 49 ff.; *Handorn*, MPR 2023, 16, 17 (auch unter Hinweis auf Art. 2 Nr. 1 MDR); dagegen *v. Westphalen*, in: Foerste/v. Westphalen, Produkthaftungshandbuch § 47 Rn. 44; *Taschner/Frietsch*, ProdHaftG, § 2 Rn. 22.

35 NJW 2021, 2015.

freie und quelloffene Software (wie Open Source-Software), die außerhalb einer gewerblichen Tätigkeit entwickelt oder bereitgestellt wird. Allerdings wird diese nicht selten gegen Entgelt und zusammen mit weiteren Dienstleistungen angeboten, so dass dann die Haftung dessen, der das Paket in den Verkehr bringt, als Endhersteller nahe liegt.³⁶ Dem entspricht Erwägungsgrund 15.

Ebenso entspricht der Produktbegriff im Kern dem deutschen Deliktsrecht und damit dem Anwendungsbereich der Produkthaftung: Software, die einen Fehler aufweist, führt unter dem Aspekt der Produkthaftung (und sonst – mit wohl anderer Verteilung der Darlegungs- und Beweislast in einem im Übrigen „beweglichen“ System der Darlegungs- und Beweislastverteilung) bei Verletzung entsprechender Rechte und Rechtsgüter ggf. zu Schadensersatzansprüchen. Anders als im Unionshaftungsrecht hat der Sachbegriff im autonomen Deliktsrecht den Anwendungsbereich der deliktischen Produkthaftung noch nie determiniert.³⁷

F. Fehler

Ein Produktfehler wird bislang in § 3 ProdHaftG so umschrieben, dass er vorliegt, wenn das Produkt nicht die Sicherheit bietet, die unter Berücksichtigung aller Umstände (wie seiner Darbietung, des Gebrauchs, mit dem billigerweise gerechnet werden kann und des Zeitpunkts, in dem es in den Verkehr gebracht wurde) berechtigterweise erwartet werden kann. Ein Fehler kann nicht nur deshalb angenommen werden, weil später ein verbessertes Produkt in den Verkehr gebracht wurde.

Daran knüpft auch Art. 7 ProdHaftRL 2024 an, konkretisiert und erweitert den Fehlerbegriff aber. Ein Fehler folgt aus der nicht vorhandenen Sicherheit des Produkts, die eine Person erwarten darf bzw. die gemäß Unionsrecht oder nationalem Recht vorgeschrieben ist. Maßgeblich für die Beurteilung der „Person“ soll eine „breite Öffentlichkeit“, also jedenfalls ein

36 Vorsichtig noch *Spindler*, CR 2022, 689 Rn. 11; dafür *Wagner*, JZ 2023, 1 (4); *ders.*, JETL 2024, 172 (184).

37 *Wagner*, in: MünchKommBGB, § 823 Rn. 1040. Zur Veränderung oder Vernichtung von Software mit und ohne Eigentumsverletzung im deutschen Deliktsrecht, die in der Richtlinie als Datenverletzung in Betracht kommt, *Hager*, in: Staudinger, 2017, § 823 Rn. B 60 m. w. N.: keine Verletzung von „bloßer“ Software ohne Eigentums- oder Besitzbezug als Verletzung eines „sonstigen Rechts“; dafür aber *Spindler*, NJW 1999, 3737 (3738).

objektiver Maßstab³⁸ sein, zumindest im Ausgangspunkt im Sinne dessen, was im Schrifttum als „allgemeiner Verkehrskreis“ bezeichnet worden ist³⁹, je nach Sachlage aber auch zugespitzt auf besondere Verkehrskreise mit entsprechender Expertise, deren Einhaltung generell von der „breiten Öffentlichkeit“ erwartet wird. Da es nicht sinnvoll möglich ist, dazu konkrete soziologische Studien (etwa Befragungen) durchzuführen (es sei denn, es existierten solche Erkenntnisse in seriöser Form), kommt es auf die richterliche Einschätzung dieser Frage an. Die Berücksichtigung ökonomisch-analytischer Ansätze ist dabei gewiss nicht ausgeschlossen,⁴⁰ mag sie auch häufig auf praktische Grenzen stoßen. Auf eine mangelnde Gebrauchsfähigkeit ist nicht abzustellen (Erwägungsgrund 30).

Zur Bewertung einer vorhandenen oder fehlenden Eigenschaft des Produkts als Fehler sollen wie bisher „alle Umstände berücksichtigt“ werden. Dazu gehören zunächst die Aufmachung des Produkts einschließlich seiner Kennzeichnung, seines Designs, seiner technischen Merkmale, seiner Zusammensetzung und seiner Verpackung sowie der Anweisungen für Montage, Installation, Verwendung und Wartung.

Auch der „vernünftigerweise vorhersehbare Gebrauch des Produkts“ (bisher: billigerweise erwartbare, was kaum einen fundamentalen Unterschied ausmacht, ebenso wenig der Wechsel von der Nutzung im Vorentwurf zum Gebrauch in Art. 7 Abs. 2 lit. b) ist in Rechnung zu stellen. Die Haftung soll nach Erwägungsgrund 31 nicht einfach dadurch umgangen werden, dass nur alle denkbaren Nebenwirkungen eines Produkts aufgeführt werden. Hier lässt u. a. die Arzneimittelhaftung, in anderen Ländern der EU nicht speziell geregelt, grüßen; man denke etwa an den Fall des BGH in der Sache Alupent.⁴¹ Bei der Bestimmung der Fehlerhaftigkeit eines Produkts umfasst die vernünftigerweise vorhersehbare Nutzung auch eine unter den gegebenen Umständen nicht unvernünftige, aber unsachgemäße Nutzung, z. B. das vorhersehbare Verhalten eines Benutzers beim Betrieb einer Maschine aufgrund mangelnder Konzentration, Stress, Aufregung, gar Todesangst oder das vorhersehbare Verhalten bestimmter Benutzer-

38 Gegen eine Subjektivierung auch *Handorn*, MPR 2023, 16 (21).

39 *Deutsch*, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, 2. Aufl. 1995, S. 129.

40 *Wagner*, JZ 2023, 1 (6 f.: daran führe „kein Weg vorbei“).

41 BGHZ 106, 273: erwartbarer Übermaßgebrauch eines Asthma-Dosier-Aerosols. Siehe weiter zur intraarteriellen Fehlinjektion des intravenösen Narkosemittels Estil in die Ellenbeuge durch einen Arzt BGH NJW 1968, 1181. In der Gebrauchsanweisung (heute: Fachinformation) war im Fettdruck hervorgehoben worden, dass eine intraarterielle Injektion „mit Sicherheit“ vermieden werden „muss“.

gruppen, etwa von Kindern. In den Ländern, in welchen unter die Produkthaftungsrichtlinie Arzneimittel fallen, bildet deren potentieller Miss- oder Fehlgebrauch einen relevanten, ja geradezu klassischen Anwendungsfall für diese Variante.

Zu „berücksichtigen“ (was richterliche Spielräume und Flexibilität eröffnet) sind nach Art. 7 Abs. 2 lit. c weiter die Auswirkungen der Fähigkeit des Produkts, nach seinem Inverkehrbringen oder seiner Inbetriebnahme weiter zu lernen oder neue Funktionen zu erwerben, auf das Produkt. Hier wird besonders die sog. künstliche Intelligenz angesprochen. Ein Hersteller, der ein Produkt entwickelt, das die Fähigkeit aufweist, unerwartetes Verhalten zu entwickeln, soll auch weiterhin für ein Verhalten haften, das einen Schaden verursacht (Erwägungsgrund 32).

Zu beachten sind (natürlich) die einschlägigen Sicherheitsanforderungen des Produkts einschließlich sicherheitsrelevanter Cybersicherheitsanforderungen. Genannt sind sodann die nach vernünftigem Ermessen vorhersehbaren Auswirkungen anderer Produkte auf das Produkt, bei denen davon ausgegangen werden kann, dass sie zusammen mit dem Produkt verwendet werden, unter anderem durch eine Verbindung mit dem Produkt. Bislang könnte die Verletzung von außerhalb der Produkthaftungsrichtlinie geregelten Sicherheitsanforderungen jedenfalls über § 823 Abs. 2 BGB effektiviert werden. Dabei bleibt es auch in Zukunft⁴², ohne dass aus den statuierten Regeln ohne weiteres Höchststandards folgen, deren Beachtung die Haftungsfrage erledigen würde.⁴³ Durch die Formulierung in Art. 7 Abs. 1, dass ein Produkt als fehlerhaft gilt, auch wenn es nicht die Sicherheit bietet, die gemäß Unionsrecht oder nationalem Recht vorgeschrieben ist, sind diese Fälle nun zusätzlich in den Fehlerbegriff und damit in den Anwendungsbereich des ProdHaftG implementiert. Allzu sehr unterscheidet sich dies freilich nicht von der bisherigen Rechtslage. Denn seit jeher war (über § 1 Abs. 2 Nr. 4 ProdHaftG = Art. 7 lit. d ProdHaftRL 1985) die Haftung nicht nur (negativ) ausgeschlossen, wenn der Fehler allein darauf beruht, dass das Produkt in dem Zeitpunkt, in dem der Hersteller es in den Verkehr brachte, dazu zwingenden Rechtsvorschriften entsprochen hat, sondern die Abweichung des Produkts von gesetzlichen Vorgaben konnte auch positiv zur Haftung führen.⁴⁴

42 Ebenso *Handorn*, MPR 2023, 16 (17).

43 *Wagner*, JETL 2024, 172 (195 f.).

44 Dazu *Kapoor/Wende*, ProdHaftG, 2023, § 3 Rn. 31; näher *Wagner*, JETL 2024, 172 (195 f.).

Maßgeblich ist der Zeitpunkt, zu dem das Produkt in Verkehr gebracht oder in Betrieb genommen wurde, oder, wenn der Hersteller nach diesem Zeitpunkt die Kontrolle über das Produkt behält, der Zeitpunkt, ab dem das Produkt nicht mehr unter Kontrolle des Herstellers steht. Letzteres sollte nur insoweit anzunehmen sein, als es um die Sicherheitseigenschaften des letzten Updates oder Upgrades geht (auch im Bereich von KI-Systemen), nicht aber um das Produkt insgesamt. Art. 4 Nr. 7 ProdHaftRL 2024 definiert das „Bereitstellung auf dem Markt“ als jede entgeltliche oder unentgeltliche Abgabe eines Produkts zum Vertrieb, Verbrauch oder zur Verwendung auf dem Unionsmarkt im Rahmen einer Geschäftstätigkeit, Nr. 8 das „Inverkehrbringen“ als erstmalige Bereitstellung eines Produkts auf dem Unionsmarkt.

Die unveränderte Hardware ist also weiter an dem Maßstab zu messen, der im Zeitpunkt ihres Inverkehrbringens relevant war. Nach Art. 11 Abs. 2 lit. b und c entfällt die Haftungsbefreiung indes nicht, wenn neben einer nachträglichen Änderung des Produkts seine Fehlerhaftigkeit auf Software einschließlich Software-Updates oder -Upgrades oder das Fehlen von Software-Updates oder -Upgrades, die zur Aufrechterhaltung der Sicherheit erforderlich sind, zurückzuführen ist, vorausgesetzt, der Hersteller hat die Kontrolle darüber.⁴⁵

Neu im Rahmen der Richtlinienhaftung ist unter dem Aspekt der Produktbeobachtungspflichten⁴⁶ die Berücksichtigung von Produktrückrufen oder sonstigen relevanten Eingriffen einer zuständigen Behörde oder eines der definierten potentiell passivlegitimierten Wirtschaftsakteure im Zusammenhang mit der Produktsicherheit (Art. 7 Abs. 2 lit. g). In Deutschland ist die Produktbeobachtungspflicht von Produzenten seit langem im Rahmen des autonomen Deliktsrechts anerkannt. Behördliche Eingriffe (wie die Anordnung von Produktrückrufen) sollen jedoch „für sich genommen“ keine Vermutung der Fehlerhaftigkeit begründen (Erwägungsgrund 34); ihnen kann aber m. E. durchaus indizielle Wirkung zukommen. Im Übrigen soll gemäß Erwägungsgrund 19 ein Produkt auch nach dem Inverkehrbringen als weiterhin unter der Kontrolle des Herstellers stehend betrachtet werden, wenn der Hersteller nach wie vor die Möglichkeit hat, Software-Updates

45 Dazu bereits *Wagner*, JZ 2023, 1 (6).

46 Dazu grundlegend *Bodewig*, Der Rückruf fehlerhafter Produkte, 1999; weiter z. B. *Wagner*, in: MünchKommBGB, § 823 Rn. 1108 ff., *Ahrens/Spickhoff*, Deliktsrecht, § 17 Rn. 55 ff., je m. w. N.

oder -Upgrades bereitzustellen oder deren Bereitstellung durch Dritte zu veranlassen.

Zu berücksichtigen sind bei alledem die spezifischen Bedürfnisse der Gruppe von Nutzern, für die das Produkt bestimmt ist, oder – im Falle eines Produkts, dessen Zweck gerade darin besteht, Schäden zu verhindern (z. B. Rauchwarnmelder, Erwägungsgrund 33) – auch die Tatsache, dass das Produkt diesen Zweck nicht erfüllt.

Ein Produkt gilt nicht allein deshalb als fehlerhaft, weil ein besseres Produkt, einschließlich Aktualisierungen oder Upgrades eines Produkts, bereits in Verkehr gebracht oder in Betrieb genommen wurde bzw. künftig in Verkehr gebracht oder in Betrieb genommen wird (Art. 7 Abs. 3). Erwägungsgrund 35 ergänzt das dahingehend, dass das ebenso für die bloße Bereitstellung von Aktualisierungen oder Upgrades eines Produkts gilt.

Mehr Flexibilität lässt Art. 18 Abs. 1 und 2 den Mitgliedstaaten in Bezug auf Entwicklungsrisiken. Die Haftung für Entwicklungsrisiken kann (verschuldensunabhängig) beibehalten, neu erlassen oder geändert werden, wenn es dem Haftpflichtigen nicht möglich war, die Fehlerhaftigkeit des Produkts zu entdecken. Art. 18 Abs. 3 limitiert die Option freilich, die zu einer Durchbrechung des Grundsatzes der Vollharmonisierung führt. Neuregelungen in diesem Sinne sind auf bestimmte Kategorien von Produkten beschränkt, sie müssen durch Ziele im öffentlichen Interesse (Erwägungsgrund 59 nennt die öffentliche Ordnung, öffentliche Sicherheit und öffentliche Gesundheit) gerechtfertigt und insofern verhältnismäßig erscheinen, als sie geeignet sind, die Verwirklichung der angestrebten Ziele zu ermöglichen, und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieser Ziele erforderlich ist.

Alles in allem folgt m. E. aus den Neuerungen im Rahmen der europäisierten Produkthaftung wie schon zuvor aus der Perspektive des Niveaus der deliktischen Produkthaftung in Deutschland vielleicht hier und da eine Klarstellung, kaum aber eine grundstürzende Verschärfung der Produkthaftung im Ganzen.

G. Kausalität und Zurechnung

Die Kriterien zur Bestimmung der zwischen haftungsbegründendem Verhalten (zumeist: der Inverkehrgabe des fehlerhaften Produkts) und Verletzungserfolg einerseits und Verletzungserfolg und Schaden (haftungsausfü-

lend) andererseits setzen die alte wie neue Richtlinie zwar voraus, „definieren“ sie aber – genau wie typischerweise die nationalen Haftungsrechtsordnungen – nicht weiter. Bislang wird typischerweise auf intern-rechtlich entwickelte Kriterien zurückgegriffen, obwohl eine autonome Auslegung näher liegen würde.⁴⁷ Allerdings haben sich bislang kaum gravierende Konsequenzen in den Ergebnissen gezeigt. Ausgangspunkt ist gewiss die naturgesetzliche Kausalität, mag sie im Kontext der psychisch vermittelten Kausalverläufe auch zu gewissen Modifikationen nötigen.⁴⁸ Im Bereich der wertenden Zurechnung mag man in Ermangelung besserer Einsicht auf die tradierten, im Zweifel gewissermaßen archetypischen Eingrenzungskriterien der intern-autonomen Dogmatik zurückgreifen,⁴⁹ freilich nur, wenn und solange diese dem Effektivitätsprinzip nicht zuwiderlaufen und gemeineuropäischem Standard entsprechen. Vor allem die Schutzzwecklehre, kaum aber die Adäquanzlehre (auf die im Kontext von zumindest echten Gefährdungshaftungstatbeständen ohnehin mehrheitlich nicht zurückgegriffen wird⁵⁰), erscheint im Rahmen einer autonomen Zurechnungslehre konsensfähig.

H. Schadensersatz

Als Rechtsfolge⁵¹ sieht Art. 6 Abs. 2 vor, dass der Schadensersatzanspruch alle Vermögens(folge)verletzungen erfasst. Damit ist das Prinzip der Totalreparation kodifiziert. Haftungsobergrenzen sind nicht vorgesehen oder – anders als noch in Art. 16 Abs. 1 der ProdHaftRL 1985 – ermöglicht. Der Selbstbehalt bei Sachbeschädigungen (Art. 9 S. 1 lit. b ProdHaftRL 1985, § 11 ProdHaftG), der in Deutschland wegen § 823 Abs. 1 BGB kaum relevant geworden ist, ist erfreulicherweise entfallen.

Der Anspruch erstreckt sich auch auf immaterielle Schäden, soweit für Verluste dieser Art nach nationalem Recht eine Entschädigung geleistet

47 Dafür dezidiert v. *Westphalen*, in: Foerste/v. Westphalen, Produkthaftungshandbuch, § 45 Rn. 31-34 unter Hinweis u. a. auf EuGH NJW 2002, 574 Rn. 25 (da die Produkthaftung „zur Gänze“ erfasst ist); tendenziell auch *Taschner/Frietsch*, Produkthaftungs-Richtlinie, Art. 4 Rn. 8, 9.

48 Dazu *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl. 1996, Rn. 123; *Ahrens/Spickhoff*, Deliktsrecht, § 6 Rn. 9. Grundsätzlich kritisch, was indes kaum gemeineuropäischem Standard entspricht, v. *Bar*, Gemeineuropäisches Deliktsrecht II, 1999, § 4.

49 Dafür auch *Wagner*, in: MünchKommBGB § 1 ProdHaftG Rn. 19 ff. m. w. N.

50 S. BGHZ 37, 311 (317); BGHZ 79, 259 (261).

51 Näher dazu *Wagner*, JETL 2024, 172 (206 ff.).

werden kann. Damit verweist der Entwurf auf die autonomen (und durchaus innerhalb der EU unterschiedlichen) Maßstäbe, soweit es um die Bemessung von Schmerzens- und Hinterbliebenengeld geht. In den Rechtsfolgen existiert insoweit gewiss keine Vollharmonisierung der Produkthaftung.

I. Beweisrecht

Neues und in seiner Durchführung Irritierendes beinhaltet die neue Richtlinie dagegen in beweisrechtlicher Hinsicht.

In Art. 4 der ProdHaftRL 1985 findet sich dagegen zunächst der kaum überraschende Hinweis, dass prinzipiell der Geschädigte den Schaden (einschließlich des Verletzungserfolges), den Fehler und die Kausalität zwischen Schaden und Fehler zu beweisen hat. Die Haftungsausschlüsse gemäß Art. 7 der ProdHaftRL 1985 (entspricht § 1 Abs. 2 und 3 ProdHaftG) hat nach der Anlage des Wortlauts und im Umkehrschluss zu Art. 4 der ProdHaftRL 1985 demgegenüber ggf. der Hersteller zu beweisen.

II. Offenlegung von Beweismitteln

Neu in der ProdHaftRL 2024 ist zunächst die Introduktion der ins Verfahren reichende Pflicht (aus der Sicht der deutschen Dogmatik eher: Obliegenheit) des Herstellers und des Anspruchstellers, bestimmte in ihrer Verfügungsgewalt befindliche relevante Beweismittel offenzulegen.

Art. 9 Abs. 1 sieht diese Pflicht unter der Prämisse vor, dass der Geschädigte die anspruchsbegründenden Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs auf der Basis der neuen Produkthaftungsrichtlinie zunächst einmal plausibel gemacht hat. Auch der Geschädigte – nun aber unter der Prämisse eines „ausreichenden Nachweises“ seitens des Herstellers, dass er seinerseits Beweismittel benötigt, um sich der Schadensersatzforderung zu widersetzen – ist nach Art. 9 Abs. 2 verpflichtet, im Einklang mit dem nationalen Recht in seiner Verfügungsgewalt befindliche relevante Beweismittel offenzulegen. Diese beiderseitigen Pflichten zur Offenlegung von Beweismitteln sind auf das erforderliche und verhältnismäßige Maß beschränkt. Dazu haben die Gerichte die berechtigten Interessen aller beteiligten Parteien einschließlich Dritter zu berücksichtigen, insbesondere in Bezug auf den Schutz von vertraulichen Informationen und Geschäftsgeheimnissen. Insbesondere dann, wenn es sich um zumindest mutmaßliche

Geschäftsgeheimnisse handelt, sind besondere Maßnahmen zu ergreifen, die erforderlich sind, um die Vertraulichkeit dieser Informationen zu wahren, wenn sie im Laufe des Gerichtsverfahrens und danach verwendet werden oder auf sie Bezug genommen wird (Art. 9 Absätze 3 bis 5). Das zu konkretisieren und einer interessengerechten Feinabstimmung zuzuführen, wird eine durchaus herausfordernde Aufgabe der Rechtsprechung sein. Zu weitgehende Offenbarungspflichten mögen – je nach Produkt mehr oder weniger – wirtschaftspolitisch kaum wünschenswerte Überlegungen zu Verlagerung von Entwicklung, Produktion und Vertrieb entsprechender Produkte nach sich ziehen.

Erwägungsgrund 42 erklärt diese Regelung der Auskunftsansprüche bzw. Obliegenheiten aus der Sicht potentieller Opfer plausibel damit, dass Geschädigte häufig einen signifikanten Nachteil gegenüber den Herstellern haben, und zwar in Bezug auf den Zugang zu und das Verständnis von Informationen darüber, wie ein Produkt hergestellt wurde und wie es funktioniert. Das führt zur Annahme einer Informationsasymmetrie, welche eine angemessene Risikoverteilung insbesondere in Fällen von technischer oder wissenschaftlicher Komplexität vereiteln könnte. Daher soll der Zugang zu entsprechenden Beweismitteln erleichtert werden. Erfasst sind z. B. Dokumente, die vom Hersteller auch durch Zusammenstellung oder Klassifizierung der verfügbaren Beweismittel ggf. neu erstellt werden müssen. Das geht über den bisherigen Auskunftsanspruch gemäß § 242 BGB, der sich wenn, dann auf eine unschwer zu erteilende Auskunft beschränkt,⁵² signifikant hinaus. Bei der Konkretisierung dieser Offenlegungspflicht ist ungeachtet dessen eine nicht gezielte Suche nach Informationen, die für das Verfahren nicht relevant sind, quasi „ins Blaue hinein“, hintanzuhalten. Auch müssen vertrauliche Informationen, insbesondere solche, die unter das Berufsgeheimnis von Angehörigen der Rechtsberufe fallen, und Geschäftsgeheimnisse – verwiesen wird dazu auf die Richtlinie (EU) 2016/943 des Europäischen Parlaments und des Rates – geschützt werden. Ungeachtet dessen sind die Beweismittel ggf. in leicht zugänglicher und leicht verständlicher Weise vorzulegen. Dazu ist es je nach Sachlage erforderlich, auch mit Vorlieferanten entsprechende Vereinbarungen zu treffen.⁵³

52 BGHZ 81, 21 (24 f.); MünchKommBGB/Krüger, 9. Aufl. 2022, § 260 Rn. 20; zur Auskunftspflicht des Lieferanten (auch) nach internem (deutschen) Recht Spickhoff, NJW 1992, 2055.

53 Handorn, MPR 2023, 16 (22).

All das deutet an, dass noch erheblicher Konkretisierungsbedarf besteht. Man wird nicht fehlgehen in der Annahme, dass in der Praxis insoweit gewiss nicht weniger Streitfragen entstehen – z. B. im (anders gelagerten) Kontext des Informations- bzw. Auskunftsanspruchs nach § 84a AMG. Funktional läuft die Regelung auf eine im weitesten Sinne parallele Art der U.S.-amerikanischen Pretrial Discovery hinaus.⁵⁴

In der Literatur wird mit guten Gründen darauf hingewiesen, dass sich dafür insbesondere (im deutschen Zivilprozessrecht außerhalb von bestimmten familiengerichtlichen Verfahren bislang nicht bekannte) sog. In-Camera-Verfahren anbieten könnten. In derartigen Verfahren werden die betreffenden geheimen Informationen nur dem Gericht und einem zur Verschwiegenheit verpflichteten Sachverständigen oder den ebenso verpflichteten Anwälten, nicht aber der Gegenpartei oder gar der Öffentlichkeit zur Kenntnis gebracht. Das Prinzip der Gerichtsöffentlichkeit wird (ähnlich wie in bestimmten Strafverfahren) entsprechend eingeschränkt.⁵⁵ Ein solches In-Camera-Verfahren ist übrigens auch im Kontext des Rechts auf Einsichtnahme in die Patientenakte (§ 630g BGB) vorgeschlagen (wenngleich dort bislang nicht konsentiert) worden, soweit es um die (ggf. zu begründende) ablehnende Antwort auf die Frage geht, ob einer Einsichtnahme „nicht erhebliche therapeutische Gründe“ entgehen.⁵⁶

Dass es dennoch zu Durchbrechungen der Pflicht zu Verschwiegenheit (namentlich durch die Anwälte der Gegenseite) bzw. dass es Anwälte hier und da mit der entsprechenden Verschwiegenheitspflicht indes nicht zwingend durchgehend allzu ernst nehmen könnten, ist freilich aus Strafverfahren in Bezug auf die anwaltliche Einsichtnahme der Ermittlungsakten gegenüber ihren Mandanten, den Beschuldigten oder Angeklagten, bekannt. Hier sind also besonderes richterliches Fingerspitzengefühl und Behutsamkeit geboten.

54 Davor hat *Spindler*, CR 2022, 689 Rn. 47, 51, mit Grund gewarnt.

55 *Spindler*, CR 2022, 689 Rn. 48; *Wagner*, JZ 2023, 1 (9).

56 Dafür *Wagner*, in: MünchKommBGB, 9. Aufl. 2023, § 630g Rn. 28; *Spickhoff*, Medizinrecht, 4. Aufl. 2022, § 630g BGB Rn. 6; grundsätzlich kritisch und zurückhaltend gegenüber der drohenden „paternalistischen Beschränkung“ des Einsichtsrechts – jedenfalls im Ausgangspunkt gewiss zu Recht – *Staudinger/Gutmann*, 2021, § 630g Rn. 49 ff.

III. Beweislastverteilung

Bei der Verteilung der Beweislast verbleibt es nach Art. 10 Abs. 1 ProdHaftRL 2024 zunächst bei dem Grundsatz, dass der Geschädigte die Fehlerhaftigkeit des Produkts, den erlittenen Schaden und den ursächlichen Zusammenhang zwischen dieser Fehlerhaftigkeit und diesem Schaden zu beweisen hat. Die weitere Konkretisierung dieses Ausgangspunktes ist jedoch von etlichen Beweiserleichterungen, genauer: Vermutungen⁵⁷ geprägt. Die betreffenden Vermutungen können vom Hersteller widerlegt werden; es handelt sich nicht um Fiktionen, wie Art. 10 Abs. 5 zeigt, der von der Widerlegbarkeit der vorherigen Vermutungen spricht (die sonst mit der Formulierung in Art. 10 Abs. 4, von der Fehlerhaftigkeit und der Kausalität „gehe“ das Gericht „aus“, sogar Fiktionen zugunsten potentiell Geschädigter hätten nahelegen können).

a) Fehlervermutungen

Derartige Vermutungen können zunächst den Produktfehler betreffen. Die Fehlerhaftigkeit des Produkts wird nach Art. 10 Abs. 2 vermutet, wenn (1.) der Hersteller entgegen seiner Obliegenheit relevante Beweismittel nicht offenlegt, wenn (2.) der Geschädigte nachweist, dass das Produkt verbindliche Anforderungen des Unionsrechts oder des nationalen Rechts hinsichtlich der Produktsicherheit, die einen Schutz gegen das Risiko des der geschädigten Person entstandenen Schadens bieten sollen, nicht erfüllt, oder wenn (3.) der Geschädigte nachweist, dass der Schaden durch eine offensichtliche Funktionsstörung des Produkts bei vernünftigerweise vorhersehbarer Verwendung oder unter normalen Umständen verursacht wurde.

Durch die die Fehlervermutung auslösende Verletzung der Pflicht zur Offenlegung von Informationen soll präventiv ein Anreiz geschaffen werden, diese Informationen zu erteilen (oder genauer: die Nichterteilung soll sich nicht „lohnen“). Die feststehende Nichteinhaltung von statuierten Sicherheitsanforderungen zur Schadensprävention indiziert nicht nur einen Fehler, sondern soll gleichfalls sogar eine entsprechende Vermutung auslösen. Gedacht ist auch an Fälle, in denen ein Produkt nicht mit einer Vorrichtung ausgestattet ist, mit welcher von Rechts wegen gebotene Informationen über die Verwendung des Produkts aufgezeichnet werden (ggf.

57 Erwägungsgrund 46 spricht von „widerlegbaren Tatsachenvermutungen“.

„Flugschreiber“ im Kraftfahrzeug), oder für Konstellationen offensichtlicher Fehlfunktionen (z. B. eine Glas- oder Mineralwasserflasche, die bei vernünftigerweise vorhersehbarer Verwendung platzt). Die „vernünftigerweise vorhersehbare Verwendung“ umfasst die Verwendungen, für die ein Produkt entsprechend den Informationen des Herstellers bestimmt ist. Üblich ist die Verwendung, die aus der Konzeption und Konstruktion des Produkts folgt. Der vernünftigerweise vorhersehbare Gebrauch umfasst eine Verwendung, die aus rechtmäßigem und leicht vorhersehbarem menschlichen Verhalten resultieren kann (Erwägungsgrund 46). Dieser letztgenannte Vermutungstatbestand ist voraussichtlich besonders für Digitalprodukte relevant. Es geht wohl in erster Linie um digitale Fabrikationsfehler, bei denen sich das Produkt anders „verhält“ als es die Steuerungssoftware „eigentlich“ vorgesehen hat.⁵⁸

b) Kausalitätsvermutungen

Die Kausalität des Produktfehlers für den Schaden – gemeint ist in deutscher Terminologie die Rechtsgutsverletzung⁵⁹ – wird nach Art. 10 Abs. 3 vermutet, wenn festgestellt wird, dass das Produkt fehlerhaft und der entstandene Schaden von der dem betreffenden Fehler typischerweise entsprechenden Art ist. Die Nähe dieser Vermutung zum Anscheinsbeweis des deutschen Beweisrechts, der einer Umkehr der Beweislast zumindest praktisch oft nahekommt, ist zu Recht hervorgehoben worden.⁶⁰ Man kennt diese dogmatische Vermengung auch von § 84 Abs. 2 AMG, wenn es dort heißt, die Kausalität des Arzneimittels für den Verletzungserfolg werde vermutet, wenn das angewendete Arzneimittel nach den Gegebenheiten des Einzelfalls geeignet ist, den Schaden zu verursachen (was eher typisch für den Anscheinsbeweis ist).⁶¹

c) Fehler- und Kausalitätsvermutung; partielle Absenkung des Beweismaßes

Nach Art 10 Abs. 4 wird die Fehlerhaftigkeit des Produkts oder der ursächliche Zusammenhang zwischen dessen Fehlerhaftigkeit und dem Schaden

⁵⁸ So *Wagner*, JZ 2023, 1 (9).

⁵⁹ *Wagner*, JZ 2023, 1 (10).

⁶⁰ *Wagner*, JZ 2023, 1 (10).

⁶¹ Siehe *Spickhoff*, Medizinrecht, 4. Aufl. 2022, § 84 AMG Rn. 33; ferner BGH NJW 2019, 2091.

oder von beidem obendrein vermutet, wenn es (1.) trotz der gebotenen Offenlegung von Beweismitteln unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände des Falles für den Geschädigten insbesondere aufgrund der technischen oder wissenschaftlichen Komplexität übermäßig schwierig ist, die Fehlerhaftigkeit des Produkts oder den ursächlichen Zusammenhang zwischen dessen Fehlerhaftigkeit und dem Schaden oder beides nachzuweisen, und der Geschädigte (2.) zusätzlich nachweist, dass das Produkt (nur) wahrscheinlich fehlerhaft ist oder dass ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Fehlerhaftigkeit und dem Schaden besteht oder beides. Eine bloß wahrscheinliche Kausalität scheint damit nicht zu genügen, da man – was indes m. E. allein Sinn machen würde – die Wahrscheinlichkeit des Fehlers grammatikalisch nicht auf die Kausalität beziehen kann. Genau diese Konsequenz (bloß wahrscheinliche Kausalität genügt), die eher Unklarheiten der Auslegung auslöst als sie zu beseitigen, ist aber offenbar gemeint.

Erwägungsgrund 48 erläutert das wie folgt: Es sollen – was kaum weiterführt – alle Umstände des Falles berücksichtigt werden. In Fällen einer „übermäßigen Schwierigkeit“ des Fehler- oder Kausalitätsbeweises würde die Durchsetzung des üblichen Beweismaßes, wie es nach nationalem Recht vorgeschrieben ist und häufig eine hohe Wahrscheinlichkeit (in Deutschland im Rahmen von § 286 ZPO sogar nach ständiger Rechtsprechung: die volle richterliche Überzeugung⁶²) erfordert, die Wirksamkeit des Rechts auf Schadensersatz beeinträchtigen. Da die Hersteller über Fachwissen verfügen und besser informiert sind als die geschädigte Person, und um eine gerechte Risikoverteilung zu ermöglichen und gleichzeitig eine Umkehr der Beweislast zu verhindern, sollte der Geschädigte in den Fällen, in denen er Schwierigkeiten hat, die Fehlerhaftigkeit nachzuweisen, nur nachweisen müssen, dass es wahrscheinlich ist, dass das Produkt fehlerhaft war, oder in den Fällen, in denen er Schwierigkeiten hat, den ursächlichen Zusammenhang nachzuweisen, nur nachweisen müssen, dass die Fehlerhaftigkeit des Produkts eine *wahrscheinliche Ursache* für den Schaden darstellt (Erwägungsgrund 48 S. 4). Die hier angesprochene Wahrscheinlichkeit dürfte im Sinne der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (more likely than not) zu verstehen sein,⁶³ die zumindest im Ansatz aus § 287 ZPO auch deutschen Gerichten geläufig ist.

62 Z. B. BGH NJW 2022, 3509 Rn. 14 ff.; näher Ahrens/Spickhoff, Deliktsrecht § 6 Rn. 102 ff. m. w. N.

63 Hierzu Wagner, JZ 2023, 1 (10) mit begründeter rechtspolitischer Kritik.

Umgekehrt ist nach Art. 11 Abs. 1 lit. c ProdHaftRL 2024 die Haftung ausgeschlossen, wenn nur nachgewiesen wird, dass die Fehlerhaftigkeit zum maßgeblichen Zeitpunkt „wahrscheinlich“ noch nicht bestanden hat; auch hier wird das Beweismaß – aus deutscher Sicht – herabgesetzt. Auch das gilt gemäß Art. 11 Abs. 2 aber schon wieder nicht, wenn die Fehlerhaftigkeit des Produkts auf eine der folgenden Ursachen zurückzuführen ist, sofern die Ursache der Kontrolle des Herstellers unterliegt: einen verbundenen Dienst, auf Software, einschließlich Software-Updates oder -Upgrades, auf das Fehlen von Software-Updates oder -Upgrades, die zur Aufrechterhaltung der Sicherheit erforderlich sind, oder auf eine wesentliche Änderung an dem Produkt. Man fühlt sich an die Echternacher Springprozeession im Beweisrecht der neuen EU-Produkthaftungsrichtlinie – zwei Schritte vor, einer zurück – erinnert.

Nun läge es nahe, in den Fällen, in denen ein Fehler und/oder die Kausalität (überwiegend) wahrscheinlich, aber nicht zureichend für eine „volle richterliche Überzeugung“ z. B. nach deutschem Prozessrecht ist, unionsweit das Beweismaß generell auf dasjenige der Wahrscheinlichkeit abzusenken (was seit Langem einer Forderung der haftungs- und prozessrechtlichen Literatur entspricht⁶⁴). Der BGH hat selbst eine über 90%ige Kausalitäts-Unwahrscheinlichkeit im Kontext des Gegenbeweises bei vermuteter Kausalität im Bereich der Arzthaftung nicht genügen lassen, und konsequent gilt dann nichts anderes beim positiven Beweis der (haftungsbegründenden) Kausalität (für den „Primärschaden“).⁶⁵ Das ist aber offensichtlich nicht gemeint.

Die technische oder wissenschaftliche Komplexität soll von den nationalen Gerichten von Fall zu Fall unter Berücksichtigung verschiedener Faktoren bestimmt werden. Diese Faktoren sollen gemäß Erwägungsgrund 48 S. 6 Folgendes einbeziehen: die Komplexität des Produkts (z. B. ein innovatives Medizinprodukt), die Komplexität der verwendeten Technologie (z. B. maschinelles Lernen), die Komplexität der vom Kläger zu analysierenden Informationen und Daten sowie die Komplexität des Kausalzusammenhangs (z. B. ein Zusammenhang zwischen einem – für Deutschland

64 Nach wie vor lesenswert *Kegel*, Festschrift für Kronstein, 1967, 321; weiter *Gottwald*, Karlsruher Forum 1986, 3 (13); *ders.*, Schadenszurechnung und Schadensschätzung, 1979, S. 78ff.; *Hanau*, Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit, 1971, S. 121 ff.; 134 f.; *Maassen*, Beweismaßprobleme im Schadensersatzprozess, 1975, S. 98 f.; im Sinne der h. M. Prütting, in: MünchKommZPO, 6. Aufl. 2020, § 286, Rn. 35 ff.

65 BGH NJW 2004, 2011 (heute § 630h Abs. 5 S. 2 BGB); dazu *Spickhoff*, NJW 2004, 2345.

nicht relevant: Arznei- oder Lebensmittel und dem Eintritt eines Gesundheitsproblems oder ein Zusammenhang, der den Kläger zwingen würde, die Funktionsweise eines KI-Systems zu erläutern, um einen Nachweis zu erbringen). Die Beurteilung übermäßiger Schwierigkeiten soll gleichfalls von den nationalen Gerichten einzelfallbezogen vorgenommen werden. Geschädigte sollen nur Argumente vorbringen müssen, um übermäßige Schwierigkeiten darzulegen oder plausibel zu machen; ein echter Nachweis solcher Schwierigkeiten soll wiederum nicht verlangt werden.

Es geht insoweit also wohl um eine gewisse Plausibilität, die opferseitig darzutun ist. Beispielsweise sollen Kläger bei einer Klage in Bezug auf ein KI-System weder verpflichtet werden, die spezifischen Merkmale des KI-Systems zu erläutern, noch, inwiefern diese Merkmale die Feststellung des Kausalzusammenhangs erschweren. Mit der Bemerkung, der Hersteller solle die Möglichkeit haben, alle Elemente der Klage, einschließlich des Vorliegens übermäßiger Schwierigkeiten, „anzufechten“,⁶⁶ ist wohl nichts anderes als die prozessuale Möglichkeit des (substantiierten, ggf. mit Beweisansatz ausgestatteten) Gegenvortrags gemeint. Und ob die genannten Faktoren mit der (überwiegenden) Wahrscheinlichkeit des Produktfehlers oder der Kausalität zu tun haben (und daher nur unter diesem Vorbehalt relevant sind),⁶⁷ wird nicht zum Ausdruck gebracht. Das ähnelt dem „groben Behandlungsfehler“, der die Kausalitätsvermutung für den sog. Primärschaden (= Verletzungserfolg) im Bereich der Arzthaftung auslöst, ohne dass damit notwendig die Wahrscheinlichkeit des groben Fehlers in Bezug auf die Kausalität in Korrelation steht.⁶⁸

Insgesamt erscheint sowohl die rechtspolitische Sinnhaftigkeit als auch die viel Nebel verbreitende Formulierung dieser Neu- und Umverteilung der Beweislast, die an die nicht minder dunkel (wenn auch anders) formulierte Sonderverteilung der Beweislast im Kontext der Arzneimittelhaftung in Deutschland erinnert (vgl. § 84 Abs. 2 AMG), vielleicht gut gemeint, aber schlecht gemacht, zumindest mäßig formuliert: Gar dunkel war der Rede Sinn.

66 Hiergegen kritisch zu Recht *Wagner*, JZ 2023, 1 (10).

67 Dafür (zum Vorentwurf) *Wagner*, JZ 2023, 1 (10).

68 Das legt indes *Wagner*, in: MünchKommBGB, § 630h Rn. 79 als wesentlichen Zweck der Beweislastumkehr wegen groben Behandlungsfehlers zugrunde; anders und m. E. zutr. *Katzenmeier*, in: BeckOK-BGB, 1.5.2024, § 630h Rn. 62 (im Sinne der h. M.).

IV. Beweismaß

Das Beweismaß wird – von der eben erörterten Sonderthematik abgesehen – von dem Entwurf nicht weiter aufgegriffen, nicht anders als nach h. M. seit jeher im Bereich des europäisierten internationalen Schuldrechts im Rahmen der Rom I- und Rom II-VO.⁶⁹ Demgemäß heißt es in Erwägungsgrund 42 ProdHaftRL 2024, die Beweislastverteilung erfolge (zumindest im Ausgangspunkt) „im Einklang mit dem Beweismaß gemäß nationalem Recht“. Dabei handelt es sich in Deutschland im Bereich des Haftungsgrundes, also vom haftungserheblichen Verhalten, den Produktfehler über die Kausalität bis hin zum Verletzungserfolg, nach h. M. im Rahmen von § 286 ZPO um das Beweismaß der vollen richterlichen Überzeugung. Deswegen ist es zweifelhaft, ob von Gerichten in Deutschland an die Widerlegung der Vermutungen wirklich „keine überspannten Anforderungen an die Widerlegung der Vermutungswirkungen gestellt werden dürfen“ oder nach tradiertem internem Verständnis sogar müss(t)en.⁷⁰

Geht man vom Erfordernis einer vollen, und das heißt über 90%igen richterlichen Überzeugung⁷¹ unter dem Aspekt eines grundsätzlich einheitlichen Beweismaßes aus, ist das zumindest rechtspolitisch zu hinterfragen: Zum einen macht die neue EU-Produkthaftungsrichtlinie von diesem Ausgangspunkt selbst die genannten Abstriche, zum anderen ist der Zusammenhang zwischen Beweislastverteilung und Beweismaß – beides reagiert aufeinander – evident. Die Anlegung unterschiedlichen Beweismaßes von den Gerichten in den jeweiligen Mitgliedstaaten beschwört ohne Frage jedenfalls uneinheitliche Maßstäbe und damit ein uneinheitliches Haftungsniveau im Kontext der Produzentenhaftung innerhalb der EU – dem prinzipiellen Anliegen der Vollharmonisierung zum Trotz – herauf, gleich ob es – zum Nachteil der Geschädigten – um die Erbringung dessen Beweislast geht, oder – dann zum Nachteil des Produzenten – um die Erbringung des Gegenbeweises gegenüber der benannten Vermutungen.⁷²

69 Dazu *Spickhoff*, in: BeckOK (1.8.2024), Art. 18 Rom I-VO Rn. 4 und Art. 22 Rom II-VO Rn. 3 m. w. N.

70 Dafür *Handorn*, MPR 2023, 16 (23).

71 Wie zum Arzthaftungsrecht beim (hypothetischen) groben Behandlungsfehler BGH NJW 2004, 2011 (heute § 630h Abs. 5 S. 2 BGB); dazu *Spickhoff*, NJW 2004, 2345.

72 Hierzu noch einmal BGH NJW 2004, 2011 (zur Beweislastumkehr wegen – hypothetischen – groben Behandlungsfehlers bei einfachem Befunderhebungsfehler; selbst eine feststehende über 90%ige Kausalitäts-Unwahrscheinlichkeit bewirke nicht, dass der Gegenbeweis zur vollen richterlichen Überzeugung erbracht sei).

I. Fazit

Ob die Reform der Produkthaftung in der EU nun mit *Gerhard Wagner*⁷³ ein „großer Wurf“ oder ein „Paukenschlag“ ist oder nicht, mag man je nach Standpunkt unterschiedlich beurteilen. Jedenfalls ist die Produkthaftung in der Europäischen Union auf dem Weg zu einem guten Stück notwendiger Modernisierung. Der Kreis möglicher Passivlegitimierter der verschuldens-unabhängigen Haftung wird erweitert, der Produktbegriff klar um Software ergänzt. Geklärt worden sein dürfte auch die unionsrechtliche Zulässigkeit der deutschen Haftung nach §§ 84 ff. AMG (was freilich bereits bisher der h. M. entsprach) und nach §§ 32 ff. GenTG.

Manche Fortschreibungen werden die unionsweite Produkthaftung auf den in Deutschland im autonomen Recht seit Langem anerkannten Stand bringen. Manches gibt auch zum Überdenken Anlass. Für Ersteres mögen die Produktbeobachtungspflichten, für Letzteres die (in Deutschland nie ganz unbestritten gebliebenen) sog. Weiterfresserschäden stehen (die auf der Grundlage allzu kurzer kaufrechtlicher Verjährungsvorschriften entwickelt worden sind). Anderes erweitert möglicherweise den Kreis der geschützten Rechte, Rechtsgüter und Interessen wie der bisher nicht nur im Produkthaftungsrecht umstrittene deliktsrechtliche Schutz von Daten, der nun vorgesehen ist.

Als zu wenig gelungen erscheint allerdings der Versuch, die mit der Produzentenhaftung seit jeher zusammenhängenden beweisrechtlichen Fragen fortzuschreiben. Hier hat es den Anschein, als könne sich – je nach Konkretisierung durch die nationalen Gerichte und den EuGH – im Vergleich eine nicht unerhebliche Umakzentuierung, aber auch Uneinheitlichkeit des Produkthaftungsniveaus selbst im Rahmen der Produkthaftungsrichtlinie innerhalb der EU ergeben.

73 *Wagner*, JZ 2023, 1 (10); *ders.*, JETL 2024, 172 („The new Directive on Product Liability is hard to overestimate, as it is nothing less than a complete overhaul of the 1985 Product Liability Directive“) und – differenzierend – 221 ff.

Von der Verschuldens- zur Gefährdungshaftung: Der Fall der Anbieter von KI-Software in Spanien

*Tomàs Gabriel García-Micó**

A. Zweck des Beitrags

In diesem Beitrag soll eine der wesentlichen Änderungen analysiert werden, die die künftige Verabschiedung und das Inkrafttreten der Produkthaftungsrichtlinie (ProdHaftRL 2024) für das spanische Recht darstellen wird. Es handelt sich um eine Änderung, die möglicherweise unbemerkt bleiben könnte, wenn wir nicht eine Besonderheit des spanischen Rechts beachten, die bereits seit 1984 besteht: eine Haftungsregelung für fehlerhafte Dienstleistungen.

B. Haftung für Dienstleistungen in Spanien

I. Der normative Iter

Der Schutz der Interessen und Rechte von Verbrauchern und Nutzern ist in Art. 51(1) der spanischen Verfassung von 1978 verankert:

«Die Behörden gewährleisten den Schutz der Verbraucher und Nutzer, indem sie durch wirksame Verfahren deren Sicherheit, Gesundheit und legitime wirtschaftliche Interessen schützen».

In Erfüllung dieses Auftrags verabschiedete der spanische Gesetzgeber das Gesetz 26/1984 vom 19. Juli 1984, das Allgemeine Gesetz zum Schutz von Verbrauchern und Nutzern (im Folgenden LGDCU), dessen Kapitel VIII eine doppelte Haftungsregelung vorsah: die allgemeine (auf der Grundlage

* Der Autor ist Juniorprofessor (Professor lector) für Zivilrecht (Abteilung für Privatrecht, Universität de Barcelona) und Mitglied des Forschungsinstituts TransJus. Dieser Beitrag ist Teil der Forschungsaktivitäten der Grup de recerca consolidat en Dret civil català UB (2021 SGR 347; IP: Esther Arroyo Amayuelas), die von der Agència de Gestió d'Ajuts Universitaris i de Recerca (AGAUR) finanziert wird.

der Verschuldensvermutung, Art. 26 LGDCU) und die besondere, für bestimmte Dienstleistungen (auf Grundlage verschuldensunabhängiger Haftung, Art. 28 LGDCU).¹ Das Problem liegt in der etwas verwirrenden Gesetzgebungstechnik, die fehlerhafte Produkte und Dienstleistungen gemeinsam behandelt und die praktische Anwendung erschwert.

Im Jahr 2006 wurde das Gesetz 44/2006 vom 29. Dezember 2006 zur Verbesserung des Schutzes der Verbraucher und Nutzer (im Folgenden LMPCU) verabschiedet. Dieses ermächtigte die Regierung dazu, das LGDCU und andere Verordnungen zur Umsetzung verschiedener Richtlinien der Europäischen Union, wie die Gesetze 26/1991,² 22/1994,³ 21/1995⁴ und 23/2003,⁵ in einem einzigen Text zu konsolidieren, um «die zu konsolidierenden Rechtstexte zu regeln, zu präzisieren und zu harmonisieren». Ergebnis war das aktuelle Königliche Gesetzesdekret 1/2007 vom 16. No-

1 A. Azparren Lucas in: S. Cámara Lapuente (dir.), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, Colex, Madrid 2011, Art. 147 Verbraucherschutzgesetz, 1260 (1261) und MA. Parra Lucán in: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Aranzadi, Cizur Menor 2015, Art. 147, 2067 (2068).

2 Gesetz 26/1991 vom 21. November 1991 über außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge.

3 Gesetz 22/1994 vom 6. Juli 1994 über die zivilrechtliche Haftung für Schäden, die durch fehlerhafte Produkte verursacht wurden (im Folgenden: LRPD). Dies ist die Vorschrift, die der spanische Gesetzgeber zur Umsetzung der Richtlinie 85/374/EWG des Rates vom 25. Juli 1984 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte (im Folgenden: ProdHaftRL 1985) verwendet hat. Darüber hinaus ist anzumerken, dass die LRPD die im LGDCU enthaltenen spezifischen Erwähnungen der Produkthaftung nicht ausdrücklich aufgehoben hat und dass daher die Tatsache, dass eine vermutete Verschuldenshaftung für diejenigen gilt, die «Produkte herstellen, produzieren, liefern oder bereitstellen» (Art. 26 LGDCU), mit einer verschuldensunabhängigen Haftung, die auf der ersten Ebene für den «Hersteller» gilt - und daher nicht mehr für diejenigen, die «liefern oder bereitstellen» (die dem Hersteller untergeordnet sind und unter bestimmten Bedingungen) -, die Regelungen weiter verwirrt. 26 LGDCU mit einer verschuldensunabhängigen Haftung, die auf der ersten Ebene für den «Hersteller» gilt - und somit nicht mehr für diejenigen, die «liefern oder bereitstellen» [die dem Hersteller untergeordnet sind und bestimmte Bedingungen erfüllen, Art. 3(3) ProdHaftRL 1985 und 4(3) LRPD] -, ohne dass ein Fehler nachgewiesen werden muss, während die Haftung nach der ProdHaftRL 1985 auf dem Begriff des «Fehlers» des Produkts beruhte. Dies könnte als eine Art stillschweigende Ausnahmeregelung interpretiert werden, aber der Gesetzgeber hat sie ausgeschlossen, weil «weder der subjektive noch der objektive Schutzbereich der Richtlinie mit dem des LGDCU übereinstimmen».

4 Gesetz 21/1995, vom 6. Juli 1995, zur Regelung von Pauschalreisen.

5 Gesetz 23/2003, vom 10. Juli, über Garantien beim Verkauf von Konsumgütern.

vember, mit dem der überarbeitete Text des Allgemeinen Gesetzes zum Schutz von Verbrauchern und Nutzern und anderer ergänzender Gesetze (im Folgenden Verbraucherschutzgesetz) verabschiedet wurde.

II. Verantwortung für den Dienst: Haftungsbereiche

Das Verbraucherschutzgesetz behandelt die Dienstleistungshaftung in den Art. 147 und 148 Verbraucherschutzgesetz. In beiden Fällen ist haftende Partei der «Dienstleister» wobei derjenige, der aktiv berechtigt ist, den Anspruch geltend zu machen, muss ein «Verbraucher und Nutzer» sein.

Es handelt sich um eine Haftung, die nicht darauf abzielt, den Verbraucher für Schäden zu entschädigen, die durch eine teilweise oder vollständige Verletzung der vom Dienstleister übernommenen vertraglichen Verpflichtung entstanden sind - denn diese Frage wird den allgemeinen Regeln der vertraglichen Haftung überlassen -, sondern für Schäden an der Gesundheit oder der körperlichen Unversehrtheit, die eine Dienstleistung beim Verbraucher verursachen kann. Zwar kann es manchmal vorkommen, dass die Nichterfüllung der vertraglichen Verpflichtung (z.B. der Austausch der Bremsflüssigkeit) Auswirkungen auf die Gesundheit oder die körperliche Unversehrtheit des Verbrauchers hat (z.B. das Fahrzeug brems nicht richtig und es kommt zu einem Unfall). Die Grundlage für die Haftung ist jedoch nicht die Vertragsverletzung, sondern der Schaden, den die unzureichende Erbringung der (Fahrzeugreparatur-)Dienstleistung dem Verbraucher zugefügt hat. In jedem Fall ist es aber auch nicht von Bedeutung, ob ein Vertrag besteht oder nicht, zumindest im spanischen Modell, wo der Grundsatz der «Einheit des zivilrechtlichen Verschuldens» gilt, der auf der Theorie der Haftungskumulierung (*cumul*) beruht.⁶

1. Der objektive Anwendungsbereich der beiden Haftungsregelungen

Art. 148 I Verbraucherschutzgesetz legt die besondere Haftungsregelung fest, die auf eine Reihe von Dienstleistungen anwendbar ist, die aufgrund

6 M. Yzquierdo Toslada, La responsabilidad civil médico-sanitaria al comienzo de un nuevo siglo: Los dogmas creíbles y los increíbles de la jurisprudencia, DS: Derecho y Salud 9(1), 2001, 35 (35-50) und M. Yzquierdo Toslada in: JA. Moreno Martínez (coord.), La responsabilidad civil y su problemática actual, Dykinson, Madrid 2007, 887 (891-892) und A. Orti Vallejo in: A. Orti Vallejo und MC. García Garnica (dirs.), La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos, 2nd ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2006, 47 (59).

ihrer Eigenschaften oder durch normative («regulatorische») Bestimmungen «notwendigerweise die Gewährleistung eines bestimmten Niveaus an Wirksamkeit oder Sicherheit unter objektiven Bestimmungsbedingungen einschließen und technische, professionelle oder systematische Qualitätskontrollen beinhalten, bis sie den Verbraucher und Nutzer unter ordnungsgemäßen Bedingungen erreichen».

Dieser Artikel ist voll von unbestimmten Rechtsbegriffen: Welche Bestimmung des Grades der Wirksamkeit und Sicherheit ist erforderlich? Wenn sie objektiv ist, welche Kriterien sollten verwendet werden, und was ist mit «Qualität» gemeint?

Um diese Fragen zu klären, sieht das Verbraucherschutzgesetz bereits eine Reihe von Fällen vor, die auf jeden Fall unter diese Regelung fallen werden: Gesundheitsdienstleistungen,⁷ Reparatur und Wartung von Haushaltsgeräten, Aufzügen und Kraftfahrzeugen, Renovierungs- und Reparaturdienstleistungen, Gas- und Elektrizitätsrevisionen, Installations- oder ähnliche Dienstleistungen sowie Dienstleistungen im Zusammenhang mit Beförderungsmitteln. Welche anderen Dienstleistungen könnten jedoch unter die offene Klausel von Art. 148 I Verbraucherschutzgesetz fallen? *A priori* fällt mir nur eine ein, und das auch nur unter Vorbehalt: die Dienstleistung der benannten Stellen bei der Konformitätsbewertung von Medizinprodukten.

Wenn es sich nicht um eine dieser besonderen Dienstleistungen handelt, gilt die allgemeine Haftungsregelung (Art. 147 Verbraucherschutzgesetz).

2. Die anwendbare Haftungsregel und die Beweislast

Sobald die Dienstleistung unter einen der beiden untersuchten Begriffe subsumiert wurde, kann die Haftungsregel bestimmt werden, die sich wiederum auf die Beweislast auswirkt.

Handelt es sich nicht um eine der in Art. 148 Verbraucherschutzgesetz genannten Dienstleistung, so haftet der Dienstleistungserbringer gemäß Art. 147 Verbraucherschutzgesetz für den dem Verbraucher entstandenen Schaden, «es sei denn, er beweist [...], dass er [...] die durch die Verordnung

7 Eine Haftung, die nicht die eigentliche Leistung des medizinischen Personals umfasst, sondern diejenige, die sich auf Nebenhandlungen bezieht (z. B. Unterbringung, Krankentransporte, sanitäre Bedingungen der Einrichtungen, Verhinderung von nosokomialen Infektionen), vgl. *TG. García-Micó, Robótica quirúrgica y derecho de daños*, Marcial Pons, Madrid 2024, (189-190).

festgelegten Anforderungen und Erfordernisse sowie die sonstige durch die Art der Dienstleistung gebotene Sorgfalt beachtet hat».⁸ Mit anderen Worten, es wird eine Haftung für Verschulden auferlegt, das im Übrigen vermutet wird. Der Verbraucher muss also nicht beweisen, dass der Dienstleister fahrlässig gehandelt hat, aber er muss die anderen Elemente des Anspruchs beweisen: die Handlung oder Unterlassung (d.h. die Erbringung der Dienstleistung), den Schaden und den Kausalzusammenhang.

Ist die Dienstleistung hingegen unter Art. 148 Verbraucherschutzgesetz subsumierbar, so haftet der Dienstleister für «die ordnungsgemäße Nutzung der Dienstleistungen». Mit anderen Worten: Die Haftung ist, anders als bei der Produkthaftung, vollkommen objektiv.⁹

Kurz gesagt, die Haftung für Dienstleistungen erfordert in Spanien nicht den Nachweis, dass die Erbringung der Dienstleistungen fehlerhaft war, da dies entweder *iuris tantum* (Art. 147 Verbraucherschutzgesetz) oder *iuris et de iure* (Art. 148 Verbraucherschutzgesetz) vermutet wird.

III. Der «Nutzer», die «Dienstleistung» und der «Dienstanbieter»

In der Diskussion im vorherigen Abschnitt des Beitrags haben sich mehrere Schlüsselbegriffe herauskristallisiert, die erklärt werden müssen: «Nutzer», «Dienst(-leistung)» und «Dienstleister».

8 In Art. 147 Verbraucherschutzgesetz ist die Quelle der Haftung die Nichteinhaltung der «durch die Verordnung festgelegten Anforderungen und Erfordernisse sowie der sonstigen durch die Art der Dienstleistung gebotenen Sorgfalt», d.h. die Nichteinhaltung einer Sicherheitspflicht, die auch dem Begriff des «Fehlers» in der Produkthaftung zugrunde liegt, d.h. der Sicherheit, die man berechtigterweise erwarten kann. Es ist zwar richtig, dass der Gesetzgeber nicht ausdrücklich den «Fehler» der Dienstleistung verlangt, aber es ist nicht weniger richtig, dass der Gesetzgeber Produkte und Dienstleistungen positiv gleichgesetzt hat, indem er in Art. 11.1 Verbraucherschutzgesetz vorschreibt, dass «die in Verkehr gebrachten Waren oder Dienstleistungen sicher sein müssen», was nur dann zutrifft, wenn die einen und die anderen «unter normalen Bedingungen bei normaler oder vernünftigerweise vorhersehbarer Verwendung [...] keine oder nur die mit der Verwendung [...] zu vereinbarenden und im Rahmen eines hohen Schutzniveaus für die Gesundheit und Sicherheit von Personen als zulässig erachteten Risiken für die Gesundheit oder Sicherheit von Personen» [Art. 11(2) Verbraucherschutzgesetz] aufweisen.

9 Die Notwendigkeit, den «Fehler» des Produkts zu beweisen, hat zu der Frage geführt, ob die Produkthaftung tatsächlich eine verschuldensunabhängige Haftung ist oder nicht. *Vid. A. Azparren Lucas* in: S. Cámara Lapuente (dir.), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, Colex, Madrid 2011, Art. 148 Verbraucherschutzgesetz, 1269 (1270).

1. Der «Nutzer»

«Nutzer» ist ein gleichbedeutender Begriff wie «Verbraucher», da das Gesetz sie austauschbar verwendet. In jedem Fall werde ich im Sinne einer strengeren Sprache künftig den Begriff «Nutzer» verwenden, da er mir für Dienstleistungen zutreffender erscheint als «Verbraucher».

Art. 3(1) Verbraucherschutzgesetz definiert «Verbraucher und Nutzer» als alle «natürlichen Personen, die zu Zwecken handeln, die nicht ihrer gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit zuzurechnen sind». In vielen Fällen sind der Dienstleister und der Geschädigte jedoch nicht vertraglich miteinander verbunden. Funktioniert die Haftungsregelung für fehlerhafte Dienstleistungen auch bei einem solchen Verhältnis der Unverbundenheit?

Die Doktrin ist in dieser Hinsicht uneinheitlich. Einige sind der Ansicht, dass die Regelung der Dienstleistungshaftung eher den so genannten materiellen Verbraucher (der keinen Vertrag abschließt, sondern die Dienstleistung in Anspruch nimmt) und nicht nur den rechtlichen Verbraucher (der einen Vertrag über die Dienstleistung abschließt) schützen soll.¹⁰ Andere argumentieren, dass eine direkte Verbindung zwischen dem Dienstleister und dem Nutzer erforderlich ist.¹¹ Diese letzte Auslegung scheint mir, wie ich im Folgenden darlegen werde, die angemessenste zu sein. Insbesondere im Hinblick auf die Bestimmung von Art. 129(1) Verbraucherschutzgesetz erweist sich diese als vorzugswürdig, denn Buch III deckt hiernach persönliche und materielle Schäden ab, sofern sie «Güter oder Dienstleistungen betreffen, die objektiv zum privaten Gebrauch oder Verbrauch bestimmt

10 S. Cámara Lapuente in: S. Cámara Lapuente (dir.), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, Colex, Madrid 2011, Art. 3 Verbraucherschutzgesetz, 102 (112-113). Auch FJ Infante Ruiz in: A. Cañizares Laso (Hrsg.), *Comentarios al texto refundido de la Ley de consumidores y usuarios*, T. 2, Bd. 2, Tirant lo Blanch, Valencia 2022, Art. 147 Verbraucherschutzgesetz, 2169 (2178), der argumentiert, dass eine Antinomie zwischen dem Wortlaut von Art. 147 Verbraucherschutzgesetz («Verbraucher und Nutzer») und der Formulierung von Art. 128 Verbraucherschutzgesetz («jeder Geschädigte») besteht, die meines Erachtens zugunsten des Letzteren aufgelöst werden muss. Art. 128 Verbraucherschutzgesetz legt fest, dass «jeder Geschädigte das Recht hat, unter den in diesem Buch festgelegten Bedingungen für den durch die Waren oder Dienstleistungen verursachten Schaden entschädigt zu werden». Diese Vorschrift spricht eindeutig vom Recht auf Entschädigung aller Geschädigten, ohne Dienstleistungen auszuschließen.

11 MA. Parra Lucán in: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Aranzadi, Cizur Menor 2015, Art. 147, 2067 (2083).

sind und als solche hauptsächlich vom Geschädigten genutzt wurden». Diese normative Bestimmung ist logisch angesichts der Tatsache, dass sich Buch III auf die Produkthaftungsregelung zu konzentrieren scheint. Sie vergisst jedoch, dass der Begriff des «Geschädigten» in Art. 128 I Verbraucherschutzgesetz das Ergebnis der Harmonisierung durch die ProdHaft-RL 1985 ist, die ausschließlich für fehlerhafte Produkte gilt. Im Falle der Haftung für eine fehlerhafte Dienstleistung spricht also nichts dagegen, dass ihr subjektiver Geltungsbereich - wie es der Fall ist - durch eine spezifische gesetzliche Bestimmung eingeschränkt wird.

Es scheint, dass die in Buch III Verbraucherschutzgesetz geregelten Haftungsregelungen hinsichtlich ihrer subjektiven Reichweite einheitlich sind, da, wie wir gesehen haben, Art. 128 I Verbraucherschutzgesetz den allgemeinen Grundsatz anerkennt, dass «[e]in Geschädigter» das Recht auf Entschädigung hat. Art. 147 Verbraucherschutzgesetz legt jedoch den «Dienstleistern» die Haftung für den Schaden auf, den sie den «Verbrauchern und Nutzern» aufgrund der Verletzung von Rechtsvorschriften und anderen zu beachtenden Sorgfaltspflichten zufügen, nicht aber dem «Geschädigten», wie es die diesem Thema gewidmeten Vorschriften im Bereich der Haftung für fehlerhafte Produkte tun.¹²

Buch III definiert jedoch nicht die konkret anspruchsberechtigte Person (den «Verbraucher oder Nutzer»), so dass wir diese Lücke mit den Bestimmungen von Art. 3(1) und der Begründung¹³ des Verbraucherschutzgesetzes schließen müssen, wonach ein Verbraucher und Nutzer eine Person ist,

12 Siehe Art. 138(2) («dem Geschädigten»), 139 («dem Geschädigten»), 142 («gibt dem Geschädigten das Recht»), 143(1) («ab dem Zeitpunkt, zu dem der Geschädigte»), 144 («die dem Geschädigten zuerkannten Rechte») und 145 («und das Verschulden des Geschädigten») Verbraucherschutzgesetz..

13 In Absatz 3 von Abschnitt III der Begründung der Verbraucherschutzgesetz wird die Auffassung vertreten, dass der Verbraucher und Nutzer, abgesehen von dem Zweck außerhalb einer unternehmerischen Tätigkeit, die Waren und Dienstleistungen auch als Endempfänger in Auftrag gegeben haben muss, ohne sie in einen anderen Prozess der Herstellung, Vermarktung oder Erbringung von Dienstleistungen einzubeziehen. Diesen Standpunkt vertrat z.B. das Urteil des spanischen *Tribunal Supremo* (Oberster Gerichtshof), Zivilsenat, 29.3.2006 (ECLI:ES:TS:2006:2172), bei dem es um eine Explosion ging, die durch die Ansammlung von Gas in einem Haus verursacht wurde und Schäden an angrenzenden Wohnungen verursachte. Die Opfer verklagten den Eigentümer des Hauses, in dem die Explosion stattfand, aber auch den Installateur der Butangasleitung (Repsol) gemäß dem früheren Art. 28 LGDCU [derzeit 148(2) Verbraucherschutzgesetz]. Das spanische *Tribunal Supremo* geht davon aus, dass die Anwendung der Haftungsregelung für Dienstleistungen auf diejenigen beschränkt ist, die die Dienstleistung in Anspruch nehmen, nicht aber Dritte einbezieht.

die zwei kumulative Voraussetzungen erfüllt: (i) sie handelt zu Zwecken, die nicht mit ihrer geschäftlichen, gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zusammenhängen, und (ii) sie nutzt das Produkt oder die Dienstleistung als «Endempfänger», ohne es in einen Prozess der Bereitstellung an Dritte einzubinden.

Diese Auslegung scheint die Dienstleistungshaftung näher an den vertraglichen Bereich heranzuführen, aber sie ist diejenige, die notwendig ist, um beide Rechtssysteme (fehlerhafte Produkte - Dienstleistungen) zu integrieren und zu vergleichen.

Dieser Gedanke wird durch die Doktrin gestärkt,¹⁴ die davon ausgeht, dass die im LMPCU der Regierung erteilte Gesetzgebungsdelegation für die Ausarbeitung des Verbraucherschutzgesetzes es ihr nicht erlaubte, über die bloße wörtliche Übernahme des vorangegangenen Textes (LGDCU) in den neugefassten Text (Verbraucherschutzgesetz) hinauszugehen.¹⁵ Mit anderen Worten: Die Ausweitung des Begriffs «Verbraucher und Nutzer», zu der die Anwendung von Art.129(1) Verbraucherschutzgesetz führen würde, gilt nicht für die Regelung der Dienstleistungshaftung, sondern nur für die Produkthaftung. Dies ist so, weil das frühere System (LGDCU) den Verbraucher in demselben Sinne verstand wie der aktuelle Art.3(1) Verbraucherschutzgesetz.¹⁶

14 X. Basozábal Arrué, Responsabilidad extracontractual objetiva: parte general, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015 (37) -der darauf hinweist, dass der Begriff des «Geschädigten» von Art.129(1) Verbraucherschutzgesetz nicht auf die Regelung der Haftung für Dienstleistungen anwendbar ist- und, allgemeiner, *MJ. Santos Morón*, La imputación de responsabilidad médica con base en las normas de protección de consumidores: el artículo 148 TRLC, Anuario de Derecho Civil LXX(I), 2017, 119 (121).

15 Diese Frage würde den Rahmen dieses Artikels sprengen. Ich verweise auf *E. Vírjala Foruria* in: M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer und ME. Casas Baamonde (dir.), Comentarios a la Constitución Española (T. I), Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid 2018, Art. 82, 83, 84 und 85, 204 (208-209).

16 «Für die Zwecke dieses Gesetzes sind Verbraucher oder Nutzer natürliche oder juristische Personen, die Dienstleistungen, Tätigkeiten oder Funktionen erwerben, nutzen oder als Endempfänger in Anspruch nehmen, unabhängig von der öffentlichen oder privaten, individuellen oder kollektiven Natur derjenigen, die [...] sie erbringen [...]» [Art.1(2) LGDCU].

2. Der «Dienst» und der «Dienstleister»

Das Verbraucherschutzgesetz gibt uns die Definition eines Produkts, aber nicht die einer Dienstleistung. Nach der Doktrin müssen wir eine wirtschaftliche Definition des Begriffs Dienstleistung verwenden, d.h.: (i) eine menschliche Tätigkeit, die von jemand anderem als dem Nutzer ausgeführt wird (Entfremdung); (ii) ohne ein Unterordnungsverhältnis zwischen dem Nutzer und dem Geschäftsanbieter (Unabhängigkeit); (iii) die nicht den Verkauf einer Ware beinhaltet;¹⁷ (iv) die im Rahmen einer Organisationsstruktur erbracht wird¹⁸ und (v) keine wirtschaftliche Komponente enthält.¹⁹

3. Der «fehlerhafte» Dienst?

Buch III des Verbraucherschutzgesetzes, das die «zivilrechtliche Haftung für fehlerhafte Waren oder Dienstleistungen» regelt, besteht aus zwei Titeln, von denen der erste den «Gemeinsamen Haftungsbestimmungen» gewidmet ist, die auf die beiden in Titel II geregelten zivilrechtlichen Haftungssysteme anwendbar sind: die Haftung für Schäden, die durch «Pro-

17 *MA. Parra Lucán* in: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Aranzadi, Cizur Menor 2015, Art. 147, 2067 (2075).

18 *FJ Infante Ruiz* in: A. Cañizares Laso (dir.), *Comentarios al texto refundido de la Ley de consumidores y usuarios*, T. 2, vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia 2022, Art. 147 Verbraucherschutzgesetz, 2169 (2177).

19 *S. Cámara Lapuente* in: S. Cámara Lapuente (dir.), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, Colex, Madrid 2011, Art. 3 Verbraucherschutzgesetz, 102 (164). *MA. Parra Lucán* in: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Aranzadi, Cizur Menor 2015, Art. 147, 2067 (2078). *R. Bercovitz Rodríguez-Cano* in: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Aranzadi, Cizur Menor 2015, Art. 3, 55 (71-74). *FJ Infante Ruiz* in: A. Cañizares Laso (dir.), *Comentarios al texto refundido de la Ley de consumidores y usuarios*, T. 2, vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia 2022, Art. 147 Verbraucherschutzgesetz, 2169 (2177). Die Doktrin diskutiert nicht die Notwendigkeit einer wirtschaftlichen Komponente, aber der Unterschied liegt zwischen denjenigen, die der Ansicht sind, dass es ein echtes Gewinnmotiv geben muss, und denjenigen, die verstehen, dass es nicht notwendig ist, eine Gewinnspanne erzielen zu wollen, und dass der bloße Ausgleich der Kosten ausreicht.

dukte» (Kapitel I) und durch «andere Sachen und Dienstleistungen» (Kapitel II) verursacht wurden, wobei Wohnungen die einzigen in Kapitel II geregelten Sachen sind (Art. 149 Verbraucherschutzgesetz).

Der Hinweis auf die Fehlerhaftigkeit des Produkts als Haftungsursache findet sich nicht in den allgemeinen Bestimmungen des Titels I des Buches III sondern in Kapitel I des Titels II des Buches III, das den «Schäden durch Produkte» gewidmet ist und das als eindeutiges Erbe der ProdHaft-RL 1985 den allgemeinen Grundsatz der Haftung des Herstellers «für die Fehler der von ihm hergestellten oder eingeführten Produkte» festschreibt (Art. 135 Verbraucherschutzgesetz). In den Vorschriften über die Dienstleistungshaftung ist dazu jedoch nichts zu finden. Dies bedeutet nicht, dass dieser Haftungsregelung die Notwendigkeit der Fehlerhaftigkeit völlig fremd wäre.

Erstens wird in Buch III des Verbraucherschutzgesetzes der Hinweis auf die Fehlerhaftigkeit sowohl für Waren als auch für Dienstleistungen verwendet.²⁰ Dieses Argument ist nicht hinreichend zuverlässig, denn wenn wir eine systematische Auslegung des Gesetzes vornehmen, werden wir feststellen, dass sich die meisten Verweise auf «Fehlerhaftigkeit» nur auf Produkte beziehen, sei es ausdrücklich²¹ oder stillschweigend.²²

Zweitens: Dieselbe systematische Auslegung des Gesetzes, die uns dazu gebracht hat, eine rein wörtliche Auslegung auszuschließen, ist es auch, die uns die Lösung liefert und uns erlaubt, den Begriff des Mangels zu

20 So auch Art. 131 Verbraucherschutzgesetz, der die Möglichkeit für den Staat regelt, eine obligatorische Haftpflichtversicherung «für Schäden, die durch fehlerhafte Waren oder Dienstleistungen entstanden sind», einzuführen.

21 In der Begründung des Verbraucherschutzgesetzes wird erwähnt, dass sie als Instrument zur Umsetzung der Richtlinie 85/374 dient («die Verordnung über die zivilrechtliche Haftung für Schäden, die durch fehlerhafte Produkte verursacht werden, wird in die Neufassung aufgenommen»). Weiter heißt es, dass das Dritte Buch die Haftungsregelung für Schäden, die «durch fehlerhafte Produkte» verursacht werden, harmonisiert und das Gesetz 22/1994 und das LGDCU aufhebt.

22 In der Begründung heißt es, das dritte Buch bestehe aus drei Titeln – tatsächlich sind es jedoch nur zwei. Dabei soll sich der zweite Titel (tatsächlich Kapitel I von Titel II) mit der Haftung für «fehlerhafte Produkte» befassen, und der dritte Titel (eigentlich Kapitel II von Titel II) mit «anderen Sachen und Dienstleistungen». Diese werden jedoch nicht als «fehlerhaft» bezeichnet, noch – wie es im tatsächlichen Titel III heißt – als «andere», sondern als die «übrigen». Das legt nahe, dass mit «übrigen» solche Sachen oder Dienstleistungen gemeint sind, die nicht fehlerhaft sind. Außerdem wird im Text des Verbraucherschutzgesetzes im Kapitel II von Titel II die Fehlerhaftigkeit dieser «übrigen» Sachen oder Dienstleistungen gar nicht erwähnt – obwohl sie dennoch unter diese Haftungsregelung fallen sollen.

integrieren; zwar nicht explizit, aber implizit. Schauen wir mal: Was ist ein Fehler? Nach Art. 137(1) Verbraucherschutzgesetz ist ein fehlerhaftes Produkt ein Produkt, das «nicht die Sicherheit bietet, die man berechtigterweise erwarten kann». Mit anderen Worten, ein Fehler ist nicht gleichbedeutend mit einem unsicheren Produkt,²³ sondern ist das Ergebnis zweier kumulativer Elemente: Unsicherheit und Schaden. Die Unsicherheit eines Produkts ohne Schaden kann verwaltungs- und marktaufsichtsrechtliche Konsequenzen haben, löst aber keine entsprechende Entschädigungspflicht aus. Andererseits kann die Unsicherheit eines Produkts in Verbindung mit der Tatsache, dass es zu einem konkreten Schaden bei einer Person führt, eine solche Entschädigungspflicht auslösen. Aber es ist klar, dass die Sicherheit der Schlüssel zur Definition der Fehlerhaftigkeit eines Produkts ist.

Doch wann haftet der Anbieter bei Schäden, die durch Dienstleistungen verursacht wurden? Die Haftung knüpft an einen Verstoß gegen die «festgelegten Anforderungen und Vorschriften» und, kumulativ,²⁴ an die Nichteinhaltung der «sonstigen durch die Art der Dienstleistung gebotenen Sorgfalt» (Art. 147 Verbraucherschutzgesetz); oder, alternativ, an die «Gewährleistung eines bestimmten Niveaus an Wirksamkeit oder Sicherheit [...] und die damit verbundenen technischen, fachlichen oder systematischen Qualitätskontrollen» (Art. 148 Verbraucherschutzgesetz) an.²⁵ Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Dienstleistung, die die Erwartungen an die «Wirksamkeit», «Sicherheit», «Sorgfalt» oder «Gewissenhaftigkeit» zur Vermeidung von Schäden nicht erfüllt, eine Haftung begründen würde.

Es gibt eine gemeinsame Verbindung zwischen «fehlerhaften Produkten» und Dienstleistungen: die Sicherheit. Wann also ist ein Produkt «sicher»? Die Antwort finden Sie in Art. 11(2) Verbraucherschutzgesetz:

-
- 23 Zu diesem Thema hatte ich bereits die Gelegenheit, meine Meinung in zu äußern *TG. García-Micó, Robótica quirúrgica y derecho de daños*, Marcial Pons, Madrid 2024, 93-94.
- 24 *FJ Infante Ruiz* in: A. Cañizares Laso (dir.), *Comentarios al texto refundido de la Ley de consumidores y usuarios*, T. 2, vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia 2022, Art. 147 Verbraucherschutzgesetz, 2169 (2173). Die Kumulativität ist gerechtfertigt, weil in Spanien die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften allein höchstens als Sorgfaltsvermutung dienen kann, nicht aber als Grund für eine Haftungsbefreiung: Urteile des spanischen Oberster Gerichtshof, Zivilsenat, 3.12.2015 (ECLI:ES:TS:2015:5414) und 18.3.2016 (ECLI:ES:TS:2016:1161).
- 25 Bei der Definition der Dienstleistung, die beiden Regelungen unterliegt, spielen die in Art. 14 Verbraucherschutzgesetz definierten Vorschriften für Waren und Dienstleistungen eine sehr wichtige Rolle, deren Zweck es ist, verschiedene Aspekte «zur Gewährleistung der Gesundheit und Sicherheit» der Dienstleistungen festzulegen [Art. 14(1) Verbraucherschutzgesetz].

«Waren oder Dienstleistungen gelten als sicher, wenn sie unter normalen oder vernünftigerweise vorhersehbaren Verwendungsbedingungen, einschließlich ihrer Dauer, kein Risiko für die Gesundheit oder Sicherheit von Personen darstellen oder nur die minimalen Risiken, die mit der Verwendung der Ware oder Dienstleistung vereinbar sind und bei einem hohen Schutzniveau für die Gesundheit und Sicherheit von Personen als akzeptabel gelten».

Im Gegenteil, ein Produkt oder eine Dienstleistung ist unsicher, wenn von ihr ein Risiko ausgeht, das mit der normalen oder vernünftigerweise vorhersehbaren Verwendung unvereinbar ist und das unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der Gesundheit und Sicherheit von Personen nicht zulässig ist. Wenn also als Folge eines solchen Risikos ein Schaden eintritt (z.B. eine nosokomiale Infektion infolge einer unsachgemäßen Wartung des Belüftungssystems des Krankenhauses), ist die unsichere Krankenhausdienstleistung ebenfalls fehlerhaft.²⁶

Nachdem wir uns auf den oben beschriebenen konzeptionellen und rechtlichen Rahmen konzentriert haben, können wir uns nun der Situation des Softwareanbieters zuwenden - ist er Hersteller oder Dienstleister?

C. Der Softwareanbieter: Produzent oder Dienstleister?

I. Aktuelle Situation

1. Der Lebenszyklus der Software

Software ist immateriell, denn sie ist letztlich nichts anderes als eine Information, eine Reihe von Anweisungen oder Befehlen, wie eine bestimmte *Hardware* oder ein System arbeiten oder funktionieren soll.²⁷ Im Lebens-

26 In diesem Sinne stimme ich mit der These der spanischen Doktrin überein: M. Pasquau Liaño in: A. Orti Vallejo und MC. García Garnica (dirs.), *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos*, 2nd ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2006, 79 (102-103) und FJ Infante Ruiz in: A. Cañizares Laso (dir.), *Comentarios al texto refundido de la Ley de consumidores y usuarios*, T. 2, vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia 2022, Art. 147 Verbraucherschutzgesetz, 2169 (2175, 2179).

27 Die Definition von *Software* oder Computerprogramm ist funktional. Siehe Erwägungsgrund (10) der Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen: «Die

zyklus von *Software* vor ihrer Kommerzialisierung müssen wir zwischen verschiedenen Phasen unterscheiden:

- **Die erste Phase** ist der Entwurf des Quellcodes, einer digitalen Datei mit spezifischen Anweisungen, die in einer Programmiersprache geschrieben sind und aus denen anschließend ein oder mehrere Programme kompiliert werden. In dieser Phase ist eine Person beteiligt, die Software-Ingenieur oder Programmierer genannt wird.
- **Die zweite Phase** ist die Übersetzung des Quellcodes in eine ausführbare Datei, die von der *Hardware*, für die sie bestimmt ist, verwendet werden kann. Die Übersetzung wird von Compilern, Interpretern, Assemblern oder anderen Übersetzungssystemen vorgenommen. Das Ergebnis dieser Phase sind die so genannten ausführbaren Dateien.
- **Die dritte Phase** ist die Integration (durch greifbare Mittel) oder Zusammenschaltung (durch Herunterladen und Installation) der ausführbaren Dateien auf der Hardware. Wenn die Integration durch ein greifbares Gerät, wie z.B. einen Chip, erfolgt, müssen die Hersteller dieser Komponente identifiziert werden.

2. Software als Produkt

Art. 136 Verbraucherschutzgesetz definiert den Begriff «Produkt», indem er auf dessen Natur als «bewegliche Sache» verweist,²⁸ auch wenn es in eine andere bewegliche oder unbewegliche Ware eingebaut ist, was ausdrücklich Gas und Elektrizität einschließt. Somit umfasst die Definition des Begriffs «Produkt» in dem Verbraucherschutzgesetz zwei Stoffe, die zwar ihrer Natur nach nicht beweglich sind, aber im spanischen Zivilrecht

Funktion eines Computerprogramms besteht darin, mit anderen Komponenten des Computersystems und mit seinen Benutzern zu kommunizieren und zusammenzuarbeiten». *J. Stapleton*, *Software, Information and the Concept of Product*, Tel Aviv University Studies of Law 9, 1989, 147 (150); *J. Stapleton*, *Product Liability*, Butterworths, London 1994, S. 333; *M. Gili Saldaña*, *El producto sanitario defectuoso en Derecho español*, Atelier, Barcelona 2008, S. 190 und *PA. de Miguel Asensio*, *Derecho privado de Internet*, 6th ed., Thomson Reuters, Navarra 2022, S. 205.

- 28 Zum Begriff des beweglichen Vermögens hat sich die zivilrechtliche Doktrin bereits geäußert. Siehe z.B. *LH. Clavería Gosálbez* in: C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León und P. Salvador Coderch (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, T. I, Ministerio de Justicia, Madrid 1991, S. 931.

als solche gelten.²⁹ Tatsächlich haben andere Gesetzgebungen *Software* ausdrücklich in den Begriff der Ware einbezogen (Estland³⁰), während andere³¹ sie aufgrund des Zusatzes der Körperlichkeit, die in der beweglichen Sache vorhanden sein muss, ausgeschlossen haben.

In diesem Sinne ist der körperliche oder nicht körperliche,³² greifbare oder nicht greifbare Charakter der Ware kein Problem, zumindest in Spanien, solange sie transportiert oder angeeignet werden kann. Diese traditionelle Debatte lässt sich auf die aktuellere Realität der Software übertragen, bei der zu prüfen ist, ob das Computerprogramm durch einen greifbaren Mechanismus in eine körperliche Ware integriert ist (eingebettete Software) oder ob es heruntergeladen und virtuell in der Ware installiert wird (nicht eingebettete Software).³³

- a) Die teleologische Auslegung der ProdHaftRL 1985: jede Software ist ein Produkt

Ein erster Teil der Doktrin vertritt die Auffassung, dass es unerheblich ist, ob die Software in eine bewegliche Sache integriert ist oder nicht,³⁴ da die

29 Art. 511-1.2 des Zivilgesetzbuch von Katalonien (*Codi Civil de Catalunya*): «Als Dinge gelten [...] Energien, soweit es ihre Natur erlaubt».

30 § 1063(1) *fine*: »[...] Computersoftware gilt ebenfalls als beweglich».

31 Dies ist der Fall bei Art. 6 (42) des *loi relative à la responsabilité des produits défectueux* vom 25. Februar 1991 (Belgien), welches vorsieht, dass Produkte «bewegliche Sachgüter» sind; sowie bei § 4 des österreichischen *Produkthaftungsgesetzes*, der identisch, aber noch deutlicher ist («Produkt ist jede bewegliche körperliche Sache»).

32 Siehe *E. Monterroso Casado* in: *E. Monterroso Casado* (dir.), *Inteligencia Artificial y riesgos cibernéticos. Responsabilidades y aseguramiento*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2019, 101 (112).

33 1988 sprach sich die Kommission für die Einbeziehung von Software in die Definition von «Produkt» in die ProdHaftRL 1985 aus, siehe «Schriftliche Anfrage Nr. 706/88 von Herrn Gijs de Vries (LDR - NL) an die Kommission der Europäischen Gemeinschaften» und die Antwort von Lord Arthur Francis Cockfield, der damalige EU-Kommissar für Binnenmarkt und Dienstleistungen: «Folglich gilt die Richtlinie für Software in der gleichen Weise wie für handwerkliche und künstlerische Erzeugnisse» (Abl. C 114/42 vom 8.5.1989).

34 Siehe *G. Wagner*, *Produkthaftung für autonome Systeme*, Archiv für die civilistische Praxis 217(6), 2017, 707 (719); *T. Liivak*, *Liability of a manufacturer of fully autonomous and connected vehicles under the Product Liability Directive*, International Comparative Justice 4(2), 2018, 178 (181) und *H. Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht, T. III, 3rd ed., 453.

Hersteller beider Produkte gleich behandelt werden müssen,³⁵ da das Ziel der ProdHaftRL 1985 der Schutz von Schäden ist, die durch Massenprodukte verursacht werden. Software ist eine solche, es sei denn, sie wird nach den spezifischen Anforderungen des Empfängers entwickelt (maßgeschneiderte Software oder Individualsoftware).³⁶

b) Die wörtliche Auslegung der ProdHaftRL 1985: nur eingebettete Software ist ein Produkt.

Ein anderer Teil der Lehre ist jedenfalls bei der Einordnung nicht integrierter *Software* als Produkt nicht einverstanden, da sie kein bewegliches Eigentum ist.³⁷

35 D. Fairgrieve, G. Howells, P. Møgelevang-Hanssen, G. Straetmans, D. Verhoeven, P. Machnikowski, A. Janssen und R. Schulze in: P. Machnikowski (ed.), *European Product Liability. An Analysis of the State of the Art in the Era of New Technologies*, Intersentia, Cambridge 2016, S. 17; JS. Borghetti in: S. Lohsse, R. Schulze und D. Staudenmayer (Hrsg.), *Haftung für Künstliche Intelligenz und das Internet der Dinge*, Nomos, Baden-Baden 2019, 63 (64) und G. Wagner in: FJ. Säcker (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB*, 8. Aufl. 2020 § 2 Rn. 21.

36 JS. Borghetti in: S. Lohsse, R. Schulze und D. Staudenmayer (Hrsg.), *Haftung für Künstliche Intelligenz und das Internet der Dinge*, Nomos, Baden-Baden 2019, 63 (64). Siehe für die Vereinigten Staaten, dass dieses Argument auch in der Rechtsprechung in *Halstead v. United States*, 535 F. Supp. 782, 791 (D. Conn. 1982) und *Salomey v. Jeppesen & Co.*, 707 F.2d 671, 676 (2d Cir. 1983).

37 MA. Hogg, *Liability for Unknown Risks: A Common Law Perspective*, *Journal of European Tort Law* 7(2), 2016, 1 (11); S. Rockstroh und H. Kunkel, *IT Sicherheit in Produktionsumgebungen*, *MMR Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung* 2, 2017, 77 (82); G. Spindler in: S. Lohsse, R. Schulze und D. Staudenmayer (Hrsg.), *Haftung für Künstliche Intelligenz und das Internet der Dinge*, Nomos, Baden-Baden 2019, 125 (128). Dies hat sich auch in der amerikanischen Doktrin und Rechtsprechung herauskristallisiert, wo in einigen Fällen nicht integrierte *Software* von der Produktdefinition ausgeschlossen wurde, entweder wegen mangelnder Greifbarkeit [*America Winter v. G.P. Putnam's Sons*, 938 F.2d 1033, 1036 (9th Cir. 1991); *Am. Online, Inc. v. St. Paul Mercury Ins.*, 207 F. Supp. 2d 459, 467 (E.D. Va. 2002) und *Torres v. City of Madera*, No. 09-16573, 2005 WL 1683736, 46-49 (E.D. Cal. 2005)]; ob durch Gleichsetzung mit professionellen Dienstleistungen [*MD. Scott*, *Tort Liability for Vendors of Insecure Software: Has the Time Finally Come?*, *Maryland Law Review* 67(2), 2004, 434 (436)]; oder weil Dienstleistungen im Allgemeinen keine Produkte sind [*La Rossa v. Sci. Design Co.*, 402 F.2d 937, 942 (3d Cir. 1968); *Lemley v. J & B Tire Co.*, 426 F. Supp. 1378, 1379 (W.D. Pa. 1977); und *Snyder v. ISC Alloys*, 772 F. Supp. 244, 250 (W.D. Pa. 1991)].

c) Systematische Auslegung

Schließlich gibt es noch einen weiteren Teil der Lehre, der die Unterscheidung nach dem Medium als willkürlich qualifiziert.³⁸ Ihr Argument stützt sich auf das Urteil des EuGH vom 3. Juli 2012, *UsedSoft GmbH gegen Oracle International Corp.* (C-128/11, ECLI:EU:C:2012:407), in dem umstritten war, ob und unter welchen Umständen das Herunterladen einer vom Urheberrechtsinhaber genehmigten Kopie eines Computerprogramms aus dem Internet zur Erschöpfung des EU-Verbreitungsrechts dieser Kopie gemäß Art. 4(2) der ProdHaftRL 1985 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen führen kann. Die Antwort des EuGH gliedert sich in zwei Teile:

- Der erste betrifft die Irrelevanz des Mediums. Er lautet:

«Insoweit spielt es in einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens keine Rolle, ob dem Kunden die Kopie des Computerprogramms vom Rechtsinhaber über das Herunterladen von dessen Internetseite oder über einen materiellen Datenträger wie eine CD-ROM oder DVD zur Verfügung gestellt wird».³⁹

- Der zweite bezieht sich auf die Art des wirtschaftlichen Prozesses, der mit dem Verkauf der Software verbunden ist. Er besagt:

«Darüber hinaus sind die Veräußerung eines Computerprogramms auf CD-ROM oder DVD und die Veräußerung eines Computerprogramms durch Herunterladen aus dem Internet wirtschaftlich gesehen vergleichbar. Die Online-Übertragung entspricht funktionell der Aushändigung eines materiellen Datenträgers. [...]».⁴⁰

Ähnliche Erwägungen finden sich im Urteil des EuGH vom 22. November 2012, *BioSemi* (C-219/11, ECLI:EU:C:2012:742) und in Artikel 2(4) II⁴¹

38 G. Wagner in: FJ. Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, 8. Aufl. 2020 § 2 Rn. 22.

39 Urteil des EuGH vom 3. Juli 2012, *UsedSoft GmbH gegen Oracle International Corp.* (C-128/11, ECLI:EU:C:2012:407), Rn. 47..

40 Urteil des EuGH vom 3. Juli 2012, *UsedSoft GmbH gegen Oracle International Corp.* (C-128/11, ECLI:EU:C:2012:407), Rn. 61.

41 «Softwareprogramm gilt ebenfalls als aktives Produkt».

und 10(16)⁴² der Verordnung 2017/745 des Europäischen Parlaments und der Kommission vom 5. April 2017 über Medizinprodukte.

Die Verordnung 2017/745 kann jedoch nicht als Argument für eine *Erst-Recht*-Auslegung der ProdHaftRL 1985 oder des Verbraucherschutzgesetzes herangezogen werden, da diese Verordnung Software ausdrücklich in ihren objektiven Anwendungsbereich einschließt. Im gleichen Sinne zielt die ProdHaftRL 1985 genau darauf ab, das Urheberrecht an Computerprogrammen zu regeln.

Darüber hinaus soll die Tatsache, dass Artikel 2(4) II der Verordnung 2017/745 klarstellt, dass Software den Charakter von «aktiven Produkten» hat, dazu dienen, sie in die verschiedenen in der Verordnung vorgesehenen Kategorien einzuordnen, um die Verfahren für ihr Inverkehrbringen zu bestimmen.

Auch Artikel 10(16) lässt keine weite Auslegung des in der ProdHaftRL 1985 und des spanischen Verbraucherschutzgesetzes geregelten Begriffs «Produkt» zu, da er vorsieht, dass der Hersteller⁴³ verpflichtet ist, die Geschädigten nach den Regeln der Produkthaftung zu entschädigen.

Trotz dieser Kritik stimme ich mit dem Hintergrund der Argumentation überein: Die Einstufung von *Software* als Produkt oder nicht sollte nicht nur die Folge davon sein, ob sie eingebettet ist oder nicht. Es ist wichtig, ein weiteres Element zu berücksichtigen: ihre vorrangige Bedeutung für das Funktionieren der *Hardware*.

3. Das Prinzip der intrinsischen Elemente

Eine *Software* kann haben:

- Eine primäre oder Hauptfunktion für den Betrieb der *Hardware* (z.B. die Aktualisierung des Betriebssystems eines Mobiltelefons);⁴⁴ oder
- Eine sekundäre oder ergänzende Funktion, deren Nichtvorhandensein das körperliche Gut nicht daran hindert, ebenfalls zu funktionieren⁴⁵ (z.B. Bankanwendungen, soziale Netzwerke).

42 Sie sieht die Möglichkeit vor, «für einen Schaden, der durch ein fehlerhaftes Produkt verursacht wurde, gemäß dem geltenden Unionsrecht und dem geltenden nationalen Recht Schadensersatz» zu verlangen.

43 Das bedeutet, dass die Terminologie dieselbe ist wie in der ProdHaftRL 1985.

44 Dies ist ein primäres Software-Szenario.

45 Dies ist ein zusätzliches Software-Szenario.

Aber kann eine Information ein Produkt, in dem sie enthalten ist, fehlerhaft machen? Diese Frage wurde im Urteil des EuGH vom 10. Juni 2021, VI v. *KRONE - Verlag Gesellschaft mbH & Co KG* (C-65/20, ECLI:EU:C:2021:471) aufgeworfen. Die wesentliche Frage, um die es ging, war, ob «ein Exemplar einer gedruckten Zeitung, die im Zuge der Behandlung eines Themas aus dem Umfeld der Medizin einen unrichtigen Gesundheitstipp zur Verwendung einer Pflanze erteilt, durch dessen Befolgung eine Leserin dieser Zeitung an der Gesundheit geschädigt wurde, ein „fehlerhaftes Produkt“ im Sinne dieser Bestimmungen ist».⁴⁶

Der EuGH geht von der Prämisse aus, dass «Dienstleistungen nicht in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie fallen ».⁴⁷ Er ist jedoch der Ansicht, dass er, um dem vorlegenden Gericht eine Antwort zu geben, prüfen muss, «ob ein – an sich als Dienstleistung einzustufender – Gesundheitstipp, der in eine bewegliche körperliche Sache – im vorliegenden Fall eine gedruckte Zeitung – aufgenommen wird, aufgrund der Tatsache, dass er sich als unrichtig erwiesen hat, dazu führen kann, dass die Zeitung selbst fehlerhaft wird».⁴⁸ Mit anderen Worten, ob eine fehlerhafte Dienstleistung – die Information, der ungenaue Gesundheitshinweis – das Produkt, in das sie eingebettet ist – die Zeitung –, wegen seiner Ungenauigkeit fehlerhaft machen kann.

Bejaht man dies, würde der Fehler in der Dienstleistung das Produkt, das ihre Unterstützung darstellt, fehlerhaft machen (als wäre es ein Bauteil). Bei einer negativen Antwort hingegen könnte das Opfer nur den Erbringer der fehlerhaften Dienstleistung, Kräuterpfarrer Benedikt, in Anspruch nehmen. Da der beanstandete Gesundheitshinweis nicht zu den wesentlichen Bestandteilen der Zeitung gehört, konnte diese nach Ansicht des EuGH nicht wegen der Unrichtigkeit der darin enthaltenen Informationen als fehlerhaft angesehen werden.⁴⁹

Kurz gesagt, nur wenn die fehlerhafte Information Teil eines der wichtigsten – immanenten – Elemente des Produkts ist, das seine Unterstützung darstellt, kann das Produkt als fehlerhaft angesehen werden. Das Kriterium, das für diese Frage ausschlaggebend ist, ist also das der Wesentlichkeit der

46 Urteil des EuGH vom 10. Juni 2021, VI v. *KRONE - Verlag Gesellschaft mbH & Co KG* (C-65/20, ECLI:EU:C:2021:471), Rn. 24.

47 Ebd., Rn. 27 und, in ähnlicher Weise, Rn. 32.

48 Ebd., Rn. 32.

49 Diese Frage wurde bereits vor *KRONE* von der vergleichenden Lehre analysiert, die dieses Kriterium anwandte, ohne es zu sagen. Siehe *P. Varul, I. Kuul, V. Kove und M. Käerdi, Võlaõigusseadus III. Kommenteeritud väljaanne*, Juura 2009, S. 706.

Dienstleistung - der Information. In Anbetracht der obigen Ausführungen ist es daher angebracht, zwischen Informationen, die zu den wesentlichen Bestandteilen des Produkts gehören, in das sie integriert sind, und Informationen, die dies nicht tun, zu unterscheiden.⁵⁰ Erstere haben das Potenzial, das Produkt fehlerhaft zu machen, letztere hingegen nicht; sie sind eine vom Produkt unabhängige Dienstleistung und unterliegen den allgemeinen oder besonderen Haftungsregeln, die in diesem Bereich gelten.⁵¹

4. Der Fall von nicht integrierter Software

Die Argumentation in *KRONE* ist auf diese Art von Szenario anwendbar, auch wenn es sicherlich komplizierter ist, da die Informationen, die mit dem Gerät verbunden sind, nicht greifbar sind.⁵² Ein Mobiltelefon besteht zum Beispiel aus zwei Arten von *Software*: dem Betriebssystem - Android, iOS, macOS - und den Anwendungen. Das Betriebssystem ist für das Funktionieren des Mobiltelefons unerlässlich, die Anwendungen hingegen nicht.

Wenn eine bestimmte Anwendung dem Benutzer Schaden zufügt, stellt sich die Frage, ob das Telefon dadurch defekt wird. Die Antwort sollte auf jeden Fall negativ ausfallen. Nach dem Intrinsic-Elements-Prinzip beziehen sich solche Anwendungen weder auf die Nutzung noch auf die Präsentation des Produkts, auf dem sie installiert sind, und bieten ihm somit keine Funktionalität. Anders sähe es aus, wenn das Betriebssystem - oder vielmehr eines seiner Updates - die Ursache für den Schaden wäre. Dann würde das Betriebssystem das Telefon defekt machen.⁵³

50 C. Twigg-Flesner, The Tale of the Grating Horseradish. Case Note on VI v KRONE-Verlag (Rechtssache C-65/20 VI), Journal of European Consumer and Market Law 6, 2021, 262 (265).

51 EuGH vom 10. Juni 2021, VI v. KRONE - Verlag Gesellschaft mbH & Co KG (C-65/20, ECLI:EU:C:2021:471) Rn. 41.

52 L. Morlet-Haïdara, L'utilisation de l'intelligence artificielle en santé: contexte et focus sur l'engagement des responsabilités, Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie 21, 2018, 99 (105).

53 C. Twigg-Flesner, The Tale of the Grating Horseradish. Case Note on VI v KRONE-Verlag (Rechtssache C-65/20 VI), Journal of European Consumer and Market Law 6, 2021, 262 (265).

II. Die Situation im Rahmen der ProdHaftRL 2024

Die ProdHaftRL 2024 stellt einen drastischen Wandel in der Konzeption der Produkthaftung dar, da sie die traditionelle Unterscheidung zwischen «Produkt» und «Dienstleistung» verwischt.

1. Information ist kein Produkt

Der *Quellcode* wird niemals ein Produkt sein, da er lediglich eine Information in einer unverständlichen Sprache darstellt und auf dem Markt nutzlos ist, da ihm die Funktionalität fehlt, wenn er nicht in eine andere Sprache oder einen Binärcode übersetzt wird (d.h. wenn die digitale Datei des Quellcodes nicht in eine ausführbare Datei umgewandelt wird).⁵⁴

Die kombinierte Lesart von Art. 4(1) und Erwägungsgrund (13) der ProdHaftRL 2024 sollte uns zu dem Schluss führen, dass Informationen aufgrund ihrer Ungreifbarkeit weiterhin ausgeschlossen sind. Es handelt sich also um eine Dienstleistung, und dies macht es notwendig, Software *expressis verbis* in den Anwendungsbereich der Richtlinie einzubeziehen, andernfalls hätten wir mit den doktrinären Zweifeln weitergemacht, die zu einem Szenario echter Rechtsunsicherheit geführt haben.

2. Die neuen «Produkte» und «Komponenten»

(a) Software

Art. 4(1) der ProdHaftRL 2024 hat ohne Einschränkung jede Software in die Definition eines Produkts aufgenommen. Mit anderen Worten, jede *Software* ist ein «Produkt», unabhängig davon, ob sie in eine materielle Vorrichtung integriert ist oder nicht, und, in aller Stille, unabhängig davon, ob sie für das Gerät, in das sie integriert ist oder mit dem sie verbunden ist, wesentlich ist oder nicht. Folglich ist der Programmierer ein Hersteller eines Endprodukts. Diese Erwähnung ist wichtig, weil ein Mobiltelefon aus zwei unabhängigen Produkten besteht: dem Gerät und der *Software*. Ein Fehler in der *Software* macht das Gerät nicht fehlerhaft und ermöglicht es dem Geschädigten auch nicht, gegen den Hersteller des letzteren vorzugehen, da die Software kein Bestandteil, sondern ein Produkt *per se* ist.

⁵⁴ Erwägungsgrund (13) der ProdHaftRL 2024.

(b) «Verbundener Dienst»

Der Ausschluss von Dienstleistungen macht es zwingend erforderlich, dass bestimmte Realitäten, die eher mit Dienstleistungen als mit Produkten vergleichbar sind, in den Anwendungsbereich der ProdHaftRL 2024 aufgenommen werden. Dies ist der Fall bei dem sogenannten «verbundenen Dienst». Der Hintergrund für seine Aufnahme als «Komponente»⁵⁵ in die ProdHaftRL 2024 ist seine Bedeutung für die Gestaltung der Sicherheitserwartungen an das Produkt, in das er integriert ist.⁵⁶

Die Definition von verbundenen Diensten findet sich in Art. 4(3) der ProdHaftRL 2024: «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». Eine identische Definition (mit Ausnahme der Klausel «in ein Produkt integriert») wie in Art. 2(5) lit. b der Richtlinie 2019/771 vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs⁵⁷ und Art. 2(3) der Richtlinie 2019/770 vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen.

Da die Einbeziehung dieser besonderen Art von Dienstleistungen eine Ausnahme von der allgemeinen Regel des Ausschlusses von Dienstleistungen aus dem Anwendungsbereich des Produkthaftungsrechts darstellt, muss die Auslegung, welche Dienstleistungen im Zusammenhang stehen, restriktiv sein.⁵⁸ Das heißt, die Funktionen des physischen Geräts, in das die Dienstleistung integriert oder mit dem sie verbunden ist, müssen (i) primär sein und (ii) mit der Sicherheit des Geräts zusammenhängen. Zu diesem Schluss komme ich anhand der Beispiele in ErwG 17 der ProdHaftRL 2024:

55 Art. 4(4) der ProdHaftRL 2024.

56 Erwägungsgrund (17) der ProdHaftRL 2024: «Obwohl diese Richtlinie nicht für Dienstleistungen als solche gelten sollte, ist es notwendig, die verschuldensunabhängige Haftung auf solche digitalen Dienstleistungen auszudehnen, da sie die Sicherheit des Produkts ebenso bestimmen wie die physischen oder digitalen Komponenten».

57 Sie gilt für Waren mit digitalen Elementen, d.h. wenn die digitale Dienstleistung in die materielle Ware eingebettet oder mit ihr verbunden ist.

58 So auch in den Richtlinien 2019/771 und 2019/770, die ebenfalls die Wesentlichkeit der digitalen Dienstleistung betonen, wodurch die Funktionalität der Ware, in die sie integriert oder mit der sie verbunden ist, von ihr abhängig gemacht wird. *L. Arnau Raventós*, Bienes y elementos digitales: ¿dos mundos aparte?, *Revista de Educación y Derecho* 24, 2021, 9 (1-29).

«die kontinuierliche Bereitstellung von Verkehrsdaten in einem Navigationssystem, ein Gesundheitsüberwachungsdienst, der sich auf die Sensoren eines physischen Produkts stützt, um die körperliche Aktivität oder Gesundheitsparameter des Nutzers nachzuverfolgen, eine Temperaturüberwachung, die die Temperatur eines intelligenten Kühlschranks überwacht und reguliert, oder auch ein Sprachassistent, der die Steuerung eines oder mehrerer Produkte mittels Sprachbefehlen ermöglicht».

Eine fehlerhafte Information über den Weg zum Ziel, die den Fahrer dazu veranlasst, in die falsche Richtung zu fahren und folglich einen Unfall zu verursachen, ist also ein «verbundener Dienst», da dieser die Hauptfunktion des GPS und dessen Sicherheit beeinträchtigt. Daher macht die Komponente - der fehlerhafte verbundene Dienste - das Produkt - das GPS - fehlerhaft, und dies ermöglicht es dem Geschädigten, gegen den Hersteller des GPS vorzugehen (Art. 8(1) Abs. 2 der ProdHaftRL 2024), sofern dieser unter der Kontrolle des Herstellers steht.

Kurz gesagt, die Einbeziehung der damit verbundenen Dienste zeigt, dass der europäische Gesetzgeber auch den Grundsatz der wesentlichen Elemente der *KRONE*-Rechtsprechung übernommen hat,⁵⁹ wenn auch in geeigneter Weise qualifiziert, um die schwierige Aufgabe zu vermeiden, zu bestimmen (wie wir anhand des praktischen Falles sehen werden, der angesprochen wird), was wesentlich ist. So wird die Wesentlichkeit der Funktion für den Nutzen des Produkts (*KRONE-Kriterium*) durch die Wesentlichkeit der Funktion für die Sicherheit des Produkts ersetzt.

Wenn der Dienst also nicht die Anforderungen der Notwendigkeit einer Funktion erfüllt, die die Sicherheitserwartungen an das physische Gerät prägen, in das er integriert oder mit dem er verbunden ist, dann ist er kein Produktbestandteil, sondern kann ein eigenständiges Produkt sein, solange er sich auf Software und nicht auf bloße Informationen bezieht.

3. Praktische Auswirkungen der Einbeziehung von Software und verbundenen Dienstleistungen

Was sind die Folgen der in Abschnitt 2 genannten Änderungen? Nun, sie sind von großer Bedeutung für die haftenden Parteien, da jedes Computer-

59 G. Spindler, Die Vorschläge der EU-Kommission zu einer neuen Produkthaftung und zur Haftung von Herstellern und Betreibern Künstlicher Intelligenz, CR II, 2022, 689 (690, 691) und G. Wagner, Liability Rules for the Digital Age, JETL 13(3), 2022, 191 (203).

programm ein Produkt sein wird und daher der Softwareentwickler, der die Werkzeuge zur Übersetzung des Quellcodes implementiert, um ihn in eine ausführbare Datei umzuwandeln, für den durch die Ausführung dieser Anweisungen verursachten Schaden haftbar sein kann. Die ProdHaftRL 2024 fügt also bewusst dieses neue Subjekt in den Begriff des «Herstellers» ein [Erwägungsgrund (13)], während es sich nach der spanischen Konzeption um einen Dienstleister gehandelt hätte, der meiner Meinung nach der Regelung der Haftung für vermutetes Verschulden unterliegt. Die spanische Rechtsprechung hat sich hierzu nicht geäußert, da die Fälle, in denen es um Software ging, auf vertraglicher Grundlage (Vertragswidrigkeit) verhandelt wurden.

Das bedeutet, dass mit Inkrafttreten und der Umsetzung der ProdHaftRL 2024, wenn eine Software einen Schaden verursacht, der nicht mit ihrer mangelnden Eignung in vertraglicher Hinsicht – oder nicht nur damit – in Verbindung gebracht werden kann, die Haftung der Programmierer nicht dem Haftungsregime der Art. 147 und 148 des Verbraucherschutzgesetzes unterworfen werden kann. Ein System, das mit der ProdHaftRL 2024 gekippt wurde, die sie einer eigenen Haftungsregelung unterwirft.

Man könnte sagen, dass diese Änderung der Regelung für die Verbraucher vorteilhaft ist, aber in Wirklichkeit ist dies zumindest in Spanien nicht der Fall: Die Haftung für eine fehlerhafte Dienstleistung wird niemals den Nachweis des Mangels der Dienstleistung erfordern, da dieser entweder nicht bestritten wird - denn die Haftung wird auch dann auferlegt, wenn die Dienstleistung korrekt funktioniert hat (Art. 148 Verbraucherschutzgesetz) - oder er wird *iuris tantum* vermutet - Art. 147 Verbraucherschutzgesetz. Andererseits erfordert die Regelung der ProdHaftRL 2024 - ebenso wie die der ProdHaftRL 1985 - in jedem Fall den Nachweis des Produktfehlers,⁶⁰ der für die Verbraucher das größte Hindernis für eine Entschädigung darstellt.⁶¹

60 Was in bestimmten Ausnahmefällen gemäß Art. 10(2) der ProdHaftRL 2024 vermutet werden kann.

61 Nach Angaben der Europäischen Kommission werden 53% aller abgewiesenen Klagen abgewiesen, weil der Fehler oder der Kausalzusammenhang zwischen dem Fehler und dem Schaden nicht nachgewiesen werden konnte. Siehe *Europäische Kommission*, Bewertung der Richtlinie 85/374/EWG des Rates vom 25. Juli 1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte, SWD(2018) 157 final, 25.

4. Fallstudien

Lassen Sie uns dies anhand einiger Beispiele erläutern: Ein freiberuflicher Software-Ingenieur entwickelt eine Anwendung, die er über den Play Store/Google Play vertreibt, der allein in der Europäischen Union 284,6 Millionen aktive registrierte Nutzer hat. Da Google Play als Plattform für das Herunterladen von Apps für mobile Geräte von verschiedenen Unternehmen dient (im Gegensatz zum App Store von Apple), ist es dem Software-Ingenieur nicht möglich, eine App zu entwickeln, die auf allen Geräten, auf denen sie installiert werden kann, gleichermaßen wirksam ist; auch kontrolliert Google Play nicht jede einzelne App, die dem App-Shop hinzugefügt wird (durchschnittlich 1.609 Apps pro Tag, Stand März 2024). Aus diesem Grund könnte die App dazu führen, dass das Betriebssystem abnormal reagiert und das Gerät überhitzt und explodiert, was zu Verletzungen führen kann.

a) Software als Produkt

Nach dem System, das wir derzeit im spanischen Recht haben, würde der Software-Ingenieur, der die Software entwickelt, als Dienstleister haften und der Hersteller des mobilen Geräts würde nicht für den Fehler haften, der durch etwas verursacht wird, das nicht zu einem Produkt oder einer Produktkomponente gehört.

Andererseits würde der Hersteller des Telefongeräts meiner Meinung nach nicht für den Schaden haften, selbst wenn es durch das Herunterladen oder die Installation mit der Software verbunden wurde, da nicht davon ausgegangen werden kann, dass sie unter seiner Kontrolle steht, denn es kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Hersteller einer solchen Verbindung zugestimmt hat, indem er sie nicht untersagt hat [Erwägungsgrund (18)].

Anders verhält es sich, wenn die von einem Dritten entwickelte Anwendung bereits in der Werkversion des Geräts enthalten war. In diesem Fall haftet der Hersteller sogar für den durch diese Anwendung verursachten Schaden, da sie in das Produkt integriert ist und davon ausgegangen wird, dass dieser Dienst unter der Kontrolle des Herstellers stand [Erwägungsgrund (18) und Art. 4(5)(i)]. Insbesondere kann sich letzterer nicht dadurch

entlasten, dass er nachweist, dass der Fehler ausschließlich bei diesem Dritten liegt, da er mit dem Dritten gesamtschuldnerisch haftet [Art. 12(1)].⁶²

b) Software als Produktkomponente: die «verbundenen Dienste»

Die Frage wäre, ob eine solche Anwendung einen verbundenen Dienst darstellt oder nicht. Wenn die Software für die Funktionalität des Geräts wesentlich wäre, dann wäre die Software eine damit verbundene Dienstleistung und somit ein Bestandteil des Produkts, in das sie integriert ist, mit der Möglichkeit, dass der Geschädigte aufgrund des Fehlers der Software den Hersteller des Geräts, in das sie integriert oder mit dem sie verbunden ist, haftbar machen kann. Der Schlüssel, den wir bereits vorweggenommen haben, besteht jedoch darin, den Begriff der Funktionalität mit Inhalt zu füllen.

Wenn wir uns auf die wörtliche Auslegung von Art. 4(3) der ProdHaftRL 2024 verlassen würden, weist das Konzept des verbundenen Dienstes eine große Lücke auf, die seine praktische Anwendbarkeit sicherlich beeinträchtigen wird: die Bestimmung des Umfangs des Grundsatzes der Funktionalität des verbundenen Dienstes. Mit anderen Worten, was sind die Funktionen eines Mobiltelefons? In der Vergangenheit war die Antwort einfach: einen Anruf tätigen oder eine Textnachricht senden. Aber was sind die Funktionen eines *Smartphones*? Offensichtlich die gleichen wie bei den Telefonen der Vergangenheit, aber ist es auch der Zugang zu sozialen Netzwerken, die Möglichkeit, ein Spiel zu spielen, oder die Möglichkeit, die Anwendungen der Bank zu nutzen? Wenn das Urteil in der obigen Fallstudie eine dieser Anwendungen betrifft, dann besteht die Schwierigkeit für die Gerichte darin, festzustellen, ob es sich um verbundene Dienste handelt oder nicht. Wenn dies nicht der Fall ist, liegt die Haftung allein beim Softwareentwickler.

Ich habe jedoch bereits dargelegt, dass mein Standpunkt auf einer teleologischen Auslegung der ProdHaftRL 2024 [unter Einbeziehung von Art. 4 (3) mit ErwG 17] und auf der Tatsache beruht, dass die Richtlinie produktbezogen sein soll, so dass jede Einbeziehung einer Dienstleistung

62 Der Hintergrund dafür ist einleuchtend: Der Hersteller des Mobiltelefons, der die fehlerhafte Anwendung in die Werksversion aufnimmt, geht das Risiko ein, dass sie fehlerhaft sein könnte, um einen (gewollten oder ungewollten, erwarteten oder ungewollten) Gewinn aus ihrer Aufnahme zu erzielen, und sollte daher für den Schaden haften, den eine solche Anwendung bei den Nutzern verursachen kann.

mit Zurückhaltung erfolgen und restriktiv ausgelegt werden sollte. Daher sollte der Grundsatz der Funktionalität auf der Notwendigkeit beruhen, die Sicherheitserwartungen an das Produkt, in das der Dienst integriert oder mit dem dieser verbunden ist, zu gestalten. Wenn die betreffende Anwendung die Sicherheit des Telefons in keiner Weise beeinträchtigt, haftet der Hersteller des Telefons nicht für den Fehler in der Anwendung, die dann keine Komponente ist, sondern ein Produkt als solches, für das nur der Entwickler verantwortlich ist.

III. Die Vereinbarkeit des Verbraucherschutzgesetzes mit der ProdHaftRL 2024

Eine letzte Frage, die es zu beantworten gilt, ist, ob die derzeitige Regelung der Haftung für fehlerhafte Dienstleistungen, die für den Softwareanbieter gelten würde, mit der neuen Regelung, die sich aus der ProdHaftRL 2024 ergibt, vereinbar wäre.

In Art. 2(4) der ProdHaftRL 2024 heißt es, dass die Richtlinie «(b) Ansprüche, die eine geschädigte Person gemäß den nationalen Vorschriften über die vertragliche oder außervertragliche Haftung aus anderen Gründen als der Fehlerhaftigkeit eines Produkts gemäß dieser Richtlinie hat, einschließlich nationaler Vorschriften zur Umsetzung von Unionsrecht» oder «(c) Ansprüche, die eine geschädigte Person aufgrund einer am 30. Juli 1985 im nationalen Recht bestehenden besonderen Haftungsregelung hat» nicht berührt.

1. Keine besondere Haftungsregelung, die am 30. Juli 1985 bestand

Wie wir gesehen haben, erscheint die spanische Haftungsregelung für fehlerhafte Dienstleistungen in den verwirrenden Art. 26 bis 28 LGDCU von 1984. Es handelt sich also um eine Regelung, die vor dem Datum der Bekanntgabe der ProdHaftRL 1985 bestand. Dies reicht jedoch nicht aus, um zu begründen, dass diese Regelung der Haftung für vermutetes Verschulden beibehalten werden konnte. In drei Urteilen hat sich der Gerichtshof der Europäischen Union mit der Auslegung dieses speziellen Absatzes des aktuellen Art. 13 der ProdHaftRL 1985 befasst. In allen Urteilen wird die gleiche Schlussfolgerung gezogen, nämlich dass nicht nur das zeitliche Element wesentlich ist, sondern auch ein objektives: dass es sich um eine Regelung

handelt, die für einen bestimmten Produktionszweig gilt.⁶³ Konkret heißt es im dritten Spiegelstrich des Art. 13 der ProdHaftRL 1985:

«[...] Soweit in einem Mitgliedstaat ein wirksamer Verbraucherschutz im Arzneimittelbereich⁶⁴ auch bereits durch eine besondere Haftungsregelung gewährleistet ist, müssen Klagen aufgrund dieser Regelung ebenfalls weiterhin möglich sein».

Eine Haftungsregelung, die im Gegenteil eine Haftung unter den in der ProdHaftRL 1985 festgelegten Bedingungen vorsieht, ohne sie auf einen bestimmten Produktionssektor zu beschränken, würde gegen das EU-Recht verstoßen.⁶⁵

2. Keine Regelung der vertraglichen oder außervertraglichen Haftung aus anderen Gründen als der Fehlerhaftigkeit eines Produkts

In den Fällen, in denen der Gerichtshof der Europäischen Union diesen in Art. 13 der ProdHaftRL 1985 vorgesehenen Fall angewandt hat, hat er dies getan, weil die betreffende rechtliche Regelung nicht in den harmonisierenden Anwendungsbereich der Richtlinie einbezogen war: die Haftung für Schäden an Sachen, die für einen beruflichen Zweck bestimmt sind und verwendet werden,⁶⁶ oder die uneingeschränkte Übernahme der verschuldensabhängigen Haftung des Herstellers durch den Lieferanten.⁶⁷

Es lohnt sich, eine Reform - vor dem 30. Juli 1985 - der im deutschen *Arzneimittelgesetz* von 1976 enthaltenen Haftungsregelung für fehlerhafte Arzneimittel in Betracht zu ziehen, die dem Verbraucher das Recht einräumte, Informationen über die Nebenwirkungen eines Produkts zu erhalten. Der EuGH geht davon aus, dass dieses Recht bei abstrakter

63 Urteile des EuGH (Fünfte Kammer) vom 25.4.2002 (C-52/00, *Kommission gegen Frankreich*, ECLI:EU:C:2002:252, Rn. 23; C-154/00, *Kommission gegen Griechenland*, ECLI:EU:C:2002:254, Rn. 19; und C-183/00, *González Sánchez gegen Medicina Asturiana*, ECLI:EU:C:2002:255, Rn. 32).

64 Denken Sie an die einzige bestehende Regelung, die im deutschem *Arzneimittelgesetz* vom 24.8.1976 geregelt ist.

65 Urteil des EuGH (Fünfte Kammer) vom 25.4.2002 (C-183/00, *González Sánchez v. Medicina Asturiana*, ECLI:EU:C:2002:255, Rn. 33).

66 Urteil des EuGH (Erste Kammer) vom 4.6.2009 (C-285/08, *Leroy*, ECLI:EU:C:2009:351, Rn. 27 und 28).

67 Urteil des EuGH (Große Kammer) vom 10.1.2006 (C-402/03, *Skov und Bilka*, ECLI:EU:C:2006:6, Rn. 48).

Betrachtung nicht vom maximalen Harmonisierungsumfang der ProdHaftRL 1985⁶⁸ betroffen ist und daher von vornherein unter die Ausnahme des Art. 13 der ProdHaftRL 1985 fallen würde, insbesondere weil es dem Geschädigten nur «helfen kann, die erforderlichen Beweise beizubringen, die es ihm ermöglichen, den Hersteller in Haftung zu nehmen»,⁶⁹ und keine «Umkehr der beim Geschädigten liegenden Beweislast» iSv Art. 4 der ProdHaftRL 1985 bedeutet.

3. Unvereinbarkeit der Haftungsregelung mit der ProdHaftRL 2024

Die ProdHaftRL 2024 stellt ausdrücklich klar, dass es sich bei jeder Software um ein Produkt handelt, so dass der Programmierer zu einem Hersteller wird, der der verschuldensunabhängigen Haftungsregelung unterliegt. Die Anwendung der Haftung für fehlerhafte Dienstleistungen stünde im Widerspruch zu der ProdHaftRL 2024, denn obwohl es stimmt, dass der Programmierer einer verschuldensabhängigen Haftungsregelung unterliegt (Art. 147 Verbraucherschutzgesetz), wird dieses Verschulden vermutet, wobei die Beweislast für diese Vermutung umgekehrt wird und es daher nicht notwendig ist, zu beweisen, dass die erbrachte Dienstleistung (die Programmierung der Software) fehlerhaft war; es wird der Softwareprogrammierer sein, der seine Sorgfalt beweisen muss.

Diese Umkehr der Beweislast verstößt gegen Art. 10(1) der ProdHaftRL 2024, zumal in der ProdHaftRL 2024 die Vermutungen der Fehlerhaftigkeit in einer geschlossenen Liste aufgeführt sind [Art. 10(2) und 10(4) Verbraucherschutzgesetz] und einem Beweisprinzip unterliegen. Diese Behauptung wird durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union gestützt:

- Erstens in dem bereits erwähnten Urteil des EuGH *Novo Nordisk*, die die Änderung des deutschen *Arzneimittelgesetzes*, welche das Recht des Geschädigten auf Zugang zu Informationen über die Nebenwirkungen von Produkten anerkennt, als mit der ProdHaftRL 1985 vereinbar ansieht, weil sie keine «Umkehr der Beweislast für den Geschädigten mit sich bringt».⁷⁰

68 Urteil des EuGH (Vierte Kammer) vom 20.11.2014 (C-310/13, *Novo Nordisk*, ECLI:EU:C:2014:2385, Rn. 25).

69 Ebd., Rn. 27.

70 Ebd., Rn. 28.

- Zweitens handelt es sich um eine der vom EuGH ausdrücklich verbotenen Vermutungen, die zu einer «direkten und automatischen Vermutung des Vorhandenseins eines Produktfehlers» führen kann.⁷¹

Dies bedeutet nicht, dass die gesamte spanische Regelung zur Haftung für fehlerhafte Dienstleistungen hinfällig wird, sondern lediglich, dass sie nicht für Softwareentwickler gilt, da diese bereits in den harmonisierten Anwendungsbereich der Produkthaftung einbezogen sind.

D. Schlussfolgerungen

An dieser Stelle können die folgenden Schlussfolgerungen gezogen werden:

1. In Spanien gibt es ein System der Haftung für fehlerhafte Dienstleistungen, das neben der Produkthaftung besteht und Schadensfälle abdeckt, die über den Bereich der nicht vertragsgemäßen Erbringung einer Dienstleistung hinausgeht.
2. Die Regeln für die Haftung für fehlerhafte Dienstleistungen sind wirklich günstig für den Verbraucher und Nutzer. Die allgemeine Regel ist die des vermuteten Verschuldens, mit Umkehr der Beweislast für die Sorgfalt und ohne die Notwendigkeit eines Anscheinsbeweises.
3. Im Rahmen der ProdHaftRL 1985 ist nicht jede Software ein Produkt:
 - a. Software, die durch greifbare Mechanismen, wie z.B. einen Chip, in ein Gerät eingebettet ist, wird es immer geben.
 - b. Nicht integrierte Software wird nie ein Produkt sein, aber wenn sie für das Funktionieren des Geräts wesentlich oder entscheidend ist (z.B. Betriebssystem-Updates), kann sie das Gerät fehlerhaft machen.
4. Nach der Regelung der ProdHaftRL 2024:
 - a. Dienstleistungen (und Informationen) bleiben vom Anwendungsbereich ausgeschlossen.
 - b. Die ProdHaftRL 2024 erkennt jedoch an, dass die technologische Entwicklung zu einer engen Verbindung zwischen Dienstleistungen und Produkten geführt hat. Sie bezieht daher Software ausdrücklich als Produkt an sich ein.
 - c. Software kann eine Komponente sein (und damit das Endprodukt, in das sie eingebettet ist, fehlerhaft machen), wenn sie ein damit verbun-

71 Urteil des EuGH (Zweite Kammer) vom 21.6.2017 (C-621/15, *Sanofi*, ECLI:EU:C:2017:484, Rn. 36). *TG. García-Micó*, Robótica quirúrgica y derecho de daños, Marcial Pons, Madrid 2024, S. 137-138.

dener Dienst ist, d.h. wenn sie für die Konfiguration der Sicherheitserwartungen des Produkts, in das sie eingebettet ist, wesentlich ist und unter der Kontrolle des Herstellers steht.

5. Die ProdHaftRL 2024 bedeutet also, dass eine für die spanischen Verbraucher vorteilhafte Regelung, wie die Haftung für fehlerhafte Dienstleistungen, nicht zur Anwendung kommt.