

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 Streel/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 auszusteigen, 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 *Produkthaftungspflichtgesetz* (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 Produkthaftungspflicht (Produkthaftungspflichtgesetz, 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 (II).

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 «Kaffeekekane»-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 («Kaffeekekane»); BGE 131 III 12 E. 2; B. Klett/D. Müller, Rechtentwicklungen 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.

