

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 11, 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.