

Mohr Siebeck
72010 Tübingen
Postfach 20 40
ISSN 0022-6882

Redaktion:
72074 Tübingen
Wilhelmstraße 18
jz@mohrsiebeck.com

Telefon
(07071) 923-52
Telefax
(07071) 923-67
www.juristenzeitung.de

Juristen JZ Zeitung

1/2

78. Jahrgang
13. Januar 2023
Seiten 1–52

Aus dem Inhalt:

Gerhard Wagner

Produkthaftung für das digitale Zeitalter –
ein Paukenschlag aus Brüssel

Barbara Veit

Kinderrechte im Grundgesetz

Gunnar Franck

Dänemark-, Handschuh- und jetzt Online-Ehe?

Annabelle Meier

Die Richteranklage

Michael W. Müller

Grundrechtsschutz bei konditionalisierten
Zuwendungen



Herausgeber

Professor Dr. Dr. Eric Hilgendorf, Würzburg
Professor Dr. Matthias Jestaedt, Freiburg i.Br.
Professor Dr. Florian Möslin, LL.M. (London), Marburg
Professor Dr. Astrid Stadler, Konstanz

Professor Dr. Bernhard Großfeld, Münster (bis 2000)
Professor Dr. Dr. h.c. Herbert Roth, Regensburg (bis 2021)
Professor Dr. Christian Starck, Göttingen (bis 2006)
Professor Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner, Freiburg i.Br. (bis 2012)

Redaktion

Martin Idler, Tübingen

Mohr Siebeck

1/2 78. Jahrgang
13. Januar 2023

JZ Juristen Zeitung

Inhalt

Gesetzgebung

Professor Dr. **Gerhard Wagner**, LL.M. (Chicago)
Produkthaftung für das digitale Zeitalter –
ein Paukenschlag aus Brüssel **1**

Professorin Dr. **Barbara Veit**
Kinderrechte im Grundgesetz **11**

Aufsätze

Professor Dr. **Gunnar Franck**, LL.M. oec.
Dänemark-, Handschuh- und jetzt Online-Ehe? **21**

Dr. **Annabelle Meier**
Die Richteranklage **31**

Besprechungsaufsatz

Dr. **Michael W. Müller**, M.A., LL.M. (Cambridge)
Grundrechtsschutz bei konditionalisierten
Zuwendungen **39**

Umschau

Tagungsbericht

Erster Deutsch-Japanischer Online-Strafrechtstag –
traditionsreicher Austausch in neuem Format
Jessica Krüger, MPhil (Cantab) **46**

Literatur

Helmuth Schulze-Fielitz: Die Wissenschaftskultur
der Staatsrechtslehrer im Spiegel der Geschichte ihrer
Vereinigung
Professor Dr. **Hubert Rottleuthner** **48**

Entscheidung

BVerwG, 6. 4. 2022 – 8 C 9.21
Abhängigkeit einer städtischen Pedelec-Förderung von
der Abgabe einer Scientology-Schutzerklärung? **50**

JZ Information

Aktuelles aus der Rechtsprechung/
Aus dem Inhalt der nächsten Hefte **1***
Aus den Hochschulen **2***
Gesetzgebung **3***
Entscheidungen in Leitsätzen **4***
Neuerscheinungen **16***
Zeitschriftenübersicht **27***
Festschrift/Sammelwerk **31***
Impressum **31***

Herausgeber

Professor Dr. Dr. Eric Hilgendorf, Würzburg
Professor Dr. Matthias Jestaedt, Freiburg i.Br.
Professor Dr. Florian Möslin, LL.M. (London), Marburg
Professor Dr. Astrid Stadler, Konstanz

Redaktion

Martin Idler, Tübingen

Mohr Siebeck

1/2 78. Jahrgang
13. Januar 2023
Seiten 1–52

JZ Juristen Zeitung

Gesetzgebung

Professor Dr. Gerhard Wagner, LL.M. (Chicago), Berlin*

Produkthaftung für das digitale Zeitalter – ein Paukenschlag aus Brüssel

Mit zwei aktuellen Richtlinienentwürfen zielt die EU-Kommission auf die Anpassung des Haftungsrechts an die Digitalisierung. Einer der Richtlinienentwürfe bleibt auf die Haftung für künstlich intelligente Systeme bezogen und beschränkt, doch der andere enthält nichts weniger als eine Neufassung der Produkthaftungs-Richtlinie aus dem Jahr 1985, die in ihrer Bedeutung kaum überschätzt werden kann. Während die geltende Produkthaftungs-Richtlinie das U.S.-amerikanische Produkthaftungsrecht rezipierte, präsentiert sich der aktuelle Vorschlag als globaler Vorreiter eines modernen Produkthaftungsrechts, das die Entmaterialisierung der Güterwelt ebenso verarbeitet wie das Aufkommen neuer Intermediäre, die den e-Commerce organisieren. Wie der Beitrag zeigt, weisen die Vorschläge zur Produkthaftung in die richtige Richtung. Ein Folgebeitrag wird sich der Richtlinie zur KI-Haftung widmen.

I. Einleitung

Klimaschutz und Digitalisierung – dies sind die beiden großen Themen der EU-Kommission von Ursula von der Leyen. Zum Themenkreis Digitalisierung hat die EU-Kommission Ende September 2022 zwei Richtlinienentwürfe vorgelegt, die es wahrlich in sich haben. Die sogenannte Richtlinie „über KI-Haftung“ zielt ihrem Titel nach auf künstlich intelligente digitale Systeme und stellt dafür erstmals spezifische haftungsrechtliche Bestimmungen bereit.¹ Daneben tritt ein weiterer Gesetzgebungsvorschlag, mit dem die Produkthaftungs-RiL 85/374/EWG reformiert, nämlich durch ein neues Regelwerk ersetzt werden soll.² Dieser zweite Vorschlag ist von kaum zu überschätzender Bedeutung, weil er die bestehende Produkthaftungs-Richtlinie – nach nahezu 40 Jahren – auf den aktuellen Stand bringt. Die Reform des Produkthaftungsrechts soll dementsprechend auch nicht auf digitale Produkte begrenzt sein, sondern gilt ganz allgemein für sämtliche Produkte und – wie zu zeigen sein wird – sogar für einige Dienstleistungen. Es handelt sich um nichts weni-

ger als eine umfassende Reform des Produkthaftungsrechts der EU, ergänzt um einige Sonderbestimmungen für „künstlich intelligente“ Digitalprodukte.

Die Entscheidung der EU-Kommission für eine Reform des Produkthaftungsrechts im Rahmen der EU-Digitalstrategie kommt durchaus überraschend. Im Jahr 2020 hatte das EU-Parlament den Entwurf einer Verordnung über die KI-Haftung vorgelegt, der in die entgegengesetzte Richtung marschierte, indem er die Betreiberhaftung ausbauen wollte.³ Die EU-Kommission hat den Parlamentsentwurf nicht weiterentwickelt, sondern fallen gelassen. Sie setzt nicht auf eine verschärfte Betreiberhaftung, sondern auf die Verschärfung der Herstellerhaftung. Dies ist die zentrale rechtspolitische Weichenstellung, die beiden Richtlinienvorschlägen zugrunde liegt. Sie ist nachdrücklich zu unterstützen.⁴ Die Verschärfung der Herstellerhaftung ist die richtige Antwort auf die Digitalisierung, nicht hingegen eine Verlagerung der haftungsrechtlichen Verantwortung auf den Nutzer bzw. Betreiber des KI-Systems.

II. Das neue Phänomen: Autonome digitale Systeme

Was unterscheidet künstlich intelligente Systeme von herkömmlichen Produkten?⁵ – Es ist die Steuerung des Produkts durch ein Computerprogramm (Software), das in einer konkreten Handlungssituation „Entscheidungen“ trifft, die nicht deterministisch vorherbestimmt sind.⁶ An die Stelle

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Ökonomie an der Humboldt-Universität zu Berlin.

¹ Richtlinienvorschlag KI-Haftung, COM(2022) 496 final; dazu Wagner JZ 2023 (erscheint demnächst).

² Richtlinienvorschlag Produkthaftung, COM(2022) 495 final.

³ Europäisches Parlament, Regelung der zivilrechtlichen Haftung bei künstlicher Intelligenz vom 20.10.2020, P9_TA-PROV(2020)0276; dazu der Bericht mit Empfehlungen an die Kommission für eine Regelung der zivilrechtlichen Haftung beim Einsatz künstlicher Intelligenz, Berichterstatter Axel Voss, v. 5.10.2020, A9–0178/2020. Eingehend zum Parlamentsentwurf Wagner ZEuP 2021, 545; Zech, in: Verhandlungen des 73. Deutschen Juristentages Bonn 2022, Ergänzungsband zu den Gutachten, S. A 117.

⁴ Zu den Gründen Wagner ZEuP 2021, 545 (555 f.); ders. VersR 2020, 717 (724 ff.).

⁵ Die Ausdrücke „KI-System“ und autonomes digitales System werden im Folgenden synonym gebraucht.

⁶ Teubner AcP 218 (2018), 155 (174); Zech, Entscheidungen digitaler autonomer Systeme: Empfehlen sich Regelungen zu Verantwortung und Haftung?, Verhandlungen des 73. Deutschen Juristentags, Bd. I, 2020, S. A 44; Wagner AcP 217 (2017), 707 (710); ders. VersR 2020, 717 (719 ff.).

eines starr programmierten Algorithmus aus Befehlen nach dem „wenn . . . , dann“-Schema treten selbstlernende Systeme, die in der konkreten Handlungssituation eine Fülle von Inputs verarbeiten und zu einem Output gelangen, der nicht „vorprogrammiert“ ist. Auf welche technische Weise die so beschriebene Autonomie des digitalen Systems erreicht wird, ist für die haftungsrechtliche Beurteilung im Grunde gleichgültig. Auch die Klassifizierung des Systems als in einem gehaltvollen Sinne „künstlich intelligent“ oder „lernfähig“ ist ohne Bedeutung. Haftungsrechtlich entscheidend ist allein, dass sich das System der vollständigen Steuerung und Kontrolle durch seinen Hersteller und seinen Nutzer bzw. Betreiber entzieht.

Mit künstlich intelligenten oder besser: autonomen digitalen Systemen tritt also ein neuer Akteur in die Welt des Haftungsrechts. Erstmals sind Artefakte dazu in der Lage, selbst Entscheidungen zu treffen. Das Sorgfaltsniveau eines autonomen digitalen Systems in einer konkreten Handlungssituation bestimmt das System selbst. Der Nutzer des Systems hat hingegen keinerlei Einfluss auf dessen „Verhalten“. Sein Hersteller behält einen erheblichen Einfluss auf das System, weil er es schließlich so und nicht anders programmiert hat und in der Regel auch nach dem Inverkehrbringen noch Kontrolle über das System ausübt, etwa durch Software-Updates und -Upgrades.

III. Technologieneutralität des Haftungsrechts

Wenn insoweit über Reformfragen nachgedacht wird, dann kommt viel darauf an, den Ausgangspunkt richtig zu wählen. Es ist keineswegs so, dass Hersteller und Nutzer solcher Systeme „bisher“ – also ohne Reform des einschlägigen Rechtsrahmens – keiner Haftung unterlägen. Das geltende Haftungsrecht ist vielmehr technologieneutral.⁷ Es gilt für Pferdefuhrwerke und Dampfmaschinen ebenso wie für Schiffe, Kraftfahrzeuge und Maschinen aller Art. Die Verschuldenshaftung gemäß §§ 823 ff. BGB differenziert nicht nach der Art der eingesetzten Technologie, sondern trifft jede Person gleichermaßen. Dies gilt auch für die Hersteller und Nutzer autonomer digitaler Systeme; auch sie sind Dritten für fahrlässig verursachte Schäden nach Maßgabe der §§ 823 ff. BGB verantwortlich.

Zu der allgemeinen Verschuldenshaftung hinzu kommen Sondergesetze über die verschuldensunabhängige Gefährdungshaftung.⁸ Die Gefährdungshaftungstatbestände sind nun tatsächlich auf jeweils wohldefinierte Gefahrenquellen bezogen, die überwiegend, wenn auch nicht ausschließlich (§ 833 BGB, § 89 WHG), technischer Natur sind.⁹ Insoweit könnten sich theoretisch Haftungslücken ergeben, wenn autonome digitale Systeme aus den Anwendungsbereichen dieser Sondertatbestände ausgeklammert würden. Beispiele dafür gibt es: So verhielte es sich, wenn die Gefährdungshaftung des Kraftfahrzeughalters für Verkehrsunfallsschäden gemäß § 7 StVG auf den Betrieb „analoger“ Kraftfahrzeuge beschränkt bliebe. Tatsächlich ist in der Literatur vertreten worden, dass die Gefährdungshaftung für Kraftfahrzeuge

nicht für vollautonome Autos gelte, weil die Verantwortlichkeit des Halters nach § 7 StVG implizit voraussetze, dass der Fahrer Einfluss auf das Fahrverhalten habe.¹⁰ Dieser Auffassung hat der Gesetzgeber selbst mit der StVG-Reform des Jahres 2021 den Boden entzogen.¹¹ Seither steht außer Zweifel, dass § 7 StVG auch auf Fahrzeuge mit autonomen Fahrfunktionen anwendbar ist.

IV. Haftungsrechtliche Weichenstellungen

1. ePerson: Das Artefakt als Haftungssubjekt?

Eine naheliegende Reaktion auf das Auftreten eines neuen Akteurs besteht darin, diesen selbst zum Haftungssubjekt zu machen. Eben diese Option hat das Europäische Parlament in einer früheren Resolution aus dem Jahre 2017 ins Spiel gebracht.¹² Die Idee einer haftungsrechtlichen ePerson löst eine gewisse Faszination aus, gehört einstweilen jedoch in das Gebiet der Science Fiction.¹³ Ernsthaft infrage kommt die Schaffung eines neuen Haftungssubjekts nur, wenn dieses mit finanziellen Ressourcen ausgestattet wird, die die Erfüllung von gegen das System gerichteten Schadensersatzansprüchen sicherstellen. Geeignete Mittel zu diesem Zweck sind Mindestkapitalerfordernisse, die dem Kapitalgesellschaftsrecht geläufig sind, oder Versicherungspflichten, wie sie beispielsweise im Bereich der Straßenverkehrsfallhaftung existieren. Beide Optionen werfen die Frage nach der Finanzierung auf, das heißt danach, wer das Mindestkapital der ePerson aufbringen und die Prämien für die obligatorische Haftpflichtversicherung zahlen soll. Dafür kommen wiederum Hersteller und Betreiber in Betracht. Dann aber ist es vorzuzugswürdig, diese Parteien direkt als Haftungssubjekte zu adressieren und sich den Umweg über die ePerson zu ersparen. Nur so lässt sich vermeiden, dass Schadensrisiken zu Lasten der Geschädigten externalisiert werden, soweit sie das Mindestkapital bzw. die Versicherungssumme übersteigen.

2. Der Hersteller als Zentralfigur des Haftungsgeschehens

Scheidet die ePerson als Haftungssubjekt aus, verbleiben als mögliche Adressaten der Haftung für digitale autonome Systeme Hersteller und Nutzer. Theoretisch ist es denkbar, beide Akteure ins Visier zu nehmen, also Hersteller- und Nutzerhaftung zu verschärfen. Dafür hat sich die zivilrechtliche Abteilung des 73. Deutschen Juristentags 2022 ausgesprochen.¹⁴ Indessen ist ein zielgerichteter Ansatz vorzuzugswürdig, der auf die spezifische Herausforderung durch autonome digitale Systeme abgestimmt ist. Diese besteht im Kern darin, dass der Nutzer seinen Einfluss auf das „Verhalten“

⁷ Wagner, in: *Faust/Schäfer*, Zivilrechtliche und rechtsökonomische Probleme des Internet und der künstlichen Intelligenz, 2019, S. 1 (3f.); *ders.* *VersR* 2020, 717f.

⁸ *Ogorek*, Untersuchungen zur Entwicklung der Gefährdungshaftung, 1985, S. 98 ff.

⁹ Dazu *Wagner*, *Deliktsrecht*, 14. Aufl. 2021, Kap. 8 Rn. 2 ff.

¹⁰ *Schirmer* *RW* 2018, 453 (457 ff.); dazu *Zech* (Fn. 6), S. A 62.

¹¹ Gesetz zur Änderung des Straßenverkehrsgesetzes und des Pflichtversicherungsgesetzes – Gesetz zum autonomen Fahren, v. 12. 7. 2021, *BGBI. I*, S. 3108; dazu *BT-Drucks.* 19/27439, S. 25 ff.; vgl. auch Beschluss der 90. Justizministerkonferenz v. 5. 6. 2019, S. 2.

¹² Europäisches Parlament, Zivilrechtliche Regelungen im Bereich Robotik, Entschließung vom 16. 2. 2017, P8_TA-PROV(2017)0051, Rn. 59, unter f.; dafür auch *Linardatos*, Autonome und vernetzte Aktanten im Zivilrecht; 2021, S. 479 ff.; eingehend dazu *Wagner*, in: *Faust/Schäfer* (Fn. 7), S. 1 (29 ff.); *ders.* 88 (2019) *Fordham Law Review* 591.

¹³ Ablehnend auch der Deutsche Juristentag, Beschlüsse des 73. Deutschen Juristentags, Abteilung Zivilrecht, These 16; im Internet unter <https://djt.de/wp-content/uploads/2022/09/Beschluesse.pdf>.

¹⁴ Beschlüsse des 73. Deutschen Juristentags, Abteilung Zivilrecht, These 4 ff. und 13 ff.; im Internet unter <https://djt.de/wp-content/uploads/2022/09/Beschluesse.pdf>.

des digitalen Systems einbüßt.¹⁵ Das Verhalten eines herkömmlichen Kraftfahrzeugs, insbesondere Geschwindigkeit und Fahrrichtung, bestimmt der Fahrer, doch auf Geschwindigkeit und Richtung eines autonomen Fahrzeugs hat er (in der Fahrsituation) keinen Einfluss. Die Hersteller autonomer Kraftfahrzeuge werden sogar sicherstellen müssen, dass der Passagier, der einmal der Fahrer war, keinerlei Einfluss auf das Fahrverhalten des Systems ausüben kann. Alles andere wäre viel zu gefährlich!

Vor diesem Hintergrund liegt eigentlich auf der Hand, was in haftungsrechtlicher Hinsicht geschehen muss, um der Herausforderung durch autonome digitale Systeme gerecht zu werden. Es gilt diejenige Partei zu adressieren, die überhaupt noch Einfluss auf und Kontrolle über das System ausüben kann, und dies ist – abgesehen von dem Artefakt selbst – der Hersteller.¹⁶ Der Hersteller ist diejenige Instanz, die die geforderte Sicherheit des Systems gewährleisten und, besonders wichtig, dessen Sicherheit im Zeitablauf fortwährend verbessern kann. Das Haftungsrecht muss diejenigen wirtschaftlichen Anreize generieren, derer es bedarf, damit der Hersteller seine Sicherheitsverantwortung wirksam wahrnimmt. Ausgehend von dieser Prämisse sind Vorschläge zur Reform des Haftungsrechts für digitale Systeme zu würdigen.

V. Parlament vs. Kommission – Betreiber- vs. Herstellerhaftung

Wie bereits erwähnt, setzte der Parlamentsentwurf aus dem Jahr 2021 auf die Verschärfung der Betreiberhaftung.¹⁷ Für Betreiber sogenannter Hochrisiko-KI-Systeme sollte eine verschuldensunabhängige Gefährdungshaftung eingeführt werden, die insbesondere auch autonome Fahrzeuge erfasst hätte. Im Grunde ging es darum, das im deutschen Recht etablierte Haftungssystem der §§ 7 ff. StVG in modifizierter Form auf sämtliche digitalen Hochrisikosysteme auszuweiten. Der Betreiberbegriff wurde dabei aufgespalten und zwischen Frontend-Betreiber und Backend-Betreiber differenziert (Art. 3 lit. e, f des Entwurfs).¹⁸ Der Frontend-Betreiber entsprach mehr oder weniger dem Halter des deutschen Haftungsrechts, während der Backend-Betreiber in den meisten Fällen mit dem Hersteller des KI-Systems identisch gewesen wäre. In Bezug auf die Herstellerhaftung kam daher alles auf die Schnittstelle zur Produkthaftungs-Richtlinie an. Nach Art. 11 Satz 2 des Parlaments-Entwurfs sollte für die Haftung des Backend-Betreibers die Produkthaftungs-Richtlinie Vorrang genießen, doch ob diese Regelung im Sinne einer Ausschusswirkung hinsichtlich der Produkthaftungs-Richtlinie¹⁹ oder im Sinne eines kumulativen Nebeneinanders beider Regelwerke²⁰ gemeint war, blieb unklar und umstritten.

Die EU-Kommission hat den Fokus des Parlamentsentwurfs auf die Haftung des Betreibers fallen gelassen und konzentriert das Haftungsrecht für autonome digitale Systeme stattdessen auf den Hersteller. Dieser unterliegt bereits de lege lata der harmonisierten Produkthaftung. Folgerichtig muss es darum gehen, das Regime der RiL 85/374/EWG

den aktuellen Herausforderungen anzupassen. Genau dies geschieht mit dem Vorschlag einer neuen Produkthaftungs-Richtlinie. Der Richtlinienvorschlag über KI-Haftung, der nach dem Willen der Kommission neben die Produkthaftungs-Richtlinie treten soll, und der auf KI-Systeme beschränkt ist, enthält indessen keine neuen Haftungstatbestände, sondern lediglich Beweisregeln. Die Haftungstatbestände muss das nationale Recht bereitstellen, und der Vorschlag der Richtlinie über KI-Haftung macht insoweit keine Vorgaben außer den Klarstellungen, dass die außervertragliche Haftung gemeint ist, und hier die Verschuldenshaftung. Im deutschen Recht sind damit die §§ 823 ff. BGB angesprochen. Im Übrigen ist der Richtlinienvorschlag zur KI-Haftung auf komplexe Weise mit den Definitionen und Bestimmungen des Vorschlags der sogenannten KI-Verordnung verbunden,²¹ die die sicherheitsrechtlichen Aspekte digitaler Systeme regulieren soll. Die KI-Verordnung wiederum begründet Sicherungspflichten primär zu Lasten der sogenannten Anbieter und nur ganz sekundär zu Lasten der Nutzer von KI-Systemen. Der „Anbieter“ i. S. d. der Rechtsakte zur KI ist wiederum mit dem „Hersteller“ i. S. d. Produkthaftungs-Richtlinie identisch. Das bedeutet im Klartext: Auch der Vorschlag einer Richtlinie über die KI-Haftung richtet sich primär an die Hersteller solcher Systeme. Deshalb stellt sich nachdrücklich die Frage nach Legitimation und Funktion einer zweiten Richtlinie zur Herstellerhaftung.²²

Unabhängig von der Frage, ob die Herstellerhaftung in zwei verschiedenen Richtlinien geregelt werden soll, ist es nachdrücklich zu begrüßen, dass die EU-Kommission den Vorschlag des Parlaments zur Verschärfung der Betreiberhaftung nicht weiterentwickelt, sondern verworfen hat. Angesichts der mit der Digitalisierung schwindenden Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten des sogenannten Frontend-Betreibers, also des Nutzers, auf das Verhalten digitaler Systeme, ist es kontraproduktiv, die Haftung eben dieses Rechtssubjekts zu verschärfen. Wer den Eintritt von Schäden durch Erhöhung des Sorgfaltsaufwands nicht vermeiden kann, der sollte nicht mit Schadensersatzpflichten konfrontiert werden. Als Nutzer des digitalen Systems ist der Betreiber nicht dazu in der Lage, dessen Verhalten wesentlich zu bestimmen. Zwar kann er die Haftung dadurch vermeiden, dass er das Aktivitätsniveau senkt, also zum Beispiel sein autonomes Fahrzeug weniger nutzt, doch die Steuerung dieses Parameters ist auch auf anderem Wege als durch Haftung möglich. Der Hersteller hat die Möglichkeit – und bei richtig eingestellter Herstellerhaftung auch den Anreiz – die Preise für das digitale System so zu gestalten, dass sie auf die Nutzungsintensität abgestimmt sind.²³ Die Weichenstellung zugunsten der Herstellerhaftung hat auch keineswegs zur Folge, dass die Betreiber überhaupt kein Haftungsrisiko zu fürchten hätten, denn sie unterliegen selbstverständlich der (technologieneutralen) Verschuldenshaftung, im deutschen Recht also den §§ 823 ff. BGB. Eine Verschärfung dieser Haftung zu einer verschuldensunabhängigen Gefährdungshaftung der Betreiber von KI-Systemen ist nicht sinnvoll. Unter dem Gesichtspunkt der Schadensvermeidung, die auf die Steuerungsfunktion der Haftung angewiesen ist, spricht nichts für die Betreiberhaftung und alles für die Herstellerhaftung. Dieser Prämisse tragen die Entwürfe der EU-Kommission voll und ganz Rechnung.

¹⁵ Wagner VersR 2020, 717 (724 f.); ders. ZEuP 2021, 547 (555 f.).

¹⁶ Vgl. die vorherige Fußnote.

¹⁷ Europäisches Parlament, Regelung der zivilrechtlichen Haftung bei künstlicher Intelligenz vom 20. 10. 2020, P9_TA-PROV(2020)0276; dazu Wagner ZEuP 2021, 545 (550 ff.); Zech (Fn. 3), S. A 117 ff.

¹⁸ Wagner ZEuP 2021, 545 (550 ff.); Zech (Fn. 3), S. A 117 (121 ff.).

¹⁹ So Wagner ZEuP 2021, 545 (554 f.).

²⁰ So Zech (Fn. 3), S. A 117 (125).

²¹ Vorschlag für eine Verordnung zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für Künstliche Intelligenz (Gesetz über künstliche Intelligenz), COM(2021) 206 final.

²² Dazu eingehend Wagner JZ 2023, erscheint demnächst.

²³ Wagner, in: Faust/Schäfer (Fn. 7), S. 1 (19 f.).

Es bleibt zu hoffen, dass der Parlamentsentwurf im Brüsseler Gesetzgebungsverfahren keine Wiederauferstehung erlebt. Insoweit besteht Anlass zur Sorge, weil Art. 5 des Vorschlags einer Richtlinie über KI-Haftung nicht nur – wie üblich – die Evaluation der Richtlinie nach Ablauf eines bestimmten Zeitraums vorsieht, hier von fünf Jahren nach Ablauf der Umsetzungsfrist, sondern darüber hinaus den Auftrag zur Prüfung erteilt, „ob Vorschriften über die verschuldensunabhängige Haftung für Ansprüche gegenüber Betreibern bestimmter KI-Systeme angemessen sind“ (Art. 5 Abs. 2). Dieser Vorbehalt lässt befürchten, dass die Gefährdungshaftung zu Lasten der Betreiber noch nicht ganz „vom Tisch“ ist. Sie sollte es aber sein, weil Betreiber bei KI-Systemen das falsche Haftungssubjekt sind.

VI. Der Vorschlag einer neuen Produkthaftungs-Richtlinie

1. Überblick

Mit dem Vorschlag zur Produkthaftung wird die bisherige Produkthaftungs-RiL 85/374/EWG einer Reform an Haupt und Gliedern unterzogen. Dabei liegt ein Schwerpunkt auf der Anpassung des Produkthaftungsregimes an digitale Systeme bzw. KI-Systeme. Der Reformvorschlag ist jedoch nicht darauf begrenzt, sondern enthält zahlreiche Veränderungen, die auf Produkte jeder Art Anwendung finden sollen, etwa der Wegfall der bisherigen Haftungshöchstgrenze. Zentrale Elemente des Richtlinienvorschlags sind die Ausweitung des Produktbegriffs auf Software jeder Art sowie digitale Dienstleistungen, die Einbeziehung von Daten in den sachlichen Schutzbereich der Haftung, die Ausdehnung des Fehlerbegriffs auf Sicherheitsmängel, die der Hersteller nach Inverkehrbringen durch Einwirkung auf das im Feld befindliche Produkt insbesondere durch Updates und Upgrades verursacht, die Erstreckung der den Hersteller treffenden Haftung auf Plattformen und andere Intermediäre des elektronischen Geschäftsverkehrs sowie Beweiserleichterungen für den Geschädigten in den Bereichen Produktfehler und Kausalität. Mit diesen Regelungen würde die Produkthaftung nicht nur auf digitale Produkte ausgeweitet, sondern generell erheblich verschärft.

2. Erweiterter Produktbegriff

a) Ausgangslage

Ein zentrales Element des Vorschlags zur Produkthaftung ist die Anpassung des Produktbegriffs an die digitale Welt. Derzeit definiert Art. 2 der RiL 85/374/EWG in ihrer deutschen Sprachfassung den Produktbegriff durch Verweisung auf den Sachbegriff.²⁴ Demnach sind Produkte bewegliche Sachen, einschließlich Elektrizität. Das BGB versteht unter Sachen „nur körperliche Gegenstände“ (§ 90 BGB). Demgegenüber ist die englische Sprachfassung, die den Ausdruck „movable“ verwendet, für unkörperliche Gegenstände offener.²⁵ Die ausdrückliche Erwähnung von Elektrizität lässt methodisch sowohl eine Analogie zu – auch andere unkörperliche Gegenstände können einbezogen werden – als auch einen Umkehrschluss, nachdem die explizite Regelung für die Elektri-

zität die Anwendung des Art. 2 auf Software ausschließt.²⁶ Der *EuGH* hat in der Entscheidung in Sachen *Krone* die Anwendung der Produkthaftungs-Richtlinie auf in Druckerzeugnissen enthaltene Informationen mangels Körperlichkeit ausgeschlossen.²⁷ Damit hat sich die Argumentationslast für den Einschluss von Software nochmals erhöht.²⁸

b) Einbeziehung von Software

Die Zweifel erledigen sich, wenn Software ausdrücklich in den Anwendungsbereich der Richtlinie einbezogen wird. Genau dies ist in Art. 4 Abs. 1 Richtlinienvorschlag vorgesehen, der wie bisher Elektrizität nennt, darüber hinaus aber auch Software und digitale Bauunterlagen. Die ausdrückliche Nennung digitaler Vorlagen für und Versionen von beweglichen Sachen (Art. 4 Abs. 2) wäre an sich nicht erforderlich gewesen, handelt es sich bei diesen doch zweifellos um „Software“. Immerhin wird unmissverständlich klargestellt, dass der 3D-Druck in den Anwendungsbereich der Richtlinie einbezogen werden soll.²⁹ Praktische Bedeutung hat die Qualifizierung von Software als Produkt nicht so sehr für Endhersteller, die Hardware-Software-Kombinationen in den Verkehr bringen, beispielsweise ein Fahrzeug mit autonomen Fahrfunktionen oder auch mit einer „einfachen“ Motorsteuerungssoftware oder ein Smartphone oder einen Laptop mit integrierter Software. Hier bestand bisher weitgehende Einigkeit, dass der Endhersteller auch für Fehler solcher „embedded software“ einzustehen hat.³⁰ Zwar hat die *Krone*-Entscheidung des *EuGH* auch hier Zweifel gesät, die die Neuregelung ausräumen würde. Vor allem aber würde die Regelung den Weg ebnen zur Haftung auch der Software-Hersteller als Teilhersteller bzw., wie der Richtlinienvorschlag formuliert, als Komponentenhersteller (Art. 7 Abs. 1 Unterabs. 2).

Nach dem Willen der Kommission soll nur das eigentliche Software-„Produkt“ als solches gelten, nicht aber der diesem zugrunde liegende Quellcode. Nach Maßgabe dieser Unterscheidung sollen die Verfasser von Open-Source-Software von der Haftung nach der Richtlinie verschont bleiben.³¹ Begründen lässt sich diese Ausnahme mit der Erwägung, dass die Anreize zur Mitwirkung an offenen Softwareprojekten nicht durch Haftungsandrohungen belastet werden sollten. Gleichwohl ist zweifelhaft, ob die Haftungsprivilegierung, die lediglich in den Erwägungsgründen erwähnt wird, tatsächlich eingreift. Schließlich wird Open-Source-Software häufig „wie ein Produkt“ gegen Entgelt und im Paket mit weiteren Dienstleistungen vertrieben. In diesem Fall steht die Haftung des Anbieters, der das Paket in den Verkehr bringt, als Endhersteller außer Zweifel,³² aber auch der Programmierer müsste eigentlich als Komponentenhersteller für Fehler des jeweiligen Open-Source-Moduls einstehen. Wenn eine Ausnahme gewollt ist, muss sie in den

²⁶ Eingehend Wagner AcP 217 (2017), 707 (718).

²⁷ *EuGH* v. 10. 6. 2021 – C-65/20 (VI./I. *Krone Verlag*), Rn. 29 ff. = NJW 2021, 2015 Anm. *Finkelmeier*; eingehend dazu Wagner, in: *Lohsse/Schulze/Staudenmayer* (Fn. 25), S. 157 (171 ff.).

²⁸ So auch *Finkelmeier* NJW 2021, 2015 (2017); anders *Günther* EuZW 2021, 765 (766).

²⁹ Richtlinienvorschlag Produkthaftung (Fn. 2), ErwGr 14; zur gegenwärtigen Rechtslage Wagner, in: *MünchKommBGB* (Fn. 24), § 2 ProdHaftG Rn. 28 f., § 4 ProdHaftG Rn. 15 ff. Vgl. auch *Oechsler*, in: *Staudinger* (Fn. 24), § 4 ProdHaftG Rn. 33; *ders.* NJW 2018, 1569.

³⁰ Wagner AcP 217 (2017), 707 (714 ff.); *ders.*, in: *MünchKommBGB* (Fn. 24), § 2 ProdHaftG Rn. 6, 21; *Oechsler*, in: *Staudinger* (Fn. 24), § 2 ProdHaftG Rn. 64; *Günther*, Produkthaftung für Informationsgüter, 2001, S. 189 f.

³¹ Richtlinienvorschlag Produkthaftung (Fn. 2), ErwGr 13.

³² Zweifelnd *Spindler* CR 2022, 689 Rn. 11.

²⁴ Dazu Wagner AcP 217 (2017), 707 (716 ff.); *ders.*, in: *MünchKommBGB*, 8. Aufl. 2020, § 2 ProdHaftG Rn. 2 f.; *Oechsler*, in: *Staudinger*, BGB, 2021, § 2 ProdHaftG Rn. 11; *Rebin*, in: *BeckOGK*, 1. 9. 2022, § 2 ProdHaftG Rn. 13.

²⁵ Wagner, in: *Lohsse/Schulze/Staudenmayer*, Smart Products, 2021, S. 157 (169).

Text der Richtlinie aufgenommen werden. Dabei ist zu bedenken, dass jede Ausnahme vom Geltungsbereich der Richtlinie das nationale Deliktsrecht auf den Plan ruft.

c) Digitale Dienstleistungen

Ein weiterer Schritt zur Ausweitung des Anwendungsbereichs der Produkthaftung wird durch die Einbeziehung von digitalen Dienstleistungen durch Art. 4 Abs. 4 Richtlinienvorschlag vollzogen. Maßgebend ist insoweit, dass es sich um einen „verbundenen Dienst“ handelt, der unter Kontrolle des Herstellers in das Produkt integriert oder mit diesem verbunden wird. Unter dieser Voraussetzung gilt die Dienstleistung als „Komponente“ des Endprodukts (Art. 4 Abs. 3), mit der Folge, dass nicht nur der Endhersteller für Fehler des verbundenen Diensts haftet, sondern darüber hinaus auch der Dienstleister als Komponenten- bzw. Teilprodukthersteller (Art. 7 Abs. 1 Unterabs. 2).³³ Auf diese Weise wird die Dienstleistungshaftung unter dem Mantel der Produkthaftungs-Richtlinie nun doch teilweise harmonisiert, nachdem viele Vorstöße der Kommission, der Produkthaftungseine Dienstleistungshaftungs-Richtlinie an die Seite zu stellen, gescheitert sind.³⁴ Die Einbeziehung von Dienstleistungen bleibt allerdings eng begrenzt auf solche digitalen Dienste, einschließlich Daten,³⁵ ohne die das Produkt nicht ordnungsgemäß funktioniert und die unter der Kontrolle des Herstellers stehen (Art. 2 Abs. 4 i. V. m. Abs. 3 Richtlinienvorschlag). Tatsächlich ginge die Einbeziehung verbundener digitaler Dienstleistungen *tout court* zu weit: Dass der Hersteller eines Navigationsgeräts für Fehler des aufgespielten Kartenmaterials haften soll,³⁶ leuchtet ein, aber der Hersteller eines Smartphones sollte nicht für Inhalte von Apps einstehen müssen, die der Nutzer aufgespielt hat. Würde der *Krone*-Fall „digitalisiert“, der falsche Behandlungshinweis also in einer elektronischen Zeitung publiziert,³⁷ sollte der Publizist nach allgemeinem Deliktsrecht dafür einzustehen haben, nicht aber der Hersteller des Smartphones nach der Produkthaftungs-Richtlinie.

d) Würdigung

Die Vorschläge der Kommission zur Erstreckung des Produktbegriffs auf Software, einschließlich Programmen für den 3D-Druck sowie produktbezogene digitale Dienstleistungen verdienen Unterstützung. Sie bewirken die notwendige Anpassung des Produkthaftungsrechts an das digitale Zeitalter. Die notwendigen Weichenstellungen ließen sich zwar auch durch extensive Interpretation des Art. 2 der bisherigen Richtlinie vornehmen,³⁸ doch dieser Prozess benötigte Zeit und wäre mit einer Phase der Unsicherheit verbunden. Der Nachteil der legislativen Lösung besteht darin, dass der Rechtsprechungsprozess als „Entdeckungsverfahren“ ausfällt. So mag es sein, dass die Ausweitung des Produktbegriffs auf Software jeder Art zu weit führt. Möglicherweise wäre es vorzuzugwürdig, zunächst allein Standardsoftware in den Blick zu nehmen, die „wie eine Ware“ vertrieben wird, während im Rahmen von Werkverträgen angefertigte

Spezialsoftware weiter als Dienstleistung anzusprechen und zu behandeln wäre.³⁹

Dabei ist zu bedenken, dass nach der Rechtsprechung des *EuGH* ein die Produkthaftung auslösendes Inverkehrbringen auch dann vorliegt, wenn das selbst erzeugte Produkt im Rahmen einer unternehmensinternen Dienstleistung verwendet wird, beispielsweise eine von der Krankenhausapotheke hergestellte medizinische Lösung im Rahmen einer medizinischen Behandlung.⁴⁰ Wird diese Judikatur auf Software übertragen, unterliegen auch solche Anbieter, die Daten für andere speichern und sie im Auftrag ihrer Kunden mit Hilfe eigener Softwaretools analysieren, der Produkthaftung. Auf diese Weise „frisst“ sich die Produkthaftungs-Richtlinie sehr weit in den Dienstleistungssektor hinein. Die Beschränkung auf Standardsoftware würde diesen Effekt vermeiden bzw. reduzieren.

3. Erweiterter Fehlerbegriff – verengte Entlastungsgründe

Der Haftungstatbestand der harmonisierten Produkthaftung ist aus drei Elementen zusammengesetzt: Produktfehler, Schaden bzw. Rechtsgutsverletzung und Kausalität zwischen Fehler und Verletzung. Der Fehlerbegriff ist das Nadelöhr der Haftung, denn er definiert, ob der Hersteller für einen Schaden, der durch sein Produkt verursacht wurde, aufkommen muss oder nicht.

a) Maßstäbe und Bezugspunkte der Fehlerbeurteilung

Was unter einem Produktfehler zu verstehen ist, ist in der europäischen und internationalen Diskussion umstritten.⁴¹ Die beiden Hauptwettbewerber sind der sogenannte *consumer expectations test*, der auf die Sicherheitserwartungen der Konsumenten abstellt, und der *risk/utility test*, nach dem es auf eine Kosten/Nutzen-Abwägung ankommt. Die bisherige Formulierung des Fehlerbegriffs in Art. 6 RiL 85/374/EWG legte wegen der Bezugnahme auf berechnete Sicherheitserwartungen eine Interpretation im Sinne des *consumer expectations test* nahe, war allerdings auch für eine Kosten/Nutzen-Abwägung offen. In der Neufassung der Richtlinie sollen nun die Sicherheitserwartungen maßgeblich sein, die die „breite“ Öffentlichkeit erwarten darf. Das scheint noch mehr als die bisherige Formulierung in Richtung Verbrauchererwartungen zu weisen. Tatsächlich ist mit der neuen Terminologie keine Entscheidung gegen die Kosten/Nutzen-Abwägung verbunden. Im Gegenteil, in den Erwägungsgründen wird betont, es sei eine objektive Analyse anzustellen, während die Sicherheitserwartungen einzelner Produktnutzer nicht maßgeblich seien.⁴² Die objektive Analyse kann nicht darin bestehen, eine Umfrage durchzuführen und die Bürger darüber zu befragen, welche Sicherheitserwartungen sie hinsichtlich einzelner Produkte hegen. Die meisten Menschen erwarten einfach „Sicherheit“ und machen sich über das Maß keine Gedanken. Da absolute Sicherheit weder möglich noch bezahlbar ist, führt an einer Kos-

³³ Richtlinienvorschlag Produkthaftung (Fn. 2), ErwGr 15.

³⁴ Insbesondere COM(1990) 482 final, ABl. 1991, C 12, S. 8. Vgl. dazu *Deutsch* ZRP 1990, 454. Ferner etwa Verbraucherpolitischer Aktionsplan, KOM(1998) 369 endg., S. 18; zum aktuellen Stand der Dienstleistungshaftung im EU Recht *Magnus*, in: *Magnus/Micklitz*, Liability for the Safety of Services, 2006, S. 113 ff.

³⁵ *Spindler* CR 2022, 689 Rn. 9.

³⁶ Richtlinienvorschlag Produkthaftung (Fn. 2), ErwGr 15.

³⁷ Vgl. nochmals *EuGH* v. 10. 6. 2021 – C-65/20 (VI./I. *Krone Verlag*).

³⁸ Ein Versuch in diese Richtung bei *Wagner*, in: *Lohsse/Schulze/Staudenmayer* (Fn. 25), S. 157.

³⁹ So *Wagner* AcP 217 (2017), 707 (717 f.); *ders.*, in: *MünchKommBGB* (Fn. 24), § 2 ProdHaftG Rn. 25; a. A. *Oechsler*, in: *Staudinger* (Fn. 24), § 2 ProdHaftG Rn. 69.

⁴⁰ *EuGH* v. 10. 5. 2001 – C-203/99 (*Veedfald* ./I. *Arhus Amtskommune*), Rn. 16 f.; *Wagner*, in: *MünchKommBGB* (Fn. 24), § 1 ProdHaftG Rn. 26; *Oechsler*, in: *Staudinger* (Fn. 24), § 1 ProdHaftG Rn. 50; *Seibl*, in: *Beck-OGK*, 1. 10. 2022, § 1 ProdHaftG Rn. 75.

⁴¹ *Wagner* AcP 217 (2017), 707 (731 ff.); *Owen*, *Products Liability Law*, 3. Aufl. 2015, S. 336; *Whittaker*, *Liability for Products*, 2005, Part IV 17 2 (a).

⁴² Richtlinienvorschlag Produkthaftung (Fn. 2), ErwGr 22.

ten/Nutzen-Rechnung kein Weg vorbei. Dabei sind die Kosten möglicher Sicherheitsmaßnahmen in Gestalt einer alternativen Produktgestaltung mit dem Nutzen in Form reduzierter Schadenskosten in Beziehung zu setzen und, soweit Schadensrisiken durch Sicherheitsvorkehrungen nicht zu vermeiden sind, der Nutzen des Produkts mit der Summe aus Herstellungs- und Schadenskosten zu vergleichen.

Im Übrigen erweitert Art. 6 Abs. 1 Richtlinienvorschlag die in dem geltenden Art. 6 RiL 85/374/EWG genannten Kriterien für die Fehlerbeurteilung, um sie den Anforderungen an Digitalprodukte sowie den Praktiken anzupassen, die sich speziell für deren Vermarktung gebildet haben. Richtigerweise ist gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. c Richtlinienvorschlag die Fähigkeit des Produkts, nach Einsatzbeginn weiter zu lernen, ebenso zu berücksichtigen wie sein Zusammenwirken mit anderen Produkten, mit denen es interagiert (Art. 6 Abs. 1 lit. d). Letzteres war auch nach geltendem Recht bereits möglich, so dass ein Motorradhersteller beispielsweise dafür einstehen musste, wenn es infolge einer vom Nutzer angebrachten Lenkerverkleidung zu einem Unfall kam,⁴³ doch es schadet nicht, wenn dies ausdrücklich klargestellt wird. Genauso liegt es bei Art. 6 Abs. 1 lit. f, der die im Rahmen des Fehlerbegriffs zu stellenden Anforderungen auf die Cybersicherheit erstreckt, so dass ein Digitalprodukt fehlerhaft ist, wenn es nicht die gebotene Sicherheit gegenüber Hackerangriffen bietet.⁴⁴

b) Dynamisierung des Fehlerbegriffs

Digitalprodukte lösen Anpassungsbedarf beim Fehlerbegriff auch in Bezug auf den Beurteilungszeitpunkt aus. Gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. c RiL 85/374/EWG ist der Fehler zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens festzustellen. Maßgebend für das Inverkehrbringen ist das sogenannte Werktorprinzip, also der Moment, in dem das Produkt die Herstellungsphase verlassen hat und vom Hersteller in den Vertrieb gegeben wird.⁴⁵ Anders als herkömmliche Produkte unterliegen Digitalprodukte dem Zugriff des Herstellers auch noch nach ihrem Inverkehrbringen. Insbesondere ist es möglich und auch üblich, die in dem Produkt enthaltene Software nachträglich durch Updates oder Upgrades zu verändern, entweder im Rahmen von Inspektionen in der Werkstatt oder auch „over the air“. Werden auf diese Weise die sicherheitsrelevanten Eigenschaften des Produkts „im Feld“ durch den Hersteller verändert, ist es unangemessen, für die Fehlerbeurteilung auf den Zeitpunkt des Inverkehrbringens des ursprünglichen Produkts abzustellen.⁴⁶ Entsprechend ist Art. 6 Abs. 1 lit. c RiL 85/374/EWG auszulegen.⁴⁷ Der Entwurf stellt dies klar, indem Art. 6 Abs. 1 lit. e Richtlinienvorschlag nun ausdrücklich auf den Zeitpunkt abstellt, „ab dem das Produkt nicht mehr unter der Kontrolle des Herstellers steht“. Das sollte richtigerweise aber nur insoweit gelten, als es um die Sicherheitseigenschaften des letzten Updates oder Upgrades geht, nicht aber für das Produkt insgesamt. Die unveränderte Hardware ist also weiter an dem Maßstab zu messen, der im Zeitpunkt ihres Inverkehrbringens relevant war. Diese Rechtslage wird durch Art. 10 Abs. 2 lit. b bestätigt, der eine Entlastung des Herstellers mit Rücksicht auf die

Fehlerfreiheit des Produkts im Zeitpunkt des Inverkehrbringens *nur dann* ausschließt, wenn der Produktfehler auf Software-Updates oder -Upgrades beruht.

Entsprechendes gilt auch für verbundene Dienstleistungen; hier tritt gemäß Art. 10 Abs. 2 lit. a Richtlinienvorschlag keine Entlastung ein, wenn der Fehler des Produkts auf einer verbundenen Dienstleistung beruht, die der Kontrolle des Herstellers unterliegt. Diese Vorschrift nimmt nicht den Anbieter der digitalen Dienstleistung selbst ins Visier, denn dieser haftet gemäß Art. 6 Abs. 1 Richtlinienvorschlag als KomponentenhHersteller ohnehin für Fehler, die im Zeitpunkt des Inverkehrbringens seiner Dienstleistung vorliegen. Vielmehr geht es bei Art. 10 Abs. 2 lit. a um die Haftung des Endherstellers, der ein Digitalprodukt in den Verkehr bringt, in das nachträglich mit seiner Zustimmung digitale Dienste integriert oder mit dem digitale Dienste verbunden werden (Art. 4 Abs. 5).⁴⁸ Der Endhersteller kann sich also nicht entlasten, wenn das Produkt im Zeitpunkt seines Inverkehrbringens fehlerfrei war, jedoch danach durch mit ihm verbundene digitale Dienste fehlerhaft geworden ist.

c) Verpflichtung zu Aktualisierungen

Ein besonders neuralgischer Punkt der Sicherheit von Digitalprodukten wird mit der Frage aufgeworfen, ob und unter welchen Umständen der Hersteller bzw. diesem gleichgestellte Haftungssubjekte dazu verpflichtet sind, Updates oder Upgrades vorzunehmen, also die bereits im Feld befindlichen Produkte auf den neuesten Stand zu bringen. Die Verpflichtung des Vertragspartners zur Bereitstellung solcher „Aktualisierungen“ ist vertragsrechtlich bereits geltendes Recht, und zwar gemäß Art. 7 lit. d, Art. 8 Abs. 2 RiL (EU) 2019/770 über die Bereitstellung digitaler Inhalte,⁴⁹ § 327f BGB. Aus der Existenz dieser Vertragspflicht ist in der Literatur der Schluss gezogen worden, eine deliktische Pflicht zu Updates und Upgrades sei ausgeschlossen.⁵⁰ Diese Auffassung übersieht, dass die RiL (EU) 2019/770 ausschließlich den Verkäufer ins Visier nimmt⁵¹ und das deutsche Schuldrecht auf dem Kumulationsprinzip aufgebaut ist, nach dem ein Vertragsverhältnis die Anwendung des Deliktsrechts nicht ausschließt, sondern beide Anspruchsgründe parallel anwendbar sind.⁵² Zudem lässt die Richtlinie über digitale Inhalte Aktualisierungspflichten aus anderen Rechtsgründen ausdrücklich unberührt.⁵³ Schließlich gilt die deliktische Produkthaftung nur für Sicherheitsmängel, die die Rechtsgüter anderer bedrohen, nicht aber für bloße Qualitätsmängel, die die Domäne des Vertragsrechts bleiben. Schon deshalb kann mit Blick auf die Verpflichtung zu Updates und Upgrades § 327f BGB keine Sperrwirkung gegenüber § 823 BGB entfalten.

Unter dem europäischen Produkthaftungsrecht liegt es wieder anders, weil die RiL 85/374/EWG die Verantwortung des Herstellers auf den Zeitraum bis zum Inverkehrbringen begrenzt; eine Haftung für die Verletzung sogenannter Produktbeobachtungspflichten *post market* kennt die Richtlinie nicht.⁵⁴ Das soll sich mit der Neufassung ändern. Während Art. 6 Abs. 1 lit. e Updates und Upgrades, die nach Inverkehrbringen tatsächlich aufgespielt werden, dem Fehler-

⁴³ So zu § 823 Abs. 1 BGB *BGHZ* 99, 167 (172 ff.) = *NJW* 1987, 1009; *Wagner*, in: *MünchKommBGB* (Fn. 24), § 823 Rn. 979.

⁴⁴ Dazu eingehend *Wagner AcP* 217 (2017), 707 (727 f.).

⁴⁵ *Wagner*, in: *MünchKommBGB* (Fn. 24), § 1 ProdHaftG Rn. 24 ff.; *Oechsler*, in: *Staudinger* (Fn. 24), § 1 ProdHaftG Rn. 50 ff.; *Seibl*, in: *Beck-OGK* (Fn. 40), § 1 ProdHaftG Rn. 75.

⁴⁶ Eingehend *Wagner AcP* 217 (2017), 707 (754 ff.).

⁴⁷ *Wagner AcP* 217 (2017), 707 (756).

⁴⁸ Richtlinienvorschlag Produkthaftung (Fn. 2), *ErwGr* 37.

⁴⁹ *ABl. L* 136, S. 1.

⁵⁰ *Gansmeier/Kochendörfer JuS* 2022, 704 (707 f.).

⁵¹ *Spindler CR* 2022, 689 Rn. 27.

⁵² *Wagner*, in: *MünchKommBGB* (Fn. 24), Vor § 823 Rn. 82 m. w. N.

⁵³ RiL (EU) 2019/770 *ErwGr* 47, S. 6; *Metzger*, in: *MünchKommBGB*, 9. Aufl. 2022, § 327f Rn. 4.

⁵⁴ *Wagner*, in: *MünchKommBGB* (Fn. 24), § 1 ProdHaftG Rn. 62; *Oechsler*, in: *Staudinger* (Fn. 24), § 1 ProdHaftG Rn. 117.

begriff unterwirft, begründet Art. 10 Abs. 2 lit. c Richtlinienvorschlag eine haftungsbewehrte Verpflichtung zur Vornahme solcher digitaler „Nachbesserungsarbeiten“ nach Inverkehrbringen. Die Vorschrift steht im Kontext der Haftungsbefreiung nach Art. 10 Abs. 1 lit. c, wonach sich der Hersteller entlasten kann, wenn er nachweist, dass der schadensursächliche Fehler zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens „wahrscheinlich noch nicht bestanden hat“. Gemäß Art. 10 Abs. 2 lit. c Richtlinienvorschlag steht dieser Entlastungsgrund nicht zur Verfügung, wenn „das Fehlen von Software-Updates oder -Upgrades, die zur Aufrechterhaltung der Sicherheit erforderlich sind“, zur Fehlerhaftigkeit des Produkts geführt hat. Mit anderen Worten besteht also eine produkthaftungsrechtliche Verpflichtung des Herstellers zu Updates und Upgrades nach dem Inverkehrbringen des Produkts, sofern die Aufrechterhaltung der Produktsicherheit dies gebietet.

4. Sachlicher Schutzbereich der Produkthaftung

Der sachliche Schutzbereich der Produkthaftungs-Richtlinie ist ausweislich von Art. 9 RiL auf die traditionellen Rechtsgüter Leben, Körper, Eigentum beschränkt. Einschränkungen gelten gemäß Art. 9 lit. b RiL bei der Beschädigung oder Zerstörung von Sachen; hier gilt ein Selbstbehalt von ECU 500 (EUR 500, § 11 ProdHaftG), und Schäden an vorwiegend kommerziell genutzten Sachen bleiben ebenso ausgenommen wie sogenannte Weiterfresserschäden an dem fehlerhaften Produkt selbst.

a) Körper- und Eigentumsverletzung

Die Neuregelung des Art. 4 Abs. 6 Richtlinienvorschlag hält an diesen Weichenstellungen grundsätzlich fest, bringt jedoch einige Klarstellungen. Psychische Beeinträchtigungen werden ausdrücklich zur Körperverletzung gerechnet, was auch bisher schon anerkannt war,⁵⁵ zu den Weiterfresserschäden zählen nunmehr ausdrücklich auch Beschädigungen und Zerstörungen des Produkts durch eine seiner Komponenten, einschließlich digitaler Dienstleistungen, und ausgeschlossen bleiben nur solche Sachen, die ausschließlich für berufliche Zwecke genutzt werden. Bei dem letzten Punkt hatte die Kommission vor allem Immobilien im Blick, die sowohl zu gewerblichen als auch zu privaten Zwecken (Wohnen) genutzt werden und in die bewegliche Sachen eingebaut werden, wie beispielsweise „smart“-digitale Temperaturregler.⁵⁶ Ist ein solches Produkt fehlerhaft und verursacht die Beschädigung oder Zerstörung des Gebäudes, bleibt letzteres im Schutzbereich des Richtlinienvorschlags, weil es nicht ausschließlich für berufliche Zwecke genutzt wird. Schließlich soll bei der Beschädigung oder Zerstörung von Sachen der Selbstbehalt von EUR 500 wegfallen. Dieser Schritt ist nachdrücklich zu begrüßen, weil die bisherige Regelung bei Sachschäden stets ein Ausweichen auf die deliktische Produkthaftung erzwungen hat, für die selbstverständlich das Prinzip der Totalreparation gilt.⁵⁷

Diese Änderungen gehen in die richtige Richtung, doch vorzuzugewürdigt wäre es gewesen, die Differenzierung zwi-

schen gewerblich und privat genutzten Sachen insgesamt aufzugeben und Eigentumsverletzungen generell in den Schutzbereich der Produkthaftungs-Richtlinie einzubeziehen. Für die RiL 85/374/EWG war der Verbraucherschutzgedanke durchaus eine Triebfeder, jedoch hat die Produkthaftung diese Herkunft längst abgeschüttelt. Aus heutiger Sicht geht es nicht um Verbraucherschutz im Sinne eines Schutzes des „Schwächeren“, der der „industriellen Massenproduktion“ schutzlos ausgeliefert ist, sondern um wirksame Sorgfaltsanreize für Produkthersteller und um die Kompensation von Schäden durch Produkte, die nicht die erforderliche Sicherheit bieten, ganz unabhängig davon, ob sich diese bei Verbrauchern oder bei Unternehmern manifestieren. Dementsprechend hat der *EuGH* die RiL 85/374/EWG maßgeblich auf das Ziel der Wettbewerbsgleichheit ausgerichtet und die verbraucherschutzrechtlich inspirierte These, sie bewirke lediglich eine Mindestharmonisierung, klar zurückgewiesen.⁵⁸ Diesen Gedanken sollte die Kommission zu Ende denken und die Ausklammerung gewerblich genutzter Sachen aus dem Schutzbereich der Produkthaftung fallen lassen.

b) Daten

Eine bedeutende Ausweitung ihres Schutzbereichs soll die Produkthaftung durch die Einbeziehung von Daten erfahren. Gemäß Art. 6 lit. c Richtlinienvorschlag stellen auch der Verlust und die Verfälschung von Daten einen ersatzfähigen Schaden dar, jedenfalls dann, wenn die Daten nicht ausschließlich für berufliche Zwecke verwendet werden. Mit der Gleichstellung von Daten und Sachen im Hinblick auf die Haftung für Beschädigung und Zerstörung trägt der Richtlinienvorschlag der wachsenden Bedeutung von Daten als Wirtschaftsgut Rechnung und balanciert die Regelung insofern aus, als Daten, sofern sie über verbundene Dienstleistungen zugeführt werden, nicht nur als Schädigungsinstrument, sondern eben auch als Schutzgegenstand in Betracht kommen.

Zudem wird der Anschluss an die Entwicklung der nationalen Deliktsrechte gewahrt, soweit diese Daten dem Sacheigentum gleichstellen.⁵⁹ Die Ausklammerung ausschließlich für berufliche Zwecke verwendeter Gegenstände aus dem Schutzbereich ist gerade bei Daten jedoch ausgesprochen dysfunktional, weil Vermögensschäden vor allem bei der Beschädigung oder Zerstörung gewerblich genutzter Daten entstehen. Die Löschung digitaler Fotos von Angehörigen, anderen geliebten Menschen oder von köstlichen Urlaubserinnerungen mag den Berechtigten sehr schmerzen, ein Vermögensschaden tritt bei der Löschung privater Daten aber typischerweise nicht ein und ein Anspruch auf Immaterialschadensersatz besteht nach deutschem Recht nicht (§ 253 BGB). Die Einbeziehung von Daten in den sachlichen Schutzbereich der Richtlinie ändert daran nichts, weil der Richtlinienvorschlag die Haftungsausfüllung – zu Recht – dem nationalen Recht überlässt, und zwar ausdrücklich auch die Entschädigung für immaterielle Beeinträchtigungen.⁶⁰ Diese Überlegungen sprechen einmal mehr dafür, die verbraucherschutzrechtlichen Wurzeln der Produkthaftungs-Richtlinie zu kappen und gewerblich genutzte Daten in ihren Schutzbereich einzubeziehen.⁶¹

⁵⁵ Wagner, in: MünchKommBGB (Fn. 24), § 1 ProdHaftG Rn. 2; Oechsler, in: Staudinger (Fn. 24), § 1 ProdHaftG Rn. 3; Seibl, in: BeckOGK (Fn. 40), § 1 ProdHaftG Rn. 27; jeweils mit Verweis auf den Gleichlauf mit § 823 Abs. 1 BGB. Zur Anerkennung psychischer Störungen im Rahmen von § 823 Abs. 1 BGB etwa BGHZ 218, 220 Rn. 10 = JZ 2019, 101 mit Anm. Schiemann; Wagner, in: MünchKommBGB (Fn. 24), § 823 Rn. 207.

⁵⁶ Richtlinienvorschlag Produkthaftung (Fn. 2), ErwGr 19.

⁵⁷ Wagner, in: MünchKommBGB (Fn. 24), § 11 ProdHaftG Rn. 2.

⁵⁸ *EuGH* v. 25. 4. 2002 – C-183/00 (*María Victoria González Sánchez ./ Medicina Asturiana SA*), Rn. 27; Wagner, in: MünchKommBGB (Fn. 24), Einl. ProdHaftG Rn. 3.

⁵⁹ Dazu Wagner, in: MünchKommBGB (Fn. 24), § 823 Rn. 332 ff. m. w. N.

⁶⁰ Richtlinienvorschlag Produkthaftung (Fn. 2), ErwGr 18.

⁶¹ Vgl. oben, bei Fn. 58.

5. Vermehrung der Haftungssubjekte

a) Haftungssubjekte nach bisherigem Recht

Produkthaftung ist grundsätzlich Herstellerhaftung. Der Endhersteller, also diejenige Partei, die das Endprodukt in den Verkehr bringt und vermarktet, haftet für sämtliche Fehler dieses Endprodukts, unabhängig davon, ob die fehlerhafte Komponente selbst hergestellt oder von einem Zulieferer bezogen wurde, ob der Fehler auf fehlerhaften Grundstoffen beruht und ob die Konstruktion des Gesamtprodukts mangelhaft war.⁶² Der Endhersteller ist unabhängig von der Fehlerursache immer verantwortlich, wenn das Produkt den geforderten Sicherheitsstandard verfehlt. Entsprechendes gilt für Teilersteller, aber begrenzt auf die von ihnen jeweils hergestellten Teilprodukte.⁶³ Gesamtverantwortung für das Endprodukt tragen sie nicht. Dem Hersteller gleichgestellt ist der sogenannte Quasi-Hersteller, der sein Markenzeichen auf dem Produkt anbringt, ohne es selbst fabriziert zu haben (Art. 3 Abs. 1 RiL 85/374/EWG, § 4 Abs. 1 Satz 2 ProdHaftG), sowie der Importeur, der das Produkt in den EU-Binnenmarkt bzw. den Europäischen Wirtschaftsraum einführt (§ 4 Abs. 2 ProdHaftG). Schließlich trifft den Händler eine subsidiäre Ausfallhaftung, wenn der Hersteller nicht bekannt ist und er binnen eines Monats nach Aufforderung des Geschädigten nicht dazu in der Lage ist, diesen zu benennen (Art. 3 Abs. 3 RiL 85/374/EWG, § 4 Abs. 3 ProdHaftG).⁶⁴

b) Einbeziehung der Intermediäre des e-Commerce

Der Richtlinienentwurf behält die Haftungssubjekte des Art. 3 RiL 85/374/EWG bei, gesellt ihnen jedoch weitere hinzu. Diese rekrutiert er aus dem Kreis der Intermediäre, die den Handel im Internet organisieren und abwickeln. Deren Verantwortlichkeit wird nicht auf Digitalprodukte beschränkt, sondern gilt ganz allgemein, auch für herkömmliche Waren.

Gemäß Art. 7 Abs. 3 Richtlinienentwurf steht dem EU-Importeur der sogenannte Fulfilment-Dienstleister gleich. Damit vollzieht er den Entwurf eine Weichenstellung des Produktsicherheitsrechts nach, das den Begriff mit Art. 3 Nr. 11 der VO (EU) 2019/1020 über Marktüberwachung und die Konformität von Produkten eingeführt hat.⁶⁵ Vorausgesetzt ist, dass der Hersteller des Produkts seinen Sitz außerhalb der EU hat und es weder einen Bevollmächtigten des Herstellers noch einen Importeur mit Sitz innerhalb der EU gibt. Diese Bestimmung zielt offensichtlich auf Fälle, in denen Produkte aus Drittstaaten, vor allem aus China, von dort domizilierten Verkäufern über Internet-Plattformen direkt, das heißt ohne Zwischenschaltung eines Importeurs, auf dem europäischen Markt angeboten werden. Der Begriff des Fulfilment-Dienstleisters ist in Art. 4 Richtlinienentwurf definiert. Es handelt sich um jede natürliche oder juristische Person, die im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit fremde Produkte lagert, verpackt, adressiert und versendet, wobei zwei dieser vier Tätigkeiten ausreichen. Post- und Frachtdienste sind ausdrücklich ausgenommen. Nicht ganz klar ist, ob diese Fulfilment-Dienstleistungen zwingend in-

nerhalb des Binnenmarkts ausgeführt werden müssen und ob der Fulfilment-Dienstleister seinen Sitz oder eine Niederlassung innerhalb der EU haben muss. Letzteres ist ausdrücklich nicht vorgesehen, aber das Erfordernis eines engen Binnenmarktbezugs entspricht der Logik, den Fulfilment-Dienstleister einem EU-Importeur gleichzustellen.⁶⁶ Immerhin ist in Art. 4 Abs. 13 Richtlinienentwurf ausdrücklich bestimmt, dass der Importeur in der Union niedergelassen sein muss.

Der Fulfilment-Dienstleister haftet nach der Konzeption des Richtlinienentwurfs wie ein Importeur und damit vorrangig vor dem Händler, den lediglich eine Ausfallhaftung trifft.⁶⁷ Der Händler wiederum ist nur verantwortlich, wenn der Hersteller nicht ermittelt werden kann oder zwar ermittelt werden kann, jedoch außerhalb der Union domiziliert ist und weder auf einen Bevollmächtigten des Herstellers, einen Importeur oder einen Fulfilment-Dienstleister, der im Binnenmarkt niedergelassen ist, zugegriffen werden kann (Art. 7 Abs. 5 Richtlinienentwurf). In einem letzten Schritt stellt Art. 7 Abs. 6 Richtlinienentwurf dem Händler „jeden Anbieter einer Online-Plattform“ gleich, der Fernabsatzverträge zwischen Verbrauchern und Unternehmen vermittelt und dabei den Eindruck erweckt, er selbst – der Betreiber der Plattform – werde Vertragspartner. Mit dieser Regelung wird die vertragsrechtlich favorisierte Lösung⁶⁸ auf die außervertragliche Haftung erstreckt. Für die Anwendung des Art. 7 Abs. 6 Richtlinienentwurf kommt es allerdings nicht auf das Vertragsrecht, sondern auf den Maßstab des Art. 6 Abs. 3 Gesetz über digitale Dienste an.⁶⁹ Sofern ein Unternehmen wie Amazon also mit seiner Marketplace-Plattform diese Voraussetzungen erfüllt, haftet es aufgrund der Produkthaftungs-Richtlinie für durch das vertriebene fehlerhafte Produkt verursachte Rechtsgutsverletzungen. Gegen eine vollumfängliche Produkthaftung von Verkaufsplattformen lässt sich einwenden, dass die Plattform jedenfalls nicht den Eindruck erweckt, sie sei Hersteller des Produkts. Die subsidiäre Haftung gleich einem Händler trifft dieser Einwand nicht. Im Übrigen steht sie in Einklang mit der Regelung in Art. 14a RiL 2006/112/EG zur Mehrwertsteuer, nach der Online-Plattformen, die Fernverkäufe von Händlern aus Drittstaaten vermitteln, unter bestimmten Umständen als „fiktive Lieferer“ qualifiziert und so zum Mehrwertsteuerschuldner gemacht werden.⁷⁰

c) Bastler und Manipulateure

Produkte können nach ihrem Inverkehrbringen durch ihre Nutzer verändert werden, und zwar auch in Bezug auf ihre sicherheitsrelevanten Eigenschaften. Dies gilt keineswegs nur, aber durchaus auch für Digitalprodukte. Werden die Sicherheitseigenschaften eines Produkts durch Eingriffe Dritter in nachteiliger Weise verändert, entfällt die Haftung des Herstellers gemäß Art. 10 Abs. 1 lit. c Richtlinienentwurf, wenn und soweit der Produktfehler im Zeitpunkt des

⁶² Wagner, in: MünchKommBGB (Fn. 24), § 1 ProdHaftG Rn. 63 ff., § 4 ProdHaftG Rn. 13; Oechsler, in: Staudinger (Fn. 24), § 1 ProdHaftG Rn. 147.

⁶³ Wagner, in: MünchKommBGB (Fn. 24), § 4 ProdHaftG Rn. 31.

⁶⁴ Dazu Koziol AcP 219 (2019), 376 (388 ff.); Wagner, in: MünchKommBGB (Fn. 24), § 4 ProdHaftG Rn. 48 ff.

⁶⁵ ABl. 2019, L 169, S. 1; dazu Geiß/Felz NVwZ 2022, 299 (300).

⁶⁶ Richtlinienentwurf Produkthaftung (Fn. 2), ErwGr 27; sowie ErwGr 13 der Marktüberwachungs-VO (EU) 2019/1020, ABl. L 169, S. 1; so wohl auch Geiß/Felz NVwZ 2022, 299 (300).

⁶⁷ Richtlinienentwurf Produkthaftung (Fn. 2), ErwGr 27.

⁶⁸ Dazu Hauck/Blaut NJW 2018, 1425; Podszun/Offergeld ZEuP 2022, 244 (256 ff.).

⁶⁹ VO (EU) 2022/2065 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der RiL 2000/31/EG (Gesetz über digitale Dienste), ABl. 2022 L 277.

⁷⁰ Zu Art. 14a Mehrwertsteuer-RiL vgl. die RiL (EU) 2017/2455 des Rates v. 5. 12. 2017, ABl. 2017 L, S. 348; dazu Becker/Michelutti DStR 2020, 1817 (1820 f.).

Inverkehrbringens noch nicht vorhanden war. Aber wie steht es um die Haftung des Eingreifenden?

Schon bisher ließ sich die Haftung desjenigen, der die sicherheitsrelevanten Eigenschaften eines Produkts nach dessen Inverkehrbringen veränderte, auf der Grundlage der RiL 85/374/EWG begründen.⁷¹ Art. 7 Abs. 4 Richtlinienvorschlag bestimmt nunmehr ausdrücklich, dass derjenige, der die sicherheitsrelevanten Eigenschaften eines Produkts nach Inverkehrbringen verändert, die Haftung als Hersteller auf sich zieht, wenn die Veränderung wesentlich ist und außerhalb der Kontrolle des ursprünglichen Herstellers erfolgt, letzterer der Veränderung also nicht zugestimmt hat (Art. 4 Abs. 5 Richtlinienvorschlag). Das ist eine harte Rechtsfolge zu Lasten derjenigen, die an einem Produkt nach seinem Inverkehrbringen „herumbasteln“, und sie kann ausdrücklich auch natürliche Personen treffen. Immerhin kann sich der Eingreifende gemäß Art. 10 Abs. 1 lit. g durch den Nachweis entlasten, dass die von ihm vorgenommene Modifikation nicht zu dem Fehler geführt hat, der schließlich den Schaden verursacht hat. Das gilt erst recht, wenn diejenige Produkteigenschaft, die den Schaden verursacht hat, nicht als fehlerhaft zu qualifizieren ist.

Auch Art. 7 Abs. 4 Richtlinienvorschlag ist nicht auf Software und andere Digitalprodukte begrenzt, mag aber für diese besondere Bedeutung erlangen, soweit der Nutzer dazu in der Lage ist, Änderungen an einem Computerprogramm vorzunehmen oder es wesentlich zu ergänzen. Eine Ausuferung der Haftung zu Lasten der Nutzer ist zu vermeiden, indem die Schwelle der Veränderung sicherheitsrelevanter Eigenschaften nicht zu niedrig angesetzt wird.

6. Beweislast und Beweiserleichterungen

a) Überblick

Gemäß Art. 4 RiL 85/374/EWG trägt der Geschädigte die Beweislast für die drei zentralen Haftungsvoraussetzungen, also Produktfehler, Rechtsgutsverletzung (Schaden) und Kausalität. Dabei soll es ausweislich des Art. 9 Abs. 1 Richtlinienvorschlag bleiben. Allerdings bringt die Neufassung Beweiserleichterungen für den Geschädigten, nämlich einen Anspruch auf Offenlegung von Beweismitteln, eine an dessen Nichterfüllung geknüpfte Fehlervermutung sowie eine dem Anscheinsbeweis ähnelnde Regelung für den Kausalitätsnachweis.

b) Zugang zu Beweismitteln

Der Anspruch auf Offenlegung von Beweismitteln in Art. 8 Richtlinienvorschlag ist der Regelung des Art. 6 der Enforcement-RiL 2004/48/EG nachempfunden.⁷² Der Geschädigte hat Anspruch auf Offenlegung der in der Verfügungsgewalt des Beklagten befindlichen Beweismittel, wenn er seinen Schadensersatzanspruch durch Tatsachen und Belege plausibilisieren kann (Art. 8 Abs. 1) und die Offenlegung erforderlich und verhältnismäßig ist (Art. 8 Abs. 2). Dabei sind die berechtigten Geheimhaltungsinteressen des Beklagten und Dritter angemessen zu berücksichtigen (Art. 8 Abs. 3). Ihnen

kann nicht nur durch Verweigerung oder Begrenzung der Offenlegung, sondern vor allem auch durch Schutzmaßnahmen Rechnung getragen werden, die das Gericht anordnen kann, um die Vertraulichkeit der Informationen zu gewährleisten (Art. 8 Abs. 4). In Betracht kommen insbesondere sogenannte *In-camera*-Verfahren, bei denen die sensiblen Informationen nur dem Gericht und einem zur Verschwiegenheit verpflichteten Sachverständigen oder den ebenso verpflichteten Anwälten, nicht aber der Gegenpartei zur Kenntnis gebracht werden.⁷³

Diese Maßgaben bringen die konfligierenden Aufklärungs- und Geheimhaltungsinteressen in ein angemessenes Gleichgewicht. Der Anspruch auf Zugang zu Beweismitteln und die daran gekoppelten Fehlervermutungen des Art. 9 Abs. 2 Richtlinienvorschlag sind eine angemessene Antwort auf die Schwierigkeiten für den Geschädigten, die Fehlerhaftigkeit komplexer, Software-getriebener Systeme nachzuweisen.⁷⁴ Die Sorge, mit Art. 8 Richtlinienvorschlag könnte die U.S.-amerikanische *pre trial discovery* in Deutschland Einzug halten, ist nicht begründet.⁷⁵ Es erscheint auch nicht nötig, die im Rahmen von Art. 8 durchzuführende Interessenabwägung noch weiter zu strukturieren. Sollte die Produkthaftungs-Richtlinie entsprechend dem Vorschlag der Kommission verabschiedet werden, ist dem deutschen Gesetzgeber dringend zu raten, im Rahmen der Umsetzung endlich eine allgemeine Rechtsgrundlage für den Zugang zu Beweismitteln zu schaffen und damit die fragmentierten Regelungen der § 140c PatG, § 101a UrhG, § 19a MarkenG, § 33g GWB – um nur die wichtigsten zu nennen – zusammenzuführen.

c) Fehlervermutungen

Weigert sich der Beklagte, einer gerichtlichen Offenlegungsanordnung nach Art. 8 Abs. 1 Richtlinienvorschlag zu entsprechen, greift zu seinen Lasten die Fehlervermutung des Art. 9 Abs. 2 lit. a ein. Gleiches gilt, wenn der Geschädigte nachweisen kann, dass das Produkt verbindliche Anforderungen des europäischen oder des nationalen Produktsicherheitsrechts nicht einhält, sofern zwischen dem Rechtsverstoß und dem Schaden ein Schutzzweckzusammenhang besteht (Art. 9 Abs. 2 lit. b). Für Digitalprodukte dürfte der Vermutungstatbestand des Art. 9 Abs. 1 lit. c besonders relevant sein, nach dem von der Fehlerhaftigkeit des Produkts auszugehen ist, wenn der Schaden „durch eine offensichtliche Funktionsstörung des Produkts bei normaler Verwendung oder unter normalen Umständen verursacht wurde“. Diese Regelung zielt auf „digitale Fabrikationsfehler“, bei denen sich das Produkt anders „verhält“ als es die Steuerungssoftware „eigentlich“ vorgesehen hat.

d) Kausalitätsvermutungen

Der Richtlinienvorschlag enthält überdies zwei Kausalitätsvermutungen, eine konventionelle und eine brisante. Konventionell ist die Regelung des Art. 9 Abs. 3 Richtlinienvorschlag, nach der die Kausalität zwischen Fehler und Schaden – gemeint ist gemäß Art. 4 Abs. 6 die Rechtsgutsverletzung – vermutet wird, wenn „der entstandene Schaden von der dem

⁷¹ Wagner, in: MünchKommBGB (Fn. 24), § 4 ProdHaftG Rn. 11, 13, 24; Spickhoff, in: BeckOGK, 1. 11. 2022, § 4 ProdHaftG Rn. 14; ähnlich, aber die wirtschaftliche Bedeutung der Modifikation in den Vordergrund stellend, Oechsler, in: Staudinger (Fn. 24), § 4 ProdHaftG Rn. 12, 22 ff.

⁷² Beckhaus, Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung, 2010, S. 167 ff.; Gniadek, Die Beweisermittlung im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, 2011, S. 247 ff., 317 ff.; Weber, Die Umsetzung der Enforcement-Richtlinie in Deutsches Recht, 2010, S. 41 ff.; Wimmers, in: Schricker/Loewenheim, UrhG, 6. Aufl. 2020, § 101a Rn. 5 f.

⁷³ Vgl. Spindler CR 2022, 689 Rn. 48; eingehend Wagner JZ 2007, 706 (717 f.); aus der Rechtsprechung des EuGH vgl. EuGH v. 13. 7. 2006 – C-438/04 (Mobistar SA./ IBPT), Rn. 40 ff.; vgl. auch § 140c Abs. 1 Satz 3 PatG und dazu BGH GRUR 2010, 318 Rn. 19 ff.; § 101a Abs. 1 Satz 3 UrhG und dazu Dreier, in: Dreier/Schulze, UrhG, 7. Aufl. 2022, § 101a Rn. 7.

⁷⁴ Wagner VersR 2020, 717 (735); zu den Fehlervermutungen sogleich unter c.

⁷⁵ So aber Spindler CR 2022, 689 Rn. 47, 51.

betreffenden Fehler typischerweise entsprechenden Art ist“. Diese Formulierung wird man als eine etwas eigenwillige Paraphrasierung der Voraussetzungen des Anscheinsbeweises lesen müssen.⁷⁶

Viel brisanter ist Art. 9 Abs. 4 Richtlinienentwurf, der auf Situationen zugeschnitten ist, in denen es für den Kläger übermäßig schwierig ist, die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs nachzuweisen, und zwar aufgrund hoher technischer oder wissenschaftlicher Komplexität. In dieser Situation soll der Produktfehler oder dessen Kausalität für die Rechtsgutsverletzung oder beides vermutet werden, wenn das Produkt zu dem Schaden beigetragen hat und es wahrscheinlich fehlerhaft war und/oder der Fehler den Schaden wahrscheinlich verursacht hat. Was unter dem „Beitragen“ zum Schaden anderes zu verstehen sein soll als Kausalität, ist nicht ersichtlich. Wenn der Kläger aber einen solchen Beitrag nachweisen muss, ist die Kausalität nachgewiesen und es ist nichts mehr zu vermuten. Ein vernünftiger Sinn lässt sich der Regelung des Art. 4 Abs. 4 Richtlinienentwurf nur abgewinnen, wenn sie als Beweismaßreduktion gelesen und verstanden wird. In diesem Sinne wäre die in Art. 9 Abs. 4 lit. b genannte Voraussetzung der Wahrscheinlichkeit des Fehlers bzw. des Kausalzusammenhangs im Sinne von überwiegender Wahrscheinlichkeit (*more likely than not*) zu interpretieren. Das Recht des Beklagten, die überwiegende Wahrscheinlichkeit und die übrigen Voraussetzungen des Art. 9 Abs. 4 „anzufechten“ wie es in Satz 2 der Regelung heißt, müsste nicht geregelt werden und trägt nur zur Verwirrung bei. Am besten wäre es, wenn nicht eine Vermutung normiert, sondern die Beweismaßreduktion explizit angeordnet würde.

Darüber hinaus ist fragwürdig, ob es der Vermutungsregelungen des Art. 9 Abs. 4 Richtlinienentwurf überhaupt bedarf. In Bezug auf die Kausalität entspricht eine Beweismaßreduktion einer auch in Deutschland verbreitet erhobenen Forderung, die sich zudem im Umfeld des § 287 ZPO ansiedeln lässt.⁷⁷ Die davon erfassten Fälle lassen sich jedoch problemlos unter Art. 9 Abs. 3 Richtlinienentwurf bringen, denn wenn das Produkt fehlerhaft ist und der Fehler zur Verursachung des Schadens geeignet ist, dann ist ein Kausalzusammenhang ohnehin überwiegend wahrscheinlich. Eine weitere Erleichterung des Kausalitätsnachweises in Fällen, in denen die Voraussetzungen des Art. 9 Abs. 3 nicht gegeben sind, ist nicht gerechtfertigt und führt zu weit. Entsprechendes gilt für die Vermutung der Fehlerhaftigkeit. Angesichts der weitreichenden Fehlervermutungen des Art. 9 Abs. 2 Richtlinienentwurf bedarf es keiner weiteren Fehlervermutung, um komplexen Fallgestaltungen Rechnung zu tragen. Wenn das Produkt weder eine Funktionsstörung zeigt noch gegen Rechtsvorschriften verstoßen und der Hersteller sämtliche Informationen offengelegt hat, ein Fehler aber trotzdem nicht nachgewiesen werden konnte – aus welchen Gründen sollte dann ein Fehler dennoch „wahrscheinlich“ (Art. 9 Abs. 4 lit. b) sein? Von einer solchen Regelung ist abzuraten.

⁷⁶ Dazu Wagner, in: MünchKommBGB (Fn. 24), § 823 Rn. 92, 1020 ff.; § 1 ProdHaftG Rn. 82; Thole, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2018, § 286 Rn. 218 ff.; Seiler, in: Thomas/Putzo, 43. Aufl. 2022, § 286 Rn. 12 ff.

⁷⁷ Gottwald Karlsruher Forum 1986, 3 (13); ders., Schadenszurechnung und Schadensschätzung, 1979, S. 78 ff.; Hanau, Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit, 1971, S. 121 ff.; 134 ff.; Maassen, Beweismaßprobleme im Schadensersatzprozeß, 1975, S. 98 f.; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2019, § 114 Rn. 15; vgl. auch Wagner, in: Festschrift für Hirsch, 2008, 453 (460 f.).

7. Haftungsumfang und Haftungshöchstgrenzen

In Bezug auf den Haftungsumfang, also die Ersatzfähigkeit einzelner Schadensposten und die Schadensberechnung, bleibt es bei dem Verweis auf nationales Recht. In Art. 5 Abs. 2 Richtlinienentwurf wird klargestellt, dass sich auch Zessionare und qualifizierte Einrichtungen, die kraft Unionsrechts oder nationalen Rechts zur kollektiven Liquidation von Schadensersatzansprüchen berechtigt sind, auf die neue Produkthaftungs-Richtlinie berufen können. Damit sind qualifizierte Einrichtungen i. S. d. Art. 4 Verbandsklage-RiL (EU) 2020/1828 gemeint.

Aus der Sicht des deutschen Rechts bedeutsam ist der Umstand, dass die Ermächtigung der Mitgliedstaaten durch Art. 16 Abs. 1 RiL 85/374/EWG, die Haftung des Herstellers auf ECU 75 Millionen zu begrenzen, in dem Novellierungsvorschlag fehlt.⁷⁸ Die Haftungsbegrenzung des § 10 Abs. 1 ProdHaftG auf EUR 85 Millionen wäre damit hinfällig. Haftungshöchstgrenzen entsprechen der Tradition des deutschen Rechts der verschuldensunabhängigen Haftung, auch wenn die dafür angeführten Gründe nicht besonders stark sind.⁷⁹ Insbesondere das Versicherbarkeitsargument überzeugt nicht, weil die Beschränkung der Deckung eine weitergehende Haftung nicht ausschließt, wie die seit jeher unlimitierte Verantwortlichkeit nach allgemeinem Deliktsrecht belegt. Hinzu kommt, dass es sich speziell im Fall der europäischen Produkthaftung gar nicht um eine verschuldensunabhängige Verantwortlichkeit handelt, weil die Schadensersatzpflicht an einen Produktfehler geknüpft ist und der Fehlerbegriff die Sorgfaltsanforderungen der Fahrlässigkeitshaftung „verschlüsselt“. ⁸⁰ Insofern ist der Wegfall der Haftungshöchstgrenze konsequent und richtig. Wenn nicht alles täuscht, hat sie in der Regulierungspraxis in Deutschland bisher auch keinerlei Rolle gespielt.

VII. Gesamtwürdigung

Der Vorschlag zur Reform der Produkthaftungs-Richtlinie ist ein „großer Wurf“. Mit ihm wird das herkömmliche System der Produkthaftung entschlossen und konsequent an das digitale Zeitalter angepasst. Er hat ohne Weiteres das Zeug dazu, den viel beschworenen „Brussels Effect“ auszulösen, also eine globale Vorreiterrolle bei der Regulierung – hier der Anpassung des Produkthaftungsrechts an die Digitalisierung – einzunehmen.⁸¹ Dass bei diesem Anlass ein paar alte Zöpfe wie die Haftungshöchstgrenze abgeschnitten werden, ist eine willkommene Draufgabe. Es wäre wünschenswert, die Kommission würde die verbraucherrechtlichen Wurzeln der Produkthaftungs-Richtlinie vollständig kappen und auch gewerblich genutzte Sachen vollumfänglich in ihren Schutzbereich einbeziehen. Geschieht dies nicht, wird insoweit die deliktische Produkthaftung nach nationalem Recht weitergepflegt werden müssen.

⁷⁸ Kritisch Spindler CR 2022, 689 Rn. 62.

⁷⁹ Vgl. Kötz AcP 170 (1970), 1 (36 ff.); ders., Gefährdungshaftung, in: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. II, 1981, S. 1825 ff.; Schlechtriem VersR 1986, 1033 (1042); Will, Quellen erhöhter Gefahr, 1980, S. 305 ff.; Wagner (Fn. 9), 8. Kap. Rn. 44.

⁸⁰ Schlechtriem, in: Festschrift für Rittner, 1991, S. 545 (546); Brüggemeier ZHR 152 (1998), 511 (517); Wagner (Fn. 9), Kap. 9 Rn. 12.

⁸¹ Grundlegend Bradford, The Brussels Effect, 2020 (dazu knapp Lübbecke-Wolff, in: Zimmermann, Juristische Bücher des Jahres, JZ 2022, 942 [949]); aus der Diskussion Eifert/Metzger/Schweitzer/Wagner 58 CML Rev 987 (1025 ff.); Frankenreiter 39 Yale J. Regulation 1068 (2022).

Der Reformvorschlag zur Produkthaftungs-Richtlinie regelt die Haftung für digitale Systeme umfassend, und zwar sowohl für Hersteller von Software als auch für die „Zulieferer“ digitaler Dienstleistungen, einschließlich Trainingsdaten. Der Entwurf tut gut daran, bei dieser Gelegenheit den Kreis der Verantwortlichen neu zu bestimmen und eine Reihe von Intermediären des e-Commerce, die dem Lager des Herstellers zuzurechnen sind, subsidiär in die Haftung zu nehmen. Diese Anpassungen sind ebenso überfällig wie zukunftsweisend.

Die Haftung für künstlich intelligente Systeme ist danach zentral in der Richtlinie über die Produkthaftung geregelt. Damit ist zugleich entschieden, dass die Schadensersatzpflicht an den Hersteller des Produkts adressiert ist und nicht an dessen Nutzer (Betreiber). Diese Weichenstellung ist nachdrücklich zu begrüßen, weil mit der digitalen Transformation der Wirtschaft die Kontrolle durch den Hersteller nicht ab-, sondern zunimmt. Für die Steuerungswirkung des

Haftungsrechts im Interesse effizienter Schadensvermeidung ist es entscheidend, die Schadenskosten demjenigen Subjekt zuzuweisen, das sie am besten durch Sicherheitsmaßnahmen vermeiden kann. Genau dies wird durch den Regelungsvorschlag zur Produkthaftung gewährleistet.

Der einzige wesentliche Kritikpunkt an dem Richtlinienvorschlag betrifft den Gesetzgebungsstil. Zwar kommt der Text nicht annähernd so technisch und verbal ausschweifend daher wie beispielsweise der Vorschlag zur KI-Regulierung, doch im Vergleich zu dem Reformtext erscheint die ursprüngliche Produkthaftungs-Richtlinie geradezu als Muster sprachlicher Anmut und Schönheit. Davon bleibt nun kaum etwas übrig, und mit dem inzwischen üblichen Definitionskatalog am Anfang (Art. 4) wird man künftig leben müssen. Immerhin ist zuzugeben, dass in einer diverser gewordenen EU mit 27 Mitgliedstaaten deutlicher gesagt werden muss, was gemeint ist, als dies im Jahre 1985 bei 12 Mitgliedstaaten erforderlich war.