

# IWRZ

Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht  
1/2023 | Seiten 1–48

**Friedrich Graf von Westphalen**

## Der Sprung ins digitale Zeitalter

Editorial



Für Praxis und Wissenschaft ist es von außerordentlicher Wichtigkeit, dass die EU-Kommission unter dem 28.9.2022 gleich zwei wegweisende Vorschläge für eine neue Richtlinie veröffentlicht hat: eine über die „Haftung für fehlerhafte Produkte“ (COM(2022) 495 final) und eine weitere „zur Anpassung der Vorschriften über die außervertragliche

zivilrechtliche Haftung“ beim Einsatz künstlicher Intelligenz (COM(2022) 496 final). Im Vordergrund der hier zu unterbreitenden Anmerkungen steht die neue Produkthaftungs-RL. Denn seit der Schaffung der ursprünglichen Richtlinie im Jahr 1985 (Richtlinie 1985/374/EWG) hat sich die Welt entscheidend verändert: Während anfangs – in Deutschland ausgehend von der bekannten Hühnerpest-Entscheidung vom 26.11.1968 (BGHZ 51, 91) – mannigfache Haftungs- und vor allem auch Beweislastfragen im Vordergrund standen, hat sich nach und nach eine Verschiebung vom privaten Haftungsrecht ins öffentlich-rechtliche Unionsrecht ergeben: Produktsicherheitsregeln und Vorschriften über die Marktüberwachung drängten sich immer mehr und mehr in den Vordergrund. Das auf Kompensation eines erlittenen Körper- oder Sachschadens ausgerichtete Haftungsrecht wurde von den Präventionswirkungen dieser öffentlich-rechtlichen Normen über unzählige Vorschriften und Produktsicherheitsregeln mehr und mehr verdrängt. Die auf das Haftungsrecht spezialisierten Juristen wurden von höchst kundigen Technikern im Rahmen einer ständig gebotenen Qualitätssicherung des Produktionsprozesses weithin abgelöst.

Dennoch ist es ein riesengroßer Schritt, den die Kommission nunmehr nach jahrelangen Vorarbeiten mit ihrem Richtlinien-vorschlag unterbreitet hat: Die unionsrechtlichen Vorschriften des Produkthaftungsrechts mussten vor allem an die Erfordernisse der digitalen Wirtschaft angepasst werden. Sicherzustellen war aber auch, dass sie den neuen Herausforderungen einer Kreislaufwirtschaft und dem damit zusammenhängenden Risiken einer immer wiederkehrenden Verwendung (bereits

gebrauchter) Produkte gerecht wurden. Auch hatte sich im Lauf der Jahre herausgestellt, dass zum Schutz des Verbrauchers sichergestellt werden muss, dass – Stichwort: Globalisierung und online-Kauf direkt vom Hersteller außerhalb der EU – immer ein Haftungsgegner innerhalb der EU bereitsteht. Das hat dazu geführt, dass jetzt die Rechtsfigur eines „Bevollmächtigten“ für Nicht-EU-Hersteller geschaffen wurde.

Von noch größerer Bedeutung ist, dass die in Produkthaftungs-fällen immer sehr kritischen Fragen nach der Verteilung der Beweislast und dem anzuwendenden Beweismaß für das Vorliegen eines Produktfehlers und auch für das Eingreifen der Kausalität zum entstandenen Schaden auf neue Füße gestellt worden sind. Doch diese Bemerkung ist zu allgemein. Sie verlangt nach der Darlegung von Details. Am Anfang steht: Der Begriff „Produkt“ umfasst jetzt auch „digitale Bauunterlagen“ – Stichwort: 3D-Drucker – und vor allem „Software“. Das führt sogleich zu weiteren – neuen - Haftungsfragen, die sich aus dem notwendigen Einsatz von Updates und Upgrades ergeben, welche der Hersteller oder auch ein Dritter bereitstellt. „Produkte“ sind nunmehr, wie der Erwägungsgrund 12 aussagt, Betriebssysteme, Computerprogramme, aber eben auch „KI-Systeme“.

„Software“, so ist dort zu lesen, „kann als eigenständiges Produkt in den Verkehr gebracht“, aber eben auch „später als Komponente in andere Produkte integriert werden“ – und erst in diesem späteren Stadium Schäden beim Verbraucher verursachen. Auch macht es keinen Unterschied, ob die Software auf einem Gerät gespeichert ist („embedded“) oder aus der „Cloud“ abgerufen werden kann. Alles das ist neu und im Fall einer „Fehlerhaftigkeit“ und einem dadurch entstandenen Schaden Ansatzpunkt für eine nach wie vor – im Gegensatz zur Haftung nach § 823 BGB - vom Verschulden losgelöste Gefährdungshaftung.

Zwingend hat diese Konzeption des Gesetzgebers aber auch zur Folge, dass der Begriff des „Herrschaftsbereichs“ des Herstellers nicht mehr – wie bisher – mit dem Inverkehrbringen des (materiellen) Produkts endet, was auch bislang eine Zäsur für die Haftung des Herstellers war. Vielmehr wird diese jetzt zeitlich und sachlich auf den Tatbestand der – gerade bei der Verwendung von Updates und Upgrades für bereits ausgelieferte Produkte – weiter andauernden „Kontrolle des Herstellers“ ausgedehnt. So

können und sollen zulasten des Herstellers auch solche Fälle erfasst werden, in denen erst ein fehlerhaftes Update oder Upgrade – integriert in ein „Produkt“ – den Schaden verursacht, weil im Ergebnis das so „aufgerüstete“ Produkt für den Verbraucher nicht mehr die Sicherheit bietet, die dieser auf Dauer zu erwarten berechtigt war. Zwingend führt dies auch insoweit zu einer Erweiterung des Haftungsrechts, als immer öfter digitale Dienste in ein Produkt – und damit auch in die neue Definition einer „Komponente“ – integriert werden, so dass dieses ohne die ständige Bereitstellung solcher Dienste die vom Verbraucher erwartete Funktion nicht mehr erfüllen kann.

Notwendigerweise knüpft daher der Begriff der „Fehlerhaftigkeit“ des Produkts (Art. 6) an diesen Sachverhalt an, erweitert ihn aber noch beträchtlich, indem er auch die „Auswirkungen“ in den Blick nimmt, welche sich „nach Einsatzbeginn“ daraus ergeben, dass – und das ist wirklich neu – Künstliche Intelligenz (KI und die sie steuernden Algorithmen) über die Fähigkeit verfügt, „weiter zu lernen“, aber dann eben auch zu einem späteren Zeitpunkt – ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Herstellers – einen Schaden verursachen. Ohne diese Details hier akribisch aufzuschlüsseln, wird jedenfalls ein Doppeltes deutlich: Der Vorschlag der EU-Kommission bewegt sich auf der Höhe der Zeit. Aber er überlappt sich an dieser Nahtstelle auch mit der Richtlinie COM(2022) 496 final, die sich den außervertraglichen Haftungsfragen widmet, die bei der Verwendung einer fehlerhaften KI entstanden sind.

Schlaglichtgrell ist damit auch klar: Haftungsfragen werden in diesem Bereich immer komplexer und auch komplizierter. Sie setzen ein großes Maß an technischem Wissen voraus. Der Dialog mit dem Techniker wird in der Produkthaftung noch wesentlich wichtiger als bisher. Dem hat der Richtliniengeber in der nicht leicht zu durchschauenden Vorschrift des Art. 8 und 9 mit ganz neuen Regeln über die Beweislast Rechnung getragen. Zunächst dies: Nach Art. 9 Abs. 1 verbleibt es im Ausgangspunkt bei der allgemeinen Regel der Verteilung der Beweislast: Es ist also Sache des geschädigten Verbrauchers, den Schaden, aber eben auch die Ursächlichkeit zwischen dem (behaupteten) Fehler des „Produkts“ und dem eingetretenen Schaden „nachzuweisen“.

Doch verpflichtet Art. 8 Abs. 1 die Mitgliedstaaten dazu, gesetzgeberisch auf Antrag des Klägers eine Anordnung des Gerichts in Gang zu setzen, die im Herrschafts- und Verfügungsbereich des beklagten Herstellers befindlichen „relevanten Beweismittel“ im Verfahren offenzulegen. Die vom Kläger insoweit zu erfüllende Voraussetzung umschreibt die Norm mit dem der ZPO bisher nicht bekannten Merkmal der „Plausibilität“ der Schadensersatzforderung des Klägers und ergänzt diese Aussage mit dem Adjektiv, dass die vom Kläger dem Gericht präsentierten Tatsachen diesen Anspruch „ausreichend“ stützen, was immer das dann im Rahmen der Umsetzung dieser Richtlinienvorgaben heißen mag. Dabei sieht Art. 8 Abs. 2 vor, dass die Offenlegung von Beweismitteln stets auf das „erforderliche und verhältnismäßige Maß zu beschränken“ ist. Auch das ist nicht unbedingt eine erhellende Umschreibung.

In der Mitte steht aber auch die Pflicht der Gerichte, etwaige Geschäftsgeheimnisse des Herstellers schützen zu müssen, was auch zusätzliche prozessrechtliche Herausforderungen im Rahmen der Umsetzung bereithält. Denn gerade Software und KI enthalten in mannigfacher Weise solche Geheimnisse, müssen aber, wenn denn eine Fehlfunktion auf einem solchen „Geheimnis“ beruht, jedenfalls gegenüber einem zur Verschwiegenheit verpflichteten Sachverständigen offengelegt werden. Geschieht dies nicht in einer den Bedürfnissen des Verbraucherschutzes genügenden Weise, dann scheitert eine Schadensersatzklage krachend an der Barriere, dass es dem geschädigten Verbraucher nicht gelingt, die Fehlerhaftigkeit des Produkts nachzuweisen. Er trägt dann den Schaden allein.

Das alles ist nur ein kurzer Aufriss, belegt aber im Rahmen der unionsrechtlich geforderten Vollharmonisierung, dass das Produkthaftungsrecht zu neuen Ufern aufgebrochen ist. Der Herausforderungen an den Gesetzgeber sind viele, zumal diese Richtlinie 12 Monate nach ihrem Inkrafttreten in nationales Recht umgesetzt sein muss.

Rechtsanwalt Prof. Dr. Friedrich Graf von Westphalen