

März 2021

9. Jahrg.

84364

Seite 1–56

InTeR

Zeitschrift zum Innovations- und Technikrecht

1

Herausgegeben von

Jürgen Ensthaler

Stefan Müller

Dagmar Gesmann-

Nuissl

Herausgeberbeirat

Wilhelm-Albr. Achilles

Hans-Jürgen Ahrens

Udo di Fabio

Lars Funk

Thomas Klindt

Roman Reiss

Philipp Reusch

Franz Jürgen Säcker

Klaus Schülke

Christian Steinberger

Walther C. Zimmerli

Klaus J. Zink

Schriftleitung

Lehrstuhl für

Wirtschafts-,

Unternehmens- und

Technikrecht an der

Technischen

Universität Berlin

In Verbindung mit

VDI – Verein Deutscher Ingenieure e. V.

Prof. Dr. Stefan Müller

- 1 „Regulierte Intelligenz“ – erste Konturen einer EU-harmonisierten KI-Betreiberhaftung

Vormarsch der Systemiker:

- 2 InTeRview mit Philipp Reusch

RA Prof. Dr. Thomas Klindt

- 3 Herausforderungen der Marktüberwachung im Produktsicherheitsrecht

RA Dr. Christian Piovano, B.A.

- 6 Rechtsfragen bei der Identifikation des produktsicherheitsrechtlichen Herstellers bei OEM-Geschäften

Laura Joggerst und Prof. Dr. Janine Wendt

- 13 Die Weiterentwicklung der Produkthaftungsrichtlinie

Prof. Dr. Claudius Eisenberg

- 17 Datenschutz durch Technikgestaltung als Instrument zur Reduzierung von Produkthaftungsrisiken

Dr. Maximilian Wormit

- 22 Legal Tech – Erbringen Online-Rechtsdokumentengeneratoren Rechtsdienstleistungen nach dem RDG?

Dipl.-Jur. Marvin Gülker

- 27 Der urheberrechtliche Schutz von Schnittstellen, insbesondere von APIs – Teil I

- 33 Rezension

Prof. Dr. Dagmar Gesmann-Nuissl

- 34 Rechtsprechungsreport „Innovations- und Technikrecht“

- 54 InTeRessantes

liche Abreden, zu beschaffen. Dies kann insbesondere durch Qualitätssicherungsvereinbarungen, Qualitätsmanagementsysteme und Geheimhaltungsvereinbarungen zwischen OEM und Lieferant gewährleistet werden. Zu den notwendigen Informationen gehören auch Kenntnisse über Technologien und Funktionen im vertraulichen Kernbereich des Produkts. Zivilrechtliche Abreden können

grundsätzlich nicht dazu führen, dass die Herstellereigenschaft zwischen den Wirtschaftsteilnehmern verschoben wird. Unabhängig von der technischen Komplexität eines Entwicklungs- und Produktionsprozesses ist dabei stets die Quasi-Herstellereigenschaft zu beachten, die nach der Produktion eines Produkts durch das schlichte Anbringen des Herstellernamens konstituiert werden kann.

Laura Joggerst und Prof. Dr. Janine Wendt, Darmstadt*

Die Weiterentwicklung der Produkthaftungsrichtlinie

I. Einleitung

Die Produkthaftungsrichtlinie¹ wurde 1985 erlassen, um den Gefahren der modernen technischen Güterproduktion zu begegnen.² Hersteller sollen nach Art. 1 der Richtlinie verschuldensunabhängig für die durch ihre fehlerhaften Produkte entstehenden Schäden haften. Hierin liegt, verglichen mit den auf einem Verschulden des Schädigers basierenden nationalen deliktischen Schadensersatzansprüchen, der Vorteil der Haftung nach der Richtlinie. Die Richtlinie verfolgt das Ziel, ein einheitliches Schutzniveau in allen Mitgliedstaaten zu gewährleisten und die Interessen der Verbraucher und Hersteller angemessen zum Ausgleich zu bringen.³ Der technologische Fortschritt stellt die Anwendbarkeit der Richtlinie und die Angemessenheit der ihr zugrunde liegenden Wertungen allerdings auf den Prüfstand.

Bereits aus dem 2018 veröffentlichten Bericht der Europäischen Kommission über die Anwendung der Produkthaftungsrichtlinie geht hervor, dass diese, um weiterhin relevant zu bleiben, an manchen Stellen einer Überarbeitung oder Präzisierung bedarf.⁴ Das am 19.2.2020 vorgelegte Weißbuch der Europäischen Kommission über Künstliche Intelligenz⁵ und der dazugehörige Bericht über die Auswirkungen künstlicher Intelligenz, des Internets der Dinge und der Robotik im Hinblick auf Sicherheit und Haftung⁶ bietet eine erste Orientierungshilfe bei der Beantwortung der identifizierten Schlüsselfragen im Umgang mit innovativen Technologien. Mit Blick auf die zunehmende Bedeutung innovativer und sogar selbstständig veränderlicher Produkte liegt es freilich nahe, dass die Richtlinie aus dem Jahre 1985 einer Anpassung bedarf. Welche Probleme sich bei der Anwendung der aktuellen Richtlinie auf solche Produkte ergeben könnten, soll Gegenstand dieses Beitrags sein. Ebenfalls werden Lösungsansätze zur Problembearbeitung untersucht und die Vorschläge der Kommission und ihrer Expertengruppen⁷ dargestellt.

II. Alte RL, neue Technik. Welche Probleme ergeben sich?

1. Software und der Produktbegriff

Der Anwendungsbereich der Produkthaftungsrichtlinie erfasst gemäß Art. 1 Satz 1 Produkthaftungsrichtlinie Produkte. Die Haftung für Gefahren, die aus Dienstleistungen herrühren, wurde entgegen ursprünglichen Plänen nicht

harmonisiert.⁸ Demnach fehlt es an einer europäisch einheitlichen Definition des Dienstleistungsbegriffs, was in Kombination mit der vagen Definition des Produktes in Art. 2 der Richtlinie als „bewegliche Sache“ eine Abgrenzung weiter erschwert. Darauf, dass dies in Zukunft zu einem Problem werden könnte, weist auch die Europäische Kommission in ihrem Bericht hin.⁹ Nach ihrer Befürchtung liegt das Hauptproblem in der Schwierigkeit, Produkt und Dienstleistung im Zeitalter des Internets der Dinge voneinander abzugrenzen. Relevant wird dies unter anderem bei der Diskussion um die Produkteigenschaft von Software. Die Einordnung von Software gestaltet sich dabei insbesondere deshalb schwierig, weil diese 1985 zum Zeitpunkt des Erlasses der Richtlinie einen weitaus geringeren Stellenwert einnahm und somit nicht gesondert berücksichtigt wurde.

a) Software als Produkt

Die Definition des Produktes in Art. 2 Satz 1 der Richtlinie als bewegliche Sache trägt nicht zur Klärung der Frage bei, ob Software als Produkt im Sinne der Richtlinie anzusehen ist. Bewegliche Sachen sind typischerweise körperliche Sachen. Explizit erwähnt wird diese Anforderung allerdings nicht, sodass nicht klar wird, ob der Begriff „bewegliche Sachen“ im Sinne der Richtlinie nur auf körperliche Gegen-

* Die Autorinnen danken der Deutschen Forschungsgemeinschaft DFG für die Finanzierung dieser Forschung im Sonderforschungsbereich (SFB) 805 „Beherrschung von Unsicherheit in lasttragenden Systemen des Maschinenbaus“. Mehr über die Autorinnen erfahren Sie auf Seite III.

- 1 Rat der Europäischen Gemeinschaften, 25.6.1985 – 85/374/EWG, im Weiteren auch „die Richtlinie“ genannt.
- 2 RL 85/374/EWG, Erwägungsgrund 2.
- 3 RL 85/374/EWG, Erwägungsgründe 1 und 2.
- 4 Europäische Kommission, Bericht der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss über die Anwendung der Richtlinie des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte (85/374/EWG) – COM(2018) 246 final.
- 5 Europäische Kommission, Weißbuch zur künstlichen Intelligenz – ein europäisches Konzept für Exzellenz und Vertrauen vom 19.2.2020 – COM(2020) 65 final.
- 6 Europäische Kommission, Bericht der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss über die Auswirkungen künstlicher Intelligenz, des Internets der Dinge und der Robotik im Hinblick auf Sicherheit und Haftung – COM(2020) 64 final, im Weiteren auch „Bericht“ genannt.
- 7 Insbesondere Expert Group on Liability and New Technologies – New Technologies Formations.
- 8 Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über die Haftung bei Dienstleistungen (91/C 12/11) – COM(90) 482 endg. – SYN 308 (mittlerweile aufgehoben).
- 9 COM (2020) 64 final, 16.

stände beschränkt ist. Elektrizität beispielsweise fällt nicht in die Kategorie der beweglichen Sachen und muss daher von Art. 2 Satz 3 der Richtlinie unter den Produktbegriff gefasst werden. Diese ausdrückliche Nennung verstehen manche als Ausnahmeregelung, die nicht auf weitere Anwendungsfälle ausgedehnt werden kann¹⁰, und andere als Öffnung des Produktbegriffs für nicht bewegliche (körperliche) Sachen.¹¹ Die Definition des Produktes hat in den unterschiedlichen Mitgliedstaaten verschiedene nationale Umsetzungen erfahren. In Deutschland wurde der Wortlaut der Richtlinie für die Definition des Produktes in § 2 des Produkthaftungsgesetzes insoweit übernommen, als auch hier Produkte als „bewegliche Sachen“ definiert sind. Österreich hingegen hat in seinem Produkthaftungsgesetz die Formulierung „bewegliche körperliche Sache“ aufgenommen. Unter nationaler Auslegung kann dies zu unterschiedlichen Ergebnissen hinsichtlich der Einordnung als Produkt führen. Der Europäische Gerichtshof hat daher in einer Entscheidung¹² klargestellt, dass mit der Produkthaftungsrichtlinie eine Vollharmonisierung verfolgt wurde. Die Auslegung der Begrifflichkeiten hat allein anhand der Richtlinie zu erfolgen. Nur so kann ein einheitliches Schutzniveau in allen Mitgliedstaaten sichergestellt werden.¹³

In der Literatur wird teilweise vertreten, dass Software dann als Produkt im Sinne der Richtlinie zu sehen ist, wenn sie auf einem Datenträger verkörpert ist.¹⁴ Nun wird Software aber hauptsächlich in Form von Downloads zur Verfügung gestellt. In Anbetracht des technologischen Fortschrittes hilft diese Lösung also nur noch bedingt über das Definitionsproblem hinweg. In der praktischen Konsequenz würde die Lösung nämlich dazu führen, dass Software, die auf einem Datenträger vertrieben wird, in den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt, während dies nicht der Fall ist, wenn dieselbe Software zum Download angeboten wird. Der Wortlaut der Richtlinie ist zwar allgemein formuliert, die Wertungen des Europäischen Gesetzgebers von 1985 sind jedoch nicht auf heutige Vertriebsmethoden für Software ausgelegt.¹⁵ Die unterschiedliche Behandlung von Software, abhängig von ihrer Verkörperung, ist in Anbetracht ihrer Bedeutung für die heutige Gesellschaft nicht angemessen.¹⁶

Auch wenn für verkörperte Software der Endhersteller für potenzielle Schäden einzustehen hat, läge es im Interesse des Verbraucherschutzes, wenn der Softwareentwickler als Teilersteller im Sinne der Richtlinie einzuordnen wäre.¹⁷ Aufgrund der Definition des Herstellerbegriffs in Art. 3 Abs. 1 der Produkthaftungsrichtlinie würde dieser dann wie der Endhersteller dem Verbraucher für Schäden haften. Unabhängig von einer Verkörperung liegen bei fehlerhafter Software die gleichen Umstände vor, die die verschuldensunabhängige Haftung der Richtlinie bei physischen Produkten begründen. Der Nachweis eines Fehlers wird dem Verbraucher regelmäßig gelingen. Der Nachweis eines Verschuldens seitens des Herstellers begründet jedoch ein ernstes Hindernis in der Geltendmachung seiner Ansprüche. Für den Nutzer sind die innerbetrieblichen Abläufe beim Hersteller nicht einsehbar. Demnach ist es ihm auch kaum möglich darzulegen, dass bei der Entwicklung alle Sicherheitsanforderungen eingehalten wurden.¹⁸ Mit Blick auf weit verbreitete rein virtuelle Produkte, wie Apps, digitale Inhalte oder Daten, wird die Frage der Einordnung nicht beweglicher Sachen relevanter. Die Lösung des Definitionsproblems ist damit dringlich. Ein einfacher Hinweis, der den Anwendungsbereich der Produkthaftungsrichtlinie auch

auf Software ausdehnt, scheint zur Lösung dieses Problems angemessen. Dies wird auch von der Europäischen Kommission so vertreten. In ihrem Bericht stellt sie zum einen klar, dass für Schäden, die durch komplexe Produkte aufgrund eines Softwarefehlers entstehen, genauso wie für rein physische Produkte gehaftet werden sollte. Zum anderen, dass die Lösung des Definitionsproblems in Form einer Präzisierung des Anwendungsbereichs erfolgen könnte.¹⁹

b) Software als Dienstleistung

Ordnet man Software als Produkt im Sinne der Richtlinie ein, stellt sich die nächste Frage, ob zwischen Standardsoftware und Individualsoftware unterschieden werden muss.

Die Einordnung von Software als Dienstleistung liegt nach verbreiteter Ansicht insbesondere dann näher, wenn diese für einen konkreten Kunden hergestellt wird, also als Individualsoftware.²⁰ Weil es sich um eine Individualanfertigung handelt, sei der Hersteller in solchen Fällen nicht besser in der Lage, den auftretenden Schaden vorherzusehen und zu kompensieren, als der Kunde.²¹ Dies ist insofern problematisch, als für den Verbraucher auch hier wieder nicht ersichtlich ist, wie das Produkt entsteht und wie die inneren Abläufe beim Hersteller gestaltet sind. Genau dieser Beweisproblematik soll die Richtlinie im Sinne des Verbraucherschutzes entgegenwirken, wobei sie gerade nicht auf in industrieller Massenproduktion hergestellte Güter beschränkt ist.²² Die Ausgangslage ist aus der Perspektive des Verbrauchers sowohl bei Standardsoftware als auch bei Individualsoftware vergleichbar.²³

Man kann sich durchaus intelligente Produkte vorstellen, die auf die individuellen Bedürfnisse des Kunden zugeschnitten sind. Die Herstellung von Produkten nach Kundenwünschen ist ein generell zu verzeichnender Trend und umfasst auch Pflege-Roboter oder Haushalts-Roboter und deren entsprechende Steuerungssoftware. Die Rolle, die auch Individualsoftware in Zukunft bei innovativen Produkten spielen wird, nimmt zu. Aufgrund der ähnlichen Schutzwürdigkeit wird daher die Ansicht vertreten, dass Individualsoftware ebenso wie Standardsoftware als Produkt im Sinne der Richtlinie zu qualifizieren ist. Der durch die Richtlinie verfolgte Zweck, den Verbraucher effektiv zu

10 *Graf von Westphalen*, NJW 1990, 83, 87; *Cahn*, NJW 1996, 2899.

11 *Meier/Wehlau*, CR 1990, 95, 98; m.w.N.: *Spindler*, MMR 1998, 119, 120 f.

12 EuGH, 25.4.2002 – Rs. C-183/00 = EuZW 2002, 574.

13 EuGH, 25.4.2002 – Rs. C-183/00 = EuZW 2002, 574, 576, Rn. 25; *Wagner*, in: MüKo BGB, § 2 ProdHaftG, 7. Aufl. 2017, Rn. 20.

14 *Meier/Wehlau*, CR 1990, 95, 98; *Cahn*, NJW 1996, 2899, 2901 ff.; im Ergebnis auch *Meyer*, ZUM 1997, 26, 28; *Graf von Westphalen*, in: Foerste/Graf von Westphalen, Produkthaftungshandbuch, 3. Aufl. 2012, § 47 Rn. 16.

15 So auch *Wagner*, AcP 2017, 707, 718.

16 *Taege*, Außervertragliche Haftung für fehlerhafte Computerprogramme, 1995, 159 ff.; *Taege*, CR 1996, 257, 262; im Ergebnis auch *Cahn*, NJW 1996, 2899, 2904; sowie *Reese*, DStR 1994, 1121, 1125; und *König*, NJW 1989, 2604, 2605; *Marly*, BB 1991, 432, 435.

17 Vgl. auch *Wagner*, AcP 2017, 707, 716.

18 Vgl. auch *Wagner*, AcP 2017, 707, 718.

19 COM (2020) 64 final, 17.

20 *Kort*, DB 1994, 1505, 1507 ordnet Individualsoftware als Werkleistung ein; *Engel*, CR 1986, 702, 706; *Kort*, CR 1990, 171, 175.

21 *Miller/Goldberg*, Product Liability, OUP, 2. Aufl. 2004, Rn. 9.102; *Junke*, Int. Aspekte des ProdHaftG, 1991, 68 sieht Individualsoftware nicht als Produkt an, weil es am mehrstufigen Absatz fehlt.

22 Vgl. Begr. RegE, BT-Drs. 11/2447, 17; m.w.N. BGH, 19.11.1991 – VI ZR 171/91 (= BGH NJW 1992, 1039, 1041); *Graf von Westphalen*, in: Foerste/Graf von Westphalen (Fn. 14), § 47 Rn. 17.

23 *Cahn*, NJW 1996, 2899.

schützen, ist auch bei Individualsoftware relevant. Diese weist ein mit Standardsoftware und physischen Produkten vergleichbares Risiko auf. Dass Individualsoftware nicht von der Richtlinie erfasst sein soll, erscheint insofern nicht konsequent.²⁴ Die Kommission weist ebenfalls auf das Abgrenzungsproblem zwischen Dienstleistung und Produkt hin. Es scheint jedoch außer Frage zu stehen, dass Dienstleistungen auch zukünftig nicht von der Produkthaftungsrichtlinie erfasst sein sollen. Für eine Einbeziehung von Dienstleistungen wäre eine Änderung der Richtlinie notwendig. Eine Auseinandersetzung der Kommission mit der praktischen Abgrenzung zwischen Dienstleistung und Produkt ist also wünschenswert. In Form einer Leitlinie könnte hier für die Anwendung der Produkthaftungsrichtlinie auf Individualsoftware Klarheit geschaffen werden.

2. Fehlerbegriff

Zentrale Voraussetzung für die Haftung des Herstellers ist der Produktfehler. Nach Art. 6 der Richtlinie ist ein Produkt fehlerhaft, wenn es nicht die Sicherheit bietet, die berechtigterweise erwartet werden darf. Anknüpfungspunkt ist also die „berechtigter Sicherheitserwartung“. Diese sehr offene Formulierung ermöglicht eine Anwendung auf ein breites Produktspektrum.²⁵ Klare Vorgaben zur Überprüfung der Mangelhaftigkeit bietet die Formulierung jedoch nicht.

Um ein Produkt auf eine Fehlerhaftigkeit zu überprüfen, muss für den Einzelfall entschieden werden, ob der Hersteller diejenigen Sicherheitsanforderungen eingehalten hat, die nach der Verkehrsanschauung erwartet werden durften.²⁶ Die Beantwortung der Frage muss dabei zu jenem Zeitpunkt erfolgen, zu dem das Produkt in den Verkehr gebracht wurde.²⁷ Insbesondere soll dadurch ein sogenannter Rückschaufehler vermieden werden, der zu einer vorschnellen Bejahung der Fehlerhaftigkeit führt.²⁸ Ob den Sicherheitsanforderungen in ausreichendem Maße Rechnung getragen wurde, muss vor dem Hintergrund beurteilt werden, dass eine vollkommene Fehlerfreiheit nicht erreicht werden kann.²⁹ Entscheidend ist, was berechtigterweise erwartbar und dem Hersteller zumutbar ist.³⁰

Insbesondere ist bei Software zu berücksichtigen, dass vollkommene Fehlerfreiheit unter anderem aufgrund des hohen Maßes an Komplexität nicht zu erreichen ist. Daraus kann jedoch nicht gefolgert werden, dass Verbraucher mit einer Beeinträchtigung ihres Integritätsinteresses rechnen oder dies gar hinnehmen müssen.³¹ In Abweichung von konventionellen Produkten ergibt sich bei von Software gesteuerten Produkten die potenzielle Gefahr meist nicht aus einem physischen Zulieferteil, sondern aus der das Produkt steuernden Software. Bei einem langen, möglicherweise unübersichtlichen Code gestaltet sich die Suche nach einer Fehlerquelle schwieriger als bei einem leichter überprüfbar physischen Einzelteil. Nicht einfacher wird dies durch den Zukauf von beispielsweise Steuerungssoftware. Auch wenn die Ermittlung und Einhaltung von Sicherheitsanforderungen sich für Software im Allgemeinen erschwert, ist der Fehlerbegriff auf diese grundsätzlich weiterhin anwendbar.

Im Hinblick auf selbstständig veränderliche Produkte scheint der Fehlerbegriff jedoch an seine Grenzen zu stoßen. Diese Produkte sind gerade so konzipiert, dass sie sich während der Nutzungsphase weiterentwickeln, und zwar ohne aktives menschliches Zutun. Der Hersteller des Produktes kann kaum vorhersehen, ob diese Weiterentwick-

lung nicht auch negative Folgen haben wird.³² Trotz des Anlernprozesses, durch welchen dem System während der eigentlichen Produktentwicklung ein gewisses Verhalten antrainiert wird, verbleibt ein schlecht kalkulierbares Restrisiko. Sofern die Möglichkeit zur autonomen Weiterentwicklung nicht eingeschränkt wird, kann dieses Risiko auch nicht beseitigt werden. Wenn nun aber ein Produkt auf den Markt gebracht wird, dessen wesentliche Eigenschaft gerade zu diesem Unsicherheitsfaktor führt, wird sich dies auch in der Verkehrserwartung widerspiegeln müssen. Weiß aber schon der Hersteller nicht, welche Sicherheit er von einem solchen Produkt erwarten kann, fällt es schwer, die erforderlichen Sicherheitsmaßnahmen nach diesem Schema zu bestimmen. Sollte es bei der aktuell geltenden Definition des Fehlerbegriffs bleiben, so müssten Hersteller sich selbst vorab Sicherheitsstandards setzen bzw. auf die Normungsbemühungen privater Institute vertrauen.

3. Inverkehrbringung

Haftungsrechtlich relevant werden Produkte erst, wenn sie in den Verkehr gebracht wurden. So richtet sich insbesondere die berechtigter Erwartung an die Sicherheit nach Art. 6 Abs. 1 c) der Richtlinie auch nach diesem Zeitpunkt des Inverkehrbringens.³³ Auf eine Definition dieses doch entscheidenden Begriffs verzichtet die Richtlinie jedoch. Aufgrund des Grundsatzes der autonomen Auslegung der Richtlinie sah sich der EuGH daher veranlasst, in einer Entscheidung festzulegen, „dass ein Produkt in den Verkehr gebracht ist, wenn es den vom Hersteller eingerichteten Prozess der Herstellung verlassen hat und in einen Prozess der Vermarktung eingetreten ist, in dem es in ge- oder verbrauchsfertigem Zustand öffentlich angeboten wird“.³⁴ Während der Zeitpunkt des Inverkehrbringens für konventionelle Produkte noch klar zu bestimmen ist, ergeben sich jedoch Schwierigkeiten bei der Betrachtung softwaregesteuerter oder gar selbstständig veränderlicher Produkte.

a) Nachträglich installierte Funktionen und Updates

So stellt sich die Frage, wie mit nachträglich installierter Software, insbesondere Updates beispielsweise bei softwaregesteuerten Produkten, umgegangen werden soll.

Zu unterscheiden ist hierbei einmal, ob der ursprüngliche Hersteller oder ein Drittanbieter ein solches Update anbietet. Abgesehen von der Schwierigkeit, einen Schaden auf ein konkretes Update zurückzuführen, erscheint zumindest bei umfangreicheren Updates eine Einordnung als neues Produkt sinnvoll und angemessen. Wer das Softwarepaket in

24 Kullmann, in: Kullmann/Pfister/Stöhr/Spindler, Produzentenhaftung, Stand 2015, 3603, 8; Günther, Produkthaftung für Informationsgüter, 2001, 675 f.; Taeger, Außervertragliche Haftung für fehlerhafte Computerprogramme, 1995, 166 f.; aA Kort, DB 1994, 1505, 1507; Junke, Int. Aspekte des ProdHaftG, 1991, 68.

25 Dazu auch BT-Drs. 11/5520, 15.

26 BT-Drs. 11/5520, 15; Graf von Westphalen, in: Foerste/Graf von Westphalen (Fn. 14), § 48 Rn. 9 f.

27 Näher dazu s. u.

28 BGH, 16.7.2009 – VI ZR 107/08, Rn. 9.

29 BGH, 17.3.2009 – VI ZR 176/08, Rn. 12 – Kirschtaler; BGH, 5.2.2013 – VI ZR 1/12, Rn. 15 – Untertischgerät.

30 BGH, 16.7.2009 – VI ZR 107/08, Rn. 12, 19 m. w. N.

31 Lehmann, NJW 1992, 1721, 1723; Taeger, Außervertragliche Haftung für fehlerhafte Computerprogramme, 1995, 187 f.

32 Ähnlich Graf von Westphalen, ZIP 2019, 889, 893.

33 Wagner, in: MüKo (Fn. 13), § 3 ProdHaftG, Rn. 32.

34 EuGH, 9.2.2006 – C-127/04, erster Leitsatz – O’Byrne, EuZW 2006, 184.

Form eines Updates in den Verkehr bringt, haftet dann selbst für dieses Produkt als Hersteller im Sinne der Richtlinie. Damit könnte eine interessengerechte Verantwortungszuweisung zu Drittanbietern solcher Softwarepakete erfolgen.³⁵

Sofern es sich jedoch um Updates seitens des ursprünglichen Herstellers handelt, ist fraglich, ob bei jedem Update für das Produkt von einem erneuten Inverkehrbringen ausgegangen werden muss. Als Vergleich bietet sich hier das Auf-den-Markt-Bringen eines neuen, verbesserten konventionellen Produktes an. Auch hier werden nur Teile des Produkts verändert oder überarbeitet, dennoch wird selbstverständlich vom Inverkehrbringen eines neuen Produktes ausgegangen. Der herangezogene Vergleich hinkt jedoch insofern, als Software-Updates teilweise nur kleinste Veränderungen vornehmen, die sich nicht einmal auf die Systemsteuerung auswirken müssen. Sofern bei jedem Software-Update grundsätzlich von einem neuen Inverkehrbringen des gesamten Produktes ausgegangen würde, scheint die Verschärfung der Haftung gewissenhafter Hersteller besonders problematisch. Diejenigen, die kostenlose Updates anbieten, würden in größerem Umfang haften als diejenigen, die diese Updates nicht anbieten. Andererseits könnten sich Haftungslücken ergeben, wenn Updates generell kein neues Inverkehrbringen darstellen. So könnte ein Hersteller ein problematische Funktionen enthaltendes Update bewusst nachträglich anbieten, um seine Haftung zu begrenzen.

Es erscheint demnach angemessen, die Frage nach dem erneuten Inverkehrbringen danach zu beantworten, welchen Umfang und welche Funktionsweise das Update aufweist. So erscheint es nicht angebracht, von einem erneuten Inverkehrbringen auszugehen, wenn lediglich Sicherheitslücken geschlossen werden. Ähnlich wird man wohl kleinere Verbesserungen wie die Anpassung einer Bedienoberfläche einordnen müssen. Sofern es sich jedoch um Updates handelt, die erhebliche Veränderungen des Systemverhaltens bewirken oder neue Funktionen des Produktes ermöglichen, erscheint ein erneutes Inverkehrbringen naheliegender. Ein solches Update greift grundlegend in den Zustand des Produktes ein. Die Verursachung eines Softwarefehlers und darauf zurückzuführende Schäden sind somit ähnlich wahrscheinlich wie bei der initialen Inverkehrgabe des physischen Produktes. Zwar muss im Interesse des Herstellers und damit auch des Innovationsschutzes eine sinnvolle Grenze für die verschuldensunabhängige Haftung nach Art. 1 Produkthaftungsrichtlinie gefunden werden, jedoch scheint das physische Entlassen des Produktes aus der Herstellersphäre im Hinblick auf softwaregestützte physische Produkte nicht mehr (allgemein) geeignet für diese Aufgabe. Im Interesse des Verbraucherschutzes erscheint es unumgänglich, dass der Hersteller für Schäden haftet, die sich aus Updates ergeben, welche erheblichen Einfluss auf das Produkt nehmen.³⁶ Sinnvoll erscheint somit, das Aufspielen eines solchen Updates als ein erneutes Inverkehrbringen einzuordnen. Insbesondere im Hinblick auf die Beweisproblematik ist dabei allerdings zu unterscheiden, ob der Schaden allein aus der ursprünglich implementierten Software oder aus dem Update beziehungsweise dem Zusammenspiel der beiden resultiert. Die New Technologies Formation differenziert in ihrem Report nicht nach dem Grad der nachträglichen Einflussnahme des Herstellers in Form von Updates, sondern spricht sich generell dafür aus, dass der Hersteller auch für nach Inverkehrgabe auftretende Fehler haften müsse. Zumindest sofern sie durch eine Einflussnahme

seinerseits oder sogar durch eine fehlende, aber aus Sicherheitsgründen gebotene Einflussnahme begründet sind.³⁷

b) Selbstständig veränderliche Produkte

Für selbstständig veränderliche Produkte stellt sich in Bezug auf das Inverkehrbringen ein weiteres Problem. Bei solchen sind Updates nicht nur möglich oder üblich, Änderungen der Software nach Inverkehrbringen sind gerade das, was diese Produkte ausmacht. Der „Design-Freeze“³⁸ im Entwicklungsprozess existiert somit nicht mehr.

Hier erscheint eine Lösung, die darauf abstellt, welche Sicherheit von solchen Produkten erwartet werden kann, sachgemäß. Zusätzlich könnte auch ein Zeitpunkt festgelegt werden, zu dem das Produkt als in den Verkehr gebracht gilt. Problematisch ist, dass Produkte unterschiedlich komplex sind, woraus sich unterschiedlich lange Entwicklungs- und Lernphasen ergeben. Vorteilhaft wäre es aber, wenn in diesem Zeitraum eine verschuldensunabhängige Haftung nach der Richtlinie bestünde. Dies würde den Verbraucher effektiver schützen als beispielsweise nationale verschuldensabhängige Haftungsregelungen, wie im Falle der deutschen Produzentenhaftung aus § 823 Abs. 1 BGB. Im Bericht der Europäischen Kommission über die Auswirkungen von KI spricht diese sich ebenfalls für die Anpassung des Begriffs des Inverkehrbringens in manchen Fällen aus. Laut der Kommission ist weiteren Überlegungen zur Anpassung des Begriffs ein spezifisches Risikoprofil des jeweiligen Systems zugrunde zu legen.³⁹ Damit wird das Problem aufgegriffen, dass es zukünftig nicht für alle selbstständig veränderlichen Systeme eine einheitliche Lösung für die in diesem Aufsatz besprochenen Haftungsfragen geben wird.

4. Befreiungsmöglichkeit für Entwicklungsrisiko

Das Besondere an der Haftung nach Art. 1 Produkthaftungsrichtlinie ist, dass diese als verschuldensunabhängige Haftung ausgestaltet ist.

Befreiungsmöglichkeiten sind jedoch in Art. 7 vorgesehen, sodass sich der Hersteller von der Haftung befreien kann, wenn er beispielsweise darlegt, dass der Fehler des Produktes, der zum Schaden geführt hat, nicht mit dem zum Zeitpunkt der Inverkehrbringung des Produktes geltenden Stand der Technik und der Wissenschaft hätte erkannt werden können.⁴⁰ Fraglich ist, ob dieser Haftungsausschluss auch in Anwendung auf selbstständig veränderliche Produkte noch Sinn macht. Bei einem vollständig autonom agierendem System ist gerade nicht vorhersehbar, wie genau es sich in der Nutzungsphase weiterentwickeln wird. Dies ist die spezifische Eigenschaft, auf der der Nutzen solcher Systeme basiert. So müsste man konsequenterweise auch davon ausgehen, dass ein Fehlverhalten des Systems nicht nach dem Stand der Technik zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens vorhersehbar ist.⁴¹ Es erscheint fraglich, ob der Haftungsausschluss nach Art. 7e) der Richtlinie hier tatsächlich rechtspolitisch gewollt sein kann. Für selbstständig veränderliche Systeme

35 Vgl. auch Wagner, AcP 2017, 707, 716.

36 Im Ergebnis auch Riehm/Meier, EuCML 2019, 161, 165.

37 New Technologies Formations, Report, 2019, 43.

38 Dazu Klindt/Handorn, NJW 2010, 1105, 1106.

39 COM (2020) 64 final, 19; Zum risikobasierten Regulierungsansatz s. Wendt D./Jung, Europäischer Rechtsrahmen für künstliche Intelligenz, LR 2021, 34.

40 BGH, 5.2.2013 – VI ZR 1/12, Rn. 9 – Untertischgerät.

41 Zum gesamten Themenkomplex siehe Graf von Westphalen, ZIP 2019, 889, 892.

müsste es in einer Neufassung der Richtlinie entweder eine Ausnahme geben, oder es müsste eine andere Möglichkeit der Einschränkung gefunden werden. Sofern jedoch keine Neufassung der Richtlinie angestrebt wird, könnte eine Leitlinie die Anwendbarkeit der Haftungsbefreiung auf selbstständig veränderliche Produkte klären. Diesen Grundgedanken vertritt auch die New Technologies Formation. Ihrer Ansicht nach sollten Risiken, die gerade aus der Eigenart eines autonomen Systems und der damit verbundenen Unsicherheit entstehen, dem Hersteller auferlegt werden.⁴²

5. Erfasste Schäden

Zu überdenken wäre auch, in welchem Umfang Schäden von der Richtlinie erfasst werden sollten. Schutzgüter der Richtlinie sind gemäß Art. 9 Körper und Gesundheit sowie Sachen, wenn diese nicht mit dem fehlerhaften Produkt identisch sind.

Momentan fallen nur materielle Güter in den Anwendungsbereich der Richtlinie. Bedenkt man jedoch den zunehmenden wirtschaftlichen Wert von Daten, erscheint eine Anwendung der Richtlinie auch auf immaterielle Güter zumindest diskussionswürdig.⁴³ Es liegt auf der Hand, dass Software Schäden an immateriellen Gütern, namentlich Daten, bewirken kann.⁴⁴ Auch hierzu bedarf es einer Bewertung der Kommission, ob die Anwendung der Richtlinie auf Daten für einen umfassenden und effektiven Verbraucherschutz zukünftig notwendig ist.⁴⁵ Sollte sie sich dafür entscheiden, wird allerdings eine Änderung der Richtlinie erforderlich sein, ein Hinweis in einer Leitlinie wird nicht ausreichen. Zudem wird man sich dann mit der Frage beschäftigen müssen, wie der Wert der Daten zu bemessen ist.

III. Fazit

Die Produkthaftungsrichtlinie von 1985 ist auf neue Technologien grundsätzlich anwendbar, es ergeben sich jedoch Fragen bei der praktischen Umsetzung. Zunächst

sollte die Anwendbarkeit der Richtlinie auf Software geklärt werden. Im Rahmen dessen sollte auf die Unterscheidung zwischen Standard- und Individualsoftware verzichtet werden. Hinsichtlich des Fehlerbegriffes sollte sich die Kommission mit dessen Anwendung auf innovative Produkte, insbesondere selbstständig veränderliche Produkte, auseinandersetzen. Hier gilt es zu klären, ob die Anwendung auf diese Produkte gewollt ist oder ob besondere Leitlinien zur Feststellung ihrer Fehlerhaftigkeit entwickelt werden sollen. Im ersten Fall wäre dies auch eine Entscheidung dafür, dass sich Hersteller selbst bestimmte Sicherheitsziele stecken, bzw. dies den Normungsorganisationen überlassen wird. Im Rahmen des Fehlerbegriffs sollte auch die grundsätzliche Anwendbarkeit des Haftungsausschlusses für Entwicklungsfehler auf selbstständig veränderliche Produkte geklärt werden. Der Begriff des Inverkehrbringens ist mit Blick auf Updates und selbstständig veränderliche Produkte ebenfalls zu schärfen.

Soll die Richtlinie in Zukunft auch auf Daten Anwendung finden, wird hierfür wohl eine Änderung in der Richtlinie selbst erforderlich sein. Eine solche Änderung ist zumindest nach Veröffentlichung des Weißbuches nicht mehr grundsätzlich ausgeschlossen.⁴⁶ Welche Maßnahmen zu Lösungen der von der Kommission aufgezeigten Probleme zukünftig ergriffen werden, bleibt abzuwarten. Vor allem Fragen um den Begriff des Inverkehrbringens oder eine ebenfalls diskutierte Beweislastumkehr zugunsten des Verbrauchers⁴⁷ lassen jedoch erkennen, dass die Produkthaftung zukünftig verschärft werden könnte oder aber gänzlich neue Haftungsregeln für innovative und intelligente Produkte geschaffen werden müssen.

⁴² New Technologies Formations, Report 2019, 43.

⁴³ BEUC position paper on the Review of Product Liability Rules, 2017, 3.

⁴⁴ *Graf von Westphalen*, ZIP 2019, 889, 894 f.

⁴⁵ Dazu auch *de Meeus*, EuCML 2019, 149, 151 f.

⁴⁶ COM (2020) 64 final, 20 f.

⁴⁷ New Technologies Formations, Report 2019, 43 f.

Prof. Dr. Claudius Eisenberg, Pforzheim*

Datenschutz durch Technikgestaltung als Instrument zur Reduzierung von Produkthaftungsrisiken

Mit der zunehmenden Vernetzung von Produkten zu sogenannten smarten Produkten erhöht sich das Risiko unbefugter Datenverarbeitung und damit von Eingriffen in geschützte Rechtsgüter. Dadurch verstärken sich auch Produkthaftungsrisiken für die Hersteller solcher Produkte. Diesem Risiko kann durch die Umsetzung des Prinzips „Datenschutz durch Technikgestaltung“ (data protection by design) entgegengewirkt werden. Inwiefern hierzu eine Pflicht besteht, wird nachfolgend näher beleuchtet.

I. Einleitung

Smarte Produkte sind zunehmend Bestandteil unseres privaten wie beruflichen Alltags. Damit nehmen auch die spe-

zifischen Gefahren zu, die mit der Nutzung dieser Produkte verbunden sind. Eine dieser Gefahren ist die unbefugte Datenweitergabe durch solche Produkte. Diese kann zum einen zum Ausspähen des Nutzers oder Dritter durch die Produkthersteller selbst führen. Zum anderen kann sie durch Eingriffe von außen in smarte Produkte erfolgen. Folge kann die Verletzung von geschützten Rechtsgütern, insbesondere des allgemeinen Persönlichkeitsrechts sein. Über Vorfälle solcher Art, insbesondere in Zusammenhang mit Fahrzeugen oder Smart-Home-Produkten, wird in den Nachrichten mittlerweile regelmäßig berichtet.¹ Ob das gel-

* Mehr über den Autor erfahren Sie auf Seite III.

¹ Vgl. z. B. <https://www.sueddeutsche.de/wissen/technik-unsichere-philips-hue-lampen-brauchen-update-dpa.urn-newsml-dpa-com-20090>