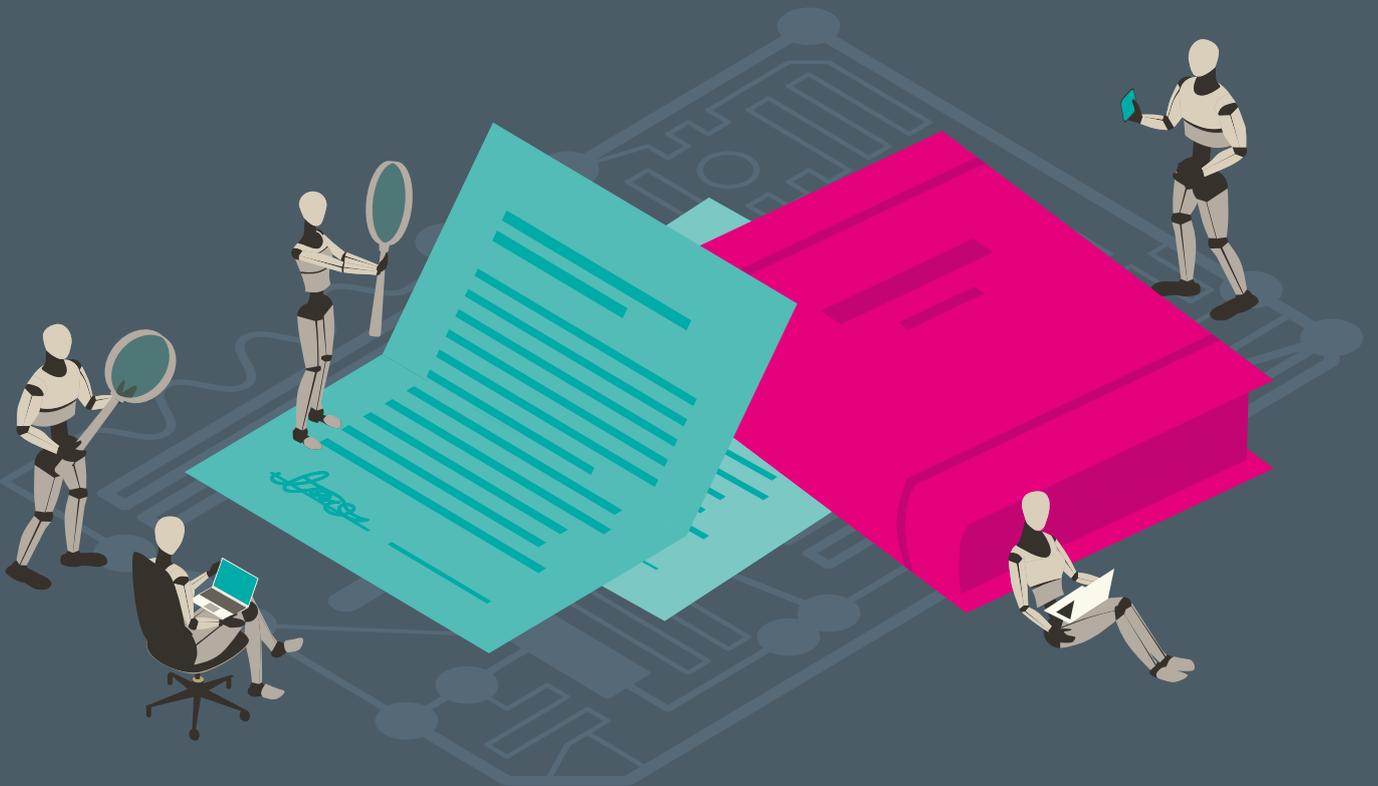


**DIE FAMILIEN  
UNTERNEHMER**

# **GUTACHTEN**

zur Haftung und Regulierung  
von Künstlicher Intelligenz auf  
nationaler Ebene



Gutachten von Prof. Dr. Gerald Spindler  
im Auftrag von DIE FAMILIENUNTERNEHMER  
und DIE JUNGEN UNTERNEHMER

# INHALTSVERZEICHNIS

<b>Politische Ableitungen und Forderungen</b>	<b>4</b>
<b>I. Einleitung und Problemaufriss – Grundlegende Probleme des Einsatzes von KI</b>	<b>9</b>
<b>A. Entwicklungsfehler bzw. fehlende Vorhersehbarkeit der Entwicklung von KI-Systemen</b>	<b>9</b>
<b>B. Black-Box-Problem bzw. Kausalität</b>	<b>10</b>
<b>II. Rechtliche Situation in der EU einschließlich der Vorhaben eines AI-Acts und der Vorschläge zur Haftung (Produkthaftungs-RL, KI-Haftungs-RL)</b>	<b>11</b>
<b>A. AI-Act und nationales Haftungsrecht</b>	<b>11</b>
1. Pflichten für Anbieter und Hersteller	11
2. Pflichten von Nutzern bzw. Betreibern	12
3. Auswirkungen auf die Haftung	12
<b>B. Vorschlag einer Haftungsregelung durch das EU-Parlament</b>	<b>13</b>
<b>C. Vorschlag einer neuen Produkthaftungs-RL</b>	<b>14</b>
1. Die Neufassung des Produktbegriffs	15
2. Geschützte Rechtsgüter, insbesondere Erweiterung der erfassten Schäden: Datenverluste oder -korrumpierung	17
3. Fehlerbegriff bzw. Sicherheitserwartungen	18
4. Haftungsadressaten	22
5. Haftungsausnahmen	24
6. Offenlegungspflichten sowie Darlegungs- und Beweislast	25
7. Gesamtschuldnerische Haftung	28
8. Keine Beschränkung auf Haftungshöchstsummen mehr	28
9. Verjährung	29
10. Verhältnis ProdHaft-RL-E zur Haftung von Internet-Intermediären	29

## IMPRESSUM | KONTAKT

PROF. DR. GERALD SPINDLER

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Multimedia- und Telekommunikationsrecht  
Rechtsvergleichung | Institut für Wirtschafts- und Medienrecht | Georg-August-Universität Göttingen  
Platz der Göttinger Sieben 6 | 37073 Göttingen | Tel. 05 51 392 72 43 | info@gerald-spindler.de

DIE FAMILIENUNTERNEHMER e.V.

Dr. Peer-Robin Paulus | Tel. 030 300 65-220 | paulus@familienunternehmer.eu

Dr. Julian Dörr | Tel. 030 300 65-443 | doerr@familienunternehmer.eu

Charlottenstraße 24 | 10117 Berlin | www.familienunternehmer.eu

Berlin, Juli 2023, 1. Überarbeitung

<b>D. Vorschlag einer neuen KI-Haftungs-RL (Schwerpunkte)</b>	<b>30</b>
1. Überblick	30
2. Anwendungsbereich	30
3. Offenlegung von Beweismitteln	34
4. Vermutung der Kausalität	35
5. Kollektive Rechtsdurchsetzung	37
6. Evaluation des KI-Haftungs-RL-E	38
<b>E. Defizite der vorgeschlagenen Regelungen und Spielraum für den nationalen Gesetzgeber</b>	<b>38</b>
1. Produkthaftungs-RL	38
2. KI-Haftungs-RL-E	40
<b>III. Mögliche Handlungsfelder für Deutschland</b>	<b>41</b>
<b>A. Grundsätze</b>	<b>41</b>
1. Gefährdungshaftung und Pflichtversicherungen	41
2. Reichweite der Haftung: Horizontaler Ansatz oder sektorspezifisch?	43
3. Haftungsadressaten: Hersteller und Betreiber	43
<b>B. Umfang der Harmonisierung durch beide Richtlinien-Vorschläge</b>	<b>44</b>
<b>C. Übertragung des Konzepts der Produkthaftungs-RL auf B2B-Beziehungen</b>	<b>45</b>
1. Der mögliche Ansatz	45
2. Vorteile	46
3. Nachteile	48
<b>D. Einführung einer Gefährdungshaftung auch für Betreiber</b>	<b>48</b>
1. Konzept	48
2. Vorteile	49
3. Nachteile	49
<b>E. Regelung von Regress und Gesamtschuldner</b>	<b>49</b>
<b>F. Einführung von Vermutungsregelungen zugunsten von Zertifizierungen im Bereich verschuldensabhängiger Haftung</b>	<b>50</b>
<b>G. Einfluss von »regulatory sandboxes« – Haftungsbegrenzungen für KMU's?</b>	<b>50</b>
<b>IV. Zusammenfassung und mögliche fachliche Ableitungen</b>	<b>51</b>

# **POLITISCHE ABLEITUNGEN UND FORDERUNGEN**

**von DIE FAMILIENUNTERNEHMER auf Basis des Rechtsgut-  
achtens »Haftung und Regulierung von KI auf nationaler Ebene«,  
erstellt von Prof. Dr. Gerald Spindler, Universität Göttingen,  
Sommer 2023**

## A. Vorab: Der Ansatz: Rechtssicherheit als Standortvorteil für KI-Investitionen

Deutschland und Europa könnten bei der nächsten Stufe des Einsatzes von Informationstechnologie ganz vorne mit dabei sein. Bei der akademischen Forschung zu »Künstlicher Intelligenz« bzw. dessen Anwendungsmöglichkeiten spielen die Länder EU weiter eine prominente Rolle. Allerdings stehen dem Standort für KI-Investitionen EU und Deutschland mehrere gravierende Hindernisse entgegen.

Zum einen ist der hiesige Venture Capital Markt weniger breit und leistungsfähig als z.B. in den USA. Die Zahlen sprechen hierzu Klartext: Während in den USA zwischen 2011 und 2021 knapp 53 Milliarden US-Dollar investiert wurden und in China gut 17 Milliarden, kam die gesamte EU nur auf etwa 6,5 Milliarden US-Dollar Investitionen in Künstliche Intelligenz (Quelle: The Pioneer).

Zum zweiten ist die Verfügbarkeit von Trainingsdaten für KI hierzulande knapper als in China (mit seinen staatlichen Datensammlungen) oder den USA (mit seinen riesigen privaten Daten-Kraken).

Für die Entwicklung des KI-Marktes in der EU sind aber große Mengen von Trainingsdaten von erheblicher Bedeutung. Die EU hat das Modell von »Daten-Treuhändern« entworfen, die Daten aller Quellen sammeln und verfügbar machen sollen. Ob dies reicht, um für KI Trainingsdaten in benötigter Menge bereitzustellen und den Markt für KI zu entwickeln ist hingegen offen.

Was also können die EU und Deutschland Investoren im KI-Markt bieten? Es gibt einen dritten Standortfaktor, dessen Schaffung nicht lange dauern und nicht viel kosten muss: Rechtssicherheit. Eine Rechtsordnung, die allen Akteuren auf einem neuen Markt (den Herstellern, Dienstleistern, Verkäufer und Käufern) eine klare und sichere Grundlage für Risiken und Haftung schafft, kann eines von mehreren wirklichen Standort-Assets sein.

DIE FAMILIENUNTERNEHMER mit Prof. Dr. Gerald Spindler von der Universität Göttingen, haben untersucht, welche Vorgaben zu KI-Haftungsfragen sich aus Brüssel abzeichnen und dazu eigene Ansätze entwickelt. Ein gutes Haftungsregelwerk mit seinen Anreizwirkungen kann Regulierungen mit Geboten und Verboten reduzieren oder ganz entbehrlich machen. Haftungsregeln haben einen disziplinierenden Effekt, um sichere und vertrauenswürdige KI zu entwickeln, ohne dass der Staat im Voraus alle denkbaren Schadensszenarien beschreiben muss. Und der KI-Anwender kann darauf vertrauen, dass er im Schadensfall einen angemessenen rechtlichen Schutz genießt.

Die Diskussion zur KI darf sich in Deutschland nicht länger in erster Linie um abstrakte Risiken oder sogar Horrorszenarien beim Einsatz von KI drehen, etwa Kontrollverlust des Menschen, Jobverluste oder neue Machtgefüge. Vielmehr sind genauso die Vorteile der neuen Technologie zu sehen und die Chancen für Innovationen und Investitionen zu nutzen.

Deutschland braucht neue Felder, um die Wohlstandslücken zu schließen, die z.B. das Ende des Verbrennermotors oder der weltweiten Technologieführerschaft des deutschen Maschinenbaus reißen dürften. Dazu braucht Deutschland Investitionen aus aller Welt, und dafür echte Standortvorteile: Ein Fall für ... den Gesetzgeber.

## **B. Ableitungen in Thesen und Forderungen**

### **DIE FAMILIENUNTERNEHMER e.V., Berlin**

#### **Zwei Vorbemerkungen**

##### **1. Rechtssicherheit und Übersichtlichkeit als ein Standfaktor**

Der Vorteil von Rechtssicherheit in der Haftung besteht für beide Seiten: Den Inverkehrbringer von KI-gestützten Produkten sowie deren Nutzer. Alle Beteiligten können besser einschätzen, welche Risiken sie in ihrer jeweiligen Rolle eingehen, wenn klar ist, wer wofür und in welcher Höhe haftet.

Das Haftungsrecht für KI-gestützte Waren droht allerdings unübersichtlich zu werden, wird es doch in allein auf EU-Ebene in mehreren Rechtsakten entwickelt:

- die KI-VO, (AI Act) zu Umgang und Sicherheit von KI
- die KI-Haftungs-Richtlinie zu Verfahren bei Verschuldenshaftung
- die Produkthaftungs-Richtlinie (Überarbeitung mit Erweiterung auf Software und KI
- und die KI-Produkthaft-Richtlinie (Vorschlag des EP).

##### **2. Der Ansatz: KI-Haftung auch unter Unternehmen**

Die derzeitigen Konzepte und Entwürfe der EU zum Haftungsrecht der KI betreffen nur die Rechte der Verbraucher und sind daher im Kern als Verbraucherschutzrecht angelegt. Nicht durch die EU geregelt und daher derzeit noch weiter offen für die nationale Rechtssetzung in Deutschland ist die Haftung für Schäden durch KI bei Unternehmen. Der deutsche Gesetzgeber kann und sollte daher ein Konzept für einen ausgewogenen Haftungsrahmen entwickeln, der nicht zuletzt auch bei einer in naher Zukunft heranrückenden EU-Gesetzgebung Modell sein kann (Abwarten ist keine Lösung).

#### **Drei Vorschläge im Einzelnen**

##### **3. Gesamtschuldnerische Haftung und Regress**

Das Modell der gesamtschuldnerischen Haftung (§ 840 BGB) findet in der Gefährdungshaftung mit mehreren potentiellen Haftenden durchgängig Anwendung. Der Geschädigte kann einen der Haftenden auf Schadenersatz in Anspruch nehmen – er kann nicht beur-

teilen, wer wirklich für den Produktfehler verantwortlich ist. Innerhalb der Leistungskette kann der in Anspruch Genommene bei dem wirklichen Verursacher Regress nehmen (in der Regel über Versicherungen). Dieses Modell sollte daher auch für Schäden bei Unternehmen gelten.

#### 4. Präzise Grenzlinien zwischen Verschuldens- und Gefährdungshaftung

Nach den Vorgaben der EU ist eine Gefährdungshaftung (Produkthaftung) für KI-gestützte Produkte zu erwarten, zunächst zum Schutz von Verbrauchern. Im laufenden Verkehr spricht auch einiges dafür, zumal Kausalität und Schuldanteile bei Schadenseintritten bei dem Einsatz von KI zumeist schwer zu ermitteln sein werden, was nicht zu Lasten der Geschädigten gehen darf. Richtig ist es daher, auch für Schäden bei Unternehmen den Rahmen der Gefährdungshaftung klar und praxistauglich zu definieren. Der nationale Gesetzgeber sollte ernsthafte Anstrengungen unternehmen, die Grenzlinien zwischen Verschuldenshaftung und Gefährdungshaftung sachgerecht zu ziehen. Analog dazu könnte Produkthaftung als Gefährdungshaftung z.B. ausschließlich dort gelten, wo besonders »hohe Risiken« gesehen werden.

Alternativ zu Analogien zum EU-Recht könnte auch geprüft werden, von hohen Risiken nur dort auszugehen, wo solches zwischen den beteiligten Unternehmern vertraglich anerkannt ist.

#### 5. Zertifizierungen als sicherer Hafen

Der nationale Gesetzgeber kann und sollte eine KI-Produkthaftung gegenüber Unternehmen Regelungen treffen, wonach geprüfte und zertifizierte KI-Produkte als frei von einem Produktfehler gelten. Damit erreicht ein Anbieter Rechtssicherheit zu seinem Haftungsrisiko – und ein Unternehmen als Nutzer kann auf die Fehlerfreiheit des KI-Produkts vertrauen.

Der Gesetzgeber müsste festlegen, welche Einrichtungen solche Zertifizierungen durchführen dürfen. Die Kosten für Zertifizierungen, die der Marktentwicklung und der Wettbewerbsfähigkeit des Standorts dienen würden, sollen beim Staat liegen. Etwaige Zertifizierungsstufen könnten in Anlehnung an Risikostufen (s. oben) festgelegt werden.

Gegenstand von Zertifizierungen könnten auch ganze Unternehmen, nicht nur Produkt- oder Warengruppen, sein, wenn ein Unternehmen regelmäßig bestimmte KI-Verfahren anwendet, gleichzeitig aber eine sehr breite Vielfalt an Produktvarianten aufweist, was kostspielig wäre.

## 6. Regulatory Sandboxes nutzen

Soweit der nationale Gesetzgeber regulatorische Lücken nutzt um diese selbst zu schließen, sollte er aus Sicht von DIE FAMILIENUNTERNEHMER bewusst auch Anwendungsbereiche oder Schwellenwerte definieren, um Teile der Unternehmen aus der Haftung für KI-gestützte Produkte, an denen sie beteiligt sein mögen, ganz oder teilweise auszunehmen. Insbesondere könnten »KMU« (z.B. nach der Definition der EU) von einer Produkthaftung ausgenommen sein und nur für Mängelgewährleistung oder schuldhaft verursachte Schäden einstehen müssen. Das käme Deutschland als Investitionsstandort, Gründer-Standort und Mittelstandsland zugute. Alternativ zu den Größendefinitionen der EU zu »KMU« (250 Mitarbeiter und < 50 Millionen Euro Umsatz) käme auch ein z.B. temporär erhöhter Schwellenwert in Betracht, um die Entwicklung des KI-Standortes voranzutreiben, mithin so etwas wie ein Brücken- oder Transformationsschwellenwert dazu, welche Unternehmen in der EU auf Zeit als »KMU« gelten.

## 7. Haftungshöchstsummen definieren und Pflichtversicherung für KI-Produkte

Der Gesetzgeber sollte eine Gefährdungshaftung überschaubar und vorhersehbar gestalten und daher Haftungsgrenzen vorsehen, so wie dies in der noch geltenden Produkthaftungsrichtlinie auch der Fall ist. Eine solche Haftungsgrenze muss im Hinblick auf erwünschte Investitionen für alle Anbieter von KI-gestützten Produkten gelten, gegebenenfalls mit einem gleitenden, umsatzabhängigen prozentualen Höchstbetrag. Bei Umsatz wäre der Umsatz mit einem Produkt, nicht der Umsatz des ganzen Unternehmens oder einer ganzen Unternehmensgruppe anzusetzen. Zu erwägen wäre weiter, bei KMU einen absoluten Betrag als Haftungsobergrenze zu bestimmen.

Die genannten Haftungshöchstsummen dienen auch der Versicherbarkeit von KI-Risiken, etwa wie dies derzeit durch die Betriebshaftpflichtversicherungen mit Einschluss der Produkthaftung geschieht. Dies kann der Gesetzgeber auch mit einer Versicherungspflicht verbinden, ähnlich der Einlagesicherung von Banken. An einem solchen Sicherungssystem kann sich der Staat auch mit einem Solidarfonds beteiligen – immerhin gibt es ein Interesse der Allgemeinheit den Einsatz von KI in seiner Gesamtheit zu fördern und damit mehr Wohlstand zu schaffen – und die Risiken nicht nur den einzelnen Anbietern oder Nutzern zuzuweisen.

## 8. Enge und präzise Definition von »KI-Systemen«

Um die kumulierten Haftungsrisiken berechenbar zu halten, und, um so auch de facto zu einer tragbaren Versicherbarkeit zu gelangen, ist eine sachgemäße aber jedenfalls

enge Definition von KI-Systemen oder wirtschaftlichen Handlungsweise mit KI-Bezügen vorzunehmen. Insbesondere ist der der Begriff des »Produktfehlers« zu bestimmen. Dabei ist von besonderer Bedeutung, dass in der technischen Sichtweise Software und auch KI nicht absolut fehlerfrei sein können. Umso mehr gehört die laufende Beobachtung der Entwicklung des Produkts im Markt zu den Pflichten der Anbieter. Auch um hier sachgerechte Arbeiten leisten zu können, sollte der nationale Gesetzgeber seine ihm bleibende Gesetzgebungskompetenz für den B2B-Bereich in Anspruch nehmen. Eine nicht-exzessiv verwendete Begrifflichkeit von »KI« ist für den Investitionsstandort Deutschland (und EU-Europa) von Bedeutung. Hierbei könnte auf Definitionsbestandteile wie »Selbstorganisation« oder »neuronale Netze« zurückzugreifen. Eine zu weite Definition droht den Investitionsstandort Europa zu gefährden.

## 9. Keine Überregulierungen bzw. Überfrachtungen des KI-Haftungsrechts mit weiteren Themen

Die Befolgung des künftigen europäischen Rechtsrahmens für KI-Anwendungen sowie eines nationalen Begleitgesetzes wird für Unternehmer ohnehin sehr anspruchsvoll und zeitraubend. Es ist daher nach Auffassung von DIE FAMILIENUNTERNEHMER dringend geboten, diese kumulierten Regulierungen nicht weiter mit Ge- und Verboten zu befrachten, auch mit Blick auf deren Akzeptanz. Daher sollte nach Möglichkeit von der Einbeziehung aller möglichen Diskriminierungs- und anderer Wohlverhaltensüberprüfungen bei der Verwendung von KI wenigstens im B2B-Bereich abgesehen werden. Auch im übrigen Rechtsverkehr werden »Kaufleute« als weniger schutzbedürftig angesehen. D.h. auch, dass Diskriminierungsverbote für KI-Anwender nicht über den Umweg, als Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB aufgefasst werden, eine Haftung im B2B-Bereich begründen.

## 10. Weitere Haftungsbeschränkungen können geregelt werden

Wenn der nationale Gesetzgeber – auch unter Standorterwägungen – entscheidet, den B2B-Bereich mit KI-Bezügen ergänzend zu regulieren, kommt für ihn weiteres in Betracht, um Investoren nach Europa zu ziehen. So könnte die Haftung auf bestimmte Rechtsgüter eingeschränkt werden. So könnte der kumulierte Schaden an einem ganzen Gewerbebetrieb und/oder seiner Ertragsstärke nicht erstattungsfähig sein, wohingegen z.B. die Kosten für die Wiederherstellung/-beschaffung von Daten ersatzfähig sein könnten. Auch wäre – freilich auch hier nur im B2B-Bereich – Raum für gezielte sektorale Einzel-Regelungen, etwa bei Technologien wie Moderne Mobilität oder KI-Medizintechnik. Insgesamt ist immer eine vertretbare Risikoverteilung zwischen den Unternehmen vorzunehmen.

# **GUTACHTEN**

zur Haftung und Regulierung  
von Künstlicher Intelligenz auf  
nationaler Ebene

# I. EINLEITUNG UND PROBLEMAUFRISS – GRUNDLEGENDE PROBLEME DES EINSATZES VON KI

Die Regulierung und Haftung für Systeme der Künstlichen Intelligenz ist eines der intensiv diskutierten Themen der letzten Jahre im Bereich Technologierecht und Anlass für zahlreiche Monographien bis hin zu einem Gutachten für den Deutschen Juristentag gewesen. Die EU-Kommission hat sich inzwischen des Themas angenommen und sowohl einen Vorschlag zur produktsicherheitsrechtlichen Regulierung (der KI-VO-E)<sup>1</sup> als auch im September 2022 zu einer Reform der Produkthaftungsrichtlinie<sup>2</sup> sowie einer neuen KI-Haftungs-Richtlinie<sup>3</sup> der Öffentlichkeit vorgestellt. Vorausgegangen war ein Bericht der High Level Expert Group bei der EU Kommission für künstliche Intelligenz vor,<sup>4</sup> der ausführlich Stellung zu den verschiedenen aufgeworfenen Rechtsfragen nimmt.<sup>5</sup> Auch das Europäische Parlament hatte einen ausformulierten Vorschlag zur Haftung unterbreitet.<sup>6</sup>

Das vorliegende Gutachten unternimmt zunächst eine Bestandsaufnahme und Analyse der Vorschläge der EU-Kommission zur Produkthaftung und zur Haftung für KI-Systeme, um sich sodann den offenen Fragen zuzuwenden (II.E.) und Vorschläge für eine Verbesserung der Haftungsregelungen zu unterbreiten, sei es auf nationaler oder europäischer Ebene (III.).

## A. Entwicklungsfehler bzw. fehlende Vorhersehbarkeit der Entwicklung von KI-Systemen

Der entscheidende Unterschied gegenüber früheren technischen IT-gesteuerten Systemen besteht in der Fähigkeit quasi zu lernen<sup>7</sup> und die Verhaltensweisen des Systems selbstständig anzupassen.<sup>8</sup> Das Verhalten der künstlichen Intelligenz lässt sich, anders als früher bei »deterministischer« Software,<sup>9</sup> nicht mehr genau vorhersagen.<sup>10</sup> Allerdings exis-

1 Vorschlag der EU-Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für Künstliche Intelligenz (Gesetz über Künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union v. 21.04.2021 COM (2021) 206 final <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0206&from=EN>; dazu ausführlich Spindler CR 2021, 361 ff.

2 Siehe dazu unten II.B.

3 Näher dazu unten II.D.

4 Hochrangige Expertengruppe für künstliche Intelligenz, Ethik-Leitlinien für eine vertrauenswürdige KI, 2019, abrufbar unter [https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc\\_id=60425](https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=60425).

5 Zech, Verhandlungen des 73. Deutschen Juristentages in Hamburg 2020, Band I Gutachten A (zitiert als: Zech, DJT 2020 Gutachten A).

6 Dazu unten II.B ferner Zech, Empfehlen sich Regelungen zu Verantwortung und Haftung beim Einsatz Künstlicher Intelligenz? Der Verordnungsvorschlag des Europäischen Parlaments, Ergänzungsgutachten DJT 2020/2022 (zitiert als Zech, Ergänzung, 2022); Wagner ZEuP 2021, 545 ff.

7 Zur Lernfähigkeit Reichwald/Pfisterer CR 2016, 208, 210; Zech, DJT 2020 Gutachten A, S. 25 f.

8 Siehe hierzu Stiernerling CR 2015, 762; von Westphalen ZIP 2019, 889.

9 Siehe dazu auch Grützmacher CR 2016, 695, 697: »Turing-Berechenbarkeit«; Reichwald/Pfisterer CR 2016, 208, 211.

10 Eingehend Gleß/Weigend ZStW 126 (2014), 561, 564; Zech, DJT 2020 Gutachten A, S. 29 f.; Schirmer RW 2018, 453, 465; Schirmer JZ 2019, 711; Teubner AcP 218 (2018), 155, 164; Borges NJW 2018, 977, 978; Kainer/Förster ZfPW 2020, 275, 278 ff. je mwN.

tieren in Gestalt der Explainable AI durchaus Bestrebungen, das Verhalten von KI-Systemen zu erklären.<sup>11</sup> Damit ist der Fokus der Diskussion auf die autonom entscheidenden Systeme vorgeprägt – so wie es auch Art. 3 b) des VO-E des Europäischen Parlaments bestimmt<sup>12</sup> oder teilweise auch Art. 3 Nr. 1 der KI-VO-E der EU-Kommission.

Neben der Programmierung der Lernregeln und der Architektur spielt anders als für traditionelle IT-Systeme das Training, also das eigentliche Lernen und die dafür verwandten Daten sowie die Überwachung des Lernens eine erhebliche Rolle.<sup>13</sup> Eine KI ohne Daten bleibt »dumm«. Damit ist gleichzeitig das Problem aufgeworfen, wie die von der KI verwandten Daten im Nachhinein nachvollziehbar bleiben bzw. protokolliert werden.<sup>14</sup>

Eng, aber keineswegs zwingend mit der Frage der Unvorhersehbarkeit des Handelns von KI verbunden sind die Risiken, die sich aus der Vernetzung von IT-Systemen ergeben, z.B. bei der Industrie 4.0 oder dem Internet of Things.<sup>15</sup> Allerdings sind dies keineswegs neue Fragen, da IT-Systeme seit jeher vernetzt werden, auch über die Cloud. Durch die Interaktion der Systeme können aber auch die Risiken hinsichtlich der Vorhersehbarkeit des Verhaltens von Gesamtsystemen (Schwarm) ansteigen.<sup>16</sup>

## B. Black-Box-Problem bzw. Kausalität

Als besonders intrikat wird teilweise die Frage der Kausalität bei Fehlfunktionen eines KI-Systems hervorgehoben.<sup>17</sup> So sei es schwierig festzustellen, ob der Schaden, der durch eine Fehlfunktion einer KI entstehe, auf einer Fehlprogrammierung, auf fehlerhaftem Gebrauch oder »fehlerhaften« Entscheidungen der KI beruhe.<sup>18</sup> Manche sprechen gar vom »Untergang des Handelnden«<sup>19</sup> oder der Unmöglichkeit einer Abgrenzung.<sup>20</sup>

---

11 Siehe dazu Holzinger (ex-AI), Informatik Spektrum 41 (2018), 138; Zech, DJT 2020 Gutachten A, S. 22 f.; Käde/von Maltzahn CR 2020, 66; Herberger NJW 2018, 2825, 2828.

12 Zust. Zech, Ergänzung, 2022, S. 3.

13 Siehe auch Zech, DJT 2020 Gutachten A, S. 24 f., der drei verschiedene Formen des Lernens differenziert.

14 Zutr. Zech, DJT 2020 Gutachten A, S. 30.

15 Siehe dazu Spindler, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things, 2019, S. 125, 127 f.; Spiecker gen. Döhmman, CR 2016, 698; Hornung/Hofmann, in: Hornung (Hrsg.), Rechtsfragen der Industrie 4.0, 2018, S. 9, 29 ff.

16 Zech, DJT 2020 Gutachten A, S. 33 f.

17 Zech, DJT 2020 Gutachten A, S. 35 f.; Grützmaker CR 2021, 433, 436: Beweisprobleme.

18 So Beck JR 2009, 225, 227.

19 Spiecker gen. Döhmman CR 2016, 698, 700.

20 Teubner AcP 218 (2018), 155, 202.

# II. RECHTLICHE SITUATION IN DER EU EINSCHLIESSLICH DER VORHABEN EINES AI-ACTS UND DER VORSCHLÄGE ZUR HAFTUNG (PRODUKTHAFTUNGS-RL, KI-HAFTUNGS-RL)

## A. AI-Act und nationales Haftungsrecht

Der neue Vorschlag einer KI-VO auf europäischer Ebene könnte in zivilrechtlicher Hinsicht die Haftungssituation ändern, da er über die Scharnierwirkung des § 823 II BGB als individual-schützende Normen auch Haftungslücken schließen könnte – allerdings nur auf nationaler Ebene.<sup>21</sup>

Von Interesse sind hier zunächst die sog. hochriskanten KI-Systeme nach Art. 3 Nr. 1 KI-VO-E, die vor allem im Anhang I zur KI-VO-E näher definiert werden, insbesondere die Inhalte, Prognosen, Empfehlungen oder Entscheidungen erzeugen können. Die erfassten Technologien sind relativ weit gefasst, indem sie sowohl maschinelles Lernen im weitesten Sinne aufführen, aber auch Expertendatenbanken mit logikbasierten Auswertungen bis hin zu statistischen Ansätzen.<sup>22</sup> In diesem Rahmen unterscheidet Art. 6 KI-VO-E zwei Gruppen als hochriskante Systeme, zum einen diejenigen, bei denen die KI-Systeme in die Steuerung einer Hardware, die bereits produktsicherheitsrechtlichen Bestimmungen unterfallen (Art. 6 Abs 1 a) KI-VO-E) und einem Konformitätsbewertungsverfahren unterliegen (Art. 6 Abs. 1 b) KI-VO-E), zum anderen die in Annex III der KI-VO-E aufgeführten KI-Systeme als »stand-alone-Produkte«, Art. 6 Abs. 2 KI-VO-E, bei denen besonders grundrechtsgefährdende Elemente im Vordergrund stehen, etwa zur biometrischen Identifizierung oder zum Betrieb kritischer Infrastrukturen oder Personalmanagement bis hin demokratischen Prozessen.

### 1. Pflichten für Anbieter und Hersteller

Für diese Systeme sehen die Art. 9 ff. KI-VO-E bestimmte Anforderungen vor, die in Art. 16 ff. für die Anbieter, Art. 26 f. KI-VO-E für Importeure und Händler sowie in Art. 29 KI-VO-E für die gewerblichen Nutzer nochmals weiter spezifiziert werden. Hierzu gehören vor allem Risiko- und Qualitätsmanagementsysteme sowie Produktbeobachtungs- und -rückrufpflichten einschließlich eines Post Market Monitoring (Art. 61 KI-VO-E).

<sup>21</sup> Dazu ausführlicher Grützmaier CR 2021, 433, 437.

<sup>22</sup> Siehe dazu Spindler CR 2021, 361, 363.

Der Anbieter bzw. Hersteller soll von vornherein Maßnahmen zur Minimierung der Risiken nach dem Stand der Technik und Standards bzw. allgemeinen Spezifikationen durch die EU-Kommission treffen (Art. 9 Abs. 3 KI-VO-E), wobei auch ein vernünftigerweise vorhersehbarer Missbrauch zu berücksichtigen ist (Art. 9 Abs. 4 KI-VO-E). In diesem Rahmen müssen durch eine angemessene Konstruktion Risiken vermieden oder verringert werden, sowie Informationen hinsichtlich Verwendungszwecks und Missbrauchsrisiken bereitgestellt werden. Damit gehen Pflichten zu vorherigen Tests einher, bevor eine KI in den Verkehr gebracht wird, Art. 9 Abs. 5 – 7 KI-VO-E. Damit akzeptiert die KI-VO-E ein bestimmtes Restrisiko,<sup>23</sup> verlangt also keine »perfekte« KI.

Der Tatsache, dass die KI des Trainings durch Daten bedarf, tragen die Vorgaben zur Data Governance nach Art. 10, 16 a) KI-VO-E Rechnung. Demnach müssen auch die Datensätze einer entsprechenden Validierung und Testung unterliegen, einschließlich der angemessenen Auswahl von Daten sowohl in qualitativer als auch quantitativer Hinsicht und der Prüfung im Hinblick auf eine Verzerrung (»bias«) von Daten. Art. 10 Abs. 3 KI-VO-E verlangt in diesem Rahmen, dass die Trainings-, Validierungs- und Testdatensätze »relevant, repräsentativ, frei von Fehlern und vollständig« sein müssen – was als unmöglich kritisiert wird.<sup>24</sup> Art. 10 Abs. 4 KI-VO-E verpflichtet darüber hinaus, die jeweiligen spezifischen Einsatzgebieten und Verwendungszwecken durch die Datenauswahl zu berücksichtigen.

Dem Problem der Black-Box bzw. der Feststellung der Kausalität soll zudem nach Art. 12, 16 a), d) KI-VO-E durch die Pflicht zur Verwendung von logging Maßnahmen Rechnung getragen werden, einschließlich der Pflicht, diese logfiles aufzubewahren.

Die Frage, wie mit der sich fortentwickelnden KI umzugehen ist, wird schließlich in Art. 21 KI-VO-E adressiert, indem Anbieter verpflichtet werden, Korrekturmaßnahmen zur Beseitigung von aufgetretenen Fehlern bis hin zum Rückruf der KI-Systeme durchzuführen.

## 2. Pflichten von Nutzern bzw. Betreibern

Neben den Herstellern bzw. Anbietern von KI werden auch den gewerblichen (Art. 3 Nr. 4 KI-VO-E) Nutzern (im Sinne von Betreibern) Pflichten auferlegt, hier zunächst der – eigentlich selbstverständlichen – Pflicht, den Anweisungen des Herstellers bzw. Anbieters zu folgen, Art. 29 Abs. 1 KI-VO-E. Zudem muss der Nutzer sicherstellen, dass die Eingabedaten für das Training der KI relevant sind für den bestimmungsgemäßen Verwendungszweck, Art. 29 Abs. 3 KI-VO-E. Ferner muss der Nutzer das Verhalten der KI-Systeme überwachen, bei besonderen Gefahren auch deren Verwendung einstellen, Art. 29 Abs. 4 KI-VO-E.<sup>25</sup> Der Nutzer muss schließlich nach Art. 29 Abs. 4 S. 2, 3 KI-VO-E den Hersteller bzw. Anbieter und auch die Händler über Gefahren für die Gesundheit, Sicherheit oder von Grundrechtsverletzungen Dritter informieren.<sup>26</sup> Schließlich hat auch der Nutzer das Verhalten des KI-Systems zu loggen und zu dokumentieren, Art. 29 Abs. 5 KI-VO-E.

## 3. Auswirkungen auf die Haftung

Neben der Qualifizierung als Schutzgesetz lassen sich die Pflichten des KI-VO-E auch in die von § 823 Abs. 1 BGB geforderten Verkehrspflichten zur Konkretisierung heranziehen, allerdings nur für hochriskante KI-Systeme, etwa zum Riskmanagementsystem, insbesondere zum Post-Market-Monitoring-System, ebenso hinsichtlich der Anforderungen an das Training mit Daten oder den Vorgaben für eine wirksame Dokumentation (logging), den Vorgaben zur Genauig-

<sup>23</sup> So auch Grützmaker CR 2021, 433, 439.

<sup>24</sup> Grützmaker CR 2021, 433, 439 f.

<sup>25</sup> Siehe hierzu auch Grützmaker CR 2021, 433, 441, der hierin eine wesentlich weitergehende Pflicht als die der Produktbeobachtung sieht.

<sup>26</sup> Krit. dazu Grützmaker CR 2021, 433, 441 Rn. 67, offenbar wegen zu weitreichender Haftungsrisiken.

keit, Robustheit und Cybersicherheit (Art. 15 KI-VO-E) oder der unmittelbaren erforderlichen Fehlerbeseitigung bis hin zum Rückruf. Gerade die Pflichten zur Verwendung von logging devices können die beschriebenen Darlegungs- und Beweislastprobleme im Bereich der Kausalität erheblich abmildern, und sei es nur durch Anwendung der Figur der sekundären Darlegungs- und Beweislast.<sup>27</sup> All' dies entspricht Verkehrspflichten im Rahmen der verschuldensabhängigen Haftung.<sup>28</sup>

## B. Vorschlag einer Haftungsregelung durch das EU-Parlament

Die Vorschläge einer Gefährdungshaftung kombiniert mit einer verschuldensabhängigen Haftung nimmt der Vorschlag des EU-Parlaments zu einer Regelung der Haftung für KI-Systeme auf.<sup>29</sup> Demnach soll eine Gefährdungshaftung für den Einsatz hochriskanter KI-Systeme geschaffen werden, Art. 4 VO-E, die in einem Anhang zu definieren sind,<sup>30</sup> wobei Adressat der Haftung der Anwender sein soll (»operator«, Art. 3 d) VO-E). Auch kommt es nicht darauf an, ob die KI in dem Produkt verkörpert ist oder nicht, Art. 3 a) VO-E, ErwGr 12 VO-E.<sup>31</sup> Der Anwendungsbereich ist aber nicht parallelisiert mit dem KI-VO-E der Kommission, da dieser wesentlich breiter ausfällt, indem etwa jegliche Systeme automatisierter Entscheidungsfindung erfasst werden, und nicht nur wie im VO-E solche mit autonomen Entscheidungen.<sup>32</sup>

Eine Einschränkung auf bestimmte Rechtsgüter sieht der Vorschlag nicht vor, erst recht keine Beschränkung auf Verbraucher, wie ihn die ProdHaft-RL enthält. Vielmehr definiert Art. 3 (i) den Schaden wie folgt:

»(i) ›harm or damage‹ means an adverse impact affecting the life, health, physical integrity of a natural person, the property of a natural or legal person or causing significant immaterial harm that results in a verifiable economic loss;«

Mithin ist jede Körper- oder Gesundheitsverletzung erfasst, ebenso jegliche Eigentumsverletzung von natürlichen oder juristischen Personen bis hin zu immateriellen Schäden, die zu einem »wesentlichen Vermögensschaden« führen.

Als Anwender werden sowohl der sog. frontend operator (Art. 3 e) VO-E) als auch der backend operator (Art. 3 e) VO-E) qualifiziert; der frontend operator soll derjenige sein, der die Kontrolle über das System ausübt und von dem Einsatz des Systems profitiert, während der backend operator als derjenige qualifiziert wird, der im Hintergrund einen steuernden Einfluss ausübt. Damit wird weitgehend der backend operator dem Hersteller gleichgesetzt, wobei der Begriff des backend operators weitergeht, da der Hersteller mit der Inverkehrgabe seines Produktes weitgehend aus der Haftung entlassen wird, sofern das Produkt zu diesem Zeitpunkt (!) fehlerfrei war. Der backend operator bezieht sich dagegen auf den beständigen Einfluss, den der ursprüngliche Hersteller weiterhin ausübt, muss sich aber nicht notwendigerweise auf den Hersteller beschränken, sondern kann z.B. auch den Lieferanten von Daten einbeziehen.<sup>33</sup> Anders als nach der Produkthaftungs-Richtlinie ist die Haftung der »operator« strikt und nicht abhängig von einem Fehler. Ist der frontend operator gleichzeitig ein Hersteller, soll die Haftung nach Art. 4 VO-E vorrangig zu Anwendung

<sup>27</sup> So Grützmaier CR 2021, 433, 444 Rn. 79.

<sup>28</sup> Zum Ganzen siehe auch Grützmaier CR 2021, 433, 443 Rn. 74.

<sup>29</sup> European Parliament resolution of 20 October 2020 with recommendations to the Commission on a civil liability regime for artificial intelligence (2020/2014(INL)), Civil liability regime for artificial intelligence, P9\_TA(2020)0276.

<sup>30</sup> Krit. zum vorherigen Katalog, der aber gestrichen wurde, Wagner ZEuP 2021, 545, 561 f.

<sup>31</sup> Zech, Ergänzung, 2022, S. 4, 9.

<sup>32</sup> Zech, Ergänzung, 2022, S. 4, 9.

<sup>33</sup> Anders offenbar Wagner ZEuP 2021, 545, 553, der meint, dass es generell um den Hersteller gehe; ähnlich Zech, Ergänzung, 2022, S. 5 f.; v. Bodungen SVR 2022, 1, 6.

kommen, während dies nicht für den backend operator gelten soll, Art. 11 S. 2 VO-E; hier soll die Produkthaftungs-Richtlinie Vorrang haben, Art. 11 S. 3 VO-E, allerdings nicht, wenn frontend- und backend-operator in einer Person zusammenfallen, z. B. bei vom KfZ-Hersteller betriebenen Flotten.<sup>34</sup> Ob diese Regelung auch so verstanden werden kann, dass die Produkthaftungs-Richtlinie neben der Haftung nach dem VO-E eingreift und nicht an dessen Stelle,<sup>35</sup> erscheint angesichts des Wortlauts zweifelhaft. Dafür spricht auch die Regelung in Art. 3 d) VO-E, die eine Subsidiarität des VO-E für den Backend-Betreiber anordnet.

Der VO-E enthält auch Haftungshöchstgrenzen in Art. 5 Abs. 1 VO-E, die allerdings mit 2 Mio Euro für alle (!) Geschädigten bzw. mit 1 Mio bei Sachschäden viel zu gering ausfallen.<sup>36</sup> Ferner sieht der VO-E Beschränkungen bei den Haftungsfolgen in Art. 6 VO-E vor, die aber keinen Raum für ein Angehörigenschmerzensgeld bieten; Regelungen zu Sachschäden fehlen völlig.<sup>37</sup>

Flankiert wird die Gefährdungshaftung von einer Pflicht zum Abschluss von Versicherungen, Art. 4 Abs. 4 VO-E – allerdings ohne eine diskriminierungsfreie Handhabe im europäischen Raum<sup>38</sup> zu gewährleisten.<sup>39</sup>

KI-Systeme außerhalb des Katalogs hochriskanter Systeme sollen demgegenüber nur einer Haftung für vermutetes Verschulden<sup>40</sup> unterliegen nach Art. 8 Abs. 1 VO-E, wobei die Voraussetzungen sich weitgehend nach dem Recht der Mitgliedstaaten richten sollen, Art. 9 VO-E.<sup>41</sup> In diesem Rahmen soll der Anwender sich exkulpieren können, indem entweder das System unkontrollierbar agiert habe, obwohl der Anwender Maßnahmen getroffen hatte, um dieses Verhalten zu vermeiden, oder indem der Anwender ein geeignetes System eingesetzt, ordnungsgemäß in Betrieb und ausreichen überwacht habe, wozu auch Sicherheitsupdates zählen sollen. Bei mehreren Anwendern soll eine gesamtschuldnerische Haftung eingreifen, Art. 11 VO-E.

Im Großen und Ganzen zeigt der VO-E daher gute Ansätze auf, insbesondere hinsichtlich der Kombination aus Gefährdungs- und Verschuldenshaftung, die allerdings noch erheblicher Detailarbeit bedürfen, insbesondere im Bereich der verschuldensabhängigen Haftung, aber auch der Rechtsfolgen, die teilweise hinter dem state of the art im Europäischen Deliktsrecht zurückbleiben.

## C. Vorschlag einer neuen Produkthaftungs-RL

Der Vorschlag einer neuen ProdHaft-RL-E zielt vor allem auf den Gleichlauf mit den Reformen in der Produktsicherheit entsprechend der Entscheidung und den Definitionen in Decision 768/2008/EC<sup>42</sup> ab, aber auch auf die Einbeziehung von IT-Produkten bzw. Software einschließlich KI-Systemen und verbundener Dienste bis hin zur Erweiterung der geschützten Rechtsgüter um Daten. Der ProdHaft-RL-E führt zudem erhebliche Beweiserleichterungen und die Ausdehnung der Verantwortlichen bzw. Haftungsadressaten ein.

34 Siehe dazu Report from the Expert Group on Liability and New Technologies, 2019, S. 41, abrufbar unter <https://ec.europa.eu/transparency/expert-groups-register/core/api/front/document/36608/download>; zum komplexen Verhältnis beider Regelungsmaterien Wagner ZEuP 2021, 545, 554 f., der auf die Möglichkeit der Auslagerung des frontend-Betriebs auf Tochtergesellschaften verweist.

35 So Zech, Ergänzung, 2022, S. 7 mit der Begründung, dass sonst auf einen Fehler abzustellen sei.

36 Zu Recht krit. Wagner ZEuP 2021, 545, 565, dort auch zu den widersprüchlichen Regelungen für immaterielle Schäden.

37 Dazu Wagner ZEuP 2021, 545, 566 f.

38 Ohne Regelung besteht hier kein Anspruch, siehe EuGH 11.6.2020 – C-581/18 Rn. 28 ff., NJW 2020, 2169 – RB/TÜV Rheinland LGA Products GmbH und Allianz IARD S. A.

39 Basedow EuZW 2021, 1, 1 f.

40 Zech, Ergänzung, 2022, S. 10.

41 Krit. demgegenüber aufgrund mangelnder Harmonisierungswirkung Wagner ZEuP 2021, 545, 558 f., 564 ff.

42 Beschluss Nr. 768/2008/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. Juli 2008 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für die Vermarktung von Produkten und zur Aufhebung des Beschlusses, 93/465/EWG des Rates, Abl. Nr. L 218 v. 13.08.2008, 82.

# 1. Die Neufassung des Produktbegriffs

## a) Software als Produkt

Einer der längst überfälligen Reformen des ProdHaft-RL-E betrifft die Aufnahme von Software als Produkt – und zwar im Gegensatz zum früheren Recht unabhängig davon, ob die Software in einem anderen Produkt verkörpert (»embedded«) ist oder nicht.<sup>43</sup> Dies bringt ErwGr 12 ProdHaft-RL-E mehr als deutlich zum Ausdruck, indem die Kommission darauf hinweist, dass Software auch cloudgestützt Produkte steuern kann, und schlägt sich auch in der Definition des Produktes in Art. 4 Ziff. 1 ProdHaft-RL-E nieder.<sup>44</sup> Der Vorschlag geht sogar einen Schritt weiter und erfasst auch »digital manufacturing files« unter den Begriff des Produktes, Art. 4 Abs. 2 Ziff 1 ProdHaft-RL-E, womit vor allem (aber nicht ausschließlich, ErwGr 14 ProdHaft-RL-E) 3D-Datenfiles zur Herstellung von Produkten in 3D-Druckern gemeint sind, wie Art. 4 Ziff. 2 ProdHaft-RL-E festhält (»digital template of a movable«).<sup>45</sup> Allerdings ist die Behandlung von cloud-gestützter Software bzw. Software-as-a-service nicht vollständig klar im ProdHaft-RL-E.<sup>46</sup>

Andererseits will die Kommission den reinen Source Code nicht unter den Produktbegriff fassen, da dieser nur Information darstelle, ErwGr 12 S. 3 ProdHaft-RL-E; damit unterstellt der ProdHaft-RL-E dem Softwarebegriff nur eine maschinenausführbare Codierung und weicht insoweit interessanterweise von Art. 1 Abs. 1 und Abs. 2 sowie ErwGr. 7 S. 2 der Software-RL<sup>47</sup> im Urheberrecht ab.<sup>48</sup> Weitere Details findet man dagegen in der ProdHaft-RL-E nicht, etwa zur Behandlung von Programmbibliotheken, die selbst nicht unmittelbar steuernd wirken können, aber wichtige Bestandteile eines Codes sein können; hält man sich das Ziel der Kommission vor Augen, dass steuernde Software erfasst werden soll, wird man auch solche Teile eines Codes als Produkt auffassen müssen.

Konsequenterweise sieht ErwGr 12 S. 4 ProdHaft-RL-E dann die Entwickler oder Produzenten von Software einschließlich der Betreiber von KI-Systemen als Hersteller im Sinne des ProdHaft-RL-E.

## b) Erstreckung auf Daten und Dienste

Fast schon revolutionär mutet die implizit in Art. 4 Ziff. 3, Ziff. 4 ProdHaft-RL-E enthaltene Erstreckung der Haftung auf »Komponenten« und vor allem auch Dienste an, für die es genügt, dass sie mit dem Produkt auf irgendeine Weise verbunden sind. Nach Art. 4 Ziff. 4 ProdHaft-RL-E kommt es darauf an, dass das Produkt ohne diese Dienste eine oder mehrere seiner Funktionen nicht erfüllen kann. ErwGr 15 S. 1, 2 ProdHaft-RL-E stellt klar, dass zwar nicht generell Dienstleistungen unter die strikte Haftung des ProdHaft-RL-E fallen sollen, wohl aber solche Dienste, die essentiell für die Funktion des Produktes sind, wie z. B. Verkehrsdaten für Navigationssysteme. Allerdings werden nur solche Dienste (und damit auch Daten) erfasst, die für die Sicherheit des Produktes relevant sind, einschließlich der Cybersicherheit, ErwGr 15 S. 2 ProdHaft-RL-E – was vor allem hinsichtlich der Abgrenzung zum von der Digital Content-RL erfassten Äquivalenzinteresse von Bedeutung ist, die bekanntlich keine Aussagen zur Schadensersatzhaftung enthält.<sup>49</sup>

43 Für die Erfassung als Produkt de lege lata s. Zech, NJW 2022, 502 (505); Wagner, AcP 2017, 707 (716 ff.); Kreutz, in: Oppermann/Stender-Vorwachs, Autonomes Fahren, 2. Aufl. 2020, S. 186; Lenz, Produkthaftung, 2. Aufl. 2022, S. 188; Müller, Software als »Gegenstand« der Produkthaftung, 2019, S. 137 f.; Reusch, in: Kaulartz/Braegelmann, Rechtshandbuch Artificial Intelligence und Machine Learning, 2020, S. 114 f.; Schrader, NZV 2018 S. 489 (491); für die urheberrechtliche Gleichstellung s. EuGH Urte. v. 03.07.2012 – C-128/11, ECLI:EU:C:2012:407 Rn. 47–Used Soft = CR 2012, 498

44 In ähnlicher Weise erfasst auch der Vorschlag eines Cyberresilience Acts Software als stand-alone »Produkt«, s. Art. 3 Nr. 1 CRA-E.

45 Wagner in MüKo BGB, 8. Aufl. 2020, ProdHaftG § 2 Rn. 28 f.; Müller/Haase, InTer 2017, 124 (127 f.); aA Oechsler, NJW 2018, 1568 (1570); in diese Richtung auch Graf von Westphalen in Foerste/Graf von Westphalen, Produkthaftungshandbuch, 3. Aufl. 2012, § 47 Rn. 44; allgemein zur Produkthaftung bei 3D-Druckern s. Oechsler, NJW 2018, 1569.

46 Krit. daher European Law Institute (ELI), Feedback on the European Commission's Proposal for a Revised Product Liability Directive, 2022, S. 9 f.

47 Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, Abl. Nr. L 111 v. 05.05.2009, 17.

48 Zum Schutz des Source-Codes durch die Software-RL EuGH Urte. v. 22.12.2010 – C-393/09, ECLI:EU:C:2010:816 Rn. 34 f. – BSA/Kulturministerium = CR 2011, 221; Spindler in Schrickler/Loewenheim, Urheberrecht, 6. Aufl. 2020, UrhG § 69a Rn. 5; Wiebe in Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, UrhG § 69a Rn. 4.

49 Spindler/Sein, MMR 2019, 488 (491); Schulze, ZEuP 2019, 695 (720 f.); Mischau, ZEuP 2020, 335 (352).

Ferner ist es nach ErwGr 15 S. 3 ProdHaft-RL-E nicht einmal erforderlich, dass der Hersteller selbst diese Dienste zur Verfügung stellt; es soll bereits genügen, dass er die Verwendung solcher Dienste lediglich empfiehlt oder in anderer Weise deren Bereitstellung durch Dritte »beeinflusst«. Allerdings weicht ErwGr 15 S. 3 ProdHaft-RL-E damit von der Definition der »Kontrolle durch den Hersteller« nach Art. 4 Ziff. 5 ProdHaft-RL-E ab, der auf die Autorisierung der Dienste eines Dritten durch den Hersteller abstellt (einschließlich Updates oder Upgrades). Eine reine Empfehlung mag zwar eine Autorisierung beinhalten, allerdings stellt sich hier auch die Frage, auf welchen Zeitpunkt z.B. bei einer Modifizierung der Dienste durch einen Dritten abzustellen ist – entfällt etwa die Autorisierung, wenn der Hersteller nur eine bestimmte Version eines Dienstes »empfiehlt« oder bezieht sich diese bei einer allgemeinen »Empfehlung« auf alle auch zukünftigen Versionen des Dienstes durch einen Dritten?

Mit dieser Erweiterung erfasst der ProdHaft-RL-E zudem den gerade für KI-Software so wichtigen Bereich der Trainingsdaten<sup>50</sup>, die zwar schon unter der verschuldensabhängigen Produzentenhaftung nach § 823 Abs. 1 BGB im Rahmen der Zuliefererhaftung berücksichtigt werden konnten, für die sich der Hersteller des KI-Systems aber durch entsprechende Sorgfaltsnachweise exkulpieren konnte.<sup>51</sup> In der Praxis wird eine entsprechende Haftung zudem Beweisproblemen begegnen.<sup>52</sup> Mit der Erstreckung auf die notwendigen Dienste wird die verschuldensunabhängige Haftung des ProdHaft-RL-E aber nunmehr auf die nötigen Datensätze für ein KI-System erstreckt – ohne dass es auf die Einhaltung von Art. 10 KI-VO-E ankäme, was den Anwendungsbereich des KI-Haftungs-RL-E weiter schmälert.

Aus diesem Grund erscheint die erste Einschätzung, dass fehlerhafte Auskünfte eines KI-Systems (bei fehlerhaftem Training) aufgrund dessen, dass Informationen nicht vom Produktbegriff gedeckt sind,<sup>53</sup> nicht erfasst seien, zweifelhaft,<sup>54</sup> jedenfalls dann, wenn durch die fehlerhaften Auskünfte ein Folgeschaden an Leib und Leben, z. B. bei einem medizinischen KI-Experten-System hervorgerufen wird.

### c) Ausnahme für Open Source Software

Um Innovationen und Forschung nicht zu behindern, soll nach ErwGr 13 S. 1, 2 Open Source Software, die außerhalb kommerzieller »Aktivitäten« entwickelt oder zur Verfügung gestellt wird, nicht vom Produktbegriff nach dem ProdHaft-RL-E erfasst werden.<sup>55</sup> Wird die Open Source Software entgeltlich oder gegen die Preisgabe persönlicher Daten zur Verfügung gestellt, soll dagegen der ProdHaft-RL-E eingreifen, außer wenn die Daten ausschließlich der Verbesserung der Sicherheit, Kompatibilität oder Interoperabilität dienen, ErwGr 13 S. 3 ProdHaft-RL-E. Damit folgt der ProdHaft-RL-E dem bereits in Art. 3 Abs. 5 f) der Digital Content-RL<sup>56</sup> eingeschlagenen Weg, Open Source Software von Regulierungen zu verschonen.<sup>57</sup>

Allerdings steckt auch hier der Teufel im Detail: Oftmals wird Open Source Software im Vertrieb neben dem freien Angebot auch mit proprietärer Software kombiniert (»Dual-Licensing«<sup>58</sup>). So bietet zum Beispiel Oracle sein Daten-

50 Spindler, JZ 2022, 793 (797); Hacker, ZGE 2020, 239 (250); Zech, NJW 2022, 502 (505); ders. Gutachten A zum 73. Deutschen Juristentag, 2020, S. A 68.

51 Zech, NJW 2022, 502 (507); Grütmacher, CR 2021, 433 Rn. 18; Spindler, JZ 2022, 793 (796 f.); Spindler in Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann BeckOGK, Stand 01.07.2022, BGB § 823 Rn. 662 ff

52 Zech, NJW 2022, 502 (507); ders. Gutachten A zum 73. Deutschen Juristentag, 2020, S. A 58.

53 Dazu EuGH vom 10.06.2021 – Rs. C-65/20, NJW 2021 S. 2015 (2016 f.).

54 So aber Borges, DB 2022, 2650 (2653).

55 Zweifelnd Wagner JZ 2023, 1 (4 f.), da die Ausnahme nicht im verfügbaren Teil enthalten ist.

56 Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, Abl. Nr. L 136 v. 22.05.2019, 1.

57 Staudenmayer in Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, 1. Aufl. 2020, Richtlinie (EU) 2019/770 Art. 3 Scope Rn. 106 ff.; Spindler/Sein, MMR 2019, 415 (418); Mischau, ZEuP 2020, 335 (342). Carsten, CR 2006, 649 (651); Jaeger/Metzger, Open Source Software, 5. Aufl. 2020, 2. Kapitel, Rn. 144; Auer-Reinsdorff/Kast in Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 3. Aufl. 2019, § 9 Open Source und Open Content, Rn. 26

58 Carsten, CR 2006, 649 (651); Jaeger/Metzger, Open Source Software, 5. Aufl. 2020, 2. Kapitel, Rn. 144; Auer-Reinsdorff/Kast in Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 3. Aufl. 2019, § 9 Open Source und Open Content, Rn. 26.

banksystem MySQL einerseits unter der GPL v2 sowie andererseits unter einer kommerziellen Lizenz an.<sup>59</sup> Zudem wird Open Source Software oftmals nur als Teil eines gebündelten Leistungspakets angeboten, das darüber hinaus etwa noch Unterstützungsleistungen oder die Softwarepflege enthält.<sup>60</sup> Wird etwa eine an sich frei verfügbare Open Source Software daher mit einem Produkt verknüpft und gleichzeitig entgeltlich »gepflegt«, stellt sich für den Geschädigten die Frage, wie er den Charakter der Software einschätzen können soll, da ihm oftmals die nötigen Informationen fehlen dürften. Schließlich ist in diesen Fällen fraglich, ob es sich noch um nicht-kommerziell vertriebene bzw. entwickelte Open Source Software handelt, zumal der ProdHaft-RL-E nicht auf die Lizenzbedingungen abstellt. Dies gilt umso mehr, wenn man berücksichtigt, dass der ProdHaft-RL-E auch verknüpfte Dienste erfassen will.

## 2. Geschützte Rechtsgüter, insbesondere Erweiterung der erfassten Schäden: Datenverluste oder -korrumpierung

Auch die von der verschuldensunabhängigen Produkthaftung geschützten Rechtsgüter werden erweitert. Zunächst präzisiert der ProdHaft-RL-E für die Unversehrtheit von Leib und Leben in Art. 4 Ziff. 6 a) ProdHaft-RL-E, dass auch medizinisch anerkannte Schäden der psychischen Gesundheit darunter fallen.<sup>61</sup> Zudem sind Verletzungen des Eigentums von Verbrauchern auch dann erfasst, wenn es sowohl zu privaten als auch kommerziellen Zwecken dient, ErwGr 19 S. 2 ProdHaft-RL-E; allein der ausschließlich professionelle Gebrauch unterfällt nicht dem ProdHaft-RL-E, Art. 4 Ziff. 6 b) iii).<sup>62</sup> Allerdings sollen nur natürliche Personen anspruchsberechtigt sein, Verletzungen des Eigentums von juristischen Personen wäre damit ausgeschlossen, was zu Recht dahingehend kritisiert wird, dass oftmals privat genutztes Eigentum aus steuerlichen Gründen in eine juristische Person eingebracht wird.<sup>63</sup>

Die wichtigste Neuerung besteht indes in der Erweiterung der geschützten Rechtsgüter auf den Datenverlust oder deren Korrumpierung, sofern die Daten nicht ausschließlich für berufliche Zwecke verwandt wurden, Art. 4 Ziff. 6 c) ProdHaft-RL-E. Nach ErwGr 16 S. 1 ProdHaft-RL-E sollen vor allem die Kosten zur Wiederherstellung der Daten vom Schaden umfasst sein. Dabei soll es offenbar nicht darauf ankommen, ob bzw. wo die Daten gespeichert sind, so dass auch Daten in der Cloud dem Schutz des ProdHaft-RL-E unterfallen. Damit würde der ProdHaft-RL-E eine lange Debatte<sup>64</sup> auch im Rahmen von § 823 Abs. 1 BGB über die Qualität von Daten als sonstige Rechte zugunsten deren Anerkennung beenden; denn es wäre mehr als fraglich, warum nur Verbraucher in den Genuß einer Haftung für Datenverlust oder -korrumpierung kommen sollten, andere Daten»eigentümer« dagegen nicht, ohne dass damit ein Dateneigentum anerkannt werden müsste.

59 Vgl. Q3 Commercial License for OEMs, ISVs and VARs, abrufbar unter <https://www.mysql.com/about/legal/licensing/oem/>.

60 Spindler, Rechtsfragen der Open Source Software, Gutachten für den Verband der Softwareindustrie Deutschlands e.V., S. 84 f.; Jaeger/Metzger, Open Source Software, 5. Aufl. 2020, 1. Kapitel, Rn. 23; konkret für die Mozilla Public License vgl. Jaeger/Metzger, Open Source Software, 5. Aufl. 2020, 2. Kapitel, Rn. 100.

61 Das Verständnis der geschützten Rechtsgüter läuft mit dem aus § 823 Abs. 1 BGB bekannten Verständnis parallel: Wagner in MüKo BGB, 8. Aufl. 2020, ProdHaftG § 1 Rn. 4; Seibel in BeckOGK, Stand 01.10.2022, ProdHaftG § 1 Rn. 27; demnach sind von dem Begriff der Gesundheitsverletzung auch psychische Krankheiten und Schäden erfasst, die medizinisch feststellbar sind und über das allgemeine (Lebens-) Risiko hinaus gehen, vgl. Spindler in BeckOGK, Stand 01.07.2022, BGB § 823 Rn. 108; Wagner in MüKo BGB, 8. Aufl. 2020, BGB § 823 Rn. 205 ff.

62 Anders noch für alte ProdHaft-RL Wagner in MüKo BGB, 8. Aufl. 2020, ProdHaftG § 1 Rn. 13: entscheidend, ob nur privat, gelegentlich beruflich schadet; weniger restriktiv Seibel in BeckOGK, Stand 01.10.2022, ProdHaftG § 1 Rn. 49, 54: auch eine nicht unerhebliche berufliche oder gewerbliche Nutzung schadet nicht; Ehring in Ehring/Taeger, Produkthaftungs- und Produktsicherheitsrecht, 1. Aufl. 2022, ProdHaftG § 1 Rn. 31: mehrheitliche Verwendungsbestimmung im privaten Bereich ausreichend.

63 ELI, Feedback on the European Commission's Proposal for a Revised Product Liability Directive, 2022, S. 13.

64 Spindler in BeckOGK, Stand 01.07.2022, BGB § 823 Rn. 137; Wagner in MüKo BGB, 8. Aufl. 2020, BGB § 823 Rn. 332; Adam, NJW 2020, 2063 (2067 f.); Riehm, VersR 2019, 714 (724); Meier/Wehla, NJW 1998, 1585 (1588 f.); stets auf die Verkörperung durch Datenträger abstellend: BGH v. 14.07.1993 – VIII ZR 147/92 = CR 1993, 681 (682 f.); ablehnend Spickhoff in Leible/Lehmann/Zech, Unkörperliche Güter im Zivilrecht, 2011, 233 (244).

Schadensersatz für die Verletzung datenschutzrechtlicher Regelungen nach Art. 82 DSGVO<sup>65</sup> oder der ePrivacy-RL<sup>66</sup> sollen dagegen nicht vom ProdHaft-RL-E berührt werden, ErwGr 16 S. 3 ProdHaft-RL-E. Die konkrete Schadensberechnung soll aber nach wie vor den Mitgliedstaaten überlassen bleiben, ebenso Ansprüche auf immaterielle Schäden (§ 253 BGB), ErwGr 18 ProdHaft-RL-E. Hier wird es allerdings sehr darauf ankommen, dass ein Datenverlust nicht mit Vermögensschäden gleichzusetzen ist; jedenfalls für den Bereich der Schäden durch entgangenen Gewinn wird deren Erstattung davon abhängen, dass der Geschädigte konkret die haftungsausfüllende Kausalität zwischen dem Datenverlust und den Einkommenseinbußen darlegen und beweisen kann.

Ebenso wenig sollen immaterielle Schäden von der Produkthaftung erfasst werden, Art. 4 Ziff. 6 ProdHaft-RL-E (»material losses«) – was aber im Gegensatz zur bestehenden ProdHaft-RL die Frage aufwirft, ob angesichts des vollharmonisierenden Charakters des ProdHaft-RL-E die Mitgliedstaaten noch berechtigt sind, immaterielle Schäden selbst der Produkthaftung zu unterwerfen.<sup>67</sup>

Ferner schließt der ProdHaft-RL-E Schäden am Produkt selbst aus, Art. 4 Ziff. 6 b) ProdHaft-RL-E – was allerdings zu schwer nachvollziehbaren Unterscheidungen führt, je nachdem ob der Geschädigte das Produkt in Einzelteilen erworben hat oder als gesamte Anfertigung. Für KI-Systeme würde dies bedeuten, dass für die getrennte Lieferung von Daten eine Haftung für die Schädigung des KI-Systems eingreifen würde (sofern man sie unter den Produktbegriff subsumiert), bei einer integralen Lieferung eines KI-Systems (also mitsamt den Daten) dagegen nicht.<sup>68</sup>

### 3. Fehlerbegriff bzw. Sicherheitserwartungen

Eine weitere essentielle Stellschraube in der Produkthaftung für IT-Produkte betrifft den Fehlerbegriff, insbesondere bei sich weiterentwickelnden und lernenden KI-Systemen, aber auch im Hinblick auf die Verbindung des IT-Produktes bzw. der Software mit seiner digitalen Umgebung und mit verbundenen anderen Diensten, bis hin zu Cybersicherheitsanforderungen.

#### a) Grundsätze

Die Grundsätze für die Feststellung der Fehlerhaftigkeit von IT-Produkten bleiben im Prinzip die gleichen wie schon in der alten ProdHaft-RL,<sup>69</sup> namentlich die allgemeinen Verkehrserwartungen hinsichtlich der Sicherheit des Produktes, Art. 6 Abs. 1 ProdHaft-RL-E, die auch den beabsichtigten Gebrauch des Produktes umfassen soll, ErwGr 22 S. 4 ProdHaft-RL-E. Dabei differenziert der ProdHaft-RL-E nach den Risiken der Produkte für die jeweiligen betroffenen Rechtsgüter, so dass etwa für Medizinprodukte sehr hohe Anforderungen gestellt werden können, ErwGr 22 S. 5 ProdHaft-RL-E. Nach wie vor werden daher technische Standards eine nicht zu unterschätzende Rolle für die fehlende Sicherheit eines Produktes spielen. Ebenso spielen die Präsentation des Produktes, die Installations- und Gebrauchsanweisungen und die Unterhaltung eine große Rolle, Art. 6 Abs. 1 a) ProdHaft-RL-E, sowie der vernünftigerweise vorhersehbare Fehlgebrauch eines Produktes, Art. 6 Abs. 1 b) ProdHaft-RL-E – hier allerdings werden später auftretende Fehler gerade von IT-Produkten erhebliche Bedeutung haben.

65 Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.04.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), Abl. Nr. L 119 v. 04.05.2016, 1.

66 Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation), Abl. Nr. L 201 v. 31.07.2002, 37.

67 S. die Kritik des ELI, Feedback on the European Commission's Proposal for a Revised Product Liability Directive, 2022, S. 10 f.

68 Zutr. ELI, Feedback on the European Commission's Proposal for a Revised Product Liability Directive, 2022, S. 11.

69 S. dazu EuGH v. 05.03.2015 – Rs. C-503/13 und Rs. C-504/13, EuZW 2015 S. 318 (319); BGH v. 17.03.2009 – VI ZR 176/08, NJW 2009 S. 1669 (1670).

Wichtig ist ferner die Klarstellung in Art. 6 Abs. 2, ErwGr 25 S. 2 ProdHaft-RL-E, wonach neuere Updates oder Upgrades nicht per se zur Annahme führen, dass die vorherige Version fehlerhaft war, ebenso bei neueren bzw. besseren späteren Produkten. Allerdings ist dies gerade für Sicherheitsupdates nicht völlig nachvollziehbar, da wenn ein Fehler in einem IT-Produkt nachträglich entdeckt und durch ein solches Update »gefixt« wird, der Schluss auf die vorherige Fehlerhaftigkeit naheliegt; für Sicherheitsupdates sollte daher ErwGr 25 S. 2 ProdHaft-RL-E nicht herangezogen werden.

Bereits an dieser Stelle hält der ProdHaft-RL-E in ErwGr 22 S. 5 Andeutungen für eine Beweiserleichterung für den Geschädigten bereit, indem es für Gerichte genügen soll, bei der bewiesenen Fehlerhaftigkeit einer ganzen Produktkategorie nicht mehr die Fehlerhaftigkeit des konkreten Produktes feststellen zu müssen, sofern es zur selben Kategorie gehört. Der ProdHaft-RL-E greift damit den vom EuGH in der Sache *Boston Scientific Medizintechnik*<sup>70</sup> entwickelten Grundsatz auf und führt ihn einer ausdrücklichen Regelung zu. Während sich die EuGH-Entscheidung noch konkret auf Herzschrittmacher und implantierbare cardioverte Defibrillatoren bezogen hat und somit vor dem Hintergrund der mit dieser Produktkategorie verbundenen besonderen Gesundheits- und Lebensgefahr ergangen ist, erweitert ErwGr 22 S. 5 ProdHaft-RL-E den Anwendungsbereich nun auf sämtliche Produkte bzw. Produktkategorien.<sup>71</sup> Gleichwohl wird auch unter dem ProdHaft-RL-E an der Maßgabe festzuhalten sein, dass zumindest eine normativ zu bestimmende Risikoschwelle überschritten sein muss und nicht bereits »die bloße Möglichkeit eines Ausfalls der [...] implantierten Schrittmacher [...] einen Fehler«<sup>72</sup> begründen kann.<sup>73</sup>

Die fundamentalen Neuerungen des ProdHaft-RL-E ergeben sich allerdings viel mehr aus den zusätzlich aufgeführten Faktoren, die die Gerichte bei der Bestimmung der Fehlerhaftigkeit in Betracht ziehen sollen:

## b) Selbstlernende (KI-)Systeme

Ein gerade für KI-Systeme im Bereich des machine learning wichtiger Faktor für die relevanten Verkehrssicherheitserwartungen stellt deren mögliche autonome Weiterentwicklung nach Inverkehrgabe bzw. Inbetriebnahme dar. Diesem Effekt, der bislang jedenfalls für Rechtsordnungen, die den Entwicklungsfehler ausschlossen wie Deutschland, die Haftung für nach Inverkehrgabe auftretende Probleme, die zu diesem Zeitpunkt nicht vorhersehbar waren, verhindert, wird nunmehr durch Art. 6 Abs. 1 c) ProdHaft-RL-E jedenfalls im Ansatz Rechnung getragen, indem hier besondere Sicherheitserwartungen mit in Betracht gezogen werden sollen.<sup>74</sup> Dementsprechend müssen auch lernende KI-Systeme so konzipiert werden, dass sie ein gefährliches Verhalten des Produktes bzw. KI-Systems verhindern;<sup>75</sup> auf einen »reasonable«-Test stellt der ProdHaft-RL-E dabei nicht ab, ErwGr 23 S. 2 ProdHaft-RL-E.

Ebenso spielt in diesem Zusammenhang die weitere Neuerung des ProdHaft-RL-E in Art. 6 Abs. 1 e) ProdHaft-RL-E zum relevanten Zeitpunkt für die Fehlerhaftigkeit eine wichtige Rolle für solche IT-Produkte, die nach wie vor unter der Kontrolle des Herstellers stehen, was gerade bei zahlreichen verbundenen IT-Produkten, insbesondere KI-Systemen der Fall sein dürfte; hier stellt der ProdHaft-RL-E zutreffend auf den Zeitpunkt ab, indem der Hersteller die Kontrolle über das IT-Produkt bzw. das KI-System aufgibt. Gerade wenn KI-Systeme kontinuierlich hinsichtlich ihrer Datensätze und ihrer Benutzung vom KI-System Hersteller überwacht werden, wozu sie unter Umständen nach dem KI-VO-E sogar verpflichtet sind (»post market monitoring«, Art. 61 KI-VO-E), stehen sie unter der »Kontrolle des

70 EuGH Ur. v. 05.03.2015 – C-503/13, C-504/13, ECLI:EU:C:2015:148 Rn. 41 ff. – Boston Scientific Medizintechnik GmbH/AOK Sachsen-Anhalt ua = CR 2015, 716 (Ls.).

71 Kritisch zu einer Verallgemeinerung dieser Rechtsprechung Wagner in MüKo BGB, 8. Aufl. 2020, ProdHaftG § 3 Rn. 56; ders., JZ 2016, 292.

72 So noch die Schlussanträge des Generalanwalts Bot v. 21.10.2014 – C-503/13, C-504/13, ECLI:EU:C:2014:2306 Rn. 31 – Boston Scientific GmbH/AOK Sachsen-Anhalt u.a.

73 Allgemein zu diesem Erfordernis Wagner in MüKo BGB, 8. Aufl. 2020, ProdHaftG § 3 Rn. 56; ders., JZ 2016, 292 (296 f.).

74 Hofmann, CR 2020, 282 (284); Wagner, AcP 2017, 707 (749 f.); Wagner in MüKoBGB, 8. Auflage 2020, ProdHaftG § 1 Rn. 61.

75 S. auch Whittam »Mind the compensation gap: towards a new European regime addressing civil liability in the age of AI« 30 (2022) International Journal of Law and Information Technology, 249 (256).

Herstellers«, so dass der Hersteller kontinuierlich für die Verkehrssicherheit der IT-Produkte bzw. des KI-Systems zu sorgen hat. Auch hier geht der ProdHaft-RL-E über den KI-Haftungs-RL-E hinaus, der die Anforderungen an die Data Governance (Art. 10 KI-VO-E) nur im Hinblick auf die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich verschuldensabhängiger Haftungstatbestände regelt.

### c) Zusammenspiel mit anderen Komponenten

Quasi »Sprengstoff« für IT-Produkte enthält Art. 6 Abs. 1 d) ProdHaft-RL-E, der im Rahmen der Verkehrssicherheits-erwartungen gerade im Hinblick auf miteinander verbundene Produkte (»interconnected«, ErwGr 23 S. 1 ProdHaft-RL-E) verlangt, dass die vernünftigerweise zu er-wartenden Auswirkungen auf andere Produkte mit betrachtet werden sollen. Da aber IT-Produkte fast notwendigerweise miteinander agieren, stellen sich hier diffizile Fragen, etwa ob der Entwickler eines Betriebssystems die Auswirkungen von anderen IT-Produkten bzw. Software auf das eigene Produkt stets mitberücksichtigen sollte. Da es sich hier um eine kaum zu überblickende Vielzahl von Softwareprodukten handelt, wird dem Kriterium der »vernünftigerweise« zu erwartenden Auswirkungen besonderes Gewicht zukommen. Insoweit wird auf die unter der bisherigen Rechtslage entwickelten Grundsätze zu Instruktions- und Produktbeobachtungspflichten zurückgegriffen werden können: Je größer die vom Produkt und dessen Fehlgebrauch drohende Gefahr, desto intensiver und eindringlicher für den Abnehmer muss die Instruktion bzw. Produktbeobachtung ausfallen – und zwar auch hinsichtlich solcher Gefahren, die erst durch die Kombination des Produkts mit anderen Produkten bzw. Zubehör entstehen.<sup>76</sup> Einschränkend ist jedoch in Bezug auf Software darauf hinzuweisen, dass der an den Pflichtenkatalog anzulegende Maßstab aufgrund der der Entwicklung von Betriebssystemen immanenten Schnelligkeit sowie der Fülle an Kombinationsmöglichkeiten mit anderer Soft- und Hardware restriktiver zu handhaben ist.<sup>77</sup> Die Haftung für Zubehör kommt folglich insoweit allenfalls in Betracht, wenn der Hersteller etwa selbst Schnittstellen für andere Programme vorsieht oder es sich um allgemein gebräuchliche Programme handelt, mit dem der Hersteller von vornherein rechnen muss.<sup>78</sup>

### d) Cybersicherheit und Produktsicherheit

Last but not least schließt Art. 6 Abs. 1 f), ErwGr 24 ProdHaft-RL-E eine Lücke hinsichtlich der Cybersicherheit für Produkte, die allerdings nur auf produktsicherheitsrechtliche Anforderungen referenziert und bislang nur in Ansätzen EU-weit verwirklicht ist; insbesondere der Cybersecurity Act<sup>79</sup> enthält keine verpflichtenden Schemata für Hersteller von IT-Produkten, sondern nur deren freiwillige Befolgung. Hinsichtlich von KI-Systemen verlangt indes Art. 15 KI-VO-E explizit die »Robustheit, Integrität und Cybersicherheit«, so dass diesbezüglich auch die relevanten Sicherheits-erwartungen des Verkehrs im Sinne des ProdHaft-RL-E definiert werden. Auch der neue Vorschlag eines Cyberresilience Acts (CRA-E), der explizit Sicherheitsanforderungen für Produkte vorsieht, wird hier wesentliche Verbesserungen bringen, die offensichtlich bereits mit dem ProdHaft-RL-E und erst recht mit dem KI-VO-E verzahnt sind.

### e) Entwicklungsfehler

Etwas versteckt nimmt der ProdHaft-RL-E in Art. 10 Abs. 1 e) nach wie vor den sog. Entwicklungsfehler aus der Haftung des Herstellers heraus; demnach kann sich der Hersteller darauf berufen, dass nach dem objektiven Stand von Wissenschaft und Technik zum Zeitpunkt der Inverkehrgabe oder zu der Zeit, in der das Produkt unter der Kontrolle

76 BGH v. 16.06.2009 - VI ZR 107/08 Rn. 24 = BGHZ 181, 253; BGH v. 24.01.1989 - VI ZR 112/88 = BGHZ 106, 273; BGH v. 16.12.2008 - VI ZR 170/07 = BGHZ 179, 157; Spindler in BeckOGK, Stand 01.07.2022, BGB § 823 Rn. 654 ff.; Möllers, VersR 2000, 1177 (1181).

77 Droste, CCZ 2015, 105 (107); ähnlich BGH v. 09.12.1986 - VI ZR 65/86 = BGHZ 99, 167; in diese Richtung auch Wagner JZ 2023, 1 (5).

78 Spindler, Verantwortlichkeiten von IT-Herstellern, Nutzern und Intermediären, Studie im Auftrag des BSI, 2007, S. 62 f. mwNachw.

79 Verordnung (EU) 2019/881 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über die ENISA (Agentur der Europäischen Union für Cybersicherheit) und über die Zertifizierung der Cybersicherheit von Informations- und Kommunikationstechnik und zur Aufhebung der Verordnung (EU) Nr. 526/2013 (Rechtsakt zur Cybersicherheit), Abl. Nr. L 151 v. 07.06.2019, 15.

des Herstellers stand, ein Produktfehler nicht erkennbar war. Anders als nach der alten ProdHaftRL, die ebenfalls die Ausnahme für den Entwicklungsfehler als Option für die Mitgliedstaaten vorsah<sup>80</sup>, ist diese Ausnahme aber nunmehr zwingender Natur, mithin von allen Mitgliedstaaten umzusetzen.<sup>81</sup> Entscheidend wird daher der Stand von Wissenschaft und Technik<sup>82</sup> sein, der allerdings nicht notwendigerweise mit dem deutschen Verständnis parallel läuft. Der ProdHaft-RL-E sieht zudem ausdrücklich einen objektiven Standard vor, was gerade angesichts der inzwischen bestehenden Möglichkeiten, sich allen öffentlich zugänglichen Quellen zu unterrichten, eine enorme Verschärfung bedeutet.<sup>83</sup> Dies ist für KI-Systeme, die selbst lernen, von nicht zu unterschätzender Bedeutung, da gerade deren Fortentwicklung nach Markteinführung zur Annahme von Entwicklungsfehlern führen kann.<sup>84</sup>

#### f) Updates und Upgrades, maschinelles Lernen

Von dem Entwicklungsfehler zu unterscheiden, bei dem der Fehler schon bei Inverkehrgabe vorlag, aber nicht entdeckt werden konnte, ist der Fall, wenn der Fehler des Produktes erst nachträglich, also nach Inverkehrgabe auftrat. Im Grundsatz sieht Art. 10 Abs. 1 c) ProdHaft-RL-E auch hier eine Haftungsbefreiung aller Beteiligten vor, was allerdings durch Art. 10 Abs. 2 ProdHaft-RL-E erheblich – und zu Recht – relativiert wird: Demnach greift die Haftungsbefreiung nicht ein, wenn während der Kontrolle des Herstellers über das Produkt die Fehlerhaftigkeit durch einen verbundenen Dienst, durch Software einschließlich Updates oder Upgrades oder durch deren Fehlen hervorgerufen wird, sofern die Sicherheit des Produktes in Rede steht. ErwGr 37 S. 3 ProdHaft-RL-E zählt hierzu auch maschinelles Lernen, solange das KI-Produkt bzw. System unter der Kontrolle des Herstellers steht.

Implizit führt der ProdHaft-RL-E damit eine nichtvertragliche Pflicht für Updates zur Sicherheit ein, da ansonsten das IT-Produkt als fehlerhaft gelten muss.<sup>85</sup> Allerdings hängt hier viel davon ab, ob das IT-Produkt nach wie vor unter der Kontrolle des Herstellers steht – denn nur dann greift die Rückausnahme ein. Damit steht es einem Hersteller nach wie vor frei, sich nicht für einen dauerhaften Support bzw. Updates zu entscheiden. Andererseits verweist ErwGr 38 S. 3 ProdHaft-RL-E ausdrücklich auf die Medizinprodukte-Verordnung, hier Anhang I Kapitel I Nr. 3 (EU) 2017/745<sup>86</sup> und verlangt von den Herstellern die Bereitstellung von Sicherheitsupdates, gerade im Hinblick auf Cybersicherheitsrisiken – indes ist die Medizinprodukte-VO hier nicht besonders klar, da sie nur Verlässlichkeit der elektronischen Komponenten einschließlich Software verlangt, worunter auch Sicherheitsupdates subsumiert werden können.<sup>87</sup> Demgegenüber geht der Vorschlag eines Cyberresilience Acts offenbar von einer produktsicherheitsrechtlichen Pflicht zu lebenslangen Updates aus, Annex I Ziff. 1 k) iVm Art. 5 des Vorschlags, was allerdings durch die Beschränkung auf eine fünfjährige Pflicht zur Überprüfung der Einhaltung der Anforderungen durch die Hersteller erheblich relativiert wird, Art. 10 Abs. 6, 12, Art. 23 Abs. 2 CRA E.<sup>88</sup>

ErwGr 38 S. 4 ProdHaft-RL-E stellt aber den – selbstverständlichen – Grundsatz fest, dass die Haftung ausscheiden muss, wenn der IT-Produktnutzer bzw. -eigentümer nicht das Update installiert. Wie allerdings mit den Fällen um-

80 Vgl. die Umsetzung von Art. 7 lit. e ProdHaft-RL in § 1 Abs. 2 Nr. 5 ProdHaftG, ohne dass von der Öffnungsklausel in Art. 15 Abs. 1 lit. b ProdHaft-RL Gebrauch gemacht wurde; Zur deutschen Umsetzung s. Wagner in MüKo BGB, 8. Aufl. 2020, ProdHaftG § 1 Rn. 51 ff.; Ehring in Ehring/Taeger, Produkthaftungs- und Produktsicherheitsrecht, 1. Aufl. 2022, § 1 Rn. 97 ff.; Förster in Hau/Poseck BeckOK BGB, 63. Ed. 01.08.2022, § 1 ProdHaftG Rn. 53 ff.

81 Krit. daher ELI, Feedback on the European Commission's Proposal for a Revised Product Liability Directive, 2022, S. 20.

82 Vgl. zur insoweit maßgeblichen Differenzierung im Deutschen Recht insb. BVerfG Beschl v. 08.08.1978 – 2 BvL 8/77 = BVerfGE 49, 89 = NJW 1979, 359 (362) – Kalkar; BGH v. 05.02.2013 – VI ZR 1/12 Rn. 13 = NJW 2013, 1302; BGH v. 16.06.2009 – VI ZR 107/08 Rn. 15 ff. = BGHZ 181, 253 mwNachw.; Spindler in BeckOGK, Stand 01.07.2022, BGB § 823 Rn. 633 ff.; Wagner in MüKo BGB, § 823 Rn. 953; Klindt/Handorn, NJW 2010, 1105; Marburger, Die Regeln der Technik im Recht, 1979, S. 429 ff.

83 ELI, Feedback on the European Commission's Proposal for a Revised Product Liability Directive, 2022, S. 20.

84 Von Westphalen, ZIP 2019, 889 (892); wesentlich enger aber Grützmaker, CR 2016, 695 (696); siehe auch Zech, ZfPW 2019, 198 (213); ders., Gutachten A zum 73. Deutschen Juristentag, 2020, S. A 71 f.

85 Ebenso die Einschätzung von Borges, DB 2022, 2650 (2653); Wagner JZ 2023, 1 (6 f.).

86 Verordnung (EU) 2017/745 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2017 über Medizinprodukte, zur Änderung der Richtlinie 2001/83/EG, der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 und der Verordnung (EG) Nr. 1223/2009 und zur Aufhebung der Richtlinien 90/385/EWG und 93/42 EWG des Rates, Abl. Nr. L 117 v. 05.05.2017, 1.

87 Wiebe, NJW 2019, 625 (626).

88 S. dazu auch Zirnstein..., CR 2022.

zugehen ist, in denen der Nutzer keine Kenntnis von bereitgestellten Updates erhält, bleibt offen, ebenso wie der Hersteller diesen Nachweis führen können soll. Auch dies spräche eher dafür, die Haftung für Updates auf die Fälle zu beschränken, in denen der Hersteller nach wie vor die Kontrolle über das IT-Produkt ausübt.

## 4. Haftungsadressaten

Auch hinsichtlich der Haftungsadressaten enthält der ProdHaft-RL-E manch interessante Neuerung: Neben dem tradierten Herstellerbegriff und der Haftung der Importeure erstreckt der ProdHaft-RL-E die Haftung nunmehr ausdrücklich auch auf sog. »fulfilment provider«, also Dienste, die der logistischen Unterstützung eines Produktimports dienen (ohne selbst Importeur zu sein), bis hin zur etwaigen Haftung von Online-Plattformen.

### a) Hersteller, insbesondere Softwareentwickler

Zunächst greift Art. 7 Abs. 1 ProdHaft-RL-E den Hersteller als tradierten Haftungsadressaten auf, der in Art. 4 Nr. 11 ProdHaft-RL-E näher definiert wird. Insoweit enthält der ProdHaft-RL-E keine Überraschungen, da ebenso wie schon in der noch geltenden ProdHaft-RL auch die Entwickler ebenso wie diejenigen erfasst sind, die fremde Produkte unter einem eigenen Namen oder Marke vertreiben (»Quasi-Hersteller«).<sup>89</sup>

### b) Zulieferer, insbesondere Diensteanbieter

Auch wenn auf den ersten Blick sich bei der gemeinsamen, gesamtschuldnerischen Haftung von Herstellern und Zulieferern ebenfalls nichts geändert hat, Art. 7 Abs. 1 S. 2 ProdHaft-RL-E, darf nicht übersehen werden, dass durch die Ausdehnung des Produkt- und des Komponentenbegriffs (ErwGr 26 ProdHaft-RL-E) z.B. auf verbundene IT-Dienste<sup>90</sup> sich eine ganz erhebliche Erweiterung der Haftungsadressaten damit verbindet. Bezogen auf KI-Systeme können etwa Datenzulieferer ohne weiteres dem Zuliefererbegriff und damit der strengen verschuldensunabhängigen Haftung unterfallen, aber auch andere verbundene Dienste.

### c) Ausdehnung des Importeurbegriffs auf »fulfilment providers«

Signifikant ist ferner die (subsidiäre) Ausdehnung der auch im ProdHaft-RL-E enthaltenen Haftung des Importeurs (Art. 7 Abs. 2) auf die sog. »Fulfilment provider«, die die logistische Abwicklung des Imports eines Produkts übernehmen, sofern weder Hersteller noch Importeur in der EU ansässig sind, Art. 7 Abs. 3 ProdHaft-RL-E. Art. 4 Ziff. 14 ProdHaft-RL-E definiert diesen Begriff näher als kommerzielle Dienste, die zumindest zwei der Kriterien »warehousing, packaging, addressing and dispatching of a product« erfüllen, wobei jegliche Fracht- und Postdienste aber ausgenommen sind.<sup>91</sup> So könnten etwa auf Amazon Marketplace diese Kriterien zutreffen, wenn Amazon Fremdprodukte lagert und diese dann an den Endkunden ausliefert, wenn der eigentliche Händler nicht in der EU ansässig ist. Die alte Produkthaftungs-RL kannte den Begriff des »Fulfilment providers« einerseits gar nicht und andererseits musste die Importeurstätigkeit nach Art. 4 Abs. 2 ProdHaft-RL »zum Zweck des Verkaufs, der Vermietung, des Mietkaufs oder in anderer Form des Vertriebs mit wirtschaftlichem Zweck« erfolgen. Mithin kam es maßgeblich auf die Kontrolle des Imports und nicht lediglich dessen Durchführung an.<sup>92</sup>

<sup>89</sup> Vgl. Art. 3 Abs. 1 ProdHaft-RL 85/374/EEC zuletzt geändert durch RL 1999/34/EG, § 4 Abs. 1 S. 2 ProdHaftG; dazu Wagner in MüKo BGB, 8. Aufl. 2020, ProdHaftG § 4 Rn. 33 ff.; Spickhoff in BeckOGK, Stand 01.05.2021, ProdHaftG § 4 Rn. 26 ff.

<sup>90</sup> S. dazu oben II.C.1.b).

<sup>91</sup> Krit. zur Ausnahme ELI, Feedback on the European Commission's Proposal for a Revised Product Liability Directive, 2022, S. 12.

<sup>92</sup> OGH v. 26.01.1995 – 6 Ob 636/94 = JBI. 1995, 456 (457); Wagner in MüKo BGB, 8. Aufl. 2020, ProdHaftG § 4 Rn. 45; Borges in BeckOK IT-Recht, 7. Ed. 01.10.2021, § 4 ProdHaftG Rn. 47; v. Westphalen, NJW 1990, 83 (89).

Die Kommission will mit der neuen Regelung zu Recht eine Lücke schließen, die gerade durch solche Geschäftspraktiken entstanden sind, in denen ein klassischer Importeur in der EU nicht aufzufinden ist, wohl aber diese Dienstleister Teile deren Aufgaben übernehmen, ohne selbst als Importeur qualifiziert werden zu können. Die Kommission bedient sich dabei des parallelen Ansatzes in der Marktüberwachungs-VO<sup>93</sup>, die in den Art. 4–7 ebenfalls die »Fulfilment-Dienstleister« i.S.v. Art. 3 Nr. 11 VO (EU) 2019/1020 in die Pflicht nimmt. ErwGr 27 ProdHaft-RL-E will aber diese »Fulfilment-Dienstleister« nur dann haftbar machen, wenn sie nicht einen Hersteller oder Importeur in der EU benennen können. Dabei kommt es wie in der Marktüberwachungs-VO nicht auf einen dauerhaften Einsatz des »fulfilment«-Dienstleisters für den Hersteller an.<sup>94</sup>

#### d) Online-Plattformen

Noch weiter geht Art. 7 Abs. 6, ErwGr 28 ProdHaft-RL-E, der auch Online-Plattformen, die Fernabsatzverträge ermöglichen, in die Pflicht nimmt, allerdings im Einklang mit Art. 6 Abs. 3 des Digital Services Act. Entscheidend ist demnach – im Gefolge der Wathelet-Entscheidung des EuGH<sup>95</sup> –, ob der Verbraucher die Plattform als eigentlichen Anbieter wahrnimmt oder der Händler bzw. Hersteller unter der Aufsicht der Plattform steht.<sup>96</sup> Diese Vorschrift steht auch im Einklang mit dem Vorschlag einer allgemeinen Produktsicherheits-VO,<sup>97</sup> die in Art. 20 Abs. 5 a) vorsieht, dass Online Marktplätze »den Namen«, den eingetragenen Handelsnamen oder die eingetragene Handelsmarke des Herstellers sowie eine Postanschrift oder E-Mail-Adresse, unter der er kontaktiert werden kann« bereithalten müssen. ErwGr 36 stellt ferner klar, dass die Online-Marktplätze darauf achten sollen, dass zu Zwecken der Produktverfolgbarkeit die Unternehmer ihren Informationspflichten nach dem DSA und dem VO-E nachkommen und keine (Produkt-)Einträge von Unternehmern zulassen, die die entsprechenden Informationspflichten nicht nachkommen. »Der Online-Marktplatz sollte allerdings nicht dafür verantwortlich sein, die Vollständigkeit, Richtigkeit oder Genauigkeit der Informationen selbst zu überprüfen, da die Pflicht zur Rückverfolgbarkeit der Produkte nach wie vor beim Unternehmer liegt« (ErwGr 36 S. 5 Allgemeine Produktsicherheits-VO-E). Die Haftung nach der ProdHaft-RL bleibt nach Art. 39 Abs. 2 Allgemeine Produktsicherheits-VO-E ausdrücklich unberührt.

Voraussetzung ist aber ferner durch den Verweis auf Art. 7 Abs. 5 ProdHaft-RL-E, dass der Geschädigte fruchtlos innerhalb einer Frist von einem Monat zuvor den Plattformbetreiber aufgefordert hat, die Identität des Herstellers/Importeurs etc. offenzulegen. Andererseits hält ErwGr 28 S. 2 ProdHaft-RL-E fest, dass die Haftungsprivilegierungen des Digital Service Act anwendbar bleiben, wenn sie nur eine Intermediär-Rolle einnehmen. Besonderheiten für KI-Systeme ergeben sich hier nicht.

#### e) Keine Ausnahme für KMUs

Explizit ausgeschlossen hat die Kommission in ihrem Vorschlag dagegen eine Ausnahme für KMUs – und zwar mit dem zutreffenden Grund, dass es für einen Geschädigten irrelevant ist, ob er den Schaden durch ein größeres oder ein kleines Unternehmen erlitten hat.<sup>98</sup> In der Tat ist es im Sinne der Internalisierung von externen Effekten (also Schäden) gleichgültig, welche Größe der Schädiger hat.

93 Verordnung (EU) 2019/1020 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 über Marktüberwachung und die Konformität von Produkten sowie zur Änderung der Richtlinie 2004/42/EG und der Verordnungen (EG) Nr. 765/2008 und (EU) Nr. 305/2011, Abl. Nr. L 169 v. 25.06.2019, 1

94 Krit. aber – indes ohne Bezug zur Marktüberwachungs-VO ELI, Feedback on the European Commission's Proposal for a Revised Product Liability Directive, 2022, S. 12, die eine dauerhafte Verbindung befürworten.

95 EuGH Urt. v. 09.11.2016 – C-149/15, ECLI:EU:C:2016:840 – Sabrina Wathelet/Garage Bietheres & Fils SPRL; Pods-zun/Offergeld, ZEuP 2022, 244 (258).

96 Näher dazu Spindler, GRUR 2021, 545 (549); Busch, EuCML 2021, 109 (111, 114); Rössel, ITRB 2021, 35 (36); Spindler/Gerdemann, GRUR 2023, erscheint demnächst.

97 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die allgemeine Produktsicherheit, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1025/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 87/357/EWG des Rates und der Richtlinie 2001/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, COM (2021) 346 final vom 30.06.2021.

98 EU-Kommission, Begründung zum ProdHaft-RL-E, COM (2022) 495 final, S. 10 f.

## f) Modifizierung von Produkten, insbesondere von Recycling-Produkten

Auf ein auf den ersten Blick außerhalb des IT-Bereichs liegendes Problem ist Art. 7 Abs. 4 ProdHaft-RL-E ausgerichtet, der festhält (bzw. klarstellt),<sup>99</sup> dass Modifikationen eines bereits in den Verkehr gebrachten Produktes bzw. außerhalb der Kontrolle des Herstellers ist, die Auswirkungen auf die Produktsicherheit haben, ebenfalls als ein neues Produkt zu gelten hat. Dabei orientiert sich der Vorschlag an den entsprechenden Regelungen in den Entwürfen eines AI-Acts (Art. 28 Abs. 1 c)) sowie einer neuen Maschinen-VO (Art. 15).<sup>100</sup> Angesichts von Modifikationen gerade von IT-Produkten oder Diensten bzw. Komponenten, was ErwGr 29 S. 2 ProdHaft-RL-E gerade für Upgrades festhält, findet diese Neuerung aber auch durchaus Anwendung im IT-Bereich – auch wenn der Open Source-Bereich explizit ausgenommen ist. Art. 10 Abs. 1 g), Er-wGr 29 S. 4 ProdHaft-RL-E beschränkt die Haftung desjenigen, der das Produkt modifiziert hat, auf den entsprechenden geänderten Teil des Produktes.

Für die Haftung von KI-Systemen kann diese Erweiterung bedeutsam sein, wenn der Hersteller selbst nicht das KI-System kontrolliert, aber ein Dritter das KI-System mit neuen Datensätzen trainiert bzw. »fortbildet« – wie dann allerdings die geänderten von den nicht geänderten Teilen der Systeme getrennt werden können, erscheint in der Praxis kaum durchführbar.

Keine ausdrückliche Aufnahme hat dagegen das sog. »Refurbishment« im Sinne einer »Wieder-Auffrischung« des Produktes gefunden, was nicht mit einer wesentlichen Modifizierung des Produktes gleichzusetzen ist.<sup>101</sup>

## 5. Haftungsausnahmen

Auch die Haftungsausnahmen werden teilweise von der alten ProdHaft-RL<sup>102</sup> übernommen, teilweise aber erheblich vor allem im Hinblick auf die Erweiterung des Produktbegriffs um verbundene Dienste und Software modifiziert.

Der Grundsatz, dass ein Hersteller oder Importeur nicht haftbar gemacht werden kann, wenn er nachweist, dass er selbst nicht das Produkt in den Verkehr gebracht hat, bleibt unangestastet, Art. 10 Abs. 1 a) ProdHaft-RL-E.<sup>103</sup> Gleiches gilt für Händler, Art. 10 Abs. 1 b) ProdHaft-RL-E. Ebenso fortgeführt wird die Haftungsausnahme für den Fall, dass die Fehlerhaftigkeit des Produktes aus zwingenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften resultiert, Art. 10 Abs. 1 d) ProdHaft-RL-E.<sup>104</sup>

Ebenfalls bekannt ist die Haftungsausnahme für Zulieferer (bzw. »Komponenten«) in Art. 10 Abs. 1 f) ProdHaft-RL-E, wenn die Fehlerhaftigkeit der Komponente aus dem Design des Hauptproduktes oder den Instruktionen dessen Herstellers rührt.<sup>105</sup>

Wie bereits erwähnt, sieht die ProdHaft-RL-E aber nach wie vor die Ausnahme für Entwicklungsfehler vor – allerdings nunmehr zwingender Natur für die Mitgliedstaaten und nicht als Option.<sup>106</sup> Ebenso modifiziert wurden die Haftungsausnahmen für Updates und Upgrades, wie oben beschrieben.

99 Zur ähnlichen Diskussion unter der ProdHaft-RL Rebin in Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann BeckOGK, Stand 01.09.2022, ProdHaftG § 2 Rn. 11: abhängig von Einzelfallumständen.

100 Vorschlag für eine Verordnung des EU-Parlaments und des Rates über Maschinenprodukte vom 21.04.2021, COM (2021) 202 final.

101 S. dazu ELI, Feedback on the European Commission's Proposal for a Revised Product Liability Directive, 2022, S. 17.

102 Vgl. die Vorgängerregelung in Art. 7 ProdHaft-RL 85/374/EEC zuletzt geändert durch RL 1999/34/EG.

103 Vgl. die Vorgängerregelung in Art. 7 lit. a ProdHaft-RL 85/374/EEC zuletzt geändert durch RL 1999/34/EG.

104 Vgl. die Vorgängerregelung in Art. 7 lit. d ProdHaft-RL 85/374/EEC zuletzt geändert durch RL 1999/34/EG.

105 Vgl. die Vorgängerregelung in Art. 7 lit. f ProdHaft-RL 85/374/EEC zuletzt geändert durch RL 1999/34/EG.; s. zur Umsetzung in § 1 Abs. 3 S. 1 ProdHaftG Seibl in BeckOGK, Stand 01.10.2022, ProdHaftG § 1 Rn. 129 ff.; Wagner in MüKo BGB, 8. Aufl. 2020, ProdHaftG § 1 Rn. 63 ff.

106 Krit. daher ELI, Feedback on the European Commission's Proposal for a Revised Product Liability Directive, 2022, S. 20.

Neu dagegen – aber im Prinzip selbstverständlich – ist Art. 10 Abs. 1 g) ProdHaft-RL-E, der für Modifikationen eines Produktes die Haftung des »Neu«-Herstellers auf die modifizierten Teile beschränkt. Dies kann allerdings gerade für IT-Produkte, die fortentwickelt wurden, erhebliche Probleme aufwerfen, wie die neuen Code-Bestandteile von den alten getrennt werden sollen.

## 6. Offenlegungspflichten sowie Darlegungs- und Beweislast

Eine der weiteren wichtigen Stellschrauben in der Produkthaftung betrifft die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast, die hinsichtlich der Fehlerhaftigkeit und der Kausalität bislang den Geschädigten in vollem Umfang traf<sup>107</sup>, was gerade für IT-Produkte und erst recht für KI-Systeme ein erhebliches Hindernis für Geschädigte darstellt.<sup>108</sup>

### a) Grundsätze und Darlegungslasterleichterungen

An sich hält der ProdHaft-RL-E in Art. 9 Abs. 1 an dem Grundsatz fest, dass der Geschädigte sowohl die Fehlerhaftigkeit, die Rechtsgutsverletzung und den Schaden sowie die Kausalität zu beweisen hat. Allerdings erkennt die Kommission die gerade eben beschriebenen praktischen Probleme eines Geschädigten, der kaum Zugang zu Informationen hat, die ihm die Darlegung der Fehlerhaftigkeit eines (IT-)Produktes erlauben würden, ebenso die Kausalität zwischen dem Fehler des Produktes und der Rechtsgüterverletzung, ErwGr 30 S. 2, 3 ProdHaft-RL-E (»information asymmetry«). Die Kommission geht dieses Problem mit zwei Lösungen an, einmal eine Erleichterung der Darlegungslast durch die Einführung einer Pflicht zur Offenlegung von Informationen des etwaigen Schädigers (Art. 8), zum anderen durch Beweisvermutungen und prima-facie-Beweisanordnungen in Art. 9 ProdHaft-RL-E.

### b) Offenlegungspflichten

So verpflichtet Art. 8 Abs. 1 ProdHaft-RL-E die Mitgliedstaaten dazu, dass die Gerichte einen potentiellen Schädiger bzw. Beklagter auf den Antrag des Klägers hin, der plausibel darlegen kann, dass er einen Anspruch auf Schadensersatz hat, zur Preisgabe und Offenlegung von relevanten Tatsachen verpflichten können. Dies ähnelt zwar im Ansatz dem US-amerikanischen pretrial disclosure-Verfahren, hängt aber doch entscheidend von einer anhängigen Klage ab.<sup>109</sup> Die vorzulegenden Unterlagen umfassen aber nicht nur die schon beim Beklagten vorhandenen Belege, sondern können auch neu zu schaffende Unterlagen oder Berichte umfassen, ErwGr 31 S. 2 ProdHaft-RL-E.

Um die Vorlage von Tatsachen etc. aber nicht ausufern zu lassen – wie es gerade aus den pretrial disclosure-Verfahren bekannt ist<sup>110</sup> – beschränkt Art. 8 Abs. 2 ProdHaft-RL-E diese Pflicht ausdrücklich auf die notwendigen und verhältnismäßigen Tatsachen, um die Klage zu substantieren.<sup>111</sup> Besonderes Augenmerk schenkt Art. 8 Abs. 3, 4 ProdHaft-RL-E dabei der Einhaltung von Geschäftsgeheimnissen und dem Schutz vertraulicher Informationen, die allerdings nach Art. 8 Abs. 4 ProdHaft-RL-E kein unüberwindbares Hindernis darstellen sollen, da die Mitgliedstaaten

<sup>107</sup> Art. 4, 7 ProdHaft-RL 85/374/EEC zuletzt geändert durch RL 1999/34/EG; zur Umsetzung uA in § 1 Abs. 4 ProdHaftG Seibl in BeckOGK, Stand 01.10.2022, ProdHaftG § 1 Rn. 141 ff.; Wagner in MüKo BGB, 8. Aufl. 2020, ProdHaftG § 1 Rn. 77 ff.; Borges in BeckOK IT-Recht, 7. Ed. 01.10.2021, § 1 ProdHaftG Rn. 93 ff.; der Geschädigte trägt die Beweislast für das Vorliegen des Produktfehlers, den Schaden, den Kausalzusammenhang, vgl. BGH v. 05.02.2013 – VI ZR 1/12 Rn. 19 = NJW 2013, 1302; OLG Brandenburg v. 14.12.2015 – 1 U 8/13 = NJW-RR 2016, 220 (221); OLG Frankfurt a. M. v. 08.06.1993 – 14 U 116/92 = NJW-RR 1994, 800 (801); der Hersteller trägt die Beweislast für das Vorliegen eines Ausschlussstatbestandes nach § 1 Abs. 2, 3 ProdHaftG.

<sup>108</sup> Spindler, Verantwortlichkeiten von IT-Herstellern, Nutzern und Intermediären, Studie im Auftrag des BSI, 2007, S. 76 f.; Spindler in Karlsruher Forum 2010: Haftung und Versicherung im IT-Bereich, S. 39 f.

<sup>109</sup> Anders anscheinend die Einschätzung von Borges, DB 2022, 2650 (2651), der dies wohl auch auf das vorgerichtliche Verfahren erstrecken will.

<sup>110</sup> Schack, Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 111; Prütting, AnwBl 2008, 153 (154 ff.); ferner Doughan, Deutsche Unternehmen und die US-amerikanische Discovery, 2019, S. 102 ff., 125; Eschenfelder, Beweiserhebung im Ausland und ihre Verwertung im inländischen Zivilprozess, 2002, S. 43 ff.

<sup>111</sup> Gottwald in Nagel/Gottwald, Internationales Zivilprozessrecht, 8. Aufl. 2020, Internationales Beweisrecht § 10 Rn. 10.24 ff.; Schack, Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht, 5. Aufl. 2020, S. 48 ff., Adler in FS Wegen, 2015, S. 569 ff.

ebenfalls verpflichtet werden, indem Gerichte ermächtigt werden sollen, »spezifische Maßnahmen« zum Schutz der Vertraulichkeit zu ergreifen, wenn der Beklagte zur Preisgabe der vertraulichen Informationen verpflichtet wird. Dies ist in Deutschland etwa in Patentrechts-Verfahren bereits durch das »in-camara«-Verfahren bekannt, indem ein zur beruflichen Verschwiegenheit verpflichtete Dritter Einsicht in die Unterlagen nehmen kann.<sup>112</sup> Allerdings geht ErwGr 32 S. 2 ProdHaft-RL-E noch weiter, indem die Kommission eine Beschränkung des Zugangs zu den geheimen Unterlagen auf einen bestimmten Personenkreis offenbar für ausreichend hält oder indem nur redaktionell bearbeitete Protokolle von Beweisaufnahmen oder Anhörungen zugelassen werden.

Jedenfalls verlangt ErwGr 32 S. 3 ProdHaft-RL-E eine umfassende Abwägung der Interessen des Klägers und des Beklagten, insbesondere der Auswirkungen auf die Klage ebenso wie potentielle Schäden für den Beklagten oder betroffene Dritte.

Demgegenüber wird im US-amerikanischen Zivilprozessrecht ein viel extensiverer Ansatz verfolgt. Neben prozessunbeteiligten Dritten, die im pretrial disclosure-Verfahren herangezogen werden können<sup>113</sup>, unterliegen die von den Parteien zur Verfügung zu stellenden Dokumente und Informationen kaum Beschränkungen<sup>114</sup> und erst recht kaum Sicherheitsvorkehrungen<sup>115</sup>, um etwa Geschäftsgeheimnisse zu schützen.<sup>116</sup>

So löblich der europäische Ansatz ist, gerät er doch durch die relativ niedrigen Hürden für die Wahrung der Geschäftsgeheimnisse tendenziell zu weit; vorzugswürdig wäre – wie beschrieben – eine ausschließliche Betrauung von zur Verschwiegenheit verpflichteten Dritten. Auch erscheint die potentielle Reichweite von Art. 8 ProdHaft-RL-E noch zu wenig konturiert, da er zwar die Schranke der Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit vorsieht, die aber in der Praxis zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen dürften, da Geschädigte zunächst »ins Blaue hinein« entsprechende Anträge stellen dürften, um an entsprechende Informationen zu gelangen. Viel hängt hier von den Anforderungen an einen entsprechenden Antrag des Klägers und dessen Substantiierung ab, ob z.B. pauschale Herausgabeverlangen genügen oder der Antrag sich etwa auf die Offenbarung des Source Codes oder der Datensätze beschränken muss.

Ebenso wenig ist geklärt, wie sich ex post herausstellende unverhältnismäßige Herausgabe von Unterlagen sanktioniert werden können, insbesondere ob Kläger Schadensersatz zu leisten hätten. Eine Haftung ist gleichwohl bei der zulässigen Wahrnehmung von Rechtsmitteln kaum vorstellbar. In den zur Haftung wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung (§ 826 BGB) entschiedenen Fällen wurde daher stets zurecht auf den Missbrauch einer formalen oder verfahrensrechtlichen Stellung abgestellt.<sup>117</sup> Es müssen also besonders verwerfliche Umstände<sup>118</sup> hinzutreten.<sup>119</sup>

Gerade für die Herstellerhaftung für KI-Systeme, aber auch andere IT-Produkte, hat diese Neuerung erhebliches Gewicht, da Kläger hier grundsätzlich Zugang zum Source-Code verlangen dürfen, ebenso die Herausgabe von Trai-

112 BGH v. 16.11.2009 – X ZB 37/08 = BGHZ 183, 153; s. dazu Meier-Beck, GRUR 2010, 1041 (1046 f.); Stadler in Musielak/Voit/Stadler, 19. Aufl. 2022, ZPO § 142 Rn. 7a; Deichfuß, GRUR 2015, 436; im Kontext des PL-D s. auch Wagner JZ 2023, 1 (9).

113 Zekoll/Bolt, NJW 2002, 3129 (3133); Schack, Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 111.

114 Vgl. FRCP 26 (b) (1): »Parties may obtain discovery regarding any matter, not privileged, that is relevant to the claim or defense of any party, including the existence, description, nature, custody, condition, and location of any books, documents, or other tangible things and the identity and location of persons having knowledge of any discoverable matter.«

115 Den Gerichten steht hier das Instrument der protective orders zur Verfügung, die in der Praxis jedoch nur selten eingesetzt werden, vgl. Nolte, Discovery Abuse Under the Federal Rules: Causes and Cures, 92 Yale L. J. 1982, 352 (374).

116 Schack, Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 111.

117 BGH v. 03.07.1990 – XI ZR 302/89 = BGHZ 112, 54 (57); BGH v. 05.03.1958 – IV ZR 307/57 = BGHZ 26, 391 (396); BSG v. 26.09.1986 – 2 RU 45/85 = NJW 1987, 2038 (2039 f.); betr. einen Schiedsspruch OLG Köln v. 07.08.2015 – 1 U 76/14 = SchiedsVZ 2015, 295 (297); LAG Schleswig-Holstein v. 19.08.2015 – 3 Sa 90/15 = BeckRS 2015, 73268 Rn. 28; Die Titelveschaffung durch das Mahnverfahren betr. BGH v. 29.06.2005 – VIII ZR 299/04 = NJW 2005, 2991; BGH v. 11.11.2003 – VI ZR 371/02 = NJW 2004, 446 (447) im Anschluss an BGH v. 25.03.2003 – VI ZR 175/02 = BGHZ 154, 269 (274).

118 Seit RG v. 07.10.1940 – IV 201/40 = RGZ 165, 26 (28) spricht das RG von »besonderen Umständen«, vgl. dazu und zur Entwicklung dieses Begriffs in der Rspr. Foerste FS Werner, 2009, 426 (427 f.).

119 BGH v. 29.06.2005 – VIII ZR 299/04 = NJW 2005, 2991 (2993 f.); BGH v. 24.09.1987 – III ZR 187/86 = BGHZ 101, 380 (384); OLG Köln v. 07.08.2015 – 1 U 76/14 OLG = SchiedsVZ 2015, 295 (297); OLG Hamm v. 11.08.2015 – 28 U 136/14 Rn. 63 = NJOZ 2016, 58; KG v. 05.11.2012 – 26 U 97/11 Rn. 32 ff.; vorgehend LG Berlin v. 06.05.2011 – 22 O 122/09; Musielak in Musielak/Voit, 19. Aufl. 2022, ZPO § 322 Rn. 91 mwN; Gottwald in MüKo ZPO, 6. Aufl. 2020, ZPO § 322 Rn. 223 ff., 228; Foerste FS Werner, 2009, 426 (428) mwN.

nings- und Validierungsdaten oder verwandter Algorithmen sowie Dokumentationen über das Verhalten der KI-Systeme während des Trainings, aber auch später nach Markteinführung.

### c) Beweiserleichterungen, insbesondere widerlegbare Vermutungen

Der ProdHaft-RL-E sieht aber auch signifikante Beweiserleichterungen vor, etwa die widerlegliche (Art. 9 Abs. 5) Vermutung der Fehlerhaftigkeit des Produktes, wenn der Beklagte entgegen einer Anordnung nach Art. 8 Abs. 1 ProdHaft-RL-E keine Unterlagen vorlegt, Art. 9 Abs. 2 a) ProdHaft-RL-E. Ferner sollen widerlegbare Vermutungen für die Fehlerhaftigkeit des Produktes eingreifen, wenn der Kläger nachweist, dass das Produkt nicht produktsicherheitsrechtlichen Vorschriften entspricht, die gegen den eingetretenen Schaden schützen sollen, Art. 9 Abs. 2 b) ProdHaft-RL-E. Dazu zählt ErwGr 33 S. 6 ProdHaft-RL-E etwa das Fehlen von Dokumentations- bzw. Aufzeichnungsvorrichtungen – für KI-Systeme etwa in Art. 11, 12 KI-VO-E festgehalten, so dass die Verletzung dieser Pflichten in einer Vermutung der Fehlerhaftigkeit mündet. Gleiches soll gelten, wenn der Kläger eine »offensichtliche Fehlfunktion« des Produktes bei normalen Gebrauch nachweisen kann, Art. 9 Abs. 2 c) ProdHaft-RL-E, wofür ErwGr 33 S. 7 ProdHaft-RL-E den Fall der explodierenden Glasflasche erwähnt. Dies entspricht grosso modo der aus dem deutschen Recht bekannten Pflicht zur Befundsicherung und der dann eingreifenden Beweislastumkehr, allerdings nur in der verschuldensabhängigen Produzentenhaftung.<sup>120</sup> Aber auch für KI-Systeme, die »fehlerhaft« funktionieren, ist diese Beweiserleichterung von enormer Bedeutung.<sup>121</sup>

Für die Kausalität zwischen Fehlerhaftigkeit des Produktes und dem eingetretenen Schaden soll ebenfalls eine widerlegliche Vermutung eingreifen, wenn zuvor die Fehlerhaftigkeit nachgewiesen wurde und es sich um einen typischen Geschehensablauf handelt, Art. 9 Abs. 3 ProdHaft-RL-E. Allerdings genügt hierfür offenbar nicht das Eingreifen einer Vermutung für die Fehlerhaftigkeit nach Art. 9 Abs. 2 ProdHaft-RL-E, da Art. 9 Abs. 3 ausdrücklich vom Nachweis spricht.

Hierfür sprechen auch die zusätzlichen Vermutungsregelungen in Art. 9 Abs. 4 ProdHaft-RL-E: Demnach kann ein Gericht feststellen, dass der Kläger bzw. Geschädigte sich erheblichen Schwierigkeiten (»excessive difficulties«) hinsichtlich des Beweises der Fehlerhaftigkeit oder der Kausalität aufgrund technischer oder wissenschaftlicher Komplexität gegenübersteht. In diesem Fall greifen dann wiederum Vermutungen für die Fehlerhaftigkeit ebenso wie für die Kausalität ein, wenn der Kläger dargelegt hat (»sufficiently relevant evidence«), dass das Produkt zum Schaden beigetragen hat und dass es wahrscheinlich fehlerhaft war sowie wahrscheinlich den Schaden verursacht hat. Keine Aussage enthält Art. 9 Abs. 4 ProdHaft-RL-E allerdings über die Anforderungen an die Feststellung der technischen oder wissenschaftlichen Komplexität, insbesondere ob der Kläger hierfür darlegungsbelastet ist;<sup>122</sup> nur Art. 9 Abs. 4 S. 2 ProdHaft-RL-E gibt dem Beklagten die Möglichkeit, die exzessiven Schwierigkeiten des Klägers oder die Wahrscheinlichkeit der Fehlerhaftigkeit des Produktes und der Kausalität zu bestreiten. Welche Folge wiederum dieses Bestreiten auslöst und wie sich dieses zur allgemeinen Widerlegbarkeit der Vermutung in Art. 9 Abs. 5 ProdHaft-RL-E verhält, bleibt indes offen. Auch bleibt unklar, was der Kläger hinsichtlich des »Beitragens« des Produktes zum Schaden darzulegen hat, da dies letztlich schon einen Beweis der Kausalität beinhaltet und allenfalls als Beweismaßreduktion gesehen werden kann.<sup>123</sup>

ErwGr 34 S. 4 ProdHaft-RL-E verlangt eine einzelfallbasierte Feststellung der technischen Komplexität, wobei ErwGr 34 S. 5 einzelne Faktoren auflistet, insbesondere die Komplexität des Produktes, z.B. bei innovativen medizinischen Geräten, aber auch des maschinellen Lernens oder der Daten, die vom Kläger analysiert werden müssten. Gleiches gilt für die Kausalität, etwa für ein pharmazeutisches Produkt und dem Gesundheitszustand des Klägers oder wenn der Kläger den inneren Ablauf eines KI-Systems zu erklären hätte.

<sup>120</sup> BGH v. 09.05.1995 – VI ZR 158/94 = BGHZ 129, 353 (361 f.).

<sup>121</sup> Borges, DB 2022, 2650 (2651, 2653 f.).

<sup>122</sup> Krit. auch ELI, Feedback on the European Commission's Proposal for a Revised Product Liability Directive, 2022, S. 19.

<sup>123</sup> Krit. daher Wagner JZ 2023, 1 (10).

In ähnlicher Weise versucht ErwGr 34 S. 6 ProdHaft-RL-E die Bestimmung der »exzessiven Schwierigkeiten« für den Kläger zu präzisieren. Demnach ist im Rahmen der Einzelfallbetrachtung durch das Gericht der Kläger nicht verpflichtet, einen Beweis für das Vorliegen dieser Schwierigkeiten zu erbringen; es soll genügen, dass der Kläger Gründe dafür vorbringt. Insbesondere erwähnt ErwGr 34 S. 7 ProdHaft-RL-E den Fall eines KI-Systems, für das der Kläger nicht verpflichtet sein soll, dessen Charakteristika oder dessen Arbeitsweise bzw. Kausalität für den eingetretenen Schaden zu erklären.

In diesem Zusammenhang bleibt aber das Verhältnis von Art. 9 Abs. 4 ProdHaft-RL-E zur Anordnung der Preisgabe von relevanten Informationen durch den Beklagten nach Art. 8 ProdHaft-RL-E weitgehend unklar. ErwGr 34 S. 1 ProdHaft-RL-E spricht hier nur davon, dass die Vermutungen bzw. die Feststellung der Komplexität durch die Gerichte unbeschadet der Anordnung nach Art. 8 ProdHaft-RL-E sein sollen. Warum allerdings ein Kläger »exzessive Schwierigkeiten« haben sollte, die Fehlerhaftigkeit nachzuweisen, wenn er zugleich die Möglichkeiten nach Art. 8 ProdHaft-RL-E zu beantragen, bleibt unklar; hier dürfte im Sinne der Verhältnismäßigkeit doch von einem Stufenverhältnis auszugehen sein.

Wie ausgeführt, handelt es sich um widerlegliche Vermutungen (Art. 9 Abs. 5 ProdHaft-RL-E), für die die Kommission in ErwGr 36 ProdHaft-RL-E darauf verweist, dass außergewöhnliche Umstände vom Beklagten dargelegt und bewiesen werden können, die die Haftung ausschließen, etwa dass das Produkt entgegen dem Willen des Herstellers in den Verkehr gebracht wurde oder die Fehlerhaftigkeit aufgrund der Befolgung zwingender Vorschriften eintrat. Allerdings dürfte es nicht genügen, ähnlich den Grundsätzen des prima-facie-Beweises für die Widerlegung der Vermutung bereits die Erschütterung eines Erfahrungsgrundsatzes anzunehmen;<sup>124</sup> weder sprechen die ErwGr des ProdHaft-RL-E dafür noch findet sich in Art. 9 ProdHaft-RL-E ein Anhaltspunkt, dass die Kommission sich hier »nur« auf einen prima-facie-Beweis stützen wollte.

## 7. Gesamtschuldnerische Haftung

Art. 11 ProdHaft-RL-E hält an dem alten Grundsatz schon nach der ProdHaft-RL (Art. 5)<sup>125</sup> fest, dass bei verschiedenen in Betracht kommenden Haftungsadressaten diese gesamtschuldnerisch für den gesamten Schaden haften. Wichtiger im Rahmen der Haftung für IT-Produkte und KI-Systeme ist dagegen Art. 12 Abs. 1 ProdHaft-RL-E, der die Haftung von Herstellern und anderen nicht deswegen entfallen lässt, weil auch ein Dritter den Schaden mitverursacht hat; damit werden etwa die Fälle auch eines fehlerhaften KI-Systems erfasst, dass von seinem Betreiber (der nicht unter den ProdHaft-RL-E fällt) zudem mangelhaft trainiert wurde. Aber auch Hackerangriffe führen damit nicht zur Entlastung des Herstellers eines mangelhaften IT-Produktes, das gerade erst durch die Sicherheitslücke den Angriff ermöglichte.

## 8. Keine Beschränkung auf Haftungshöchstsummen mehr

Mehr als bemerkenswert ist auch der Verzicht des ProdHaft-RL-E in Art. 13 auf jegliche Haftungshöchstsumme, weder vertraglicher Natur<sup>126</sup> noch durch mitgliedstaatliche Vorschriften – im Gegensatz zu Art. 16 Abs. 1 ProdHaft-RL, der auf Intervention von Deutschland noch die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung auf 70 Millionen ECU

<sup>124</sup> BGH v. 11.12.2018 – KZR 26/17 Rn. 50 = WRP 2019, 474; BGH v. 19.01.2010 – VI ZR 33/09 Rn. 11; BGH v. 04.05.2012 – V ZR 71/11 Rn. 13; Prütting in MüKo ZPO, 6. Aufl. 2020, ZPO § 286, Rn. 67; Nöber in Anders/Gehle ZPO, 80. Aufl. 2020, ZPO § 286 Rn. 86 ff.; Foerste in Musielak/Voit ZPO, 19. Aufl. 2022, ZPO § 286 Rn. 23.

<sup>125</sup> Wagner in MüKo BGB, 8. Aufl. 2020, ProdHaftG § 5 Rn. 1; Schäfer in BeckOGK, Stand 01.10.2022, ProdHaftG § 5 Rn. 1; Langen in Dauner-Lieb, BGB-Schuldrecht, ProdHaftG § 5 Rn. 2.

<sup>126</sup> Dabei werden die vertraglichen Beschränkungen der Haftung von Open Source-Produkten wegen der generellen Ausnahme von dem ProdHaft-RL-E nicht erfasst.

bzw. 85 Millionen Euro (§ 10 Abs. 1 ProdHaftG) vorsah, bislang aber nicht praktisch wurde.<sup>127</sup> Dieses Prinzip der unbeschränkten verschuldensunabhängigen Haftung findet sich sonst kaum in Gefährdungshaftungsvorschriften und erstaunt umso mehr, wie die Frage der Versicherbarkeit auch im Raum steht,<sup>128</sup> ebenso vor dem Hintergrund, dass nunmehr auch der reine Datenverlust bzw. die Korrumpierung von Daten als Rechtsgut anerkannt werden soll.

## 9. Verjährung

Art. 14 ProdHaft-RL-E sieht ferner ein Verjährungsregime vor, das weitgehend §§ 195 ff., insbesondere § 199 BGB ähnelt. Demnach verjähren Ansprüche innerhalb von drei Jahren nach Kenntnis des Geschädigten vom Schaden, der Fehlerhaftigkeit und der Identität der möglichen Schädiger. Dem stellt Art. 14 ProdHaft-RL-E die »vernünftigerweise« zu erwartende Kenntnis des Geschädigten gleich, was insoweit vom Maßstab des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB abweicht, der auf grob fahrlässige Unkenntnis des Geschädigten rekurriert; offenbar verwendet die Kommission hier einen objektiven Standard, der zudem bereits bei geringeren Anforderungen an die Kenntnis eingreift als § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB. In diesem Zusammenhang dürfte auch die Möglichkeit zur Anordnung der Preisgabe von Informationen nach Art. 8 ProdHaft-RL-E einen Einfluss auf die »vernünftigerweise« zu erwartende Kenntnis des Geschädigten haben. Der ProdHaft-RL-E lässt aber nach Art. 14 Abs. 1 S. 2 Bestimmungen der Mitgliedstaaten über die Unterbrechung der Verjährung unberührt.

Daneben schreibt Art. 14 Abs. 2 ProdHaft-RL-E eine absolute Verjährung von zehn Jahren nach Inverkehrgabe des Produktes oder seiner wesentlichen Modifizierung vor. Eigenartigerweise stellt Art. 14 Abs. 2 ProdHaft-RL-E nicht zusätzlich auf die Aufgabe der Kontrolle des Herstellers über das Produkt ab; damit würden bei Updates empfindliche Haftungslücken eintreten, da das eigentliche IT-Produkt schon lange vor dem Update in Verkehr gebracht wurden, und Schäden durch das Produkt trotz erfolgter Updates innerhalb von zehn Jahren nach diesem Zeitpunkt verjähren. Hier hängt viel davon ab, ob durch die Updates das Produkt als wesentlich modifiziert zu gelten hat, so dass die Verjährungsfrist aufs Neue zu laufen beginnt.

Diese absolute Verjährungsfrist wird in Fällen, in denen der Geschädigte aufgrund von eintretenden Spät- bzw. Langzeitwirkungen einer Verletzung nicht in der Lage war, den Anspruch geltend zu machen, auf 15 Jahre verlängert, Art. 14 Abs. 3 ProdHaft-RL-E, womit langfristig nur eintretende Gesundheitsverletzungen erfasst werden.<sup>129</sup>

## 10. Verhältnis ProdHaft-RL-E zur Haftung von Internet-Intermediären

Delikate Probleme werfen zudem die Bestimmungen über die Haftung der Betreiber von verbundenen Diensten (»interconnected«) zu den Haftungsprivilegierungen nach Art. 4 ff. Digital Services Act (früher: Art. 12 ff. E-Commerce-RL und §§ 7–10 TMG) auf. Denn soweit diese Dienste nunmehr ebenfalls in den Haftungsbereich des ProdHaft-RL-E fallen, geraten sie unweigerlich in Konflikt mit der Haftungsfreistellung z.B. von Access Providern, wenn es um die Vermittlung z.B. des Zugangs verbundener Dienste zu einem Produkt geht. Für eigene Dienste des Herstellers greift dies allerdings nicht ein; ebenso haben die Haftungsprivilegierungen in diesem Bereich nur die Haftung für Inhalte betroffen, nicht aber für Cybersecurityrisiken.<sup>130</sup>

<sup>127</sup> Bericht der Kommission, KOM (2000) 893 vom 31.1.2001, 21 f.; Spickhoff in BeckOGK, Stand 01.05.2021, ProdHaftG § 10 Rn. 3; Wagner in MüKo BGB, 8. Aufl. 2020, ProdHaftG § 10 Rn. 1.

<sup>128</sup> Positiv demgegenüber Wagner JZ 2023, 1 (10).

<sup>129</sup> Vgl. zu Spät-/Langzeitschäden im dt. Verjährungsrecht Spindler in BeckOK BGB, 63. Ed. 01.08.2022, BGB § 199 Rn. 36 f.; Grothe in MüKoBGB, 9. Aufl. 2021, BGB § 199 Rn. 11; Piekenbrock in BeckOGK, Stand 01.08.2022, BGB § 199 Rn. 62 ff.

<sup>130</sup> Spindler in Spindler/Schmitz, 2. Aufl. 2018, TMG vor § 7 Rn. 32; Sesing in BeckOK IT-Recht, 7. Ed. 01.07.2022, § 7 TMG Rn. 29; Sieber/Höfinger in Hoeren/Sieber/Holznapel MMR-HdB, Werkstand: 58. EL März 2022, Teil 18.1 Allgemeine Grundsätze der Haftung Rn. 38.

## D. Vorschlag einer neuen KI-Haftungs-RL (Schwerpunkte)

### 1. Überblick

Kennzeichnend für den KI-Haftungs-RL-E und die grundlegende Entscheidung der EU-Kommission, nicht zu strenge Haftungsregeln zu entwickeln, um die Entwicklung der KI innerhalb der EU nicht zu bremsen,<sup>131</sup> ist der Verzicht auf die Einführung einer Gefährdungshaftung und die Beschränkung auf Beweislastregeln für verschuldensabhängige nicht-vertragliche Haftungstatbestände. Der KI-Haftungs-RL-E bleibt damit weit hinter den Vorschlägen des Europäischen Parlaments, aber auch der High-Level-Expert Group on Liability and New Technologies<sup>132</sup> zurück, die beide für die Einführung einer Gefährdungshaftung plädierten. Die Betonung der Innovationsfreundlichkeit des KI-Haftungs-RL-E steht allerdings im bemerkenswerten Gegensatz zur strengen Haftung des ProdHaft-RL-E, der explizit auch KI-Systeme umfassen soll, einschließlich der verbundenen Dienste und Zulieferer, auch der Datenzulieferer. Der KI-Haftungs-RL-E gilt daher weitgehend »nur« für die Betreiber der KI-Systeme bzw. für Nicht-Hersteller, so dass fraglich erscheint, warum gerade hier Innovationen zu erwarten sind – anstatt bei den Herstellern und den Zulieferern.

Zentral für den KI-Haftungs-RL-E ist die Vorgabe von Beweislastregeln und Vermutungen hinsichtlich der Verzahnung mit den produktsicherheitsrechtlichen Vorgaben des KI-VO-E. Denn die Kommission sieht vor allem in dem autonomen Verhalten und der Komplexität von KI-Systemen die entscheidende Ursache für die Probleme von Geschädigten, Ansprüche gegen Betreiber oder Nutzer von KI-Systemen geltend zu machen, ErwGr 4 KI-Haftungs-RL-E. Dies gilt umso mehr, wie der KI-VO-E Pflichten für Betreiber hochriskanter KI-Systeme zur Dokumentation und Protokollierung vorsieht, aber keine Rechte von Betroffenen auf entsprechende Einsicht in die Dokumentationen, ErwGr 16 KI-Haftungs-RL-E. Damit versucht die Kommission, wie bei dem Vorschlag einer neuen Produkthaftungs-RL einen Gleichlauf zwischen Produktsicherheit und -haftung herzustellen – was sich aber den gleichen Bedenken wie den Begrifflichkeiten des KI-VO-E gegenüberstellt.

### 2. Anwendungsbereich

#### a) Definition der KI

Der KI-Haftungs-RL-E übernimmt für die Begrifflichkeiten die Definitionen des KI-VO-E, sowohl hinsichtlich der Definition der KI selbst als auch der Kategorie der hochriskanten KI-Systeme nach Art. 6 Abs. 1 KI-VO-E und derjenigen der Betreiber (Art. 3 Abs. 2 KI-VO-E) und der Nutzer (Art. 3 Abs. 4 KI-VO-E).

Damit setzt sich der KI-Haftungs-RL-E letztlich der gleichen Kritik aus, wie sie bereits für den KI-VO-E geäußert wurde, insbesondere den zu breiten Anwendungsbereich, der bekanntlich eine Vielzahl algorithmengesteuerten Verfahren erfasst und nicht nur auf maschinelles Lernen<sup>133</sup> begrenzt ist.<sup>134</sup> Gleiches gilt für die Definition der hochriskanten KI-

<sup>131</sup> S. EU-Kommission, Begründung zum KI-Haftungs-RL-E, COM (2022) 496 final 2022/0303 (COD), S. 6 f.

<sup>132</sup> European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers, Liability for artificial intelligence and other emerging digital technologies, Publications Office, 2019, S. 39 ff, 42 ff. <https://data.europa.eu/doi/10.2838/573689>.

<sup>133</sup> So der Vorschlag von Hacker, NJW 2020, 2142 (Rn. 6).

<sup>134</sup> Kritisch zum weiten Anwendungsbereich: Bomhard/Merkle, RD 2021, 276 (277, Rn. 5 ff.); Ebers/Hoch/Rosenkranz/Ruscheimer/Steinrötter, RD 2021, 528 (529, Rn. 6 ff.); Roos/Weitz, MMR 2021, 844 (845); Heil, MPR 2022, 1 (4); Steege, GuP 2021, 125 (126); Kalbhenn, ZUM 2021, 663 (664 f.).

Systeme.<sup>135</sup> Allerdings gilt es auch hier zu berücksichtigen, dass es keine allgemeingültige Definition von KI-Systemen gibt, auch nicht in der technischen Literatur bzw. Informatik.<sup>136</sup>

Der KI-VO-E unterscheidet insoweit zwischen den in Art. 6 Abs. 1 iVm Anhang II KI-VO-E genannten Hochrisiko-KI-Systemen, bei denen es sich um Produkte oder Sicherheitskomponenten von Produkten handelt, die einer Konformitätsbewertung nach den im Anhang II KI-VO-E aufgeführten Produktsicherheitsrechtsakten unterliegen, insbesondere Medizinprodukten nach der Medizin-Produkte-VO (EU) 2017/745,<sup>137</sup> sowie solchen eigenständigen Systemen, die in Art. 6 Abs. 2 iVm Anhang III KI-VO-E enumerativ aufgeführt werden.

Gerade mit Blick auf die in Anhang III KI-VO-E aufgezählten Anwendungsbereiche ist jedoch fraglich, ob hier wirklich sämtliche als hochriskant einzustufende Systeme erfasst wurden.<sup>138</sup>

Zwar besteht nach Art. 7 Abs. 1 KI-VO-E die Möglichkeit, dass die Kommission Anhang III KI-VO-E per delegiertem Rechtsakt erweitert und neue Systeme aufnimmt, die in einen der in Anhang III Nr. 1-9 KI-VO-E aufgeführten Bereiche eingesetzt werden und denen ein besonderes Risiko iSv. Art. 7 Abs. 1 Lit. b KI-VO-E immanent ist.<sup>139</sup> Ob die nach Art. 84 Abs. 1 KI-VO-E einmal jährlich durchzuführende Prüfung der Liste in Anhang III KI-VO-E durch die Kommission in einem wirtschaftlichen Umfeld ausreichend ist, das durch Schnellebigkeit und Innovation gekennzeichnet ist, wird sich jedoch erst noch zeigen müssen.<sup>140</sup>

Darüber hinaus sieht sich auch schon die bestehende Liste in Anhang III KI-VO-E Bedenken ausgesetzt, da sie Anwendungsfelder wie den Einsatz von KI in der Strafverfolgung oder bei Gericht erfasst, die stets einen besonders sensiblen Umgang mit den in Frage stehenden Freiheitsrechten erfordern.<sup>141</sup>

Auch soll der KI-Haftungs-RL-E nur dort Anwendung finden, wo ein KI-System sich direkt auf einen Geschädigten ausgewirkt hat. Schon die Einschaltung eines Menschen, der seine Entscheidung zwar auf Empfehlungen eines KI-Systems stützt, aber diese eigenverantwortlich trifft, soll nicht unter die Bestimmungen des KI-Haftungs-RL-E fallen, ErwGr 15 S. 3 ff. Der KI-Haftungs-RL-E knüpft damit indirekt an Art. 22 DSGVO an, der in ähnlicher Weise KI-Systeme nur dessen Anforderungen unterwirft, wenn keine menschliche Bewertung dazwischengeschaltet ist – und ruft letztlich die gleiche Kritik wie gegenüber Art. 22 DSGVO hervor. Da auch das menschliche Unterlassen nicht unter die Vermutungsregelungen der Art. 3 f. KI-Haftungs-RL-E fallen soll, ist zweifelhaft, wie sich dies mit dem Erfordernis des »human being in the loop« vertragen soll, also der nach Art. 14 KI-VO-E stets erforderlichen menschlichen Aufsicht. Der KI-Haftungs-RL-E rechtfertigt in ErwGr 15 S. 5 diese Beschränkung damit, dass die Kausalität zwischen dem Verschulden und dem Schaden bei einem menschlichen Dazwischentreten stets hergestellt werden könne. Warum dies indes beim direkten Einsatz von KI-Systemen wegen des »Black-Box-Problems« anders sein soll, wird nicht recht ersichtlich.

135 Orsich, EuZW 2022, 254 (258); Roos/Weitz, MMR 2021, 844 (845); Ebert/Spiecker gen. Döhmann, NVwZ 2021, 1188 (1193); Bertolini, Artificial Intelligence and Civil Liability, Study requested by the JURI committee, July 2020, S. 89.

136 Bertolini, Artificial Intelligence and Civil Liability, Study requested by the JURI committee, July 2020, S. 17 ff. mwNachw.

137 S. auch Eichelberger DB 2022, 2783 (2784).

138 Gemeinsame Stellungnahme 5/2021 des EDSB und des EDSB zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz (Gesetz über künstliche Intelligenz) v. 18.6.2021, Rn. 19, abrufbar unter: [https://edpb.europa.eu/system/files/2021-06/edpb-edps\\_joint\\_opinion\\_ai\\_regulation\\_en.pdf](https://edpb.europa.eu/system/files/2021-06/edpb-edps_joint_opinion_ai_regulation_en.pdf); Roos/Weitz, MMR 2021, 844 (851); Ebers/Hoch/Rosenkranz/Ruscheimer/Steinrötter, RDt 2021, 528 (531, Rn. 24 f.).

139 Kritisch zu diesen Einschränkungen Ebers/Hoch/Rosenkranz/Ruscheimer/Steinrötter, RDt 2021, 528 (531, Rn. 22 f.).

140 Positiv dagegen Eichelberger DB 2022, 2783 (2784) wegen der erzielten Rechtssicherheit.

141 Ebert/Spiecker gen. Döhmann, NVwZ 2021, 1188 (1190) fragen vor diesem Hintergrund etwa, ob damit in Abkehr vom bisherigen prozess- und verfahrensrechtlichen Verständnis auch der Einsatz von Lügendetektoren durch Strafverfolgungs-, Grenz- und Migrationsbehörden zulässig wäre, vgl. Anhang III Nr. 6 lit. b KI-VO-E.

## b) Beschränkung auf nicht-vertragliche verschuldensabhängige Haftungstatbestände

Der KI-Haftungs-RL-E bezieht sich explizit nur auf verschuldensabhängige Haftungstatbestände, Art. 1 Abs. 2, wobei alle Formen der Fahrlässigkeit und des Vorsatzes ebenso wie der Unterlassung einbezogen werden sollen. Darüber hinaus ist auch die Staatshaftung erfasst.<sup>142</sup>

Umgekehrt beschränkt sich der KI-Haftungs-RL-E nicht auf rein deliktische Haftungstatbestände, sondern erfasst generell alle Haftungstatbestände, sofern sie nur auf ein Verschulden abstellen; allerdings schließt Art. 1 Abs. 2 KI-Haftungs-RL-E ausdrücklich vertragliche Ansprüche aus. Konsequenterweise stellt sich ähnlich wie im Internationalen Privatrecht<sup>143</sup> die Frage, wie quasi-vertragliche Ansprüche, die große Ähnlichkeit mit deliktischen Haftungstatbeständen aufweisen, zu qualifizieren sind, etwa § 311 BGB; hier spricht vieles dafür, diese nicht unter die Ausnahme der vertraglichen Haftungstatbestände zu fassen.

## c) Ausgenommene Bereiche

### (1) Transportrecht

Nach Art. 1 Abs. 3 a) KI-Haftungs-RL-E soll die Richtlinie nicht Haftungsbestimmungen der EU im Bereich des Transportrechts erfassen, ohne dass dies näher spezifiziert würde.<sup>144</sup> Damit gilt der KI-Haftungs-RL-E aber umgekehrt für alle nationalen Haftungsbestimmungen im Transportbereich, sofern diese nicht auf Umsetzungen von EU-Recht beruhen. Insbesondere die Haftungsregelungen zum Straßenverkehrsrecht, die weitgehend nationales Recht sind, etwa in Deutschland die §§ 7 ff. StVG wären davon betroffen. Allerdings führt das aufgrund der Mindestharmonisierung nach Art. 1 Abs. 4, ErwGr 14 S. 2 KI-Haftungs-RL-E nicht dazu, dass die verschuldensunabhängige Gefährdungs- bzw. Halterhaftung aufgehoben werden müsste; »nur« die verschuldensabhängige Haftung müsste entsprechend ergänzt werden, was z. B. die Technische Aufsicht nach §§ 1d Abs. 3, 1f Abs. 2 StVG, § 14 AFBV betreffen könnte, die über § 823 Abs. 1 BGB haftet.<sup>145</sup>

### (2) Produkthaftungs-Richtlinie

Ferner sieht Art. 1 Abs. 3 b) KI-Haftungs-RL-E vor, dass die Rechte von Geschädigten nach der Produkthaftungs-RL unberührt bleiben, so dass stets die Herstellerhaftung – und zukünftig auch von Diensteanbietern und Datenzulieferern – von KI-Systemen eingreift.<sup>146</sup> Dennoch bleibt für den KI-Haftungs-RL-E ein relevanter Anwendungsbereich.

### (3) Haftungsprivilegierungen und Anforderungen des Digital Services Act

Umgekehrt sollen nach Art. 1 Abs. 3 c) KI-Haftungs-RL-E die Haftungsprivilegierungen des Digital Service Act nicht von dem KI-Haftungs-RL-E betroffen sein, was insbesondere für Intermediäre, die Dienste für KI-Systeme erbringen, von Bedeutung ist.

142 EU-Kommission, Begründung zum KI-Haftungs-RL-E, COM(2022) 496 final 2022/0303 (COD), S. 11; krit. zu Kompetenz der EU zur Staatshaftung Wagner, »Liability Rules for the Digital Age – Aiming for the Brussels Effect« (January 8, 2023). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4320285> (last accessed 20.01.2023), p 36 f. Fn. 99 ff.

143 S. zur Einordnung der c.i.c. als deliktischen Tatbestand die Leitentscheidung des EuGH Ur. v. 17.09.2002 – C-334/00, ECLI:EU:C:2002:499 Rn. 19 ff. – Tacconi; Schinkels in BeckOGK Rom II-VO, Stand 01.08.2018, Art. 12 Rn. 3 ff.; Junker in MüKo BGB, 8. Aufl. 2021, Rom II-VO Art. 12, Rn. 6; Spickhoff in BeckOK BGB, 63. Ed. 01.05.2022, VO (EG) 864/2007 Art. 12, Rn. 8 f.; Spickhoff, IPRax 2009, 128 (132); v. Hein, GPR 2007, 54 (59); Seibl, IPRax 2011, 234 (239); Staudinger, AnwBI 2008, 8 (12); Sujecki, EWS 2009, 310 (318).

144 Eine Übersicht über einschlägige Regelungen im Transportbereich findet sich unter <https://eur-lex.europa.eu/content/summaries/summary-32-expanded-content.html>. Hiervon geht offenbar der Gesetzgeber aus, Begr RegE BT-DruckS. 19/27439, S. 32; s. auch Schrader, ZRP 2021, 109 (111)

145 Hiervon geht offenbar der Gesetzgeber aus, Begr RegE BT-DruckS. 19/27439, S. 32; s. auch Schrader, ZRP 2021, 109 (111).

146 S. dazu oben II.C.1.a).

Die strenge Rückkoppelung zum KI-VO-E zeigt sich aber auch daran, dass selbst die Regelungen des DSA zu Algorithmen und dem Einsatz von KI-Systemen auf Plattformen (Art. 12, Art. 14 Abs. 6, Art. 17 Abs. 6, Art. 23 Abs. 1 lit. c, Art. 27 Abs. 1 lit. a, Art. 29 Abs. 2 DSA) offenbar von dem KI-Haftungs-RL-E bzw. den Beweiserleichterungen ausgenommen sein sollen, so dass es hier bei den jeweiligen mitgliedstaatlichen Regelungen bleibt.

#### (4) Verhältnis zu mitgliedstaatlichen Regelungen

Schließlich hält Art. 1 Abs. 3 d) KI-Haftungs-RL-E ausdrücklich fest, dass die mitgliedstaatlichen Vorschriften über die Beweislast (vgl. §§ 138 III, 288, 291 ZPO), die Beweiswürdigung bzw. die Anforderungen daran, wann von einem Beweis ausgegangen werden kann (§ 286 ZPO), ebenso unberührt bleiben wie die Definition des Verschuldens (»fault«), ErwGr 10 KI-Haftungs-RL-E. Auch Regelungen zum Schaden, der Erfassung mehrerer Schädiger oder der Verjährung werden von dem KI-Haftungs-RL-E nicht erfasst, ErwGr 10 S. 2 KI-Haftungs-RL-E. Die Art. 3–4 KI-Haftungs-RL-E stellen demgemäß Sondervorschriften dar, die nur in diesen Bereichen den mitgliedstaatlichen Normen vorgehen.

#### d) Keine Einschränkung auf bestimmte Rechtsgüter oder bestimmte Geschädigte

Indem der KI-Haftungs-RL-E sich nur auf ergänzende Regelungen zu mitgliedstaatlichen Regelungen für verschuldensabhängige Haftungsgrundlagen beschränkt, verzichtet der KI-Haftungs-RL-E anders als der ProdHaft-RL-E bewusst darauf,<sup>147</sup> die Haftung nur für bestimmte Rechtsgüter vorzusehen. Damit können auch Rechtsgüter, die nicht dem Eigentumsschutz unterfallen, in den Haftungsbereich des KI-Haftungs-RL-E fallen, etwa Diskriminierungen oder die Gleichbehandlung, ErwGr 2 KI-Haftungs-RL-E. Der KI-Haftungs-RL-E ist demnach tatbestandsmäßig völlig akzessorisch zu nationalen Haftungsregelungen, sofern diese sich auf ein Verschulden beziehen, wobei die Form des Verschuldens sich sowohl auf Fahrlässigkeit als auch auf Vorsatz erstrecken kann. Für das deutsche Recht bedeutet dies etwa, dass unter anderem sowohl die Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB als auch nach § 823 Abs. 2 BGB sowie § 826 BGB erfasst wird, aber auch nach hier vertretener Auffassung die quasi-vertraglichen Haftungsgrundlagen wie § 311 BGB.

Aber auch im Hinblick auf die vom Schutz des KI-Haftungs-RL-E erfassten Geschädigten ergeben sich Unterschiede zum ProdHaft-RL-E, da der KI-Haftungs-RL-E keine Beschränkung des Schutzes auf Verbraucher vorsieht, sondern auch kommerziell Geschädigte entsprechend den mitgliedstaatlichen Haftungstatbeständen im Prinzip erfasst.

#### e) Nur Mindest-Harmonisierung

Der KI-Haftungs-RL-E gibt zudem nur ein Mindestniveau an Harmonisierung vor, Art. 1 Abs. 4, und überlässt es den Mitgliedstaaten, ob sie strengere Regelungen einführen oder beibehalten, gleich, ob diese verschuldensabhängige oder Gefährdungshaftungstatbestände betreffen, ErwGr 14 S. 2 KI-Haftungs-RL-E.<sup>148</sup>

<sup>147</sup> EU-Kommission, Begründung zum KI-Haftungs-RL-E, COM (2022) 496 final 2022/0303 (COD), S. 3.

<sup>148</sup> Ebenso die Einschätzung von Eichelberger DB 2022, 2783 (2784).

### 3. Offenlegung von Beweismitteln

Das zentrale Anliegen des KI-Haftungs-RL-E ist die Verbesserung der Beweissituation für den geschädigten Kläger. Hierzu bedient sich der KI-Haftungs-RL-E zweierlei Mittel: Zum einen der Pflicht des Beklagten, Beweismittel offenzulegen (disclosure of evidence), zum anderen von Vermutungswirkungen. Beide Komplexe weisen etliche Parallelen zu den Vorgaben im ProdHaft-RL-E auf<sup>149</sup> und beruhen auf einem gemeinsamen Ansatz.

#### a) Offenlegung von Informationen über hochriskante KI-Systeme

So erlaubt Art. 3 Abs. 1 KI-Haftungs-RL-E dem Gericht, auf ein glaubhaftes Verlangen des Geschädigten, der zuvor fruchtlos den Betreiber oder andere Beteiligte nach Art. 24 bzw. Art. 28 des KI-VO-E um Offenlegung von Informationen bzw. Beweismittel über hochriskante-KI-Systeme ersucht hatte, diesen gegenüber die entsprechenden Informationen preiszugeben. Allerdings löst Art. 3 Abs. 1 KI-Haftungs-RL-E damit nicht das Problem für den Geschädigten, zu wissen bzw. darzulegen, dass es sich überhaupt um ein hochriskantes KI-System handelt.

Nach ErwGr 17 S. 5 KI-Haftungs-RL-E soll allerdings die alleinige Weigerung des Betreibers (oder anderer) noch nicht die Vermutung der Nicht-Einhaltung der Pflichten nach dem KI-VO-E auslösen. Erforderlich dürfte ferner sein, dass der Kläger konkret darlegen und glaubwürdig machen kann, dass der Schaden im Einsatzbereich des KI-Systems entstanden ist.<sup>150</sup> Dies gilt sowohl für die vorprozessuale als auch die prozessuale Geltendmachung, da die KI-Haftungs-RL-E insoweit nicht weiter differenziert.<sup>151</sup>

Um uferlosen Begehren auf Offenlegung von Beweismitteln entgegenzutreten,<sup>152</sup> sieht auch Art. 3 Abs. 2–4 KI-Haftungs-RL-E Begrenzungen ähnlich wie in Art. 8 Abs. 2–4 ProdHaft-RL-E<sup>153</sup> im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit vor, insbesondere dass der Kläger vorher in ausreichendem Maße versucht hat, die entsprechenden Informationen zu erhalten, Art. 3 Abs. 2 KI-Haftungs-RL-E.

Auch gegen Dritte, die nicht an dem Rechtsstreit beteiligt sind, können derartige gerichtliche Anordnungen ergehen, insbesondere wenn sie die nötigen Dokumentationen oder Informationen aufgrund ihrer Pflichten nach der KI-Haftungs-RL-E besitzen, ErwGr 19 KI-Haftungs-RL-E. Die Offenlegung von Beweismitteln durch Dritte soll allerdings nur erfolgen, wenn die Beweismittel nicht vom Beklagten zu erlangen sind, ErwGr 20 S. 7 KI-Haftungs-RL-E.

Bezüglich des Schutzes vertraulicher Informationen oder von Geschäftsgeheimnissen verlangt Art. 3 Abs. 4 KI-Haftungs-RL-E wiederum nur, dass das Gericht spezifische Maßnahmen ergreift, um die Vertraulichkeit sicherzustellen; wie in Art. 8 Abs. 3 ProdHaft-RL-E fehlt es an genaueren Vorgaben.<sup>154</sup> Nur ErwGr 20 S. 5 KI-Haftungs-RL-E nennt ähnlich wie ErwGr 32 S. 2 ProdHaft-RL-E den beschränkten Zugang zu vertraulichen Dokumenten oder zu entsprechenden Verhandlungen bzw. Anhörungen.

Ansonsten sieht der KI-Haftungs-RL-E an sich keine Einschränkungen der vorzulegenden »Beweismittel« vor. Es ist jedoch zu Recht auf die beabsichtigte Verzahnung mit dem KI-VO-E und den dortigen Dokumentationspflichten hingewiesen worden, so dass nur solche Beweismittel verlangt werden können, zu denen der Betreiber (oder andere) im Rahmen des KI-VO-E verpflichtet sind.<sup>155</sup>

149 S. oben II.C.6

150 Eichelberger DB 2022, 2783 (2785).

151 Eichelberger DB 2022, 2783 (2785).

152 S. oben II.C.6.a).

153 S. oben II.C.6.a).

154 S. dazu oben II.C.6.a).

155 Zutr. Eichelberger DB 2022, 2783 (2784).

## b) Keine Anwendung auf nicht-hochriskante KI-Systeme

Die Bestimmungen zur Offenlegung von Beweismitteln beschränken sich aber entsprechend dem KI-VO-E auf die Betreiber etc. von hochriskanten KI-Systemen, die den Pflichten zur Dokumentation und zum Logging nach Art. 18 KI-VO-E unterfallen; Betreiber von nicht hochriskanten KI-Systemen unterfallen damit nicht der Offenlegung von Beweismitteln, ErwGr 18 S. 2 KI-Haftungs-RL-E. Da der KI-Haftungs-RL-E aber nur eine Mindestharmonisierung enthält, können die Mitgliedstaaten auch für nicht hochriskante Systeme weitergehende Dokumentationspflichten und entsprechende Offenlegungen vorsehen.<sup>156</sup>

Umgekehrt regelt Art. 3 KI-Haftungs-RL-E auch nicht die Offenlegung von Beweismitteln bei nicht erlaubten KI-Systemen nach Art. 5 KI-VO-E. Hier allerdings handelt es sich um ein Verbot, das nach nationalem Haftungsrecht dann als Schutzgesetz gem. § 823 Abs. 2 BGB einzustufen ist, so dass allein dieser Umstand bereits die Sorgfaltspflichtverletzung begründet<sup>157</sup> – was aber wiederum nicht das Problem löst, dass ein Geschädigter überhaupt erkennen kann, ob es sich um ein unzulässiges KI-System handelt.

## c) Vermutung der Nichteinhaltung von Pflichten

Als Konsequenz einer Nichtbefolgung entsprechender Offenlegungsanordnungen des Gerichts sieht Art. 3 Abs. 5 KI-Haftungs-RL-E das Eingreifen einer Vermutung hinsichtlich der Nichteinhaltung der Pflichten des KI-VO-E vor. Auch wenn der KI-Haftungs-RL-E hierzu keine Regelung enthält, muss eine solche Vermutung aber auf die Nichtbefolgung der gerichtlichen Anordnungen durch den Beklagten beschränkt bleiben; sie kann nicht bei Verweigerung eines Dritten eingreifen, da der Beklagte hierauf keinen Einfluss hat. Auch ist die Vermutung auf die Nichtbefolgung einer gerichtlichen Anordnung beschränkt, sie bezieht sich nicht auf ein vorprozessuales Verhalten.<sup>158</sup> Der Beklagte hat jedenfalls die Möglichkeit, die Vermutung zu widerlegen.

## 4. Vermutung der Kausalität

Der KI-Haftungs-RL-E beschränkt sich neben der in Art. 3 Abs. 5 KI-Haftungs-RL-E enthaltenen Vermutung für das Verschulden bzw. die Nichteinhaltung der Pflichten des KI-VO-E auf Vermutungen hinsichtlich der Kausalität zwischen Verschulden bzw. fehlerhaftem Verhalten und dem eingetretenen Schaden. Der KI-Haftungs-RL-E verweist hinsichtlich Beweiserleichterungen für die Nichteinhaltung von Pflichten bzw. des fehlerhaften Verhaltens weitgehend auf nationale Regelungen oder auf Unionsrecht, ErwGr 22 S. 2, 3 KI-Haftungs-RL-E, wobei die Kommission hier auch an die Regeln des DSA im Rahmen der Plattformen oder von Drohnen denkt.<sup>159</sup> Der Kläger bleibt daher nicht des Beweises enthoben, dass das KI-System überhaupt fehlerhaft arbeitete.<sup>160</sup>

### a) Grundlegende widerlegliche Vermutung der Kausalität

Art. 4 Abs. 1 KI-Haftungs-RL-E enthält die Grundregel, wonach Gerichte die Kausalität zwischen einem Fehlverhalten des Beklagten und dem Ergebnis des KI-Systems bzw. der Schädigung des Klägers vermuten sollen, sofern a) der Kläger das Fehlverhalten des Beklagten hinsichtlich einer Sorgfaltspflicht nach nationalem oder Unionsrecht nachweist (oder es nach Art. 3 Abs. 5 KI-Haftungs-RL-E vermutet wird) – was auf den ersten Blick nicht nur auf die

<sup>156</sup> Eichelberger DB 2022, 2783 (2785).

<sup>157</sup> Eichelberger DB 2022, 2783 (2785).

<sup>158</sup> Eichelberger DB 2022, 2783 (2786).

<sup>159</sup> EU-Kommission, Begründung zum KI-Haftungs-RL-E, COM (2022) 496 final 2022/0303 (COD), S. 13.

<sup>160</sup> Ebenso Eichelberger DB 2022, 2783 (2787).

Pflichten nach dem KI-VO-E beschränkt ist, aber durch Art. 4 Abs. 2 KI-Haftungs-RL-E relativiert wird –, b) es wahrscheinlich erscheint, dass das Fehlverhalten das Ergebnis des KI-Systems »beeinflusst« hat und c), dass der Kläger glaubhaft gemacht hat, dass das Ergebnis des KI-Systems den Schaden herbeigeführt hat. Diese Vermutung ist nach Art. 4 Abs. 7 KI-Haftungs-RL-E widerlegbar.

Wichtig erscheint in diesem Zusammenhang, dass ErwGr 22 S. 5 – 7 KI-Haftungs-RL-E – selbstverständlich – festhält, dass nur solche Pflichten die Kausalitätsvermutung auslösen können, die dem Schutz des Geschädigten dienen, etwa nicht Pflichten zur Information von Behörden, was ErwGr 25 S. 4 KI-Haftungs-RL-E nochmals bekräftigt.

Die Kausalitätsvermutung soll sich ferner allein auf die Verursachung des Fehlverhaltens des KI-Systems durch die Sorgfaltspflichtverletzung beziehen, nicht aber auf die Schadensverursachung durch das KI-System.<sup>161</sup> Ferner soll die Kausalitätsvermutung dann ausscheiden, wenn ein menschliches Verhalten bzw. Entscheidung zwischen den Ergebnissen (bzw. der Empfehlung) des KI-Systems und der Schädigung stand, ErwGr 15 S. 3 f. KI-Haftungs-RL-E, da hier keine Kausalitätsprobleme der Nachvollziehbarkeit entstünden.

#### **b) Kausalitätsvermutung gegenüber Betreibern hochriskanter KI-Systeme**

Die Kausalitätsvermutung greift zudem nur gegenüber Betreibern von hochriskanten KI-Systemen ein, der den Anforderungen nach Kapitel 2 und 3 des Titels III des KI-VO-E unterliegt, oder gegenüber Personen mit Pflichten nach Art. 24 bzw. 28 Abs. 1 des KI-VO-E, Art. 4 Abs. 2 KI-Haftungs-RL-E. Die Vermutung hängt ferner davon ab, dass der Kläger glaubhaft macht (»demonstrated«), dass der Betreiber etc. etliche der Pflichten nach Art. 10 ff. KI-VO-E verletzt hat. Dazu zählen abschließend<sup>162</sup>

- die Pflicht zum Trainieren des KI-Systems mit Datensätzen, die den Anforderungen des Art. 10 Abs. 2–4 KI-VO-E entsprechen, erfüllt hat, oder (alternativ)
- die Transparenzpflichten von Art. 13 KI-VO-E verletzt hat, oder
- die Pflicht zur menschlichen Überwachung nach Art. 14 KI-VO-E
- die Pflicht zur Robustheit, Genauigkeit und Cybersicherheit, Art. 15, 16 a) KI-VO-E
- oder dass keine Korrektur- oder Rückrufmaßnahmen nach Art. 16 g), 21 KI-VO-E erfolgt sind.

Der KI-Haftungs-RL-E will dabei vor allem die Maßnahmen nach dem Riskmanagementsystem nach Art. 9 KI-VO-E in die Abwägung einbeziehen, wobei allerdings das konkrete Gewicht der jeweiligen Maßnahmen abgesehen von den erwähnten Pflichten unklar bleibt, ErwGr 26 S. 4 ff. KI-Haftungs-RL-E. Dass das Riskmanagementsystem ein umfassendes Instrument nach dem KI-VO-E ist, hilft letztlich nichts für die Beurteilung, ob der Betreiber die konkreten Pflichten verletzt hat.

Allerdings soll ein Gericht nicht die Vermutung anwenden, wenn der Beklagte glaubhaft machen kann, dass der Kläger über ausreichendem Zugang zu einschlägiger Expertise verfügte, um den Kausalitätsnachweis zu führen, Art. 4 Abs. 4 KI-Haftungs-RL-E. ErwGr 27 S. 2 KI-Haftungs-RL-E bezieht sich hier auf die Fälle, in denen der Kläger Zugang zur Dokumentation und log-ging-Instrumenten des KI-Systems besitzt – letztlich also Fälle der Offenlegung von Beweismitteln.<sup>163</sup>

<sup>161</sup> Eichelberger DB 2022, 2783 (2787).

<sup>162</sup> Eichelberger DB 2022, 2783 (2787).

<sup>163</sup> So dann auch EU-Kommission, Begründung zum KI-Haftungs-RL-E, COM(2022) 496 final 2022/0303 (COD), S. 13.

### c) Kausalitätsvermutung bei Nutzern hochriskanter-KI-Systeme

Für Nutzer von KI-Systemen beschränkt der KI-Haftungs-RL-E die Vermutung der Kausalität in Art. 4 Abs. 3 auf die Fälle, in denen der Kläger beweist (und nicht nur glaubhaft macht – »proves«), dass der Nutzer nicht seine Pflichten zum Gebrauch oder der Überwachung des KI-Systems nach den entsprechenden Anweisungen befolgt hat oder den Gebrauch unterbrochen hat, Art. 29 KI-VO-E, oder alternativ das KI-System nicht mit geeigneten Daten trainiert hat (Art. 29 Abs. 3 KI-VO-E).<sup>164</sup> Damit schränkt der KI-Haftungs-RL-E die Kausalitätsvermutung gegenüber den Betreibern von KI-Systemen erheblich ein, was aber den Pflichten des KI-VO-E entspricht – was aber umgekehrt auch nicht die Qualifikation von solchen Nutzern als Hersteller nach der ProdHaft-RL-E ausschließt, die die KI-Systeme aufgrund des Trainings mit Daten modifizieren.<sup>165</sup>

### d) Nicht professionelle Nutzer von KI-Systemen

Eine weitere Einschränkung der Kausalitätsvermutung enthält Art. 4 Abs. 6 KI-Haftungs-RL-E für den nicht-professionellen Gebrauch von KI-Systemen. Hier soll die Kausalitätsvermutung nur eingreifen, wenn der nicht-professionelle Nutzer materiell die vom Betreiber gesetzten Bedingungen zur Nutzung des KI-Systems verletzt habe (»materially interfered with the conditions of the operation of the AI-System«) oder die Bedingungen des Einsatzes hätte bestimmen können, dies aber unterließ. ErwGr 29 S. 6 ff. verdeutlicht die Bezugnahmen auf die Gebrauchsanweisungen des Betreibers nochmals, indem klargestellt wird, dass auch der nicht-professionelle Nutzer eines KI-Systems unter die Kausalitätsvermutung fallen kann, wenn er diese Anweisungen missachtet hat.

### e) Kausalitätsvermutung für nicht hochriskante KI-Systeme

Last but not least enthält Art. 4 Abs. 5 KI-Haftungs-RL-E eine dem Art. 9 Abs. 4 ProdHaft-RL-E ähnliche Bestimmung für Betreiber oder Nutzer von nicht hoch-riskanten KI-Systemen: Hier kommt die Kausalitätsvermutung nur zur Geltung, wenn das Gericht der Überzeugung ist, dass für den Kläger erhebliche Schwierigkeiten bestehen, die Kausalität zu beweisen. Da aber ErwGr 28 S. 2 KI-Haftungs-RL-E wiederum auf das »black-box«-Problem von KI-Systemen im Wesentlichen abstellt, entfaltet diese Einschränkung in praxi wenig Wirkung, da wohl jeder Kläger vor diesem Problem stehen dürfte. Zudem soll der Kläger nach ErwGr 28 S. 4 KI-Haftungs-RL-E nicht gezwungen sein, die Charakteristika des KI-System zu erklären oder wie diese dazu führen, dass die Kausalität nicht zu beweisen ist – womit letztlich wiederum diese Einschränkung erheblich aufgeweicht wird.

## 5. Kollektive Rechtsdurchsetzung

Art. 2 Abs. 6 c) KI-Haftungs-RL-E sieht explizit die Möglichkeit vor, dass Verbände oder andere Dritte die Rechte von Geschädigten kollektiv geltend machen können, wozu Art. 6 den Anhang I der Richtlinie EU 2020/1828<sup>166</sup> ergänzt.

<sup>164</sup> S. aber auch Eichelberger DB 2022, 2783 (2788), der hier nicht von einem abschließenden Tatbestand ausgeht, da auch Art. 29 Abs. 2 KI-VO-E andere Sorgfaltspflichten nach Unions- oder nationalem Recht unberührt lasse. Dann aber wären die Einschränkungen des Art. 4 Abs. 3 KI-Haftungs-RL-E schwer erklärlich, was letztlich Eichelberger DB 2022, 2783 (2788) auch einräumt.

<sup>165</sup> S. dazu oben II.C.4.b).

<sup>166</sup> Richtlinie EU 2020/1828 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2020 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG, Abl. Nr. L 409 v. 04.12.2020, 1.

## 6. Evaluation des KI-Haftungs-RL-E

Art. 5, ErwGr 31 KI-Haftungs-RL-E sieht schließlich als Ergebnis des von der Kommission vorgesehenen zweistufigen Prozesses explizit die Evaluation des KI-Haftungs-RL-E vor, etwa im Hinblick auf die Einführung einer Gefährdungshaftung wie vom Europäischen Parlament vorgeschlagen.<sup>167</sup> Damit soll der schnellen technologischen, aber auch wirtschaftlichen Entwicklung Rechnung getragen werden, um Innovationsprozesse nicht durch übermäßige Haftung im Keim zu ersticken<sup>168</sup> – wie bereits erwähnt, steht dies jedoch im Gegensatz zur Haftungserweiterung im ProdHaft-RL-E.

## E. Defizite der vorgeschlagenen Regelungen und Spielraum für den nationalen Gesetzgeber

Unterstellt man, dass diese Vorschläge im Kern erhalten bleiben, sind folgende Einschränkungen und Defizite der Regelungen hervorzuheben:

### 1. Produkthaftungs-RL

#### a) Beschränkung auf Schäden bei Verbrauchern, keine Erfassung B2B

Der ProdHaft-RL-E beschränkt sich nach wie vor hinsichtlich von Eigentumsverletzungen, aber auch Datenverlusten bzw. der Datenkorruption, auf den Schutz von Verbrauchern. Zwar wird auch der »dual use« – also der Gebrauch eines Produktes sowohl im privaten als auch im beruflichen Bereich – im Gegensatz zur vorherigen ProdHaft-RL erfasst; alle Rechtsgutsverletzungen außerhalb von Leib und Leben im Verhältnis kommerzieller Nutzer zum Hersteller (B2B-Verletzungen) werden aber nach wie vor nicht von der verschuldensunabhängigen Haftung des ProdHaft-RL-E abgedeckt. Die Mehrzahl der – jedenfalls der deutschen – Rechtsprechungsfälle betrifft jedoch genau die Schäden, die durch den kommerziellen Gebrauch von fehlerhaften Produkten entstanden sind.<sup>169</sup> Der BGH hat die Grundsätze über die Produzentenhaftung im Rahmen von § 823 Abs. 1 BGB im Rahmen dieser Fälle entwickelt, beginnend mit dem berühmten Hühnerpest-Entscheidung,<sup>170</sup> fortgesetzt über die Apfelschorf-Fälle<sup>171</sup> bis hin zur Pflegebetten-Entscheidung.<sup>172</sup>

#### b) Unklare Abgrenzung Vermögensschäden von Schäden an Daten

Der ProdHaft-RL-E will ferner keine Vermögensschäden erfassen (auch nicht, wenn es sich um Verbraucher handelt) und dies den Mitgliedstaaten überlassen – was im Grundsatz zu begrüßen ist, um eine uferlose Ausweitung der Haftung zu vermeiden. Dennoch ist die Abgrenzung von Vermögensschäden und solchen, die infolge von Datenverlusten auftreten, sehr subtil. Werden z.B. Krypto-Tokens vernichtet, stellt sich der Wertverlust der Krypto-Tokens als

<sup>167</sup> S. dazu oben II.B.

<sup>168</sup> EU-Kommission, Begründung zum KI-Haftungs-RL-E, COM (2022) 496 final 2022/0303 (COD), S. 6 f., 14.

<sup>169</sup> Näher Wöbke, Die Anwendbarkeit des Produkthaftungsrechts zwischen gewerblichen Parteien, 2000; Medicus FS Rolland, 1999, 251 (254).

<sup>170</sup> BGHZ 51, 91 = NJW 1969, 269.

<sup>171</sup> BGHZ 80, 186 (189 f.) = NJW 1981, 1603.

<sup>172</sup> BGHZ 179, 157 (165) = NJW 2009, 1080 (1082).

ein Folgeschaden dar, der im Rahmen der §§ 249 ff. BGB durchaus zu ersetzen ist – auch wenn es sich prima vista um einen Vermögensschaden handelt. Ein Unterschied z.B. zur Vernichtung von Geldscheinen wäre schwer nachvollziehbar.

#### **c) Keine Erfassung von Betreibern (fehlerhaftes Datentraining)**

Ebenso wenig geregelt ist die Haftung von Betreibern von KI-Systemen (sog. backend operators). Diese können allenfalls dann nach dem ProdHaft-RL-E haftbar gemacht werden, wenn das KI-System als Produkt wesentlich durch ihr (fehlerhaftes) Training verändert wird. Eine echte Gefährdungshaftung der Backend-Operator, wie sie die High Level Expert Group für die Haftung von neuen Technologien<sup>173</sup> ebenso wie das EU-Parlament<sup>174</sup> noch vorgeschlagen hatte, fehlt indes und ist auf nationaler Ebene nur dort anzutreffen, wo z.B. der Halter eines KfZ in der Haftung ist, § 7 Abs. 1 StVG oder der Betreiber eines Luftfahrzeugs nach § 33 Abs. 1 LuftVG.

#### **d) Zwingender Ausschluss von Entwicklungsrisiken**

Anders als die noch geltende ProdHaft-RL enthält der ProdHaft-RL-E keine Option mehr für die Mitgliedstaaten, einen Haftungsausschluss für Entwicklungsrisiken vorzusehen oder den Fehlerbegriff auf diese zu erstrecken; vielmehr sieht der ProdHaft-RL-E zwingend vor, dass für Entwicklungsrisiken nicht gehaftet werden soll. Damit würde für KI-Systeme, die sich nach Inverkehrgabe und Gebrauch durch die Fähigkeit, selbständig zu lernen und sich zu verändern, eine empfindliche Haftungslücke entstehen. Zwar erfasst Art. ProdHaft-RL-E ausdrücklich auch das maschinelle Lernen als möglichen Fehler; doch ändert dies nichts daran, dass es auf den Zeitpunkt der Inverkehrgabe des Produktes bzw. des KI-Systems ankommt. Relativiert wird diese Haftungslücke jedoch durch die Bezugnahme auf die »Kontrolle« durch den Hersteller – da typischerweise KI-Systeme vom Hersteller noch lange Zeit kontrolliert werden durch stetige Datenverbindungen etc., würde auch die fehlerhafte Entwicklung eines KI-Systems in aller Regel noch von der Haftung des Herstellers erfasst. Allerdings ist auch nicht zu verkennen, dass mit dieser Systematik grundsätzlich ein Anreiz für den Hersteller geschaffen wird, nach Inverkehrgabe des KI-Systems keine Kontrolle mehr über das KI-System auszuüben – was zudem im Gegensatz zu den Pflichten nach dem KI-VO-E steht, der gerade in Art. 61 KI-VO-E erhebliche Markt- bzw. Produktüberwachungspflichten für den Hersteller und Betreiber der hochriskanten KI-Systeme vorsieht.

#### **e) Unklarheiten hinsichtlich Updates und Upgrades, insbesondere Verjährung**

Auch die Rolle von Updates und Upgrades ist nicht scharf umrissen: Zwar haftet auch derjenige, der ein IT-Produkt (bzw. KI-System) wesentlich modifiziert. Darauf stellt dann auch die Ausschlussfrist von 10 Jahren nach Art. 14 Abs. 2 ProdHaft-RL-E ab. Allerdings sind die Standards für das Vorliegen einer wesentlichen Produktmodifizierung unscharf, indem der ProdHaft-RL-E sich hier indirekt auf Art. 7 Abs. 4 und das Erfordernis einer neuen Produktsicherheitsbewertung bezieht. Für diejenigen Bereiche aber, für die keine Produktsicherheitsbewertung eingreift – also außerhalb der regulierten Sektoren der Wirtschaft – fehlt es damit an einem Standard, der es erlauben würde, ein neues Produkt festzustellen.

Zudem will der ProdHaft-RL-E denjenigen, der das Produkt modifiziert hat, nur für die modifizierten Bereiche bzw. Funktionen des Produktes haften lassen, ErwGr. ProdHaft-RL-E – dies erscheint aber gerade bei Software-Codes als

<sup>173</sup> Report from the Expert Group on Liability and New Technologies, 2019, S. 41, abrufbar unter <https://ec.europa.eu/transparency/expert-groups-register/core/api/front/document/36608/download>

<sup>174</sup> S. oben II.B.

eine äußerst schwierige Aufgabe. Mit Blick auf die Verjährung ist es daher fraglich, ab wann die Frist von 10 Jahren zu laufen beginnt – mit der Inverkehrgabe des Produktes insgesamt oder mit jedem Update aufs Neue.

#### f) **Wenig Regelungen zum Regress**

Ferner enthält der ProdHaft-RL-E recht wenig Regelungen zum Regress. Zwar sieht Art. 11 ProdHaft-RL-E eine gesamtschuldnerische Haftung vor, doch überlässt der ProdHaft-RL-E alle weiteren Regelungen den mitgliedstaatlichen Vorgaben. Da eine einheitliche Regelung zwischen den Mitgliedstaaten keineswegs gesichert ist, sei es bei der Frage der Beweisstandards oder der Verjährung, wurde zu Recht eine europäische Harmonisierung angemahnt.<sup>175</sup>

#### g) **Keine Haftungsgrenze**

Bemerkenswert ist schließlich, dass der ProdHaft-RL-E keine Haftungsobergrenze mehr vorsieht, auch nicht optional für die Mitgliedstaaten. Damit wird potentiell eine Versicherbarkeit erschwert, insbesondere wenn man die Möglichkeit von wirtschaftlich schwerwiegenden Folgeschäden aufgrund von Datenverlusten oder -korrumpierung einbezieht.

## 2. KI-Haftungs-RL-E

#### a) **Keine wirkliche Binnenmarktharmonisierung – akzessorisch zu nationalen Haftungstatbeständen**

Wie gezeigt, beschränkt sich der KI-Haftungs-RL-E auf die Vorgabe von Offenlegungspflichten und Beweislastverteilungen im Bereich der Kausalität, enthält aber keinerlei Haftungstatbestände etc., sondern verweist diesbezüglich vollumfänglich auf das nationale Haftungsrecht. Zudem greifen die Regelungen nur für verschuldensabhängige deliktische Haftungstatbestände ein, mithin nicht für eine (vom nationalen Recht) etwaig vorgesehene Gefährdungshaftung. Der Harmonisierungseffekt ist daher recht beschränkt und vertraut darauf, dass die meisten Mitgliedstaaten über eine verschuldensabhängige Haftung ein entsprechendes Haftungsregime vorsehen.

Umgekehrt wird dadurch potentiell der Haftungsbereich enorm ausgedehnt, da je nachdem, ob das nationale Haftungsrecht z.B. über die Qualifizierung von Grundrechten (etwa Diskriminierung) als sonstige Rechtsgüter nach § 823 Abs. 1 BGB oder über die Qualifizierung des KI-VO-E als Schutzgesetz, eine Erweiterung des Haftungsrisikos einhergeht – z.B. im Bereich des Credit Scoring als KI-System, da dieses von dem KI-VO-E erfasst werden kann.

#### b) **Unklare Vorgaben für Regelungen zur Vereinbarkeit mit Geschäftsgeheimnissen**

Wie schon für den ProdHaft-RL-E enthält auch der KI-Haftungs-RL-E wenig Vorgaben für die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen. Wie schon zuvor moniert, bedarf es hier dringend entsprechender verfahrensrechtlicher Mechanismen wie einem »in-camera«-Verfahren oder der Einschaltung vertrauenswürdiger Dritter.<sup>176</sup>

<sup>175</sup> ELI, Feedback on the European Commission's Proposal for a Revised Product Liability Directive, 2022, S. 7 f.

<sup>176</sup> S. dazu oben II.C.6.

# III. MÖGLICHE HANDLUNGSFELDER FÜR DEUTSCHLAND

## A. Grundsätze

Eine Reihe von Regulierungsoptionen muss in Betracht gezogen werden, die sich auf eine verschuldensunabhängige Haftung, eine fahrlässige Haftung sowie Haftungsbefreiungen in Verbindung mit Haftungsbeschränkungen oder obligatorischen Versicherungen beziehen. Darüber hinaus müssen die öffentlich-rechtlichen Regeln zur Produktsicherheit und zu technischen Standards in den Blick genommen werden. Beide Rechtsbereiche sind eng mit Fragen ihrer Durchsetzung (enforcement) verbunden, so dass der Regulierungsansatz als eine Mischung verschiedener Rechtsinstrumente verstanden werden sollte.

Eines der wichtigsten Prinzipien in diesem Rahmen bezieht sich auf die »günstigsten Kostenvermeider« (cheapest cost avoider):<sup>177</sup> Diejenigen, die am besten in der Lage sind, Risiken zu kontrollieren, sollten auch für Schäden haftbar gemacht werden, die durch Dritte entstanden sind. Die Haftung aufgrund von Fahrlässigkeit ist z.B. die am besten geeignete Regelung, wenn beide Parteien – Schädiger und Opfer – den Schaden durch (effiziente) Sorgfalt verhindern können.<sup>178</sup> Daher ist im Allgemeinen eine verschuldensunabhängige Haftung vorzuziehen, wenn die Sorgfalt des Herstellers die mit dem Produkt verbundenen Risiken nicht wirklich beeinflussen kann. Diese Grundsätze können auch für die Haftung von IT-Systemen und besonders autonomen Systemen fruchtbar gemacht werden.<sup>179</sup>

Ausgangspunkt für Überlegungen für mögliche Handlungsfelder im nationalen Recht muss die Annahme der Beibehaltung der Vorschläge der EU-Kommission sein, insbesondere das Ausmaß der geplanten Harmonisierung.

## 1. Gefährdungshaftung und Pflichtversicherungen

So wie der Halter als derjenige haftet, der grundsätzlich eine gefährliche Technologie (Kfz) einsetzt und über dessen Verwendung entscheidet (und sei es auch nur durch Übergabe an den Fahrer), so wie der Halter eines Tieres für dessen Gefahren haftet,<sup>180</sup> so ist generell an eine Gefährdungshaftung de lege ferenda für solche IT-Systeme zu denken, die in ihrem Verhalten nicht mehr völlig vorhersehbar sind – verbunden mit dem typischen Arsenal der Gefährdungshaftung, insbesondere der Begrenzung der Haftung (caps), um keine ausufernden Haftungsrisiken und damit den Einsatz einer neuen Technologie zu behindern.<sup>181</sup> Die Gefährdungshaftung war und ist seit jeher das Mittel, die Risiken einer zwar sozial erwünschten (und damit rechtmäßigen), aber gefährlichen Technologie bei demjenigen zu internalisieren, der über den Einsatz der Technologie entscheidet,<sup>182</sup> gleichzeitig aber auch wegen der unbedingten

177 Grundlegend Calabresi, *The Costs of Accidents*, New Haven 1970, S. 136 ff.; Calabresi/Hirschhoff *Yale Law Journal* 81 (1972), 1055; Shavell, *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge 1987, S. 47 ff.; Shavell *Journal of Legal Studies* 9 (1980), 1; Schäfer/Ott, *Ökonomische Analyse des Zivilrechts*, 6. Aufl., 2020, S. 279 ff.; Blaschczok, *Gefährdungshaftung und Risikozuweisung*, 1993, S. 183 ff.

178 Siehe Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge 2004, S. 190.

179 Spindler CR 2015, 766, 767; Zech DJT 2020 Gutachten A, S. 59 f.; Wagner VersR 2020, 717, 724; Wagner AcP 217 (2017), 707, 751.

180 Siehe zu den Parallelen auch im Strafrecht Gleß/Weigend ZStW 126 (2014), 561, 566 ff. mwN.

181 Spindler CR 2015, 766, 766 ff.; Spindler, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Fn. 15), S. 125, 136 ff.; s. auch Bertolini, *Artificial Intelligence and Civil Liability*, Study requested by the JURI committee, July 2020, S. 93 f.

182 Siehe auch Zech, DJT 2020 Gutachten A, S. 63 ff. mwN; Foerster, ZfPW 2019, 418, 432; ähnlich die Beiträge von Wagner, siehe nur Wagner VersR 2020, 717, 734 f.; früher bereits Rohe AcP 201 (2001), 118, 138 ff. mwN der älteren Literatur.

Haftung die Technikakzeptanz bei Nutzern und Verbrauchern zu steigern.<sup>183</sup> Demgegenüber wird zwar eingewandt, dass die Gefährdungshaftung zwar ein »passendes Ventil für technische Risiken« sei, sie aber eine »starke Regelungswirkung« entfalte.<sup>184</sup> Doch übersieht diese Auffassung zum einen die bereits bestehenden Gefährdungshaftungsregelungen, zum anderen, dass mit einer Gefährdungshaftung keineswegs für alle Risiken gehaftet werden müsste, sondern diese sektorspezifisch und an hohe Risiken geknüpft werden kann.

Eine strikte Gefährdungshaftung würde zudem das Problem der Formulierung technischer Standards zur Feststellung der Fehlerhaftigkeit eines KI-Systems bzw. die Feststellung berechtigter Sicherheitserwartungen vermeiden, was sowohl für den ProdHaft-RL-E als auch das geltende Recht als eine der zentralen Weichenstellungen empfunden wird.<sup>185</sup>

Allerdings geht die Haftung typischerweise mit Haftungshöchstsummen einher, so dass eine gewisse Sozialisierung der Risiken im Interesse der Innovation billiger in Kauf genommen wird.<sup>186</sup> Dabei ist auch die große Diversität der KI-Systeme zu berücksichtigen, die einen generellen Cap bzw. Haftungshöchstsummen erschwert und wiederum für sektorspezifische Haftungstatbestände spricht.<sup>187</sup> Mit der Gefährdungshaftung anstelle eines verhaltensbasierten Haftungssystems wird schließlich auch das Problem vermieden, dass auf dem Boden des traditionellen Deliktsrechts mit seiner die Rechtswidrigkeit voraussetzenden Pflichtenkonzept auch die Unterlassung der gefährlichen Tätigkeit verlangt werden könnte.<sup>188</sup>

Gekoppelt werden solche Risikozuweisungen in der Regel mit zwingenden Haftpflichtversicherungen – dies sorgt dafür, dass über die Versicherung zum einen Informationen über die Gefährlichkeit und die Schadensverläufe von solchen Systemen gesammelt werden können, zum anderen Regress gegenüber Herstellern etc. genommen werden kann.<sup>189</sup> Gerade die Kombination mit Haftungshöchstgrenzen ermöglicht eine Versicherung.<sup>190</sup> Derartige Pflichtversicherungen könnten ähnlich wie die Versicherung für Straßenverkehrsunfälle nach dem HaftpflichtG<sup>191</sup> ausgestaltet werden.

Bei Einführung einer Gefährdungshaftung sowohl für Betreiber (sektorspezifisch) als auch Hersteller besteht auch kein Bedarf mehr für eine Art Assistenzhaftung,<sup>192</sup> gleich wie sie auch ausgestaltet sein mag, zumal sich kaum Unterschiede ergeben dürften.

Die Einführung von Haftungshöchstsummen wäre jedoch nur außerhalb der vorgeschlagenen Produkthaftungs-RL möglich, mithin nur im Business-to-Business Bereich, da der Entwurf der Richtlinie explizit auf Haftungshöchstsummen verzichtet.

---

183 Zech, DJT 2020 Gutachten A, S. 63.

184 So Hanisch, in: Hilgendorf (Hrsg.), Robotik im Kontext von Recht und Moral, 2013, S. 27, 36; in die gleiche Richtung tendenziell Linardatos, Autonome und vernetzte Aktanten im Zivilrecht, 2021, S. 322 ff., 328 ff.: keine Haftung für jedes Risiko; ähnlich Thöne, Autonome Systeme und deliktische Haftung, 2020, S. 192

185 Gless / Janal, JR 2016, 272, 265; Wagner, AcP 217 (2017), 707, 729 f.; Beierle, Die Produkthaftung im Zeitalter des Internet of Things, 2021 S. 242; zusammenfassend Borges CR 2022, 553 Rn. 43 f.

186 Blaschczok, Gefährdungshaftung und Risikozuweisung, 1993, S. 170 ff., 326 ff.; Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse des Zivilrechts, 6. Aufl., 2020, S. 265; abl. aber Wagner JZ 2023, 1 (10).

187 Zutr. Bertolini, Artificial Intelligence and Civil Liability, Study requested by the JURI committee, July 2020, S. 93 f.

188 BGH NJW 1988, 3019; BeckOGK/Spindler, § 823 BGB Rn. 4 ff.; Blaschczok, Gefährdungshaftung und Risikozuweisung, 1993, S. 7 ff.

189 Report from the Expert Group on Liability and New Technologies, 2019, S. 61, abrufbar unter <https://ec.europa.eu/transparency/expert-groups-register/core/api/front/document/36608/download>

190 Spindler, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Fn. 15), S. 125, 137; ebenso Zech, DJT 2020 Gutachten A, S. 70.

191 Haftpflichtgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 4. Januar 1978 (BGBl. I S. 145), das zuletzt durch Artikel 9 des Gesetzes vom 17. Juli 2017 (BGBl. I S. 2421) geändert worden ist.

192 Hierfür Teubner AcP 218 (2018) 155, 190 ff.; darauf aufbauend Wagner VersR 2020, 717, 735 f. bei gleichzeitiger Abschaffung des Entlastungsbeweises in § 831 BGB.

## 2. Reichweite der Haftung: Horizontaler Ansatz oder sektorspezifisch?

Eine generelle Gefährdungshaftung für den Einsatz von KI-Systemen würde über das Ziel hinausschießen, da selbst triviale Systeme hiervon erfasst würden.<sup>193</sup> Daher sollte dem Ansatz des KI-VO-E und des Vorschlags des Europäischen Parlaments folgend eine Gefährdungshaftung nur für »hochriskante« KI-Systeme erfolgen,<sup>194</sup> die ihrerseits auf solche Systeme zu beschränken wären, bei denen zum einen hochrangige Rechtsgüter gefährdet werden, etwa im Medizinbereich, zum anderen das Charakteristikum des nicht vorhersehbaren Verhaltens infolge von deep machine learning ausgeprägt ist.<sup>195</sup> Vor allem Gefährdungen von Leib, Leben und Gesundheit wären hier Ansatzpunkte für eine sektorspezifische Gefährdungshaftung.

## 3. Haftungsadressaten: Hersteller und Betreiber

Wie bereits erwähnt, werden KI- und IT-Produkte häufig nicht mehr als eigenständige Produkte verkauft, sondern »entbündelt«, aber auch durchaus gekoppelt. Der »Hersteller« eines solchen Produkts könnte daher nur haftbar gemacht werden, wenn Online-Dienste etc. als Lieferantenprodukt qualifiziert würden – so wie es der PL-D vorsieht. In diesem Rahmen bedarf es auch zumindest einer Beweislastumkehr für die Frage, ob ein Produkt fehlerhaft ist,<sup>196</sup> wenn nicht von vornherein eine strikte Gefährdungshaftung eingeführt werden sollte, was vorzugswürdig wäre, da nicht mehr auf den Fehlerbegriff abgestellt werden muss. Auch wenn ein derartiges Pipeline-Prinzip für IT-Produkte geeignet wäre, kann es dennoch das Problem von Änderungen an Diensten und Software nach deren Inverkehrgabe nicht lösen, insbesondere wenn diese durch Dritte trainiert werden – was jedoch gerade für KI-Systeme im Bereich deep machine learning typisch ist. Daher sollte die Haftung auch auf derartige »backend operator« erstreckt werden, die z.B. Daten liefern oder Einfluss auf das Verhalten der KI ausüben.<sup>197</sup> Wiederum kann die Haftung hier durch Auflistung bestimmter riskanter Gebiete eingeschränkt werden.<sup>198</sup> Allein auf die nach wie vor bestehende Kontrolle von KI-Systemen abzustellen, wie es in der PL-D vorgesehen ist, genügt hierfür nicht, da eben auch Dritte die KI-Systeme trainieren können.

Demgemäß sollten auch Betreiber Adressaten einer entsprechenden Haftung sein,<sup>199</sup> da sie zum einen über den konkreten Einsatz eines autonomen Systems entscheiden (insbesondere die konkreten Rahmenbedingungen), zum anderen aber häufig auch die KI erst trainieren.<sup>200</sup> Da die Qualität und Intensität des Trainings über die Güte des autonomen Systems entscheiden, müssen auch Betreiber hier in die Pflicht genommen werden.<sup>201</sup> Allerdings kommen hier durchaus sektorspezifische Ausgestaltungen in Betracht, da nicht jeder Lebensbereich einem gleichen Risiko ausgesetzt ist;<sup>202</sup> derartige Beschränkungen könnten mit Produktsicherheitsregelungen verknüpft werden. Eine Differenzierung kann auch dementsprechend nach typisierter Fachkenntnis der Betreiber in Betracht kommen.<sup>203</sup> Auch sollten nur

193 Ebenso Bertolini, Artificial Intelligence and Civil Liability, Study requested by the JURI committee, July 2020, S. 98 f.

194 Ebenso Borges CR 2022, 553 Rn. 32 ff.

195 Im Prinzip ebenso Zech DJT 2020 Gutachten A, S. 99 f.; Bertolini, Artificial Intelligence and Civil Liability, Study requested by the JURI committee, July 2020, S. 72 f., 96 ff. auf der Grundlage eines risikomanagementbasierten Ansatzes.

196 Report from the Expert Group on Liability and New Technologies, 2019, S. 42 ff., abrufbar unter <https://ec.europa.eu/transparency/expert-groups-register/core/api/front/document/36608/download>

197 So auch der Vorschlag des EU-Parlaments, siehe dazu unten II.B.; zuvor Report from the Expert Group on Liability and New Technologies, 2019, S. 40 ff., abrufbar unter <https://ec.europa.eu/transparency/expert-groups-register/core/api/front/document/36608/download>

198 Zutr. Borges CR 2022, 553 Rn. 55 gegen die Kritik von Wagner ZEuP 2021, 545, 564, der auf den generalklauselartigen Charakter verweist.

199 Report from the Expert Group on Liability and New Technologies, 2019, S. 41, abrufbar unter <https://ec.europa.eu/transparency/expert-groups-register/core/api/front/document/36608/download>.

200 Zur Gefährdungshaftung für Betreiber siehe auch Spindler CR 2015, 766, 766 ff.; Gless/Janal JR 2016, 561, 574; Horner/Kaulartz CR 2016, 7, 13 f.; Schirmer JZ 2016, 660, 665 f.; Schirmer RW 2018, 453, 473; Schulz, Verantwortlichkeit bei autonom agierenden Systemen, 2015, S. 364 ff.

201 Ebenso Zech DJT 2020 Gutachten A, S. 89 f.; anders offenbar Wagner VersR 2020, 717, 738, der nur für eine Herstellerhaftung plädiert; ähnlich Wagner ZEuP 2021, 545, 551; Wagner JZ 2023, 1 (2 f.); Borges CR 2022, 553 Rn. 47 ff., die beide die Einflussmöglichkeiten durch Training des KI-Systems nicht in den Blick nehmen.

202 Ebenso Zech, DJT 2020 Gutachten A, S. 67; zuvor Günther, Roboter und rechtliche Verantwortung, Dissertation, Würzburg 2014, S. 241; insoweit auch Borges, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Fn. 15), S. 145, 152, Borges CR 2022, 553 Rn. 51.

203 Zutr. Zech, DJT 2020 Gutachten A, S. 60 f.

kommerzielle bzw. professionelle Betreiber in die Haftung genommen werden, die in der Lage sind, die KI zu trainieren.<sup>204</sup> In ähnlicher Weise schlägt dies auch das Europäische Parlament vor.<sup>205</sup>

Zwischen den Haftungsadressaten sollte eine gesamtschuldnerische Haftung nach § 840 BGB eingeführt werden, da für den Geschädigten häufig nicht ersichtlich ist, welcher Beitrag welcher der Haftungsadressaten tatsächlich geleistet hat.<sup>206</sup> Die Situation ist insofern nicht anders als bei Betreibern, die einer Gefährdungshaftung unterliegen, gleichzeitig aber der Produkthaftung unterliegende Produkte verwenden.

Einzuräumen ist allerdings, dass solch eine Ausdehnung der Gefährdungshaftung mitsamt einer gesamtschuldnerischen Haftung zu möglicherweise erhöhten Versicherungskosten und Prozesskosten führen kann, da der Geschädigte in aller Regel nicht wissen wird, welcher der Beteiligten tatsächlich zum Schaden beigetragen hat.<sup>207</sup> Diese Situation liegt indes fast immer vor im Rahmen der Produkthaftung, da bei Einsatz eines Produktes durch einen Betreiber der Geschädigte in den seltensten Fällen Kenntnis von dem Hersteller des Produktes haben wird.

Abgesehen davon ist die Reform der Produkthaftungsrichtlinie und deren Erweiterung auf Software, die sich nicht nur auf »embedded software« beschränkt, zu begrüßen, um die Beliebigkeit der Haftung zu vermeiden.<sup>208</sup>

## B. Umfang der Harmonisierung durch beide Richtlinien-Vorschläge

Der ProdHaft-RL-E ist expressis verbis als vollharmonisierende Richtlinie ausgestaltet; dennoch belässt der ProdHaft-RL-E Raum für die Mitgliedstaaten, um weitergehende Regelungen zu verabschieden. Dies gilt sowohl für den Anwendungsbereich des ProdHaft-RL-E, der z.B. auf B2B-Beziehungen erweitert werden kann. Auch die vorgesehenen prozessualen Regelungen können durch die Mitgliedstaaten erweitert bzw. ergänzt werden. Zudem ist in diesem Rahmen zu berücksichtigen, dass Richtlinien es in der Regel den Mitgliedstaaten überlassen, wie sie dem Umsetzungsbefehl gerecht werden, so dass z.B. für die Offenlegungspflichten nach Art. 8 ProdHaft-RL-E auch Konstruktionen über einen materiell-rechtlichen Auskunftsanspruch statt einer prozessualen Regelung denkbar sind.

Keinen Spielraum belässt der ProdHaft-RL-E im Rahmen seines Anwendungsbereichs dagegen bei der Frage der Haftung für Entwicklungsfehler, die ausgeschlossen ist, ebenso wie Haftungsobergrenzen.

Demgegenüber begreift sich der KI-Haftungs-RL-E – wie dargestellt – nur als Mindestharmonisierung und lässt dem Mitgliedstaat weitgehenden Spielraum vor allem bei der Ausgestaltung von Haftungstatbeständen. So kann der Mitgliedstaat z.B. eine Gefährdungshaftung für Betreiber von KI-Systemen einführen; auch können Mitgliedstaaten über die Offenlegungspflichten der beklagten KI-Betreiber oder Hersteller ebenso hinaus gehen wie für die vorgesehenen Beweislasterleichterungen.

---

204 Zech DJT 2020 Gutachten A, S. 89 f.

205 Siehe dazu II.B.

206 Ebenso Zech, DJT 2020 Gutachten A, S. 61, 91, 101.

207 Dies hebt Bertolini, *Artificial Intelligence and Civil Liability*, Study requested by the JURI committee, July 2020, S. 92 f. hervor, der sektorspezifische Regelungen befürwortet.

208 Zech DJT 2020 Gutachten A, S. 104.

## C. Übertragung des Konzepts der Produkthaftungs-RL auf B2B-Beziehungen

### 1. Der mögliche Ansatz

Eine von dem ProdHaft-RL-E nicht gesperrte Möglichkeit bestünde in der Übertragung des Konzepts des ProdHaft-RL-E auf Beziehungen zwischen Unternehmen, also der sog. B2B-Verhältnisse, bei denen der Geschädigte ein kommerzielles Unternehmen ist.<sup>209</sup> Zwar erweitert der ProdHaft-RL-E schon den Anwendungsbereich hinsichtlich sog. »dual-use«-Produkte, also solche, die sowohl privat als auch gewerblich genutzt werden, doch dürfte sich die Mehrzahl der Produkthaftungsfälle im B2B-Bereich abspielen bzw. abgespielt haben.<sup>210</sup> In vergleichbarer Weise sieht der Haftungsvorschlag des EU-Parlaments die Erfassung von Eigentumsschäden auch juristischer Personen vor, mit- hin auch eine Erstreckung auf B2B-Beziehungen.<sup>211</sup>

Ferner könnte die Einführung eines solchen Gefährdungshaftungstatbestandes auf bestimmte Rechtsgüter be- schränkt werden bzw. bestimmte Rechtsgüter können ausgeschlossen werden, wie z.B. das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Ebenso könnte die Abgrenzung von Vermögensschäden zu Datenverlusten präzi- siert werden, indem festgelegt wird, dass bei Datenverlusten nur die Kosten für deren Wiederherstellung ersatzfähig sind – nicht aber wirtschaftliche Folgeschäden.<sup>212</sup> Auch könnten Vermögensschäden, die primär auf vertraglichen Beziehungen beruhen, wie etwa bei credit scoring-Systemen, ebenso ausgeschlossen werden, da sonst die Haftung bei strikter Gefährdungshaftung uferlos würde.<sup>213</sup>

Hinsichtlich der erfassten KI-Systeme müsste ein solcher Gefährdungshaftungstatbestand auch nicht notwendiger- weise dem KI-VO-E folgen, sondern könnte engere Definitionen vorsehen, die sich z.B. auf Systeme beschränken, die zu selbständigen Lernen fähig sind – hier wiederum vergleichbar dem Vorschlag des EU-Parlaments.<sup>214</sup>

Ferner könnte bei der Einführung einer Gefährdungshaftung klargestellt werden, dass Diskriminierungstatbestände oder andere Grundrechtsverletzungen – anders als bei der verschuldensabhängigen Haftung – nicht erfasst werden sollen, im Gegensatz etwa zum Vorschlag des ELI zur Reform der ProdHaft-RL, der eine Haftung bei Verletzung von Pflichten nach der KI-VO-E vorsieht.<sup>215</sup>

Zu ergänzen wäre ein solcher Ansatz zwingend um eine für die Gefährdungshaftung übliche Haftungsobergrenze bzw. Kappung, die eine Versicherbarkeit der Risiken ermöglichen würde – ähnlich dem Vorschlag des EU-Parlaments zu einer Verordnung zur Haftung für KI-Systeme.<sup>216</sup>

Daneben könnten die Offenlegungspflichten und Beweislastverteilungen des ProdHaft-RL-E entsprechend übernom- men werden, allerdings mit der Maßgabe von Nachschärfungen zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen, z.B. in Gestalt des »in-camara«-Verfahrens. Zu überlegen wäre auch, ob die von dem ProdHaft-RL-E vorgesehenen Beweis

209 Ebenso Wagner JZ 2023, 1 (7).

210 S. dazu oben Fn. @.

211 S. oben II.B.

212 Anders offenbar Wagner JZ 2023, 1 (8), der auch Vermögensfolgeschäden von kommerziell Geschädigten einbeziehen will.

213 Insoweit auch Wagner, »Liability Rules for the Digital Age – Aiming for the Brussels Effect« (January 8, 2023). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4320285> (last accessed 20.1.2023), S. 54 bei Fn. 151

214 Dazu oben II.B.

215 S. dazu den Draft of a Revised Product Liability Directive, Art. 11 ff. im Annex des ELI, Feedback on the European Commission's Proposal for a Revised Product Liability Directive, 2022, S. 31.

216 Oben II.B.

lastregelungen für Kausalität bei Fehlen von logging devices (Referenz zur KI-VO-E) ausgedehnt oder beschnitten werden sollten. Im Prinzip sollte an der Pflicht festgehalten werden, Mechanismen bzw. Programme zu verwenden, die das Loggen des Verhaltens des Systems erlauben (logging by design). In ähnlicher Form sieht nunmehr auch § 63a StVG für autonome Kfz eine »black box« vor, die bei Verkehrsunfällen das Auslesen der relevanten Daten für Unfallbeteiligte erlaubt.<sup>217</sup> Auch der Vorschlag einer KI-VO durch die EU enthält für hochriskante KI-Systeme eine Pflicht zur Dokumentation, Art. 12 Abs. 1 KI-VO-E. Generell könnte eine Verpflichtung zu »documentation by design« geschaffen werden, um die Kausalitätsprobleme und deren Nachweis zu bewältigen. Wird diese Pflicht nicht eingehalten, sollte die Beweislast sich zum Nachteil des Betreibers und des Herstellers umkehren.<sup>218</sup>

Optional kann ferner darüber nachgedacht werden, ob auch für Entwicklungsfehler gehaftet werden müsste.<sup>219</sup> Im Bereich der B2C-Verhältnisse wäre dies durch den ProdHaft-RL-E aufgrund der beabsichtigten Vollharmonisierung gesperrt, nicht aber für den Bereich der B2B-Beziehungen. In entsprechender Weise sieht auch der Vorschlag des EU-Parlaments für eine VO zur Haftung für KI-Systeme eine strikte Gefährdungshaftung vor, die nicht von der Frage abhängig ist, ob ein Produktfehler vorliegt<sup>220</sup> – womit auch der Entwicklungsfehler als möglicher Einwand ausgeschlossen wäre, da nur der Schaden, verursacht durch ein erfasstes Risiko, maßgeblich ist.

## 2. Vorteile

Die Vorteile eines solchen Ansatzes liegen auf der Hand, da er den Eintritt einer Haftung von der Frage einer Pflichtenerfüllung loslöst, damit Rechtssicherheit für die Beteiligten schafft. Denn gerade die Frage der Sorgfaltspflichten und deren Auslegung durch die Gerichte im Einzelfall kann bezogen auf KI-Systeme erhebliche Unsicherheiten auslösen, da nach wie vor unklar ist, wie intensiv z.B. Pflichten ausfallen,<sup>221</sup> die wie folgt kurz umrissen werden können:

- So lassen sich hinsichtlich des Herstellers von KI-Systemen alle Pflichten aus der Produzentenhaftung bzw. darauf bezogene Fehlerkategorien wie Konstruktionsfehler oder Fertigungsfehler übertragen, etwa zur Ausschöpfung aller zugänglichen Erkenntnisquellen<sup>222</sup> – was gerade im Zeitalter von Big Data und öffentlich zugänglichen Quellen die Haftungsstandards wesentlich erhöhen dürfte. Entscheidend ist demnach, ob dem Hersteller bereits bei der Inverkehrgabe die Fehler bekannt sein mussten. Programmierer können nach dem Stand der Technik Lernfehler der KI versuchen zu vermeiden.<sup>223</sup> Produktrisiken, die erst später bekannt werden, führen nicht dazu, dass dem Hersteller ein Konstruktionsfehler anzulasten wäre;<sup>224</sup> hier handelt es sich vielmehr um einen Entwicklungsfehler, so dass allein nachträgliche Pflichten im Rahmen der Produktbeobachtung eingreifen können.<sup>225</sup> Daher gibt es insoweit auch keine Pflicht, nur aufgrund der Unvorhersehbarkeit die Inverkehrgabe (und Inbetrieb-

217 Eingehend dazu: Hoeren NZV 2018, 153; Reibach, in: Taeger (Hrsg.), Recht 4.0 – Innovationen aus den rechtswissenschaftlichen Laboren, 2017, S. 161; Schmid/Wessels NZV 2017, 357; Lutz DAR 2019, 125.

218 Ähnlich Thöne, Autonome Systeme und deliktische Haftung, 2020, S. 251 ff., 257 f.

219 Für Ausdehnung Whittam »Mind the compensation gap: towards a new European regime addressing civil liability in the age of AI« 30 (2022) International Journal of Law and Information Technology, 249 (251 et seq.).

220 Oben II.B.

221 Anders aber Bertolini, Artificial Intelligence and Civil Liability, Study requested by the JURI committee, July 2020, S. 80 f. der sich für einen einzelfallbezogenen Ansatz ausspricht.

222 BGH NJW 1992, 560, 561 f.; BGH NJW 1990, 906, 907 f.; BGH NJW 1952, 1091; Kullmann NJW 2002, 30, 32; Kullmann, in: Kullmann/Pfister/Stöhr/Spindler (Hrsg.), Produzentenhaftung, Berlin 2022, Knz. 1520, S. 7; Foerste, in: Foerste/v. Westphalen (Hrsg.), Produkthaftungshandbuch, 3. Aufl. 2012, § 24 Rn. 378; Spindler, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Hrsg.), Beck'scher Online-Großkommentar, Stand 01.03.2022, BGB § 823 Rn. 662 ff.

223 Zech, DJT 2020 Gutachten A, S. 48; Lohmann AJP 2017, 152, 158; einen Überblick über zu beachtende Sorgfaltspflichten gibt Günther, Roboter und rechtliche Verantwortung, Dissertation, Würzburg 2014, S. 255 ff.

224 Foerste, in: Foerste/v. Westphalen (Hrsg.), Produkthaftungshandbuch, 3. Aufl. 2012, § 24 Rn. 71, 103 ff.; s. auch Jänich/Schrader/Reck NZV 2015, 313, 317 »zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens«; Vogt NZV 2003, 153, 159.

225 Von Westphalen ZIP 2019, 889, 892; wesentlich enger aber Grützmaker CR 2016, 695, 696; siehe auch Zech ZfPW 2019, 198, 213.

nahme) von autonom handelnden Systemen zu untersagen.<sup>226</sup> Hat der Hersteller später durch ein Update die Software modifiziert, gilt selbstverständlich dieser Zeitpunkt für die Beurteilung der Fehlerhaftigkeit.<sup>227</sup> Schließlich ist Teil der Pflichten vor der Inverkehrgabe auch das richtige Training mit den richtigen Daten – sofern dies nicht einem Dritten oder dem Nutzer überlassen wird, die dann ihrerseits für die Einhaltung der Pflichten zur richtigen Datenauswahl und Training haften.<sup>228</sup> Gleiches gilt für die nötige IT-Sicherheit hinsichtlich von Vernetzungsrisiken.<sup>229</sup>

- Nach Inverkehrgabe des Produktes wird der Hersteller nicht vollständig von seiner Verantwortung frei. Vielmehr muss er bei Kenntnis von Schäden durch das Produkt die zu diesem Zeitpunkt erforderlichen und ihm zumutbaren Gefahrenabwehrmaßnahmen ergreifen. Gerade für selbst lernende KI-Systeme ist diese Pflicht von nicht zu unterschätzender Bedeutung; sie kompensiert teilweise die fehlende Haftung für Entwicklungsfehler. Dies gilt umso mehr, wie der Hersteller nach wie vor in Kontakt mit dem in Verkehr gebrachten KI-System steht; hier muss sich der Hersteller alle Kenntnisse zurechnen lassen, die er durch die Verbindung mit dem System gewonnen hat.<sup>230</sup>

Diese kurze Aufzählung macht den umfangreichen Kanon an Pflichten, die es auch stets zu dokumentieren gälte, deutlich. Der Gewinn an Rechtssicherheit würde daher sowohl auf Seiten der Hersteller und Betreiber von KI-Systemen eingreifen wie auch auf Seiten von potentiell Geschädigten, die – wie ausgeführt – gerade bei Produkthaftungsfällen häufig ihrerseits aus kommerziellen Nutzern bestehen. Denn es bestünde keine Notwendigkeit mehr, jeweils die einzelnen Pflichtverletzungen nachzuweisen, umgekehrt müsste der Hersteller – natürlich bei seiner bestehenden Haftung – keine entsprechenden Dokumentationen mehr vorhalten (was ihn natürlich nicht von den Pflichten nach dem KI-VO-E entbindet, die gerade derartige Dokumentationen für hochriskante KI-Systeme vorsehen). Unabsehbare Pflichtenprogramme wie etwa nach dem Lieferkettensorgfaltspflichtgesetz (LkSG) könnten aber so auf ein Minimum reduziert werden.

Mit Hilfe weiterer Stellschrauben wie der engeren Definition von KI-Systemen – anders als der KI-VO-E und eher dem Vorschlag des EU-Parlaments folgend<sup>231</sup> – oder der Eingrenzung von Schäden aufgrund von Datenverlusten ließe sich das Haftungsrisiko bei gleichzeitiger Rechtssicherheit noch weiter erhöhen.

Hinsichtlich der Entwicklungsfehler würde für eine entsprechende Ausnahme sprechen, dass diese gerade bei selbstlernenden KI-Systemen am häufigsten auftreten und daher enorme Haftungsrisiken für Hersteller darstellen dürften. Andererseits entstünden durch eine Herausnahme von Entwicklungsfehlern im Rahmen der Haftung empfindliche Haftungslücken, die aller Wahrscheinlichkeit nach durch die Rechtsprechung im Bereich der Sorgfaltspflichten, hier vor allem der Produktbeobachtung gefüllt werden dürften, mit unüberschaubaren Detailregelungen im Einzelfall, je nach Gefahrenintensität und zur Verfügung stehenden Wissens, das gerade im Zeitalter des Internet mit seinen fast uneingeschränkten Suchmöglichkeiten und Übersetzungsfähigkeiten selbst weniger geläufiger Sprachen eher strengen Anforderungen unterliegen dürfte.

Für eine Ausdehnung der Kausalitätsvermutungen bei Verletzung der Pflichten zur Einrichtung von logging devices spräche, dass diese Probleme nicht nur bei hochriskanten KI-Systemen auftreten; der ProdHaft-RL-E will dem nur durch eine generalklauselartige Regelung Rechnung tragen, die auf »exzessive Probleme« des Geschädigten

226 Siehe auch Riehm/Meier, Künstliche Intelligenz und Zivilrecht, in: Fischer/Hoppen/Wimmers (Hrsg.), DGRI Jahrbuch 2018, 1. Aufl. 2019, S. 1 Rn. 27; Wagner AcP 217 (2017), 707, 728; Wagner VersR 2020, 717, 727; für autonome KfZ v. Bodungen SVR 2022, 1, 4; aA Linardatos, Autonome und vernetzte Aktanten, 2021, S. 279 ff. mwN.; Zech ZfPW 2019, 198, 213; Zech, DJT 2020 Gutachten A, S. 71 f.; Thöne, Autonome Systeme und deliktische Haftung, 2020, S. 208 f.

227 So auch Wagner VersR 2020, 717, 729, allerdings bezogen auf Beweisprobleme; Hacker, NJW 2020, 2142, 2145; für autonome KfZ v. Bodungen SVR 2022, 1, 5.

228 Zech NJW 2022, 502, 506 f. (Rn. 37 ff.)

229 Spindler, Verantwortlichkeit von IT-Herstellern, Nutzern und Intermediären, 2007, abrufbar unter: [https://www.bsi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/BSI/Publikationen/Studien/ITSicherheitUndRecht/Gutachten\\_pdf.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bsi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/BSI/Publikationen/Studien/ITSicherheitUndRecht/Gutachten_pdf.pdf?__blob=publicationFile&v=2) Rn. 95; Zech, DJT 2020 Gutachten A, S. 49; Wagner AcP 217 (2017), 707 (726 f.); Schmon IWRZ 2018, 254, 256 f.; Gomille JZ 2016, 76, 77.

230 Dazu auch Schmid CR 2019, 141 ff.; für autonome KfZ v. Bodungen SVR 2022, 1, 5.

231 S. oben II.B.

rekurriert, was natürlich entsprechenden Rechtsunsicherheiten Vorschub leistet. Vorzugswürdig erscheint daher eine generelle Kausalitätsvermutung, wenn den Pflichten zur Einrichtung von logging-devices nach dem KI-VO-E nicht entsprochen würde – unabhängig von der Reichweite des ProdHaft-RL-E bzw. den »exzessiven« Problemen des Geschädigten.

### 3. Nachteile

Die Nachteile einer Ausdehnung der Gefährdungshaftung für Hersteller, integrierte Dienste und Datenzulieferer auf B2B-Verhältnisse liegen auf der Hand: So würden erhebliche höhere Haftungsrisiken erzeugt, die aller Wahrscheinlichkeit aufgrund besserer Informationen der Geschädigten im B2B-Bereich und größerer Ressourcen auch geltend gemacht würden. Daher wäre auf jeden Fall die Einführung einer Haftungsobergrenze (Cap) erforderlich, damit die Versicherbarkeit gewährleistet bleibt.

Auch bleibt fraglich, ob tatsächlich eine signifikante Reduktion von Dokumentationspflichten eintreten würde, jedenfalls solange die gleichlaufenden Pflichten nach dem KI-VO-E aufrecht erhalten bleiben.

## D. Einführung einer Gefährdungshaftung auch für Betreiber

### 1. Konzept

In ähnlicher Weise wie für den ProdHaft-RL-E könnte Deutschland entsprechend dem Vorschlag des Parlaments<sup>232</sup> und der High Level Expert Group for Liability of New Technologies eine Gefährdungshaftung auch für Betreiber bzw. kommerzielle Nutzer von KI-Systemen vorsehen (sog. Backend operator). Der Vorschlag der KI-Haftungs-RL würde keine Sperrwirkung entfalten, da er einerseits nur gegenüber verschuldensabhängiger Haftung eingreift, andererseits den Mitgliedstaaten die Einführung entsprechender Haftungsstatbestände offenlässt.

Eine Gefährdungshaftung für kommerzielle Betreiber könnte sich wiederum nur an diejenigen Nutzer richten, die hochriskante KI-Systeme im Sinne des KI-VO-E verwenden – wiederum vergleichbar dem Vorschlag des EU-Parlaments.<sup>233</sup> Denn ein »one-size-fits-all« Ansatz würde zu viele Bereiche erfassen, ohne dass dem gewichtige Risiken entsprechen. So sollten etwa Betreiber von medizinischen Robotern unter die Haftung fallen, während z.B. Betreiber von Mährobotern nicht die gleiche Gefährlichkeit aufweisen. Wie im Bereich des Vorschlags zu einer Ausdehnung der Produkthaft-RL auf B2B-Beziehungen bräuchte hier nicht danach differenziert werden, wer der Anspruchsteller bzw. Geschädigte ist, so dass auch kommerziell Tätige als Geschädigte hier in Betracht kämen.

Ferner könnten die Haftungsrisiken durch Beschränkungen auf bestimmte bedeutsame Rechtsgüter wie Leib, Leben und Gesundheit eingeschränkt werden, wiederum im Gleichlauf mit dem Vorschlag für eine Gefährdungshaftung für Hersteller im B2B-Bereich, vor allem im Hinblick auf die Einschränkung von Schäden bei Datenverlusten auf die Kosten zur Wiederherstellung der Daten, um die Haftungsrisiken nicht ausufern zu lassen.

---

<sup>232</sup> Oben II.B

<sup>233</sup> II.B.

Auch könnten die Regelungen des KI-Haftungs-RL-E bzw. Prodhaft-RL-E zur Offenlegung und zur Vermutung der Kausalität – mit den gebotenen Modifikationen zur Sicherung von Geschäftsgeheimnissen – übernommen werden.

Wiederum könnten Haftungsobergrenzen bzw. Caps verwandt werden, um die Haftungsrisiken nicht ausufern zu lassen, gekoppelt mit Pflichtversicherungen.

## 2. Vorteile

Wie schon für die Herstellerhaftung (frontend operator) ausgeführt, kann eine Gefährdungshaftung die Nachteile vermeiden, die aus unbestimmten Rechtsbegriffen wie der erforderlichen Sorgfalt von Betreibern und damit der eingehenden Rechtsunsicherheit eintreten können. Dies schließt eine Kombination von Gefährdungs- und verschuldensabhängiger Haftung, die dann oberhalb der Haftungsobergrenze eingreifen könnte, nicht aus – was allerdings wiederum dazu führen kann, dass die beschriebenen Vorteile einer größeren Rechtssicherheit indirekt aufgegeben würden, indem ein Anreiz für Geschädigte gegeben wäre, zusätzlich Klagen basierend auf einer pflichtenabhängigen Haftung einzureichen.

Ferner könnte mit einer nur für die Betreiberhaftung sektorspezifischen Regelung eine Eingrenzung und Balancierung der Haftungsrisiken erreicht werden, indem die Gefährdungshaftung nur bestimmte besonders exponierte Branchen eingeführt würde, z.B. im Medizinbereich ebenso wie für den Verkehrsbereich – für den allerdings zu berücksichtigen ist, dass hier von vornherein bereits umfangreiche Gefährdungshaftung für Betreiber bestehen, etwa für Halter nach § 7 Abs. 1 StVG oder Luftfahrtbetreiber, § 33 Abs. 1 LuftVG. Für den Medizinbereich besteht indes bislang keine entsprechende Gefährdungshaftung – gerade hier zeichnet sich die Rechtsprechung durch die Ausformulierung umfangreicher Pflichtenprogramme aus.<sup>234</sup>

## 3. Nachteile

Wie schon für die Ausweitung der Gefährdungshaftung im Bereich der Hersteller bzw. der ProdHaft-RL wird der jeweilige Wirtschaftssektor erheblichen Haftungsrisikoerweiterungen ausgesetzt – die aber wiederum durch die Haftungsgrenzen versicherbar bleiben sollten.

## E. Regelung von Regress und Gesamtschuldner

Parallel sollten Regelungen auf nationaler Basis geschaffen werden, die im Rahmen einer Gefährdungshaftung Normen für die gesamtschuldnerische Haftung von Herstellern (frontend operators) und Betreibern (backend operators) vorsehen. So kann sichergestellt werden, dass die Risiken letztlich bei dem alloziert werden, der am besten die Risiken beherrschen kann – was gerade für vertragliche Regelungen durch die Beteiligten intern geregelt werden kann, letztlich aber durch eine dem § 840 BGB bzw. Art. 11 ProdHaft-RL-E nachgebildete Regelung, die auch ohne derartige vertragliche Regelungen einen Regress ermöglichen sollte. Da Art. 11 ProdHaft-RL-E Sperrwirkung gegenüber B2C-Ansprüchen entfaltet, nicht aber für B2B-Ansprüche, können diese hinsichtlich des Regresses unabhängig davon vom Mitgliedstaat normiert werden. Der Sache nach ergeben sich aber keine besonderen Unterschiede. Dies gilt auch für den Bereich, der von der KI-Haftungs-RL-E abgedeckt wird, zumal dieser nur eine Mindestharmonisierung vorsieht.

<sup>234</sup> Ausführlich mwNachw BeckOGK/Spindler § 823 BGB Rn. 14 ff.

Ferner sollte dieser Regress zwingend ausgestaltet werden, so dass er nicht durch anderslautende internationale Lizenzverträge, insbesondere im Softwarebereich, ausgehebelt werden kann, vergleichbar den Regelungen zur Digital Content-Richtlinie, umgesetzt in § 327u BGB.

## F. Einführung von Vermutungsregelungen zugunsten von Zertifizierungen im Bereich verschuldensabhängiger Haftung

Ergänzend zur Einführung einer Gefährdungshaftung wäre für den Bereich der verschuldensabhängigen Haftung daran zu denken, Haftungsentlastungen hinsichtlich des Verschuldens bei vorher erfolgreich durchgeführten produktsicherheitsrechtlichen Prüfungen vorzusehen. Damit könnte gleichzeitig eine sinnvolle Verzahnung von Produktsicherheits- mit -haftungsrecht einhergehen. Vergleichbar den Anforderungen nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB könnte ein Betreiber auf die Verwendung von solch zertifizierten KI-Systemen vertrauen, während ein Hersteller wiederum bei durch Dritte durchgeführte Konformitätsbewertungsverfahren auf diese verweisen könnte (nicht allerdings bei selbst durchgeführten produktsicherheitsrechtlichen Prüfungen).

Für die Gefährdungshaftung ist eine solche Haftungsentlastung allerdings nicht möglich, da der Kern der Regelungen (Haftung für realisierte Risiken) ad absurdum geführt würde.

## G. Einfluss von »regulatory sandboxes« – Haftungsbegrenzungen für KMU's?

Keine Regelung in haftungsrechtlicher Hinsicht haben die von Art. 53 KI-VO-E vorgesehenen »regulatory sandboxes« gefunden – vielmehr lässt dieser die Haftung ausdrücklich unberührt, so dass die Mitgliedstaaten hier über einigen Spielraum verfügen. Daher erscheint es denkbar, dass beim Betreiben von KI-Systemen in regulatory sandboxes eine Abmilderung der Haftung durch entsprechende mitgliedstaatliche Regelungen eingeführt werden kann, z.B. auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit.

Für die Haftung von Herstellern gegenüber Verbrauchern für fehlerhafte KI-Systeme als Produkte sieht der ProdHaft-RL-E jedoch keine entsprechende Absenkung der Haftungsmaßstäbe vor, so dass es hier bei der strikten Gefährdungshaftung bleibt. Ebenso hat die EU-Kommission einer generellen Haftungserleichterung für kleine und mittlere Unternehmen (KMUs) eine Absage erteilt – was durchaus nachvollziehbar erscheint, jedenfalls aus Sicht der geschädigten Verbraucher, die ansonsten keine Kompensation erhielten. Im Bereich einer nationalen Erweiterung auf B2B-Gefährdungshaftung der Hersteller wäre eine solche Begrenzung jedoch ohne weiteres als eine Haftungsausnahme möglich, ebenso wie im Rahmen einer Gefährdungshaftung für Betreiber hochriskanter KI-Systeme.

# IV. ZUSAMMENFASSUNG UND MÖGLICHE FACHLICHE ABLEITUNGEN

Ausgangspunkt ist die Annahme, dass die vorgeschlagenen EU-Richtlinien zur Produkthaftung sowie zur Haftung für KI-Systeme durch die EU-Organe angenommen und verabschiedet werden, so dass der Spielraum für den nationalen Gesetzgeber weitgehend vorgegeben ist.

Generell sollte eine Gefährdungshaftung auch für kommerzielle Betreiber eingeführt werden, da sie häufig die KI-Systeme trainieren und auch Nutzen aus dem grundsätzlich nicht vorhersehbaren Verhalten der KI-Systeme ziehen können. Auch sollte die Haftung der Hersteller nach dem Vorschlag der Produkthaftungs-RL auf Business-to-Business Beziehungen ausgedehnt werden. Gleichzeitig sollte die Haftung mit einer Haftungshöchstsumme gekoppelt werden, einschließlich einer Pflichtversicherung. Die Haftungshöchstgrenzen könnten an Ertrags- oder Umsatzgrößen sektorspezifisch je nach Gefährlichkeit der KI-Systeme angepasst werden – dies könnte durch eine Rechtsverordnung geschehen. Diese Vorgehensweise wäre jedoch nur im Bereich der Business-to-Business Haftung hinsichtlich der Hersteller möglich, da die vorgeschlagene Produkthaftungs-RL explizit auf Haftungshöchstgrenzen verzichtet; für Betreiber bzw. kommerzielle (trainierende) Nutzer wäre dies jedoch ohne Einschränkungen möglich. Die Pflichtversicherung ihrerseits könnte nach dem Vorbild des HaftpflichtG ausgestaltet werden, mit direkten Ansprüchen der Geschädigten gegen die Versicherung.

Die Haftung der Hersteller im Business-to-Business-Bereich sowie der Betreiber von KI-Systemen sollte sich auf hochriskante KI-Systeme beschränken, die sich durch ihren Einfluss auf hochrangige Rechtsgüter, wie Leib, Leben und Gesundheit charakterisieren lassen. Dagegen sollten Rechtsgüter wie der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb nicht aufgenommen werden, auch sollten Datenverluste auf Schäden der Wiederherstellung der Daten beschränkt werden, um die Erfassung von ansonsten ausufernden Vermögensschäden zu vermeiden. Auch sollten allgemeine Grundrechtsverletzungen von der Gefährdungshaftung ausgenommen werden, etwa Diskriminierungsschäden, um die Haftung nicht uferlos werden zu lassen. Der Anwendungsbereich sollte durch eine Verordnung näher umrissen werden.

Der Vorteil einer solchen Gefährdungshaftung gegenüber einer verschuldensabhängigen Haftung liegt vor allem im Bereich der Rechtssicherheit: Es käme nicht mehr auf die schwierige Entwicklung von entsprechenden Produkthaftungspflichten von Herstellern sowie unter Umständen auch von Betreibern an; zudem wäre eine entsprechende Haftung durch Haftungshöchstgrenzen für die meisten Fälle beschränkt. Umfangreiche Pflichtenprogramme wie etwa nach dem Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz könnten auf ein Minimum reduziert werden.

Ferner können Zertifizierungen nach dem KI-VO-E eine stärkere Bedeutung im Bereich der verschuldensabhängigen Haftung (§§ 823 ff. BGB) erhalten, indem sowohl Betreiber als auch Hersteller auf zertifizierte KI-Systeme vertrauen dürfen.

Die Regelungen zu regulatory sandboxes sollten durch Haftungsabmilderungen flankiert werden, um gerade den experimentellen Einsatz von KI-Systemen zu ermöglichen. Aufgrund der Vorgaben des Vorschlags der Produkthaftungs-RL wäre dies allerdings auf nationaler Ebene nur hinsichtlich einer Haftung im Business-to-Business-Bereich sowie hinsichtlich der Haftung von Betreibern von hochriskanten KI-Systemen möglich.



Prof. Dr. Gerald Spindler





DIE FAMILIENUNTERNEHMER e.V.  
Charlottenstraße 24 | 10117 Berlin  
Tel. 030 300 65-0 | Fax 030 300 65-390  
kontakt@familienunternehmer.eu  
**www.familienunternehmer.eu**

Titelillustration: iStock | mathisworks