



Dr. Anne-Kathrin Müller, geb. 1980; Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Potsdam; Referendariat im Gerichtsbezirk des OLG Brandenburg; von 2010 bis 2017 als Rechtsanwältin zugelassen; Mitarbeiterin beim Rundfunk Berlin-Brandenburg; wissenschaftliche Mitarbeiterin an der TU Berlin am Lehrstuhl für Technikrecht;

seit 2019 Regierungsrätin im Bundesministerium für Bildung und Forschung.

Das Fortschreiten der Digitalisierung stellt das Recht vor das grundlegende Problem, dass digitale Güter und Innovationen nur unzureichend von der analogen Rechtssprache erfasst werden. Zum Produkthaftungsgesetz wird seit langem diskutiert, ob Software in den Anwendungsbereich des ProdHaftG fällt. Mit einem Produktbegriff, der nur auf „bewegliche Sachen“ und „Elektrizität“ ausgelegt ist, beschreibt das Produkthaftungsgesetz die gegenständliche Welt von 1985 (dem Entstehungsjahr der zugrundeliegenden Produkthaftungsrichtlinie). Deutlich wird: die technische Entwicklung scheint der Anpassung des Rechts an die digitalisierte Wirklichkeit zunehmend davonzulaufen.

Die Autorin löst diesen Dissens, indem sie eine technikoffene, am Sinn und Zweck der Richtlinie orientierte Auslegung vollzieht. Abseits der tradierten Definitionen des deutschen Sachenbegriffs schlägt sie – wie es im europäischen Recht ohnehin geboten ist – eine autonome Definition des Sachenbegriffs für das ProdHaftG vor und arbeitet zugleich das Verhältnis zur nationalen Produkthaftung gem. § 823 Abs. 1 BGB auf, dessen Koexistenz zum ProdHaftG lange lediglich festgestellt, aber nie hinterfragt wurde.

ISBN 978-3-86888-143-1



9 783868 881431 >

DWV

Deutscher Wissenschafts-Verlag (DWV)

Anne-Kathrin Müller Software als „Gegenstand“ der Produkthaftung

Anne-Kathrin Müller

# *Software als „Gegenstand“ der Produkthaftung*

*Zugleich eine Betrachtung des  
Verhältnisses von § 823 Abs. 1 BGB  
zum Produkthaftungsgesetz*

Anne-Kathrin Müller  
Software als „Gegenstand“ der Produkthaftung



Anne-Kathrin Müller

# Software als „Gegenstand“ der Produkthaftung

Zugleich eine Betrachtung des  
Verhältnisses von § 823 Abs. 1 BGB  
zum Produkthaftungsgesetz



Deutscher Wissenschafts-Verlag (DWV)  
Baden-Baden

*Umschlaggestaltung*  
DWV in Zusammenarbeit mit der Autorin

***Gefördert durch die  
Ernst-Reuter-Gesellschaft der Freunde, Förderer und Ehemaligen  
der Freien Universität Berlin e. V.***

**Bibliografische Information Der Deutschen Nationalbibliothek**

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

**Bibliographic information published by Die Deutsche Nationalbibliothek**

Die Deutsche Nationalbibliothek lists this publication in the Deutsche Nationalbibliografie; detailed bibliographic data are available in the Internet at <http://dnb.dnb.de>.

**Information bibliographique de Die Deutsche Nationalbibliothek**

Die Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.dnb.de>.

Dissertation, Fachbereich Rechtswissenschaft, Freie Universität Berlin, 2017  
Erstgutachter: Prof. Dr. Dr. Jürgen Ensthaler  
Zweitgutachter: Prof. Dr. Bertram Lomfeld  
Tag der mündlichen Prüfung: 9.1.2019

1. Auflage

Gedruckt auf alterungsbeständigem, chlorfrei gebleichtem Papier

© Copyright 2019 by  
Deutscher Wissenschafts-Verlag (DWV)<sup>®</sup>  
Postfach 11 01 35  
D-76487 Baden-Baden

**[www.dwv-net.de](http://www.dwv-net.de)**  
**[www.UniversityPress.de](http://www.UniversityPress.de)**

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Photokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

**ISBN: 978-3-86888-143-1**

## Vorwort und Danksagung

Die vorliegende Arbeit wurde im Dezember 2017 an der FU Berlin, Fakultät für Rechtswissenschaften, als Dissertation eingereicht und angenommen. Rechtsprechung und Literatur wurden bis Dezember 2017 berücksichtigt.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater *Prof. Dr. Dr. Ensthaler*, ohne den ich mich wohl nicht für Technikrecht begeistert hätte. Danken möchte ich ihm auch für den großzügigen zeitlichen und geistigen Freiraum, den er mir während meiner Tätigkeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin für die Erstellung der Arbeit gewährte. Ich danke ebenso Herrn *Prof. Lomfeld* für die wertvolle Begutachtung. Besonderer Dank gilt auch *Prof. Dr. Axel Hunscha* für die zahlreichen inspirierenden Gespräche in Bezug auf das „Dichtwerk“. Danken möchte ich auch meinen beiden Lehrstuhl-Kolleginnen und Freundinnen *Dr. Maria Pregartbauer* und *Dr. Vanessa Kluge*. Uns einte zum einen der Ehrgeiz und der Wille, die Promotion zu beenden, und zum anderen das Wissen um die zähen Stunden des Recherchierens und Schreibens. Gegenseitig haben wir uns motiviert, haben Korrektur gelesen und Pläne geschmiedet. Ich bin sehr dankbar, euch in dieser Phase kennengelernt zu haben. Danken möchte ich auch *Duygu Öztürk*, die meine Arbeit mit allen Tricks, die *word* zu bieten hat, in Form gebracht hat. Mein größter Dank gilt jedoch *meinem Mann*, der immer wusste, dass das Werk fertig und gut wird und der für den sprachlichen Feinschliff sorgte. Ich danke *ihm* und *meinen Eltern* für alles, was sie in mir sehen.

*Anne-Kathrin Müller, Januar 2019*

## Inhaltsverzeichnis

<b>Abkürzungsverzeichnis .....</b>	<b>8</b>
<b>Einführung und Problemstellung .....</b>	<b>10</b>
I. Technischer Problemaufriss .....	10
II. Rechtlicher Problemaufriss .....	11
III. Gang der Untersuchung .....	13
<b>Erster Teil – technische Grundlagen und Entwicklung der Produkthaftung .....</b>	<b>14</b>
<b>1. Kapitel: Begriff Software und Hardware .....</b>	<b>14</b>
I. Hardware.....	14
1. Betriebshardware.....	15
a. Prozessor.....	15
b. Speicher.....	15
2. Peripheriegeräte.....	16
II. Software .....	16
1. Was ist Software?.....	17
2. Softwarearten: Betriebssoftware und Anwendungssoftware.....	19
3. Vertrieb .....	19
III. Dateien .....	20
IV. Funktionelle Verbindung von Software und Hardware .....	20
V. Softwareverständnis im Recht.....	21
1. Die BGH-Entscheidung v. 04.11.1987 .....	21
2. Die BGH-Entscheidung v. 18.10.1989 .....	23
3. Inkrafttreten des ProdHaftG 1990.....	24
4. Die Hardwareanknüpfung auf dem Prüfstand ab etwa 1992 .....	25
5. Die Theorie <i>Taegers</i> im Jahr 1995 .....	25
6. Die „2000er-Problematik und die Theorie <i>Günthers</i> im Jahr 2001 .....	26
7. Entwicklung bis heute .....	27
VI. Zusammenfassung.....	28
<b>2. Kapitel: Vergleichbarkeit von Printware und Software .....</b>	<b>29</b>
I. Printware und Software als Information .....	30
1. Begriff.....	30
2. Funktion .....	30
3. Inhalt .....	31
4. Die Information in Printware und Software .....	31
5. Produkthaftung für Informationen?.....	32
II. Printware und Software Informationsgut .....	33
<b>1. Begriff</b> .....	<b>33</b>
<b>2. Differenzierung nach <i>Günther</i></b> .....	<b>34</b>

3.	Eigener Ansatz.....	35
	<b>a. Passive Informationsgüter</b> .....	35
	<b>b. Aktive Informationsgüter</b> .....	36
	<b>Zusammenfassung: Software als aktives Informationsgut</b> .....	<b>37</b>
<b>3.</b>	<b>Kapitel: Produkthaftung: Begriff, System und Entwicklung mit Blick auf den Haftungsgegenstand</b> .....	<b>38</b>
I.	Begriff „Produkthaftung“ .....	38
II.	System der Produktverantwortung .....	39
	1. Produktsicherheit .....	40
	a. Funktion .....	40
	b. Historischer Abriss.....	41
	c. Entwicklung des Produktbegriffs im Produktsicherheitsrecht .....	42
	aa. Ursprüngliche Fokussierung auf technische Arbeitsgeräte .....	43
	bb. Hinzunahme der Verbraucherprodukte .....	43
	cc. Lösung vom Technizitäts- und Arbeitsmerkmal.....	44
	2. Produkthaftung .....	45
	a. Das ProdSG als „Flanke“ des ProdHaftG .....	46
	b. Systematischer Zusammenhang zwischen Produkthaftung und Produktsicherheit .....	49
III.	Duales Produkthaftungssystem.....	50
	1. Entwicklung der deliktischen Produzentenhaftung nach § 823 Abs. 1 BGB.....	50
	a. Wirtschaftlicher Hintergrund .....	51
	b. Rechtliche Entwicklung .....	52
	2. Entwicklung des Produkthaftungsgesetzes .....	55
	a. Notwendigkeit der Harmonisierung .....	56
	b. Technisierung als Motiv für die Gefährdungshaftung.....	57
	3. Entwicklung eines dualen Produkthaftungssystems – Konkurrenz zwischen harmonisierter und nationaler Rechtsvorschrift .....	59
	<b>Zusammenfassung Erster Teil</b> .....	<b>60</b>
	<b>Zweiter Teil – Software im Rahmen von § 823 Abs. 1 BGB</b> .....	<b>63</b>
	<b>Vorüberlegung: Gibt es im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB überhaupt einen Produktbezug?</b> .....	<b>63</b>
I.	§ 823 Abs. 1 BGB als güteroffener Tatbestand ohne Produktbezug.....	64
II.	Diskrepanz des güteroffenen Tatbestandes in § 823 Abs. 1 BGB zum auf „bewegliche Sachen“ begrenzten Anwendungsbereichs im ProdHaftG .....	66
<b>1.</b>	<b>Kapitel: nationales Recht im Verhältnis zum Unionsrecht</b> .....	<b>69</b>
I.	Das europäische Recht als supranationale Rechtsordnung.....	69
II.	Die Richtlinie und ihr Verhältnis zum nationalen Recht .....	71
	1. Harmonisierungswirkung .....	71
	2. Konzeptionelle Gestaltungsspielräume .....	72

3.	Inhaltliche Gestaltungsspielräume .....	73
a.	Harmonisierungsgrad .....	73
aa.	Mindestharmonisierung .....	73
bb.	Vollharmonisierung .....	74
cc.	Kompetenz und Feststellung des Harmonisierungsgrads .....	75
b.	Harmonisierungsbereich .....	75
aa.	Feststellung des Harmonisierungsbereichs .....	75
	(1) Kompetenztitel des Gemeinschaftsgesetzgebers .....	76
	(2) Name der Richtlinie .....	76
	(3) Die einzelnen Artikel der Richtlinie .....	77
bb.	Sonderfall: Öffnungsklauseln .....	78
III.	Zusammenfassung .....	78
<b>2.</b>	<b>Kapitel: umstrittener Harmonisierungsgrad der Produkthaftungsrichtlinie .....</b>	<b>79</b>
I.	Wandelhafte Harmonisierungspraxis der Gemeinschaftsgesetzgeber .....	79
1.	Konzept der Vollharmonisierung bis 1985 .....	79
2.	Von der Vollharmonisierung zur Mindestharmonisierung (1985-2002) .....	80
3.	Rückbesinnung zur Vollharmonisierung (2002- heute) .....	80
II.	Die Produkthaftungsrichtlinie zwischen Mindestharmonisierung und Vollharmonisierung .....	81
1.	Unklarheit des Harmonisierungsgrades .....	81
2.	Deklaration als vollharmonisierende Richtlinie durch den EuGH .....	83
3.	Unterbliebene Neubewertung der Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB .....	84
III.	Zusammenfassung .....	85
<b>3.</b>	<b>Kapitel: der Harmonisierungsbereich der Produkthaftungsrichtlinie und die unklare Öffnungsklausel .....</b>	<b>86</b>
I.	Harmonisierungsbereich der Produkthaftungsrichtlinie .....	86
1.	Harmonisierungsbereich: Verbraucherprodukthaftung .....	86
2.	Bedeutung für § 823 Abs. 1 BGB .....	88
II.	Die Öffnungsklausel des Art. 13 .....	88
1.	Neu-Interpretation durch den EuGH .....	89
2.	Was sind Regelungskonzepte „auf anderer Grundlage“? .....	90
3.	§ 823 Abs. 1 BGB - eine Verschuldenshaftung? .....	92
a.	Haftungsbegründung bei der Verschuldenshaftung und der Gefährdungshaftung .....	93
b.	Die Vermutung des Verschuldens als Objektivierung der Verschuldenshaftung .....	96
c.	Beweisrecht: Beweislast und Beweisführung .....	96
d.	Beweislastregeln als „materielles Prozessrecht“ .....	98
e.	§ 823 Abs. 1 als „Verschuldenshaftung“ im Sinne der Öffnungsklausel? .....	100
4.	Bedeutung für die Softwaredebatte .....	103

<b>Zusammenfassung Zweiter Teil .....</b>	<b>104</b>
<b>Dritter Teil - Software im Rahmen des Produkthaftungsgesetzes .....</b>	<b>106</b>
<b>Vorüberlegung: Die Produktqualität von Software im Rahmen des ProdHaftG - eine nur theoretische Frage? .....</b>	<b>106</b>
<b>1. Kapitel: Software als Elektrizität .....</b>	<b>108</b>
I. Was ist Elektrizität? .....	109
II. Die Behandlung von Elektrizität im Recht .....	110
III. Elektrizität im Rahmen des ProdHaftG .....	111
IV. Historische Gründe für die Einbeziehung .....	112
V. Software ist nicht Elektrizität .....	114
<b>2. Kapitel: Software als bewegliche Sache? .....</b>	<b>115</b>
I. Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung .....	115
II. Richtlinienkonforme Auslegung in Grundsatz und Methode .....	117
1. Herleitung, Funktion und Zeitpunkt der Anwendung .....	117
2. Gegenstand und Reichweite der richtlinienkonformen Auslegung .....	118
3. Richtlinienkonforme Auslegung als „neue“ Auslegung .....	119
4. Methodische Vorgaben .....	121
a. Zulässigkeit der Anwendung der nationalen Auslegungsmethoden .....	121
b. Das Richtlinienziel als Referenz .....	122
c. Interpretatorischer Vorrang .....	123
d. contra-legen-Grenze als „variable“ Grenze .....	123
e. Effet utile als Teil der Auslegungsmethodik .....	125
5. Drei-stufige Herangehensweise .....	126
III. Richtlinienkonforme Auslegung des Begriffs „bewegliche Sache“ .....	126
1. Die Richtlinienziele der Produkthaftungsrichtlinie .....	126
a. Die Erwägungsgründe .....	126
b. Die Einzelvorschriften .....	128
c. EuGH-Rechtsprechung .....	128
d. Fazit Richtlinienziele .....	129
e. Methodische Einordnung .....	129
2. Anwendung des anerkannten Auslegungskanons .....	129
a. Grammatikalische Auslegung .....	129
aa. Das Problem der „Sprache“ im Richtlinienkontext .....	130
bb. Anwendung der „komparativen Methode“: die Rechtsauffassungen Deutschlands und Österreichs .....	133
(1) Deutschland .....	133
(a) Die Kaufrechtsentscheidung 1987 .....	133

(b)	Meinungsstand im Produkthaftungsrecht .....	135
(aa)	Die Abgrenzung zwischen Standardsoftware und Individualsoftware .....	136
(bb)	Die Abgrenzung zwischen datenträgergebundener und online-übertragener Software .....	137
(c)	Zusammenfassung.....	138
(2)	Österreich.....	139
(a)	Kaufrecht.....	139
(b)	Produkthaftungsrecht.....	140
(c)	Zusammenfassung.....	142
cc.	Erkenntnis der komparativen Methode: keine einheitlich europäische Rechtauffassung zur Softwarefrage .....	143
dd.	Eigene Stellungnahme zu den vertretenen Argumentationslinien .....	144
(a)	Zur Differenzierung zwischen Standard- und Individualsoftware .....	144
(b)	Zur Einbeziehung von online-übertragener Software .....	145
ee.	Zusammenfassung Wortlautauslegung .....	150
b.	Systematische Auslegung .....	151
aa.	Systematik zwischen Art. 2 und Art. 7: Verhältnis von „Inverkehrgabe“ und „Produkt“ ...	151
bb.	Systematik zwischen Art. 2 und Art. 3: Verhältnis zwischen „Produkt“ und „Hersteller“ .	152
cc.	Zusammenfassung systematische Auslegung .....	153
c.	Historische Auslegung .....	154
aa.	Der Begriff der „beweglichen Sache“ im historischen Kontext .....	156
(1)	Die „bewegliche Sache“ als anwendungsbereichsbeschreibendes Tatbestandsmerkmal.....	156
(2)	Die Etablierung des Begriff „Produkt“ zum Oberbegriff.....	157
bb.	Zusammenfassung historische Auslegung .....	159
d.	Teleologische Auslegung .....	160
aa.	Vermeidung von Wertungswidersprüchen – Einheit der Rechtsordnung.....	161
(1)	Homogenität zwischen ProdSG und ProdHaftG .....	161
(2)	Homogenität zwischen MPG und ProdHaftG .....	163
bb.	Der Grundsatz des <i>effet utile</i> .....	165
(1)	Vergleichbarkeit von Software mit anderen Produkten.....	168
(2)	Wirtschaftliche Bedeutung von Software .....	169
cc.	Zusammenfassung teleologische Auslegung.....	170
3.	Auslegungsergebnis: alle verkehrsfähigen Güter sind bewegliche Sachen .....	171
4.	Übereinstimmungsprüfung .....	171

a. „Technisierung“ als Leitmotiv .....	172
b. Berücksichtigung der Richtlinienziele.....	173
aa. Verbraucherschutz .....	173
(1) Hoher Verbraucherschutz .....	173
(2) Einbeziehung von Software unter dem Aspekt des Verbraucherschutzes.....	174
bb. Abbau der Handelshemmnisse und Warenverkehrsfreiheit.....	175
(1) Weiterentwicklung zum digitalen Binnenmarkt.....	177
(2) Einbeziehung von Software unter dem Aspekt der Warenverkehrsfreiheit – Plädoyer für die Notwendigkeit eines technologieneutralen Ansatzes .....	177
c. Stellungnahme .....	178
<b>Zusammenfassung Dritter Teil .....</b>	<b>179</b>
<b>Ausblick.....</b>	<b>183</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>185</b>

## Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abl. Nr.	Ablagenummer
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
Beck-OK	Beck'scher Online-Kommentar
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BT-PIPr	Plenarprotokoll des Bundestages
Dok.	Dokument
Einl.	Einleitung
endg.	Endgültig(e) Fassung
et al	et alii
Kap.	Kapitel
MessEG	Gesetz über das Inverkehrbringen und die Bereitstellung von Messgeräten auf dem Markt, ihre Verwendung und Eichung sowie über Fertigpackungen
MüKoBGB	Münchener Kommentar BGB
MüKoZPO	Münchener Kommentar ZPO
OLGE	Entscheidung des Oberlandesgerichts
PHG	österreichisches Produkthaftungsgesetz
Pptx	Power-Point-Dateiformat
RG	Reichsgericht
RHaftPflG	Reichshaftpflichtgesetz
sog.	Sogenannte(r)
TechArbmG	Gesetz über technische Arbeitsmittel
u.a.	Und andere
v.	von
verb.	verbundene
vgl.	vergleiche

Vorbem.	Vorbemerkung
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer

Wegen sonstiger verwendeter Abkürzungen wird auf die Ausführungen im Text sowie auf die Zusammenstellung im Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache hrsg. v. Kirchner, 8. Aufl. 2015 verwiesen.

## Einführung und Problemstellung

### I. Technischer Problemaufriss

„Software ist [...] für uns überlebensnotwendig; Fehlfunktionen [...] können beträchtliche Schäden auslösen“<sup>1</sup>. Mit diesen Worten beginnt das Kapitel „Software-Engineering“ in einem Informatikbuch<sup>2</sup>. Die Worte deuten zweierlei an. Zum einen den Stellenwert und zum anderen das Risikopotential von Software. Beides indiziert geradezu, über Haftungsfragen im Zusammenhang mit Software nachzudenken.

Im Zuge der Digitalisierung von Wirtschaft, Arbeit und Gesellschaft wird Software ein immer elementarerer Bestandteil. Produkte, (Arbeits- und Industrie-) Prozesse sowie die Datenerhebung und Verarbeitung werden immer mehr durch den Einsatz von Software digitalisiert. Prominentestes Beispiel ist derzeit die Digitalisierung des Automobils hin zu einem „kooperativ vernetzten und automatisierten Fahrzeug“<sup>3</sup>. Die Vision des selbstfahrenden Autos, bei dem der Mensch nur noch mitfährt, jedoch nicht mehr selbst fährt, fußt auf dem Wunsch, mehr Sicherheit im Straßenverkehr zu erreichen, indem der Fehlerfaktor „Mensch“ durch Technik überwunden werden soll.<sup>4</sup> Bei diesem Beispiel bleibend ändert sich hierdurch die Haftung im Falle eines Verkehrsunfalls fundamental. Während bislang die weit überwiegende Anzahl der Verkehrsunfälle auf menschliches Versagen und nur zu einem geringen Anteil auf technische Fehler zurückzuführen ist<sup>5</sup>, verschiebt sich dieses Gebilde, wenn der Mensch nur noch punktuell oder gar nicht mehr fährt. Wie *Lutz* ausführt, „stellt sich [dann] prinzipiell bei jedem Unfall die Frage, ob dieser durch einen vom Hersteller zu verantwortenden Produktfehler verursacht wurde“.<sup>6</sup> Das Herz des automatisierten Fahrzeugs ist Software, deren Algorithmen so programmiert sind, dass diese die fahrzeuginternen Daten (vehicle perception) sowie die aus der den Straßenverkehr begleitenden Infrastruktur generierten Daten verarbeitet und die Steuerung übernimmt. *Lutz* prognostiziert deshalb wohl zu Recht, dass „insbesondere ein Konstruktionsfehler der Steuerung“ Ursache für zukünftige Unfälle sein wird.

---

<sup>1</sup> *Ernst/Schmidt/Beneken*, S. 747; so auch schon *Taeger*, der Software als die „Achillesferse der gesamten EDV-Technik“ bezeichnet hat, *Taeger*, S. 40.

<sup>2</sup> *Ernst/Schmidt/Beneken*, S. 747.

<sup>3</sup> COM(2016) 766 final, S. 2.

<sup>4</sup> COM(2016) 192 final, S. 2 („Mit Hilfe der Digitaltechnik lassen sich menschliche Fehler – die bei weitem größte Ursache für Verkehrsunfälle – reduzieren.“).

<sup>5</sup> Im Jahr 2015 etwa waren bei 1000 Verkehrsunfällen nur 9 Unfälle auf technische Fehler zurückzuführen, Statistisches Bundesamt (2015), S. 49.

<sup>6</sup> *Lutz*, NJW 2015, 119, 120.

Gemeint sind hiermit Programmierungsfehler, die sich angesichts der Hochkomplexität heutiger Software kaum vermeiden lassen.<sup>7</sup> Für die allgemeine Weisheit, dass „ab einer gewissen Komplexität [Software] nicht mehr fehlerfrei programmierbar ist“<sup>8</sup>, steht der im Mai 2016 tödlich endende Unfall eines Tesla im Modus des Autopilot<sup>9</sup> geradezu exemplarisch Pate. Führt man sich vor Augen, dass die heutige Steuerungssoftware in einem Automobil etwa aus einem 100 Millionen Zeilencode besteht und bereits 2030 erwartet wird, dass, bedingt durch das autonome Fahren, dieser auf einen 300 Millionen Zeilencode heranwächst<sup>10</sup>, müssen Softwarefehler geradezu einkalkuliert werden. Die von *Lutz* angesprochenen Programmierungsfehler erfassen die möglichen technischen Ausfälle von Software jedoch nur zum Teil. Software ist angreifbar und manipulierbar. Gezielte Cyber-/Hackerangriffe<sup>11</sup> geraten zunehmend ins Blickfeld der Politik und Öffentlichkeit. *Das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik* spricht hierbei von einer „neuen Dimension an Bedrohung“ sowie einer „angespannten“ Lage.<sup>12</sup> Das Schadenspotential belief sich im Jahr 2016 innerhalb Europas auf etwa 750 Milliarden Euro.<sup>13</sup>

## II. Rechtlicher Problemaufriss

Mit dem zunehmenden Einsatz von Software im Zuge der Digitalisierung stellt sich automatisch, insbesondere aber dann die Frage der Verantwortung, wenn Software steuernd in die Lebenswirklichkeit eingreift und damit Handlungen übernimmt, die bislang Menschen vorbehalten sind. Da, wo bislang eine Verhaltenshaftung (z.B. die Kfz-Halterhaftung gem. § 7 StVG) im Fokus stand, gewinnt nun die Haftung für das Objekt (Software) zunehmend an Bedeutung, so dass hier bereits von einer „Haftungsverschiebung“ die Rede ist.<sup>14</sup>

---

<sup>7</sup> Vgl. BSI IT-Sicherheit (2015), S. 10 („Angesichts der zunehmenden Größe, gemessen in Anzahl Codezeilen, und Komplexität heutiger Software ist es unvermeidlich, dass bei der Entwicklung Fehler unterlaufen.“), [https://www.bsi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/BSI/Publikationen/Lageberichte/Lagebericht2015.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=4](https://www.bsi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/BSI/Publikationen/Lageberichte/Lagebericht2015.pdf?__blob=publicationFile&v=4) (zuletzt abgerufen am 18.05.2017).

<sup>8</sup> *Oechsler*, in: Staudinger (2014), unerlaubte Handlungen, § 3 ProdHaftG Rn. 92 mwN; *Rowland et. al*, p. 436 („eliminating defects is effectively impossible [...]“).

<sup>9</sup> <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/tesla-unfall-untersuchungsbericht-101.html> (zuletzt abgerufen am 19.09.2016).

<sup>10</sup> <https://www.mckinsey.de/vernetzte-autos-und-autonomes-fahren-als-wachstumstreiber-fuer-zulieferer>

<sup>11</sup> Auf die Gefahr der totalen Vernetzung hinweisend, <http://www.sueddeutsche.de/digital/digitalisierung-die-gefahr-der-totalen-vernetzung-1.276391>; ähnlich <http://www.handelsblatt.com/technik/vernetzt/gefahren-der-digitalisierung-sicherheit-haelt-nicht-mit-vernetzung-schritt/11514512-2.html> (zuletzt abgerufen am 05.11.2017), bei der auf eine Simulation von Sophos hingewiesen wird. In dieser konnten bei einer Modelleisenbahn bereits nach einer Viertelstunde mehr als 700 Hackerangriffe verzeichnet werden.

<sup>12</sup> BSI IT-Sicherheit (2015), S. 3, 61.

<sup>13</sup> Cyber-Sicherheitsrat, Pressemitteilung v. 21.06.2016, <http://www.cybersicherheitsrat.de/cyber-sicherheit-in-der-eu-zusammenarbeit-auf-unionsebene-so-wichtig-wie-nie-zuvor/> (zuletzt abgerufen am 02.08.2016).

<sup>14</sup> *Lutz*, NJW 2015, 119 f.

Die Produkthaftung wird hierbei als „Achillesferse“ betrachtet.<sup>15</sup> Da nach den Grundsätzen der Produkthaftung die Hersteller Verantwortung für ihr Produkt zu tragen haben und im Schadensfall hierfür gegenüber dem Geschädigten eintreten müssen, scheint die Produkthaftung genau auf die Frage nach der Verantwortung für fehlerhafte Software zu passen.

Problematisch ist hierbei allerdings, dass vom Anwendungsbereich des Produkthaftungsgesetzes (ProdHaftG) bislang nur „bewegliche Sachen und Elektrizität“<sup>16</sup> erfasst sind. Die Einbeziehung von Software ist angesichts des Wortlauts denkbar unklar. Angesichts des dualistisch aufgebauten Produkthaftungsrechts in Deutschland, könnte diese Rechtsunsicherheit leicht mit einem Verweis auf § 823 Abs. 1 BGB übergangen werden. Die Anspruchsgrundlage des § 823 Abs. 1 BGB für den Bereich der Produkthaftung ist historisch die zentrale Rechtsvorschrift, die trotz Harmonisierung durch die Produkthaftungsrichtlinie<sup>17</sup> nicht an Bedeutung eingebüßt hat. Ein Verweis auf die nationale Rechtsvorschrift im Zusammenhang mit Softwarefragen scheint auf den ersten Blick angesichts der Öffnungsklausel des Art. 13 der Richtlinie auch unproblematisch. Sehr deutlich lässt der Wortlaut „die Ansprüche, die ein Geschädigter aufgrund der Vorschriften über die vertragliche und außervertragliche Haftung oder aufgrund einer zum Zeitpunkt der Bekanntgabe dieser Richtlinie bestehenden besonderen Haftungsregelung geltend machen kann, von der Richtlinie [...un]berührt“. Vor dem Hintergrund, dass im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB die Frage nach der Einbeziehung von Software in den Anwendungsbereich überhaupt nicht gestellt wird, zeigt sich, dass die nationale Rechtsvorschrift einen deutlich flexibleren Rahmen als Anwendungsbereich herzugeben scheint als das ProdHaftG. Wenn dem so ist, scheint das Produkthaftungsrecht in seiner Gesamtheit durch zwei Anspruchsgrundlagen gekennzeichnet zu sein, die im Hinblick auf den Anwendungsbereich nicht kongruent sind, was sich insbesondere im Zusammenhang mit Software bemerkbar macht.

Diese grundlegenden Feststellungen haben dazu geführt, dass sich die vorliegende Arbeit zwei großen Fragestellungen widmet:

Zum einen wirft die Inkongruenz der Anwendungsbereiche – auch vor dem Hintergrund der Harmonisierung – Fragen der Rechtskonformität auf. Daher soll zum einen eruiert werden,

---

<sup>15</sup> Spindler, CR 2015, 766, 767.

<sup>16</sup> Vgl. Wortlaut § 2 ProdHaftG.

<sup>17</sup> Richtlinie des Rates v. 25.7.1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte (85/374/EWG), Amtsblatt Nr. L 210 vom 07.08.1985, S. 29.

ob die Öffnungsklausel der Richtlinie in ihrem Wortlaut und ihrer Interpretation durch den EuGH, insbesondere nach den Urteilen vom 25.04.2002<sup>18</sup>, immer noch so ausgelegt werden kann, dass § 823 Abs. 1 BGB uneingeschränkt neben dem ProdHaftG Anwendung finden kann, so dass im Zweifel Softwarefehler jedenfalls über § 823 Abs. 1 BGB abgewickelt werden können. Zum anderen soll, auch weil das ProdHaftG auf die das Produkthaftungsrecht harmonisierende Richtlinie und damit höherrangiges Recht zurückgeht, der Frage nachgegangen werden, ob Software als Produkt im Sinne des § 2 ProdHaftG zu interpretieren ist. Gerade diese letzte Frage hat sich auch jüngst in der von der Europäischen Kommission durchgeführten Evaluation (April 2017) der Produkthaftungsrichtlinie wieder als „problematisch“ herauskristallisiert.<sup>19</sup>

### III. Gang der Untersuchung

Die Arbeit gliedert sich insgesamt in drei Teile. Im *ersten Teil* werden zunächst die technischen Grundlagen von Software sowie die rechtlichen Grundlagen der Produkthaftung dargestellt. Der *zweite Teil* widmet sich der Anspruchsgrundlage des § 823 Abs. 1 BGB. Neben der Frage, ob die Anspruchsgrundlage ein „Produkt“ im Rechtssinne als Gegenstand der Haftung überhaupt erfordert, ist ein zentraler Punkt jedoch das Verhältnis der Produkthaftungsrichtlinie zu § 823 Abs. 1 BGB. Der *dritte Teil* widmet sich dem Produktbegriff im ProdHaftG. Dieser Teil der Arbeit ist vor allem durch methodische Auslegungsarbeit gekennzeichnet, wobei die Besonderheiten bei der richtlinienkonformen Auslegung berücksichtigt werden. Die Arbeit schließt mit einem konkreten Interpretationsvorschlag.

---

<sup>18</sup> 18 EuGH, Urt. v. 25.04.2002 – C-183/00, EuZW 2002, 574 (*María Victoria González Sánchez/Medicina Asturiana SA*) sowie EuGH, Urt. v. 25.04.2002 – C-52/00 (Kommission/Frankreich) und EuGH, Urt. v. 25.04.2002 – C-154/00 (Kommission/Griechenland).

<sup>19</sup> “45% of producers, 58% of consumers and 44% of the other respondents (including public authorities and civil society) consider that for some products (e.g. products where software and applications from different sources can be installed after purchase, products performing automated tasks based on algorithms, data analytics, self-learning algorithms or products purchased as a bundle with related services) the application of the Directive might be problematic or uncertain”, vgl. GROW/B1/HI/sv(2017) 3054035, S. 3.

# Erster Teil – technische Grundlagen und Entwicklung der Produkthaftung

## 1. Kapitel: Begriff Software und Hardware

Ganz allgemein wird unter zu Hilfenahme einer Negativabgrenzung unter Software all das verstanden, was nicht Hardware ist.<sup>20</sup> Für ein Verständnis von Software reicht diese Beschreibung jedoch nicht aus. Für Software scheint es bislang keine allgemeine, über verschiedene Wissenschaftsdisziplinen hinausgehende Definition zu geben.<sup>21</sup> Damit scheint die Frage, was eigentlich genau unter Software zu verstehen ist, beinahe eine philosophische zu sein. Will man den Begriff jedoch konkretisieren, kann dies nur über eine technische Annäherung geschehen. Die allgemeine Erkenntnis, dass Computer aus Hardware und Software bestehen, ist hierfür allerdings nicht ausreichend. In der Informatik beschäftigt sich das Teilgebiet der technischen Informatik mit Hardware. Die Teilgebiete der theoretischen und praktischen Informatik dagegen mit Software. Bereits aus dieser Differenzierung in der Informatik selbst ergibt sich die Notwendigkeit, auch in anderen Wissenschaften zwischen Hardware und Software zu differenzieren.

### I. Hardware

Unter dem Begriff „Hardware“ werden alle physischen Komponenten und Elemente eines Computers verstanden.<sup>22</sup> Hardware ist also eine Sammelbezeichnung für all das, was den Rechner physisch auszeichnet. Unterscheiden kann man zwischen der Hardware, die zum Betrieb eines Computers notwendig ist (Betriebshardware) und solcher Hardware, die lediglich der komfortableren Anwendung oder der Datenübertragung dient. Dies sind sog. Peripheriegeräte.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> Vgl. *Maaß*, S. 7.

<sup>21</sup> So auch *Becker/Molitor*, S. 1; *Chroczel*, in: *Martinek/Semmler/Flohr*, § 48 Rn. 2.

<sup>22</sup> *Eigner et al*, S. 75; nähe Ausführungen sogleich im Ersten Teil, 1. Kap. I.

<sup>23</sup> So die Bezeichnung bei *Schiffmann*, S. 327.

## 1. Betriebshardware

Zur Betriebshardware gehören insbesondere der *Prozessor* (vor allem die CPU) und verschiedene *Speicher* (Memory) sowie *Ein-/Ausgabe-Einheiten* (Input/Output).

### a. Prozessor

Die CPU (Central Processing Unit) ist der Hauptprozessor<sup>24</sup> eines Rechners und arbeitet ein vorgegebenes Programm ab. „Prozessoren entstehen aus der Zusammenschaltung von Schaltnetzen und Schaltwerken“.<sup>25</sup> Der Prozessor<sup>26</sup> ist also ein System aus Transistoren, d.h. er besteht aus elektrischen Leitungen, deren Taktfrequenz darüber entscheidet, wie viele Befehle pro Sekunde ausgeführt werden können. Je höher die Taktfrequenz, desto leistungsfähiger ist das System insgesamt.<sup>27</sup> Die Schaltnetze folgen den Gesetzen der *Bool'schen Algebra*, in der die Binärinformationen durch Signale repräsentiert werden, die nur zwei Zustände annehmen können und mit „0“ und „1“ bezeichnet werden.

### b. Speicher

Zudem gibt es verschiedene Speicher innerhalb eines Computersystems, die „Befehle und Daten für den Prozessor bereithalten“.<sup>28</sup> Grundsätzlich kann man zwischen dem Hauptspeicher und anderen peripheren Speichern unterscheiden. Der Hauptspeicher besteht aus einem Arbeitsspeicher (*Random Access Memory - RAM*) und einem Festwertspeicher (*Read Only Memory - ROM*). Wie bereits der Name „Read Only Memory – ROM“ andeutet, können aus dem ROM-Speicher nur Daten *gelesen* werden. Dieser wird daher vor allem für konstante Programme verwendet sowie zur Speicherung der Daten, die damit auch erhalten bleiben, wenn die Versorgungsspannung abgeschaltet ist. Der ROM-Speicher ist ein „nicht-flüchtiger Speicher“.<sup>29</sup> Im RAM-Speicher dagegen können Daten *geschrieben* und *gelesen* werden. Die dort abgelegten Daten gehen bei Abschaltung der Versorgungsspannung verloren. Speicher

---

<sup>24</sup> Büchel, S. 8.

<sup>25</sup> Liebig et al, S. 21.

<sup>26</sup> Nach der Definition in DIN 44 300 ist ein Prozessor eine „Funktionseinheit innerhalb eines digitalen Rechensystems, die Rechenwerk und Leitwerk umfasst.“

<sup>27</sup> Gübeli et al, S. 22.

<sup>28</sup> Schiffmann, S. 245.

<sup>29</sup> Büchel, S. 9, 10.

dienen insgesamt dazu, Befehle und Daten für den Prozessor bereitzuhalten und unterscheiden sich insbesondere in Kapazität und Taktrate (Zugriffszeit).<sup>30</sup> Je kürzer die Zugriffszeit ist, umso schneller ist der Rechner insgesamt. Der Hauptspeicher, der aus Halbleiterspeicher<sup>31</sup> aufgebaut ist, ist der „vom Prozessor direkt adressierbare Speicher“.<sup>32</sup> Der Arbeitsspeicher setzt sich aus direkt adressierbaren Speicherzellen zusammen und enthält je nach Größe das vollständige oder partielle Softwareprogramm, das gerade ausgeführt wird. Der ROM-Speicher kann nur gelesen werden und dient der Aufbewahrung grundlegender Teile des Betriebssystems.<sup>33</sup> Früher war der Hauptspeicher als Magnetkernspeicher realisiert. Heute sind Halbleiterspeicher gängig.<sup>34</sup>

Der Hauptspeicher wird ergänzt durch weitere periphere Speicher (Sekundärspeicher), die der Speicherung und Bereithaltung großer Datenmengen dienen.<sup>35</sup> Zudem gibt es externe Speicher, die der Übertragung und Übermittlung von Information dienen. Diese gehören jedoch schon zu den Peripheriegeräten.

## **2. Peripheriegeräte**

Zu den Peripheriegeräten gehören externe Datenspeicher (USB-Sticks, externe Festplatten) sowie Tastatur und Maus. Externe Datenträger dienen der Übertragung von Daten und Software und nicht dem Betrieb. Neben der Möglichkeit der Übertragung via externer Datenträger, können Daten und Software auch online übertragen werden.

## **II. Software**

Unter Software werden die in einer Programmiersprache geschriebenen Programme verstanden, die nach Übersetzung auf einem Rechner ausführbar sind.<sup>36</sup> Software wird programmiert und das Ergebnis sind „Programme“. Sämtliche Programme sind also Software. So gesehen ist der Begriff „Software“, wie auch der Begriff „Hardware“, ein Sammelbegriff, wobei beides letztlich Kunstbegriffe sind, die nur zwischen den „fassbaren“ und „nicht fassba-

---

<sup>30</sup> Schiffmann, S. 245.

<sup>31</sup> Halbleiter sind chemische Stoffe, die sowohl die Eigenschaften von Isolatoren als auch von Leitern besitzen, also elektrischen Strom leiten können.

<sup>32</sup> Liebig et al, S. 89.

<sup>33</sup> Mertens et al, S. 17.

<sup>34</sup> Gübeli et al, S. 107.

<sup>35</sup> Liebig et al, S. 95.

<sup>36</sup> Mertens et al, S. 17.

ren“ Elementen eines Rechners differenzieren. Unter diesem Aspekt ist der in der Rechtswissenschaft zuweilen unternommene Versuch, die Begriffe „Software“ und „Computerprogramm“ voneinander abzugrenzen<sup>37</sup>, nicht unrichtig, hat sich jedoch dennoch nicht durchgesetzt. Diese Differenzierung ist weitestgehend aufgegeben worden<sup>38</sup>, was sich auch an der Übernahme des Begriffs „Software“ im Gesetzestext zeigt. Die Gleichsetzung von „Software“ und „Programm“ ist schließlich auch nicht falsch, da letztlich neben dem Programm keine weiteren „nicht fassbaren“ Elemente existieren, die ebenfalls unter Software zu subsumieren wären. Auch in dieser Arbeit wird daher der Begriff „Software“ verwendet.

## 1. Was ist Software?

Es ist also der Frage nachzugehen, was genau ein „Programm“ ist. Ein Rechner besteht aus einer Vielzahl von Software. Neben der Betriebssoftware enthält ein Rechner in der Regel verschiedene Anwendungssoftware<sup>39</sup>, wie zum Beispiel Computerspiele, Textverarbeitungsprogramme, Datenbanken oder im industriellen Kontext auch individuell entwickelte Software.

Softwareprogramme sind in einer Programmiersprache geschrieben und enthalten wie auch gewöhnliche Sprachen, Informationen. Diese Informationen sind bei Software in Form von Algorithmen dargestellt.<sup>40</sup> Algorithmen sind eine der ältesten Formen, um bestimmte Abläufe darzustellen<sup>41</sup>, wobei jeder Algorithmus aus Eingabeinformationen und Ausgabeinformationen besteht. Nach DIN ISO/IEC/IEEE 24765:2010 ist ein Algorithmus **1. „a finite set of well-defined rules for the solution of a problem in a finite number of steps. 2. a sequence of operations for performing a specific task. 3. a finite ordered set of well-defined rules for the solu-**

---

<sup>37</sup> So Taeger, S. 17 ff., der beide Begriffe differenziert und den Begriff der Software als den weitergehenden begreift; ebenso Reese, DStR 1994, 1121; Grützmacher, in: Wandtke/Bullinger, § 69 a UrhG Rn. 2; anders König (1991), Rn. 222, der die Begriffe zwar ausführlich gegeneinander abgrenzt, dann aber synonym verwendet; ebenso Horns, GRUR 2001, 1ff.; ohne weitere Differenzierung: Wagner, in: MüKoBGB (2015), § 2 ProdHaftG, Rn. 15; Lenz, S. 188; v. Westphalen in: Foerste v. Westphalen, § 47 Rn. 40.

<sup>38</sup> Vgl. nur Wagner in: MüKoBGB, § 2 ProdHaftG (2015), Rn. 15; Lenz, S. 188; v. Westphalen in: Foerste/v. Westphalen, § 47 Rn. 40.; Hilty, MMR 2003, 3, wohl a.A. Moritz, in: Kilian/Heussen (2013), 1. Abschnitt, Teil 3, Rn. 3; auf den Unterschied hinweisend jedenfalls auch Chrocziel, in: Martinek/Semler/Flohr, § 48 Rn. 2.

<sup>39</sup> Zur Differenzierung siehe im Ersten Teil, 1. Kap. II.2.

<sup>40</sup> Das Wort Algorithmus stammt von Abu Ja'far Muhammad ibn Musa al-Khwarizmi (ca. 750-850) ab, da die lateinische Form seines Nachnamens (al-Khwarizmi) „algorithmi“ lautet, vgl. Logofätu, S. 1, wonach Algorithmen bestimmte Strukturen aufweisen, da sie alle irgendeine Art von Verarbeitungsschritte beinhaltet sowie Wiederholungen (Sequenzen) beinhalten, vgl. Liebig et al, S. 123.

<sup>41</sup> Hubwieser/Mühling/Aiglstorfer, S. 9.

tion of a problem"<sup>42</sup>. Algorithmen sind also Berechnungsverfahren zur Ermittlung einer bestimmten Ausgabeinformation, auf denen dann der nächste Algorithmus aufbauen kann. Die Algorithmen sind das Herzstück der Software. Hierbei gibt es einfache, bekannte Algorithmen, wie zum Beispiel ein Sortier-Algorithmus (Sortieren einer bestimmten Anzahl von Zahlen, Buchstaben oder anderer Informationen nach Größe oder anderer festgelegten Rangfolgen). Andere dagegen sind streng gehütet, wie z.B. der Google-Algorithmus.<sup>43</sup> Algorithmen sind eine Beschreibung dessen, was als Ergebnis idealerweise erwartet wird. Algorithmen können in jede Programmiersprache übersetzt werden. In der Informatik haben sich verschiedene Programmiersprachen entwickelt.<sup>44</sup> Dies sind formale Sprachen, mit der eine auf einer Hardware ablauffähige Software entwickelt werden kann.<sup>45</sup> Die verschiedenen Programmiersprachen können nach Programmierparadigmen<sup>46</sup> klassifiziert werden.

Erst durch Übersetzung der Algorithmen in eine Programmiersprache entsteht ein ablauffähiges Programm.<sup>47</sup> Die in Programmiersprache übersetzten Algorithmen sind der *Quellcode*.<sup>48</sup> Ist der Algorithmus in eine Programmiersprache überführt, kann dieser jedoch nicht immer direkt ausgeführt werden. Da Prozessoren, wie oben beschrieben<sup>49</sup>, aus Schaltnetzen bestehen, die nur zwei Zustände erkennen können, müssen die in einer Programmiersprache übersetzten Algorithmen nochmals in eine Maschinensprache übersetzt werden. Durch diese Übersetzung entsteht dann der Objektcode.<sup>50</sup> Erst der Objektcode enthält die notwendige binäre Darstellung der Anweisung aus dem Quellcode aus 0 und 1.<sup>51</sup> Die Übersetzung geschieht wiederum mittels eines Softwareprogramms, das Compiler<sup>52</sup> genannt wird. Der Compiler übersetzt die Programmiersprache in der Regel sequentiell, d.h. in Phasen. Unterschieden werden hierbei *backend* (1. Phase) und *frontend* (2. Phase). In der ersten Phase wird der Programmiercode vorrangig analysiert und eine Art Syntaxbaum erzeugt. In der 2. Phase wird der tatsächliche Maschinencode erzeugt. Dieser wird in ein für den Computer ausführbares Programm, in Form einer als „executables“ (.exe) gekennzeichneten Datei erzeugt.

---

<sup>42</sup> ISO/IEC/IEEE 24765:2010, Systems an software engineering – Vocabulary, Punkt 3.87.

<sup>43</sup> Der google-Algorithmus ist immer nach einem Tiernamen benannt, z.B. Panda, Penguin.

<sup>44</sup> Z.B. C++, Ada, BASIC usw.

<sup>45</sup> Mertens et al, S. 19.

<sup>46</sup> So z.B. imperative, prozedurale oder objektorientierte Sprachen.

<sup>47</sup> Liebig et al, S. 124.

<sup>48</sup> Mertens et al, S. 21.

<sup>49</sup> Siehe Erster Teil, 1. Kap.I.1.a.

<sup>50</sup> Mertens et al, S. 21.

<sup>51</sup> Hubwieser/Mühling/Aiglstorfer, S. 22

<sup>52</sup> Der Vorgang der Übersetzung wird auch Kompilierung genannt.

Unter Software sind demnach *die in einer Programmiersprache geschriebenen Programme zu verstehen, die nach Übersetzung in 0 und 1 auf einem Rechner ausführbar sind.*

## **2. Softwarearten: Betriebssoftware und Anwendungssoftware**

Unabhängig von möglichen rechtlichen Differenzierungen im Hinblick auf Software, etwa auf die Art der Lizenzierung (z.B. Open-Source-Software), kann technisch gesehen insbesondere zwischen Betriebssoftware (auch Systemsoftware) und Anwendungssoftware unterschieden werden.

Die Betriebssoftware dient der „Verwaltung der Rechnerfunktionen“. Das Betriebssystem ist das Herz der Betriebssoftware. Für den Personal Computer haben sich die großen Systeme *Windows* und *MacOS* etabliert. In technischen Geräten und Automobilen finden sich dagegen häufig sog. *embedded control systems* (eingebettete Systeme), also solche Betriebssysteme, die bereits in der Entwicklung eng auf die Hardware abgestimmt sind.

Anwendungssoftware dagegen dient nicht dem Computerbetrieb, sondern dem Anwender, d.h. der „Lösung von konkreten Anwenderproblemen“.<sup>53</sup> Über den englischen Begriff *application software* (Anwendungssoftware) hat sich, insbesondere für Smartphone und Tabletgeräte, die Kurzform *App*<sup>54</sup> als Synonym für Anwendungssoftware entwickelt.

Zusammenfassend dient Systemsoftware dem Betrieb des Computers und Anwendungssoftware dem Nutzer des Computers.

## **3. Vertrieb**

Eine Besonderheit ergibt sich in Bezug auf den Vertrieb von Software. Dieser kann nämlich auf zwei Arten erfolgen. Software kann offline und online vertrieben werden. Für ersteres ist es notwendig, dass Software auf einem externen Datenträger, also einem hardwaretechnischen Peripheriegerät gespeichert ist. Bei der Onlineübertragung erfolgt der Vertrieb via Internet z.B. durch Download oder Ablage in Cloudsystemen. Wichtig hierbei ist jedoch, dass es sich jeweils um den Vertriebsgegenstand „Software“ handelt, auch wenn bei der Offlineübertragung ein externer Datenträger übergeben wird.

---

<sup>53</sup> *Liebig et al*, S. 114.

<sup>54</sup> Hierunter zählen Mobile Apps, Web Apps und Windows Apps.

### III. Dateien

Dateien sind keine Programme, sondern eine *Menge von Daten*.<sup>55</sup> Dateien sind für Programme abrufbar beziehungsweise lesbar. Dateien bestehen unabhängig vom Betrieb des Programms, können jedoch nur in Kombination mit dem entsprechenden Programm geöffnet und gelesen werden. Eine pptx-Datei kann nur mit dem Programm PowerPoint geöffnet werden. Dateien werden auf den Sekundärspeichern des Rechners gespeichert. Unterschieden werden Dateien nach Art ihres Format, des Zugriffs oder des Verwendungszwecks.<sup>56</sup> Differenziert man etwa nach dem Verwendungszweck, kann zwischen *Stammdateien*, *Bewegungsdateien*, *Berichtsdateien*, *Arbeitsdateien* oder *Programmdateien* unterschieden werden. Die oben erwähnte pptx-Datei ist eine Arbeitsdatei, da mit dieser ein (Zwischen-)ergebnis gespeichert ist und auch transportiert werden kann.

### IV. Funktionelle Verbindung von Software und Hardware

Nach alledem ergibt sich, dass Software erst durch den Einsatz von Hardware ablaufen kann. Die Richtlinie 2009/24/EG<sup>57</sup> stellt eine solche nur *funktionelle Verbindung* deutlich heraus: „Zu diesem Zweck ist eine logische und, wenn zweckmäßig, physische Verbindung und Interaktion notwendig, um zu gewährleisten, dass Software und Hardware mit anderer Software und Hardware und Benutzern wie beabsichtigt funktionieren können“<sup>58</sup>. Die Algorithmen, die einem Programm zugrunde liegen, werden nämlich erst „lebendig“, wenn diese nach Übersetzung in 0 und 1 im Prozessor umgesetzt werden und die tatsächlich gewünschte Ausgabe liefern. Welche Ausgabe geliefert wird, bestimmt jedoch die zugrundeliegende Software. So gesehen ist die Hardware nur der Bote der Software, ohne selbst eigene Ausgaben liefern zu können. Software ist daher üblicherweise auch nicht an eine bestimmte Hardware geknüpft, sondern die Funktionstüchtigkeit der Software erfordert nur, dass die grundlegenden Hardwareelemente vorhanden sind. Diese können jedoch jederzeit ausgetauscht werden. „Universell gebaute Hardware kann, mit unterschiedlicher Software versehen, in verschiedenen [...] Umgebungen eingesetzt werden“.<sup>59</sup> Die Tatsache, dass auch geschlossene Betriebssysteme

---

<sup>55</sup> Büchel, S. 10.

<sup>56</sup> Differenzierung nach Lusti, S. 13.

<sup>57</sup> Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.04.2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, AbiNr. L 111/16.

<sup>58</sup> Vgl. 10. Erwägungsgrund der Richtlinie 2009/24/EG.

<sup>59</sup> Gübeli et al, S. 104.

me existieren, also solche, bei denen Hardware und Software aufeinander abgestimmt sind und teilweise auch nur in dieser abgestimmten Komposition funktionieren (so basieren Apple-Rechner zum Beispiel auf dem Prinzip eines geschlossenen Systems), ändert an der grundsätzlichen Boteneigenschaft von Hardware nichts. Denn hierhinter verbergen sich nicht etwa technische Notwendigkeiten, sondern lediglich wirtschaftliche Interessen, da bei geschlossenen Systemen der Kunde nicht mehr zwischen verschiedener Soft- und Hardware wählen kann, sondern an die Soft- und Hardware des einen Anbieters gebunden ist.

## V. Softwareverständnis im Recht

Die Basis für die Schwierigkeiten um die rechtliche Einordnung von Software (auch) im Produkthaftungsrecht wird schon beim Softwareverständnis bereitet, das Juristen zu Grunde gelegt haben. Obwohl „Software“<sup>60</sup> bzw. die als „überholt“<sup>61</sup> geltende Formulierung „Programm für Datenverarbeitungsanlagen“ (vgl. § 1 PatG) oder „Datenverarbeitungsanlagen“ (vgl. § 18 Abs. 2 BDSG) nicht erst in jüngerer Zeit Gegenstand von Rechtsvorschriften sind, ist ihre Bedeutung in der Rechtswissenschaft und Rechtspraxis wenig konturiert. Ausgehend von der – soweit ersichtlich – ersten Entscheidung im Zusammenhang mit Software im Jahre 1987 soll nachgezeichnet werden, wie sich das Softwareverständnis im Recht gewandelt hat und wie die juristische Argumentation verläuft.

### 1. Die BGH-Entscheidung v. 04.11.1987

Die Entscheidung vom 04.11.1987<sup>62</sup> kann als maßgebend für die rechtliche Einordnung von Software angesehen werden, insbesondere im Hinblick auf das Haftungsrecht im Allgemeinen. In Rede stand die Einordnung von Software in das Kaufrecht, also das vertragliche Haftungsrecht. Gleichwohl hat der BGH mit dieser Entscheidung ein Softwareverständnis etabliert, das bis heute im vertraglichen wie außervertraglichen Haftungsrecht nachhallt.

In der Entscheidung stand die Frage im Raum, ob die kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche bei der Überlassung von Software anwendbar seien. Voraussetzung hierfür ist, dass Software überhaupt Gegenstand eines Kaufvertrages sein kann. Aufgrund der Sachanknüpf-

---

<sup>60</sup> Explizit findet sich der Begriff „Software“ z.B. in § 85 TKG, § 2 AWG, § 40 MessEG.

<sup>61</sup> *Grützmacher*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 69 a UrhG Rn. 2.

<sup>62</sup> BGH, Urt. v. 04.11.1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406.

fung in § 433 BGB stellte sich dies als Herausforderung, da – wie auch der BGH herausstellt – „Software [...] im Gegensatz zur Hardware [etwas ist, was man] nicht anfassen kann“.<sup>63</sup> Die Sachanknüpfung fand der BGH im Jahr 1987 schließlich in dem Datenträger und stellte heraus, dass „Kaufgegenstand [der] Datenträger“<sup>64</sup> sei. Die Bezugnahme auf den Datenträger als Kaufgegenstand ist auch im Jahr 1987 irritierend, weil der BGH schon feststellte, dass sich der „eigentliche, wirtschaftliche Wert [...] aus den gespeicherten Informationen und Befehlsfolgen ergibt“ und „Fehlfunktionen [...] regelmäßig auf inhaltlichen Programmängeln [beruhen]“.<sup>65</sup> Dass die Software im Gegensatz zum Datenträger das eigentlich Werthaltige ist, war damit bereits ein allgemeingültiger Konsens<sup>66</sup>, der allerdings weder 1987 noch heute die Argumentation der Datenträgeranknüpfung ad absurdum geführt hat. Über die Argumentation des Datenträgers kam der BGH dann zu dem Ergebnis, dass eine kaufrechtliche Vereinbarung über Softwareüberlassung möglich ist, sofern sie nach dem Willen der Parteien gewollt ist.<sup>67</sup> Da jedoch nur die „verkaufswise Überlassung von Programmkopien“<sup>68</sup> in Rede stand, blieb offen, wie die Fälle zu beurteilen sind, in denen gerade keine physische Kopie übergeben wird; freilich auch, weil 1987 das Internet und die damit einhergehenden Möglichkeiten der Onlineüberlassung von Software noch nicht gebräuchlich waren.

Die BGH-Entscheidung von 1987 hat darüber hinaus auch in anderer Hinsicht wegbereitenden Charakter. Denn neben der Anknüpfung an den Datenträger, wird die Differenzierung zwischen Standard- und Individualsoftware etabliert. Aus juristischer und insbesondere vertragsrechtlicher Perspektive ist diese Unterscheidung zunächst nachvollziehbar, da sie auf der im Zivilrecht angelegte Differenzierung zwischen Kauf- und Werkvertrag fußt. Bei „individuell erstellter oder umfangreich an individuellen Bedürfnissen angepasster Software“<sup>69</sup> wird bis heute von einem Werkvertrag ausgegangen. Bei genauerer Betrachtung erweist sich, dass auch die Differenzierung zwischen Standard- und Individualsoftware im Grundsatz auf der Anknüpfung an die Hardware basiert. Die kaufrechtlichen Vorschriften seien für Standardsoftware deshalb anwendbar, weil Standardsoftware offenbar einen ausreichenden Bezug zu

---

<sup>63</sup> BGH, Urt. v. 04.11.1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406, 407.

<sup>64</sup> BGH, Urt. v. 04.11.1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406, 408.

<sup>65</sup> BGH, Urt. v. 04.11.1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406, 407.

<sup>66</sup> So *Hoeren*, GRZR 1988, 340, 342, der dies als „h.M.“ bezeichnet.

<sup>67</sup> „wenn diese [...] – wie hier – eine kaufrechtliche Form der Überlassung der Software gewählt haben“, BGH, Urt. v. 04.11.1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406, 408.

<sup>68</sup> BGH, Urt. v. 04.11.1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406, 408.

<sup>69</sup> OLG Hamm, Urt. v. 26.02.2014 – 1-12 U 112/13, NJW-RR 2014, 878.

einer Verkörperung in einer Sache aufweist.<sup>70</sup> Bei Individualsoftware soll nämlich dagegen „die geistige Leistung im Vordergrund steh[en]“, die „keinen ausreichenden Bezug zu einer Verkörperung in einer Sache aufweis[t]“. <sup>71</sup> Hier offenbart sich, dass die rechtliche Einordnung an der Technik vorbeigeht, da nicht nachvollziehbar ist, warum nur Standardsoftware einen Bezug zur Verkörperung aufweisen sollte. Technisch besteht zwischen Standard- und Individualsoftware zumindest kein Unterschied. Genauso wenig erschließt sich, warum nur Individualsoftware eine geistige Leistung sein soll. Vertragstypologisch betrachtet ist die Hervorhebung der geistigen Leistung bei Individualsoftware der Konzeption des Werkvertrages geschuldet. Da der Werkvertrag wegen § 631 Abs. 2 BGB auch die Herbeiführung eines „Erfolgs“ als Gegenstand des Vertrages genügen lässt, braucht es hier keine Begründung der Körperlichkeit<sup>72</sup> wie im Sachbegriff des § 433 BGB.

Die auf der Hardwareanknüpfung basierende Begründung der Sacheigenschaft von Software fand zudem auch in der Literatur Halt.<sup>73</sup> Exemplarisch zeigt dies der Satz *Königs* aus dem Jahr 1989: „Die Verkörperung von Computerprogrammen [...] ist unabdingbare Voraussetzung für deren Existenz“.<sup>74</sup> Trotz dieser Sichtweise hielt *König* bemerkenswerterweise eine rechtliche Gleichbehandlung von verkörperter und – wie er es sagt – „unkörperliche“ Software für geboten, da „beiden Formen der Programmlieferung Ziel [es] ist, dem Kunden eine Programmverkörperung zu verschaffen“<sup>75</sup>.

## 2. Die BGH-Entscheidung v. 18.10.1989

Schon zwei Jahre später stand derselbe Zivilsenat, der 1987 die auf einem Datenträger verkörperte Standardsoftware als bewegliche Sache eingestuft hatte, nun vor der Herausforderung, die Frage zu beantworten, wie der Fall zu behandeln ist, wenn Software „ohne Übergabe eines Datenträger [...] überspielt“ wird.<sup>76</sup> Da jedoch nicht die Kaufrechtsvorschriften, sondern das Abzahlungsgesetz in Rede stand, konnte der BGH die Frage, ob „in der hier gegebenen Variante von der Übergabe einer beweglichen Sache“ auszugehen sei, „dahinstehen“

---

<sup>70</sup> OLG Hamm, Urt. v. 26.02.2014 – 1-12 U 112/13, NJW-RR 2014, 878, 879 (negativ formuliert für Individualsoftware: „Denn bei der Erstellung individueller Software handle es sich um eine immaterielle Werkleistung, die keinen ausreichenden Bezug zu einer Verkörperung in einer Sache aufweise“).

<sup>71</sup> OLG Hamm, Urt. v. 26.02.2014 – 1-12 U 112/13, NJW-RR 2014, 878, 879.

<sup>72</sup> *Busche*, in: MüKoBGB (2012), § 631 Rn. 61.

<sup>73</sup> So etwa *Hoeren*, GRUR 1988, 340; *König*, NJW 1989, 2604.

<sup>74</sup> *König*, NJW 1989, 2604.

<sup>75</sup> *König*, NJW 1989, 2604, 2605.

<sup>76</sup> BGH, Urt. v. 18.10.1989 – VIII ZR 325/88, NJW 1990, 320.

lassen.<sup>77</sup> Allerdings ist zweifelhaft, ob hierin, wie *Zech* es sieht, eine „faktische“<sup>78</sup> Aufgabe zur Verknüpfung mit dem Datenträger zu sehen ist, da der BGH die Frage schlicht nicht beantwortete und damit auch nicht ausdrücklich von der Hardwareanknüpfung abwich. Vielmehr scheint das Gegenteil der Fall zu sein, denn auch in dieser Entscheidung sucht der BGH die Anknüpfung an den Datenträger und findet diese schließlich in der auf der „Festplatte [des] Computers verkörperte[n] Programmkopie“.<sup>79</sup> Damit folgt der BGH zwar *Königs* Vorschlag<sup>80</sup>, nämlich die rechtliche Gleichstellung von verkörperter und unkörperlicher Software, allerdings wiederum nur über den Weg der Hardwareanknüpfung.

### 3. Inkrafttreten des ProdHaftG 1990

Mit Inkrafttreten des ProdHaftG 1990 entwickelte sich parallel zur Frage der vertragsrechtlichen Einordnung auch eine Diskussion um die produkthaftungsrechtliche Einordnung von Software. Durch den Wortlaut von § 2 ProdHaftG (im Wesentlichen identisch mit Art. 2 der Produkthaftungsrichtlinie), der als Produkt jede „bewegliche Sache“ definiert, stellte sich gleich zu Beginn die Frage, ob Software hierunter zu fassen ist.<sup>81</sup> Die produkthaftungsrechtliche Diskussion ist dabei stark geprägt von den vorangegangenen kaufrechtlichen Entscheidungen, so dass sich als allgemeiner Konsens zunächst die Bejahung der Produktqualität bei verkörperter Standardsoftware etablierte.<sup>82</sup> Diese Orientierung am Kaufrecht, was sowohl die Differenzierung zwischen Standard- und Individualsoftware als auch die unterschiedliche Bewertung von verkörperter und online-übertragener Software angeht, ist geradezu prägend für die Diskussion um die Produktqualität von Software und hat die Entwicklung nachhaltig beeinflusst. Dieser Umstand verwundert jedoch. Aufgrund des Charakters des ProdHaftG als Umsetzungsgesetz hätte hierfür vielmehr eine eigenständige Argumentationslinie entwickelt werden müssen. Der Charakter als „Annex“-Diskussion, bei der reflexartig zunächst die Argumentationsstrukturen des nationalen Kaufrechts wiederholt wurden, hat jedoch die Entwicklung einer eigenen Argumentationslinie verhindert.

---

<sup>77</sup> BGH, Urt. v. 18.10.1989 – VIII ZR 325/88, NJW 1990, 320, 321.

<sup>78</sup> Insbesondere *Zech*, S. 333, der in dieser Entscheidung eine Aufgabe des Datenträgerarguments sieht („der BGH [gab] schließlich die Bindung an einen Datenträger de facto auf“).

<sup>79</sup> BGH, Urt. v. 18.10.1989 – VIII ZR 325/88, NJW 1990, 320, 321.

<sup>80</sup> *König*, NJW 1989, 2604, 2605.

<sup>81</sup> Vgl. insbesondere frühe Auseinandersetzung in *Graf v. Westphalen*, NJW 1990, 83; *Foerste*, NJW 1991, 1433.

<sup>82</sup> *Foerste*, NJW 1991, 1433, 1438; *Büsken*, r+s 1991, 73.

#### 4. Die Hardwareanknüpfung auf dem Prüfstand ab etwa 1992

Ab etwa 1992<sup>83</sup> sind erstmals Überlegungen dahingehend angestellt worden, dass die Hardwareanknüpfung möglicherweise nicht dauerhaft funktionieren kann. Sehr deutlich hat dies im Jahre 1992 *Redeker* geäußert: „Computerprogramme [sind] Anweisungen zur Lösung eines Problems“, „Anweisungen sind keine Sachen“, „man kann sie nämlich nicht anfassen“.<sup>84</sup> Zwei Jahre später plädierte *Müller-Hengstenberg* dann sogar für eine Aufgabe der Datenträgeranknüpfung: „[E]ine feste Zuordnung eines Programms zu irgendeiner materiellen Basis ist schlicht unmöglich geworden“.<sup>85</sup> Zeitlich fällt dieses Umdenken mit dem Inkrafttreten der Computer-Programmrichtlinie von 1991 zusammen.<sup>86</sup> Dort wird der Begriff „Computerprogramm“ als Programme in jeder Form konkretisiert, womit *auch* solche Programme erfasst werden sollen, die in die Hardware integriert sind“.<sup>87</sup> Diese für das Urheberrecht ausgelegte Formulierung, die keine Definition darstellen sollte<sup>88</sup>, sondern nur der „Erläuterung“<sup>89</sup> dient, deutet nämlich an, dass Online-Software und verkörperte Software („auch solche, die in Hardware integriert ist“<sup>90</sup>) rechtlich gleich zu behandeln seien. Insofern steht zu vermuten, dass das ab etwa 1992 entwickelte Softwareverständnis auch im Zeichen dieser Richtlinie stand.

#### 5. Die Theorie *Taegers* im Jahr 1995

*Taeger*, der sich 1995 ausführlich mit der außervertraglichen Haftung für Computerprogramme beschäftigte, bezeichnete die in der Computerprogramm-Richtlinie aufgenommene Definition als „weitergehender“<sup>91</sup> und löste sich erkennbar von der Hardwareanknüpfung,

---

<sup>83</sup> Zuvor sind nur vereinzelt Aufsätze zu finden, in denen Software als „Folge von Befehlen“ verstanden wurden und demnach auch die Verkörperung auf einem Datenträger nicht zur Sachbegründung ausreichen ließen, z.B. *Mehrings*, NJW 1986, 1904.

<sup>84</sup> *Redeker*, NJW 1992, 1739.

<sup>85</sup> *Müller-Hengstenberg*, NJW 1994, 3128, 3130.

<sup>86</sup> Richtlinie 91/250/EWG des Rates vom 14.05.1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, Abl. Nr. L 122/42.

<sup>87</sup> 7. Erwägungsgrund der Richtlinie 91/250/EWG.

<sup>88</sup> Vgl. die Gesetzesbegründung zur Nachfolgerichtlinie 2009/24/EG, BT-Drucks. 12/4022, S. 9 („Eine Begriffsdefinition erschien nicht ratsam, da zu befürchten wäre, dass sie alsbald durch die Entwicklung überholt würde“). Schon in dem 1989 vorgelegten ersten Richtlinienentwurf (Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, KOM(88) 816 endg. – Syn. 183; Nr. C 91/4 v. 12.4.1989) wurde auf Grund einer Sachverständigenempfehlung, nach der „jede Definition [...] zwangsläufig obsolet würde, da die künftige Natur der heutzutage bekannten Programme [sich verändern wird]“ auf eine Definition verzichtet, vgl. Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, KOM(88) 816 endg. – Syn. 183; Nr. C 91/4 v. 12.04.1989, S. 6.

<sup>89</sup> So auch die Bezeichnung in BT-Drucks. 12/4022, S. 9 („erläutert“).

<sup>90</sup> 7. Erwägungsgrund der Richtlinie 91/250/EWG.

<sup>91</sup> *Taeger*, S. 15.

wenn er Software als eine „Folge von Anweisungen und Befehlen“ versteht. Insoweit wird erstmalig ein ausdrücklich technikorientierter Verständnisansatz gewählt. Für die rechtliche Einordnung wählt *Taeger* dann aber doch den Weg über die Hardwareanknüpfung, den er wegen des Sachbegriffs wohl für alternativlos hielt. Er stellt dabei aber nicht auf den Datenträger ab, der als „Transportmedium“ gerade bei der „elektronischen Übergabe“ nicht erforderlich ist<sup>92</sup>, sondern wählt den Speicher als Hardwaremedium, was eine Gleichbehandlung von verkörperter und online-übertragener Software als Sache ermöglichte. „Ein Computerprogramm muss zu jedem Zeitpunkt elektronisch gespeichert sein. Nur mit Hilfe von Hardware ist das Computerprogramm technisch beherrschbar“.<sup>93</sup> Die Sach- und damit Produktqualität bejaht *Taeger* schließlich wegen der „nicht wegzudenkenden, quasi symbiotischen Beziehung zwischen Software und Hardware“.<sup>94</sup>

## 6. Die „2000er-Problematik und die Theorie *Günthers* im Jahr 2001

In den Jahren bis etwa 1999 nahm, insbesondere im Produkthaftungsrecht, die Auseinandersetzung mit dem Begriff Software dann deutlich ab. Im Gegensatz zum Urheberrecht, wo die Beschäftigung mit Software in dieser Zeit beinahe zum Dauerbrenner wurde<sup>95</sup>, kam die produkthaftungsrechtliche Diskussion erst ab etwa 1999 im Zuge der sog. 2000er-Problematik<sup>96</sup> wieder auf. Befürchtet wurde, dass die „Umstellung von computergestützten Systemen auf das Jahr 2000 zu massiven Störungen bis hin zum Zusammenbruch komplexer Computersysteme führen kann“<sup>96</sup>. Von einer „breiten Diskussion“<sup>97</sup> beziehungsweise von einer „kaum überschaubare[n] Fülle von Publikationen“<sup>98</sup> ist die Rede. Inhaltlich etablierte sich etwa ab diesem Zeitpunkt eine befürwortende Ansicht<sup>99</sup> dahingehend, Software als Produkt im Sinne des § 2 ProdHaftG aufzufassen. Insbesondere *Günther* hat sich in dieser Zeit nochmals um eine Konkretisierung des Begriffs „Software“ sowie um eine produkthaftungsrechtliche Ein-

---

<sup>92</sup> *Taeger*, S. 145.

<sup>93</sup> *Taeger*, S. 145.

<sup>94</sup> *Taeger*, S. 146.

<sup>95</sup> Vgl. nur *Dreier*, GRUR 1997, 859, der schon 1997 konstatiert, dass sich die GRUR-Jahrestagung nicht zum ersten Mal und „aller Voraussicht nach auch nicht das letzte Mal [...] mit den (urheber-)rechtlichen Folgen digitaler Technologie“ beschäftigen wird.

<sup>96</sup> *Hohmann*, NJW 1999, 521.

<sup>97</sup> *Bartl*, NJW 1999, 2144.

<sup>98</sup> *Junker*, NJW 2000, 1304.

<sup>99</sup> Vgl. etwa *Spindler*: „Nach richtiger, aber weiterhin umstrittener Auffassung unterfällt auch Software dem Produktbegriff des § 2 ProdHaftG“, *Spindler*, NJW 1999, 3737, 3742; ähnlich äußert sich *Straub*, für das schweizerische Recht, der konstatiert, dass „in der EU die Sachqualität von Computerprogrammen inzwischen wohl mehrheitlich bejaht wird.“

ordnung bemüht. *Günther*, der sich in 2001 mit den Aspekten der Produkthaftung für Informationsgüter im Allgemeinen auseinandersetzt, knüpft hierfür an ein informationstechnisches Verständnis an. Er favorisiert die Idee der Doppelnatur von Informationsgütern, wonach zentrales Merkmal aller Informationsgüter die „Kombination von selbständiger Information und Informationsträger ist“.<sup>100</sup> Haftungsrechtlich schließt er aber eine rechtliche Einordnung, die sich am Informationsträger orientiert, aus und stützt sich argumentativ auf die im Urheberrecht vorzufindende Unterscheidung zwischen dem geistigen Werk, an dem Nutzungsrechte und Urheberrechte bestehen und dem konkreten Werkstück, an dem Eigentumsrechte bestehen. „Die Information lässt sich auch vom Informationsträger trennen, ohne dass sich ihre haftungsrechtlich entscheidende Funktion ändern muss“<sup>101</sup>, so dass Information und Informationsträger getrennt voneinander zu betrachten sind. Damit löst sich *Günther* auch noch einmal deutlich von *Taeger*, der an den Speicher angeknüpft hat.

## 7. Entwicklung bis heute

Die juristische Argumentation über die Hardwareanknüpfung hat in der Entwicklung bis heute - jedenfalls in der Literatur - ein wenig an Befürwortung verloren. Vielmehr scheint sich die Erkenntnis durchgesetzt zu haben, dass eine sinnvolle rechtliche Einordnung nur über ein technisches Verständnis gelingen kann. Ursache hierfür war die Weiterentwicklung des Personal Computers (PC) hin zur Internet-Netzwerktechnologie, durch die Daten und Software unabhängig eines Trägermediums übermittelt werden können. *Hilty* konstatierte daher 2003 zu Recht, dass „aus rechtlicher Sicht [...] die Differenzierung zwischen Hard- und Software unumgänglich wurde, als es üblich wurde, einen Rechner nicht mehr nur mit den darauf installierten (bzw. mitgelieferten), sondern mit unterschiedlichen, später dazu erworbenen Programmen zu betreiben“<sup>102</sup>, stellt jedoch auch klar, dass die Differenzierung technisch schon vorher geboten gewesen wäre.<sup>103</sup>

Speziell in der kaufrechtlichen und (auch) produkthaftungsrechtlichen Kommentarliteratur wird die Frage der Produktqualität von Software in der Regel als „Einzelproblem“<sup>104</sup> erörtert, wobei zum einen nur selten der Begriff „Software“ selbst Gegenstand der Ausführungen ist

---

<sup>100</sup> *Günther*, S. 623.

<sup>101</sup> *Günther*, S. 625.

<sup>102</sup> *Hilty*, MMR 2003, 3, 5.

<sup>103</sup> *Hilty*, MMR 2003, 3, 5.

<sup>104</sup> *So Wagner*, in: *MüKoBGB* (2017), § 2 ProdHaftG Rn. 12 ff.

und zum anderen jedoch die Differenzierung zwischen Hard- und Software nicht vollständig vollzogen zu sein scheint. Bedingt wird dieses Verharren in alten Argumentationsstrukturen insbesondere durch die Rechtsprechung, die z.B. im Jahr 2006 für das Kaufrecht noch ausführt<sup>105</sup>: „Eine auf einem Datenträger verkörperte Standardsoftware ist als bewegliche Sache anzusehen, auf die je nach der vereinbarten Überlassungsform Miet- oder Kaufrecht anwendbar ist“. Erst in jüngster Zeit (2017) zeichnet sich – jedenfalls im Produkthaftungsrecht – ein Wandel ab, der getragen ist von der Erkenntnis, dass das „mangelnde Verständnis des BGH für die Informationstechnologie bzw. von der Aufgabe des Informationsmanagements“<sup>106</sup> keine geeignete Argumentationsgrundlage ist. So kommentiert *Wagner* in der neuesten Auflage des Münchener Kommentars 2017, dass „die Anknüpfung der Haftung für fehlerhafte Computerprogramme an deren Vertrieb auf einem festen Datenträger von Anfang an eine Krücke [war], deren mangelnde Tragfähigkeit die neuen Technologien des Softwarevertriebs lediglich in grellerem Licht getaucht haben“.

## VI. Zusammenfassung

Entlang einem technischen Verständnis sind unter *Software* die in einer Programmiersprache geschriebenen Programme zu verstehen, die nach Übersetzung in 0 und 1 auf einem Rechner ausführbar sind. Unter dem Begriff *Hardware* dagegen werden alle technischen Bauteile eines Rechners zusammengefasst. Die Verbindung von Software und Hardware besteht insofern, als dass Software nicht ohne entsprechende Hardware ausführbar ist. Allerdings kommt der Hardware hierbei nur einer Art „Dienerfunktion“ zu, da die erzeugten Ausgangsgrößen ausschließlich in den der Software zugrundeliegenden Algorithmen implementiert sind. Hardware ist nicht in der Lage, selbständig vom Programm abweichende Ausgangsgrößen zu erzeugen. Schließlich ist die Hardware dem Grundsatz nach von der Software unabhängig und austauschbar. Erforderlich ist lediglich, dass die für den Ablauf von Software notwendige Hardware irgendwie bereitgehalten wird. Im Besonderen ist zu berücksichtigen, dass der Softwarevertrieb dagegen auch gänzlich ohne den gleichzeitigen Hardwarevertrieb erfolgen kann, womit die Selbständigkeit von Software offen zu Tage tritt.

Das Softwareverständnis im Recht war für lange Zeit von der Vorstellung getragen, dass Software und Hardware symbiotisch zusammengehören. Die Hardwareanknüpfung entwi-

---

<sup>105</sup> BGH, Urt. v. 15.11.2006 – VII ZR 120/04, NJW 2007, 2394.

<sup>106</sup> *Kirn/Müller-Hengstenberg*, NJW 2017, 433.

ckelte sich zum gangbaren juristischen Argument, um die aufkommenden rechtlichen Fragestellungen, wie etwa die Sachqualität von Software, zu beantworten. Obwohl diese Argumentation an der Technik vorbeiging, konnte sie jedenfalls bis zur Entwicklung des Internets aufrechterhalten werden. Mit der Internetentwicklung und die damit einsetzende Lösung von Software und Hardware zeigte sich dann die Schwäche der Argumentation. Von einer symbiotischen Beziehung von Software und Hardware war aus nunmehr auch offensichtlich technischen Gründen nicht mehr auszugehen. Während innerhalb der Literatur jedenfalls in jüngster Zeit zunehmend ein an der Technik orientiertes Verständnis von Software für die juristische Argumentation erkannt wird, zeigt sich innerhalb der Rechtsprechung eine gewisse Behäbigkeit. Die jüngste Entscheidung zur Frage der Sachqualität von Software aus dem Jahr 2006 argumentiert noch immer auf Linie der Hardwareanknüpfung, was vor dem Hintergrund der zu diesem Zeitpunkt bereits fortgeschrittenen Internetentwicklung doch erstaunt.

## 2. Kapitel: Vergleichbarkeit von Printware und Software

Eine weitere Schwierigkeit, die sich mit Blick auf die rechtliche Einordnung von Software beobachten lässt, ist das verschiedentlich *Software* mit *Printware* verglichen wird.<sup>107</sup> Zu vermuten ist, dass der Vergleich zwischen Printware und Software seine Ursache darin hat, dass beiden „Informationen“ zu Grunde liegt. Dass dieser Vergleich hinkt, wird nur vereinzelt gesehen. Insbesondere *Marly* führt hierzu prägnant aus, dass der Vergleich zwischen Buch und Software *„nur solange richtig ist, als die auf dem Datenträger gespeicherte Software sich verhält wie die toten Buchstaben des Buches, die nur in der Vorstellungskraft des Lesers zu bewegten Bildern werden. Computerprogramme hingegen beginnen, sobald sie gestartet sind, ein (wenn auch gesteuertes) eigenes Leben.“*<sup>108</sup> Der tatsächliche Unterschied zwischen Printware und Software, den *Marly* hier bildhaft beschreibt, erschließt sich jedoch erst durch eine Auseinandersetzung mit den Begriffen „Information“ und „Informationsgut“.

---

<sup>107</sup> Siehe z.B. *Wagner*, in: MüKoBGB (2017), § 2 ProdHaftG Rn. 12 ff., der unter der Frage der Produkthaftung für verkörperte intellektuelle Leistungen sowohl „Texte“ als auch „Computerprogramme“ nennt; *Taschner/Frietsch*, Art. 6 der Richtlinie Rn. 28 („Ein solches Programm steht einem Druckerzeugnis gleich“).

<sup>108</sup> *Heussen*, GRUR 1987, 779, 780.

## I. Printware und Software als Information

Hierzu ist zunächst zu klären, was Informationen eigentlich sind.

### 1. Begriff

*Günther* hat im Hinblick auf eine Definition des Begriffs „Information“ zu Recht darauf hingewiesen, dass eine allgemeingültige Definition nicht existiert. Vielmehr handelt es sich um einen „schillernden“ Begriff, der ein „komplexes Phänomen“ beschreibt.<sup>109</sup> Neben verschiedenen Merkmalszuschreibungen, wie etwa die „mangelnde Abgegrenztheit“<sup>110</sup> oder die Tatsache, dass Informationen nicht „verbraucht werden können“<sup>111</sup>, versteht *Günther* Information zum einen als *Prozess* und zum anderen als *Objekt*.<sup>112</sup> Wenn er die Information als Prozess betrachtet, versteht er darunter den Vorgang der Informationsübermittlung.<sup>113</sup> Als Objekt ist Information „Gegenstand der Kommunikation“.<sup>114</sup> Auch *Zech* nähert sich dem Informationsbegriff aus unterschiedlichen Perspektiven, wenn er Information als *Zustand, Wirkung, Bedeutung* oder *Bewusstsein*<sup>115</sup> betrachtet. Besonders hebt er jedoch die „potentiell wirkende Struktur“<sup>116</sup> von Information hervor, unter der er die „Übertragung der Information“<sup>117</sup> versteht. Er beschreibt damit - nur mit anderen Worten als *Günther* - ebenso den Vorgang der Informationsübermittlung. Und wenn *Zech* auf die „Bedeutung“ von Information abstellt und darunter die Repräsentation der Information durch Zeichen versteht, dann meint er - wie *Günther* - dass Informationen Gegenstand der Kommunikation sind.

Einfacher kann man sich dem Informationsbegriff nähern, wenn man zum einen von *Funktion* und von *Inhalt* redet.

### 2. Funktion

Auf die Funktion von Informationen stellten bei genauerer Betrachtung sowohl *Zech* als auch *Günther* ab. Wenn nämlich *Günther* die Information als Prozess beschreibt und hierunter die

---

<sup>109</sup> *Günther*, S. 11; ähnlich auch *Zech*, S. 13.

<sup>110</sup> *Günther*, S. 16.

<sup>111</sup> *Günther*, S. 15.

<sup>112</sup> *Günther*, S. 14, 15.

<sup>113</sup> *Günther*, S. 14.

<sup>114</sup> *Günther*, S. 14.

<sup>115</sup> *Zech*, S. 14, 22, 24.

<sup>116</sup> *Zech*, S. 22.

<sup>117</sup> *Zech*, S. 22.

„Weitergabe und Vermittlung von [...] Wissen<sup>118</sup>“ versteht, dann beschreibt er eigentlich eine *Funktion*. Wenn *Zech* die „Information als Wirkung“ beschreibt und hierunter die Fähigkeit meint, „potenziell auf die Struktur anderer Systeme [einzuwirken]<sup>119</sup>“, dann beschreibt auch *Zech* eine Funktion. Die Funktion ist nämlich das „Informieren“. Information zeichnet sich dadurch aus, dass sie zwischen zwei Systemen, also Sender und Empfänger, ausgetauscht wird. Der Informationsradius, also die Reichweite des Informierens ist dabei umso größer, je mehr Empfänger die Information erhalten. Die gesprochene Information wirkt, soweit nur zwei Menschen an der Kommunikation beteiligt sind, ausschließlich zwischen *einem* Sender und *einem* Empfänger. Sobald der Adressatenkreis größer wird, wie z.B. das gesprochene Wort auf einer Tagung oder das geschriebene Wort in einer Zeitung, vergrößert sich auch der Informationsradius. Damit ist der Begriff „Information“ seiner Funktion nach geklärt.

### 3. Inhalt

*Günther* beschreibt eigentlich den Informationsinhalt, wenn er unter Information die „Weitergabe von Wissen“ versteht.<sup>120</sup> *Zech* bezieht sich ebenfalls auf das Wissen und stellt fest, dass sich „Wissen als Information speichern“ lässt.<sup>121</sup> Wissen und Information hängen also irgendwie zusammen. Jedoch sind Wissen und Information nicht dasselbe. *Zech* stellt zu Recht fest, dass „*Information durch komplexe Systeme erzeugt werden [kann]. Wissen nur durch den menschlichen Geist*“.<sup>122</sup> Diese Erkenntnis ist wesentlich, denn sie verdeutlicht, dass Information nur da entstehen kann, wo Wissen bereits vorhanden ist. Erst wenn Wissen in Form von Sprache, Formeln oder Algorithmen weitergegeben wird, wandelt sich Wissen in Information. Man könnte also sagen: *Information ist die Darstellung von Wissen zum Zwecke der Weitergabe*.

### 4. Die Information in Printware und Software

Über diese Erkenntnis lässt sich nun auch nachvollziehen, warum Printware und Software in Rechtsfragen häufig gleichbehandelt werden. Sowohl Printware als auch Software beinhalten

---

<sup>118</sup> *Günther*, S. 14.

<sup>119</sup> *Zech*, S. 22.

<sup>120</sup> *Günther*, S. 14 bezeichnet Information auch als „kommunizierbares Wissen“.

<sup>121</sup> *Zech*, S. 28 greift das Wissen im Rahmen des „Bewusstsein“ auf.

<sup>122</sup> *Zech*, S. 33.

Informationen. Wissen und Ideen werden niedergeschrieben, gedruckt, kopiert und weitergegeben. Bei der Printware ist das Buch, die Zeitung oder das Plakat das Medium der Informationsweitergabe. Software enthält ebenso Informationen, da die der Software zugrundeliegenden Algorithmen Informationen sind. Software-Algorithmen könnten theoretisch ebenso schlicht niedergeschrieben, also ebenso gedruckt, kopiert und weitergegeben werden. Warum beides dennoch (vor allem haftungsrechtlich) nicht gleich zu behandeln ist und auch nicht von vornherein unter dem Problem der „Produkthaftung für Informationen“ gefasst werden kann, soll nachfolgend kurz skizziert werden.

## 5. Produkthaftung für Informationen?

Zunächst: Eine Produkthaftung für Informationen beziehungsweise für intellektuelle Leistungen wird überwiegend abgelehnt.<sup>123</sup> Setzte man also Bücher und Software mit dem Argument gleich, dass in beiden Informationen enthalten sind, müsste die Produkthaftung für Software von vornherein konsequent genauso abgelehnt werden. Auffällig ist jedoch, dass die Produkthaftung für Informationen zwar abgelehnt wird, die Produkthaftung für Software jedoch lebhaft und häufig dann doch unter eigenständigem Punkt diskutiert wird.<sup>124</sup> Schon hierbei zeigt sich, dass – ohne diesen konkret zu benennen – doch ein Unterschied zwischen beiden besteht. Diesem Unterschied nähert man sich jedoch über die Frage, warum es allgemeine eine Produkthaftung für Informationen nicht geben kann. In der Literatur wird zur Begründung zum Teil die Befürchtung einer grenzenlosen Produkthaftung geäußert.<sup>125</sup> Andernorts wird schlicht auf eine fehlende „teleologisch überzeugende Begründung“ verwiesen.<sup>126</sup> Richtigerweise ist eine Produkthaftung für Information jedoch deshalb abzulehnen, weil nicht die Information selbst zum Schaden führt, sondern erst die darauf beruhende *Handlung*. Wenn *Wagner* beispielhaft die Erklärung eines „Autoexperten“, der „seinem Freund am Telefon erklärt, wie er die Bremse seines Wagens zu reparieren hat“ aufgreift, wobei im weiteren Verlauf „der Freund mit dem Auto verunglückt“<sup>127</sup>, dann ist es nämlich die fehlerhafte Reparatur, die zum Schaden führte, nicht jedoch die Information. *Beck-*

---

<sup>123</sup> *Wagner*, in: MüKoBGB (2017), § 2 ProdHaftG Rn. 15; ebenso *Förster*, in: Bamberger/Roth (2016/41), Beck-OK, § 2 ProdHaftG Rn. 20.

<sup>124</sup> *Wagner*, in: MüKoBGB (2017), § 2 ProdHaftG Rn. 12 und 17; ebenso *Förster*, in: Bamberger/Roth (2016/41), Beck-OK, § 2 ProdHaftG Rn. 20 und 22.

<sup>125</sup> *Förster*, in: Bamberger/Roth (2016/41), Beck-OK, § 2 ProdHaftG Rn. 20.

<sup>126</sup> *Wagner*, in: MüKoBGB (2017), § 2 ProdHaftG Rn. 15.

<sup>127</sup> *Wagner*, in: MüKoBGB (2017), § 2 ProdHaftG Rn. 13.

*mann/Müller* bringen es auf den Punkt: „Wenn in dem Buch [...] eine falsche oder fehlerhafte Information enthalten ist, wirkt sich diese nicht unmittelbar aus. Vielmehr muss bei einer medizinischen Rezeptur oder einem technischen Konstruktionsplan erst ein entsprechendes Medikament oder Bauwerk hergestellt werden, wodurch es dann zu Schäden kommen kann“<sup>128</sup>. Die Information selbst ist also *passiv*. Sie führt den Schaden nicht herbei. Erst die darauf beruhende menschliche Handlung führt zum Schaden. Reduziert man also Software und Bücher darauf Informationen zu sein, dann erklärt sich zwar, warum verschiedentlich eine rechtliche Gleichbehandlung erwogen wird, offenkundig ist aber auch, dass diese Passivität auf Software gerade nicht zutrifft. Demnach führt Vergleichbarkeit Büchern und Software über den Informationsbegriff in die Irre. Er suggeriert, dass beides auf Informationen beruht und daher vergleichbar ist. Tatsächlich aber liegt der Unterschied schlicht woanders und wird durch den Informationsbegriff einfach nicht erfasst.

## II. Printware und Software Informationsgut

Verschiedentlich werden Software und Printware auch über den Begriff „Informationsgut“ gleichgestellt. So ist insbesondere *Günther* der Frage der Produkthaftung für Software nicht gesondert nachgegangen, sondern hat sich allgemein mit der „Produkthaftung für Informationsgüter“ auseinandergesetzt. Darunter verstand er sowohl Printware als auch Software. *Günther* stellte beides also grundsätzlich nebeneinander und fasst beides als Informationsgüter auf, so dass möglicherweise darüber eine rechtliche Gleichbehandlung gerechtfertigt sein könnte.

Allerdings ist zu klären, was genau sich hinter dem Begriff „Informationsgut“ verbirgt, um die von *Günther* praktizierte Gleichstellung von Printware und Software bewerten zu können.

### 1. Begriff

Der Begriff „Informationsgut“ ist zunächst vom Begriff „Information“ abzugrenzen. *Shapiro/Varian* verstehen unter Information alles, was digitalisierbar ist („anything that can be

---

<sup>128</sup> *Beckmann/Müller*, MMR 1999, 14.

digitized“<sup>129</sup>). Nach dieser Auffassung ist das Informationsgut die „digitalisierte Information“. Dies greift zu kurz. Nicht nur digitale Technologie kann aus Information ein Informationsgut machen. Der herkömmliche Buchdruck bewirkt das Gleiche. Zu Recht stellen dann auch *Shapiro/Varian* fest, dass es ganz allgemein die (Informations-)Technologie („*information technology*“<sup>130</sup>) ist, durch die Information gespeichert („store“), abgerufen („retrieve“), übertragen („transmit“) oder kopiert („copy“)<sup>131</sup> werden kann und lösen sich damit auch von dem Digitalisierungsgedanken. Informationsgüter zeichnen sich demnach nicht dadurch aus, dass sie digitalisierte Informationen sind, sondern der Begriff zielt vielmehr auf die Wareneigenschaft von Information ab. Durch die Möglichkeit der Speicherung, Übertragung und Abrufbarkeit wird Information zu einem Informationsgut. Informationsgüter sind handelbar und damit Teil des Rechtsverkehrs, nämlich durch Inverkehrbringen und Weitergabe. Der Sprung von reiner Information zum Informationsgut gelingt über Informationstechnologie. Der Buchdruck und die Programmierung von Algorithmen sind gleichermaßen Informationstechnologien. Damit könnte eine Definition des Begriffs Informationsgut lauten: *Informationsgüter sind durch den Einsatz von Informationstechnologie verkehrsfähige Informationen.* Sowohl Druckwerke als auch Software sind demnach Informationsgüter.<sup>132</sup> Unter diesem Aspekt scheint eine rechtliche Gleichbehandlung zunächst sachgerecht. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass der von *Marly* oben bildhaft beschriebene Unterschied nicht durch die Erfassung von Büchern und Software als Informationsgüter beseitigt wird. Der Begriff „Informationsgut“ kann dies auch gar nicht leisten, weil er – wie gezeigt – nur auf die ökonomische Komponente abzielt, nicht jedoch auf die unterschiedliche Wirkung von Informationsgütern.

## 2. Differenzierung nach *Günther*

Um den Unterschied tatsächlich fassen zu können, ist es notwendig, zwischen verschiedenen Arten von Informationsgütern zu unterscheiden und zwar hinsichtlich ihrer *Wirkung*. Erst eine solche Differenzierung zeigt auf, dass eine rechtliche Gleichstellung von Büchern und Software – insbesondere haftungsrechtlich - nicht geboten ist. *Günther* geht schließlich einen

---

<sup>129</sup> *Shapiro/Varian*, in: Hand/Baruch, S. 48, 49.

<sup>130</sup> *Shapiro/Varian*, in: Hand/Baruch, S. 48, 53.

<sup>131</sup> *Shapiro/Varian*, in: Hand/Baruch, S. 48, 53.

<sup>132</sup> So auch *Günther*, S. 25, 28.

ähnlichen Weg und differenziert innerhalb des Begriffs „Informationsgut“ zwischen *kommunikativen* und *funktionalen Informationsgütern*.<sup>133</sup> Während Bücher, d.h. Printware nur über eine kommunikative Dimension verfügen, schreibt er Software zu Recht eine „funktionale Dimension“<sup>134</sup> zu.<sup>135</sup> Allerdings ist der Begriff „kommunikative Dimension“ irreführend, da schließlich alle Informationsgüter auf Kommunikation ausgerichtet sind. Dies ergibt sich schon aus der vorher unternommenen Konkretisierung des Begriffs „Information“. Wenn man nämlich mit der oben gefundenen Definition *Information als die die Darstellung von Wissen zum Zwecke der Weitergabe* versteht, dann wird die kommunikative Dimension jeder Information deutlich. Gleichermaßen ist allen Informationsgütern eine kommunikative Dimension gemeinsam. Insoweit ist die Differenzierung verschiedener Informationsgüter zwar im Ansatz richtig, allerdings ist eine Unterscheidung in kommunikative und funktionale Informationsgüter unscharf, so dass sie nicht geeignet ist, die Abgrenzung von Software zu Büchern zu repräsentieren.

### **3. Eigener Ansatz**

Deutlicher wird der Unterschied, wenn man den von *Marly* eingebrachten Gedanken aufgreift, der Software im Gegensatz zum Printware als „lebendig“<sup>136</sup> beschreibt. Dieser Gedanke ist richtig, denn durch Software können unmittelbare Aktionen bewirkt werden, wie die Bewegungssteuerung einer Maschine, das Fahren beim autonomen Fahrzeug oder das Mähen beim Rasenmäher-Roboter. Insofern bietet es sich an, Informationsgüter vielmehr in aktive und passive Informationsgüter zu unterteilen.

#### **a. Passive Informationsgüter**

Das Druckwerk oder die Tonaufnahme als Informationsgut sind *passive Informationsgüter*. Sie sind passiv, weil ihre Funktion über die reine Informationsweitergabe nicht hinausgeht. Sie sind lediglich dazu geeignet, Handlungen zu beeinflussen, etwa wenn auf Grundlage einer Information in einem Buch eine Handlung vollzogen wird. Passive Informationsgüter wirken nur mittelbar auf die Realität ein.

---

<sup>133</sup> *Günther*, S. 633.

<sup>134</sup> *Günther*, S. 21.

<sup>135</sup> Zur Abgrenzung, *Günther*, S. 641.

<sup>136</sup> Zu den tatsächlichen Unterschieden zwischen Printware und Software, die eine haftungsrechtliche Gleichbehandlung ausschließen, siehe Erster Teil, 2. Kap.

## **b. Aktive Informationsgüter**

Bei *aktiven Informationsgütern* hingegen kommt neben der reinen Informationsweitergabe die wie *Günther* es nennt „funktionale Dimension“<sup>137</sup> hinzu, wobei er meint, dass Software „direkt steuert“.<sup>138</sup> Die „direkte Steuerung“ ist auch das was *Marly* in seinem Bild beschreibt. Eine ähnliche Bezugnahme findet sich auch bei *Zech*, wenn er Software als „funktionale Daten zur Steuerung informationsverarbeitender Maschinen“<sup>139</sup> definiert. Das was *Zech* und *Günther* hier als Steuerung oder funktionale Dimension beschreiben, ist genau das, was Software vom Printware unterscheidet. Softwarebasierte Aktionen von Maschinen, Fahrzeugen oder Rasenmähern wirken genauso unmittelbar in die reale Welt hinein wie menschliche Handlungen. Es sei erwähnt, dass auch *Günther* später in „aktive“ und „passive“ Informationssysteme“<sup>140</sup> differenziert, wodurch er Software nochmals unterteilt. Bei genauerem Hinsehen vollzieht er damit eine etwas überraschende Rückwärtsrolle. Denn obwohl er Software insgesamt zunächst eine funktionale Dimension zugeschrieben hat, will er nun unter passiven Informationssystemen nur solche Software verstehen, die als „Dokumentationssystem“ dient. Diese setzt er schließlich auch wieder Druckwerken weitestgehend gleich. Unter aktiven Informationssystemen versteht er dagegen Software „bei denen die Problemlösung [...] automatisch erfolgt“.<sup>141</sup> Diese von *Günther* im Ansatz vielleicht nachvollziehbare Differenzierung führt durch die Anknüpfung an die „Problemlösungsfähigkeit“ jedoch zu einer fruchtlosen Komplexität. Denn jede Software löst ein Problem. Jede Software generiert ein Output. Auch Software, die als „Datenbanksystem“ oder „Dokumentationssystem“<sup>142</sup>, Bild- und Textinformationen verarbeitet und bereithält, löst letztlich ein Problem, da sie die verschiedenen Informationen ordnet und strukturiert. Auch wenn sich diese Art von Software graduell von der Software unterscheidet, mittels derer ein Kfz oder einer Produktionsanlage gesteuert wird, liegt der Unterschied nicht in der Problemlösungsfähigkeit, sondern in der Art des generierten Outputs. Natürlich besteht zwischen dem reinen Ordnen von Zahlen und der Steuerung eines Kfz ein Unterschied. Der Unterschied ist jedoch nur gradueller Natur, nicht jedoch grundsätzlicher Natur, wie *Günther*

---

<sup>137</sup> *Günther*, S. 21.

<sup>138</sup> *Günther*, S. 21.

<sup>139</sup> *Zech*, S. 33.

<sup>140</sup> *Günther*, S. 32 ff.

<sup>141</sup> *Günther*, S. 33, 34.

<sup>142</sup> *Günther*, S. 32.

es suggeriert. Die Anknüpfung an die Problemlösungsfähigkeit von Software ist auch insofern schwierig, als nicht klar ist, ab wann von einer „echten“ Problemlösungsfähigkeit“ auszugehen ist. Nach der hier vertretenen Ansicht soll also Software nicht weiter differenziert, sondern jegliche Software als aktives Informationsgut verstanden werden. Aktive Informationsgüter zeichnen sich dadurch aus, dass diese in der Lage sind, eine „Aktion“ auszuführen, mithin auf die reale Welt einzuwirken. Passive Informationsgüter, wie Bücher, führen hingegen keine Aktion aus. Haftungsrechtlich macht genau diese *Aktionsfähigkeit* den entscheidenden Unterschied. Bei der Herstellung nach Plan, z.B. der Anfertigung eines mechanischen Bauteils anhand einer Anleitung, gilt letztlich der tatsächlich Herstellende als eigenständig entscheidende Instanz, und damit als verantwortlich. Die außervertragliche Inanspruchnahme des Autors einer Anleitung erscheint als nicht sachgerecht, denn nicht die Anleitung des Autors führt zum Schaden, sondern das daraufhin produzierte Bauteil. Anders jedoch ist dies bei Software. Die ausführende Instanz „Mensch“ entfällt. Aus haftungsrechtlicher Perspektive wird man nur zu der Feststellung kommen, dass Software ein umso größeres Gefahrenpotential beinhaltet, je autonomer diese programmiert ist und je sensibler der Einsatzbereich ist, in der Software implementiert ist. Demnach wird von einer Buchhaltungssoftware schlichtweg weniger Gefahr ausgehen, als von einer Software, die in einem Fahrzeug zur Steuerung eingesetzt wird. Anders als bei Printware ist die Inanspruchnahme des Herstellers der Software nur sachgerecht, da der Schaden unmittelbar seinem Produkt, zum Beispiel seiner Programmierung, zuzurechnen ist.

### **Zusammenfassung: Software als aktives Informationsgut**

Aus alledem ergibt sich, dass Software und Bücher haftungsrechtlich nicht gleichzusetzen sind. Die in der Literatur zuweilen anzutreffende Gleichsetzung fußt auf dem Gedanken, dass Grundlage von Printware und Software Informationen sind und beide auch als Informationsgüter in den Verkehr gebracht werden können. An diese Feststellung ist jedoch nicht eine rechtliche, insbesondere haftungsrechtliche Gleichbehandlung zu knüpfen, da Software über die Eigenschaft als Informationsgut hinaus „aktiv“ ist, also fähig ist, direkt und unmittelbar in die reale Welt einzuwirken. Eine solche Aktion kann von Printware nicht ausgehen, so dass dieses ein passives Informationsgut bleibt. Software hingegen agiert. Die jeweiligen Aktionen sind in der zugrundeliegenden Programmierung festgeschrieben, jedenfalls solange noch

nicht von künstlicher Intelligenz gesprochen werden kann. Software ist demnach ein aktives Informationsgut. Aufgrund dieses Unterschieds ist eine rechtliche, insbesondere haftungsrechtliche Gleichbehandlung passiver und aktiver Informationsgüter nicht geboten. Vielmehr sind aktive Informationsgüter haftungsrechtlich gesondert zu betrachten.

### **3. Kapitel: Produkthaftung: Begriff, System und Entwicklung mit Blick auf den Haftungsgegenstand**

Die nachfolgenden Ausführungen sind der Entwicklung und den Hintergründen des Produkthaftungsrechts gewidmet. Dies ist erforderlich, da die Einordnung neuer Technologien nur vor dem Hintergrund des Gesamtkonzepts der Produkthaftung und ihrem historischen Zweck erfolgen kann.

#### **I. Begriff „Produkthaftung“**

Der Begriff „Produkthaftung“ bezieht sich dem Wortlaut nach unmissverständlich auf die Haftung nach dem Produkthaftungsgesetz und blendet die Vorschrift des § 823 Abs. 1 BGB eigentlich aus. Im Rahmen der deliktischen Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB ist nämlich das Verhalten des *Produzenten* Anknüpfungspunkt der Haftung und gerade nicht das Objekt, wie es der Begriff „Produkthaftung“ suggeriert. Für § 823 Abs. 1 BGB hat sich wegen der Inanspruchnahme des Produzenten aufgrund seiner persönlichen Verantwortung<sup>143</sup> auch der Begriff „Produzentenhaftung“ etabliert.<sup>144</sup> Obwohl diese sprachliche Differenzierung dazu dient, den jeweils unterschiedlichen Anknüpfungspunkt der Haftung zu verdeutlichen, ist dies eine übergenaue Differenzierung. Zum einen werden die Sorgfaltspflichten, also das Verhalten des Produzenten auch im Rahmen von § 823 Abs. 1 BGB zum Teil „gegenstandsbezogen“<sup>145</sup>, formuliert, zum anderen werden die Begriffe „Produzentenhaftung“ und „Produkthaftung“ vielfach auch vermengt. So wird in europäischen Dokumenten auch im Zusammenhang mit der Produkthaftungsrichtlinie von „Produzentenhaftung“ gesprochen.<sup>146</sup> Andernorts findet sich in Bezug auf § 823 Abs. 1 BGB

---

<sup>143</sup> Deutsch/Ahrens (2014), S. 130.

<sup>144</sup> Spindler, in: Bamberger/Roth (2016), Beck-OK, § 823 BGB Rn. 478.

<sup>145</sup> Wagner, in: MüKoBGB (2015), § 823 BGB Rn. 806.

<sup>146</sup> Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschuss, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. C 114/16, S. 17.

der objektivierte Begriff „Produkthaftung“.<sup>147</sup> Auch *Wagner* spricht im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB von der „deliktischen Produkthaftung“.<sup>148</sup> Dass es sich bei der Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB im Ergebnis auch um eine „Haftung für Produktfehler“ handelt, hat schließlich sogar der Gesetzgeber bei Erlass des ProdHaftG festgestellt.<sup>149</sup> Eine auch sprachliche Gleichstellung beider Anspruchsgrundlagen ist schließlich auch nicht falsch. Beide Anspruchsgrundlagen regeln denselben Lebenssachverhalt und knüpfen bezüglich des Haftungsadressaten an denselben Personenkreis an, nämlich an diejenigen, die an der Produktion und Distribution des Produkts beteiligt sind. Der Begriff „Produkthaftung“ ist daher durchaus geeignet, den gesamten Rechtsbereich der außervertraglichen Schadensabnahme im Bereich der Warenherstellung zu beschreiben und wird sowohl in Literatur<sup>150</sup> als auch Rechtsprechung<sup>151</sup> mittlerweile in diesem Sinne verwendet. Er ist als Übersetzung des auf europäischer und auch amerikanischer<sup>152</sup> Ebene verwendeten Terminus´ „product liability“ auch mitgliedstaatenübergreifend konsensfähig. Die Bezeichnung „Produkt- und Produzentenhaftung“ ist dagegen eine Wendung aus dem deutschen Rechtskreis, die dem Erfordernis einer einheitlichen europäischen Sprachenregelung nicht (mehr) gerecht wird.

## II. System der Produktverantwortung

Die zivilrechtliche Produkthaftung ist nur eine von drei Säulen des den Bereich der Produktverantwortung reglementierenden Normengefüges. In den Bereich der Produktverantwortung fallen neben der zivilrechtlichen Produkthaftung auch das öffentlich-rechtlich ausgestaltete Produktsicherheitsrecht sowie die strafrechtliche Produktverantwortung. Mit dem auf den Grundsätzen des Zivilrechts, öffentlichen Rechts und Strafrechts aufbauenden Normengefüge wird der Regelungsbereich der Produktverantwortung sowohl mittels präventiver als

---

<sup>147</sup> *Lorenz*, Beiheft VersR 1963, 8, 11, 14.

<sup>148</sup> *Wagner*, in: MüKoBGB (2015), § 823 BGB Rn. 806.

<sup>149</sup> BT-Drs. 11/2447, S. 11 [...] der von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshof vorgebildeten Haftung für Produktfehler [...]“.

<sup>150</sup> Vgl. nur die Überschrift „Produkthaftung“ im Rahmen von § 823 BGB und die Bezeichnung des Rechtsgebiets im Allgemeinen als „Produkthaftungsrecht“ bei *Wagner*, in: MüKoBGB (2015), § 823 BGB Rn. 623.; ebenso *Lenz*, dessen Werk „Produkthaftung“ sowohl die Produkthaftung nach dem ProdHaftG als auch die deliktische Produzentenhaftung nach § 823 BGB behandelt; eine terminologische Gleichbehandlung findet sich auch im Werk „Produkthaftungshandbuch“ von *Foerste/v. Westphalen*; für eine terminologische Gleichbehandlung ebenso *Krause*, in: Soergel (2005), § 823 BGB Anh. III Rn. 1.

<sup>151</sup> Vgl. nur LG Koblenz, Urt. v. 08.05.2013 – 16 O 280/10; OLG Koblenz, Urt. v. 21.03.2001 – 1 U 898/96.

<sup>152</sup> So jedenfalls *Deutsch/Ahrens* (2001), S. 132.

auch repressiver Ansatzpunkte reglementiert. Dem Produktstrafrecht kommt daneben schon allein wegen des Grundsatzes der persönlichen Haftung, wonach die strafrechtliche Verantwortung individuell und persönlich ausgestaltet ist<sup>153</sup>, jedoch eine Sonderrolle zu.

Produkthaftung und Produktsicherheit sind dagegen nicht nur inhaltlich miteinander verwoben, sondern setzen auch hinsichtlich ihres Anwendungsbereichs am selben Rechtsbegriff an. Das „Produkt“ ist in beiden Gesetzen das zentrale Tatbestandsmerkmal, so dass es sinnvoll erscheint - auch für die später anstehende Auslegung des *Produktbegriffs* - die wesentlichen Entwicklungslinien beider Rechtsbereiche in gebotener Kürze nachzuzeichnen.

## **1. Produktsicherheit**

Im Rahmen des öffentlichen Rechts wird der Bereich der Produktverantwortung auf nationaler Ebene durch das (in weiten Teilen aber auch harmonisierte) Produktsicherheitsgesetz (ProdSG) geregelt, dem zusätzlich weitere europäische Verordnungen und Richtlinien zugeordnet sind.<sup>154</sup>

### **a. Funktion**

Das Produktsicherheitsrecht setzt, wie es dem öffentlichen Recht grundsätzlich immanent ist, präventiv im Sinne einer vorgeschalteten *Produktüberwachung* an. Mit dem Ziel eines vorgelegerten Verbraucherschutzes soll nicht zugewartet werden, bis der Haftungsfall eintritt, sondern mit der Implementierung von sicherheitstechnischen Anforderungen für die Inverkehrgabe von Produkten das Risiko der Haftungsfälle bereits im Vorfeld minimiert werden. Die Produktüberwachung, die über die Instrumente der Akkreditierung und Zertifizierung sowie private technische Regelwerke realisiert wird, bringt mitunter dem öffentlich-rechtlichen Produktsicherheitsrecht den Ruf eines „Kooperationsrechts“<sup>155</sup> ein. Da es dem Staat häufig

---

<sup>153</sup> Zu den Möglichkeiten der Unternehmenssanktion vertiefend, *Winkelbauer*, in: Foerste/v. Westphalen, § 80 Rn. 12 f.

<sup>154</sup> Siehe nur Richtlinie 2001/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 03.12.2001 über die allgemeine Produktsicherheit (Produktsicherheitsrichtlinie), Abl. Nr. L 11/4 sowie die Verordnung (EG) Nr. 765/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 09.07.2008 über die Vorschriften zur Akkreditierung und Marktüberwachung im Zusammenhang mit der Vermarktung von Produkten und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 339/93 des Rates, Abl.Nr. L 218/30.

<sup>155</sup> So etwa *Kloepfer*, Technik und Recht, S. 44.

an technischer Expertise<sup>156</sup> fehlt, findet die Kooperation auf der Ebene des technischen Verständnisses statt, zum Beispiel im Bereich der Normung, die durch technische Fachkreise realisiert wird. Neben der präventiven Steuerung bietet das Produktsicherheitsrecht jedoch auch reaktive Steuerungsmöglichkeiten. Durch die Möglichkeit der behördlichen Überwachung<sup>157</sup> soll zum Beispiel gewährleistet werden, dass bereits in den Verkehr gebrachte Produkte, die nicht den geltenden Anforderungen des Produktsicherheitsrechts entsprechen, aus dem Verkehr genommen werden können. Der Hersteller solcher Produkte kann auf dem Wege behördlicher Anordnungen durch verschiedene Instrumente, wie der Anordnung des Produktrückrufs, angehalten werden, eine bestimmte Handlung vorzunehmen. Das öffentliche Produktsicherheitsrecht setzt demnach im Bereich der Warenherstellung und Wareninverkehrgabe steuernd-regulativ an.

### **b. Historischer Abriss**

Historisch hat sich der Bereich der öffentlich-rechtlichen Produktsicherheit seit 1968 mit dem Gesetz über technische Arbeitsmittel (TechArbmG)<sup>158</sup> quasi parallel zur zivilrechtlichen Produktverantwortung<sup>159</sup> entwickelt. Die Einführung war, ebenso wie die Entwicklung der zivilrechtlichen Produktverantwortung, der Tatsache geschuldet, dass der Verwender des Produkts die „sicherheitstechnisch einwandfreie Beschaffenheit“ kaum noch beurteilen konnte.<sup>160</sup> Wie im Bereich des Produkthaftungsrechts war also die Entwicklung des Produktsicherheitsrechts von der *fortschreitenden Technisierung* geprägt. Das Produktsicherheitsrecht trägt damit ebenfalls der zunehmenden Komplexität der Produkte Rechnung. Vor der Einführung des TechArbmG oblag die Prüfung der Betriebssicherheit weitestgehend dem Betreiber der Anlagen oder Geräte und war nur bei überwachungspflichtigen Anlagen (z.B. Kraftfahrzeugen und Bergwerksmaschinen) durch § 24 GewO gesetzlich geregelt. 1979 wurde das Gesetz über technische Arbeitsmittel in das Gerätesicherheitsgesetz (GSG)<sup>161</sup> überführt und mit

---

<sup>156</sup> Treffend hierzu *Kloepfer*, Technik und Recht, S. 47 „Entstanden aus dem Bedürfnis, den Vollzug des Technikrecht an den technischen Fortschritt anzupassen, ist der Staat heute kaum noch in der Lage, den erforderlichen Sachverstand zur Beurteilung technischer Entwicklungen selbst zu erwerben oder hinreichend schnell zu organisieren“.

<sup>157</sup> Vgl. 22. Erwägungsgrund der Richtlinie 2001/95/EG.

<sup>158</sup> TechArbmG v. 24.06.1968 (BGBl. Teil I 1968 S. 717).

<sup>159</sup> Siehe hierzu unten Erster Teil, 3. Kap. III.

<sup>160</sup> *Klindt*, in: Klindt (2015), Einführung ProdSG Rn. 1.

<sup>161</sup> GSG v. 13.08.1979 (BGBl. Teil I 1979, S. 1432).

einigen Neufassungen und Änderungen<sup>162</sup> zunächst bis 2004 so beibehalten. Ab 1997 gab es neben dem GSG das damals schon so bezeichnete Produktsicherheitsgesetz<sup>163</sup> (zum besseren Verständnis in diesem Abschnitt bezeichnet als: ProdSG (1997)), welches alle sonstigen Verbraucherprodukte erfasste. Das ProdSG (1997) ist trotz Namensverwandtheit nicht zu verwechseln mit dem heute geltenden Produktsicherheitsgesetz und kann auch nicht als dessen Vorläufer gelten. Erst das im Jahre 2005 in Kraft getretene GPSG (Geräte- und Produktsicherheitsgesetz)<sup>164</sup> kann als Vorläufer des heute geltenden Produktsicherheitsgesetzes (2011)<sup>165</sup> bezeichnet werden. Dieses verband in „Dachfunktion“<sup>166</sup> das bis dahin geltende ProdSG (1997) und GSG in einem einheitlichen Gesetz. Vom Anwendungsbereich her wurden mit dem GSG und dem ProdSG (1997) sämtliche in den Verkehr gebrachten Produkte erfasst, so dass es nur konsequent war, beide ab 2004 mit dem Geräte- und Produktsicherheitsgesetz von 2004<sup>167</sup> (GPSG) schließlich in einem Gesetz zusammenzufassen. Erst seit 2011 ist das Gesetz mit dem alleinigen Namen Produktsicherheitsgesetz<sup>168</sup> (zum besseren Verständnis in diesem Abschnitt bezeichnet als: ProdSG (2011)) überschrieben worden. Das ProdSG (2011) geht zurück auf das europäische Recht und setzt unter anderem die Produktsicherheitsrichtlinie<sup>169</sup> um. Das Produktsicherheitsgesetz knüpft an die Voraussetzungen des Inverkehrbringens an (vgl. § 3 ProdSG (2011)) und normiert „allgemeine Anforderungen“ der Produkte, die als Marktzutrittsvoraussetzung ausgestaltet sind.

### ***c. Entwicklung des Produktbegriffs im Produktsicherheitsrecht***

Aufgrund der bereits durch den Gesetzeszweck gegebenen Verwobenheit zwischen dem Produkthaftungs- und Produktsicherheitsrecht ist für die vorliegende Arbeit insbesondere die Entwicklung des ProdSG mit Blick auf den Produktbegriff interessant. Sowohl das ProdSG als auch das ProdHaftG beziehen sich hinsichtlich ihres Anwendungsbereichs auf diesen Rechts-

---

<sup>162</sup> Neufassungen und Änderungen der GSG am 26.08.1992 (BGBl. Teil I S. 1564); am 23.10.1992 (BGBl. Teil I S. 1793); am 28.09.1995 (BGBl. Teil I S. 1213).

<sup>163</sup> ProdSG v. 22.04.1997 (BGBl. I 1997, S. 934), in diesem Abschnitt bezeichnet als: ProdSG (1997).

<sup>164</sup> In Kraft getreten am 01.05.2005 (BGBl. I S. 2); außer Kraft getreten auf Grund Gesetzes v. 08.11.2011 (BGBl. I S. 2178).

<sup>165</sup> In Kraft getreten am 01.12.2011 in Umsetzung u.a. der Richtlinie 2001/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 03.12.2001 über die allgemeine Produktsicherheit, die die Richtlinie 92/59/EWG des Rates v. 29.06.1992 über die allgemeine Produktsicherheit neufasst.

<sup>166</sup> BT-Drs. 15/1620, S. 1.

<sup>167</sup> GPSG v. 01.05.2004.

<sup>168</sup> ProdSG v. 08.11.2011 (BGBl. Teil I, S. 2178), in diesem Abschnitt bezeichnet als: ProdSG (2011).

<sup>169</sup> Richtlinie 2001/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 03.12.2001 über die allgemeine Produktsicherheit.

begriff. Die Definitionen in beiden Gesetzen gehen jedoch auseinander (vgl. §§ 1, 2 Nr. 22 ProdSG sowie § 2 ProdHaftG). Diese Feststellung ist relevant und wird nachher bei der Auslegung des Begriffs Produkt im ProdHaftG zu berücksichtigen sein. Der Produktbegriff im ProdSG hat sich jedoch im Lichte der technischen und rechtlichen Entwicklung geöffnet, so dass sich die Tragweite der heutigen Definition im ProdSG erst erschließt, wenn man die historische Entwicklung des Produktsicherheitsrechts mit Blick auf den Anwendungsbereich einmal nachvollzieht.

#### aa. Ursprüngliche Fokussierung auf technische Arbeitsgeräte

Mit dem aus dem Jahr 1968 stammenden TechArbmG wurden zunächst nur „technische Arbeitsmittel“ (vgl. § 1 TechArbmG) erfasst. Durch den Bezug zur „Arbeit“ waren zunächst sämtliche Verbraucherprodukte sowie einige sektorspezifische Arbeitsmittel, z.B. Arbeitsmittel des Militärs, vom Anwendungsbereich ausgenommen. Unter „Technische Arbeitsmittel“ wurden gem. § 2 TechArbmG „verwendungsfertige Arbeitseinrichtungen“ insbesondere „Werkzeuge, Arbeitsgeräte, Arbeits- und Kraftmaschinen...“ gezählt. Entsprechend dem damaligen Stand der Technik erfasste der Anwendungsbereich „Maschinen“ und „Geräte“, wobei die Begrifflichkeiten entsprechend dem Stand der Technik vorrangig auf mechanische Fertigungsgeräte gemünzt waren. Die Formulierung „technische Arbeitsmittel“ deutet zudem an, dass der Gesetzgeber vor allem deshalb Regelungsbedarf sah, weil Arbeitseinrichtungen entstanden sind, die durch die fortschreitende technische Entwicklung hervorgebracht wurden. Das TechArbmG war in seinem Anwendungsbereich also auf die Merkmale „Technik“ und „Arbeit“ fokussiert. Der Begriff „technischen Arbeitsmittel“ blieb bis zum GSG erhalten.

#### bb. Hinzunahme der Verbraucherprodukte

Mit Hinzutreten des ProdSG (1997) wurde erstmals die Produktsicherheit auch für Verbraucherprodukte gesetzlich geregelt. Das ProdSG (1997) und das GSG bestanden nebeneinander, wobei das ProdSG die Verbraucherprodukte und das GSG die Arbeitsmittel regelte. Das ProdSG (1997) verwendet jedoch nicht den Begriff „Verbraucherprodukt“, sondern führte den Produktbegriff an sich ein, der jedoch entsprechend der Zielsetzung des Gesetzes aus-

schließlich auf den Verbraucherbereich<sup>170</sup> gemünzt war. Unter „Produkt“ sollten nur solche Erzeugnisse verstanden werden, die „zur privaten Nutzung durch den Verbraucher bestimmt sind oder die er nach allgemeiner Verkehrsauffassung dafür nutzt“ (vgl. § 2 ProdSG (1997)). Anders als im TechArbmG und späteren GSG verzichtete das ProdSG (1997) gänzlich auf einen Technikbezug, womit unabhängig ihres Grades an Technisierung also sämtliche Verbraucherprodukte in den Anwendungsbereich mit einbezogen waren. Mit der Zusammenlegung des ProdSG (1997) und dem GSG zum GPSG wurden schließlich auch die beiden Anwendungsbereiche zusammengeführt. Der eigentlich inhaltlich schon belegte *Produktbegriff* wurde zum Oberbegriff befördert (vgl. § 2 Abs. 1 GPSG), dem sich die „technischen Arbeitsmittel“ und die „Verbraucherprodukte“ unterordneten. Diese Unterteilung blieb bis zum ProdSG (2011) erhalten. Zwar enthält das ProdSG (2011) auch heute noch den Begriff „Verbraucherprodukte“; dieser steht jedoch heute neben dem Produktbegriff. Elementarer Bestandteil des Begriffs ist nach wie vor die Fokussierung auf den Verbraucher.<sup>171</sup> Obwohl in der Aufzählung in § 2 ProdSG (2011) keine klare Aussage zum Verhältnis der beiden Begriffe zueinander getroffen wird, ist man sich in der Literatur einig, dass sämtliche Verbraucherprodukte auch „Produkte“ im Sinne des § 2 Nr. 22 ProdSG sind<sup>172</sup>, was immer noch darauf hindeutet, dass in der Kategorie „Verbraucherprodukte“ eine Unterkategorie gesehen wird. Allerdings ergibt sich aus der nacheinander gestellten Aufzählung in § 2 ProdSG (2011) vielmehr, dass beide Begriffe losgelöst voneinander stehen.

#### cc. Lösung vom Technizitäts- und Arbeitsmerkmal

Durch die Herauslösung des Begriffs „Verbraucherprodukte“ im ProdSG (2011) blieb eigentlich nur die Kategorie der „technischen Arbeitsmittel“ übrig, wodurch es sich erübrigte, den Produktbegriff überhaupt aufzuspalten. Der Produktbegriff hätte nunmehr definiert werden können als „sämtliche technische Arbeitsmittel“. Im ProdSG (2011) wurde jedoch gänzlich auf den Begriff der „technischen Arbeitsmittel“ verzichtet.<sup>173</sup> Der Produktbegriff wurde stattdessen vollständig neu definiert und fasst hierunter nun alle „Waren, Stoffe und Zubereitungen“.

---

<sup>170</sup> BT-Drs. 13/3130, S. 10.

<sup>171</sup> *Klindt/Schucht*, in: Klindt (2015), § 2 Rn. 186.

<sup>172</sup> So auch *Klindt/Schucht*, in: Klindt (2015), § 2 Rn. 154.

<sup>173</sup> Siehe hierzu auch die Gesetzesbegründung BT-Drs. 17/6276, S. 41, in der insbesondere ausgeführt wird, dass auf den Begriff „technische Arbeitsmittel“ aus Gründen „größerer Rechtsklarheit“ verzichtet wurde.

Zwar sieht der Gesetzgeber hierin zwar nur eine begriffliche Zusammenfassung aller technischen Arbeitsmittel und Verbraucherprodukte.<sup>174</sup> Allerdings ist dies schon aufgrund der Herauslösung des Begriffs „Verbraucherprodukte“ fragwürdig. Eigentlich hat sich nämlich der Produktbegriff von den Merkmalen der „Technizität“ und „Arbeit“ gelöst. Denn es sollen nicht mehr nur „technische Waren oder Stoffe“ erfasst sein, sondern sämtliche „Waren oder Stoffe“. Auch geht es nicht mehr um „Waren oder Stoffe“, die als Arbeitsmittel dienen, wie es noch das TechArbmG und GSG statuierten, sondern um solche „Waren oder Stoffe“, die „durch einen Fertigungsprozess hergestellt werden“ (vgl. § 2 Nr. 22 ProdSG). Es werden also sämtliche Erzeugnisse erfasst, die in irgendeiner Weise *hergestellt* werden können. Damit fallen nur solche Erzeugnisse aus dem Anwendungsbereich heraus, die gerade nicht hergestellt sind, beispielsweise Bodenschätze oder Naturprodukte.<sup>175</sup> Dieses Erzeugnis ist auch nicht – wie etwa der Produktbegriff im ProdHaftG – auf bewegliche Sachen begrenzt, wie insbesondere der Begriff „Stoff“ verdeutlicht, da mit diesem gem. Art. 3 Nr. 1 VO (EG) Nr. 1907/2006 sogar chemische Elemente erfasst werden.

Vollzieht man also die historische Entwicklung des Produktbegriffs im Produktsicherheitsrechts nach, wird insbesondere deutlich, dass diesem ein weites – gerade nicht auf bewegliche Sachen begrenztes - Verständnis zugrunde liegt. Der Anwendungsbereich hat sich von vormals nur „technischen Arbeitsmitteln“ hin zu sämtlichen „Waren, Stoffe[n] oder Zubereitungen, die durch einen Fertigungsprozess hergestellt worden sind“ (Produktdefinition gem. § 2 Nr. 22 ProdSG), weiterentwickelt, so dass der Produktbegriff im heutigen ProdSG frei von technischen oder substantziellen Merkmalen ist.

## **2. Produkthaftung**

Wie bereits eingangs erläutert, basiert das System der Produktverantwortung neben dem kleineren Bereich der strafrechtlichen Produktverantwortung insbesondere auf der Produktsicherheit und der Produkthaftung. Beide Bereiche ergänzen sich hinsichtlich ihrer Funktion, die ihnen innerhalb des Systems der Produktverantwortung zukommt und beziehen sich auch inhaltlich aufeinander. Dass beide Regelungswerke nicht isoliert voneinander betrachtet werden dürfen, wird deutlich, wenn man sich zum einen die jeweilige Funktion der beiden Gesetze vergegenwärtigt, da in der Zusammenschau schließlich am gesamten Fertigungs-

---

<sup>174</sup> BT-Drs. 17/6276, S. 41.

<sup>175</sup> Klindt/Schucht, in: Klindt (2015), § 2 Rn. 159.

und Distributionsweg angesetzt wird und zum anderen, wenn man die inhaltlichen Verschänkungen betrachtet.

#### **a. Das ProdSG als „Flanke“ des ProdHaftG**

Die zivilrechtliche Produkthaftung knüpft nicht im Sinne eines staatlichen Eingriffsrechts bei der Überwachung produktsicherheitsrechtlicher Anforderungen an, sondern stellt die Einstandspflicht des Herstellers in den Mittelpunkt. Damit fängt das ProdHaftG das auf, was das öffentlich-rechtlich ausgestaltete ProdSG nicht leisten kann: Die Regelung der Schadensabnahme für den Fall, dass ein Produktfehler vorliegt, *obwohl* das Produkt den grundlegenden Anforderungen des ProdSG entspricht. Es flankiert<sup>176</sup> damit das öffentlich-rechtliche ProdSG und formuliert überdies höhere Anforderungen an die Produktsicherheit im Haftungsfall. Hinsichtlich der Ziele des Haftungsrechts im Allgemeinen und damit auch des Produkthaftungsrechts im Besonderen werden in der Regel drei Funktionen festgehalten. Relative Einigkeit besteht hinsichtlich der *Ausgleichsfunktion* und der *Präventionsfunktion*.

Nach traditioneller Lehre steht die *Ausgleichsfunktion*<sup>177</sup> insgesamt für das Deliktsrechts im Vordergrund, da es in der Hauptsache um den Ausgleich des erlittenen Schadens geht.<sup>178</sup> Die Präventionsfunktion setzt an betriebswirtschaftlichen Überlegungen an. Nach der Lehre der ökonomischen Analyse des Rechts wird dabei von der Prämisse ausgegangen, dass ein Hersteller bzw. ein herstellendes Unternehmen sein betriebswirtschaftliches Vermögen möglichst maximieren und nicht durch das „Risiko unabsehbarer Schadenstragung“<sup>179</sup> gefährden möchte. Da das Risiko von Produkthaftungsstreitigkeiten insbesondere im Hinblick auf Ausmaß, Schadensfolge, Gerichts- und Anwaltskosten sowie Image- und Absatzeinbußen grundsätzlich unabsehbar ist, geht man davon aus, dass es bereits aus ökonomischen Gründen im Interesse des Herstellers liegt, diese schon im Vorfeld zu vermeiden. Der Hersteller wird damit bereits aus ökonomischen Motiven heraus die von ihm hergestellten Produkte so in den Verkehr bringen, dass das Risiko eines Produkthaftungsfalls reduziert (im besten Fall sogar auf null reduziert) ist.

---

<sup>176</sup> So auch *Wagner*, in: MüKoBGB (2017), Einl. ProdHaftG Rn. 7.

<sup>177</sup> *Wagner*, in: MüKoBGB (2015), Vor § 823 BGB Rn. 38 („Ausgleich vor Schäden“).

<sup>178</sup> *Wagner*, in: MüKoBGB (2015), Vor § 823 BGB Rn. 38; *Deutsch*, Haftungsrecht, S. 14.

<sup>179</sup> *Deutsch*, Haftungsrecht, S. 14, 15.

Dem *Präventionsgedanken* kommt dabei im Hinblick auf die konkrete Ausgestaltung der Verkehrssicherungspflichten (im Produkthaftungsgesetz gehen diese im Produktfehler auf) besondere Bedeutung zu. Die herstellereinspezifischen Anforderungen müssen nach ökonomischer Betrachtung demnach so eingestellt werden, dass es für den Hersteller wirtschaftlich vorteilhaft ist, sie einzuhalten. Der im Produkthaftungsrecht geltende Grundsatz, dass der Hersteller nach dem Stand von Wissenschaft und Technik zu produzieren habe, ist dabei durchaus als „anspruchsvoll“<sup>180</sup> zu bezeichnen und damit deutlich höher, als die über das ProdSG zu befolgenden „allgemeinen Anforderungen“ (vgl. § 3 ProdSG). Während die allgemeinen Anforderungen vielfach in Binnenmarkt-Richtlinien festgelegt sind (vgl. nur die für Spielzeuge erlassenen Richtlinien 2015/2115/EU<sup>181</sup> oder 2014/81/EU<sup>182</sup>), bedeutet Stand von Wissenschaft und Technik die Einbeziehung des gesamten wissenschaftlichen Erkenntnisstandes. Dies bedeutet auch, dass die zivilrechtlichen Sorgfaltspflichten selbständig neben den öffentlich-rechtlichen Sorgfaltspflichten stehen.<sup>183</sup> Auch wenn in der *Airbag-Entscheidung*<sup>184</sup> der Stand von Wissenschaft und Technik dahingehend modifiziert wurde, dass nicht sämtliche wissenschaftlichen Entwicklungen in die Produktion mit einbezogen werden müssen, sondern nur solche, die für den „Serieneinsatz reif“ sind, bleiben die Anforderungen im Produkthaftungsrecht hoch. Die ökonomische Bilanz wird aus Herstellersicht aber eher erreicht, da nicht sämtliche wissenschaftliche Entwicklungen, insbesondere noch nicht vollständig erwiesene, mit einbezogen werden müssen. Der eigentliche Präventionszweck wird dagegen geschmälert, da grundsätzlich ein Versicherungsschutz gegen Prämien möglich ist. Wird der Hersteller nach dem Schadensfall durch die Versicherung finanziell wieder (teil-)entlastet, „mag diese Aussicht die Sorgfaltanstrengungen mindern“.<sup>185</sup> Auch mit Hebeln wie der Beweislastumkehr, wird dem Präventivgedanken letztlich Rechnung getragen. Dem Geschädigten wird die Bürde der Beweislast genommen und der Hersteller im Gegenzug gezwungen, exkulpierende Tatsachen darzulegen und zu beweisen, um der Schadensersatzforderung zu entgehen. Damit geht einher, dass bereits im Vorfeld, d.h. im Rahmen der Produktion, Maß-

---

<sup>180</sup> Wagner, in: MüKoBGB (2015), Vor § 823 BGB Rn. 810 („anspruchsvollste Stufe“).

<sup>181</sup> Richtlinie (EU) 2015/2115 der Kommission vom 23.11.2015 zur Änderung von Anhang II Anlage C der Richtlinie 2009/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Sicherheit von Spielzeug zwecks Festlegung spezifischer Grenzwerte für chemische Stoffe, die in Spielzeug verwendet werden, in Bezug auf Formamid, Abl. Nr. L 306/17.

<sup>182</sup> Richtlinie 2014/81/EU der Kommission vom 23.06.2014 zur Änderung von Anhang II Anlage C der Richtlinie 2009/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Sicherheit von Spielzeug in Bezug auf Bisphenol A, Abl. Nr. L 183/49.

<sup>183</sup> Wagner, in: MüKoBGB (2015), Vor § 823 Rn. 815.

<sup>184</sup> BGH, Urt. v. 16.06.2009 – VI ZR 107/08, NJW 2009, 2952.

<sup>185</sup> Salje, in: Schulte/Schröder, S. 124.

nahmen getroffen werden müssen, z.B. lückenlose Dokumentation oder Qualitätsmanagementsysteme, um das Verschulden ausschließende Umstände darlegen und beweisen zu können. Die praktische Folge ist, dass sich der Hersteller bereits bei der Produktion Gedanken um den Nachweis machen muss, der sein Verschulden ausschließt; er also präventiv den Produktionsprozess gestaltet. Die Präventionsfunktion ist also „erwünschtes Nebenprodukt“ des Haftungsrechts.<sup>186</sup>

Streitigkeiten bestehen hinsichtlich einer dritten Funktion des außervertraglichen Haftungsrechts, der *Strafffunktion*.<sup>187</sup> Nach Auffassung *Brüggemeiers* kommt eine solche ausschließlich strafrechtlichen Normen zu und ist grundsätzlich nicht in zivilrechtlichen Tatbeständen verortet.<sup>188</sup> Allerdings lässt sich mit Blick auf die jüngere Rechtsprechung etwa zu Verletzungen des Persönlichkeitsrechts<sup>189</sup> eine vorsichtige Etablierung einer Strafe (punitive damages) im Haftungsrecht nicht gänzlich leugnen. Im Rahmen des Produkthaftungsrechts ist jedoch eine solche Strafffunktion bislang nicht zu erblicken.

Insgesamt enthält das Produkthaftungsrecht ebenso wie das Haftungsrecht im Allgemeinen eine gesetzgeberische Entscheidung in Form einer Risikozuweisung. Mit der Hineinverlagerung von Sorgfaltsanforderungen in den Betrieb<sup>190</sup> wird deutlich, dass Technischadensfolgen vorrangig durch den Hersteller zu tragen sind. Insoweit wird das Produkthaftungsrecht auch als „Technikfolgenbewältigungsrecht“<sup>191</sup> bezeichnet. Von „Technikfolgenbewältigung“ kann dabei allerdings nur dann die Rede sein, wenn die Gefahrvermeidung für den Hersteller ökonomisch günstiger ist als die Schadenstragung, Sorgfaltsanforderungen also nicht übertrieben werden. Werden die konkreten Inhalte überzogen angesetzt, wird es für den Hersteller aus wirtschaftlicher Sicht weniger sinnvoll sein, diese einzuhalten, weil die hierfür zu veranschlagenden Kosten in der ökonomischen Bilanz zu einem Negativ führen. Zuletzt sei noch erwähnt, dass einige Vertreter des ökonomischen Ansatzes grundsätzlich die Effektivität der zivilrechtlichen Produkthaftung in Frage stellen.<sup>192</sup> Hintergrund dieser These ist, dass es für

---

<sup>186</sup> *Schäfer/Ott*, S. 150; *Wagner*, in: MüKoBGB (2015), Vor § 823 BGB Rn. 40.

<sup>187</sup> Kritisch *Wagner*, in: MüKoBGB (2015), Vor § 823 Rn. 42 ff., wohl bejahend *Deutsch*, Haftungsrecht, S. 15.

<sup>188</sup> *Brüggemeier*, in: Honsell/Lerche, S. 10.

<sup>189</sup> Einen strafrechtlichen Charakter zwar ausschließend, BGH, Urt. v. 05.10.2004 – VI ZR 255/03, NJW 2005, 215; ausdrücklich jedoch den Präventionsgedanken hervorhebend etwa, BGH, Urt. v. 05.12.1995 – VI ZR 332/94, GRUR 1996, 373; dennoch ist ein deutlicher Anstieg der Entschädigungssummen zu verzeichnen, vgl. hierzu *Fricke*, in: Wandtke/Bullinger, § 22 KUG Rn. 35.

<sup>190</sup> Feststellend in Bezug auf das Umweltrecht, *Kloepfer*, Technik und Recht, S. 38, wobei diese Feststellung auch berechtigterweise auf das Gebiet der Produkthaftung übertragen werden kann.

<sup>191</sup> Das Technikrecht als solches bezeichnend, *Kloepfer*, Technik und Recht, S. 95.

<sup>192</sup> Vgl. insbesondere *Schäfer/Ott*, S. 364 („Effiziente Haftung stellt sich auch ohne Haftung her“).

„ungesicherte Produkte“ keinen Markt gäbe, da der Verbraucher nach einer Kosten-Nutzen-Analyse neben dem günstigeren Preis eines ungesicherten Produkts auch den erwarteten Schaden mit einkalkuliere. Daher wolle dieser bereits aus ökonomischen Gründen nur ein sicheres Produkt erwerben, weil die Gesamtkosten (Marktpreis plus erwarteten Schaden) am Ende niedriger sind als bei einem unsicheren Produkt.<sup>193</sup> Diese These kann jedoch nur unter der Prämisse Gültigkeit beanspruchen, dass sowohl der Hersteller als auch der Benutzer über die Gefährlichkeit des Produkts informiert ist. Da dies eben gerade nicht immer der Fall ist, offenbart sich die Notwendigkeit einer zivilrechtlichen Produkthaftung, die eben auch eine Instruktionspflicht zum Inhalt hat. Wäre diese nicht im Rahmen des Produkthaftungsrechts gesetzlich verankert, fragt sich, ob der Hersteller eine ökonomische Motivation hätte, den Verbraucher umfassend über die Gefährlichkeit seiner Produkte aufzuklären. Dies ist wohl eher zu verneinen.

#### **b. Systematischer Zusammenhang zwischen Produkthaftung und Produktsicherheit**

Die aus entstehungszeitlicher Sicht zu verzeichnende Nähe von öffentlich-rechtlichem Produktsicherheitsrecht (ausgehend vom in Kraft treten des TechArbmG am 01.12.1968) und zivilrechtlicher Produktverantwortung (*Hühnerpest-Entscheidung*<sup>194</sup> im Jahr 1968) besteht auch in systematischer Hinsicht. Dies gilt insbesondere bei der im Rahmen der Verkehrssicherungspflichten bzw. des Produktfehlers anzusetzenden Anforderungen an das Produkt. Auch wenn die Sorgfaltsanforderungen im Produkthaftungsrecht deutlich höher sind als die allgemeinen Anforderungen des ProdSG, „kann und wird sich das Gericht [...] an den zahlreichen Vorschriften des öffentlichen Sicherheitsrechts orientieren“.<sup>195</sup> Der Sorgfaltsmaßstab ist zudem in beiden Rechtsbereichen durch die „bestimmungsgemäße Verwendung“<sup>196</sup> determiniert. Darüber hinaus decken sich die Sorgfaltsanforderungen zumindest im Punkt der „Basissicherheit“, die auch im Rahmen der zivilrechtlichen Sicherheitserwartung stets berechtigterweise zu erwarten sein dürfte. Die Basissicherheit eines Produktes dürfte dann allerdings nicht vorliegen, wenn die allgemeinen Voraussetzungen des Inverkehrbringens nach dem

---

<sup>193</sup> Für ein exemplarisches Rechenbeispiel für diese These vgl. Schäfer/Ott, S. 364, 365.

<sup>194</sup> BGH, Urt. v. 26.11.1968 – VI ZR 212/66, NJW 1969, 269 mit Anm. Diederichsen, *Hühnerpest*.

<sup>195</sup> Wagner, in: MüKoBGB (2015), Vor § 823 BGB Rn. 815.

<sup>196</sup> Siehe hierzu § 3 ProdHaftG „Gebrauch, mit dem billigerweise gerechnet werden kann“ und § 3 Abs. 1 Nr. 2 ProdSG „bei bestimmungsgemäßer oder vorhersehbarer Verwendung“.

ProdSG nicht eingehalten werden. Damit decken sich die Anforderungen an die öffentliche Produktsicherheit und zivilrechtliche Produkthaftung in einem Mindestmaß. Insoweit ist hier eine Wechselwirkung zwischen beiden zu verzeichnen.<sup>197</sup> Auch ihrer Funktion nach verfolgen beide rechtlichen Instrumente im Hinblick auf den Einsatz von Technik einen präventiven Ansatz. Um mit dem Produktsicherheitsrecht eben kein technikverhinderndes/innovationshemmendes Eingriffsrecht zu installieren, sondern vielmehr durch das Aufstellen von Mindestanforderungen die Balance zwischen Technikermöglichkeit und Technikbegrenzung<sup>198</sup> zu halten, kommt dem Produkthaftungsrecht schließlich die Rolle des „Auffangrechts“ zu. Sind nämlich die Produkthanforderungen sicherheitsrechtsrechtlich erfüllt und das Produkt grundsätzlich für den Verkehr zugelassen, greift das Produkthaftungsrecht regulativ ein, wenn sich dennoch ein Risiko realisiert.

### III. Duales Produkthaftungssystem

Bereits in der Nachzeichnung des rechtlichen Systems der Produktverantwortung ist deutlich geworden, dass insbesondere im Hinblick auf den Produktbegriff zwischen dem Produktsicherheitsrecht und dem Produkthaftungsrecht Unterschiede bestehen. Zu diesen Divergenzen kommt hinzu, dass das Produkthaftungsrecht selbst nicht monistisch aufgebaut ist, sondern sich durch die Harmonisierung aufgrund der Produkthaftungsrichtlinie ein *duales Produkthaftungssystem* entwickelt hat, das zum einen auf der nationalen Vorschrift des § 823 Abs. 1 BGB und zum anderen auf der europäisch intendierten Vorschrift des § 1 ProdHaftG aufbaut. Einer der zentralen Unterschiede zwischen den Rechtsvorschriften ist wiederum der Produktbegriff. Ein kurzer Abriss der geschichtlichen Entwicklung zeigt, dass dieser Unterschied insbesondere der Hinwendung zu einer objektiven Produkthaftung geschuldet ist.

#### 1. Entwicklung der deliktischen Produzentenhaftung nach § 823 Abs. 1 BGB

---

<sup>197</sup> Grundlegend hierzu das Werk von *Hermes*, Wechselwirkung zwischen Produktsicherheitsrecht und Produkthaftungsrecht, 2009.

<sup>198</sup> Auf diese zwei Hauptfunktionen des Technikrechts insgesamt ebenso abstellend, *Kloepfer*, Technik und Recht, S. 86.

„Die Produzentenhaftung ist ein Produkt der Rechtsentwicklung im 20. Jahrhundert“.<sup>199</sup> Trefender wäre es zu sagen, dass die Produkthaftung eine Antwort auf die technische und wirtschaftliche Entwicklung im 20. Jahrhundert ist. Erst die rasante technische und wirtschaftliche Entwicklung im 20. Jahrhundert hat eine Regelung der außervertraglichen Schadensabnahme im Bereich der Warenherstellung gefordert. Der Produkthaftung wohnt der Gedanke inne, dass derjenige, der Produkte in den Verkehr bringt, auch für Schäden an Rechtsgütern anderer, die von diesem Produkt ausgehen, einzustehen hat – und zwar ohne dass es hierfür eines Vertragsverhältnisses zwischen beiden Parteien bedarf. In den Anfängen der Produkthaftung wurde diese Schadensübernahmeanordnung rechtlich so ausgestaltet, dass dem Hersteller eine Handlungspflicht auferlegt wird und erst dessen Verletzung zum Schadensersatz führt.

#### **a. Wirtschaftlicher Hintergrund**

Die Entwicklung einer solchen Rechtspflicht ist vor dem Hintergrund der technisch-wirtschaftlichen Entwicklung zu sehen. Mit der Entwicklung innovativer Großtechniken im Transport- und auch Kommunikationsbereich, wie zum Beispiel der Dampflokomotive (1803), dem Automobil (1860) oder dem Telegraphen<sup>200</sup> (in der höheren Entwicklungsstufe ab 1854), vollzog sich ein Übergang von der „Hand-Werkzeug-Technik“ zur „Maschine-Werkzeug-Technik“<sup>201</sup>, der eine wesentliche Voraussetzung für die sich herausbildende Massenproduktion war.<sup>202</sup> Gerade die technischen Entwicklungen im Transportwesen ermöglichten einen schnelleren und über größere Distanzen zu realisierenden Transport von Waren. Obwohl viele technische Innovationen, die entscheidend zum Übergang auf die Massenproduktion beigetragen haben, bereits Anfang des 20. Jahrhunderts existierten, kam es in Deutschland erst seit etwa der Hälfte der 1950er Jahre zu einer echten branchenübergreifenden Massenproduktion, die zum Teil dann auch durch entsprechende Gesetz gefördert wurde.<sup>203</sup> Diese späte Entwicklung wurde bedingt durch die beiden Weltkriege, die jeweils zu einem Industrialisie-

---

<sup>199</sup> *Brüggemeier*, in: Honsell/Lerche, S. 395.

<sup>200</sup> Eingehend zur technischen Entwicklung des Telegraphen, *Kloepfer*, Technik und Recht, S. 108 ff.

<sup>201</sup> *Kleinschmidt*, S. 16.

<sup>202</sup> Dieser Effekt wird auch der sog. „Eisenbahneffekt“ genannt, vgl. *Kleinschmidt*, S. 27.

<sup>203</sup> Zum Beispiel wurde der großflächige Absatz des Automobils durch eine günstige Steuerpolitik oder auch das Straßenfinanzierungsgesetz gefördert.

rungs- und Produktionsrückschritt führten.<sup>204</sup> Die Massenproduktion zeichnete sich, angelehnt am amerikanischen Vorbild des „American system of manufacturers“, durch Normierung und Typisierung der Bauteilproduktion aus und unterschied sich damit fundamental von dem auf Idealvorstellung gefertigten Einzelstück. Die Fertigung auf Masse führte zu einem Warenimmanentes Risikopotential, auch weil das Endprodukt nicht unbedingt aus einer Hand kam, sondern die Produktion einzelner Teilprodukte ausgelagert werden konnte. Aus Verbrauchersicht führte diese Entwicklung zu zweierlei: Zum einen entwickelten sich komplizierte und für den Verbraucher undurchsichtige Produktionsketten<sup>205</sup>, zum anderen litt die Sicherheit der Produkte. Mit Aufkommen der Massenproduktion entwickelte sich die Gesellschaft hin zu einer Konsumgesellschaft. *Kleinschmidt* meint daher, dass der Begriff der „Technisierung“ (wie er zum Beispiel auch in der Produkthaftungsrichtlinie verwendet wird)<sup>206</sup> nicht nur die technische Entwicklung erfasst, sondern auch die Verflechtung von Technik, Alltag und Konsumgesellschaft ausdrückt.<sup>207</sup>

## **b. Rechtliche Entwicklung**

Die technisch-wirtschaftlichen Veränderungen führten schließlich auch zur Entwicklung der Produkthaftung. Durch die Hinwendung zur Konsumgesellschaft wird der Verbraucher zum einen mit technischen Innovationen viel schneller und direkter konfrontiert und zum anderen sieht er sich komplexen und undurchsichtigen Produktionsprozessen gegenüber. Im Schadensfall halfen die bis dahin ausreichenden vertragsrechtlichen Schadensersatzansprüche wegen der komplexen Produktions- und Vertriebsketten nicht immer weiter, da der Hersteller nicht zugleich Händler und Verkäufer war. Zudem wurde die Sicherheitsbeurteilung eines Produkts durch die zunehmende technische Komplexität immer schwieriger.

Die ersten juristischen Auseinandersetzungen im Bereich der „Produkthaftung“<sup>208</sup> sind bereits ab etwa 1902<sup>209</sup> zu verzeichnen, wobei hier noch nicht die technische Komplexität

---

<sup>204</sup> Durch den 1. Weltkrieg etwa verlor Deutschland 13% seiner Vorkriegsterritorien, womit sich z.B. die Kapazitäten an Roheisen und Stahl durch Abtretung Elsass-Lothringen und Oberschlesien verringerte. Durch den 2. Weltkrieg waren z.B. insgesamt ca. 37% der Industrieanlagen zerstört, vgl. hierzu *Kleinschmidt*, S. 32, 53.

<sup>205</sup> *Brüggemeier*, in: Honsell/Lerche, S. 404.

<sup>206</sup> Vgl. 2. Erwägungsgrund der Produkthaftungsrichtlinie.

<sup>207</sup> *Kleinschmidt*, S. 60.

<sup>208</sup> Begrifflichkeit nach dem *Calewaert-Bericht*, Dok. 71/79, S. 11.

<sup>209</sup> Zu nennen sind hier insbesondere RG, Urt. v. 30.10.1902 – VI 208/02, RGZ 52, 373 bei dem es um das Umfallen eines morschen Baumes auf ein angrenzendes Gebäude ging sowie RG, Urt. v. 20.11.1902 – VI 268/02, RGZ 53, 53 bei dem es um die fehlende Beleuchtung einer zum Bahnhof führenden Zufahrtstraße ging.

von Produkten im Vordergrund stand. Zunächst deuteten sich die Grundsätze für die spätere Entwicklung in dem allgemein deliktsrechtlichen *Baumumsturz-Fall*<sup>210</sup> an. Es stand im Raum, ob es überhaupt eine generelle Verpflichtung geben sollte, eine bestimmte Sorgfalt außerhalb des Bestehens eines Vertrages walten zu lassen oder ob nach dem Prinzip des „*qui jure suo utitur, neminem laedit*“<sup>211</sup> eine Rechtspflicht zum Handeln grundsätzlich nicht begründbar sei. Im Fall des Baumsturzes behalf sich die Rechtsprechung mangels vorhandenen Konzepts mit der Vorgabe zur Einzelfallprüfung: Es sei im Einzelfall zu prüfen, ob und was „*was man im menschlichen Verkehr billigerweise an Rücksichtnahme verlangen kann*“<sup>212</sup>. Der Inhalt des sich später etablierenden Begriffs der *Verkehrsauffassung* deutet sich hier bereits an. Als klassische Produkthaftungsfälle sind dagegen die bekannt gewordene *Holzsäge-Entscheidung*<sup>213</sup> des OLG Stuttgart aus dem Jahr 1907 sowie die im Jahr 1915 ergangene *Brunnensalz-Entscheidung*<sup>214</sup> des Reichsgerichts zu nennen. In der *Brunnensalz-Entscheidung* wurde erstmals die Übernahme einer Gewähr<sup>215</sup> aus vertraglichen Grundsätzen mit der Begründung abgelehnt, dass aus der „Art und Weise der Versendung in Originalverpackung an Kaufmann“ kein „Vertragsverhältnis zwischen Fabrikanten und dem Verbraucher zu entnehmen [sei]“.<sup>216</sup> Schnell wurde deutlich, dass auf das Deliktsrecht auszuweichen ist. Auch der Grundstein für die sich später etablierte Beweislastumkehr im Bereich der Produkthaftung wurde schon herausgearbeitet. Danach sei es nämlich verfehlt, der Klägerin „nähere Angaben darüber [abzuverlangen], wie in der Fabrik des Beklagten die Glassplitter zwischen das Salz gekommen seien“.<sup>217</sup> Diese Beweiserleichterung wird 1919 in der *Salmiakgeist-Entscheidung*<sup>218</sup> schließlich in der Anerkennung eines Anscheinsbeweises untermauert. Tatbestandlich bewegte sich die Rechtsprechung längere Zeit zwischen § 831 BGB und §§ 823 Abs. 1, 826 BGB. In der *Bremsen I und II-Entscheidung* des Reichsgerichts<sup>219</sup>, in der es erstmals um einen tatsächlich benannten Konstruktionsfehler von Bremsen<sup>220</sup> ging, wurde die

---

<sup>210</sup> RG, Urt. v. 30.10.1902 – Rep. VI. 208/02, RGZ 52/373.

<sup>211</sup> Diesem Grundsatz „Wer sein Recht ausübt, schädigt niemanden“ noch folgend insbesondere RGZ 52, 373 mit der Begründung, dass auch das römische Recht auf dem Standpunkt beharrte, dass „niemand zu einer positiven Handlung [...] verpflichtet sei.“

<sup>212</sup> RG, Urt. v.30.10.1902 – Rep. VI. 208/02, RGZ 52, 373.

<sup>213</sup> OLGE 18, 69.

<sup>214</sup> Hier ging es um eine fahrbare Holzsägemaschine, der eine Schutzvorrichtung fehlte, in dessen Folge ein Arbeiter schwer verletzt wurde; näheres bei *Foerste*, in: *Foerste/v. Westphalen*, § 18 Rn. 1.

<sup>215</sup> RG, Urt. v. 25.02.1915 – Rep. IV. 526/14, RGZ 87, 1, 2, *Brunnensalz*.

<sup>216</sup> RG, Urt. v. 25.02.1915 – Rep. IV. 526/14, RGZ 87, 1, 2, *Brunnensalz*.

<sup>217</sup> RG, Urt. v. 25.02.1915 – Rep. IV. 526/14, RGZ 87, 1, 3, *Brunnensalz*.

<sup>218</sup> RG, Urt. v. 20.11.1919 – IV 215/19, RGZ 97, 116, in der eine Wasserflasche mit Salmiakgeist versetzt war.

<sup>219</sup> RG, Urt. v. 17.01.1940 – II 82/39, RGZ 163, 21, *Bremsen I*.

<sup>220</sup> Vom Kläger behauptet bestand der Konstruktionsfehler darin, dass sich die Bremsnocken „in Ermangelung eines

Auffassung vertreten, dass eine Rechtspflicht gem. §§ 823, 826 BGB verletzt sei. Die Rechtspflichtverletzung bestünde in der Inverkehrgabe eines nicht verkehrssicheren Fahrzeuges „sei es [durch den] Hersteller, sei es [durch den] Verkäufer“<sup>221</sup>. Das Reichsgericht sah diese allgemeine Rechtspflicht nur bei „wesentlichen Gefährdungen von Menschen oder Sachen“<sup>222</sup> als gegeben an und löste den Fall vollständig über § 826 BGB, indem es die Inverkehrgabe eines fehlerhaften Fahrzeuges als sittenwidriges Verhalten einstufte. Erst mit dem Grundsatzurteil, der *Hühnerpest*-Entscheidung<sup>223</sup> im Jahr 1968 wurde die Produkthaftung endgültig bei § 823 Abs. 1 BGB verankert und die bis dahin in der Rechtsprechung nur „zaghaft“ aufgestellten Herstellerpflichten sowie Beweislastgrundsätze konkretisiert. Eine Lösung über das Vertragsrecht wurde endgültig ausgeschlossen, da man in der Produktion einer Ware unter „Benennung einer Urheberschaft, nämlich mit seinem Etikett [...], keine Willenserklärung [ableiten] könne, dass er dem Verbraucher für sorgfältige Herstellung einstehen wolle“<sup>224</sup> und bestätigte damit die Ansätze des Reichsgerichts. Unter Annahme einer „quasikontraktlichen Sonderrechtsbeziehung“<sup>225</sup>, wie sie z.B. auch *Lorenz*<sup>226</sup> über das Vehikel der „*Werbung als haftungsbegründende Kraft*“<sup>227</sup> im Vorfeld der Entscheidung überlegte, stellte der BGH erstmals klar, dass der Anspruch eines „jedermanns“ gegen den Produzenten wegen des von ihm hergestellten Produkts eine Frage des Delikts sei und begründete dies unter Verweis auf § 823 Abs. 1 BGB mit dem Argument der Gerechtigkeit.<sup>228</sup> Der Produzent hat danach für die von ihm hergestellten Produkte im Rahmen von Verkehrssicherungspflichten einzustehen und dafür zu sorgen, dass durch die Verwendung eines Produkts keine Rechtsgüter Dritter verletzt werden<sup>229</sup> und zwar deshalb, weil der Einzelne dafür verantwortlich ist, dass die „ihm gehörenden oder dienenden unbeweglichen oder beweglichen Sachen den ordnungsgemäßen menschlichen Verkehr nicht gefährden“<sup>230</sup>. Auch in Bezug auf die prozessuale Beweislastlage in Produkthaftungsprozessen bezieht der BGH endgültig Stellung. Er verknüpft die be-

---

Anschlags oder sonstigen Widerstandes zu weit drehen [ließen], sobald der Bremsbelag [etwas] abgenutzt ist“. Dies bewirkt ein blockieren des Rades, vgl. RG, Urt. v. 17.01.1940 – II 82/39, RGZ 163, 21, 23, *Bremsen I.*

<sup>221</sup> RG, Urt. v. 17.01.1940 – II 82/39, RGZ 163, 21, 26, *Bremsen I.*

<sup>222</sup> RG, Urt. v. 17.01.1940 – II 82/39, RGZ 163, 21, 26, *Bremsen I.*

<sup>223</sup> BGH, Urt. v. 26.11.1968 – VI ZR 212/66, NJW 1969, 269 mit Anm. *Diederichsen, Hühnerpest.*

<sup>224</sup> BGH, Urt. v. 26.11.1968 – VI ZR 212/66, NJW 1969, 269, 273 mit. Anm. *Diederichsen, Hühnerpest.*

<sup>225</sup> BGH, Urt. v. 26.11.1968 – VI ZR 212/66, NJW 1969, 269, 273 mit Anm. *Diederichsen, Hühnerpest.*

<sup>226</sup> *Lorenz*, Beiheft VersR 1963, 8.

<sup>227</sup> BGH, Urt. v. 26.11.1968 – VI ZR 212/66, NJW 1969, 269, 273 mit Anm. *Diederichsen, Hühnerpest.*

<sup>228</sup> „Diesen „Jedermann“ auf deliktische Ansprüche zu verweisen, ist gerecht.“, BGH, Urt. v. 26.11.1968 – VI ZR 212/66, NJW 1969, 269, 273 mit. Anm. *Diederichsen, Hühnerpest.*

<sup>229</sup> So auch v. *Caemmerer*, (1968), S. 632.

<sup>230</sup> RG, Urt. v. 13.10.1916 – Rep. III 145/16, RGZ 88, 433.

reits vorher schon durch das Reichsgericht angedachte Beweislastumkehr der Geschäftsherrenhaftung des § 831 Abs. 1 BGB mit den aufgestellten Grundsätzen der produktbezogenen Verkehrssicherungspflichten aus § 823 Abs. 1 BGB und nähert sich damit bereits 1968 der „amerikanische Praxis zunächst durch großzügige Beweiserleichterungen zugunsten des geschädigten Verbrauchers“ an.<sup>231</sup> Zur Begründung wird unter anderem die Nähe zum Produktionsprozess angeführt.<sup>232</sup> Ausdrücklich sind die Grundsätze der Beweislastumkehr im Bereich der Produkthaftung seither als Reflex der komplexen Produktionsvorgänge sowie der Undurchschaubarkeit dieser durch den Verbraucher zu verstehen.<sup>233</sup> Tatsächlich ist das Aufweichen des Verschuldensprinzips auf Beweislalebene eine Annäherung an die Gefährdungshaftung, da man das durch die wachsende Industrialisierung zunehmende Problem des „Zufallsschaden“<sup>234</sup> zu beheben versuchte.

Die Bedeutung der Produkthaftung ist in der Rechtspraxis seitdem stetig gestiegen.<sup>235</sup> Die Anzahl der gerichtlich entschiedenen Fälle haben sich seit 1990 gegenüber dem Zeitraum ab 1968 mehr als vervierfacht.<sup>236</sup>

## 2. Entwicklung des Produkthaftungsgesetzes

In Umsetzung der europäischen Richtlinie (85/374/EWG)<sup>237</sup> ist dann am 01.01.1990 in Deutschland das Produkthaftungsgesetz in Kraft getreten.<sup>238</sup> Der Produkthaftungsrichtlinie von 1985 folgten eine Änderungsrichtlinie<sup>239</sup>, ein Grünbuch der Kommission 1999<sup>240</sup> und vier Berichte der Kommission.<sup>241</sup>

---

<sup>231</sup> BGH, Urt. v. 26.11.1968 – VI ZR 212/66, NJW 1969, 269, 276 mit Anm. *Diederichsen, Hühnerpest*.

<sup>232</sup> BGH, Urt. v. 26.11.1968 – VI ZR 212/66, NJW 1969, 269 mit Anm. *Diederichsen, Hühnerpest*.

<sup>233</sup> Auf die „schwere Durchschaubarkeit der Herstellungsvorgänge“ abstellend, BGH, Urt. v. 19.11.1991 – VI ZR 171/91, NJW 1992, 1039, *Hochzeitsessen*.

<sup>234</sup> *Esser* (1969), S. 49.

<sup>235</sup> Was auch auf ein stärkeres Bewusstsein der Verbraucher über ihre Rechte zurückzuführen ist, wofür wiederum ursächlich auch ein verbesserter Zugang zu Informationen ist, so dass auch die Häufung der Klagen im Produkthaftungsbereich, unter anderem auf die Technisierung zurückzuführen ist, vgl. *Lovells-Report*, S. 35.

<sup>236</sup> Basierend auf den in der Datenbank beck-online zugänglichen Gerichtsentscheidungen ergibt sich, dass seit 1968, dem Entscheidungsjahr der Hühnerpest-Entscheidung bis 1990 insgesamt 668 Fälle entschieden worden sind. Für den bedeutend kürzeren Zeitraum von 1990 bis 2010 sind es bereits 2939 Fälle.

<sup>237</sup> Richtlinie 85/374/EWG des Rates vom 25.07.1985 zur Angleichung des Rechts – und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte, Nr. L 210 S. 29-50, geändert durch die Richtlinie 1999/34/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates am 10.05.1999.

<sup>238</sup> Vertiefend zur Entstehungsgeschichte, insbesondere der einzelnen politischen Lesungen und Stellungnahmen, *Taschner/Frietsch*, Einführung, Rn. 6 ff.

<sup>239</sup> Richtlinie 1999/34/EG v. 10.05.1999.

<sup>240</sup> KOM(1999) 396 final.

<sup>241</sup> Erster Bericht v. 13.12.1995 KOM(95) 617 endg.; zweiter Bericht v. 31.01.2001 KOM(2000) 893 endg.; dritter Bericht v.

### **a. Notwendigkeit der Harmonisierung**

Die Notwendigkeit zur europäischen Harmonisierung des Bereiches der Produkthaftung ergab sich vor allem wegen der innereuropäisch unterschiedlichen Vorschriften zur Produkthaftung. Wettbewerbsverzerrungen, Handelsbarrieren und ein unterschiedlicher Verbraucherschutzniveau in den jeweiligen Mitgliedsstaaten waren die Folgen einer fehlenden einheitlichen Regelung. Die Rechtszersplitterung, die Wettbewerbsverzerrungen und die Unterschiede im Verbraucherschutz sollten mit der Richtlinie zugunsten eines gemeinsamen Marktes behoben werden.<sup>242</sup> Diese Punkte sind damit auch die den Erwägungsgründen zu entnehmenden wesentlichen Zweckerwägungsgesichtspunkten der Richtlinie. Damit gibt es für die Harmonisierung des Bereichs der Produkthaftung zwei Kategorien an Motiven: Zum einen die Fortsetzung der Idee des gemeinsamen Binnenmarktes (weswegen aus Sicht der *Unternehmer* Wettbewerbsverzerrungen und Handelshemmnisse zu vermeiden sind) und ein gemeinsames Verbraucherschutzniveau (das aus Sicht der *Verbraucher* in einem gemeinsamen Markt notwendig ist). Der Bereich der Produkthaftung beeinflusst den gemeinsamen Binnenmarkt in beide Richtungen. Zum einen beeinflussen unterschiedliche Haftungsvorschriften die Handelsströme<sup>243</sup>, zum anderen wird der Verbraucher als Objekt des gemeinsamen Binnenmarktes mit Produkten konfrontiert, die nicht mehr nur aus einem örtlich begrenzten und von ihm überschaubaren Markt stammen. Der Aspekt des Verbraucherschutzes war indes im Erlassjahr 1985 noch sehr jung, da erst 10 Jahre zuvor der Europäische Rat mit dem „Ersten Programm der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft für eine Politik zum Schutz und zur Unterrichtung der Verbraucher“<sup>244</sup> den Verbraucherschutz quasi aus der Taufe gehoben hat.<sup>245</sup> Hintergrund war wiederum die vorangegangene wirtschaftlich-technische Entwicklung<sup>246</sup>, die zur Entwicklung eines Massenmarktes sowie einer Konsumgesellschaft geführt hat. Als einer der wesentlichen Ziele der Verbraucherpolitik wurde der „wirksame

---

14.09.2006 KOM(2006) 496 endg.; vierter Bericht v. 08.09.2011 KOM(2011) 547 endg.

<sup>242</sup> Vgl. 1. Erwägungsgrund der Richtlinie des Rates v. 25.07.1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte (85/374/EWG), Amtsblatt Nr. L 210 vom 07.08.1985, S. 29.

<sup>243</sup> So die niederländische Delegation am 31.01.1980/01.02.1980 zum Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte, Protokoll v. 10.03.1980, Nr. 5555/80, S. 7.

<sup>244</sup> Mitteilung des Rates v. 14.04.1975, ABIEG 92/1 und 92/2 v. 25.04.1975.

<sup>245</sup> Insoweit wird auch darauf verwiesen, dass das „Konzept einer Verbraucherpolitik verhältnismäßig neu“ ist, ABIEG 92/2, Ziff. 6.

<sup>246</sup> Siehe hierzu im Ersten Teil, 3, Kap. III.

Schutz vor Gefahren für die Gesundheit und Sicherheit<sup>247</sup> gesehen. Zur Absicherung dessen wurde bereits 1975 als Grundsatz verankert, dass „Güter und Dienstleistungen [...] so beschaffen [sein müssen], dass sie bei Gebrauch unter normalen oder vorhersehbaren Bedingungen keine Gefahren für Gesundheit und Sicherheit der Verbraucher darstellen“.<sup>248</sup> Die Produkthaftung wird sodann auch ausdrücklich als ein zu harmonisierender Bereich genannt.<sup>249</sup> Als legislatorisches Mittel der Harmonisierung wurde das Instrument der Richtlinie gewählt die die einzelnen Mitgliedstaaten gem. Art. 288 Abs. 3 AEUV (ex Art. 249 EGV) verpflichtet, die vom europäischen Gesetzgeber erlassenen Richtlinien hinsichtlich ihres Ziels in nationales Recht umzusetzen.

### **b. Technisierung als Motiv für die Gefährdungshaftung**

Bereits in einem frühen Beratungsstadium war man sich hinsichtlich der Einführung einer verschuldensunabhängigen Haftung<sup>250</sup> einig<sup>251</sup>, wobei dies als Reflex auf die zunehmende Technisierung<sup>252</sup> sowie der mit dieser einhergehenden Risikoerhöhung zu sehen ist. Während nämlich die Verschuldenshaftung dadurch gekennzeichnet ist, dass nicht die reine Verursachung des Schadens Haftungsgrund ist, sondern erst dessen Zurechnung über das Tatbestandsmerkmal des Verschuldens, ist bei der Gefährdungshaftung rechtstheoretischer Haf-

---

<sup>247</sup> ABIEG 92/2, Ziff. 14.

<sup>248</sup> ABIEG 92/2, Ziff. 15.

<sup>249</sup> ABIEG 92/2, Ziff. 26 iv.

<sup>250</sup> Ob die Haftung nach dem ProdHaftG eine Gefährdungshaftung oder eine verschuldensunabhängige Haftung ist, wird unterschiedlich bewertet, ist jedoch nur für die Frage relevant, ob in der Person liegende Umstände berücksichtigt werden können. Für eine verschuldensunabhängige Haftung spricht vor allem der 2. Erwägungsgrund der Richtlinie selbst, in dem explizit von einer „verschuldensunabhängigen Haftung“ gesprochen wird, ebenso *Taeger*, S. 96, 97; *Schmidt-Salzer/Hollmann*, Einl. Rn. 30, 34; *Schlechtriem*, VersR 1986, 1033; *Wieckhorst*, VersR 1995, 1005; für eine Gefährdungshaftung jedoch *Taschner*, NJW 1986, 611; *Rolland*, § 1 ProdHaftG Rn. 4 ff; *Lorenz*, ZHR 1987, 1, 14; *Diederichsen*, in: Schriftenreihe der Arbeitsgemeinschaften des deutschen Anwaltsvereins (1988), S. 13; wohl für ein Mischsystem aus Haftung für Verhaltensunrecht und Gefahr plädierend, *Oechsler*, in: Staudinger (2014), unerlaubte Handlungen, Einl. ProdHaftG Rn. 27; ebenfalls für ein Mischsystem plädierend auch *Wagner*, in: MüKoBGB (2015), Einl. ProdHaftG Rn. 17, der jedoch – wohl als einziger – eine „Kombination aus Elementen der Verschuldens- und der strikten Haftung“ sieht, „wobei die Verschuldenshaftung [Anm. im Rahmen des ProdHaftG] klar dominiert“. Ungeachtet dieser unterschiedlichen Auffassungen, scheint diese Frage jedoch mehr theoretischer Natur zu sein, da die praktischen Auswirkungen dieselben sind. Lediglich *Kötz* versucht, diesem dogmatischen Streit mehr Relevanz zuzumessen, *Kötz*, in: FS Lorenz, S. 109 ff.

<sup>251</sup> Vgl. die Befürwortung einer solchen Haftung durch die französische, dänische, belgische, niederländische und deutsche Delegation am 31.01.1980/01.02.1980 zum Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte, Protokoll v. 10.03.1980, Nr. 5555/80, S. 3, 4; mit Bedenken die italienische Delegation, die u.a. darauf hinwies, dass dies mit den einschlägigen italienischen Rechtsvorschriften nicht leicht in Einklang zu bringen sei, vgl. Protokoll v. 10.03.1980, Nr. 5555/80, S. 8; mit Vorbehalt die irische Delegation sowie die Delegation des Vereinten Königreichs, Protokoll v. 10.03.1980, Nr. 5555/80, S. 11.

<sup>252</sup> So auch der 1. Erwägungsgrund der Produkthaftungsrichtlinie.

tungsgrund die Nähe zur Schadenstragung<sup>253</sup>, Beherrschung und Veranlassung der Gefahr<sup>254</sup> sowie Vorteilsziehung aus dieser.<sup>255</sup> Insbesondere das zweite Merkmal, die *Beherrschung und Veranlassung der Gefahr*, offenbart, dass mit der Gefährdungshaftung letztlich einem bewusst in die Gesellschaft eingeführten Risiko, Rechnung getragen werden soll. Nach *Esser und Larenz* geht es bei der Gefährdungshaftung daher „nicht um die Haftung für Unrecht, sondern um die gerechte Verteilung von Zufalls- bzw. Unglücksschäden“<sup>256</sup>. Dieser Ansatz entspricht auch ökonomischen Prinzipien, weil nach der ökonomischen Analyse des Rechts das Risiko demjenigen anzulasten ist, der am ehesten imstande ist, die Verwirklichung dessen zu verhindern (*cheapest risk avoider*)<sup>257</sup>. Da hiernach Motiv der Installation einer Gefährdungshaftung die interessengerechte Verteilung von Risiken ist<sup>258</sup>, welche mit dem Betrieb oder einer Sache naturgemäß verbunden sind, kann es demnach auch nicht darauf ankommen, „ob der Haftende den Schaden durch eigene Handlung verursacht hat, [sondern] dass der Schaden auf der ihm zuzurechnenden besonderen Sachgefahr beruht.“<sup>259</sup>

Da, wie bereits aufgezeigt<sup>260</sup>, durch die technisch-wirtschaftlichen Veränderungen ab ca. 1950 sowohl die Produktion als auch die einzelnen Produkte zunehmend technisiert wurden, erhöhte sich zugleich das Risikopotential, das von Produkten ausgeht. Wenn *Micklitz* auf die sich hier gegenüberstehenden Aspekte des ständigen technischen Fortschritts einerseits und dem Bedürfnis nach einem „rechtlichen Sicherheitsnetz“ andererseits verweist<sup>261</sup>, dann stellt sich die Installation einer Einstandshaftung im Bereich der Produkthaftung als dieses „Sicherheitsnetz“ dar. Die Hinwendung von der an dem persönlichen Verhalten ansetzenden Verschuldenshaftung hin zur an objektiven Kriterien anknüpfenden *strict liability* hatte sich bereits in der Vergangenheit bei nicht kontrollierbaren Gefahren bewährt, wie beispielsweise mit § 25 des Preußischen Eisenbahngesetzes von 1838.

---

<sup>253</sup> *Larenz*, JuS 1965, 373, 374 („näher dran“).

<sup>254</sup> *Larenz*, JuS 1965, 373, 374.

<sup>255</sup> *Larenz*, JuS 1965, 373, 374.

<sup>256</sup> *Esser* (1969), S. 49; *Larenz*, JuS 1965, 373, 374.

<sup>257</sup> *Salje*, in: Schulte/Schröder, Handbuch des Technikrecht, S. 116.

<sup>258</sup> Nach *Deutsch* ist einer der „Hauptfunktionen der Gefährdungshaftung [die] Erhaltung des Gütergleichgewichts durch Abnahme des Schadensrisikos“, vgl. *Deutsch*, Haftungsrecht, S. 408.

<sup>259</sup> *Larenz*, JuS 1965, 373, 374.

<sup>260</sup> Siehe Erster Teil, 3. Kap. III.

<sup>261</sup> *Micklitz*, in: Grundmann/Micklitz/Renner, Kap. 15, S. 1142.

### 3. Entwicklung eines dualen Produkthaftungssystems – Konkurrenz zwischen harmonisierter und nationaler Rechtsvorschrift

Mit der Harmonisierung des Bereichs der Produkthaftung durch die Produkthaftungsrichtlinie hat sich (nicht nur) in Deutschland ein duales Produkthaftungssystem entwickelt<sup>262</sup>, wobei zum einen auf § 823 Abs. 1 BGB und zum anderen auf das Produkthaftungsgesetz zurückgegriffen wird. *Oechsler* ist daher zuzustimmen, wenn er proklamiert, dass der „deutsche Gesetzgeber [...] wesentlich der Rechtszersplitterung im deutschen Produzenten- und Produkthaftungsrecht Vorschub geleistet“ hat.<sup>263</sup> Dieser Dualismus führt nämlich dazu, dass sämtliche Ansprüche aus Produkthaftung in der Praxis regelmäßig auf zwei Anspruchsgrundlagen gestützt werden. Nicht zuletzt deshalb wird die Harmonisierung in Teilen auch als „gescheitert“<sup>264</sup> bewertet, da das ProdHaftG auch als „blassere Doublette“ im Vergleich zu § 823 Abs. 1 BGB gesehen wird.<sup>265</sup> Obwohl die Richtlinie in der Praxis zu einer höheren Erfolgsaussicht im Falle der Klage geführt hat<sup>266</sup> und aus diesem Grund auch die Anzahl der außergerichtlichen Vergleiche zugenommen hat<sup>267</sup>, wird die Harmonisierung des Produkthaftungsrechts nicht unbedingt als Erfolgsgeschichte gewertet<sup>268</sup>. Bezeichnend hierfür steht auch die 9-jährige, und damit lange Beratungszeit (1976-1985)<sup>269</sup> sowie die nur schleppende<sup>270</sup> Umsetzung (mit Ablauf der Umsetzungsfrist am 30.7.1988<sup>271</sup> hatten lediglich Griechenland<sup>272</sup> und Österreich<sup>273</sup> die Richtlinie tatsächlich umgesetzt) und schließlich auch eine schleppende Anwendung. Erst im Jahr 2006 konnte im dritten Kommissionsbericht festgehal-

---

<sup>262</sup> Ausführlich zum weitergelenden Deliktsrecht in den einzelnen Mitgliedstaaten, *Hill-Arning/Hoffmann*, Produkthaftung in Europa.

<sup>263</sup> *Oechsler*, in: Staudinger (2014), unerlaubte Handlungen, Einl. ProdHaftG Rn. 26.

<sup>264</sup> *Riehm*, EuZW 2010, 567, 569 mwN.; ebenso *Taeger*, der den Harmonisierungserfolg deshalb auch als „bescheiden“ bezeichnet, *Taeger*, S. 90; auch *Magnus*, der hierfür den Begriff „Zweispurigkeit“ verwendet, *Magnus*, JZ 1990, 1100.

<sup>265</sup> *Oechsler*, in: Staudinger (2014), unerlaubte Handlungen, Einl. ProdHaftG Rn. 26.

<sup>266</sup> *Lovells-Report*, S. 40, 41.

<sup>267</sup> *Lovells-Report*, S. 43, 44.

<sup>268</sup> Recht deutlich beispielsweise fragt *Magnus*, ob eine Rechtsangleichung in der Form wie sie mit der Produkthaftungsrichtlinie durchgeführt wurde, überhaupt „Sinn“ macht und bescheinigt der Richtlinie „Unzulänglichkeit“ und wenig Vorteile, *Magnus*, JZ 1990, 1100, 1107, 1108.

<sup>269</sup> Die sehr lange Beratungszeit resultierende auch aus den lange der Richtlinie gegenüber vorgebrachten grundsätzlichen Vorbehalten. Deutlich wird dies etwa in einer Stellungnahme der irischen Delegation noch im Jahr 1980, mithin nach bereits 4-jähriger Beratungszeit, in der die zwar grundsätzlich die Bereitschaft zur „konstruktiven Diskussion“ erklärt wird; im nächsten Satz die Notwendigkeit des Richtlinienvorschlages wieder in Frage zu stellen, vgl. Zusammenfassung der Beratungsergebnisse der Gruppe „Wirtschaftsfragen“ v. 31.01/01.02.1980, Dok. Nr. 5555/80, S. 2.

<sup>270</sup> Als „schleppende Umsetzung“ bezeichnend, ebenso *Magnus*, JZ 1990, 1100, 1101, der hierin auch ein Hinweis darauf sieht, dass mit der Harmonisierung der Produkthaftung wohl ein „äußerst sensibles Gebiet des Zivilrechts“ berührt wird; vgl. auch Erster Kommissionsbericht KOM(95)617 endg., S. 2.

<sup>271</sup> vgl. Art. 19 Abs. 1 der Richtlinie.

<sup>272</sup> Erste Umsetzung durch Ministerialverordnung 1988; nach verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Form der Umsetzung zweite Umsetzung mit dem Gesetz Nr. 1.961/1991 im August 1991, vgl. *Hill-Arning/Hoffmann*, S. 77.

<sup>273</sup> Umsetzung mit dem österreichischen Produkthaftungsgesetz (PHG) am 01.01.1988.

ten werden, dass nunmehr alle Mitgliedstaaten die aus der Produkthaftungsrichtlinie resultierten Umsetzungsnormen tatsächlich anwenden.<sup>274</sup> In der Literatur werden auch die vielfachen Optionsklauseln als Grund dafür angeführt, dass es „Unterschiede in [...] Umsetzung [und] Auslegung“ gibt und damit auch das „unterschiedlich hohe Produkthaftungsrisiko“<sup>275</sup> nicht beseitigt werden konnte, womit wohl eines der Ziele der Richtlinie verfehlt wird. Insbesondere die Öffnungsklausel des Art. 13 führte in der Praxis – auch in Deutschland – dazu, dass die Geschädigten und Richter sich aussuchen, welche Anspruchsgrundlage im Klageverfahren herangezogen wird<sup>276</sup>, womit die nationalen Unterschiedlichkeiten gerade nicht eingeebnet wurden. Die Anspruchsgrundlagen-Konkurrenz im Bereich der Produkthaftung fiel 2003 sogar noch deutlich zu Gunsten der deliktischen Anspruchsgrundlage aus<sup>277</sup>, wobei in *Frankreich, Deutschland, Portugal* und dem *Vereinigten Königreich* nach Auffassung der Befragten der Richtlinie keinerlei oder nur wenig Bedeutung beigemessen und eine Anwendung als eher unwahrscheinlich erachtet wurde<sup>278</sup>. In ähnliche Richtung ging auch schon die Prognose der U.N.I.C.E.<sup>279</sup> im Jahr 1979, die prophezeite, dass die „Komplexität nationaler Gesetze [durch die Richtlinie] nicht beseitigt wird, sondern einen weiteren Haftpflichtbereich auf die vorhandene Gesetzgebung aufgefropft wird“.<sup>280</sup> Nicht ganz zu Unrecht wird demnach das Verhältnis zwischen § 823 Abs. 1 BGB und dem Produkthaftungsgesetz auch in der deutschen Literatur als „freie Konkurrenz“<sup>281</sup> bezeichnet, bei dem es Glückssache sei, welche Anspruchsgrundlage sich im Einzelfall als günstiger herausstellt.<sup>282</sup>

## Zusammenfassung Erster Teil

Im Ersten Teil wurde zunächst der Begriff „Software“ technisch konkretisiert sowie das Verständnis von Software im Recht untersucht. Hierbei wurde auch auf den im Recht vorzufindenden Vergleich zwischen Printware und Software eingegangen. Unter *Software* sind die in einer Programmiersprache geschriebenen Programme zu verstehen, die nach Übersetzung in

---

<sup>274</sup> Dritter Kommissionsbericht KOM(2006)496 endg., S. 6.

<sup>275</sup> Im Zuge des *Lovells-Report* wurde erhoben, dass 38% der Verbrauchervertreter und 27% der Hersteller der Meinung sind, dass Produkthaftungsrisiko in den Mitgliedstaaten unterscheidet sich *stark*, *Lovells-Report*, S. 12, 58.

<sup>276</sup> So auch *Lovells-Report*, S. 16.

<sup>277</sup> *Lovells-Report*, S. 40.

<sup>278</sup> *Lovells-Report*, S. 40 („kaum jemals zur Anwendung“).

<sup>279</sup> Union der Industrien der Europäischen Gemeinschaft.

<sup>280</sup> *Calewart-Bericht*, S. 34.

<sup>281</sup> *Oechsler*, in: Staudinger, (2014), unerlaubte Handlungen, § 2 ProdHaftG Rn. 14.

<sup>282</sup> *Wagner*, in: Whittaker, the development of product liability, S. 135 („It is more a matter of happenstance as to whether one or the regime turns out to be more favourable to the victim“).

ein Dualsystem (in 0 und 1) auf einem Rechner ausführbar sind. Unter dem Begriff *Hardware* dagegen werden alle technischen Bauteile eines Rechners zusammengefasst. Software und Hardware sind nur insoweit verbunden, als Software nicht ohne entsprechende Hardware ausführbar ist. Die Hardware hat dabei nur „Dienerfunktion“, weil die erzeugten Ausgangsgrößen ausschließlich in den der Software zugrundeliegenden Algorithmen implementiert sind.

Das Softwareverständnis im Recht war lange Zeit von der Vorstellung geprägt, dass Software und Hardware als eine einheitliche „Sache“ aufzufassen sind, wobei zu vermuten steht, dass diese Vorstellung von dem Wunsch getragen war, die Sachqualität von Software relativ einfach begründen zu können.

Die juristische Vorstellung von Software hat sich damit jedoch von der zugrundeliegenden Technik entfernt, was sich spätestens mit der Entwicklung der Netzwerktechnik und des Internet als sehr problematisch herausstellte. Die Existenz online-übertragbarer Software zeigte dann auf, dass die juristische Argumentation, die die Sachqualität an den Datenträger anknüpfte, nicht tragfähig ist. Die parallel geführte Diskussion im Produkthaftungsrecht stand jedoch deutlich unter dem Eindruck des Kaufrechts und übernahm genau diesen Argumentationsansatz. Erst in jüngster Zeit scheint sich die juristische Vorstellung den technischen Gegebenheiten anzunähern, womit der Boden für eine sachgerechte Auseinandersetzung mit der Frage, ob Software Produktqualität zukommt, überhaupt erst bereitet ist. Der überdies im Recht anzutreffende Vergleich zwischen Printware und Software ist nicht gerechtfertigt und führt überdies hinaus zu nicht sachgerechten Ergebnissen. Die Gleichstellung fußt auf dem Umstand, dass sowohl Printware als auch Software Informationen enthalten und Informationsgüter sind. Blicke man bei dieser Erkenntnis stehen, scheint der Vergleich gerechtfertigt. Unberücksichtigt bliebe aber dann, dass Software und Printware sich in ihrer Qualität deutlich unterscheiden und zwar was ihre Außenwirkung betrifft. Während die Informationen in Büchern nur durch die Umsetzung in eine menschliche Handlung „lebendig“ werden, führen die Informationen in den Algorithmen der Software unmittelbar zu einem von außen wahrnehmbaren Erfolg. Eine menschliche Handlung ist entbehrlich. Erst die Differenzierung in „aktive“ und „passive“ Informationsgüter offenbart diesen Unterschied. Während Software zu den aktiven Informationsgütern zählt, sind Bücher passive Informationsgüter. Haftungsrechtlich sind daher beide nicht gleich zu setzen.

Schließlich wurde im Ersten Teil die Entwicklung des Produkthaftungsrechts nachgezeichnet

und insbesondere die Verschränkungen zum Produktsicherheitsrechts aufgezeigt. Das Produkthaftungsrecht ist ein Teil des Gesamtsystems der gesetzlich geregelten Produktverantwortung. Neben dem Produkthaftungsrecht hat sich insbesondere das Produktsicherheitsrecht in diesem System etabliert. Sowohl das Produkthaftungsrecht als auch das Produktsicherheitsrecht haben ihren historischen Beginn im Jahr 1968 und beziehen sich heute in einigen Punkten aufeinander, wobei für die vorliegende Arbeit besonders interessant ist, dass der Anwendungsbereich beider Gebiete auf das „Produkt“ gemünzt ist. Interessanterweise haben sich trotz der inhaltlichen und zeitlichen Verschränkungen unterschiedliche Produktbegriffe in beiden Rechtsgebieten etabliert. Der Produktbegriff im Produktsicherheitsrecht ist vom Sachbegriff losgelöst und demnach viel weiter als im Produkthaftungsrecht. Die unterschiedlichen Produktbegriffe laufen der Homogenität, die dem rechtlichen Gesamtsystem der Produktverantwortung eigentlich inne wohnen soll, zuwider. Hierauf wird später bei der Auslegung des Produktbegriffs zurückzukommen sein.<sup>283</sup>

Die Divergenz zwischen Produktsicherheits- und Produkthaftungsrecht wird verschärft durch den Dualismus im Produkthaftungsrecht selbst. Infolge der Harmonisierung des Produkthaftungsrechts hat sich im deutschen Recht ein dualistisches Anspruchsgrundlagengebilde entwickelt, das sich wiederum hinsichtlich des Anwendungsbereichs voneinander unterscheidet. Hierbei stehen sich die Begrenzung des Anwendungsbereichs auf *Produkte* (vgl. § 2 ProdHaftG) und der scheinbar *güteroffene Tatbestand* des § 823 Abs. 1 BGB gegenüber.

---

<sup>283</sup> Dritter Teil, 2. Kap. Punkt III. 2. d. bb.

## Zweiter Teil – Software im Rahmen von § 823 Abs. 1 BGB

### Vorüberlegung: Gibt es im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB überhaupt einen Produktbezug?

Im Produkthaftungsgesetz wird der Anwendungsbereich auf „Produkte“ begrenzt (*Wortlaut § 1 ProdHaftG: „Wird durch den Fehler eines Produkts jemand getötet [...] so ist der Hersteller des Produkts verpflichtet, dem Geschädigten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen“*). Das Tatbestandsmerkmal „Produkt“ wird damit zum Schlüsselbegriff<sup>284</sup> für den gesamten Anwendungsbereich der harmonisierten Produkthaftung.

Die deliktische Produzentenhaftung gem. § 823 Abs. 1 BGB ist demgegenüber nicht auf bestimmte Objekte oder Güter begrenzt, sondern - weil als Verhaltenshaftung ausgestaltet - im Grundsatz *güteroffen*. Es stellt sich damit die Frage, ob es überhaupt einen Produktbezug im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB gibt oder die Einbeziehung von Software nicht gänzlich unproblematisch ist. Augenscheinlich ist der Produktbegriff aber auch im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB nicht völlig bedeutungslos, da das in Rede stehende Verhalten im Ergebnis auf das fehlerhafte Produkt bezogen ist. Möglicherweise setzt also auch § 823 Abs. 1 BGB implizit ein „Produkt“ ähnlich wie § 2 ProdHaftG voraus. Ein solch impliziter Produktbezug könnte sich zum Beispiel daran zeigen, dass der Produktbegriff auch ganz selbstverständlich im Zusammenhang mit der deliktischen Produzentenhaftung verwendet wird.<sup>285</sup> Produzentenverhalten und Produkt werden also auch im Kontext des § 823 Abs. 1 BGB nicht völlig losgelöst voneinander betrachtet, einfach weil sich die Verletzung der Verkehrssicherungspflicht regelmäßig im Produkt manifestiert.<sup>286</sup> Die gedankliche Verknüpfung zum Produkt zeigt sich exemplarisch an folgenden durch die Rechtsprechung vorgenommenen Formulierungen: *„Der Begriff des „Fehlers“ ist in § 3 ProdHaftG legal definiert. Dieser Fehlerbegriff hat gleichermaßen Bedeutung für den Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB“*.<sup>287</sup> Und: *„weil ein Fehler des Produkts nicht festgestellt werden kann, scheidet auch eine Haftung aus §§ 823 ff. BGB“*.<sup>288</sup> Durch die Bezugnahme zum Fehlerbegriff, der wiederum am „Produkt“ ansetzt, wird die Prüfung des Produzentenverhaltens im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB bereits objektiviert, so

---

<sup>284</sup> Fitz/Grau, in: Fitz/Grau/Reindl, § 4 PHG Rn. 8.

<sup>285</sup> Siehe nur BGH, Urt. v. 02.02.1999 – VI ZR 392/97, NJW 1999, 1028.

<sup>286</sup> So auch Schaub, in: Prütting/Wegen/Weinrich, § 823 BGB Rn. 185.

<sup>287</sup> LG Kiel, Urt. v. 19.08.2011 – 5 O 274/09 mit Verweis auf BGH, Urt. v. 17.03.2009 – VI ZR 176/08, NJW 2009, 1669, Kirschtaler.

<sup>288</sup> LG Köln, Urt. v. 20.04.2011 – 25 O 312/06.

dass eine vollständige Negierung des Produktes wohl nicht gelingen kann. Dies resultiert auch aus der Erkenntnis, dass der *Fehler am Produkt* regelmäßig dem *Fehler im Verhalten* folgt. Zwar ist *Wagner* Recht zu geben, wenn er meint, dass die Fehlertypen im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB „reformuliert“<sup>289</sup> werden müssen, nämlich als „Pflichten zu sorgfältigem Verhalten“<sup>290</sup>, dennoch kann auch diese Formulierung nicht darüber hinwegtäuschen, dass das „sorgfältige Verhalten“ auf die Produktion und das zu erreichende Endergebnis, also das „Produkt“ gerichtet ist. Obwohl die Pflichtverletzung das „Kernstück der Haftungs begründung“<sup>291</sup> ist, orientiert sich der *Pflichteninhalt* jedoch an der konkreten Gefahrenquelle, womit im Bereich der Produkthaftung das „Produkt“ angesprochen ist. Die Sorgfaltspflichten im Rahmen der deliktischen Produzentenhaftung sind damit faktisch objektiviert, so dass auch *Wagner* meint, dass diese nicht ausschließlich „verhaltens-, sondern erfolgs- bzw. gegenstandsbezogen formuliert“<sup>292</sup> werden müssen. Trotz dieses Befundes ist das „Produkt“ im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB bislang durch die Rechtsprechung nicht konkretisiert worden, obwohl der Begriff regelmäßig verwendet wird. Dass die begriffliche Bezugnahme zum „Produkt“ allerdings nicht unproblematisch ist, zeigt sich indes auch im Rahmen der deliktischen Produzentenhaftung, dann nämlich, wenn Güter in Rede stehen, die nicht physisch greifbar sind, wie z.B. Druckerzeugnisse. Auch bei Abfällen scheint der Produktbegriff nicht passend, da diese nicht unmittelbares Produktionsprodukt sind. In diesen Fällen wird nämlich vom Produktbegriff abgewichen und stattdessen auf weniger rechtlich belastete Synonyme zurückgegriffen, wie „(Industrie)-Erzeugnis“<sup>293</sup> oder „Erzeugnisse mit „negativem Wert““.<sup>294</sup> Für den Bereich des § 823 Abs. 1 BGB stellt sich also die Frage, ob der Tatbestand jedenfalls implizit auf bestimmte Güter begrenzt ist; der Produktbegriff also auch hier Relevanz hat. Für diesen Fall wäre auch im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB die Einbeziehung von Software in die deliktische Produzentenhaftung zu problematisieren.

## I. § 823 Abs. 1 BGB als güteroffener Tatbestand ohne Produktbezug

Die Frage nach der Relevanz beziehungsweise Notwendigkeit einer konkreten Definition des

---

<sup>289</sup> *Wagner*, in: MüKoBGB (2015), § 823 BGB Rn. 642.

<sup>290</sup> *Wagner*, in: MüKoBGB (2015), § 823 BGB Rn. 642.

<sup>291</sup> *Wagner*, in: MüKoBGB (2015), § 823 BGB Rn. 297.

<sup>292</sup> *Wagner*, in: MüKoBGB (2015), § 823 BGB Rn. 642.

<sup>293</sup> BGH, Urt. v. 04.10.1972 – VIII ZR 117/71, NJW 1972, 2300; BGH, Urt. v. 07.07.1970 – VI ZR 223/68, GRUR 1971, 328, *Carter-Robbins-Test*.

<sup>294</sup> BGH, Urt. v. 07.10.1975 – VI ZR 43/74, NJW 1976, 46.

Produktbegriffs im Rahmen von § 823 Abs. 1 BGB wird in der Literatur mit einer Streuweite von reduzierter Relevanz<sup>295</sup> bis „wichtig“<sup>296</sup> beantwortet, jedoch insgesamt nur stiefmütterlich behandelt.<sup>297</sup>

*Wagner* fragt als einer der wenigen<sup>298</sup>, ob der Rechtsbegriff „Produkt“ auch im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB den Anwendungsbereich der Produkthaftung determiniert, schließt dies jedoch schlussendlich aus. Hierbei verneint *Wagner* insgesamt eine „Determinationskraft“<sup>299</sup> des Produkthaftungsgesetzes in die deliktische Produzentenhaftung hinein, da kein „normativer Grund“ ersichtlich sei, warum im Deliktsrecht ein „Sachbegriff“ gelten solle.<sup>300</sup> *Wagner* zieht zur Begründung die Beweislastumkehr heran, die nämlich keine Reaktion auf die „spezifischen Eigenarten beweglicher Sachen“ sei, sondern vielmehr als Vehikel für die Nachweis-schwierigkeiten bei arbeitsteiligen Produktionsprozessen diene.<sup>301</sup> Damit steht *Wagner* mit-hin auf der Seite der überwiegenden Literaturansicht<sup>302</sup>, die im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB nicht nach den Eigenschaften des Produkts fragt und es auch für irrelevant hält, woher ein Produkt kommt.<sup>303</sup> Dem ist im Ergebnis auch zuzustimmen, da sich aus § 823 Abs. 1 BGB nicht ergibt, dass der Pflichtenbereich der Warenherstellung auf ausschließlich bewegliche Sachen begrenzt sein soll. Bereits die frühere Bezeichnung „Haftung des Warenherstellers“<sup>304</sup> deutet darauf hin, dass sämtliche Güter, die Teil der Warenherstellung sein können, den Grundsätzen der Produzentenhaftung unterliegen. Zwar waren dies lange Zeit ausschließlich physisch greifbare Güter, gleichwohl ist nicht ersichtlich, warum die Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB auf diese beschränkt sein soll. Vergegenwärtigt man sich, dass der Grund der Haftung des Warenherstellers die zwischen dem Hersteller und dem Bezieher einer Ware bestehende „Sonderrechtsverbindung“<sup>305</sup> ist (auf die auch der BGH<sup>306</sup> mit Bezug auf *Lorenz*<sup>307</sup> in seiner

---

<sup>295</sup> *Schaub*, in: Prütting/Wegen/Weinrich (2016), § 823 BGB Rn. 185 („Dadurch reduziert sich auch der Streit um die Reichweite des Produktbegriffs“).

<sup>296</sup> *Wagner*, in: MüKoBGB (2015), § 823 BGB Rn. 624 stuft diese Frage als „wichtig“ ein.

<sup>297</sup> Der Angrenzungsproblematik scheinbar aus dem Weg gehend, *Brüggemeier/Reich*, WM 1986, 149, 150, („Den Abgrenzungsproblemen soll hier nicht weiter nachgegangen werden“).

<sup>298</sup> *Wagner*, in: MüKoBGB (2015), § 823 BGB Rn. 642; überdies zu nennen, ist noch die Auseinandersetzung von *Schaub*, die zunächst feststellt, dass sich zwar Verletzung der Verkehrssicherungspflicht in dem Fehler des Produkts manifestiert, haftungsbegründend letztlich aber die Verletzung der Verkehrssicherungspflicht sei *Schaub*, in: Prütting/Wegen/ Weinrich (2016), § 823 BGB Rn. 186.

<sup>299</sup> *Wagner*, in: MüKoBGB (2015), § 823 BGB Rn. 624.

<sup>300</sup> *Wagner*, in: MüKoBGB (2015), § 823 BGB Rn. 624.

<sup>301</sup> *Wagner*, in: MüKoBGB (2015), § 823 BGB Rn. 624 („Herzstück der deliktischen Produzentenhaftung“).

<sup>302</sup> So insbesondere *Spindler*, in: Bamberger/Roth (2008), § 823 BGB Rn. 483; *Wagner*, in: MüKoBGB (2015), § 823 BGB Rn. 624; *Schaub*, in: Prütting/Wegen/Weinrich (2016), § 823 BGB Rn. 185.

<sup>303</sup> *Spindler*, in: Bamberger/Roth (2008), § 823 BGB Rn. 483.

<sup>304</sup> Vgl. auch die Wahl der Themenüberschrift des Karlsruher Forums 1963 „Zur Haftung des Warenherstellers“.

<sup>305</sup> *Lorenz*, VersR Beiheft 1963, 8.

<sup>306</sup> „Besondere Überlegung verdient der Gedanke, eine auf dem Gesetz beruhende, aus dem Vertrauensgedanken

*Hühnerpest*-Entscheidung<sup>308</sup> abstellt), wird deutlich, dass der Grund der Haftung nicht in der *Art des Produktes* liegt, sondern in der *Beziehung* zwischen dem Hersteller und dem Konsumenten. Diese beiden sind nämlich miteinander verbunden und zwar deshalb, weil der Hersteller ein Vertrauen für sein Produkt erweckt und deshalb hierfür auch einzustehen hat.<sup>309</sup> Damit kommt es im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB bereits rechtshistorisch nicht auf die Art des Produktes an, sondern lediglich auf die Beziehung zwischen dem Hersteller und dem Konsumenten. Insoweit ist es auch legitim, wenn der Begriff „Produkt“ im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB weder konkretisiert noch der einzige Begriff ist, der in diesem Kontext verwendet wird. Vielmehr steht er schlichtweg Pate für alle Warenkategorien und ist damit nicht als ein rechtstechnischer Begriff anzusehen.

§ 823 Abs. 1 BGB kann damit zu Recht und auch für den Bereich der Produkthaftung als *güteroffener Tatbestand* deklariert werden. Folgerichtig unterliegt Software und der Softwarefehler der Produkthaftung gem. § 823 Abs. 1 BGB. Dies entspricht auch der herrschenden Literaturmeinung.<sup>310</sup>

## II. Diskrepanz des güteroffenen Tatbestandes in § 823 Abs. 1 BGB zum auf „bewegliche Sachen“ begrenzten Anwendungsbereichs im ProdHaftG

Damit scheinen weitere Überlegungen zur Ausgangsfrage an dieser Stelle eigentlich obsolet zu sein.

Lediglich der Befund, dass § 823 Abs. 1 BGB damit deutlich von dem auf „bewegliche Sachen“ eingegrenzten Anwendungsbereich des ProdHaftG abweicht, lässt Zweifel dahingehend aufkommen, ob nicht aus anderer Perspektive Überlegungen notwendig sind. Die Frage ist, wie kann es sein, dass die Einbeziehung von Software bei § 823 Abs. 1 BGB derart unproblematisch ist, während dieselbe Frage im Rahmen des ProdHaftG derart diskutiert wird. Die Antwort liegt, wie gerade gezeigt, in den unterschiedlichen Anwendungsbereichen beider Normen. Zuzugestehen ist, dass sich die Feststellung, dass § 823 Abs. 1 BGB einen weiteren Anwendungsbereich als das ProdHaftG aufweist, erst in jüngerer Zeit offenkundig wird. Denn erst durch die Existenz digitaler Güter wird die Begrenzung auf „bewegliche Sachen“ im

---

entwickelte quasikontraktliche Sonderrechtsbeziehung zwischen Hersteller und Verbraucher anzuerkennen“, BGH, Urt. v. 26.11.1986 – VI ZR 212/66, NJW 1969, 269 mit Anm. *Diederichsen, Hühnerpest*.

<sup>307</sup> *Lorenz*, VersR Beiheft 1963, 8, 16, der die „Sonderrechtsbeziehung“ herleitet und auf das Vertrauen des Konsumenten abstellt, „um das Warenhersteller und Großverteiler in sozial ernstgemeinter Weise geworben haben.“

<sup>308</sup> BGH, Urt. v. 26.11.1968 – VI ZR 212/66, NJW 1969, 269 mit Anm. *Diederichsen, Hühnerpest*.

<sup>309</sup> BGH, Urt. v. 26.11.1968 – VI ZR 212/66, NJW 1969, 269, 273 mit Anm. *Diederichsen, Hühnerpest*.

<sup>310</sup> Siehe nur *Foerste*, in: *Foerste/v. Westphalen*, § 24 Rn. 171; *Lehmann*, NJW 1992, 1721; *Hohmann*, 1999, 521; *Taege*, S. 239ff.; *Günther*, S. 253 ff.; *Spindler*, NJW 2004, 3145 („unstrittig“).

ProdHaftG virulent und offenbart zugleich die Flexibilität des § 823 Abs. 1 BGB. Solange Produktionsgüter stets physisch greifbare Güter waren, fiel die güteroffene Struktur des § 823 Abs. 1 BGB nicht derart auf. Gleichwohl kann der Feststellung nicht aus dem Weg gegangen werden, dass durch diese Offenheit für sämtliche Güter faktisch § 823 Abs. 1 BGB einen weiteren Anwendungsbereich vorsieht als das ProdHaftG. Dieselbe Feststellung betrifft zum Beispiel auch Wasser, das jedenfalls nicht ausdrücklich in den Anwendungsbereich des ProdHaftG mit einbezogen ist, an dessen Sachqualität man aber durchaus zweifeln könnte. Im Ergebnis führen die unterschiedlich weiten Anwendungsbereiche dazu, dass für denselben Rechtsbereich zwei Rechtsvorschriften existieren, die zu unterschiedlichen Ergebnissen führen können, und zwar immer dann, wenn die Sachqualität nicht eindeutig zu bestimmen ist.

Vor dem Hintergrund, dass aber gerade das ProdHaftG als harmonisiertes Recht die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben umsetzt, also das Gemeinschaftsrecht repräsentiert und § 823 Abs. 1 BGB vielmehr das Überbleibsel der nationalen Regelung ist, stellt sich die Frage, ob dies eigentlich richtlinienkonform ist. Mithin ist weniger danach zu fragen, *ob* Software in den Anwendungsbereich des § 823 Abs. 1 BGB einbezogen ist, sondern vielmehr danach, ob die Beibehaltung beziehungsweise parallele Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB auf dem Gebiet der Produkthaftung *richtlinienkonform* ist. An der Richtlinienkonformität lässt sich nämlich zweifeln, weil die Existenz vorbestehender nationaler Regelungen im Falle der Richtliniensezung allein davon abhängen, ob der Gemeinschaftsgesetzgeber dies so vorgesehen hat. Ausgangspunkt weiterer Überlegungen ist, dass ein über die Vorgaben der Richtlinie hinausgehender und weiterer Anwendungsbereich in (vorbestehenden) nationalen Rechtsvorschriften eine *Abweichung* von den Richtlinienvorgaben darstellt. Eine Abweichung von den Richtlinienvorgaben ist grundsätzlich dann unzulässig, wenn mit der Richtlinie eine Vollharmonisierung erreicht werden soll.<sup>311</sup> Richtlinien stehen als Teil des Gemeinschaftsrechts über dem nationalen Recht und konstituieren ein supranationales und autonomes Recht.<sup>312</sup> Aus diesem Grund kann sich die Zulässigkeit abweichender Vorschriften im nationalen Recht stets nur aus der Richtlinie selbst ergeben. Nun könnte man an dieser Stelle einfach auf § 15 Abs. 2 ProdHaftG hinweisen, der auf Art. 13 der Produkthaftungsrichtlinie zurückgeht. Danach bleiben nämlich alle „Ansprüche, die ein Geschädigter aufgrund der Vorschriften über die ver-

---

<sup>311</sup> Hierauf auch ausdrücklich, insbesondere auch für den Anwendungsbereich des Produkthaftungsrechts hinweisend, Oechsler, in: Staudinger (2014), unerlaubte Handlungen, § 2 ProdHaftG Rn. 67.

<sup>312</sup> Das europäische Recht substituiert staatliche Hoheitsgewalt durch Unionsgewalt, wodurch eine supranationale Organisation entsteht, die autonomes Recht setzt, vgl. Herdegen (2011), S. 70, 71.

tragliche und außervertragliche Haftung“ hat von der Richtlinie unberührt. Dieser Hinweis, der im Übrigen bereits seit 1990 Konsens ist, ist jedoch dürftig. Denn er berücksichtigt nicht, dass mit den EuGH-Entscheidungen im Jahre 2002<sup>313</sup> eine vollständige Neu-Interpretation des Art. 13 vorgenommen wurde, wodurch die weitere Anwendung nationaler Rechtsvorschriften auf dem Gebiet der Produkthaftung massiv zu Gunsten einer Stärkung des harmonisierten Rechts gekippt worden ist.<sup>314</sup> Diese Rechtsprechung – und das konstatiert auch *Oechsler* – ist bislang „seltsam“<sup>315</sup> unreflektiert geblieben. Diese unreflektierte Haltung der Rechtswissenschaft und Praxis zum Verhältnis zwischen § 823 Abs. 1 BGB und Produkthaftungsrichtlinie kann jedoch beinahe als traditionell bezeichnet werden. Nicht nur, dass bereits der deutsche Gesetzgeber bei Erlass des ProdHaftG hervorgehoben hat, dass „quantitativ“<sup>316</sup> mit der Richtlinie kaum Änderungen verbunden sind, sondern auch in der Literatur wurden Diskrepanzen zwischen beiden Rechtsvorschriften nur vereinzelt kritisch hervorgehoben und diskutiert.<sup>317</sup> Das von *Oechsler* als seltsam unreflektiert bezeichnete Verhalten ist also vor allem darin begründet, dass nach allgemeiner Ansicht § 823 Abs. 1 BGB ohnehin bereits den Harmonisierungsvorgaben entsprach und zudem auch besser bekannt war. Dies bestätigt auch der Kommissionsbericht noch im Jahr 2001<sup>318</sup>, indem festgestellt wird, dass die nationalen Vorschriften immer noch weithin zur Anwendung kommen. Dass Abweichungen vom Gemeinschaftsrecht jedoch nur in engen Grenzen zulässig sind, weil es ansonsten zu einer „Beeinträchtigung der Einheit und Wirksamkeit“<sup>319</sup> des Gemeinschaftsrechts kommt, bleibt dabei weitestgehend unberücksichtigt. Die nur vereinzelt Literaturstimmen, wie etwa die von *Diederichsen* im Jahre 1988 dahingehend, dass die Fragen zum Produktfehler oder des Produktes „unabhängig vom Ort der Fragestellung jeweils die gleiche Antwort“ liefern muss, fand kaum Eingang. *Diederichsen* spricht sich für einen notwendigerweise herzu-

---

<sup>313</sup> Grundlegend zur lange vorherrschenden Unsicherheit bezüglich des Harmonisierungsgrads der Produkthaftungsrichtlinie sowie zur EUGH-Entscheidung im Zweiten Teil, 2. Kap. II.

<sup>314</sup> Vgl. Zweiter Teil, 2. Kap. II.2.

<sup>315</sup> Eine „seltsam“ unreflektierte Haltung deutet bereits *Oechsler an*, *Oechsler*, in: Staudinger (2014), unerlaubte Handlungen, § 15 ProdHaftG Rn. 15.

<sup>316</sup> BT-Drs. 11/2447, S. 11.

<sup>317</sup> *Rolland* zum Beispiel zeigte Diskrepanzen in Bezug auf den Arzneimittelhersteller auf, *Rolland*, in: FS Lorenz, S. 193 ff.

<sup>318</sup> KOM(2000) 893 endg., S. 9.

<sup>319</sup> Ausführlich in EuGH, Urt. v. 17.12.1970 – Rs. 11/70 („Die einheitliche Geltung des Gemeinschaftsrechts würde beeinträchtigt, wenn bei der Entscheidung über die Gültigkeit von Handlungen der Gemeinschaftsorgane Normen oder Grundsätze des nationalen Rechts herangezogen würden. Die Gültigkeit solcher Handlungen kann nur nach dem Gemeinschaftsrecht beurteilt werden; denn dem vom Vertrag geschaffenen, somit aus einer autonomen Rechtsquelle fließenden Recht, können wegen seiner Eigenständigkeit keine wie immer gearteten innerstaatlichen Rechtsvorschriften vorgehen, wenn ihm nicht sein Charakter als Gemeinschaftsrecht aberkannt und wenn nicht die Rechtsgrundlage der Gemeinschaft selbst in Frage gestellt werden soll.“); speziell für den Bereich der Produkthaftung auch EuGH, Urt. v. 25.04.2002 – C-52/00, Rn. 33.

stellenden Gleichklang zwischen § 823 Abs. 1 BGB und dem Produkthaftungsgesetz aus, um gerade „Auslegungsdivergenzen“, wie sie oben beschrieben worden sind, zu vermeiden.<sup>320</sup> *Diederichsen* begründet dies damit, dass nicht die eine Rechtsvorschrift durch die andere abgelöst wird, sondern sich vielmehr das Produkthaftungsgesetz über § 823 Abs. 1 BGB „darüber schiebt“<sup>321</sup>, also gerade nicht Anspruchsnormenkonkurrenz<sup>322</sup> vorliegt. Auch *Schaub* geht bei der Verhältnisfrage in die Tiefe und stellt hierzu fest, dass die von der Richtlinie ausgehende Sperrwirkung kaum beachtet wird.<sup>323</sup>

Nach alledem ist es angezeigt, auch vor dem Hintergrund der Digitalisierung und dem Aufkommen digitaler Güter, sich mit dem Verhältnis von § 823 Abs. 1 BGB und Produkthaftungsrichtlinie auseinander zu setzen und grundsätzlich zu fragen, ob § 823 Abs. 1 vollständig, teilweise oder auch gar nicht parallel zum ProdHaftG angewendet werden darf.

## **1. Kapitel: nationales Recht im Verhältnis zum Unionsrecht**

In gebotener Kürze ist hierfür zunächst auf die Systematik von Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht sowie auf die Regelungstechnik des Gemeinschaftsgesetzgebers einzugehen. Die Beziehung von nationalem Recht und Gemeinschaftsrecht hängt dabei maßgeblich vom Harmonisierungsgrad und Harmonisierungsbereich der konkreten Richtlinie ab.

### **I. Das europäische Recht als supranationale Rechtsordnung**

Die Europäische Union, die seit dem Vertrag von Lissabon<sup>324</sup> die zuvor bestehende Europäische Gemeinschaft abgelöst hat, besitzt als supranationale Organisation von den Mitgliedstaaten übertragene Hoheitsrechte und übt einen von den Mitgliedstaaten unabhängigen, autonomen Gesetzeswillen aus. Der EuGH proklamierte in *van Gend & Loos*<sup>325</sup> eine „neue

---

<sup>320</sup> *Diederichsen*, in: Schriftenreihe der Arbeitsgemeinschaften des Deutschen Anwaltsverein (1988), S. 9, 20, 22, wobei er die Vermeidung von Auslegungsdivergenzen auch ausdrücklich auf den Produktbegriff bezieht.

<sup>321</sup> *Diederichsen*, in: Schriftenreihe der Arbeitsgemeinschaften des Deutschen Anwaltsverein (1988), S. 9, 32.

<sup>322</sup> Auch wenn *Diederichsen* selbst zugibt, dass der Wortlaut und die Materialien der Richtlinie ein solches Konzept zunächst nahelegen, was insbesondere auch durch die Öffnungsklausel gem. Art. 13 intendiert wird, *Diederichsen*, in: Schriftenreihe der Arbeitsgemeinschaften des Deutschen Anwaltsverein (1988), S. 17.

<sup>323</sup> *Schaub*, ZEuP 2003, 562, 578.

<sup>324</sup> Der Vertrag von Lissabon vom 01.12.2009, verfügt über zwei Teile, nämlich dem Vertrag über die Europäische Union und dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union.

<sup>325</sup> EuGH, Urt. v. 05.02.1963 – C-26/62.

Rechtsordnung“, „zu deren Gunsten die Staaten, [...] ihre Souveränitätsrechte eingeschränkt haben“.<sup>326</sup> Diese „neue Rechtsordnung“ wird über das Primär- und Sekundärrecht gestaltet. Das Primärrecht besteht aus dem Vertrag über die Europäische Union (EUV) und dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) und stellt nach dem Willen des EuGH „Grundlage, Rahmen und Grenze“<sup>327</sup> der europäischen Rechtsetzung dar. Als Sekundärrecht werden die „Akte der EU-Organe und Institutionen, die auf Grundlage des Primärrechts erlassen“<sup>328</sup> bezeichnet. Das Primärrecht ermöglicht die Rechtssetzung des Sekundärrechts in Form von Verordnungen (Art. 288 Abs. 2 AEUV) oder Richtlinien (Art. 288 Abs. 3 AEUV), die ihrerseits die Mitgliedsstaaten und deren nationale Organe in verschiedener Weise verpflichten und binden. Während die Verordnung unmittelbar in den Mitgliedstaaten gilt, muss die Richtlinie in nationales Recht umgesetzt werden; wirkt also nicht unmittelbar.<sup>329</sup> Verordnung und Richtlinie sind das „Gesetzesrecht der Union“<sup>330</sup> und dienen der europäischen Rechtsangleichung. Das Gesetzesrecht der Union ist nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung<sup>331</sup> (Art. 5 Abs. 1 EUV) auf bestimmte in den Verträgen genannte Bereiche begrenzt, womit eine uferlose Gemeinschaftsrechtsetzung vermieden und auch der grundsätzlichen Souveränität der Mitgliedstaaten Rechnung getragen wird. Dass diese grundsätzliche Kompetenzbeschränkung der Union durch Auslegungssätze, wie z.B. der *implied powers*-Lehre<sup>332</sup> oder auch dem Grundsatz des *effet utile*<sup>333</sup>, jedoch immer wieder versucht wird zu erweitern, soll hier nicht weiter erörtert werden. Für das Verhältnis zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht ist entscheidend, dass die Verordnung durch ihre unmittelbare Wirkung das nationale Recht schlicht ablöst. Richtlinien dagegen wirken unterschiedlich in das nationale Recht hinein, wobei der Umfang des Hineinwirkens maßgeblich davon abhängt, welche Gestaltungsspielräume eine Richtlinie den Mitgliedstaaten lässt.

---

<sup>326</sup> EuGH, Urt. v. 05.02.1963 – C-26/62; bestätigt in EuGH, Gutachten v. 14.12.1991 – C-1/91, Rn. 21.

<sup>327</sup> EuGH, Urt. v. 05.10.1978 – Rs. 26/78, *Viola*.

<sup>328</sup> *Nettesheim*, in: Oppermann/Classen/Nettesheim (2016), § 10 Rn.44.

<sup>329</sup> Ausnahmsweise ist eine unmittelbare Wirkung der Richtlinie anerkannt, wenn diese trotz Fristablauf nicht in nationales Recht umgesetzt wurde und wenn die Richtlinie von ihrer Bestimmtheit her, geeignet ist im Einzelfall angewendet zu werden, *Herdegen* (2011), § 8 Rn. 45; zur unmittelbaren Wirkung von Richtlinien siehe auch EuGH, Beschl. 04.12.1974 – Rs. 41/74, NJW 1975, 2165 (Leitsatz), von *Duyn*.

<sup>330</sup> *Bergmann*, in: Bergmann, Stichwort: Sekundärrecht.

<sup>331</sup> *Nettesheim*, in: Oppermann/Classen/Nettesheim (2016), § 9 Rn. 67.

<sup>332</sup> Die *implied-powers*-Regel stammt aus dem Völkerrecht und besagt, dass auch ungeschriebene Kompetenzen im Zweifel übertragen werden, wenn die Ausübung der geschriebenen Kompetenzen vernünftigerweise nicht möglich wäre, ohne von einer Übertragung auch etwaiger ungeschriebener Kompetenzen auszugehen, vgl. etwa EuGH, Urt. v. 29.11.1956 – Rs. 8-55, Slg. 1955/56; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (2016), Art. 1 AEUV Rn. 14.

<sup>333</sup> Lehre von der praktischen Wirksamkeit einer Rechtsnorm.

## II. Die Richtlinie und ihr Verhältnis zum nationalen Recht

Das Verhältnis des Gemeinschaftsrechts zum nationalen Recht lässt sich demnach nicht mit der einfachen Formel „Unionsrecht bricht Mitgliedstaatenrecht“<sup>334</sup> klären, jedenfalls dann nicht, wenn Gemeinschaftsrecht durch Richtlinien gesetzt wird. Diese Formel geht schon deshalb nicht auf, weil Richtlinien das Recht vielfach nur „fragmentarisch“<sup>335</sup> vereinheitlichen und außerhalb dieser Fragmente der Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten ohnehin unangetastet bleibt. Insoweit kommt es zur Verdeutlichung des Verhältnisses bereits wesentlich darauf an, welches „Rechts“-fragment durch die Richtlinie vereinheitlicht wird. Das Rechtsfragment wird durch den Harmonisierungsbereich der konkreten Richtlinie determiniert. Der innerhalb dieses Fragments bestehende Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten, wobei als Gestaltungsspielraum auch die Beibehaltung vorbestehender Rechtsvorschriften zu nennen ist, hängt davon ab, welchen Harmonisierungsgrad eine Richtlinie aufweist.

Die sich über den Harmonisierungsgrad und Harmonisierungsbereich ergebenden Gestaltungsspielräume können als *inhaltliche Gestaltungsspielräume* bezeichnet werden. Daneben wird den Mitgliedstaaten bereits über Art. 288 Abs. 3 AEUV ein *konzeptioneller Gestaltungsspielraum* belassen. Bevor auf die Gestaltungsspielräume der Mitgliedstaaten eingegangen werden soll, ist zunächst die sog. Harmonisierungswirkung zu beschreiben.

### 1. Harmonisierungswirkung

Ist ein bestimmter Rechtsbereich harmonisiert, tritt die sog. „Harmonisierungswirkung“<sup>336</sup> ein. Gemeint ist damit, die Wirkung, die das europäische Sekundärrecht auf das nationale Recht hat. Normative Grundlage für die Harmonisierungswirkung ist Art. 288 Abs. 3 AEUV, wonach „die Richtlinie für jeden Mitgliedstaat [...] verbindlich“ ist. Damit verdrängt europäisches Sekundärrecht nationales Recht, soweit es dem Sekundärrecht widerspricht. Es setzt zudem auch für die zukünftige Rechtsetzung eine „Schranke“.<sup>337</sup> Für den Bereich der Harmonisierung kommt es also zu einem „faktischen Souveränitätsverlust“<sup>338</sup> für den nationalen Gesetzgeber. Wie gleich zu zeigen sein wird, bedeutet Vollharmonisierung einen vollständi-

---

<sup>334</sup> Formel nach *Köndgen*, in: Riesenhuber (2015), § 6 Rn. 11.

<sup>335</sup> Auch *Köndgen* weist auf die nur fragmentarische Rechtssetzung durch Richtlinien hin und beschreibt es geradezu als „Übung“, dass einer mindestharmonisierenden Richtlinie, die ihr Ziel verfehlt, häufig eine vollharmonisierende Richtlinie folgt, vgl. *Köndgen*, in: Riesenhuber (2015), § 6 Rn. 39.

<sup>336</sup> Begriff entlehnt von *Mittwoch*, S. 11.

<sup>337</sup> *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (2016), Art. 288 AEUV Rn. 130.

<sup>338</sup> *Magnus*, JZ 1100, 1103 mwN; *Prokopf*, S. 110 (Verlust der „Dispositionsfreiheit“).

gen Souveränitätsverlust und Mindestharmonisierung einen teilweisen Souveränitätsverlust. Dieser Souveränitätsverlust rechtfertigt sich auch aus Kompetenz Gesichtspunkten. Für viele Rechtsbereiche gibt es zwischen Gemeinschaftsgesetzgeber und nationalem Gesetzgeber eine „geteilte Zuständigkeit“ (Art. 2 Abs. 2 AEUV). Nach überwiegender Literaturmeinung handelt es sich hierbei um eine Art „konkurrierende Kompetenz“<sup>339</sup>, die das souveräne gesetzgeberische Handeln der Mitgliedstaaten nur dort erlaubt, wo der Unionsgesetzgeber nicht tätig geworden ist. Ist der Gemeinschaftsgesetzgeber tätig geworden, löst dies ein „Handlungsverbot“<sup>340</sup> aus. Eigene nationale Rechtsetzung, mithin mitgliedstaatliche Alleingänge, werden damit unterbunden. Mitgliedstaatlicher Gestaltungsspielraum gibt im harmonisierten Bereich nur über die bereits erwähnten konzeptionellen und inhaltlichen Gestaltungsspielräume.

## 2. Konzeptionelle Gestaltungsspielräume

Art. 288 Abs. 3 AEUV gibt den Mitgliedstaaten bereits einen konzeptionellen Gestaltungsspielraum, weil diese in der Wahl der „Form und Mittel“ der Umsetzung frei sind. Damit sind die Mitgliedstaaten in der grundsätzlichen *Konzeption* der Umsetzung frei. Möglich ist die Integration in bestehende Gesetze, der Erlass neuer Gesetze oder auch die Beibehaltung bereits vorhandener Rechtsvorschriften, wenn diese bereits dem Ziel der Richtlinie entsprechen. Die Richtlinie wird wegen dieser konzeptionellen Freiräume, die nämlich der Souveränität des Mitgliedstaates Rechnung tragen, auch als der „geschmeidigere Rechtsakt“<sup>341</sup> bezeichnet.

Die Souveränität der Mitgliedstaaten im Richtlinienrecht ist jedoch nicht zu überschätzen. Art. 288 Abs. 3 AEUV verpflichtet die Mitgliedstaaten das „Ziel der Richtlinie“<sup>342</sup> umzusetzen, so dass sich die Entscheidungsfreiheit darin erschöpft, „[nur] die Formen und Mittel [zu] wählen, die sich zur Gewährleistung der praktischen Wirksamkeit der Richtlinien unter Berücksichtigung des mit ihnen verfolgten Zwecks am besten eignen“.<sup>343</sup> Die „Zielverpflichtung“ beschränkt damit die Souveränität der Mitgliedstaaten. Wenn nämlich *expressis verbis* die

---

<sup>339</sup> Bauerschmidt, EuR 2014, 277, 285; Calliess, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 2 AEUV Rn. 12 mwN.

<sup>340</sup> Bauerschmidt, EuR 2014, 277, 285.

<sup>341</sup> Nettesheim, in: Oppermann/Classen/Nettesheim (2016), § 9 Rn. 83.

<sup>342</sup> Vgl. Art. 288 Abs. 3 AEUV („hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich“); Der Begriff „Ziel“ ist jedoch nicht einheitlich zu finden. Durch die Vielfalt der Vertragssprachen werden auch Begriffe wie „Ziel“, „Ergebnis“ oder „Resultat“ verwendet.

<sup>343</sup> EuGH, Urt. v. 08.04.1976 – Rs. 48/75, NJW 1976, 2065.

Mitgliedstaaten in der Wahl der Form und Mittel der Umsetzung frei sind und daraus insbesondere keine Verpflichtung folgt, den Wortlaut einer Richtlinie zu übernehmen, kann sich diese Freiheit dann „auf Null“ reduzieren, wenn nur ein Wortlaut geeignet ist, das Richtlinienziel zu erreichen. Die konzeptionellen Gestaltungsspielräume fallen daher kaum ins Gewicht.

### 3. Inhaltliche Gestaltungsspielräume

Wesentlich gewichtiger, insbesondere für das Verhältnis von (bestehendem) nationalem Recht und Gemeinschaftsrecht, sind die *inhaltlichen Gestaltungsspielräume*. Ob und in welchem Maße solche vorliegen, hängt maßgeblich vom *Harmonisierungsgrad*<sup>344</sup> und *Harmonisierungsbereich* der konkreten Richtlinie ab.

#### a. *Harmonisierungsgrad*

Hinsichtlich des Harmonisierungsgrades wird zwischen *Mindestharmonisierung* und *Vollharmonisierung* unterschieden.<sup>345</sup>

##### aa. Mindestharmonisierung

Ist eine Richtlinie als mindestharmonisierend<sup>346</sup> ausgestaltet, so gibt diese lediglich ein rechtliches Mindestschutzniveau vor, das durch mitgliedstaatliches Recht zu erreichen ist. Die in der Richtlinie festgelegten Vorgaben dürfen bei Umsetzung durch die Mitgliedstaaten deshalb nicht unterschritten, aber durchaus überschritten werden, womit es den Mitgliedstaaten erlaubt ist, ein höheres Schutzniveau durch nationale Regeln einzuführen oder beizubeh-

---

<sup>344</sup> In Teilen wird hierfür auch der Begriff der Harmonisierungsintensität verwendet, *Mittwoch*, S. 22; *Streinz*, in: Everling/Roth, S. 18.

<sup>345</sup> *Mittwoch* differenziert noch feiner, indem sie die Begriffe „Vollharmonisierung“ und „teilweise Harmonisierung“ als Oberbegriffe gegenüberstellt und unter letzterem dann die „optionelle Harmonisierung“ und „Mindestharmonisierung“ begreift. Die optionelle Harmonisierung wurde hauptsächlich auf dem Gebiet der technischen Normung angewendet, hat aber weitestgehend einen Bedeutungsverlust erlitten, weswegen in der vorliegenden Arbeit nur zwischen Vollharmonisierung und Mindestharmonisierung differenziert werden soll. Vertiefend zur optionellen Harmonisierung und dessen Bedeutungsverlust, *Mittwoch*, S. 27 ff.

<sup>346</sup> In Teilen wird hier auch mit dem Begriff der Teilharmonisierung operiert, der als Oberbegriff die Mindestharmonisierung und optionelle Harmonisierung (Hauptanwendungsfall ist die Harmonisierung technischer Vorschriften) erfassen soll, vgl. *Mittwoch*, S. 25-27.

halten.<sup>347</sup> Unterhalb des in der Richtlinie festgelegten Schutzniveaus verlieren die Mitgliedstaaten ihre rechtliche Gestaltungsfreiheit. Im Hinblick auf die Harmonisierungswirkung bedeutet dies, dass oberhalb des festgelegten Schutzniveaus faktisch keine Harmonisierung stattfindet. Die Union nimmt ihre Kompetenz quasi nur in verkürzter Weise wahr. Das Aufstellen einer Schutzuntergrenze hat damit auch zur Folge, verschiedene Rechtskonzepte nebeneinander bestehen können.<sup>348</sup> Mit der Mindestharmonisierung wird damit mehr auf den Ausgleich nationaler Souveränitätsinteressen und europäischer Harmonisierungsinteressen, und zwar zu Gunsten nationaler Souveränitätsinteressen, gesetzt.<sup>349</sup> Aus mitgliedstaatlicher Sicht ist das Konzept der Mindestharmonisierung vorteilhaft, da die Rechtssetzungssouveränität weniger beschnitten wird. Aus Effektivitätsgesichtspunkten ist das Konzept der Mindestharmonisierung nur ein Kompromiss.

#### bb. Vollharmonisierung

Wesentlich intensiver wirkt dagegen eine vollharmonisierende Richtlinie, da die Mitgliedstaaten diese „punktgenau“<sup>350</sup> umsetzen müssen. Das Ziel der punktgenauen Umsetzung ist in zwei Richtungen zu verstehen: Einerseits darf ein Mitgliedstaat, betrachtet vom aufgestellten Schutzniveau aus, weder nach unten abweichen<sup>351</sup>, noch darf über das Ziel der Richtlinie hinaus geschossen werden, auch nicht mit dem Argument, dass damit ein höherer Schutz erreicht würde.<sup>352</sup> Abweichungen von der Richtlinie unabhängig davon, ob es um eine Abmilderung oder Verschärfung geht, sind dem Mitgliedstaat grundsätzlich verwehrt.<sup>353</sup> Der Mitgliedstaat verliert vollständig seinen inhaltlich-rechtlichen Gestaltungsspielraum. Dies betrifft sowohl die direkt in Umsetzung der Richtlinie erlassenen neuen Rechtsvorschriften als auch das bestehende Recht, das ebenfalls nicht mehr angewendet werden darf, wenn dieses nicht im Einklang mit der Richtlinie steht.<sup>354</sup> Im Fall der Vollharmonisierung wirkt das europäische Gemeinschaftsrecht also disruptiv auf das nationale Recht ein, so dass es zu einer „völligen Angleichung“ kommt.<sup>355</sup>

---

<sup>347</sup> *Classen*, in: Oppermann/Classen/Nettesheim (2016), § 32 Rn. 35.

<sup>348</sup> *Micklitz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (2009), Vor. A 2. Richtlinien 85/577/EWG und 97/7/EG- systematischer Teil, Rn. 27.

<sup>349</sup> So auch *Mittwoch*, S. 29.

<sup>350</sup> *Mittwoch*, S. 30.

<sup>351</sup> *Mittwoch*, S. 29 mwN; *Schaub*, ZEuP 2011, 41, 45.

<sup>352</sup> *Mittwoch*, S. 30.

<sup>353</sup> *Spindler/Schuster*, in: Spindler/Schuster, 11. Teil (TKG), Vorbem. Rn. 10.

<sup>354</sup> *Riehm*, in: Gsell/Herresthal, (2009), S. 84.

<sup>355</sup> *Herdegen* (2011), § 19 Rn. 1.

### cc. Kompetenz und Feststellung des Harmonisierungsgrads

Die Kompetenz zur Festlegung des Harmonisierungsgrads liegt zur Gänze beim Gemeinschaftsgesetzgeber. Mit der Kompetenzübertragung im Allgemeinen geht notwendigerweise auch die Kompetenz einher, zu entscheiden, in welchem Maß harmonisiert werden soll. Nicht immer lässt sich diese Entscheidung jedoch *expressis verbis* aus der Richtlinie ablesen. Teilweise wird der Harmonisierungsgrad der jeweiligen Richtlinie ausdrücklich genannt, teilweise fehlt jedoch eine solche ausdrückliche Willensbekundung. In diesen Fällen ist der Harmonisierungsgrad durch Auslegung zu ermitteln. Die Mitgliedstaaten können zwar auch auf eine höchstrichterliche Entscheidung durch den EuGH - der als höchste und letztlich auch einzige Rechtsprechungsinstanz dazu berufen ist, europäisches Sekundärrecht auch im Hinblick auf den Grad der Harmonisierung auszulegen - hinwirken (vgl. Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV<sup>356</sup>), doch hängt dieses Vorgehen wesentlich von der Vorlagebereitschaft der mitgliedstaatlichen Gerichte ab. Ob diese Bereitschaft gegeben ist, hängt wohl auch davon ab, in welchem Maße Souveränitätsverluste zu befürchten sind. Jedenfalls ist aus mitgliedstaatlicher Sicht eine Mindestharmonisierung deutlich günstiger.

### **b. Harmonisierungsbereich**

Der Verlust des inhaltlichen Gestaltungsspielraums erstreckt sich – unabhängig vom zugrundeliegenden Harmonisierungsgrad – jedoch stets nur auf den konkreten Harmonisierungsbereich der Richtlinie.<sup>357</sup> Die Determinationskraft der Richtlinie kann über ihren eigenen Harmonisierungsbereich nicht hinausgehen. Dies ergibt sich bereits aus kompetenzrechtlichen Gründen, da (gerade im Falle der geteilten Zuständigkeit) die Regelungskompetenz der Mitgliedstaaten unberührt bleibt, solange und soweit nicht der Unionsgesetzgeber die Zuständigkeit ausübt.<sup>358</sup> Mit Harmonisierungsbereich ist der „fragmentarische“ Rechtsbereich gemeint, den die Richtlinie tatsächlich regelt.

### aa. Feststellung des Harmonisierungsbereichs

Die Determination des Harmonisierungsbereichs obliegt dem Gemeinschaftsgesetzgeber.

---

<sup>356</sup> Nach dem Wortlaut des Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV ist der EuGH mit der Aufgabe der „Auslegung und Anwendung der Verträge“ betraut.

<sup>357</sup> *Schaub*, ZEuP 2011, 41, 44.

<sup>358</sup> Siehe hierzu oben Zweiter Teil, 1. Kap. II.1.

Anders als der Harmonisierungsgrad ist der Harmonisierungsbereich jedoch sehr selten explizit im Richtlinien text genannt, was letztlich auch darin begründet ist, dass dieser selten mit wenigen Worten erfasst werden kann. Zusätzlich problematisch ist, dass Richtlinien auch eher selten einen gesamten Rechtsbereich umfassend regeln, sondern eben „fragmentarisch“<sup>359</sup> in bestimmte Rechtsbereiche hineinwirken, so dass es dann gerade auf die Feststellung dieser Fragmente ankommt. Auf die nachstehend (nicht abschließend) genannten Kriterien kann zur Feststellung gegebenenfalls zurückgegriffen werden.

### *(1) Kompetenztitel des Gemeinschaftsgesetzgebers*

Der Harmonisierungsbereich ist bereits durch die Kompetenzzuweisungen im Primärrecht beschränkt. Durch das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung kann der Gemeinschaftsgesetzgeber ohnehin nur in begrenztem Maße tätig werden, womit sich Kompetenzsphären auf tun, die auch Rückschluss über den Harmonisierungsbereich zulassen. Aus Art. 83 AEUV ergibt sich z.B. die Kompetenz des Gemeinschaftsgesetzgebers, das materielle Strafrecht in den „Bereichen besonders schwerer Kriminalität“, die typischerweise eine „grenzüberschreitende Dimension“ haben, zu harmonisieren. Ausdrücklich genannt sind hierbei Terrorismus, Menschenhandel oder Geldwäsche. Für andere, diesen Kriterien nicht entsprechende Straftatbestände, hat der Gemeinschaftsgesetzgeber keine Regelungskompetenz, so dass diese bereits mangels Regelungskompetenz nicht Teil eines Harmonisierungsbereichs sein können. Im Sinne eines *erst-recht-Schlusses* gilt demnach, dass wenn keine entsprechende Kompetenznorm existiert, ein bestimmter Rechtsbereich *erst recht* nicht Gegenstand eines Harmonisierungsbereiches sein kann. Allerdings ist dieser *erst-recht-Schluss* nicht in anderer Richtung möglich, da mit der Regelungskompetenz auch die Souveränität einhergeht, einen Bereich gerade *nicht* zu regeln.

### *(2) Name der Richtlinie*

Der offizielle oder auch inoffizielle „Name“ einer Richtlinie benennt zwar zumeist grob den Rechtsbereich, der harmonisiert werden soll, hilft jedoch nicht immer bei der Feststellung

---

<sup>359</sup> Siehe hierzu bereits Zweiter Teil, 2. Kap. II.

des konkreten Harmonisierungsbereichs. Der inoffizielle Name „Verbrauchsgüterkaufrichtlinie“<sup>360</sup> zum Beispiel drückt zwar richtigerweise aus, dass sich mit der Richtlinie auf den Rechtsbereich des Verbrauchsgüterkaufs bezogen wird, doch schon der offizielle Name der Richtlinie „*Richtlinie 1999/44/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 25.5.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs*“ macht deutlich, dass der Verbrauchsgüterkauf nicht gänzlich harmonisiert ist.

### *(3) Die einzelnen Artikel der Richtlinie*

Daher ist vorrangig – so wie *Schaub*<sup>361</sup> es vorschlägt - am tatsächlichen Inhalt der Richtlinie anzuknüpfen und danach zu fragen, „wie weit die einzelnen Regelungen“<sup>362</sup> reichen. Diese inhaltliche Anknüpfung ist schon deshalb angezeigt, weil der Gemeinschaftsgesetzgeber nicht jede ihm übertragene Kompetenz tatsächlich ausübt und der Richtlinienname - wie gezeigt - oftmals noch Fragen offenlässt.

Problematisch ist jedoch, dass Richtlinien vielfach, wie auch das nationale Recht, durch eine Regel-Ausnahme-Struktur gekennzeichnet sind. Während im nationalen Recht gesetzliche Ausnahmen lediglich bestimmte Aspekte von Tatbestand und Rechtsfolge ausschließen („Tatbestandsausschluss“), kann eine Ausnahme im Gemeinschaftsrecht zudem bedeuten, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber diesen rechtlichen Aspekt gar nicht erst regeln wollte („Negativanordnung“); dieser also überhaupt nicht von der Harmonisierung erfasst ist. Ist ein rechtlicher Aspekt gar nicht von der Harmonisierung erfasst, kann er weiterhin souverän von den Mitgliedstaaten geregelt werden. Damit erhält die Regel-Ausnahme-Struktur von Richtlinienvorschriften eine deutlich komplexere Dimension, da sie unmittelbar auf das Verhältnis des Gemeinschaftsrechts zum nationalen Recht einwirkt. Erschwerend kommt hinzu, dass nicht immer leicht zu erkennen ist, ob lediglich ein schlichter Tatbestandsausschluss oder eine Negativanordnung vorliegt. Eine deutliche Negativanordnung findet sich z.B. in Art. 1 Abs. 5 der e-Commerce-Richtlinie. Danach findet die Richtlinie ausdrücklich „keine Anwendung auf den Bereich der Besteuerung“.<sup>363</sup> Interpretierungswürdig war indes die Formulierung des Art. 9

---

<sup>360</sup> Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.05.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, L 171/12.

<sup>361</sup> *Schaub*, ZEuP 2011, 41, 44.

<sup>362</sup> *Schaub*, ZEuP 2011, 41, 44 („inwieweit“).

<sup>363</sup> Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 08.06.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“), Abl.Nr. L 178/1. Gem. Art. 1 Abs. 5 findet die Richtlinie „keine Anwendung auf a)

der Produkthaftungsrichtlinie, wonach mit dem Begriff „Schaden“ nur Sachen erfasst werden sollen, die für den „privaten Ge-oder Verbrauch bestimmt sind“. Erst im Jahr 2009, also 14 Jahre nach in Kraft treten der Richtlinie, wurde dies in der Entscheidung *Somer . / . Dalkia France*<sup>364</sup> entschieden.<sup>365</sup>

#### bb. Sonderfall: Öffnungsklauseln

Anders als das nationale Recht enthalten Richtlinien besondere Ausnahmeklauseln: sogenannte Öffnungsklauseln. In diesen sind Möglichkeiten geregelt, ob und unter welchen Voraussetzungen nationales Recht von der Richtlinie abweichen kann. Es werden also Gestaltungsspielräume zu Gunsten der Mitgliedstaaten festgelegt. Weil diese Gestaltungsspielräume nur der Gemeinschaftsgesetzgeber selbst festlegen kann, werden diese auch als derivative Gestaltungsspielräume bezeichnet.<sup>366</sup> Die Verweisung erfolgt aus der Richtlinie heraus zurück in das nationale Recht.<sup>367</sup> Im Rahmen der Produkthaftungsrichtlinie findet sich eine solche Klausel in Art. 13.

### III. Zusammenfassung

Im Hinblick auf das Verhältnis von § 823 Abs. 1 BGB zum Produkthaftungsgesetz war zunächst auf die europäische Rechtsetzung, insbesondere auf das Richtlinienrecht einzugehen. Hierbei wurde die Systematik des Richtlinienrechts eingehend beleuchtet und vor dem Hintergrund des verbliebenen Gestaltungsspielraums für die Mitgliedstaaten eingeordnet. Maßgeblich für den Gestaltungsspielraum ist vor allem die Feststellung des Harmonisierungsbereichs. Nur innerhalb des Harmonisierungsbereichs vollzieht sich die Harmonisierung überhaupt, so dass erst hier die Verhältnisfrage relevant wird. Punktuelle Gestaltungsspielräume können sich jedoch über sog. Öffnungsklauseln ergeben, die ausschnittsweise den Bereich der Harmonisierung zu Gunsten der Mitgliedstaaten öffnen. Weiterhin ist der Grad der Harmonisierung entscheidend. Das höchste Maß an mitgliedstaatlicher Souveränität bleibt

---

den Bereich der Besteuerung, b) Fragen betreffend die Dienste der Informationsgesellschaft, die von den Richtlinien 95/46/EG und 97/66/EG erfaßt werden, [...]“.

<sup>364</sup> EuGH, Urt. v. 04.06.2009 – C-285/08, EuZW 2009, 501.

<sup>365</sup> Zum Harmonisierungsbereich der Produkthaftungsrichtlinie siehe im Zweiten Teil, 3. Kap. I.

<sup>366</sup> Begriff entlehnt von *Mittwoch*, S. 35.

<sup>367</sup> Vgl. *Mittwoch*, S. 39.

grundsätzlich dann erhalten, wenn eine Richtlinie lediglich mindestharmonisierend ausgestaltet ist. Erlässt der Gemeinschaftsgesetzgeber dagegen eine vollharmonisierende Richtlinie, führt dies zunächst zu einem vollständigen Souveränitätsverlust.

## **2. Kapitel: umstrittener Harmonisierungsgrad der Produkthaftungsrichtlinie**

Demnach ist für das Verhältnis von § 823 Abs. 1 BGB zum ProdHaftG entscheidend, welchen Harmonisierungsgrad die Produkthaftungsrichtlinie aufweist. Bei nur mindestharmonisierendem Charakter entschärft sich die Verhältnisfrage elementar, da dann nur die in der Richtlinie aufgestellte Schutzuntergrenze verbindlich zu beachten wäre. Wenn die Produkthaftungsrichtlinie eine mindestharmonisierende Richtlinie wäre, könnte man eine solche Schutzuntergrenze auch in der Begrenzung auf „bewegliche Sachen“ erblicken. Eine güteroffene nationale Vorschrift, die mehr erfasst als bewegliche Sachen, wäre dann unproblematisch.

### **I. Wandelhafte Harmonisierungspraxis der Gemeinschaftsgesetzgeber**

Der Harmonisierungsgrad der Produkthaftungsrichtlinie war jedoch lange umstritten.<sup>368</sup> Die Ursache hierfür liegt im Wandel der Harmonisierungspraxis des Gemeinschaftsgesetzgebers insgesamt, der mit dem Inkrafttreten der Produkthaftungsrichtlinie zeitlich zusammenfällt.

#### **1. Konzept der Vollharmonisierung bis 1985**

Der mit Gründung der EWG (1957) beschlossene engere Zusammenschluss der Mitgliedstaaten hatte vor allem das Ziel, den wirtschaftlichen und sozialen Fortschritt der Mitgliedstaaten zu sichern, der - so auch die *Präambel des EWG-Vertrages* - nur gelingen kann, wenn „bestehende Hindernisse“<sup>369</sup> beseitigt werden. Hauptziel war die Etablierung eines „gemeinsamen Marktes“ und die damit notwendigerweise einhergehende wechselseitige Marktöffnung. Die wechselseitige Marktöffnung bedingte wiederum die Angleichung nationaler Rechtsvorschriften. Von 1962-1985<sup>370</sup> setzte daher eine stetig zunehmende Rechtsangleichungstätigkeit

---

<sup>368</sup> So auch *Riehm*, EuZW 2010, 567 mwN. („diese - elementare – Frage war [...] umstritten“).

<sup>369</sup> Vgl. Präambel des Vertrags zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft v. 25.03.1957 unterzeichnet durch die Gründungsstaaten.

<sup>370</sup> *Streinz*, in: Everling/Roth, S. 10.

ein<sup>371</sup>, die zunächst aus Effektivitätsgründen tendenziell auf das Konzept der Vollharmonisierung ausgelegt war.<sup>372</sup> Um Hindernisse möglichst schnell abzubauen, sollten nationale Rechtsvorschriften einfach durch gemeinschaftsrechtliche Vorschriften ersetzt werden.<sup>373</sup>

## 2. Von der Vollharmonisierung zur Mindestharmonisierung (1985-2002)

Mit der Öffnung der EWG durch den Beitritt Großbritanniens, Irlands, Dänemarks (1973) sowie Griechenlands (1981) wuchs insbesondere in Großbritannien der Widerstand gegen diese Harmonisierungspraxis.<sup>374</sup> Auch die abschließende Harmonisierung von technischen Normen erwies sich als schwierig. Die Europäische Union entschloss sich daher im Bereich des Warenverkehrs (wohl auch begünstigt durch die Cassis-Rechtsprechung des EuGH<sup>375</sup>) zu einem Strategiewechsel („neue Strategie“<sup>376</sup>), der mit dem Weißbuch über die Vollendung des Binnenmarktes (1985)<sup>377</sup> offiziell eingeleitet wurde. Die Rechtsangleichung sollte sich nun nur noch auf „allgemeine Fragen“<sup>378</sup> beschränken und die Details in der Souveränität der Mitgliedstaaten bleiben. Man erkannte, dass die Vollharmonisierung einem „raschen Fortschritt“ entgegenstand, weil die Lösungsfindung „mühsam“, „unflexibel“, „zeitraubend“ und schließlich auch innovationshemmend war.<sup>379</sup> Die Rechtsangleichung wurde nun mit dem Mittel der Mindestharmonisierung vorangetrieben, was die Handlungsfähigkeit der Union insgesamt erhalten sollte. Das Konzept der Mindestharmonisierung wurde später mit der Einheitlichen Europäischen Akte (EEA)<sup>380</sup> verfestigt und bis etwa ins Jahr 2002 hinein verfolgt.

## 3. Rückbesinnung zur Vollharmonisierung (2002- heute)

Mit der „Verbraucherpolitischen Strategie 2002-2006“<sup>381</sup> wurde erstmals offiziell<sup>382</sup> wieder

---

<sup>371</sup> Tietje, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (2016), Art. 114 AEUV Rn. 10, 12.

<sup>372</sup> So auch Tietje, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (2016), Art. 114 AEUV Rn. 13; Mittwoch, S. 45.

<sup>373</sup> Streinz, in: Everling/Roth, S. 10.

<sup>374</sup> Tietje, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (2016), Art. 114 AEUV Rn. 13.

<sup>375</sup> EuGH, Urt. v. 20.02.1979 – Rs. 120/78, NJW 1979, 1766; Streinz, in: Everling/Roth, S. 10, 11 („Diese neue Strategie wurde ermöglicht und basiert auf der Cassis-Rechtsprechung“).

<sup>376</sup> Weißbuch der Europäischen Kommission an den Europäischen Rat v. 14.06.1985, KOM(85) 310 endg., S. 18.

<sup>377</sup> Weißbuch der Europäischen Kommission an den Europäischen Rat v. 14.06.1985, KOM(85) 310 endg.

<sup>378</sup> Streinz, in: Everling/Roth, S. 12.

<sup>379</sup> Weißbuch der Europäischen Kommission an den Europäischen Rat v. 14.06.1985, KOM(85) 310 endg., S. 18.

<sup>380</sup> Einheitliche Europäische Akte (EEA) v. 17./28.02.1986.

<sup>381</sup> KOM(2002)208 endg.

<sup>382</sup> So Mittwoch, S. 56; Schillig, S. 60.

zum Konzept der Vollharmonisierung zurückgefunden. Die Verbraucherpolitische Strategie zielte darauf ab, den Verbraucherschutz innerhalb der EU zu erhöhen sowie die Vorteile des Binnenmarktes für die Verbraucher zu maximieren. Zur Erreichung dieser Ziele wurde auf die 2001 im Grünbuch<sup>383</sup> veröffentlichten Hindernisse für einen wirksamen Verbraucherschutz in der EU verwiesen. Als wesentliches Hindernis wurden hierbei unterschiedliche nationale Rechtsvorschriften identifiziert sowie die daraus resultierende Rechtsunsicherheit. Der Aktionsplan der Verbraucherpolitischen Strategie enthielt daher folgende Ziele: *Erstens* die Erreichung eines gleichmäßigen hohen Verbraucherschutz-niveaus in der gesamten EU, *zweitens* die wirksame Durchsetzung der Rechtsvorschriften zum Schutz der Verbraucher und *drittens* die angemessene Beteiligung der Verbraucherverbände an der Gestaltung der EU-Politik. Um diese Ziele zu erreichen, wollte man „nach und nach von der Mindestharmonisierung [abkommen] und zu einer vollständigen Harmonisierung zu gelangen“.<sup>384</sup> Seit dem Grünbuch zum Verbraucheraquis vom 08.02.2007<sup>385</sup> wurde dann auch die flächendeckende Einführung vollharmonisierender Richtlinien wieder befürwortet.

## **II. Die Produkthaftungsrichtlinie zwischen Mindestharmonisierung und Vollharmonisierung**

### **1. Unklarheit des Harmonisierungsgrades**

Die Produkthaftungsrichtlinie wurde während der Phase der Vollharmonisierung beraten, schließlich aber im Jahr des Strategiewechsels erlassen. Hiermit kann sie als „Kind der Wende“ bezeichnet werden. Der Umbruch in der Harmonisierungspraxis insgesamt zeigt sich auch an den einzelnen Textfassungen. Die erste Textfassung vom 09.09.1976<sup>386</sup> stellte noch deutlich das Ziel der Rechtsangleichung in den Vordergrund, z.B. indem allein in den ersten drei Erwägungsgründen hauptsächlich auf die Notwendigkeit der „Angleichung des einzelstaatlichen Rechts“<sup>387</sup> eingegangen wird. Betont wurde, dass es aus Gründen des Verbrau-

---

<sup>383</sup> Grünbuch zum Verbraucherschutz in der Europäischen Union v. 02.10.2001, KOM(2001)531.

<sup>384</sup> KOM(2002)208 endg., S. 14 („Notwendig ist ferner eine Überarbeitung und Novellierung der geltenden EU-Richtlinien zum Verbraucherschutz, mit dem Ziel, sie zu aktualisieren sowie nach und nach von der Mindestharmonisierung abzugehen und zu einer vollständigen Harmonisierung zu gelangen“).

<sup>385</sup> KOM(2006) 744 endg.

<sup>386</sup> Vorschlag einer Richtlinie des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte, vorgelegt am 09.09.1976, Nr. C 214/9.

<sup>387</sup> Vgl. 1-3 Erwägungsgründe des Vorschlags einer Richtlinie des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte, vorgelegt am 09.09.1976, Nr. C

cherschutzes eines „gleichwertigen und ausreichenden“<sup>388</sup> Schutzes bedarf. In der finalen Textfassung wurde dies dann mit dem später eingefügten 18. Erwägungsgrund<sup>389</sup> relativiert. Der 18. Erwägungsgrund beinhaltet die Aussage, dass sich „vorerst keine vollständige Harmonisierung erreichen“ ließe, was dann auch zum Hauptargument derer werden sollte, die eine Mindestharmonisierung annahmen. Während der Beratungsphase hingegen bestand gar kein Streit über den Grad der Harmonisierung; vielmehr gab es unterschiedliche Auffassungen bezüglich des Ausschlusses von Entwicklungsrisiken, der Einführung von Haftungsbeschränkungen der Höhe nach und der Haftung für Körper-, und Sachschäden.<sup>390</sup> Die fehlende Einigung über diese drei Fragen blockierte die Verhandlungen schließlich jahrelang, bis mit der sog. Gesamtlösung<sup>391</sup> ein Kompromiss gefunden werden sollte. Diese sah vor, die strittigen Punkte mit vielfältigen Öffnungs- bzw. Optionsklauseln in der Souveränität der Mitgliedstaaten zu belassen, hierzu also keine gemeinschaftsrechtliche Vorgabe zu machen. Wohl auch unter dem Eindruck der verschiedenen Interessenlagen schwand in den Beratungen die Hoffnung, eine vollharmonisierende Richtlinie auf den Weg bringen zu können, so dass man durch die „Ausklammerung zentraler Streitfragen“<sup>392</sup> die Richtlinie überhaupt nur durchbringen konnte. Seit etwa 1981 schien nämlich die Mehrheit der Delegationen „in Anbetracht der unterschiedlichen Standpunkte in den Grundsatzfragen sowie des politischen Charakters dieser Meinungsunterschiede, die Hoffnung auf das Zustandekommen einer solchen Lösung (*Anm.* gemeint ist eine Maximalrichtlinie mit vollharmonisierendem Charakter)“ aufgegeben zu haben.<sup>393</sup> Als im Jahr 1985 die Richtlinie endlich auf den Weg gebracht wurde, blieb der Eindruck, den die Kommission auch ausspricht, dass mit der Richtlinie nur ein „schwer errungener Kompromiss“<sup>394</sup> gefunden wurde, der nicht das erreicht, was die „beiden Vorschläge

---

214/9.

<sup>388</sup> Vgl. 4. Erwägungsgrund des Vorschlags einer Richtlinie des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte, vorgelegt am 09.09.1976, Nr. C 214/9.

<sup>389</sup> Wortlaut: „Mit dieser Richtlinie lässt sich vorerst keine vollständige Harmonisierung erreichen, sie öffnet jedoch den Weg für eine umfassendere Harmonisierung“.

<sup>390</sup> Vgl. nur Zusammenfassung des Beratungsergebnisses der Gruppe „Wirtschaftsfragen“ v. 31.01.1980/01.02.1980, Dok. Nr. 5555/80, dann mit der Bitte der Arbeitsgruppe „Wirtschaftsfragen“ an den Ausschuss der ständigen Vertreter um „Erteilung von Leitlinien“ zu diesen Fragen, Zwischenbericht des Generalsekretariates des Rates an den Ausschuss der ständigen Vertreter v. 13.07.1981, Dok. Nr. 7945/81; und auch noch im Jahr 1983, wie die Aufzeichnung des Generalsekretariats v. 11.05.1983 für den Ausschuss der ständigen Vertreter zeigt, Dok. Nr. 6891/83.

<sup>391</sup> In Teilen wird auch der Begriff „Globallösung“ verwendet, s. nur Bericht des Generalsekretariats des Rates für den Ausschuss der ständigen Vertreter v. 17.05.1984, Dok. Nr. 7112/84.

<sup>392</sup> *Oechsler*, in: Staudinger (2014), unerlaubte Handlungen, Einl. ProdHaftG Rn. 23.

<sup>393</sup> So festgehalten im Zwischenbericht des Generalsekretariats des Rates an den Ausschuss der Ständigen Vertreter v. 13.07.1981, Dok. Nr. 7945/81.

<sup>394</sup> *Taschner*, NJW 1986, 611, 612; auch die Kommission bezeichnete den finalen Entwurf als „Kompromisslösung“, KOM(97) 478 endg., S. 3.

1976 und 1979 zu erreichen versucht“ haben.<sup>395</sup>

Innerhalb der deutschen und europäischen Literatur wurde daher lange Zeit die Frage nach dem Harmonisierungsgrad der Produkthaftungsrichtlinie mehrheitlich in Richtung Mindestharmonisierung beantwortet<sup>396</sup>, wobei sich eben wesentlich auf den 18. Erwägungsgrund der Richtlinie gestützt wurde. Auch der am 01.10.1997 vorgelegte Änderungsvorschlag der Kommission<sup>397</sup> betonte noch einmal die nicht vollständige Harmonisierung.<sup>398</sup> Mit der Annahme, dass die Richtlinie lediglich mindestharmonisierenden Charakter hat, war die Weitergeltung des nationalen Rechts unproblematisch; soweit diese nur nicht das von der Richtlinie festgelegte Schutzniveau unterschreiten. Unter diese Prämisse war es nur folgerichtig, dass zunächst das Verhältnis von § 823 Abs. 1 BGB zum ProdHaftG als unproblematisch angesehen wurde.

## 2. Deklaration als vollharmonisierende Richtlinie durch den EuGH

Die Situation änderte sich jedoch gänzlich am 25.04.2002. Der EuGH stellte in den Verfahren *María Victoria González Sánchez./Medicina Asturiana SA (Spanien), Kommission/Frankreich* und *Kommission/Griechenland*<sup>399</sup> - beinahe überraschend - klar, dass die Produkthaftungsrichtlinie eine vollharmonisierende Richtlinie ist und vertrat eine andere Auffassung als die Mehrheit in der Literatur.

Wohl auch deshalb hebt der EuGH geradezu überdeutlich hervor, dass „der Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten zur Gänze von der Richtlinie 85/374/EWG festgelegt wird“, so dass mit dieser „eine vollständige Harmonisierung“<sup>400</sup> erreicht werden soll und der Richtlinie da-

---

<sup>395</sup> So auch *Taschner/Frietsch*, Einführung, Rn. 169.

<sup>396</sup> von einem mindestharmonisierenden Charakter ausgehend z.B. *Möllers*, VersR 2000, 1177; ebenso *Günther*, S. 158; wohl auch *Taeger*, S. 292 („Mindestschutz mit mehreren Optionen“) sogar angedeutet beim Wirtschafts- und Sozialausschuss, ABIEG 2000 Nr. 117,1 Punkt 2.4 („die Richtlinie schließt nicht die Anwendung strengerer einzelstaatlicher Vorschriften aus“); *Deutsch*, JZ 1989, 465, 469 („*basic protection*“); *Magnus*, JZ 1990, 1100, 1108; *Koch*, ZHR 1988, 537, 541; für einen mindestharmonisierenden Charakter auch Frankreich, vgl. die Begründungen der französischen Regierung in EuGH, Urt. v. 25.04.2002 – C-52/00 Rn. 13, wonach die Regierung bereits aus dem Wort „Anspruch“ in Art. 13 ableitete, dass die Richtlinie einem höheren Schutzniveau nicht entgegenstehen wollte und überdies auch die Öffnungsklauseln ein Hinweis auf den nur mindestharmonisierenden Charakter seien; a.A. schon 2001, *Geelhoed*, EuGH, Schlussantrag des Generalanwalts v. 18.09.2001 - C-52/00, Rn. 42.

<sup>397</sup> KOM(97)478 endg.

<sup>398</sup> KOM(97)478 endg., S. 3 („Trotz der Bemühungen der Kommission bei den Beratungen über die Richtlinie auf Ratsebene ist die Harmonisierung auf der Grundlage der Richtlinie von 1985 nicht vollständig“).

<sup>399</sup> EuGH, Urt. v. 25.04.2002 – C-183/00, EuZW 2002, 574, *María Victoria González Sánchez/Medicina Asturiana SA* sowie EuGH, Urt. v. 25.04.2002 – C-52/00, *Kommission/Frankreich* und EuGH, 25.04.2002, Urt. v. 25.04.2002 – C-154/00, *Kommission/Griechenland*; später bestätigend in EuGH, Urt. v. 10.01.2006 – C-402/03, EuZW 2006, 181, *Skov/Bilka*; EuGH, Urt. v. 04.06.2009 – C-285/08, EuZW 2009, 501, *Somer/Dalkia France*.

<sup>400</sup> EuGH, Urt. 25.04.2002 – C-52/00, 3. Leitsatz.

mit ein „umfassender Anwendungsanspruch“<sup>401</sup> zukommt. Der EuGH begründet den vollharmonisierenden Charakter insbesondere mit dem Kompetenzrückgriff des Richtliniengebers auf Art. 115 AEUV (ex-Art. 94 EGV), der - anders als Art. 114 AEUV (ex-Art. 95 EGV) - „keine Befugnis für die Mitgliedstaaten [vorsieht], von den Harmonisierungsbemühungen der Gemeinschaft abweichende Vorschriften beizubehalten oder einzuführen“.<sup>402</sup> Nach Auffassung des EuGH ermächtigte die Richtlinie auch nicht „ausdrücklich“ dazu, „strengere Bestimmungen zu erlassen oder beizubehalten“<sup>403</sup> beziehungsweise „eine allgemeine Regelung der Haftung für fehlerhafte Produkte beizubehalten“.<sup>404</sup> Auch der Umstand, dass „die Richtlinie bestimmte Ausnahmen vorsieht oder in manchen Punkten auf das nationale Recht verweist, [bedeute] nicht, dass die Harmonisierung in den durch sie geregelten Punkten nicht vollständig ist“.<sup>405</sup> Folgerichtig erklärte der EuGH die in den Verfahren konkret streitgegenständlichen nationalen Regelungskonzepte Frankreichs und Spaniens für nicht mit der Richtlinie vereinbar.

### 3. Unterbliebene Neubewertung der Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB

Gemessen an der Bedeutung der Urteile, ist die rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung erstaunlich gering. Zwar wird auf die Vollharmonisierung in den gängigen Kommentaren eingegangen, jedoch nicht unbedingt mit Blick auf § 823 Abs. 1 BGB.<sup>406</sup> Insbesondere *Oechsler* kritisiert die Rechtszersplitterung, die durch die parallele Anwendung von § 823 Abs. 1 BGB und dem ProdHaftG entsteht und bezeichnet die auf die Öffnungsklausel zurückgehende Vorschrift des § 15 Abs. 2 ProdHaftG als „rechtspolitisch fragwürdig“.<sup>407</sup> Er begründet dies mit dem 1976 vorgelegten Richtlinienvorschlag, der im 24. Erwägungsgrund die Aussage enthielt, dass einzelstaatliche Rechtsvorschriften unberührt bleiben, weil diese ebenfalls dem Verbraucherschutz dienen.<sup>408</sup> Zwar ist dem zuzugeben, dass der Richtlinienvorschlag von 1976 noch von einer

---

<sup>401</sup> Insofern auch kritisch zur EuGH-Entscheidung, *Schaub*, ZEuP 2003, 563, 579, 588.

<sup>402</sup> EuGH, Urt. v. 25.04.2002 – C-183/00, Rn. 23, EuZW 2002, 574, 576.

<sup>403</sup> EuGH, Urt. v. 25.04.2002 – C-183/00, Rn. 27, EuZW 2002, 574, 576.

<sup>404</sup> Ausdrücklich in EuGH, Urt. v. 10.01.2006 – C-402/03, Rn. 39, EuZW 2006, 181, *Skov/Bilka*.

<sup>405</sup> EuGH, Urt. v. 25.04.2002 – C-154/00, Rn. 15.

<sup>406</sup> Siehe z.B. *Förster*, in: Bamberger/Roth (2016/41), Beck-OK, § 1 ProdHaftG Rn. 5, 6; *Wagner*, in: MüKoBGB (2017), Einl. ProdHaftG Rn. 3; zwar kritisch im Hinblick auf die Rechtszersplitterung durch das Nebeneinander von § 823 Abs. 1 BGB und ProdHaftG, allerdings ohne auf die EuGH-Rechtsprechung einzugehen, *Oechsler*, in: Staudinger (2014), unerlaubte Handlungen, § 15 ProdHaftG Rn. 15, 16.

<sup>407</sup> *Oechsler*, in: Staudinger (2014), unerlaubte Handlungen, § 15 ProdHaftG Rn. 13, 15, 16.

<sup>408</sup> ABIEG 1976 Nr. C 241/9, 24. Erwägungsgrund: „Der Geschädigte kann nach einzelstaatlichen Vorschriften einen Ersatzanspruch haben, der auf einem anderen Rechtsgrund als dem beruht, welcher auf Grund der Richtlinie vorgesehen ist. Diese Vorschriften dienen ebenfalls dem Ziel eines Verbraucherschutzes. Daher lässt die Richtlinie diese Vorschriften unberührt.“

Vollharmonisierung ausging und aus diesem Grund durchaus als Argument für die Weitergeltung der Produzentenhaftung nach der EuGH-Rechtsprechung herhalten kann. Allerdings ist der 24. Erwägungsgrund vollständig zu lesen. Danach sollen nämlich nur solche einzelstaatlichen Rechtsvorschriften von der Richtlinie unberührt bleiben, die „auf einem anderen Rechtsgrund“ beruhen; eine Formulierung die der EuGH in der schon erwähnten Rechtsprechung auch für die Öffnungsklausel verwendet. Der Frage, ob § 823 Abs. 1 BGB als Vorschrift „auf anderer Grundlage“ zu sehen ist, wird noch nachzugehen sein.<sup>409</sup>

### **III. Zusammenfassung**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Harmonisierungsgrad der Produkthaftungsrichtlinie lange umstritten war, bedingt auch durch die sich wandelnde Harmonisierungspraxis des Gemeinschaftsgesetzgebers insgesamt. Seit den EuGH-Urteilen vom 25.4.2002 jedoch ist die Richtlinie als vollharmonisierende Richtlinie deklariert. Diese Feststellung ist für die weitere Anwendung einzelstaatlichen Rechts wesentlich, da bei vollharmonisierenden Richtlinien das mitgliedstaatliche Recht nur dann weiter angewendet werden darf, wenn sich diese Möglichkeit aus der Richtlinie selbst ergibt. Im Hinblick auf die deutsche Rechtslage und das duale Produkthaftungssystem, hat jedoch keine breitere Auseinandersetzung dahingehend stattgefunden, ob auch unter dieser neuen EuGH-Rechtsprechung der Dualismus weiterhin aufrecht erhalten werden kann. Dies mag zum einen darauf zurückzuführen sein, dass sich das duale Produkthaftungssystem zu diesem Zeitpunkt längst etabliert hatte und zum anderen, dass die Unterschiede zwischen nationalem und europäischem Regelungskonzept allenfalls als marginal betrachtet werden. Sowohl die Etablierung eines Systems als auch die Geringfügigkeit der Unterschiede sind jedoch streng genommen keine Rechtfertigung für die Beibehaltung nationaler Regelungskonzepte, wenn eine vollharmonisierende Richtlinie den Rechtsbereich ebenfalls regelt. Dass die zu Beginn allenfalls marginalen Unterschiede sich durch den technischen Fortschritt auch in größere Unterschiede wandeln können, zeigt die nunmehr aktuelle Softwaredebatte, weil die in beiden Rechtsvorschriften erfassten Güter einer unterschiedlichen Bewertung unterzogen werden. Mit dem Aufkommen digitaler Güter entstehen nun Probleme, die durch die Zweigleisigkeit des Produkthaftungssystems erzeugt werden. Sind nämlich digitale Güter in den Anwendungsbereich der nationalen Vorschrift des § 823 Abs. 1 BGB unproblematisch mit einbezogen, ist dies für das ProdHaftG bis heute umstritten. Der Rückgriff auf die nationale

---

<sup>409</sup> Siehe hierzu sogleich im Zweiten Teil, 3. Kap. II.3.

Rechtsvorschrift, wenn es um die Produkthaftung für digitale Güter geht, ist vorprogrammiert. Der frühere Hinweis des Richtliniengabers, dass einzelstaatliche Rechtsvorschriften unberührt bleiben sollen, eignet sich mit der neuen EuGH-Rechtsprechung nur noch bedingt als Argument für die Weitergeltung der deliktischen Produzentenhaftung. Diese Öffnung zu Gunsten der Mitgliedstaaten ist nunmehr unter dem Vorbehalt zu lesen, dass dies nur für Vorschriften gelte, die „auf anderem Rechtsgrund“ beruhen. Ob § 823 Abs. 1 BGB tatsächlich auf einem anderen Rechtsgrund fußt, wird zu eruieren sein.

### **3. Kapitel: der Harmonisierungsbereich der Produkthaftungsrichtlinie und die unklare Öffnungsklausel**

Zunächst jedoch ist der konkrete Harmonisierungsbereich der Richtlinie festzustellen, da die Harmonisierungswirkung, d.h. auch die mögliche Substitution nationaler Regelungskonzepte nur dann zum Tragen kommt, wenn sich der Bereich der Richtlinie mit dem Bereich der in Rede stehenden nationalen Norm deckt. Der Harmonisierungsbereich der Produkthaftungsrichtlinie wird durch die einzelnen Regelungen sowie durch die Öffnungsklausel determiniert.

#### **I. Harmonisierungsbereich der Produkthaftungsrichtlinie**

Zunächst ist offenkundig zu bejahen, dass mit § 823 Abs. 1 BGB eine Rechtsmaterie geregelt wird, die ebenfalls der Produkthaftungsrichtlinie unterfällt. Zu klären bleibt lediglich, ob die Produkthaftungsrichtlinie den Bereich der Produkthaftung *vollständig* oder nur *teilweise* harmonisiert. Bei einer nur teilweisen Harmonisierung bliebe der nicht harmonisierte Bereich ohnehin frei für einzelstaatliche Konzepte.

##### **1. Harmonisierungsbereich: Verbraucherprodukthaftung**

Als eine wichtige Entscheidung im Hinblick auf den Harmonisierungsbereich der Produkthaftungsrichtlinie ist die Rechtssache *Somer./.Dalkia France*<sup>410</sup> einzustufen. Hierbei ging es konk-

---

<sup>410</sup> EuGH, Urt. v. 04.06.2009 – C-285/08, EuZW 2009, 501.

ret darum, ob die Richtlinie nur den Bereich der *Verbraucherprodukthaftung* harmonisiert oder auch die *Unternehmensprodukthaftung*. Mit Verbraucherprodukthaftung sollen hierbei die Fälle erfasst sein, in denen es um den Anspruch eines Verbrauchers gegen den Hersteller wegen eines fehlerhaften Produktes geht. Mit Unternehmensprodukthaftung dagegen solche Fälle, in denen der Anspruchssteller ein Unternehmer ist.

Hintergrund des Rechtsstreits ist der Wortlaut des Art. 9 lit. b der Richtlinie, wonach nur Sachschäden bei „private[m] Ge- oder Verbrauch“ der Sache vom Schadensbegriff erfasst sein sollen. Im Umkehrschluss heißt dies, dass Schäden an beruflich verwendeten Sachen nicht über das ProdHaftG abgewickelt werden können. Daraus könnte der Schluss gezogen werden, dass die Richtlinie nur den Bereich der *Verbraucherprodukthaftung* regelt. Fraglich war nun allerdings, ob der Bereich der *Unternehmensprodukthaftung* durch die Mitgliedstaaten geregelt werden kann und zwar auch dann, wenn hierbei auf eine Gefährdungshaftung zurückgegriffen wird. Der EuGH stellte klar, dass die Bestimmung in Art. 9 der Richtlinie dahingehend auszulegen sei, dass der Ausschluss von Schäden an gewerblich genutzten Sachen bedeutet, dass der gesamte Bereich der Unternehmensprodukthaftung nicht von der Richtlinie erfasst ist. Zur Begründung stellt er auf den Schadensbegriff ab, der eben den gewerblichen Bereich grundsätzlich nicht erfasse.<sup>411</sup> Dieses Ergebnis trägt auch mit Blick auf den vornehmlichen Zweck der Richtlinie: den Verbraucherschutz. Damit offenbart sich, dass die Richtlinie den Bereich der Produkthaftung nicht vollständig harmonisiert, sondern der Bereich der Unternehmensprodukthaftung für einzelstaatliche Regelungskonzepte frei bleibt.

Eine weitere, hier jedoch nicht derart relevante Entscheidung zum Harmonisierungsbereich, ist die Rechtssache *Skov./.Bilka*.<sup>412</sup> In dieser ging es um die Frage, ob auch die Lieferantenhaftung in den Harmonisierungsbereich der Produkthaftungsrichtlinie mit einbezogen ist. Nur im Sinne der Vollständigkeit soll erwähnt werden, dass hier der EuGH ganz anders entschied indem er feststellte, dass „Art. 1 und 3 der Richtlinie sich nicht darauf [beschränken], die Haftung des Herstellers eines fehlerhaften Produktes zu regeln, sondern [denjenigen] bestimmen, der unter den an den Herstellungs- und Vertriebsvorgängen berufsmäßig Beteiligten, die durch die Richtlinie eingeführte Haftung wird übernehmen müssen“.<sup>413</sup> Zur Begründung führte er an, dass die Haftung des Lieferanten „teuer würde erkauf werden müssen, da jeder

---

<sup>411</sup> EuGH, Urt. v. 04.06.2009 – C-285/08, Rn. 27, EuZW 2009, 401; nochmals bestätigt in EuGH, Urt. v. 21.12.2011 – C-495/10, Rn. 26.

<sup>412</sup> EuGH, Urt. v. 10.01.2006 – C-402/03, EuZW 2006, 181.

<sup>413</sup> EuGH, Urt. v. 10.01.2006 – C-402/03, Rn. 30, EuZW 2006, 181, 182

Lieferant sich gegen eine solche Haftung würde versichern müssen.“<sup>414</sup> Die Lieferantenhaftung ist, obwohl nicht in der Richtlinie im Kreis der vorrangigen Haftungsadressaten geregelt, damit der mitgliedstaatlichen Souveränität entzogen.

## **2. Bedeutung für § 823 Abs. 1 BGB**

Es ist zunächst festzuhalten, dass die Produkthaftungsrichtlinie den Bereich der Produkthaftung nicht vollständig harmonisiert, sondern nur den Bereich der *Verbraucherprodukthaftung* erfasst. Das Produkthaftungsrecht ist damit nur partiell harmonisiert, so dass zuweilen auch von einem „insularen System“<sup>415</sup> gesprochen wird. Der Bereich der Verbraucherprodukthaftung ist jedoch abschließend geregelt, d.h. vollharmonisiert, so dass Abweichungen im nationalen Recht nur zulässig sind, wenn sich dies direkt aus der Richtlinie ergibt. Der Bereich der *Unternehmensprodukthaftung* ist dagegen nicht von der Richtlinie erfasst und bleibt damit vollständig frei für eigene, mitgliedstaatliche Regelungskonzepte. Was bedeutet dies nun für die weitere Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB?

§ 823 Abs. 1 BGB erfasst sowohl die Verbraucher- als auch die Unternehmensprodukthaftung. Für den Bereich der Unternehmensprodukthaftung kann § 823 Abs. 1 BGB unproblematisch angewendet werden, da dieser Bereich nicht durch die Richtlinie harmonisiert ist. Da lediglich die Verbraucherprodukthaftung vollständig harmonisiert ist, ist auch nur im Hinblick auf diese zu fragen, ob § 823 Abs. 1 BGB parallel neben dem ProdHaftG Anwendung finden darf oder – und dies betrifft dann auch die Frage der Einbeziehung von Software – im Rahmen der Verbraucherprodukthaftung nunmehr ausschließlich auf das ProdHaftG zurückzugreifen ist. Dies hängt davon ab, ob sich aus der Richtlinie selbst eine Option ergibt, mitgliedstaatliche Regelungskonzepte beizubehalten. Einzig denkbare Option ist hierfür die Öffnungsklausel gem. Art. 13 der Richtlinie.

## **II. Die Öffnungsklausel des Art. 13**

Der Wortlaut der Öffnungsklausel des Art. 13 ist zunächst denkbar weit, da hiernach Vorschriften „über die vertragliche und außervertragliche Haftung [sowie] besondere Haftungsregelungen“ durch die Richtlinie „nicht berührt werden“. Der Sache nach enthält die Öff-

---

<sup>414</sup> EuGH, Urt. v. 10.01.2006 – C-402/03, Rn 28, EuZW 2006, 181, 182.

<sup>415</sup> Wagner, in: MüKoBGB (2015), § 2 ProdHaftG Rn. 1; ähnlich auch BT-Drs. 11/2447, S. 11 („in Randbereichen“); Diederichsen, Zur Dogmatik der Produkthaftung nach Inkrafttreten des Produkthaftungsgesetzes, 9, 18.

nungsklausel drei Varianten. Danach sind sowohl vertragliche (1. Var.) und außervertragliche Vorschriften (2. Var.) nicht von der Richtlinie berührt. Gemäß Art. 13, 2. Var. bleiben darüber hinaus „besondere Haftungsregelungen“ (3. Var.) unberührt.

Der 3. Ausnahmetatbestand steht unter der Einschränkung, dass hiermit nur solche nationalen Vorschriften erfasst sind, die „zum Zeitpunkt der Bekanntgabe der Richtlinie“ bereits bestanden haben (vgl. Wortlaut Art. 13, 2. Var.). Zeitpunkt der Bekanntgabe der Richtlinie war der 30.07.1985. Bei dem 3. Ausnahmetatbestand handelt es sich daher nur um eine partielle Öffnung, die speziell auf das deutsche Arzneimittelgesetz gemünzt ist.<sup>416</sup> Im Hinblick auf § 823 Abs. 1 BGB drängt sich die zweite Alternative auf, da hiernach „außervertragliche“ Vorschriften von der Richtlinie unberührt sind.

Der Wortlaut des Art. 13 der Richtlinie ist – so stellte auch *Taeger* noch 1995 fest – „eindeutig“.<sup>417</sup> Doch wie bereits angedeutet, wurde die Öffnungsklausel im Zuge der Vollharmonisierungs-Rechtsprechung durch den EuGH neu interpretiert und zwar zu Gunsten einer stärkeren Rechtsangleichung.

### **1. Neu-Interpretation durch den EuGH**

Der EuGH hat in den bereits erwähnten Urteilen vom 25.04.2002 die Öffnungsklausel des Art. 13 entlang „eine[r] umfassender[en] Harmonisierung“ konkretisiert, wonach „Artikel 13 der Richtlinie nicht dahin ausgelegt werden [soll], dass er den Mitgliedstaaten die Möglichkeit lässt, eine allgemeine Regelung der Haftung für fehlerhafte Produkte beizubehalten, die von der in der Richtlinie vorgesehenen Regelung abweicht“<sup>418</sup>. Damit seien von der Öffnungsklausel nur solche Regelungen erfasst, die auf „einer anderen Grundlage“ als die Richtlinie beruhen, womit sich der EuGH auch auf den Richtlinienvorschlag von 1976 zurückbesinnt, der die Öffnungsklausel unter denselben Vorbehalt stellte.<sup>419</sup>

Diese Rückbesinnung ist auch in Bezug auf die Öffnung gem. Art. 13, 2. Var. zu verzeichnen. Danach sollen nur solche Rechtsvorschriften von der Richtlinie unberührt bleiben, die auf

---

<sup>416</sup> *Wagner*, in: MüKoBGB (2017), § 15 ProdHaftG Rn. 1; vgl. auch in den Beratungsprotokollen das Schreiben des Generalsekretariates der Kommission der Europäischen Gemeinschaften v. 22.01.1982 an den Generalsekretär der Europäischen Gemeinschaften, in dem die Arbeitsunterlage zur Ausnahme der Produkthaftung für Arzneimittel, mit besonderem Bezug zum deutsche AMG, übersandt wird, Dok. 4426/82.

<sup>417</sup> So *Taeger*, S. 292.

<sup>418</sup> EuGH, Urt. v. 25.04.2002 – C-183/00, EuZW 2002, 574.

<sup>419</sup> Siehe oben Zweiter Teil, 3. Kap. Punkt II.3.

einen bestimmten Produktionssektor zugeschnitten sind.<sup>420</sup> Der Terminus „Produktionssektor“ ist keine neue Erfindung des EuGH. Verwendet wurde er schon während der Beratungen zur Richtlinie<sup>421</sup> und war historisch schon immer schon auf das deutsche Arzneimittelgesetz gemünzt.<sup>422</sup>

## 2. Was sind Regelungskonzepte „auf anderer Grundlage“?

Mit Blick auf § 823 Abs. 1 BGB hat jedoch nur Art. 13, 1. Var. Relevanz, da eine Subsumtion als „sektorspezifische“ Haftungsregelung von vornherein nicht gelingen kann. Insofern kommt es darauf an, was unter dem Begriff „auf anderer Grundlage“ zu verstehen ist. Der Begriff wurde durch den EuGH nur beispielhaft konkretisiert. Der EuGH nennt ausdrücklich die „Haftung für verdeckte Mängel oder Verschulden“.<sup>423</sup> Wie *Mengozzi* in einem späteren Schlussantrag eines Vorabentscheidungsersuchens ausführt, hat der EuGH „für die Feststellung, dass eine Haftungsregelung auf einer anderen Grundlage beruht, [...] nicht allgemeiner auf die Voraussetzungen oder Auswirkungen einer Haftungsregelung Bezug genommen und ist auch auf den Kontext einer solchen Haftung nicht eingegangen“<sup>424</sup>. Damit ist der Begriff der Interpretation zugänglich.

*Mengozzi* interpretiert die Wendung „auf anderer Grundlage“ in der Weise, dass nationale Regelungskonzepte ausgeschlossen seien, die bezüglich „der Haftung - auf derselben Grundlage - dem Fehler eines Produkts, das nicht die Sicherheit bietet, die man zu erwarten berechtigt ist“<sup>425</sup> beruhen. Da er im Rahmen dieser Interpretation feststellt, dass „bezeichnenderweise [...] die französische Regierung [...] es für nicht ausschlaggebend erachtet [hat], ob die betreffende Regelung auf derselben Grundlage einer verschuldensunabhängigen Haftung beruht oder nicht“<sup>426</sup>, scheint er den Begriff wohl auf die *Art der Haftung* zu beziehen. Denn anders gewendet wäre es gerade hierauf angekommen. Die Interpretation *Mengozzis* wird durch die beispielhafte Aufzählung des EuGH gestützt. Wenn nämlich der EuGH auf das Ver-

---

<sup>420</sup> EuGH, Urt. v. 25.04.2002 – C-183/00, EuZW 2002, 574; ob insoweit hinsichtlich der besonderen Rechtsvorschriften auf einem bestimmten Produktionssektor (namentlich das AMG) eine Exklusivität zugunsten dieser besonderen Vorschriften anzunehmen ist, bleibt jedoch offen. Vgl. hierzu näher *Kraft*, S. 81 ff.

<sup>421</sup> Z.B. in Aufzeichnung des Generalsekretariates für den Ausschuss der Ständigen Vertreter v. 11.5.1983, Dok. Nr. 6891/83.

<sup>422</sup> Siehe bereits das die Beratungsergebnisse „der Gruppe Wirtschaftsfragen v. 22./24.09.1980“, Protokoll v. 21.10.1980, Dok. Nr. 9976/80.

<sup>423</sup> EuGH, Urt. v. 25.03.2002 – C-52/00, Rn. 22. Der Charakter als Beispiel wird insbesondere durch das Wort „wie“ deutlich („wie die Haftung für verdeckte Mängel oder Verschulden“).

<sup>424</sup> EuGH, Schlussantrag v. 27.10.2011 – C-495/10, Rn. 57.

<sup>425</sup> EuGH, Schlussantrag v. 27.10.2011 – C-495/10, Rn. 57.

<sup>426</sup> EuGH, Schlussantrag v. 27.10.2011 – C-495/10, Rn. 58.

schulden hinweist, bringt der die Haftungsart ins Spiel. Dies stünde auch im Einklang zu der bereits festgestellten Rückbesinnung auf frühere Richtlinienvorschläge. Im Richtlinienvorschlag von 1976 sollten nur solche nationalen Regelungskonzepte erhalten bleiben dürfen, die „auf einem anderen Rechtsgrund“ beruhen.<sup>427</sup> Dass hiermit die verschuldensunabhängige Haftung gemeint war, ergibt sich aus dem damals 5. Erwägungsgrund, der diese als „Grund [der] Haftung“ bezeichnet.<sup>428</sup> Damit hatte der historische Gesetzgeber für die Öffnungsklausel schon nur solche nationalen Regelungskonzepte im Sinn, die auf einem Verschulden beruhen und nicht etwa sämtliche außervertraglichen Rechtsvorschriften.

Das zweite Beispiel - die „Haftung für verdeckte Mängel“ - zielt bei genauerer Betrachtung auf die vertraglichen Ansprüche ab. Die Wendung „Haftung für verdeckte Mängel“ ist zwar für das deutsche Recht etwas eigentümlich, da es im deutschen Recht keine derartige „Haftung für verdeckte Mängel“ gibt. Lediglich in § 377 Abs. 3 HGB wird der Gedanke des „verdeckten Mangels“ aufgegriffen. Danach kommt der Rügepflicht auch derjenige fristgemäß nach, der diese unverzüglich nach *Entdecken* des Mangels abgibt, weil der Mangel vorher verdeckt war. Es erscheint jedoch abwegig, dass der EuGH im Kontext einer verbraucher-schützenden Richtlinie auf eine speziell handelsrechtliche Vorschrift verweisen wollte. Naheliegender scheint es, dass der EuGH vielmehr das allgemeine Mangelgewährleistungsrecht im Sinn hatte, was auch durch den Bezug zum „Mangel“ impliziert wird. Die beispielhafte Aufzählung des EuGH hat in diesem Sinne auch System, da er sowohl für die vertraglichen als auch für die außervertraglichen Ansprüche je ein Konkretisierungsbeispiel aufzeigt.

Die Neu-Interpretation des EuGH (die zugleich eine Rückbesinnung zur 1976er-Vorschlag ist) ist also so verstehen, dass nur solche nationalen Regelungskonzepte von der Richtlinie unberührt sind, die entweder *auf Vertrag* oder *auf Verschulden* beruhen. Diese Interpretation steht überdies im Einklang mit der von Generalanwalt *Geelhoed* vertretenen Auffassung in den Schlussanträgen der Verfahren, die schließlich in die Urteile vom 25.04.2002 mündeten. Er hatte Art. 13 der Richtlinie dahingehend interpretiert, dass hiermit nur „vertragliche Absprachen oder [das] allgemeine Verschuldenshaftungsrecht“ erfasst sein soll.

---

<sup>427</sup> Vgl. Art 11 sowie den 24. Erwägungsgrund des Richtlinienentwurfs ABIEG 1976 Nr. C 241/9.

<sup>428</sup> „Die verschuldensunabhängige Haftung des Herstellers erlaubt eine sachgerechte Lösung dieses Problems des Zeitalters fortschreitender Technisierung, weil er seine Aufwendungen, die er *auf Grund dieser Haftung* macht, als Herstellungskosten in die Preiskalkulation eingehen lassen und so auf alle Verbraucher gleicher, jedoch fehlerfreier Produkte verteilen kann“.

### 3. § 823 Abs. 1 BGB - eine Verschuldenshaftung?

Da es sich bei § 823 Abs. 1 BGB um eine außervertragliche Haftungsvorschrift handelt, kommt es für die parallele Anwendung zum ProdHaftG also darauf an, ob diese als Verschuldenshaftung zu deklarieren ist. Gerade dies ist aber fraglich, weil im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB die Grundsätze der Beweislastumkehr fest etabliert sind. Denn beide bewirken im Ergebnis eine Verlagerung des Haftungsrisikos zu Lasten des Herstellers. Eine strukturelle Ähnlichkeit zeigt sich bereits daran, dass Beweislastumkehr und Gefährdungshaftung in ihrer Begründung auf denselben Argumentationslinien fußen. Ebenso wie die Ausgestaltung der Gefährdungshaftung in der Produkthaftungsrichtlinie, wurde schon die Beweislastumkehr mit den „verwickelten technischen [...] Vorgänge“ sowie der „komplizierten, verschachtelten, auf Arbeitsteilung beruhenden Organisation“<sup>429</sup> begründet. Es ist daher nicht verwunderlich, dass die Haftungsverlagerung durch eine Beweislastumkehr nach Ansicht einiger einer Gefährdungshaftung „nahe“<sup>430</sup>, wenn nicht gar „gleich“<sup>431</sup> kommt, jedenfalls aber einen „offenen Übergang zur Gefährdungshaftung“ darstellt. Auch in den Beratungen zum Gesetzesentwurf des ProdHaftG ist zu lesen, dass sich die „Beweislastumkehr [...] schon jetzt wie eine verschuldensunabhängige Haftung“ auswirkt.<sup>432</sup> Auf den Punkt heißt es in den Beratungsprotokollen zum ProdHaftG etwa auch, dass § 823 Abs. 1 BGB „praktisch [eine] Gefährdungshaftung im Gewande der schuldrechtlichen Haftung“ sei.<sup>433</sup> Diese Bewertungen legen nahe, dass von einer „echten“ Verschuldenshaftung bei § 823 Abs. 1 BGB - jedenfalls für die Produkthaftung - kaum noch zu sprechen ist. Zudem setzt die Beweislastumkehr nach Rechtsprechung<sup>434</sup> und herrschender Literaturmeinung<sup>435</sup> am subjektiven Verschulden und am objektiven Pflichtverstoß an, sodass in der „praktischen Auswirkung“ die mit Beweislastum-

---

<sup>429</sup> BGH, Urt. v. 26.11.1968 – VI ZR 212/66, NJW 1969, 269, 275 mit Anm. *Diederichsen, Hühnerpest*.

<sup>430</sup> So *Spindler*, in: *Bamberger/Roth* (2008), § 823 BGB Rn. 552 („angenähert“); *Schaub*, ZEuP 2003, 562, 588 („praktische Nähe“).

<sup>431</sup> *Lorenz*, ZHR 1987, 1, 10, 11 („dogmatisch sehr nahe und faktisch wirkungsgleich“); *Deutsch*, Haftungsrecht, Rn. 417; ähnlich auch *Jansen*, der meint, eine „tatsächliche Grenze zwischen Gefährdungshaftung und dem Deliktsrecht heute [nicht mehr] klar feststellbar [ist]“ und dies auch ausdrücklich auf das Gebiet der Produkthaftung bezieht, *Jansen*, S. 14; ebenso *Riehm*, der im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB nur „formell vorhanden[es]“ Verschuldenskriterium sieht und die „formal-systematische Einordnung in das deutsche Deliktsrecht als nicht hinreichendes Argument dafür sieht, dass es sich deswegen um eine Haftung auf anderer Grundlage handelt, *Riehm*, JZ 2006, 1035, 1043; auch *Schaub* meint, die Bezeichnung „Verschuldenshaftung“ sei nur ein „Etikett“, *Schaub*, ZEuP 2011, 41, 51; auch *Rolland* verweist darauf, dass das Verschuldensfordernis im Rahmen der Produkthaftung „nicht überschätzt“ werden darf, *Rolland*, § 1 ProdHaftG Rn. 12.

<sup>432</sup> BT-PIPr 11/105, S. 7236D, 7238A.

<sup>433</sup> BT-PIPr 11/105, S. 7238B.

<sup>434</sup> BGH, Urt. v. 11.06.1996 – VI ZR 202/95, NJW 1996, 2507; BGH, Urt. v. 02.02.1999 – VI ZR 392/97, NJW 1999, 1028.

<sup>435</sup> *Prütting*, in: *Baumgärtel*, § 19 Rn. 13; wohl auch *Wagner*, in: *MüKoBGB* (2015), § 823 BGB Rn. 684 („Die Beweislastverteilung (...verläuft) mitten durch die Feststellung einer Sorgfaltspflichtverletzung“).

kehr ausgestatte Verschuldenshaftung des § 823 Abs. 1 BGB und die Haftung nach dem ProdHaftG nahezu identisch sind.<sup>436</sup> Damit kommt der rechtstheoretischen Frage, ob eine Rechtsvorschrift mit vermutetem Verschulden noch als Verschuldenshaftung zu bezeichnen ist, im Kontext der Produkthaftungsrichtlinie eine wichtige Bedeutung zu<sup>437</sup> und kann als das Zünglein an der Waage bezeichnet werden.

Zur Beantwortung der Frage ist es erforderlich, die tragenden Elemente der Verschuldenshaftung sowie der Beweislastumkehr herauszuarbeiten, um sodann feststellen zu können, wo ein vermutetes Verschulden im zweispurigen<sup>438</sup> Haftungsrecht (Verschuldens- und Gefährdungshaftung) anzusiedeln ist. Deutlich wird jedoch schon jetzt, dass der in der Literatur gängige Verweis auf Art. 13 der Richtlinie (bzw. § 15 Abs. 2 ProdHaftG) nicht hinreichend geeignet ist, um eine parallele Anwendung beider Rechtsvorschriften zu rechtfertigen, sondern dass vielmehr eine Auseinandersetzung mit der Ansiedelung des § 823 Abs. 1 BGB im Haftungssystem insgesamt stattfinden muss.

### **a. Haftungsbegründung bei der Verschuldenshaftung und der Gefährdungshaftung**

Im Haftungsrecht wird grundsätzlich zwischen Verschuldenshaftung und Gefährdungshaftung differenziert, sodass von einer „Zweispurigkeit des Haftungsrechts“<sup>439</sup> gesprochen wird. Auch wenn im Bereich der sog. „objektiven Haftung“<sup>440</sup> nicht nur die Gefährdungshaftung als solche existiert, also in „Kausalvermutungshaftungen“, erweiterte und enge Gefährdungshaftung differenziert wird<sup>441</sup>, was insoweit eine Mehrspurigkeit<sup>442</sup> des Haftungsrechts skizziert, bleibt es grundsätzlich jedoch bei der Zweiteilung zwischen Verschuldens- und Gefährdungshaftung. Denn auch die enge, erweiterte Gefährdungshaftung sowie auch die Kausalvermutungshaftung (wobei *Deutsch* und *Ahrens* die Produkthaftung in die Kategorie der erweiterten Gefährdungshaftung einordnen) werden vom Typus her als Gefährdungshaftung begriffen.<sup>443</sup>

---

<sup>436</sup> So auch explizit der deutsche Gesetzgeber in BT-Drs. 11/2447, S. 11; ähnlich auch *Lorenz*, ZHR 1987, 1, 11.

<sup>437</sup> So auch *Schaub*, ZEuP 2003, 563, 579.

<sup>438</sup> Insoweit im Produkthaftungsrecht zusätzlich zum bestehenden Dualismus; *Magnus*, JZ 1990, 1100, der in Bezug auf das Produkthaftungsrecht auf eine „Zweispurigkeit neuerer Art“ hinweist.

<sup>439</sup> *Deutsch*, NJW 1992, 73, 77; insoweit ist die Formulierung von *Magnus* bezeichnenderweise speziell für Produkthaftungsrecht, es zeige sich eine „Zweispurigkeit neuerer Art“, durchaus pointiert *Magnus*, JZ 1990, 1100.

<sup>440</sup> So *Deutsch*, NJW 1992, 73.

<sup>441</sup> Grundlegend *Deutsch*, NJW 1992, 73; *Deutsch/Ahrens* (2001), S. 163, 164.

<sup>442</sup> *Deutsch*, NJW 1992, 73, 77.

<sup>443</sup> *Deutsch* und *Ahrens* ordnen die Produkthaftung zum Beispiel in die Kategorie der erweiterten Gefährdungshaftung ein, vgl. *Deutsch/Ahrens* (2014), S. 175.

Eine Verschuldenshaftung stellt im Wesentlichen darauf ab, ein rechtswidriges Fehlverhalten zu sanktionieren.<sup>444</sup> Das Verschuldensmoment hat sich in diesem Sanktionsmodell<sup>445</sup> als „Axiom“<sup>446</sup> verfestigt. Während die Verschuldenshaftung an die *iustitia commutativa* (ausgleichende Gerechtigkeit) anknüpft, knüpft die Gefährdungshaftung an die *iustitia distributiva* (austeilende Gerechtigkeit) an.<sup>447</sup> Ein wesentliches der Verschuldenshaftung zugrundeliegendes Prinzip ist es, dass der Gläubiger die Beweislast dafür trägt, dass der Schuldner schuldhaft gehandelt hat. Das Verschulden und die Beweislast hierfür, stellen die Haftungsschwelle dar.<sup>448</sup> Gemäß § 276 Abs. 1 BGB liegt Verschulden bei Vorsatz und Fahrlässigkeit vor, wobei die häufigste Form die der Fahrlässigkeit ist.<sup>449</sup> Gemäß § 276 Abs. 2 BGB ist Fahrlässigkeit die Vernachlässigung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, womit der typische Pflichtverstoß – auch im Produkthaftungsrecht – beschrieben ist. Nach *Deutsch* zerfällt die „Sorgfalt“ in eine innere und eine äußere Sorgfalt. Die äußere Sorgfalt bezeichnet die „Nichteinhaltung eines Verhaltensprogramms“.<sup>450</sup> Die innere Sorgfalt beschreibt eher die subjektiv-emotionale Seite des Verhaltens.<sup>451</sup> *Deutsch* bezieht die Beweislastumkehr nur auf die innere Sorgfalt, indem durch Beweiserbringung der Nichteinhaltung der äußeren Sorgfalt auf das Fehlen der inneren Sorgfalt geschlossen wird.<sup>452</sup> Dies bedeutet, dass der Geschädigte lediglich äußere Tatsachen beizubringen hat, aus denen deutlich wird, dass der Hersteller die erforderliche Sorgfalt verletzt hat, wie zum Beispiel die Tatsache, dass der Hersteller den Stand von Wissenschaft und Technik nicht eingehalten hat. Der BGH und auch Teile der Literatur beziehen die Beweislastumkehr allerdings auf den gesamten Komplex des Sorgfaltsverstoßes.<sup>453</sup> Danach trifft den Geschädigten die Beweislast für den Fehler am Produkt sowie der Kausalität, der Hersteller indes muss sich hinsichtlich der Sorgfaltspflichtverletzung entlasten. Gerade hierbei wird deutlich, dass wesentliches Merkmal der Verschuldenshaftung (neben dem Verschulden) die Anknüpfung an ein *Verhaltensprogramm* ist. So wie nämlich das Verschulden auf die Pflichtverletzung bezogen ist, knüpft auch die Beweislastumkehr am Pflicht-

---

<sup>444</sup> *Jansen*, S. 24.

<sup>445</sup> *Jansen*, S. 42.

<sup>446</sup> Bezeichnung auch bei *Deutsch*, Haftungsrecht, Rn. 21; Ausführlich *Jansen*, S. 365.

<sup>447</sup> *Jansen*, S. 24.

<sup>448</sup> *Deutsch*, Haftungsrecht, Rn. 21.

<sup>449</sup> Nach *Deutsch*, Haftungsrecht, Rn. 365.

<sup>450</sup> *Deutsch*, Haftungsrecht, Rn. 385.

<sup>451</sup> *Deutsch* spricht insoweit vom „inneren Verhalten“, *Deutsch*, Haftungsrecht, Rn. 387.

<sup>452</sup> *Deutsch*, Haftungsrecht, Rn. 391.

<sup>453</sup> Ausdrücklich etwa in BGH, Urt. v. 17.03.1981 – VI ZR 191/79, NJW 1981, 1603, 1605, *Derosal* („Die Beweislastumkehr [umfasst] auch die sogenannte „äußere“ Sorgfalt und damit bereits den bestehenden Pflichtenverstoß“); ebenso *Wagner*, in: MÜKoBGB (2017), § 823 BGB Rn. 858.

verstoß an. *Deutsch* und *Ahrens* bringen es auf den Punkt, wenn sie beschreiben, dass „Haftung [...] die Zurechnung eines Geschehens zum Willen einer Person“ ist, womit das Verhalten (oder auch das Unterlassen) den „Urgrund“ der Haftung bildet.<sup>454</sup> Die Verschuldenshaftung ist also wesentlich durch die Merkmale *Verschulden* und *Verhalten* charakterisiert. Beide Merkmale sind auch eng miteinander verbunden, denn die Schuldhaftigkeit kann nur an einem Verhalten festgemacht werden kann. Bezüglich eines Objekts ist dies nicht möglich. Das Verschulden ist demnach immer auf etwas Individuelles und Subjektives, also in der Person des Handelnden verwurzelt.

Die Gefährdungshaftung als Ausnahme des Verschuldensprinzips<sup>455</sup> setzt dagegen objektbezogen an. Ist bei der Verschuldenshaftung das „*gefahrvermeidende Verhalten*“<sup>456</sup> das zentrale Motiv, geht es bei der Gefährdungshaftung, weil gefährliches Verhalten zugelassen wird, um „*gefahrsteuerndes Verhalten*“.<sup>457</sup> Die Implementierung von Gefährdungshaftungen ist eine Folge der nachlassenden Wirkung von Verschuldenshaftungen, weil immer größere Gefahren zugelassen werden.<sup>458</sup> Die objektive Haftung gestaltet sich also als Ausgleich für die Zulassung der Gefahr, indem die Übernahme des Risikos von vornherein z.B. dem pharmazeutischen Unternehmer wie in § 84 AMG oder dem Hersteller wie in § 1 ProdHaftG zugewiesen wird. Die Gefährdungshaftung setzt damit nicht mehr am *Verhalten*, sondern am *Objekt* an, da nur so das Entstehen für jegliche Risikoverwirklichung gelingt. Bei der objektbezogenen Betrachtung kann es keinen Fahrlässigkeitsmaßstab geben, da es nicht um den persönlichen Schuldvorwurf geht. Konkret für die Produkthaftung ist der Haftungsgrund die Fehlerhaftigkeit des Produkts, unabhängig von einem persönlichen Schuldvorwurf.

Zusammenfassend ist der wesentliche Unterschied, dass die Verschuldenshaftung durch das *Verhalten* und das *Verschulden* definiert ist und sich die Gefährdungshaftung durch die ausschließlich Bezugnahme auf ein *Objekt* auszeichnet.

---

<sup>454</sup> *Deutsch/Ahrens* (2014), S. 15.

<sup>455</sup> *Deutsch*, NJW 1992, 73, 74.

<sup>456</sup> *Deutsch*, NJW 1992, 73, 74

<sup>457</sup> *Deutsch*, NJW 1992, 73, 74.

<sup>458</sup> *Deutsch/Ahrens* (2014), S. 174.

### ***b. Die Vermutung des Verschuldens als Objektivierung der Verschuldenshaftung***

Wird jedoch das pflichtwidrige Verhalten vermutet, kommt es schließlich auf die von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien und Anforderung an, die eine Erschütterung der vermuteten Schuld ermöglichen. Wenn diese, wie im Produkthaftungsrecht, durch das Abstellen auf den Stand von Wissenschaft und Technik auf die denkbar höchste Stufe gestellt werden, ist eine Exkulpation kaum möglich<sup>459</sup>, was im Ergebnis - wie bei der Gefährdungshaftung - zu einer nahezu vollständigen Risikoüberwälzung auf den Hersteller führt. Dann jedenfalls kann nicht bestritten werden, dass die Vermutung des Verschuldens zu einer Objektivierung der Verschuldenshaftung führt.

Im Kontext der Öffnungsklausel stellt sich nun aber die Frage, ob dieser Befund ausreicht, um § 823 Abs. 1 BGB nicht mehr als Verschuldenshaftung zu deklarieren. Zu bedenken ist nämlich, dass es hierbei nicht nur um eine rechtsdogmatische Einordnung geht, sondern um die Subsumtion des § 823 Abs. 1 BGB unter die Öffnungsklausel, dessen Ergebnis sich auf die Anwendbarkeit des § 823 Abs. 1 BGB parallel zum ProdHaftG auswirkt. Insoweit kann nicht bereits die Feststellung ausreichen, dass die Verschuldenshaftung durch die Beweislastumkehr ein Stück weit objektiviert wird. Vielmehr ist zu eruieren, ob und wie die Beweislastumkehr auf den materiellen Gehalt einer Rechtsvorschrift einwirkt. Denn nur, wenn die Beweislastumkehr derart materiell auf eine Rechtsvorschrift einwirkt, dass eine getroffene haftungsdogmatische Entscheidung des Gesetzgebers verändert wird, kann sich eine Rechtsvorschrift überhaupt von der Verschuldenshaftung entfernen.

### ***c. Beweisrecht: Beweislast und Beweisführung***

Hierzu muss zunächst den Gründen und der Wirkung von Beweislastregeln nachgegangen werden.

Im Rahmen des Beweisrechts wird zunächst zwischen Beweislast und Beweisführung differenziert.<sup>460</sup> Beweislastregeln sollen dem Richter die Beantwortung einer Rechtsfrage auch dann ermöglichen, wenn im Falle einer *non-liquet-Situation* ein Tatbestandsmerkmal nicht

---

<sup>459</sup> So konkret für den Ausreißer *Schaub*, in: Prütting/Wegen/Weinrich (2016), § 823 BGB Rn. 181 sowie nochmals allgemein für den Entlastungsbeweis *Schaub*, in: Prütting/Wegen/Weinrich (2016), § 823 BGB Rn. 197.

<sup>460</sup> *Diederichsen*, VersR 1996, 211.

aufgeklärt werden kann.<sup>461</sup> Sie regeln die Frage, zu wessen Nachteil die Nichtaufklärbarkeit eines entscheidungserheblichen Tatbestandsmerkmals geht.<sup>462</sup> Sie sind daher zunächst ein methodisches Mittel<sup>463</sup> im Zivilprozess, um eine Streitfrage im Falle der Beweisfälligkeit zu entscheiden. Beweislastregeln schreiben den streitenden Parteien das Beweisrisiko zu und sind damit „besondere Risikozuweisungen“ des Gesetzgebers.<sup>464</sup> Unterschieden wird hierbei zwischen objektiver Feststellungslast (objektive Beweislast) und subjektive Beweisführungslast (subjektive Beweislast). Während nur die objektive Beweislast die Frage regelt, wie im Falle der *non-liquet-Situation* zu entscheiden ist<sup>465</sup>, wird mit der subjektiven Beweisführungslast umschrieben, welche Partei durch tatsächliches Tun eine Tatsache beweisen muss.<sup>466</sup> Von einer Beweislastumkehr wird dann gesprochen, wenn das Gericht von der üblichen Verteilung der Feststellungslast (objektive Beweislast)<sup>467</sup> abweicht und diese neu verteilt.<sup>468</sup> Eine solche Abweichung ist - wie andere Abweichungen vom materiellen Recht auch - nur im Rahmen des methodisch Erlaubten zulässig, das heißt nach den anerkannten Methoden der richterlichen Rechtsfortbildung.<sup>469</sup> Insbesondere darf eine im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung entwickelte Beweislastumkehr nicht nur im konkreten Einzelfall gelten, sondern es bedarf einer generellen Regelbildung.<sup>470</sup> Dies allein schon deshalb, weil aus Gründen der Rechtssicherheit das Beweislastrisiko vor dem Prozess abschätzbar sein muss.<sup>471</sup> Nach der Ansicht von *Laumen* und *Diederichsen* ist dies für den Bereich der Produkthaftung „vorbildlich“<sup>472</sup> und „geglückt“<sup>473</sup> gelungen. Abzugrenzen ist die Beweislastumkehr jedoch von sog. Beweiserleichterungen, deren Funktion eher in der *Vermeidung* einer *non-liquet-Situation* liegt.<sup>474</sup> Beispiele hierfür sind die gesetzliche Vermutung im Sinne des § 292 ZPO,

---

<sup>461</sup> *Reinhardt*, NJW 1994, 93; von einer non-liquet-Situation wird gesprochen, wenn eine Partei eine entscheidungserhebliche Tatsache nicht beweisen kann, also eine Unklarheit über eine entscheidungserhebliche Tatsache entsteht, vgl. näher *Prütting*, in: Baumgärtel, § 5 Rn. 1.

<sup>462</sup> *Laumen*, NJW 2002, 3739.

<sup>463</sup> *Laumen*, in: Baumgärtel, § 3 Rn. 2.

<sup>464</sup> *Laumen*, in: Baumgärtel, § 3 Rn. 2, 20 sowie § 19 Rn. 1; *Prütting*, in: MüKoZPO (2016), § 286 ZPO Rn. 138.

<sup>465</sup> Funktion der objektiven Beweislast sei die Überwindung des non-liquets, *Laumen*, in: Baumgärtel, § 3 Rn. 13.

<sup>466</sup> *Laumen*, in: Baumgärtel, § 3 Rn. 32.

<sup>467</sup> Die allgemeine Grundregel der Beweislastverteilung besagt, dass der Anspruchssteller die Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatbestandsmerkmale trägt und der Anspruchsgegner für die rechtshindernden, rechtsvernichtenden und rechtshemmenden Merkmale, vgl. *Prütting*, in: MüKoZPO (2016), § 286 ZPO, Rn. 111.

<sup>468</sup> *Laumen*, NJW 2002, 3739, 3742.

<sup>469</sup> *Prütting*, in: MüKoZPO (2016), § 286 ZPO Rn. 123; *Laumen*, NJW 2002, 3739, 3742.

<sup>470</sup> *Prütting*, in: MüKoZPO (2016), § 286 ZPO Rn. 123; ders., in: Baumgärtel, § 19 Rn. 4, 9.

<sup>471</sup> *Laumen*, NJW 2002, 3739, 3741.

<sup>472</sup> *Laumen*, NJW 2002, 3739, 3741.

<sup>473</sup> BGH, Urteil vom 26.11.1968 – VI ZR 212/66, NJW 1969, 269, 276 mit Anm. *Diederichsen*, *Hühnerpest*.

<sup>474</sup> *Prütting*, in: Baumgärtel, § 8 Rn. 4.

der durch die Rechtsprechung entwickelte Anscheinsbeweis sowie der Indizienbeweis.<sup>475</sup> Beweislastregeln sind also auf den ersten Blick dem Prozessrecht zuzuordnen, womit eine Einwirkung auf das materielle Recht ausgeschlossen erscheint.

#### **d. Beweislastregeln als „materielles Prozessrecht“**

Tatsächlich jedoch ist die Zuordnung von Beweislastregeln zum materiellen oder prozessualen Recht nicht eindeutig. Die Frage, welche Rechtsnatur Beweislastregeln und damit auch die Beweislastumkehr haben, ist nämlich bislang nicht einheitlich beantwortet.<sup>476</sup> Bereits die Feststellung des *Bundesverfassungsgerichts*, wonach Beweislastregeln irgendwo im „Schnittpunkt von sachlichem und Verfahrensrecht“ verortet sind<sup>477</sup>, steht hierfür exemplarisch. In der Literatur wird tendenziell die Auffassung vertreten, dass Beweislastregeln dem materiellen Recht zuzuordnen sind, weil sie eine Ergänzung des „unklar gebliebenen Rechtssatzes“<sup>478</sup> darstellen und ebenso wie das materielle Recht als abstrakt-generelle Regelungen ausgestaltet sind.<sup>479</sup> *Diederichsen* meint in Anlehnung an *Rosenberg*, dass Beweislastregeln (ungeschriebene und geschriebene) zu dem „Rechtssatz [gehören], dessen Voraussetzungen die streitigen Tatsachen begründen sollen“<sup>480</sup>, womit er die Beweislastumkehr ebenfalls dem materiellen Recht zuordnet. Dennoch ist der prozessuale Charakter von Beweislastregeln nicht zu ignorieren, denn schließlich erlangen sie erst im Prozess Bedeutung. Dieser Umstand allein kann jedoch sicher nicht die Zuordnung zum Prozessrecht rechtfertigen, denn schließlich erlangen auch die materiellen Tatbestandsvoraussetzungen eines Schadensersatzanspruches erst tatsächliche Bedeutung, wenn dieser Anspruch auf dem Prozesswege durchgesetzt werden soll. Der Unterschied zum reinen Prozessrecht nämlich sei, so *Diederichsen*, der den Beweislastregeln (und insbesondere der Beweislastumkehr) innewohnende Risikozuweisungsgehalt, da sie regeln, welche Partei welches Risiko trägt.<sup>481</sup> Die Beweislastumkehr bewirkt also eine „Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel“<sup>482</sup> und stellt damit eine

---

<sup>475</sup> Zu den Formen der Beweiserleichterungen, *Prütting*, in: Baumgärtel, § 8 Rn. 24 ff.

<sup>476</sup> Auf den Streit bis heute hinweisend etwa *Prütting*, in: MüKoZPO, § 286 ZPO Rn. 137 f; eingehend bereits *Diederichsen*, VersR 1966, 211.

<sup>477</sup> BVerfG, Beschl. v. 25.07.1979 – 2 BvR 878/74, NJW 1979, 1925.

<sup>478</sup> *Prütting*, in: MüKoZPO (2016), § 286 Rn. 138; *Laumen*, NJW 2002, 3739, 3743.

<sup>479</sup> Diesen Gesichtspunkt heranziehend, *Laumen*, NJW 2002, 3739, 3743.

<sup>480</sup> *Diederichsen*, VersR 1966, 211, 215.

<sup>481</sup> Ebenso *Diederichsen*, VersR 1966, 211, 216.

<sup>482</sup> *Prütting*, in: Baumgärtel, § 19 Rn. 10.

„selbständig sekundäre materielle Risikozurechnung“<sup>483</sup> dar. Weil der eigentlich nicht beweisbelasteten Partei das Beweisrisiko qua Beweislastumkehr zugeschrieben wird, enthalten Beweislastregeln eine Risikozuweisung, wie sie auch der gesetzgeberischen Entscheidung für die Verschuldens- oder Gefährdungshaftung zu Grunde liegt. Die Zuweisung des Risikos ist für die Einführung einer Gefährdungshaftung das Hauptmotiv wie auch der zweite Erwägungsgrund der Produkthaftungsrichtlinie zeigt: „Nur bei einer verschuldensunabhängigen Haftung des Herstellers kann das unserem Zeitalter fortschreitender Technisierung eigene Problem einer gerechten Zuweisung der mit der modernen technischen Produktion verbundenen Risiken in sachgerechter Weise gelöst werden“. Haftungsart und Risikozuweisung werden also explizit miteinander verknüpft. Die Tatsache, dass auch der BGH seinerzeit die Umkehr der Beweislast mit der Zuweisung von Risikosphären begründete<sup>484</sup> deckt auf, dass das Motiv für ein vermutetes Verschulden wie für eine Gefährdungshaftung dasselbe ist. *Goldschmidt* bezeichnet Beweislastregeln daher treffend als „materielles Justizrecht“.<sup>485</sup> Beweislastregeln sind also weder ausschließlich dem materiellen noch dem prozessualen Recht zuzuordnen, sondern haben eine Art Zwitterstellung inne, weil sie auf das materielle Recht einwirken, jedoch erst im Prozess Bedeutung erlangen.

Damit drängt sich einmal mehr der Gedanke auf, dass durch die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Beweislastumkehr eine vormals als Verschuldenshaftung ausgestaltete Rechtsvorschrift zur Einstandshaftung wird. *Stoll* bringt es auf den Punkt, wenn er sagt, dass „jede Umkehrung der Beweislast bezüglich des Verschuldens auf Kosten des Verschuldensprinzips“<sup>486</sup> geschieht. Im Ergebnis steht nämlich die schuldhaft Verletzung der Verkehrssicherungspflicht fest. Aus dieser Feststellung kann sich der Hersteller nur theoretisch exkulpieren; praktisch ist dies jedoch kaum möglich.<sup>487</sup> Aus diesem Grund scheint ein Teil der Literatur auch davon auszugehen, dass § 823 Abs. 1 BGB nicht mehr als Verschuldenshaftung bezeichnet werden kann. *Prütting* meint zum Beispiel, dass die Beweislastumkehr im Rahmen der Produzentenhaftung die „materiell-rechtlichen Haftungsvoraussetzungen verändert“ und damit eine Art Gefährdungshaftung installiert.<sup>488</sup> Diese Tatsache ändere

---

<sup>483</sup> *Gottwald*, S. 17.

<sup>484</sup> „Dann ist es sachgerecht und zumutbar, dass ihn das Risiko der Nichterweislichkeit seiner Schuldlosigkeit trifft“, BGH, Urt. v. 26.11.1968 – VI ZR 212/66, NJW 1969, 269, 275 mit Anm. *Diederichsen*, *Hühnerpest*.

<sup>485</sup> *Goldschmidt*, in: FS Hübler, S. 85, 88.

<sup>486</sup> *Stoll*, AcP, 1976, 145, 161.

<sup>487</sup> *Schaub*, in: *Prütting/Wegen/Weinrich* (2016), § 823 BGB Rn. 197; vgl. auch BT-PIPr 11/105, S. 7236D („der allerdings schwierige Beweis“).

<sup>488</sup> *Prütting*, in: Baumgärtel, § 19 Rn. 21.

sich auch nicht deshalb, weil der *Bundesgerichtshof* „formal an einer Verschuldenshaftung festhalte“.<sup>489</sup> Auch *Baumgärtel* sieht in der Beweislastumkehr im Rahmen der Produzentenhaftung materiell-rechtliche Auswirkungen, weil „die dem Produzenten auferlegte Verkehrssicherungspflicht inhaltlich zugunsten des geschützten Personenkreises gestärkt werden“.<sup>490</sup> Und schließlich ist auch *Stoll* der Ansicht, dass mit der Beweislastumkehr ein „begrenztes Erfolgsmoment“ hereingenommen wird.<sup>491</sup>

Zusammenfassend wirken Beweislastnormen also auf die Haftungsart ein. Sie beinhalten eine Entscheidung für eine (gerechtere) Risikozuweisung. Beweislastumkehr und Gefährdungshaftung beruhen zudem auf derselben Motivlage, nämlich die objektive Risikozuweisung zu Lasten des Herstellers. Aus diesem Grunde unterscheidet sich die Verschuldenshaftung mit vermutetem Verschulden kaum von der Gefährdungshaftung, insbesondere dann nicht, wenn die Exkulpationsanforderungen - wie im Bereich des Produkthaftungsrechts - kaum zu überwinden sind. Im zweispurigen System des Haftungsrechts ist demnach eine Rechtsvorschrift mit vermutetem Verschulden kaum noch einer Verschuldenshaftung im klassischen Sinne zuzuordnen, weil diese strukturell und auch praktisch vielmehr in die Nähe einer Gefährdungshaftung rutscht.

#### ***e. § 823 Abs. 1 als „Verschuldenshaftung“ im Sinne der Öffnungsklausel?***

Fraglich ist, ob dieser Befund ausreicht, um die Subsumtion des § 823 Abs. 1 BGB unter die Öffnungsklausel zu verneinen, mit der Folge, dass dieser nicht mehr parallel zum ProdHaftG angewendet werden dürfte. Dies kann jedenfalls angezweifelt werden. Zunächst einmal mag der Unterschied zwischen einer Rechtsvorschrift mit Beweislastumkehr und einer Rechtsvorschrift, die gänzlich auf ein Verschulden verzichtet, zwar gering sein, faktisch bleiben jedoch einige Unterschiede bestehen.

Zum einen nämlich die sog. *Ausreißer-Problematik*<sup>492</sup> sowie die *Produktbeobachtungspflicht*, die es im Rahmen des ProdHaftG nicht gibt.<sup>493</sup> Während im Rahmen einer Verschuldenshaf-

---

<sup>489</sup> *Prütting*, in: *Baumgärtel*, § 19 Rn. 21.

<sup>490</sup> *Baumgärtel*, Beweislastpraxis, Rn. 463; von einer „inhaltlichen Aufwertung der Verkehrssicherungspflichten“ spricht auch, *Stoll*, AcP 1976, 145, 162.

<sup>491</sup> *Stoll*, AcP, 1976, 145, 161.

<sup>492</sup> Ein Ausreißer ist eine besondere Form des Fabrikationsfehlers, der vorliegt, wenn zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens der Fehler, trotz aller erforderlichen und zumutbaren Fertigungs- und Kontrollmethoden, nicht erkannt werden konnte.

<sup>493</sup> Das ProdHaftG stellt hinsichtlich des Fehlers ausschließlich auf den Zeitpunkt der Inverkehrgabe ab, wie sich aus der Formulierung in § 3 lit. c ProdHaftG ergibt.

tung mit der Beweislastumkehr eine Exkulpation im Falle des Ausreißers möglich ist, ist dem Hersteller diese Möglichkeit im Rahmen einer Gefährdungshaftung gänzlich verwehrt. Auch wenn die Exkulpation in der Praxis nach einhelliger Meinung recht selten gelingt<sup>494</sup>, gänzlich unmöglich ist sie jedoch nicht. Zu berücksichtigen ist nämlich, dass der Ausreißer-Einwand deswegen selten oder gar nie gelingt, weil die heutigen Produktionsprozesse derart technisiert und überwacht sind, weswegen Ausreißer insgesamt einfach höchst selten sind. Jedoch ist es gerade die Ausreißer-Problematik, die im Hinblick auf die Software-Entwicklung wieder relevant werden könnte. Unter der Prämisse, dass eine 100%-ige Sicherheit bei Software nie gewährleistet werden kann, selbst wenn alle nach dem Stand von Wissenschaft und Technik möglichen Sicherungsmaßnahmen berücksichtigt würden, steht zu vermuten, dass gerade Softwarefehler häufig als Ausreißer deklariert werden könnten. Damit würde dem Ausreißer im Zusammenhang mit Software eine ganz neue Bedeutung zukommen. Ähnlich verhält es sich mit der Produktbeobachtungspflicht, die es schließlich auch nur im Rahmen einer Verschuldenshaftung geben kann, gerade weil dies an das Verhalten anknüpft. Zu Recht konstatiert nämlich *Wagner*, dass die „Produktbeobachtungspflicht quer zu den Konstruktions-, Fabrikations- und Instruktionspflichten des Herstellers [steht], weil sich die Verletzung der Produktbeobachtungspflicht nicht ohne Weiteres in einer negativ bewerteten Produkteigenschaft – einem „Fehler“ – niederschlägt“.<sup>495</sup> Die Produktbeobachtungspflicht setzt also bereits naturgemäß nicht am Objekt an, sondern beinhaltet als Verhalten vielmehr eine reale Handlung wie die Informationssammlung<sup>496</sup>, eine Umstellung der Produktion, eine Warnung oder (sofern notwendig) ein Rückruf.<sup>497</sup> Wie der Ausreißer, so wird auch die Produktbeobachtungspflicht im Zusammenhang mit Softwareprodukten besondere Bedeutung gewinnen.<sup>498</sup> Denn Softwareprodukte sind technisch schneller überholt als andere Produkte, da die Entwicklungszyklen deutlich kürzer sind. Erforderlich sind deshalb *Updates* oder die Ausgabe eines *Patches*<sup>499</sup>, zu denen der Hersteller nur im Rahmen der Produktbeobachtungspflicht zivilrechtlich verpflichtet werden kann. Diese eng an eine Handlung angeknüpfte Produktbe-

---

<sup>494</sup> So z.B. *Schaub*, in: Prütting/Wegen/Weinrich (2016), § 823 BGB Rn. 181; ebenso *Prütting*, in: Baumgärtel, § 19 Rn. 13; *Diederichsen*, Zur Dogmatik der Produkthaftung nach Inkrafttreten des Produkthaftungsgesetzes, 9, 18 („kaum Fälle bekannt“); uns auch der Gesetzgeber selbst in BT-Drs. 11/2447, S. 11 („ausnahmsweise“).

<sup>495</sup> *Wagner*, in: MüKoBGB (2017), § 823 BGB Rn. 836.

<sup>496</sup> *Wagner*, in: MüKoBGB (2017), § 823 BGB Rn. 838.

<sup>497</sup> *Wagner*, in: MüKoBGB (2017), § 823 BGB Rn. 840.

<sup>498</sup> Eingehend zur Produktbeobachtungspflicht bei vernetzten, automatisierten und autonomen Produkten, *Hartmann*, Phi 2017, 42.

<sup>499</sup> Korrekturauslieferung einer Software zur Schließung von Sicherheitslücken.

obachtungspflicht löst sich gerade nicht auf, weil das Verschulden durch die Beweislastumkehr vermutet wird, so dass solche Pflichten aufs Engste mit einer Verschuldenshaftung verbunden sind.

Zum anderen zeichnet sich eine Verschuldenshaftung insbesondere dadurch aus, dass sie am *Verhalten* (als Pflichtverstoß) ansetzt. *Deutsch* und *Ahrens* bringen es auf den Punkt: „Schuldenshaftung ist im Grundsatz Verhaltenshaftung“.<sup>500</sup> Deutlich wurde dies schon bei der Produktbeobachtungspflicht. Durch die Beweislastumkehr löst sich diese Verhaltensanknüpfung aber nicht auf. Die Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB bleibt eine Verhaltenshaftung – auch wenn das Verschulden vermutet wird. Sie mutiert gerade nicht zur Objekthaftung. Zwar wird durch die Umkehr der Beweislast ein Erfolgsmoment hereingenommen, der Pflichtverstoß bleibt jedoch zu prüfen. Gerade deshalb bleibt auch der Ausreißer-Einwand bestehen. Die Haftung für Ausreißer setzt nämlich an dem Grundsatz an, dass für nicht schuldhaftes Verhalten auch nicht gehaftet wird und zeigt damit geradezu exemplarisch die Verknüpfung von Verschulden und Verhalten auf. Die Exkulpation gelingt, wenn der Hersteller nachweist, dass er alle möglichen und zumutbaren Sicherheitsvorkehrungen getroffen hat, die nach dem Stand von Wissenschaft und Technik zu fordern waren. Ein „Mehr an Verhalten“ ist schlechterdings nicht möglich zu fordern. Andernfalls läge bereits eine Einstandshaftung vor. Dies zeigt sich auch mit der Regelung des Haftungsausschlusses gem. § 1 Abs. 2 Nr. 5 ProdHaftG, der nach der Rechtsprechung des BGH gerade nicht für Fabrikationsfehler, mithin nicht für Ausreißer gilt, so dass sich der Hersteller auch dann aus der Haftung befreien kann, wenn er nach dem Stand von Wissenschaft und Technik produziert.<sup>501</sup> Solange also die Haftung am Verhalten ansetzt, ist eine Exkulpationsmöglichkeit bei Ausreißern – wegen der Zumutbarkeit des Verhaltens - gegeben, während dies gerade bei Gefährdungshaftungen ausgeschlossen ist. Die Anknüpfung an das Verhalten ist – wie schon festgestellt - für die Verschuldenshaftung ebenso wesentlich, wie das Verschulden selbst. Solange im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB also an das Verhalten angeknüpft wird, beruht die Vorschrift auf dem Gedanken der Verschuldenshaftung. *Diederichsen* beschreibt es wohl richtig, wenn er meint, dass eine Verschuldenshaftung mit Beweislastumkehr „die Entwicklung [hin zu einer Gefährdungshaftung]

---

<sup>500</sup> *Deutsch/Ahrens* (2014), S. 2.

<sup>501</sup> Eindeutig hierzu BGH, Urt. v. 09.05.1995 – VI ZR 158/94, NJW 1995, 2162, 2163 („Entwicklungsrisiken sind nur Gefahren, die von der Konstruktion eines Produkts ausgehen, aber nach dem neuesten Stand der Technik nicht zu vermeiden waren, nicht aber die bei der Produktion nicht zu vermeidenden Fehler“).

kraft einer eigenen Magie vorantreibt“<sup>502</sup>, aber – und dies sei gedanklich hinzugefügt – eben selbst noch keine ist. So umschreibt auch *Prütting* eine verschärfte Verschuldenshaftung nur mit der Wendung „*Art Gefährdungshaftung*“<sup>503</sup>, womit deutlich wird, dass diese mit einer Gefährdungshaftung eben noch nicht gleichzusetzen ist.

Neben diesen dogmatischen Gründen sprechen indes auch rechtspolitische Gründe dafür, § 823 Abs. 1 BGB insbesondere im Hinblick auf die Öffnungsklausel der Produkthaftungsrichtlinie (gerade noch) als Verschuldenshaftung zu qualifizieren. Zwar ist es denkbar, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber den Bereich der Verbraucherprodukthaftung derart harmonisieren wollte, dass sämtliche mitgliedstaatlichen Rechtsvorschriften, die nicht als klassische Verschuldenshaftung ausgestaltet sind, unangewendet bleiben sollen. Dies würde jedoch zu der – wohl auch brisanten – Feststellung führen, dass § 823 Abs. 1 BGB nur noch für den Bereich der Unternehmensprodukthaftung anwendbar ist. Es ist vor allem auch nicht auszuschließen, dass es dem EuGH bei Konkretisierung der Öffnungsklausel und Verwendung des Begriffs „Verschuldenshaftung“ schlicht nicht bewusst war, dass Rechtsvorschriften mit vermutetem Verschulden dogmatisch Schwierigkeiten bereiten würden.

Insofern ist es vertretbar - wenn auch nicht kritiklos -, dass § 823 Abs. 1 BGB für den harmonisierten Bereich der Verbraucherprodukthaftung parallel zum ProdHaftG weiterhin angewendet werden kann. Für die Unternehmensprodukthaftung ist dies ohnehin wegen der gar nicht erst vorgenommen Harmonisierung unproblematisch. Zuzugeben ist allerdings, dass verbliebene Zweifel, ob auch Vorschriften mit vermutetem Verschulden noch als Verschuldenshaftung, wie der EuGH sie für Art. 13 gemeint hat, zu sehen sind, wohl nur der EuGH selbst ausräumen kann.

#### **4. Bedeutung für die Softwaredebatte**

Nach alledem ist noch einmal der Blick darauf zu richten, was dieses Ergebnis für die Ausgangsfrage bedeutet. Vor allem sind damit Softwarefehler (auch) im Verbraucherbereich über die deliktische Produkthaftung gem. § 823 Abs. 1 BGB subsumierbar. Dies ergibt sich zum einen daraus, dass § 823 Abs. 1 BGB als güteroffener Tatbestand sämtliche Güter – auch unkörperliche – erfasst, und zum anderen steht dieser güteroffene Tatbestand des § 823 Abs.

---

<sup>502</sup> BGH, Urt. v. 26.11.1968 – VI ZR 212/66, NJW 1969, 269, 276 mit Anm. *Diederichsen, Hühnerpest*.

<sup>503</sup> *Prütting*, in: Baumgärtel, § 19 Rn. 21.

1 BGB auch nicht im Widerspruch zur Richtlinie, obwohl durch diese der Bereich der Verbraucherprodukthaftung vollständig harmonisiert ist. Zwar hängt die Richtlinienkonformität an der Auslegung des (neu-interpretierten) Art. 13 der Richtlinie, der eigentlich nur Verschuldenshaftungen von der Richtlinie unberührt lässt, dennoch kann § 823 Abs. 1 wegen der Anknüpfung am Verhalten sowie rechtspolitischer Gründe noch als solche bezeichnet werden.

### **Zusammenfassung Zweiter Teil**

Ausgangspunkt der Untersuchung im zweiten Teil war zunächst die Frage, ob es im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB überhaupt einen Produktbezug gibt. Nur soweit dieser vorläge, wäre die Einbeziehung von Software – ähnlich wie im ProdHaftG – überhaupt problematisch. Dies war jedoch zu verneinen. § 823 Abs. 1 BGB ist durch eine güteroffene Struktur gekennzeichnet, der (auch für die Produkthaftung) sämtliche Güter erfasst und zwar ungeachtet dessen ob sie bewegliche Sachen sind oder nicht. Software und Softwarefehler sind demnach über die Produkthaftung gem. § 823 Abs. 1 BGB erfasst.

Diese recht schnelle Feststellung ließ weitere Ausführungen beinahe obsolet erscheinen. Hierdurch wurde jedoch auch sehr deutlich, dass die Anwendungsbereiche des § 823 Abs. 1 BGB und des ProdHaftG gerade in diesem Punkt fundamental verschieden sind. Dies führte zu der Überlegung, ob es einen legitimen Grund dafür gibt, dass zwei Rechtsgrundlagen im Rechtsbereich der Produkthaftung parallel anwendbar sind, die sich in der Weite ihres Anwendungsbereichs derart unterscheiden. Da das ProdHaftG harmonisiertes Recht ist, konnte sich die Legitimation nur aus der Richtlinie selbst ergeben. Hierzu war zunächst auf das Verhältnis von europäischem Sekundärrecht und nationalem Recht einzugehen, um Harmonisierungsbereich und Harmonisierungsgrad der Richtlinie festzustellen. Im Ergebnis stellte sich heraus, dass ausschließlich der Bereich der *Verbraucherprodukthaftung* durch die Produkthaftungsrichtlinie *vollharmonisiert* wurde. Der Bereich der Unternehmensprodukthaftung ist für nationale Regelungskonzepte damit frei. Ob jedoch auch für die Verbraucherprodukthaftung weiterhin parallel nationale Rechtsvorschriften angewendet werden dürfen, hing maßgeblich vom Harmonisierungsgrad ab. Gerade dieser war jedoch lange Zeit strittig.

Tendenziell wurde aber eine Mindestharmonisierung angenommen, so dass innerhalb der Mitgliedstaaten die parallele Anwendung der alten und neuen Produkthaftungsvorschriften (unreflektiert) zur Praxis wurde. Erst die Urteile des EuGH vom 25.04.2002 statuierten end-

gültig den vollharmonisierenden Charakter der Richtlinie. Erstaunlicherweise blieben diese Urteile relativ unbeachtet, obwohl sie für das Verhältnis alter und neuer Produkthaftungs Vorschriften grundlegend waren. Denn mit der Vollharmonisierung sind Abweichungen von der Richtlinie im nationalen Recht für den Bereich der Verbraucherprodukthaftung nur in den engen Grenzen der Richtlinie selbst möglich. Vermutet werden kann, dass tatsächliche Abweichungen unerkannt blieben und erst die Existenz digitaler Güter den unterschiedlich weiten Anwendungsbereich zum Vorschein bringt.

Im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB stellt sich damit weniger die Frage, *ob* Software in den Anwendungsbereich mit einbezogen ist, sondern vielmehr, *ob* § 823 Abs. 1 BGB im Bereich der Verbraucherprodukthaftung überhaupt *zulässigerweise* neben dem ProdHaftG angewendet werden kann. Aufgrund des vollharmonisierenden Charakters kam nun der Öffnungsklausel des Art. 13 der Richtlinie entscheidende Bedeutung zu, die jedoch ebenso durch die EuGH-Rechtsprechung vom 25.04.2002 deutlich zu Lasten mitgliedstaatlicher Regelungskonzepte eng interpretiert ist. Eindeutig unberührt bleiben demnach nur solche Regelungen, die auf einer Verschuldenshaftung beruhen. Vor dem Hintergrund, dass § 823 Abs. 1 BGB jedoch mit der Beweislastumkehr faktisch in die Nähe zur Gefährdungshaftung rutscht, war gerade dies fraglich. Im Ergebnis konnte dies zwar bejaht werden, allerdings wurde gezeigt, dass (nicht wenige) Zweifel angebracht sind. § 823 Abs. 1 BGB konnte vor allem deshalb noch als Verschuldenshaftung deklariert werden, weil sich diese neben dem Verschulden selbst auch durch die Anknüpfung am Verhalten auszeichnet. Diese Anknüpfung wird auch von der Beweislastumkehr nicht berührt. Zuletzt wird diese Ansicht auch dadurch gestützt, dass bei anderer bzw. strengerer Betrachtung die Verbraucherprodukthaftung ausschließlich über das ProdHaftG abzuwickeln wäre, das nach seiner Konzeption keine Pflicht zur Produktbeobachtung statuiert. Ob dies, vor dem Hintergrund der zunehmenden Bedeutung der Produktbeobachtungspflicht im Softwarebereich, weil die Fehlerbehebung häufig erst nachträglich durch Software-Updates möglich ist, rechtspolitisch gewollt ist, kann bezweifelt werden. Vergewärtigt man sich, dass mit der Produkthaftungsrichtlinie der Verbraucherschutz gerade gestärkt werden sollte, würde genau das Gegenteil passieren, wenn man die parallele Anwendung der deliktischen Produzentenhaftung negieren würde. Eine sehr enge Interpretation der Öffnungsklausel in dem Sinne dass ausschließlich reine Verschuldenshaftungen erfasst sind rechtfertigt sich damit unter Zugrundelegung des Richtlinienzwecks nur dann, wenn gleichzeitig die bestehenden Schutzlücken geschlossen würden.

## Dritter Teil - Software im Rahmen des Produkthaftungsgesetzes

Im Rahmen des ProdHaftG ist eine der umstrittensten Fragen die, ob Software als Haftungsgegenstand in den Anwendungsbereich des Produkthaftungsgesetzes miteinbezogen ist.

### **Vorüberlegung: Die Produktqualität von Software im Rahmen des ProdHaftG - eine nur theoretische Frage?**

Zunächst soll überlegt werden, ob diese Frage nicht rein theoretischer Natur ist. Denn die parallele Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB und des ProdHaftG ist – auch wenn nicht frei von Zweifeln – gelebte Praxis. Für Softwarefehler könnte damit stets auf den güteroffenen Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB abgestellt werden, der auf digitale Güter ohne weiteres anwendbar ist. Damit stellt sich die Frage, ob überhaupt eine weitere Anspruchsgrundlage für Softwarefehler erforderlich ist. Die Tatsache, dass in der Literatur die Anwendbarkeit des ProdHaftG auf Softwarefehler problematisiert wird<sup>504</sup>, zeigt jedoch, dass ein wissenschaftliches Bedürfnis nach Klärung der Frage besteht. Bei näherer Betrachtung sprechen aber auch praktische Gesichtspunkte für die Notwendigkeit, diese Frage zu beantworten.

Von besonderer Bedeutung ist hierbei die *Ausreißer-Problematik*, die nämlich nur im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB existiert. War bislang die praktische Bedeutung von Ausreißern eher marginal, wird sich dies für den Softwarebereich deutlich ändern. Wenn als Ausreißer solche Fehler bezeichnet werden, die „mit vertretbaren Mitteln nicht feststellbar und vermeidbar sind“<sup>505</sup>, werden sie im Zusammenhang mit Softwareprodukten angesichts der zunehmenden Komplexität von Software<sup>506</sup> häufiger werden. Aus Sicht der Softwarehersteller wird damit die Möglichkeit der Exkulpation über den Ausreißer-Einwand an Bedeutung gewinnen. Aus Sicht des Verbrauchers wird es dagegen relevant sein, Softwarefehler über das ProdHaftG geltend machen zu können, weil dort der Ausreißer-Einwand keine Rolle spielt.<sup>507</sup> Insoweit ist die Einbeziehung von Software in den Anwendungsbereich des ProdHaftG aus

---

<sup>504</sup> Vgl. nur *Oechsler*, in: Staudinger, (2014), unerlaubte Handlungen, § 2 ProdHaftG Rn. 63 ff; *Wagner*, in: MüKoBGB (2017), § 2 ProdHaftG Rn. 17 ff.

<sup>505</sup> BT-Drs. 11/2447, S. 11.

<sup>506</sup> Siehe hierzu Erster Teil, Einführung und Problemstellung.

<sup>507</sup> *Wagner*, in: MüKoBGB (2017), § 3 ProdHaftG Rn. 37.

Sicht des Verbraucherschutzes von höchster Bedeutung.

Zum anderen muss im Kontext dieser Frage die europäische Dimension bedacht werden. Europäisches Sekundärrecht dient nicht nur der Rechtsentwicklung in jedem *einzelnen* Mitgliedstaat, sondern trägt der Errichtung, Erhaltung und Förderung des *europäischen* Binnenmarkts sowie der Sicherung des *europäischen* Verbraucherschutzes Rechnung. Soweit eine Harmonisierung notwendig ist, etwa weil es nicht um länderspezifische Produkte geht (was bei Software *prima facie* nicht der Fall ist), ist es erst die Rechtsangleichung, die den Warenaustausch innerhalb des europäischen Binnenmarktes fördert und ausbalanciert.

Für das Produkthaftungsrecht war eine Rechtsangleichung deshalb notwendig, weil in den einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlich Haftungsregime existierten. Dadurch war das Produkthaftungsrisiko unterschiedlich hoch, was zu unterschiedlichen Wettbewerbsvoraussetzungen führte. So existierte zum Beispiel in *Italien* auch schon vor der Produkthaftungsrichtlinie mit Artt. 2043 des italienischen Code Civil eine dem deutschen § 823 Abs. 1 BGB vergleichbare Vorschrift und eine ebenso durch die Rechtsprechung entwickelte Beweislastumkehr („*processio logico presuntivo*“).<sup>508</sup> In *Finnland* dagegen existierte lediglich eine Verschuldensvorschrift gem. Kapitel 3 § 3 SEG<sup>509</sup>, bei der nur in Ausnahmefällen vom Verschuldensersfordernis abgewichen wurde, etwa wenn eine Garantieerklärung des Herstellers vorlag.<sup>510</sup> Auch in *Schweden* existierte nur in bestimmten Fällen eine Beweislasterleichterung.<sup>511</sup> Eine verbindliche Beweislastumkehr war nicht anerkannt. In *Österreich* wurden produkthaftungsrechtliche Sachverhalte über die Verschuldensvorschrift § 1295 ABGB<sup>512</sup> gelöst, der vertragliche und gesetzliche Schadensersatzansprüche mischt. Die Produkthaftung wurde dabei über die Grundsätze des Vertrages mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter abgewickelt, was neben dem Erfordernis des Verschuldens auch noch die Möglichkeit bot, eine Haftungsfreizeichnung zu vereinbaren.<sup>513</sup> Die Produkthaftung in Österreich war damit nur auf schwache Beine gestellt. Aus diesem Grund ist der § 1295 ABGB für den Bereich der Produkthaftung mit Umsetzung der Produkthaftungsrichtlinie in das österreichische Produkthaftungsgesetz (PHG)<sup>514</sup> quasi bedeutungslos geworden.<sup>515</sup> Österreich setzte wohl auch aus diesem Grund die Richtli-

---

<sup>508</sup> Hill-Arning/Hoffmann, S. 103.

<sup>509</sup> Skadeståndslag 412/74 v. 31.05.1974.

<sup>510</sup> Hill-Arning/Hoffmann, S. 72.

<sup>511</sup> KOM(2000) 893 endg., S. 15.

<sup>512</sup> Allgemeines Bürgerliche Gesetzbuch v. 01.06.1811, in Kraft seit dem 01.01.1812.

<sup>513</sup> Karner, in: Koziol/Bydlinski/Bollenberger (2010), § 1295 ABGB, Rn. 20.

<sup>514</sup> Österreichisches Produkthaftungsgesetz (PHG) v. 01.07.1988.

<sup>515</sup> Hill-Arning/Hoffmann, S. 144; Karner, in: Koziol/Bydlinski/Bollenberger (2010), § 1295 ABGB, Rn. 20 („Schutzlücken

nie um, noch bevor es der Europäischen Gemeinschaft beigetreten war. Auch im *Vereinten Königreich* führte die Richtlinie zur Einführung einer bis dahin unbekanntem verschuldensunabhängigen Haftung.<sup>516</sup> Das zuvor vom Richterrecht entwickelte Produkthaftungsrecht, basierend auf einer Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 1932<sup>517</sup>, kannte zwar das Bestehen einer Sorgfaltspflicht („*duty of care*“) und die fahrlässige Verletzung derselben („*breach of duty*“), war jedoch keine verschuldensunabhängige Haftung. Neben der Produkthaftungsrichtlinie existieren also in den übrigen Mitgliedstaaten Regelungskonzepte im nationalen Deliktsrecht, die unterschiedlicher nicht sein könnten.

Sind also die Mitgliedstaaten wegen der nicht gelösten Frage, ob Software in den Anwendungsbereich der harmonisierten Produkthaftungsvorschriften einbezogen ist, auf ihre nationalen Regelungskonzepte zurückgeworfen, würde der vorharmonisierte Zustand ausgerechnet für den Bereich der digitalen Güter wieder aufleben. Dies bedeutet in vielen mitgliedstaatlichen Regelungskonzepten wieder der Nachweis des Verschuldens. Damit würde genau jene Situation wieder hergestellt werden, die man durch die Richtlinie zu beseitigen suchte: nämlich unterschiedliche Regelungskonzepte für die Produkthaftung und damit unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen und Verbraucherstandards.

Insofern ist die Frage nach der Einbeziehung von Software in den Anwendungsbereich des ProdHaftG vor allem mit Blick auf einen funktionierenden Binnenmarkt relevant, auch wenn - jedenfalls in Deutschland – Softwarefehler bereits über § 823 Abs. BGB abgewickelt werden können.

## 1. Kapitel: Software als Elektrizität

Der Produktbegriff gem. § 2 ProdHaftG begrenzt den Anwendungsbereich der Produkthaftung auf *bewegliche Sachen* und *Elektrizität*. Da die Subsumtion von Software unter den Elektrizitätsbegriff nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann und auch gelegentlich diskutiert wird,<sup>518</sup> ist dies vorab zu klären.

---

[...werden] geschlossen“).

<sup>516</sup> Hill-Arning/Hoffmann, S. 173.

<sup>517</sup> Donoghue v. Stevenson, (1932), A.C. 562, bei dem es um eine undurchsichtige Flasche Ingwerlimonade ging, die mit einer verwesenen Wespe versehen war.

<sup>518</sup> Für eine naheliegende Verbindung zwischen Software und Elektrizität auch, Spindler, MMR 1998, 119, 120; andenkend auch Fitz/Grau, in: Fitz/Grau/Reindl, § 4 PHG Rn. 33; in der 2. Auflage noch andenkend, dann aber in der 3. Aufl. verneinend, v. Westphalen, in: Foerste/v. Westphalen, § 47 Rn. 44.

## I. Was ist Elektrizität?

Zunächst soll dem Begriff „Elektrizität“ nachgegangen werden. Eine juristische Legaldefinition des Begriffs „Elektrizität“ existiert nicht. Vielmehr wird Elektrizität in der Rechtswissenschaft und Rechtspraxis scheinbar selbsterklärend, d.h. ohne weitere Definition verwendet.<sup>519</sup> Die Frage, was Elektrizität ist, gewinnt jedoch immer dann juristisch an Bedeutung, wenn wie im Rahmen des Sachbegriffs gem. § 90 BGB der Gesetzgeber eine Verkörperung voraussetzt. Neben der Abgrenzung zu anderen fossilen Brennstoffen wie Öl oder Kohle, die hinsichtlich ihrer Sachqualität unproblematisch sind<sup>520</sup>, wird die Sachqualität von Elektrizität meist ohne nähere Konkretisierung des Begriffs abgelehnt.<sup>521</sup> *Stresemann* etwa führt zur Begründung an, dass die *Eigenschaft* von Elektrizität, d.h. die Wärme- und Lichtezeugung, einfach nicht als „Sache begriffen werden“<sup>522</sup> kann. Ganz frei von Widersprüchen ist diese Auffassung allerdings nicht, denn zugleich – wie auch die Kommentarliteratur herausstellt<sup>523</sup> – kann Elektrizität Gegenstand von Rechtsgeschäften sein und wird, wie auch im Rahmen des ProdHaftG, teilweise den beweglichen Sachen gleichgestellt. Diese widersprüchliche Behandlung von Elektrizität zeigt bereits, dass Elektrizität als Phänomen von der Rechtswissenschaft nicht hinreichend erfasst ist. Ohne eine (jedenfalls einfache) Erfassung von Elektrizität ist eine Entscheidung, ob gegebenenfalls Software hierunter zu subsumieren ist, jedoch nicht möglich.

Umgangssprachlich wird Elektrizität häufig mit dem Begriff Strom gleichgesetzt. Richtig ist, dass Strom elektrische Energie ist.<sup>524</sup> Elektrische Energie ist die Beschreibung für eine Energieform. Energie wiederum ist ein Oberbegriff, worunter sich die verschiedenen Energieformen einordnen: Wärmeenergie, chemische Energie oder elektrische Energie. Elektrische Energie ist solche, die elektrisch erzeugt wird. Elektrischer Strom ist dagegen eine Erscheinungsform im Bereich elektrischer Energie.<sup>525</sup> Energie ist mithin der alle Energieformen umfassende Oberbegriff. Der Begriff Elektrizität oder auch elektrische Energie<sup>526</sup> gliedert sich

---

<sup>519</sup> So z.B. in, BGH, Urt. v. 25.02.2014 – VI ZR 144/13, NJW 2014, 2106; stellvertretend für die Verwendung in der Literatur, *Stresemann*, in: MüKoBGB (2015), § 90 BGB Rn. 24.

<sup>520</sup> *Jickeli/Stieper*, in: Staudinger (2012), Allgemeiner Teil, § 90 BGB Rn. 8.

<sup>521</sup> *Stresemann*, in: MüKoBGB (2015), § 90 BGB Rn. 24; *Fritzsche*, in: Bamberger/Roth (2017), Beck-OK, § 90 BGB Rn. 24.

<sup>522</sup> *Stresemann*, in: MüKoBGB (2015), § 90 BGB Rn. 24.

<sup>523</sup> *Stresemann*, in: MüKoBGB (2015), § 90 BGB Rn. 24; *Fritzsche*, in: Bamberger/Roth (2017), Beck-OK, § 90 BGB Rn. 24.

<sup>524</sup> *Harten*, S. 185.

<sup>525</sup> *Niederhausen/Burkert*, elektrischer Strom, S. 12.

<sup>526</sup> Gleichsetzung der Begriff „Elektrizität“ und „elektrische Energie“ auch bei *Stresemann*, in: MüKoBGB (2015), § 90 BGB Rn. 24.

darunter. Ebenso zur Elektrizität zählen auch die elektrische Ladung und das elektrische Feld. Während Energie also eine physikalische Größe ist, ist Elektrizität nur eine Ausprägung von verschiedenen Energieformen wie z.B. auch Heizöl, Gas oder Fernwärme.<sup>527</sup> Bezogen auf den Gesamtenergiebedarf einer Gesellschaft liegt die physikalische Besonderheit der Elektrizität darin, dass diese (derzeit) nicht in großen Mengen speicherbar ist, also im Wesentlichen in dem Moment der Erzeugung<sup>528</sup> auch verbraucht werden muss.<sup>529</sup> Zudem kann die Übertragung nur leitungsgebunden stattfinden.<sup>530</sup>

## II. Die Behandlung von Elektrizität im Recht

Im Rahmen des Energierechts, das aus einem Vorschriftengeflecht besteht und sich daher „definitorisch nicht fest abgrenzen lässt“<sup>531</sup>, stellt die Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie jedoch klar, dass zwischen *Elektrizitätserzeugung* und *Elektrizitätsübertragung* zu differenzieren ist. Das Prinzip der „wirksamen Entflechtung“<sup>532</sup> zwischen Erzeugung und Netzübertragung wird hierbei zu Grunde gelegt. Unter Erzeugung ist die „Produktion von Elektrizität“ zu verstehen (vgl. Art. 2 Nr. 1 d); unter Übertragung hingegen der „Transport über ein Höchstspannungs- und Hochspannungsverbundnetz zum Zwecke der Belieferung von Kunden oder Verteilern“.<sup>533</sup>

Diese Differenzierung ist dem Grunde nach auch haftungsrechtlich festzustellen. Mit dem Reichshaftpflichtgesetz von 1871<sup>534</sup> etwa, hafteten die Inhaber für Schäden durch die zur „Fortleitung oder Abgabe von Elektrizität“<sup>535</sup> dienenden Anlagen. Geregelt wurde also nur die *Elektrizitätsübertragung*. Bereits in der frühen Kommentarliteratur war anerkannt, dass

---

<sup>527</sup> *Castran*, S. 3.

<sup>528</sup> Zur Definition des Begriffs „Elektrizitätserzeugung“, vgl. Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13.07.2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG, Abl. Nr. L 211/55.

<sup>529</sup> *Pinske*, Elektrische Energieerzeugung, 2. Aufl. 1993, S. 2; *Lüdtke-Handjery*, in: *Danner/Theobald* (2016), § 20 Abs. 1a ENWG, Rn. 16; innerhalb der juristischen Literatur, *Körber*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht (2014), § 29 GWB Rn. 38; *Tamke*, S. 264 (keine Produktion „auf Lager“).

<sup>530</sup> So z.B. *Kluge*, InTeR 2015, 67, 68; *Tamke*, S. 37, die die „Besonderheiten der leitungsgebundenen Energieversorgung“ herausstellt und dabei auf die dem „hochtechnisierten Versorgungssystem immanente besondere Störanfälligkeit“ verweist.

<sup>531</sup> *Danner*, in: *Danner/Theobald* (2017), Einführung Energierecht Rn. 3.

<sup>532</sup> Vgl. 9. Erwägungsgrund der Richtlinie 2009/72/EG.

<sup>533</sup> Vom Begriff der Elektrizitätsübertragung abzugrenzen ist der Begriff der Elektrizitätsversorgung, der gem. Art. 2 Nr. 19 Richtlinie 2009/72/EG den Verkauf von Elektrizität an Dritte erfasst, also nicht rein auf den physikalischen Vorgang abstellt, sondern vielmehr eine zweckgebundene Übertragung beschreibt.

<sup>534</sup> dRGBI. 1871, S. 207.

<sup>535</sup> Vgl. § 1 a RHaftPflG.

die Fortleitung der Energie da beginnt, wo die Erzeugung endet.<sup>536</sup> Die Fortleitung wiederum endet, wo die Energie die Verbrauchsgeräte erreicht. Diese Haftung, strukturell als Gefährdungshaftung ausgestaltet, existiert bis heute und ist nunmehr im Haftpflichtgesetz<sup>537</sup> geregelt. Der Inhaber haftet damals wie heute einerseits, wenn durch die *Wirkungen von Elektrizität*, die leitungsgebunden transportiert wird, ein Schaden ausgeht (Wirkungshaftung)<sup>538</sup> und andererseits, unabhängig von der Elektrizitätswirkung, für den Zustand der Anlage (Zustandshaftung).<sup>539</sup> Hinzu kommt, dass ein „Zusammenhang mit der Funktion der Anlage“<sup>540</sup> bestanden haben muss. Grund für die Haftung für Elektrizitätsanlagen war und ist im Wesentlichen die besondere Gefährlichkeit der Anlage sowie die Tatsache, dass ein angemessener Schadensausgleich schwierig war, vor allem weil die Beweislage im Rahmen der Verschuldenshaftung oft nicht möglich war.<sup>541</sup> Zudem soll mit dem Haftpflichtgesetz der Tatsache Rechnung getragen werden, dass Elektrizität „gesellschaftlich unentbehrlich [ist] und daher zugelassen werden [muss], obgleich die davon ausgehende Gefährdung [...] nicht gänzlich beherrscht werden kann“.<sup>542</sup> Das Haftpflichtgesetz normiert also im Wesentlichen eine Anlagenhaftung.

Zusammenfassend ist zu konstatieren, dass sich für den Elektrizitätsbinnenmarkt eine Differenzierung zwischen Elektrizitätserzeugung und Elektrizitätsübertragung durchgesetzt hat. Diese ist dem Grunde nach auch im allgemeinen Haftungsrecht zu erblicken.

### III. Elektrizität im Rahmen des ProdHaftG

Es stellt sich nun also die Frage, welche Gefahren mit dem Begriff „Elektrizität“ im Rahmen des Produkthaftungsgesetzes erfasst werden sollen. Im Rahmen des Produkthaftungsgesetzes wird der Begriff „Elektrizität“, wie auch in anderen Bereichen, selbsterklärend verwendet. Hinzu kommt, bedingt durch den erforderlichen Umsetzungsakt der Richtlinie eine unterschiedliche Terminologie. Heißt es in der englischen Fassung der Richtlinie „electricity“ sowie

---

<sup>536</sup> Friese, Reichshaftpflichtgesetz, § 1 a, II 1.

<sup>537</sup> BGBl. I S. 2674.

<sup>538</sup> Vorausgesetzt wird ein Zusammenhang zwischen der Wirkung von Elektrizität und der Schadenszufügung, vgl. *Filthaut*, in: *Filthaut* (2015), § 2 Rn. 21.

<sup>539</sup> *Filthaut*, in: *Filthaut* (2015), § 2 Rn. 31.

<sup>540</sup> BGH, Urt. v. 22.06.2010 – VI ZR 226/09, NJW-RR 2010, 1467.

<sup>541</sup> Amtl. Begründung, Deutsche Justiz, 1943, S. 430; vgl. auch zuletzt BGH, Urt. v. 22.06.2010 – VI ZR 226/09, NJW-RR 2010, 1467.

<sup>542</sup> BT-Drs. 8/108, S. 6.

in der deutschen Fassung „Elektrizität“ wird im österreichischen Produkthaftungsgesetz der Begriff „Energie“ verwendet (vgl. § 4 PHG). Der österreichische Gesetzgeber war hierbei jedoch nicht in Unkenntnis der dem Begriff „Elektrizität“ oder „Energie“ physikalisch zugewiesene Bedeutung, sondern er fand den Begriff „Energie“ schlicht passender, weil er davon ausging, dass alle Energieformen erfasst sein sollten.<sup>543</sup> Interessant ist hierbei auch die Begründung. Der österreichische Gesetzgeber ging wohl davon aus, dass „Energie stets von einem Energieträger (z.B. Gas, Kohle, Wasserdampf) ausgeht, der jedenfalls eine körperliche Sache ist“.<sup>544</sup> Diese Auffassung unterscheidet sich schon diametral von der deutschen Literaturmeinung, nach der „elektrische Energie [...] schwerlich als Sache begriffen werden [kann].“<sup>545</sup>

Neben diesen terminologischen Unterschieden gibt es auch keine einheitliche Auffassung darüber, welche Schadensumstände mit dem Wort „Elektrizität“ erfasst werden sollen. Ob ähnlich der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie zwischen Elektrizitätserzeugung und Elektrizitätsübertragung zu differenzieren ist, wird – soweit ersichtlich – nicht erörtert. Vielmehr wird diskutiert, welche konkreten Fehlerarten erfasst sein könnten. Bislang werden Spannungs- und Frequenzschwankungen von der Literatur<sup>546</sup> und Rechtsprechung<sup>547</sup> unproblematisch als *Elektrizitätsfehler* eingestuft. Andere Fehlerarten wie beispielsweise Stromunterbrechungen werden jedoch tendenziell abgelehnt.<sup>548</sup> Dies spiegelt wieder, dass sich bislang keine einheitliche Auffassung darüber durchgesetzt, welche allgemein-abstrakten Gefahrenumstände mit dem Begriff „Elektrizität“ im ProdHaftG erfasst sein sollen, sondern vielmehr einzelne Fehlerarten diffus unter den Begriff subsumiert werden und andere nicht.

#### **IV. Historische Gründe für die Einbeziehung**

Zur weiteren Konkretisierung können jedoch die historischen Beratungsprotokolle herangezogen werden. Es ist zunächst darauf hinzuweisen, dass Elektrizität erst im Laufe der Beratungen zur Richtlinie, nämlich im Jahr 1981 und damit in einem späteren Stadium der Bera-

---

<sup>543</sup> *Welser/Rabl*, § 4 PHG Rn. 19.

<sup>544</sup> *Fitz/Grau*, in: *Fitz/Grau/Reindl*, § 4 PHG Rn. 21.

<sup>545</sup> *Stresemann*, in: *MüKoBGB* (2015), § 90 Rn. 24.

<sup>546</sup> *Oechsler*, in: *Staudinger* (2014), unerlaubte Handlungen, § 2 ProdHaftG Rn. 45; v. *Westphalen*, in: *Foerste/v. Westphalen*, § 47 Rn. 26.

<sup>547</sup> BGH, Urt. v. 25.02.2014 – VI ZR 144/13, NJW 2014, 2106.

<sup>548</sup> Siehe nur *Wagner*, in: *MüKoBGB* (2017), § 2 ProdHaftG Rn. 3; *Oechsler*, in: *Staudinger*, (2014), unerlaubte Handlungen, § 2 ProdHaftG Rn. 45; v. *Westphalen*, in: *Foerste/v. Westphalen*, § 47 Rn. 26.

tungen, in den Wortlaut des Produktbegriffs aufgenommen wurde.<sup>549</sup> *Deutsch* ist zu entnehmen, dass Elektrizität auf „besonderen Wunsch der italienischen Delegation“ Erwähnung gefunden hat.<sup>550</sup> Mit Blick auf die Motivlage des Gemeinschaftsgesetzgebers wird vom nationalen Gesetzgeber darauf verwiesen<sup>551</sup>, dass insbesondere der Umstand, dass die Sachqualität von Elektrizität in den einzelnen Rechtsordnungen unterschiedlich beurteilt wird (was schon mit der oben erwähnten österreichischen Auffassung bestätigt wird<sup>552</sup>), zur Aufnahme in den Regelungsbereich geführt hat. Dieses Motiv geben auch die Beratungsprotokolle zur Richtlinie her.<sup>553</sup> Die Aufnahme des *Elektrizitätsbegriffs* hat damit vor allem klarstellenden Charakter. Allerdings hilft diese Feststellung für die Konkretisierung der erfassten Gefahrenumstände nicht weiter.

Jedoch findet sich eine äußerst interessante konkretisierende Aussage in den über den Europäischen Rat beziehbaren Beratungsprotokollen. Nach einem Vermerk vom Juli 1985 sollen mit dem Elektrizitätsbegriff „einzig und allein die durch ein Versagen in der *Elektrizitätserzeugung* verursachten Fehler, nicht jedoch die Fehler erfasst werden, die auf Einspeisung der Elektrizität in das Netz wirksam werdende externe Faktoren zurückzuführen sind“<sup>554</sup>. Deutlich wird, dass auch hier zwischen *Elektrizitätserzeugung* und *Elektrizitätsübertragung* differenziert wurde und der Gemeinschaftsgesetzgeber ausschließlich Gefahrenumstände erfasst sehen wollte, die auf die Elektrizitätserzeugung zurückzuführen sind. Wenn gem. § 3 Nr. 27 EnWG mit Verweis auf § 3 Nr. 2-7, 10 EnWG Netzbetreiber jedoch für die „Übertragung von Elektrizität“ zuständig sind, kann geschlussfolgert werden, dass die von der Literatur angenommenen Spannungs- und Frequenzschwankungen im Rahmen des Netzbetriebs eigentlich nicht vom Elektrizitätsbegriff erfasst sind. Dennoch fügt sich die Entscheidung des *Bundesgerichtshof*<sup>555</sup> zur Haftung bei Überspannungs- und Frequenzschwankungen in diese These ein, da es im konkreten Fall um die Elektrizitätserzeugung ging. Denn mit der Transformation von Hochspannung in Niederspannung wurde, anders als bei der reinen Weiterleitung, die Eigen-

---

<sup>549</sup> Siehe Zusammenfassung der Beratungsergebnisse der Tagung der Gruppe Wirtschaftsfragen v. 23./24.03.1981, Protokoll v. 13.04.1981, Dok. 5899/81, S. 13; zu dieser Einschätzung kommt auch *Oechsler*, NJW 2014, 2080.

<sup>550</sup> *Deutsch*, VersR 1992, 521.

<sup>551</sup> BT-Drs. 11/2447, S. 16.

<sup>552</sup> Siehe im Ersten Teil, 1. Kap. III.

<sup>553</sup> Siehe Zusammenfassung der Beratungsergebnisse der Tagung der Gruppe Wirtschaftsfragen v. 23./24.03.1981, Protokoll v. 13.04.1981, Dok. 5899/81, S. 13, ebenfalls „vereinbart“ wurde, dass Gas, Wasser und Wärme, weil sie in Leitungen geliefert werden, als Produkte gelten sollen.

<sup>554</sup> „A“-Punkt-Vermerk für den Rat v. 23.07.1985, Dok. Nr. 8205/85.

<sup>555</sup> BGH, Urt. v. 25.02.2014 – VI ZR 144/13, NJW 2014, 2106.

schaft der Elektrizität entscheidend verändert,<sup>556</sup> so dass erneut von Erzeugung auszugehen war. Dass also mit dem Begriff „Elektrizität“ nur Gefahrenumstände der Elektrizitätserzeugung erfasst sein sollen, ist zudem auch eine sinnvolle Ergänzung zum Haftpflichtgesetz. Das Haftpflichtgesetz normiert, wie bereits erläutert, eine *Elektrizitätsanlagenhaftung*. Auch wenn der Schaden auf die Wirkung von Elektrizität zurückzuführen sein muss, ist eben ein kausaler Zusammenhang zwischen dieser Wirkung und der Funktion der Anlage erforderlich. Das bedeutet, dass die schädigende Wirkung der Elektrizität gerade durch die Anlage, die der Abgabe oder dem Transport von Elektrizität dient, hervorgerufen werden muss. Sind bereits die Gefahrenumstände, die durch die *Elektrizitätsübertragung* entstehen, durch das Haftpflichtgesetz abgedeckt, fügt sich die Haftung für Gefahrenumstände bei der *Elektrizitätserzeugung* nach dem ProdHaftG hier sinnvoll ein.

Nach alledem kann der Begriff „Elektrizität“ dahingehend konkretisiert werden, dass hiermit Gefahrenumstände erfasst werden, die auf die *Erzeugung von Elektrizität* zurückzuführen sind.

## V. Software ist nicht Elektrizität

Hiernach ergibt sich, dass Software nicht „Elektrizität“ ist. Wenn unter Software *die in einer Programmiersprache geschriebenen Programme zu verstehen ist sind, die nach Übersetzung in 0 und 1 auf einem Rechner ausführbar sind*<sup>557</sup>, sind schon rein technisch keine elektrizitätserzeugenden Merkmale vorhanden. Software kann also insbesondere deshalb nicht als *Elektrizität* betrachtet werden, weil der notwendige Erzeugungsakt fehlt, auf den der Gemeinschaftsgesetzgeber erkennbar abgestellt hat. Damit führt auch ein irgendwie gearteter Elektrizitätsbezug, den schließlich jedes elektrisch betriebene Produkt aufweist, nicht dazu, dass von *Elektrizität* im Sinne des § 2 ProdHaftG zu sprechen ist. Vielmehr muss es sich um einen Fehler handeln, der im Rahmen der Elektrizitätserzeugung entstanden ist. Eine Kombination von „Elektrizität“ und „Produkt“ derart, dass sämtliche mit Elektrizität im Zusammenhang stehende Produkte unter den Begriff „Elektrizität“ zu subsumieren wären, ergibt sich schließlich auch nicht aus dem Wortlaut. Der Begriff *Elektrizität* ist alleinstehend aufgeführt

---

<sup>556</sup> So auch BGH, Urt. v. 25.02.2014 – VI ZR 144/13, NJW 2014, 2106, 2108.

<sup>557</sup> Siehe oben Erster Teil, 1. Kap. II.1.

und gerade nicht in Zusammenhang mit anderen Gütern gesetzt wird.<sup>558</sup> Eine Hineindeutung derart, dass sämtliche elektrisch betriebenen Güter in den Anwendungsbereich mit einbezogen sind, entspricht weder der Eigenart noch der besonderen Gefährdungslage von Elektrizität und ist insoweit nur ein „spitzfindiger“<sup>559</sup> Versuch, Software unter Elektrizität zu subsumieren. Dies wäre schlussendlich auch eine unzulässige Erweiterung des Anwendungsbereichs der Produkthaftung.<sup>560</sup> Der Bezug zur Elektrizität existiert lediglich in der Hardware, die durch den Prozessor als System von Transistoren irgendwie aus elektrischen Leitungen<sup>561</sup> besteht. Die Software selbst, mithin die Algorithmen, weisen keinen Bezug zur Elektrizität auf.

## 2. Kapitel: Software als bewegliche Sache?

Daher stellt sich die Frage, ob Software als *bewegliche Sache* gem. § 2 ProdHaftG anzusehen<sup>562</sup> ist. Wie bereits der Begriff *Elektrizität*, ist auch der Begriff der *beweglichen Sache* in der Richtlinie und damit auch im Produkthaftungsgesetz nicht konkretisiert. Die Frage kann mangels Legaldefinition des Begriffs der *beweglichen Sache* nur durch Auslegung ermittelt werden.

### I. Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung

Bei der Auslegung ist zu berücksichtigen, dass Richtlinienbegriffe richtlinienkonform auszulegen sind, d.h. autonom vom Begriffsverständnis des nationalen Rechts zu verstehen sind (deshalb auch die Bezeichnung autonome Auslegung<sup>563</sup>). Zur autonomen Auslegung ist man immer dann verpflichtet, wenn zur Definition eines Begriffs des Unionsrechts nicht ausdrücklich auf das Recht der Mitgliedstaaten verwiesen wird, sondern stattdessen der Gemeinschaftsgesetzgeber den Begriff selbst konkretisiert.<sup>564</sup> Der EuGH nahm einen solchen Fall beispielsweise in *Van Dijk's Boekhuis BV./Staatssecretaris van Financien*<sup>565</sup> für den Begriff

---

<sup>558</sup> Darauf abstellend auch *Spindler*, MMR 1998, 119, 121.

<sup>559</sup> *Günther*, S. 629.

<sup>560</sup> So letztlich auch *Günther*, S. 629.

<sup>561</sup> Siehe zu den technischen Aspekten von Software, Erster Teil, 1. Kap. II.

<sup>562</sup> Auch *Günther* verweist darauf, dass die Frage nicht lauten kann, ob Software eine Sache *ist*, sondern nur, ob „Software wie Sache behandelt werden kann“, *Günther*, S. 636.

<sup>563</sup> v. *Westphalen* in: Foerste/v. Westphalen, § 44 Rn. 3

<sup>564</sup> *Riesenhuber*, in: Riesenhuber (2015), § 10 Rn. 4.

<sup>565</sup> EuGH, Urt. v. 14.05.1985 – Rs. 139/84.

„herstellen“ der Richtlinien 67/228/EWG<sup>566</sup> und 77/388/EWG<sup>567</sup> an, da der Wortlaut mit einem einleitenden „d.h.“ eine Begriffskonkretisierung vorsieht. Eine definitionsähnliche Formulierung<sup>568</sup> lässt demnach erkennen, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber dem Begriff eine autonome, also eine von den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten unabhängige Bedeutung zukommen lassen wollte. Mit Blick auf den Wortlaut von Art. 2 der Produkthaftungsrichtlinie ergibt sich ebenfalls die Verpflichtung zur autonomen Auslegung, da der Oberbegriff „Produkt“ mit einer für Definitionen üblichen Formulierung „Produkt ist ...“ konkretisiert wird. Die Verpflichtung zur autonomen Auslegung in diesem Kontext ist auch in Literatur und Rechtsprechung anerkannt.<sup>569</sup> Da der Produktbegriff jedoch nur der Oberbegriff ist, stellt sich noch die Frage, ob die Verpflichtung zur autonomen Auslegung auch für die Begriffe „bewegliche Sache“ und „Elektrizität“ gilt. Beide Begriffe sind in der Richtlinie selbst nicht definiert; zur Konkretisierung wird aber auch nicht auf die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten verwiesen. Nach der Rechtsprechung des EuGH sei für solche Fälle nach einem *Regel-Ausnahme-Prinzip* angenommen, dass unter Berücksichtigung des Gebots der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts und des Gleichheitssatzes, Begriffe des Unionsrechts *in der Regel* autonom auszulegen sind.<sup>570</sup> Eine Ausnahme ergibt sich nur dann, wenn der Begriff ausdrücklich auf das Recht der Mitgliedstaaten verweist. Daher ergibt sich für die Begriffe „bewegliche Sache“ und „Elektrizität“ die Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung. Ein Rückgriff auf die Legaldefinition des Sachbegriffs gem. § 90 BGB ist bereits deswegen nicht statthaft.

---

<sup>566</sup> Zweite Richtlinie des Rates v. 11.04.1967 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern – Struktur und Anwendungsmodalitäten des gemeinsamen Mehrwertsteuersystems.

<sup>567</sup> Sechste Richtlinie des Rates v. 17.05.1977 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern – Gemeinsames Mehrwertsteuersystem: einheitliche steuerpflichtige Bemessungsgrundlage.

<sup>568</sup> *Riesenhuber* spricht insoweit von einem „weithin üblichen Definitionsartikel“, *Riesenhuber*, in: *Riesenhuber* (2015), § 10 Rn. 4.

<sup>569</sup> Vgl. nur *Wagner*, in: *Münchener Kommentar*, 6. Aufl. 2013, § 2 ProdHaftG Rn. 2; *Rolland*, § 2 Rn. 1; v. *Westphalen*, in: *Foerste/v. Westphalen*, § 47 Rn. 1; anders *Taschner/Frietsch*, § 2 ProdHaftG Rn. 17; *Taeger*, S. 112; für den Begriff „Elektrizität“ und jedenfalls indiziell auch für den Produktbegriff, BGH, Urt. v. 25.02.2014 – VI ZR 144/13, NJW 2014, 2106, 2108.

<sup>570</sup> Vgl. nur EuGH, Urt. v. 03.07.2012 – C-128/11, Rn. 39, MMR 2012, 58, *UsedSoft*.

## II. Richtlinienkonforme Auslegung in Grundsatz und Methode

Die richtlinienkonforme Auslegung ist ein vom EuGH<sup>571</sup> seit 1984 sowie vom BVerfG<sup>572</sup> und BGH<sup>573</sup> anerkannter Auslegungsgrundsatz und dient insbesondere der Verlängerung der sich aus Art. 288 Abs. 3 AEUV ergebenden Zielverpflichtung bei der Umsetzung.<sup>574</sup> Das Fundament wurde in der *von Colson*-Rechtsprechung des EuGH<sup>575</sup> gelegt.

### 1. Herleitung, Funktion und Zeitpunkt der Anwendung

Zur Begründung stützt man sich überwiegend auf die Umsetzungsverpflichtung gem. 288 Abs. 3 EUV und die Loyalitätsverpflichtung (*principle of sincere cooperation*) gem. Art. 4 Abs. 3 EUV.<sup>576</sup> Darüber hinaus wird zur Begründung auch auf den *effet utile*- Grundsatz zurückgegriffen, der sich aber aus der Loyalitätsverpflichtung ableitet.<sup>577</sup> Die allgemeine und zuweilen etwas unpräzise<sup>578</sup> beschriebene Loyalitätsverpflichtung versteht sich nach Art. 4 Abs. 3 Satz 2 EUV in der Weise, dass alle Mitgliedstaaten die „geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen (treffen), die sich aus diesem Vertrag oder aus Handlungen der Organe der Gemeinschaft ergeben“, womit „autonome Pflichten“<sup>579</sup> begründet werden. Die richtlinienkonforme Auslegung ist hierbei als „fortdauernde Verpflichtung“ der Mitgliedstaaten zu verstehen.<sup>580</sup> *Suhr* leitet die Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung dagegen aus der Richtlinie selbst ab und verweist hierzu auf die vom EuGH gewählte Formulierung in der *von-Colson-Rechtsprechung*.<sup>581</sup> Hier hatte der EuGH auf die sich aus der „Richtlinie ergebende Verpflichtung“<sup>582</sup> abgestellt, wobei wohl aber die konkret in Streit stehende Verpflichtung gemeint war, nämlich die Herstellung der Chancengleich-

---

<sup>571</sup> St. Rspr. seit EuGH, Urt. v. 10.04.1984 – Rs. 14/83, Slg. 1984, 1891, NJW 1984, 2021; davor angedeutet in: EuGH, Urt. v. 26.02.1975 – Rs. 67/74, NJW 1975, 1096, *Bonsignore/Stadt Köln*; EuGH, Urt. v. 01.02.1977 – Rs. 51/76, NJW 1977, 2022, *Nederlandse Ondernemingen*; EuGH, Urt. v. 15.07.1982 – Rs. 270/81, *Felicitas*.

<sup>572</sup> BVerfG, Beschl. v. 08.04.1987 – 2 BvR 687/85, BVerfGE 75, 223, 237.

<sup>573</sup> BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05, NJW 2009, 427, *Quelle* mit folgendem Leitsatz: „Der von der Rechtsprechung des EuGHs geprägte Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung verlangt von den nationalen Gerichten über eine Gesetzesauslegung im engeren Sinn hinaus auch, das nationale Recht, soweit dies nötig und möglich ist, richtlinienkonform fortzubilden.“

<sup>574</sup> EuGH, Urt. v. 05.10.2004 – verb. Rs. C-397/01 bis C-403/01, NJW 2004, 3547, *Pfeiffer* u.a. seither st. Rspr.

<sup>575</sup> EuGH, Urt. v. 10.04.1984 – Rs. 14/83, NJW 1984, 2021, *von Colson*.

<sup>576</sup> So beispielhaft in EuGH v. 20.09.1988 – Rs. 31/87, NVwZ 1990, 353, *Beentjes./. Niederländischer Staat*; EuGH v. 7.11.1989 – Rs. 125/88, *Nijman*; EuGH v. 25.2.1999 – Rs. C-131/97, *Carbonari u.a.*; EuGH v. 25.2.2000 – Rs.C-365/98, *Brinkmann*; EuGH v. 5.10.2004 – Rs.C-397/01, *Stichting Zuid-Hollandse*.

<sup>577</sup> EuGH, Urt. v. 05.10.2004 – verb. Rs. C-397-01 bis C-403/01, NJW 2004, 3547, *Pfeiffer u.a.*.

<sup>578</sup> *Von Bogdandy/Schill*, in: Grabitz/Nettesheim/Hilf (2016), Art. 4 AEUV, Rn. 52 („unpräzise“).

<sup>579</sup> *Von Bogdandy/Schill*, in: Grabitz/Nettesheim/Hilf (2016), Art. 4 AEUV Rn. 52.

<sup>580</sup> *Roth/Jopen*, in: Riesenhuber (2015), § 13 Rn. 4.

<sup>581</sup> EuGH, Urt. v. 10.04.1984 – Rs. 14/83, NJW 1984, 2021, *von Colson*.

<sup>582</sup> *Suhr*, S. 51.

heit beim Berufszugang und nicht etwa die allgemeine Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung.

Betrachtet man die Funktion der richtlinienkonformen Auslegung, geht es im Wesentlichen um „Konformität“. Konformität bedeutet dabei, dass sich das gefundene Auslegungsergebnis „konform“ zu den Zielen der Richtlinie verhält. Dabei ist „Konformität“ im denkbar weitesten Sinne zu verstehen, da nicht nur gefordert wird, dass zwischen dem Auslegungsergebnis der nationalen Rechtsvorschrift und der Richtlinie kein Widerspruch bestehen darf, sondern dass das Auslegungsergebnis „unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums [...] in Übereinstimmung mit den Anforderung des Gemeinschaftsrechts auszulegen und anzuwenden“<sup>583</sup> ist; mithin maximal mit der Richtlinie übereinstimmt („so-weit-wie-möglich-Grundsatz“<sup>584</sup>). Dem Unionsrecht soll damit auf Ebene der Rechtsanwendung im nationalen Rechtsraum maximale Geltung verschafft werden. Durch die Ausgestaltung als *Verpflichtung*, ist de facto eine nicht richtlinienkonform durchgeführte Auslegung so zu behandeln, wie eine nicht erfolgte Umsetzung. Damit verletzt ein Mitgliedstaat seine Vertragspflichten<sup>585</sup>, so dass ein Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 258 AEUV in Betracht kommt, welches nicht zwingend mit einem EuGH-Urteil beendet werden muss<sup>586</sup>, zumindest aber eine Beschwerde der Kommission nach sich zieht.

Die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung ergibt sich (spätestens) mit Ablauf der Umsetzungspflicht.<sup>587</sup> Vor Ablauf der Umsetzungsfrist ist die Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung nicht unumstritten und wird z.T. mit einer unmittelbaren Direktwirkung zu Gunsten des einzelnen mitgliedstaatlichen Bürgers gelöst.

## 2. Gegenstand und Reichweite der richtlinienkonformen Auslegung

Gegenstand der richtlinienkonformen Auslegung ist das nationale Gesetz.<sup>588</sup> Der EuGH dagegen ist zur Auslegung europäischer Rechtsvorschriften, mithin der Richtlinie befugt. Die richtlinienkonforme Auslegung ist demnach ein Gebot des EuGH adressiert an die nationalen Gerichte. Zur richtlinienkonformen Auslegung verpflichtet sind daher auch nur die mitglied-

---

<sup>583</sup> EuGH, Urt. v. 10.04.1984 – Rs. 14/83, NJW 1984, 2021, von Colson.

<sup>584</sup> Roth/Jopen, in: Riesenhuber (2015), § 10 Rn. 26.

<sup>585</sup> EuGH, Urt. v. 04.07.2006 – C-212/04, NJW 2006, 2465, Adeneler.

<sup>586</sup> Nach der Analyse *Karpensteins* enden nur wenige Vertragsverletzungsverfahren mit einem EuGH-Urteil, *Karpenstein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (2016), Art. 258 AEUV Rn. 9.

<sup>587</sup> EuGH, Urt. v. 04.07.2006 – C-212/04, NJW 2006, 2465, Adeneler; Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 288 Rn. 80.

<sup>588</sup> Vgl. nur Gebauer, in: Gebauer/Wiedmann, Kap. 4, Rn. 19; Roth/Jopen in: Riesenhuber (2015), § 13 Rn. 1; Herdegen (2011), § 8 Rn. 41; Martinek, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (2009), Art. 13 EG-Verbraucher- und Datenschutzrecht, Rn. 259.

staatlichen Gerichte, da nur diese für die Auslegung nationalen Rechts zuständig sind.

Vom Gegenstand zu differenzieren ist die Reichweite des Gebots der richtlinienkonformen Auslegung. Die richtlinienkonforme Auslegung beschränkt sich „insbesondere“<sup>589</sup> auf harmonisierte nationale Rechtsvorschriften<sup>590</sup>, also zunächst auf solche, die direkt in Umsetzung einer Richtlinie erlassen worden sind. Eine Ausnahme besteht, wenn eine überschießende Umsetzung vorliegt.<sup>591</sup> Mit der Rechtsprechung zu *von Colson*<sup>592</sup>, *Marleasing*<sup>593</sup>, und *Pfeiffer*<sup>594</sup> wurde die Pflicht zu richtlinienkonformer Auslegung auf das „gesamte nationale Recht“<sup>595</sup> und zwar auch „unabhängig davon, ob es vor oder nach der Richtlinie, um die es geht, erlassen wurde“<sup>596</sup>, ausgedehnt. Die Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung ist damit denkbar weit, womit das Erreichen des mit der Richtlinie übereinstimmenden und Ergebnisses abgesichert wird.<sup>597</sup>

### 3. Richtlinienkonforme Auslegung als „neue“ Auslegung

Nach der Rechtsprechung des EuGH<sup>598</sup> ist die richtlinienkonforme Auslegung Bestandteil der Umsetzungspflicht<sup>599</sup> und ergänzt diese auf der Rechtsanwendungsseite. Die Richtlinie verpflichtet damit die Mitgliedstaaten nicht nur zur Transformation der Richtlinie in nationales Recht, sondern zugleich auch die anwendenden Gerichte auf der Anwendungsseite.<sup>600</sup> Wie die Umsetzungspflicht setzt auch die richtlinienkonforme Auslegung am Richtlinienziel an und verpflichtet die Gerichte, „bei der Anwendung des innerstaatlichen Rechts (die Rechtsvorschrift) so weit wie möglich anhand des Wortlauts und des Zwecks der fraglichen Richtli-

---

<sup>589</sup> EuGH, Urt. v. 05.10.2004 – C-397/01 bis C-403/01, Rn. 113, NJW 2004, 3547, *Pfeiffer u.a.*

<sup>590</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 17.10.2012 – VIII ZR 226/11, NJW 2013, 220.

<sup>591</sup> Von einer überschießenden Umsetzung von Richtlinien spricht man, wenn ein Mitgliedsstaat das nationale Recht über den Anwendungsbereich der Richtlinie hinaus angepasst hat und damit auch Sachverhalte, die nicht unter die Richtlinie fallen, dem Regelungsregime der Richtlinie angepasst hat. Die in überschießender Umsetzung erlassenen Rechtsvorschriften sind nicht von der Verpflichtung zu richtlinienkonformer Auslegung erfasst.

<sup>592</sup> EuGH, Urt. v. 10.04.1984 – Rs. 14/83, NJW 1984, 2021, *von Colson*.

<sup>593</sup> EuGH, Urt. v. 13.11.1990 – C-106/89, *Marleasing*.

<sup>594</sup> EuGH, Urt. v. 05.10.2004 – C-397/01 bis C-403/01, NJW 2004, 3547, *Pfeiffer u.a.*

<sup>595</sup> EuGH, Urt. v. 05.10.2004 – C-397/01 bis C-403/01, Rn. 115, NJW 2004, 3547, *Pfeiffer u.a.*

<sup>596</sup> EuGH, Urt. v. 04.07.2006 – C-212/04, Rn. 108, NJW 2006, 2465, *Adeneler*.

<sup>597</sup> Dann auch deutlich in EuGH, Urt. v. 5.10.2004 – C-397/01 bis C-403/01, Rn. 115, NJW 2004, 3547, *Pfeiffer u.a.*; bestätigt in EuGH, Urt. v. 04.07.2006 – C-212/04, NJW 2006, 2465, *Adeneler*.

<sup>598</sup> EuGH, Urt. v. 05.10.2004 – C-397/01 bis C-403/01, NJW 2004, 3547, *Pfeiffer u.a.*; seither st. Rspr.; zur Methodik der richtlinienkonformen Auslegung siehe unten Dritter Teil 2. Kap. Punkt III.

<sup>599</sup> EuGH, Urt. v. 04.07.2006 – C-212/04, NJW 2006, 2465, *Adeneler*; anders die Schlussanträge der Generalanwältin *Kokott* v. 27.10.2005 zur Rs. C-212/04, Rn. 45ff.

<sup>600</sup> *Roth/Jopen*, in: *Riesenhuber* (2015), § 13 Rn. 4.

nie auslegen zu müssen, um das in ihr festgelegte Ergebnis zu erreichen“.<sup>601</sup> Die richtlinienkonforme Auslegung ist damit, wie auch die Umsetzungspflicht, eine Zielverpflichtung.<sup>602</sup> Danach liegt ein richtlinienkonformes Ergebnis nur dann vor, wenn dieses dem Ziel der Richtlinie entspricht.

Damit wird deutlich, was *Lutter* bereits 1992 beschrieb, nämlich dass das europäische Recht neben dem bestehenden nationalen Recht „Auslegungsansprüche“<sup>603</sup> erhebt, die den bisher bekannten Auslegungskanon *Savignys* nach Wortlaut, Kontext, Entstehung und Zweck erweitern. *Bydlinski* bezeichnet gar noch im Jahre 2012 die richtlinienkonforme Auslegung als „junges Phänomen“ und „vielschichtiges Problem“.<sup>604</sup> Vereinzelt wird sie auch als „weitere Auslegungsmethode“<sup>605</sup>, die eigenständig neben den bisher bekannten Auslegungsmethoden zu verorten ist, beschrieben. Diesem Umstand ist geschuldet, dass sich bislang auch keine einheitliche Herangehensweise für die Durchführung der richtlinienkonformen Auslegung entwickelt hat, was für die Auslegung im Einzelfall zur Herausforderung wird. Es ist daher erforderlich, zunächst die methodischen Schritte zu eruieren, bevor die Auslegung im eigentlichen Sinne vollzogen werden kann.

Zuletzt sei noch angemerkt, dass einige Vertreter der Literatur – zur Recht – darauf drängen, dass sich eine europäische Methodenlehre<sup>606</sup> entwickelt. Vergegenwärtigt man sich, dass innerhalb der Mitgliedstaaten unterschiedliche Auslegungsmethoden bestehen<sup>607</sup>, es bei der richtlinienkonformen Auslegung jedoch um europarechtskonforme Rechtsanwendung geht, kann dieses Ziel eigentlich nur durch eine europäisch vereinheitlichte Auslegungsmethode erreicht werden. Die Harmonisierung verharret auf der Gesetzesebene, wenn in der Rechtsanwendung keine harmonisierten Auslegungsregeln zu Grunde gelegt werden. Einer europäischen Methodenlehre käme daher dieselbe Bedeutung zu, wie der nationalen Methodenlehre, nämlich (unter anderem) der Vorbeugung heterogener Rechtsanwendung. Eine eigenständige europäische Methodenlehre hat sich indes bislang nicht etabliert.<sup>608</sup>

---

<sup>601</sup> EuGH, Urt. v. 04.07.2006 – C-212/04, NJW 2006, 2465, *Adeneler*.

<sup>602</sup> Ähnlich auch *Leenen*, Jura 2012, 753, 755.

<sup>603</sup> *Lutter*, JZ 1992, 593.

<sup>604</sup> *Bydlinski*, S. 61.

<sup>605</sup> *Leenen*, Jura 2012, 753, 754.

<sup>606</sup> Diesen Begriff etablierend wohl durch *Riesenhuber*, der hierunter Auslegungsfragen behandelt, bei denen europarechtliches Primär- beziehungsweise Sekundärrecht beteiligt ist, vgl. das Werk *Riesenhuber*, „Europäische Methodenlehre“, konkret zum Begriff *Riesenhuber*, in: *Riesenhuber* (2015), § 1 Rn. 12.

<sup>607</sup> Z.B. die Methode des Fallrechts im Vereinigten Königreich von Großbritannien und Wales, vgl. etwa die Ausführungen hierzu bei *Schillig*, in: *Riesenhuber* (2015), § 25 Rn. 6 und der Auslegungskanon nach *Savigny* in Deutschland.

<sup>608</sup> Hierzu auch *Riesenhuber*, der eine Konvergenz der nationalen Methoden zugunsten einer europäischen Methodenlehre nicht ausschließt, *Riesenhuber*, in: *Riesenhuber* (2015), § 1 Rn. 12; *Vogenauer*, ZEuP 2005, 234, 242 der von einer nur

#### 4. Methodische Vorgaben

Zu berücksichtigen sind vor allem die vom EuGH entwickelten, jedoch nur als „methodische Vorgaben“<sup>609</sup> zu bezeichnenden Kriterien. Ein Satz aus der *Adeneler-Entscheidung* steckt im Wesentlichen die methodischen Vorgaben ab: Danach haben „... nationalen Gerichte [...] unter Anwendung ihrer Auslegungsmethoden [...] alles zu tun, [um] die volle Wirksamkeit der fraglichen Richtlinie zu gewährleisten und zu einem Ergebnis zu gelangen, das mit dem von der Richtlinie verfolgten Ziel übereinstimmt“.<sup>610</sup>

##### a. Zulässigkeit der Anwendung der nationalen Auslegungsmethoden

Klar ist damit zunächst, dass der EuGH bei der richtlinienkonformen Auslegung die Anwendung der nationalen Auslegungsmethoden anerkennt.<sup>611</sup> Damit verbleibt es für den deutschen Rechtsraum zunächst bei der Auslegung nach Wortlaut, Systematik, Historie und Teleologie. Die Anwendung der nationalen Auslegungsmethoden ist – auch mit Blick auf die Notwendigkeit einer europäischen Methodenlehre – in der Literatur nicht kritiklos geblieben. *Kramer* fordert beispielsweise, das Paradigma der „national introvertierten Methodenlehre“<sup>612</sup> zu überwinden. *Vogener* weist darauf hin, dass es nicht nur methodische Unterschiede gäbe, sondern auch „unterschiedliche juristische Vorverständnisse“<sup>613</sup>, die ebenfalls zu unterschiedlichen Ergebnissen bei der Auslegung führen. Diese Unterschiede beflügeln die Befürworter einer neuen, europäischen Methodenlehre, die sich „einstellt auf Pluralität der Rechtsquellen, Relativität der Teilrechtssysteme [und] Diversität der Rechtsinhalte.“<sup>614</sup>

Der EuGH sucht die Unterschiede in Auslegungsfragen durch weitere methodische Vorgaben zu kompensieren und geht damit den Weg der kleinen Schritte, um eine Anpassung der Auslegungsmethoden im europäischen Kontext zu erreichen.

---

„stiefmütterlichen Behandlung“ spricht.

<sup>609</sup> *Roth/Jopen*, in: *Riesenhuber* (2015), § 13 Rn. 25.

<sup>610</sup> EuGH, Urt. v. 04.07.2006 – C-212/04, NJW 2006, 2465, *Adeneler*; aber auch schon vorher angedeutet in EuGH, Urt. v. 15.07.1963 – Rs. 34/62; EuGH, Urt. v. 06.10.1980 – Rs. 246/80, NJW 1982, 502; EuGH, Urt. v. 06.10.1970 – Rs. 9-70; EuGH, Urt. v. 04.12.1974 – Rs. 41/74.

<sup>611</sup> EuGH, Urt. v. 04.07.2006 – C-212/04, NJW 2006, 2465, *Adeneler* („unter Anwendung ihrer Auslegungsmethoden“); *Riesenhuber*, in: *Riesenhuber* (2015), § 10 Rn. 45; *Leenen*, Jura 2012, 753, 755.

<sup>612</sup> *Kramer*, in: *Assmann/Brüggemeier/Sethe*, S. 31, 39; a.A. *Brenncke*, EuR 2015, 440, 460, der eine vollständig vereinheitlichte europäische Methodenlehre ablehnt.

<sup>613</sup> *Vogener*, ZEuP 2005, 234, 240.

<sup>614</sup> *Flessner*, JZ 2002, 14, 16.

## **b. Das Richtlinienziel als Referenz**

Durch die starke Anlehnung an das *Richtlinienziel* wird deutlich, dass die Richtlinienkonformität sich daran bemisst, ob das Auslegungsergebnis dem Ziel der Richtlinie entspricht. Bei genauerem Hinsehen stellt sich dies für die mitgliedstaatlichen Gerichte als (nicht immer unproblematische) „Double-bind-Situation“<sup>615</sup> dar, da sie einerseits an das nationale Gesetz gebunden sind, andererseits aber das Ziel der Richtlinie berücksichtigen müssen. Diese doppelte Verpflichtung kann dazu führen, dass eine richtlinienkonforme Auslegung nur über den Wortlaut des nationalen Gesetzes hinaus möglich ist.<sup>616</sup>

Der Begriff des Richtlinienziels wird indes weder legal definiert noch vom EuGH konkretisiert. Allgemein wird davon ausgegangen, dass mit dem Begriff *Ziel* der Rechtszustand gemeint ist, den die Richtlinie zu erreichen sucht.<sup>617</sup> Der EuGH verwendet die Begriffe *Ziel* und *Zweck* indes nebeneinander.<sup>618</sup> Unter dem Begriff „(Gesetzes)-Zweck“ wird allerdings „das konkrete rechtspolitisch-historische Regelungsziel“ im Sinne einer „gesetzgeberischen Interessensbekundung“<sup>619</sup> verstanden, womit der Begriff „Zweck“ über den Begriff „Ziel“ hinausgeht. Damit ist die hinter den konkreten Regelungen stehende Intention angesprochen. Gegebenenfalls ist hiermit auch angedeutet, dass der althergebrachte Methodenstreit (objektive und subjektive Theorie) im europäischen Sekundärrecht keine Bedeutung hat<sup>620</sup>, wobei dies hier nicht beurteilt werden soll. Richtigerweise wird das Richtlinienziel durch den verfolgten Zweck definiert, womit das Ziel dem Zweck nachfolgt. Bei der Ermittlung des Richtlinienziels ist folglich beides zu berücksichtigen, wobei das Richtlinienziel unter Zugrundelegung des Zwecks zu ermitteln ist. Für die Ermittlung des Richtlinienziels sind alle Regelungen der Richtlinie<sup>621</sup> sowie die vorangestellten Erwägungsgründe in die Überlegungen mit einzubeziehen. Ebenso mit einzubeziehen ist die EuGH-Rechtsprechung, da hiermit die „Vorschrift[en] des Gemeinschaftsrechts [...] erläutert und verdeutlicht“<sup>622</sup> werden.

---

<sup>615</sup> Reimer, JZ 2015, 910.

<sup>616</sup> Die Schwierigkeit der doppelten Verpflichtung der nationalen Gerichte zeigte sich z.B. in der Quelle-Entscheidung, in der die Richtlinienvorgaben nur über eine sehr weite, über den Wortlaut der nationalen Norm, hinausgehende Auslegung berücksichtigt werden konnte, was das Gericht argumentativ vor eine Herausforderung stellte, BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05, NJW 2009, 427, *Quelle*.

<sup>617</sup> Schröder, in: Streinz (2012), Art. 288 Rn. 76 mwN; zur Auseinandersetzung mit dem Zielbegriff vgl. auch Prokopff, S. 64.

<sup>618</sup> EuGH, Urt. v. 04.07.2006 – C-212/04, NJW 2006, 2465, Adeneler („Zweck der fraglichen Richtlinie“).

<sup>619</sup> Rütters/Fischer/Birk, § 22 Rn. 730a.

<sup>620</sup> So z.B. Riesenhuber, der die Ansicht vertritt, dass dieser Streit auch im Rahmen des Europäischen Privatrechts Geltung hat, und die subjektive Theorie bevorzugt, vgl. Riesenhuber, in: Riesenhuber (2015), § 10 Rn. 8, 11.

<sup>621</sup> Prokopff, S. 66.

<sup>622</sup> So EuGH, Urt. v. 20.01.2006 – C-402/03, Rn. 50, EuZW 2006, 181, Skov u. Bilka.

### c. Interpretatorischer Vorrang

Während im deutschen Rechtsraum damit gerungen wird, ob es ein „abstrakte[s]“<sup>623</sup> Rangverhältnis zwischen den einzelnen Auslegungsmethoden geben muss<sup>624</sup>, stellt sich diese Frage im Rahmen richtlinienkonformer Auslegung nicht. Die richtlinienkonforme Auslegung ist eine Richtlinienziel-orientierte Auslegung, so dass dem Auslegungsergebnis Vorrang zu gewähren ist, das dem Richtlinienziel am nächsten kommt. Dies wird auch als „interpretatorische Vorrangregel“<sup>625</sup> bezeichnet. Das *Bundesverfassungsgericht* versteht den interpretatorischen Vorrang auch im Sinne eines „Optimierungsgebotes“.<sup>626</sup>

### d. contra-legem-Grenze als „variable“ Grenze

Grundsätzlich bildet in Auslegungsfragen der mögliche Wortsinn einer Rechtsvorschrift die Grenze der Auslegung.<sup>627</sup> Diese Grenze wird, und dies ist der *Adeneler-Rechtsprechung* eindeutig zu entnehmen<sup>628</sup>, zunächst auch vom EuGH anerkannt. Wenn der EuGH die „volle Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums“<sup>629</sup> fordert, kann hiermit zunächst nur der methodisch *zulässige* Beurteilungsspielraum gemeint sein<sup>630</sup>, wobei die Zulässigkeit aus dem nationalen Recht folgt, worauf das Bundesverfassungsgericht richtigerweise hinweist und deshalb auch von einer „interpretatorischen Autonomie“<sup>631</sup> spricht. Diese Autonomie ergibt sich auch aus der in Art. 267 AEUV festgelegten Zuständigkeitsverteilung, wonach der EuGH keine Kompetenzen hinsichtlich der Interpretation des innerstaatlichen Rechts besitzt.<sup>632</sup> Es ist jedoch festzustellen, dass die contra-legem-Grenze eher als „variable“ Grenze verstanden wird. Insbesondere die *Quelle*-Entscheidung<sup>633</sup> hat gezeigt, dass die Verpflichtung zur richtlinien-

<sup>623</sup> *Bydlinski*, Rechtsbegriff, S. 556.

<sup>624</sup> Für ein „bewegliches System“, *Bydlinski*, Rechtsbegriff, S. 556, a.A. wohl, weil Verhältnismäßigkeitsgrundsätze aufstellend, *Larenz/Canaris*, S. 162.

<sup>625</sup> *Roth/Jopen*, in: *Riesenhuber* (2015), § 13 Rn. 42; *Brenncke*, EuR 2015, 440, 446.

<sup>626</sup> BVerfG, Beschl. v. 26.09.2011 – 2 BvR 2216/06 u.a., NJW 2012, 669 („Mehrere mögliche Auslegungsmethoden sind daher hinsichtlich des Richtlinienziels bestmöglich anzuwenden im Sinne eines Optimierungsgebots“).

<sup>627</sup> BVerfG, Beschl. v. 23.10.1985 – 1 BvR 1053/82; *Zippelius*, § 10, S. 39; *Larenz/Canaris*, S. 145, 245.

<sup>628</sup> EuGH, Urt. v. 04.07.2006 – C-212/04, Rn. 110, NJW 2006, 2465, *Adeneler* („[...]auch darf sie nicht als Grundlage für eine Auslegung contra legem des nationalen Rechts dienen“).

<sup>629</sup> EuGH, Urt. v. 10.04.1983 – Rs. 14/83, NJW 1984, 2021, *von Colson*.

<sup>630</sup> Diese Interpretation verfolgt auch das BVerfG, Beschl. v. 26.09.2011 – 2 BvR 2216/06 u.a., NJW 2012, 669.

<sup>631</sup> BVerfG, Beschl. v. 26.09.2011 – 2 BvR 2216/06 u.a., NJW 2012, 669.

<sup>632</sup> So auch BVerfG, Beschl. v. 26.09.2011 – 2 BvR 2216/06 u.a., NJW 2012, 669.

<sup>633</sup> Vorlagebeschluss, BGH, Beschl. v. 16.08.2006 – VIII ZR 200/05, NJW 2006, 3200 mit Anm. *Lorenz*; EuGH, Urt. v. 17.08.2008 – C-404/06, NJW 2008, 1433, *Quelle*; Quellefolgenentscheidung des BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05, EuZW 2009, 155 mit Anm. *Höpfner*.

konformen Auslegung im Einzelfall auch den *contra-legem*-Grundsatz verdrängt. Im Mittelpunkt der Entscheidung stand die Auslegung des Begriffs „unentgeltlich“ in § 439 Abs. 4 BGB. Die der Norm zugrundeliegende Verbrauchsgüterkaufrichtlinie<sup>634</sup> regelt, dass die Ersatzleistung des Verkäufers nach Mängelrüge durch den Käufer unentgeltlich stattzufinden hat (Art. 3 Abs. 4 der Richtlinie „unentgeltlichen Ersatzleistung“). Der deutsche Gesetzgeber hatte dies bei Umsetzung nur auf den Nachbesserungsgegenstand an sich bezogen und war der Auffassung, dass die „finanziellen Folgen einer Ersatzleistung“<sup>635</sup> gerade nicht Gegenstand der Richtlinie war. Der EuGH konkretisierte daraufhin in der Weise, dass „jede finanzielle Forderung des Verkäufers“<sup>636</sup> ausgeschlossen sei und damit kein Anspruch auf Nutzungsersatz bestünde. Problematisch in der *Quelle-Folgenentscheidung*<sup>637</sup> war nun, dass der *Bundesgerichtshof* wegen des Gebots der richtlinienkonformen Auslegung an diese Interpretation gebunden war, gleichzeitig aber dieses Auslegungsergebnis nur im Wege des *contra-legem*-Judizierens erreichen konnte (womit sich im übrigen beispielhaft die *double-bind*-Situation zeigt). Zur Lösung weichte der *Bundesgerichtshof* die *contra-legem*-Grenze auf und will diese nur noch „funktionell“<sup>638</sup> verstehen, außerhalb dessen die *Rechtsfindung* zwar unzulässig ist, die Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung jedoch gebiete, nationales Recht „richtlinienkonform fortzubilden“.<sup>639</sup> Als nicht „starre Auslegungsgrenze“ bezeichnet wird die *contra-legem*-Grenze schließlich auch durch das *Bundesverfassungsgericht*<sup>640</sup> bezeichnet. Dieser Auffassung schließt sich soweit ersichtlich auch die Literatur an.<sup>641</sup>

Diese Feststellung muss jedoch richtigerweise dahingehend eingeschränkt werden, dass dies nur gilt, wenn die Auslegung über den Wortlaut hinaus eigentlich eine „*Korrektur*“ dessen ist, was der nationale Gesetzgeber bei Umsetzung unterlassen hat. Nach Rechtsprechung des EuGH sind die Mitgliedstaaten nämlich gehalten, „die Bestimmungen einer Richtlinie mit unbestreitbarer Verbindlichkeit sowie mit der erforderlichen Konkretheit, Bestimmtheit und Klarheit umzusetzen“.<sup>642</sup> Fehlt es an einer solchen Umsetzung, setzt sich der Mitgliedstaat dem Risiko

---

<sup>634</sup> Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.05.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, L 171/12.

<sup>635</sup> EuGH, Urt. v. 17.04.2008 – C-404/06, Rn. 29, NJW 2008, 1433, *Quelle*.

<sup>636</sup> EuGH, Urt. v. 17.04.2008 – C-404/06, Rn. 34, NJW 2008, 1433, *Quelle*.

<sup>637</sup> BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05, NJW 2009, 427, *Quelle*.

<sup>638</sup> BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05, NJW 2009, 427, *Quelle*.

<sup>639</sup> So auch BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05, NJW 2009, 427, *Quelle*.

<sup>640</sup> BVerfG, Beschl. v. 26.09.2011 – 2 BvR 2216/06 u.a., NJW 2012, 669 („Der Wortlaut des Gesetzes zieht im Regelfall keine starre Auslegungsgrenze“).

<sup>641</sup> So *Pfeiffer*, NJW 2009, 412 („keine zwingende Grenze der richtlinienkonformen Auslegung“).

<sup>642</sup> *EuGH*, Urt. v. 18.10.2001 – C-354/99, Rn. 27.

einer nachträglichen Korrektur durch den EuGH aus. Eine Verweigerung mit Verweis auf die contra-*legem*-Grenze würde die Verpflichtung zur klaren Umsetzung unterlaufen. Hier zeigt sich, dass die den Mitgliedstaaten zugebilligte Freiheit bei der Umsetzung gem. Art. 288 Abs. 3 AEUV naturgemäß Korrekturen zulassen muss, die gegebenenfalls auch die methodischen Grenzen durchbrechen. Sonst könnten fehlerhaften Umsetzung nicht kompensiert werden. Zusammenfassend hat die contra-*legem*-Grenze demnach bei Rechtsvorschriften, die dem Richtlinienziel entsprechen Bestand. Variabel ist sie dort, wo von vornherein Fehler bei der Umsetzung gemacht wurden.

#### ***e. Effet utile als Teil der Auslegungsmethodik***

Neben diesen Vorgaben bedient sich der EuGH häufig auch des *effet-utile*-Arguments. Wohl nicht ganz zu Unrecht wird das *effet-utile*-Argument auch als „Auslegungstopos“<sup>643</sup> bezeichnet. Als ein im Rahmen des Gemeinschaftsrechts anerkannter Auslegungsgrundsatz<sup>644</sup> bedeutet er, dass „die nationalen Gerichte [...] alles zu tun haben, [...], um die volle Wirksamkeit der fraglichen Richtlinie zu gewährleisten“.<sup>645</sup> Obwohl über den tatsächlichen Inhalt des *effet utile* keine Einigkeit besteht<sup>646</sup>, scheint dies – und das deckt sich mit dem Begriff der „vollen Wirksamkeit“ – als „Optimierungsgebot“<sup>647</sup> verstanden zu werden und zwar in dem Sinne, dass das Ziel der Richtlinie bestmöglich erreicht wird. Als „Klammerbegriff“<sup>648</sup> umfasst *effet utile* Auslegungsergebnisse, die sich auf die „volle Wirksamkeit“<sup>649</sup>, „praktische Wirksamkeit“<sup>650</sup> oder „nützliche Wirkung“<sup>651</sup> stützen. Mit der Argumentationsfigur des *effet utile* können insbesondere die Zielsetzungen einer Richtlinie mit Blick auf Tauglichkeit und Nutzen bei der Auslegung berücksichtigt werden. Wegen der Vergleichbarkeit zur teleologischen Auslegung wird das Prinzip des *effet utile* vereinzelt auch als besondere Ausprägung der teleologischen Auslegung im Rahmen des Gemeinschaftsrechts verstanden.<sup>652</sup>

---

<sup>643</sup> Roth/Jopen, in: Riesenhuber (2015), § 13 Rn. 25.

<sup>644</sup> Verwendet wohl bereits seit etwa 1963, vgl. Seyr, S. 100.

<sup>645</sup> Erstmals in EuGH, Urt. v. 15.07.1963 – Rs. 34/62; EuGH, Urt. v. 06.10.1980 – Rs. 246/80, NJW 1982, 502; EuGH, Urt. v. 6.10.1970 – Rs. 9-70; EuGH, Urt. v. 04.12.1974 – Rs. 41/74; EuGH, Urt. v. 04.07.2006 – C-212/04, NJW 2006, 2465, Adeneler.

<sup>646</sup> Zum Streitstand, Seyr, S. 102, 103.

<sup>647</sup> Köndgen, in: Riesenhuber (2015), § 6 Rn. 63.

<sup>648</sup> Potacs, EuR 2009, 465, 467.

<sup>649</sup> EuGH, Urt. v. 04.07.2006 – C-212/04, NJW 2006, 2465, Adeneler.

<sup>650</sup> EuGH, Urt. v. 03.07.2012 – C-128/11, MMR 2012, 586, UsedSoft.

<sup>651</sup> EuGH, Urt. v. 06.10.1970 – Rs. 9-70; EuGH, Urt. v. 04.12.1974 – Rs. 41/74, von Duyn.

<sup>652</sup> Seyr, S. 103.

## 5. Drei-stufige Herangehensweise

Zusammenfassend ist unter Beachtung der methodischen Vorgaben des EuGH eine dreistufige Herangehensweise zu präferieren:

Zunächst ist das konkrete Richtlinienziel mit Blick auf den auszulegenden Begriff zu ermitteln (*Stufe 1*). Anschließend ist der auslegungsbedürftige Rechtsbegriff nach dem bekannten Auslegungskanon zu interpretieren (*Stufe 2*). Hierbei ist – abweichend vom Üblichen – zu berücksichtigen, dass es sich um einen harmonisierten Rechtsbegriff handelt, womit die soeben herausgearbeiteten methodischen Vorgaben des EuGH zu Grunde zu legen sind. Zuletzt (*Stufe 3*) ist nach dem interpretatorischen Vorrang dasjenige Auslegungsergebnis zu bevorzugen, das dem Richtlinienziel am ehesten entspricht. Der interpretatorische Vorrang kommt jedoch nur dann zum Zuge, wenn überhaupt unterschiedliche Auslegungsergebnisse ermittelt werden.

### III. Richtlinienkonforme Auslegung des Begriffs „bewegliche Sache“

#### 1. Die Richtlinienziele der Produkthaftungsrichtlinie

Die Richtlinienziele einer Richtlinie ergeben sich unter anderem aus den einer Richtlinie stets vorangestellten Erwägungsgründen (Art. 296 Abs. 2 AEUV), die „integraler Bestandteil des Gesetzgebungsdokuments“<sup>653</sup> sind, den Einzelvorschriften sowie der zur Richtlinie ergangenen EuGH-Rechtsprechung.

##### a. Die Erwägungsgründe

Vergleichbar mit der Gesetzesbegründung ergeben sich aus den Erwägungsgründen Intention und Ziel des Gesetzgebers, weshalb diese vereinzelt auch als primäres „*policy statement*“<sup>654</sup> gewertet werden. Die Voranstellung der Erwägungsgründe erfolgt nicht nur, um den mit dem Rechtsakt verfolgten subjektiven Willen kundzutun, sondern auch um die Rechtsetzungs-

---

<sup>653</sup> Köndgen, in: Riesenhuber (2015), § 6 Rn. 48.

<sup>654</sup> Köndgen, in: Riesenhuber (2015), § 6 Rn. 51.

kompetenz des Unionsorgans gerichtsfest zu dokumentieren.<sup>655</sup> Insoweit sind Regelungsziele und die Benennung des Kompetenzgrundes einerseits oft deckungsgleich und andererseits pauschal. Denn soweit sich die Kompetenz zum Tätigwerden der Union in der pauschalen Benennung von großen, über den einzelnen Regelungsgegenstand hinausgehenden Schlagworten wie „Freiheit des Binnenmarktes“, „Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen“ oder „Verbraucherschutz“ erschöpft, verwundert es nicht, eben jene Schlagworte dann auch in den Erwägungsgründen zu finden.

Die Erwägungsgründe der Produkthaftungsrichtlinie stellen vor allem den Verbraucherschutz, die durch Rechtsunterschiede bedingte Wettbewerbsverfälschung, die es zu verhindern gilt sowie die Gewährleistung des freien Warenverkehrs<sup>656</sup> in den Mittelpunkt. Die genannten Ziele sind vor dem Hintergrund der grundsätzlichen Kompetenz der Union zu sehen, die sich gem. Art. 4 Abs. 2 lit. a, f AEUV namentlich u.a. auf Verbraucherschutz und Binnenmarkt erstrecken. Auch die Aufnahme eines wettbewerbsrechtlichen Ziels in Form der Regelung des Binnenmarktes ist wegen Art. 114 AEUV zugleich Kompetenzbegründung. Jedoch wird gerade die Aufnahme von wettbewerbsrechtlichen Zielen in der Produkthaftungsrichtlinie nicht unkritisch gesehen mit dem Argument, dass die Regelung des Wettbewerbs originäre Aufgabe des Wettbewerbsrechts ist und nicht des Produkthaftungsrechts.<sup>657</sup>

Dem Verbraucherschutz scheint – obwohl in dem zusammenfassenden 1. Erwägungsgrund erst an letzter Stelle genannt – eine besondere Bedeutung zuzukommen. Dieser ist insgesamt elfmal in den Erwägungsgründen erwähnt und wird damit deutlich in den Mittelpunkt gestellt. Gleichwohl ergibt sich aus der gleichrangigen Nennung aller drei Ziele im 1. Erwägungsgrund auch, dass alle Richtlinienziele nebeneinander stehen.<sup>658</sup> Diese Gleichrangigkeit zwischen den Richtlinienzielen wird auch dadurch hervorgehoben, dass der EuGH die Reihenfolge häufig variiert<sup>659</sup> und offenbar keine Priorisierung vornimmt. Dennoch wird in der Literatur vereinzelt gefordert, dass dem Verbraucherschutzziel wegen der gestiegenen Relevanz heute mehr Bedeutung zukommen sollte, als zum Erlasszeitpunkt.<sup>660</sup> Diese Forderung könnte jedenfalls mit der sehr häufigen Nennung des Verbraucherschutzes belastbar begründet werden.

---

<sup>655</sup> Köndgen, in: Riesenhuber (2015), § 6 Rn. 48.

<sup>656</sup> Der 1. Erwägungsgrund fasst diese Ziele zusammen.

<sup>657</sup> Adams, BB-Beilage 1987, Nr. 20, S. 5.

<sup>658</sup> a.A. Köndgen, in: Riesenhuber (2015), § 6 Rn. 51 Fn. 147; wohl auch Riehm, in: Gsell/Herresthal (2009), S. 92.

<sup>659</sup> EuGH, Urt. 25.04.2002 – C-52/00 („unverfälschter Wettbewerb [...], freier Warenverkehr, [...] Verbraucherschutz“); demgegenüber EuGH, Urt. v. 04.06.2009 – C-285/08, EuZW 2009, 501 („[...] Verbraucherschutz, [...] und verfälschter Wettbewerb, [...] freier Warenverkehr“).

<sup>660</sup> Insbesondere Schaub, ZEuP 2003, 562, 786, 587.

## **b. Die Einzelvorschriften**

Die drei in den Erwägungsgründen benannten Ziele der Produkthaftungsrichtlinie spiegeln sich in den Einzelvorschriften wider, im Übrigen auch die gehobene Bedeutung des Verbraucherschutzes.

So dient etwa der weite Herstellungskreis in Art. 3 in erster Linie dem Verbraucherschutz, da damit gewährleistet wird, dass dem Verbraucher in jedem Fall ein Haftungsadressat zur Seite gestellt ist.<sup>661</sup> Auch Art. 5 dient letztlich dem Verbraucherschutz. Denn soweit eine im Innenverhältnis abgeschlossene Vereinbarung über die Haftung gerade nicht im Außenverhältnis Wirkung entfaltet, bleibt es bei der gesetzlich angeordneten Haftung des weiten Herstellerkreises gem. Art. 3 und somit bei der verbrauchergünstigen Regelung.<sup>662</sup> Aus Art. 9 ergibt sich zudem, dass die Richtlinie – wie auch schon ausgearbeitet<sup>663</sup> – nur für den Bereich der Verbraucherprodukthaftung gilt. Nicht zuletzt dient auch die Ausgestaltung als verschuldensunabhängige Haftung dem Verbraucherschutz.<sup>664</sup>

## **c. EuGH-Rechtsprechung**

Die drei oben genannten Richtlinienziele wurden zudem durch den EuGH mehrfach bestätigt.<sup>665</sup> Eine Betonung des Verbraucherschutzes findet sich indes auch in der Rechtsprechung. Gerade erst in der jüngst ergangenen Entscheidung zum Fehlerverdacht<sup>666</sup> wurde z.B. der Fehlerbegriff auf die Fälle des Fehlerverdachts verbraucherfreundlich ausgeweitet. Die Feststellung eines potentiellen Fehlers genügt, um „Produkte derselben Produktgruppe oder Produktserie [...] als fehlerhaft [einzustufen]“.<sup>667</sup>

---

<sup>661</sup> Vgl. 4. Erwägungsgrund der Richtlinie, wonach „alle am Produktionsprozess Beteiligten“ in die Haftung genommen werden sollen, um den Verbraucherschutz zu gewährleisten.

<sup>662</sup> Vgl. 12. Erwägungsgrund der Richtlinie.

<sup>663</sup> Siehe Zweiter Teil, 3. Kap. I.1.

<sup>664</sup> Vgl. auch 2. Erwägungsgrund, wenn nämlich auf die „gerechte Zuweisung der mit der modernen technischen Produktion verbundenen Risiken“ abgestellt wird, womit nichts anderes gemeint ist, als das der Hersteller, der Nutznießer der modernen Produktion ist, auch das Risiko für deren Produkte zu tragen hat und gerade nicht der Konsument das Risiko der Schadenstragung auf sich nehmen muss.

<sup>665</sup> Zuletzt in EuGH, Urt. v. 25.04.2002 – C- 183/00; EuGH, Urt. v. 21.12.2011 – C-495/10, NJW 2012, 754 (Leitsatz).

<sup>666</sup> EuGH, Urt. v. 05.03.2015 – C-503/13, C-504/13, EuZW 2015, 318.

<sup>667</sup> EuGH, Urt. v. 05.03.2015 – C-503/13, C-504/13, Rn. 41, EuZW 2015, 318, 319.

#### **d. Fazit Richtlinienziele**

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass die drei in den Erwägungsgründen genannten Motive, d.h. der Verbraucherschutz, die Verfälschung des Wettbewerbs, sowie die Gewährleistung des freien Warenverkehrs, als übergeordnete Richtlinienziele zu sehen sind. Hierbei kommt wohl dem Verbraucherschutz eine besondere Bedeutung zu. Dies ergibt sich zum einen aus den Einzelvorschriften, wonach die Richtlinie ausschließlich für den Bereich der Verbraucherprodukthaftung zur Anwendung kommt sowie aus der EuGH-Rechtsprechung, durch die z.B. der Fehlerbegriff eine deutliche Ausweitung erhalten hat.

#### **e. Methodische Einordnung**

Da sich die richtlinienkonforme Auslegung insbesondere an den Richtlinienzielen orientiert und sich hieran schließlich auch die Richtlinienkonformität des Ergebnisses misst, sind diese sinnvoll in die Auslegung zu integrieren. Da die Richtlinienziele den *telos* des Gesetzes repräsentieren, sollen sie hier im Rahmen der teleologischen Auslegung berücksichtigt werden.

### **2. Anwendung des anerkannten Auslegungskanons**

Der klassische von *Savigny* geprägte Auslegungskanon umfasst zunächst drei Auslegungsmethoden: die grammatikalische, die systematische sowie die historische Auslegung.<sup>668</sup> Mit Anerkennung der teleologischen Auslegung, die sich insoweit von der „logisch-begrifflichen Arbeitsweise“<sup>669</sup> entfernt, hat sich eine vierte Auslegungsmethode entwickelt, die hier – auch wegen der Einbindung der Richtlinienziele – gesondert behandelt werden soll.

#### **a. Grammatikalische Auslegung**

„Rechtskultur ist Sprachkultur“.<sup>670</sup> Aus diesem Grund nimmt die grammatikalische Auslegung den Ausgangspunkt jeder Auslegung ein. Hinter der grammatikalischen Auslegung verbirgt sich die Suche nach der Wortbedeutung. Mit der Anknüpfung an den Wortsinn (zu Recht wird verschiedentlich darauf hingewiesen, dass zwar im Allgemeinen immer von *Wortlaut*

---

<sup>668</sup> *Bydlinski*, Rechtsbegriff, S. 437.

<sup>669</sup> *Säcker*, in: *MüKoBGB* (2017), Einl. Allgemeiner Teil Rn. 145.

<sup>670</sup> *Kirchhof*, S. 6.

gesprochen wird, jedoch der *Wortsinn* gemeint ist<sup>671</sup>) wird versucht, dem spezifischen Rechtsbegriff eine Bedeutung zu „entlocken“.<sup>672</sup> Hierfür wird der Bedeutungsgehalt des Rechtsbegriffs im allgemeinen Sprachverständnis sowie im juristischen Sprachverständnis untersucht. Zwar hat auch das juristische Sprachverständnis sein Fundament in der Allgemeinsprache<sup>673</sup>, jedoch kann sich dieses von der Allgemeinsprache abheben. Ein juristisch anerkannter Sprachgebrauch ist daher dem allgemeinen Sprachgebrauch vorzuziehen.<sup>674</sup> *Bydlinski* differenziert im Hinblick auf die Wortbedeutung den „Begriffskern“ und den „Begriffshof“.<sup>675</sup> Erfasst der Begriff in jedem erdenklichen Sprachgebrauch die konkrete Rechtsfrage, dann gehört diese zum „Begriffskern“ des Begriffes. Ist dagegen die Rechtsfrage nur bei Zugrundelegung des spezifischen (z.B. juristischen) Sprachgebrauchs unter den Begriff subsumierbar, dann gehört diese zum „Begriffshof“ des Begriffes.<sup>676</sup> Anders gewendet könnte man auch von einer engen und weiten Wortbedeutung sprechen.

#### aa. Das Problem der „Sprache“ im Richtlinienkontext

Die Wortlautauslegung ist jedoch im harmonisierten Recht in besonderer Weise herausgefordert. Im Bereich des harmonisierten Rechts sieht sich die Rechtswissenschaft und auch die Rechtspraxis einer Sprachenvielfalt gegenüber, die für einige Wohl<sup>677</sup> und für andere Wehe<sup>678</sup> ist. Die Sprachenvielfalt der Europäischen Union, für deren Erhalt sich auch im europäischen Sekundärrecht bewusst entschieden worden ist<sup>679</sup>, ist nämlich für die Rechtsetzung und Rechtsanwendung nicht unproblematisch, weil die Rechtswissenschaft per se eine stark an der Sprache orientierte Wissenschaft ist. So gibt es z.B. nicht für jeden Rechtsbegriff einen exakt gleichlautenden Begriff in anderen europäischen Sprachen.<sup>680</sup> Dies führt dazu, dass sich der Richtlinienkontext durch die Übersetzung in die verschiedenen Sprachen der Europäischen Union von Fassung zu Fassung unterscheidet. Mithin gibt es bereits bei Inkrafttreten einer Richtlinie allein aus sprachlichen Gesichtspunkten Unterschiede in den Richtlinienfassungen.

---

<sup>671</sup> *Becker/Martinson*, JZ 2016, 779; auch *Lutter* für das Gemeinschaftsrecht, JZ 1992, 593, 599.

<sup>672</sup> Vgl. auch *Jeand'Heur*, in: Müller, S. 149, 152, der davon spricht, den Gesetzestext „zum Sprechen“ zu bringen.

<sup>673</sup> *Lötscher*, ZERL 2016, 38.

<sup>674</sup> *Larenz*, (1983), S. 197; *Bydlinski*, Rechtsbegriff, S. 439.

<sup>675</sup> *Bydlinski*, S. 29.

<sup>676</sup> *Bydlinski*, S. 30.

<sup>677</sup> etwa *Martiny*, ZEuP 1998, 227.

<sup>678</sup> Insbesondere kritisierend im Zusammenhang mit der Wasserrahmenrichtlinie, *Reinhardt*, NJW 2003, 3449.

<sup>679</sup> Vorbildcharakter und zugleich Ausdruck dieser bewussten Entscheidung kommt hier Art. 55 EUV zu, wonach der EU-Vertrag in allen Mitgliedssprachen abgefasst ist. Ein weiterer Ausdruck der Vielsprachigkeit findet sich überdies in Art. 24 AEUV, dem jeden Unionsbürger das Recht zugesteht, sich in *seiner* Sprache an die Organe der Union zu wenden.

<sup>680</sup> Vgl. hierzu das Beispiel *Martiny's* des Begriffs „Rechtsgeschäft“, *Martiny*, ZEuP 1998, 227, 231.

Die Unterschiede setzen sich dann auf Ebene der Rechtsanwendung fort. Die Entwicklung eines Auslegungsergebnisses geschieht häufig über den nationalen Sprachgebrauch eines Begriffes<sup>681</sup>, obwohl Richtlinienbegriffe europäische Rechtsbegriffe sind, womit eine einheitlich-europäische Auslegung schwerlich erreicht werden kann.

Allerdings ist dieses Vorgehen auch nachvollziehbar, da den nationalen Gerichten gar nicht klar ist, wie eine grammatikalische Auslegung sinnvollerweise durchzuführen ist. Denn während bei der Auslegung rein nationaler Rechtsvorschriften klar ist, was der Anknüpfungspunkt der grammatikalischen Auslegung ist, fehlt dieser bei der grammatikalischen Auslegung europäischer Rechtsvorschriften. Denn es gibt keine „europäische Sprache“.<sup>682</sup> Lutter hat Anfang der 90iger Jahre darauf hingewiesen, dass sich mit der Rechtsharmonisierung eine neue *Rechtssprache* entwickelt.<sup>683</sup> Doch diese Entwicklung vollzieht sich, im Vergleich zu den nationalen Rechtssprachen, mit einem fundamentalen Unterschied: Die europäische Rechtssprache hat, anders als die nationalen Rechtssprachen, kein Fundament in der Allgemeinsprache, sondern existiert isoliert. Sie bedient sich zwar an den verschiedenen Sprachen innerhalb der Europäischen Union; verwendet, definiert und interpretiert jedoch bereits bekannte Begriffe vollkommen neu. Sie ist eine *Sprache besonderer Art*, so dass die herkömmliche grammatikalische Auslegung auch versagt. Denn woran sollte für die Auslegung angeknüpft werden?

Hinzu kommt, dass die europäische Rechtssprache nur in den europäischen Rechtsakten (Verordnung und Richtlinie) verwendet wird, durch Umsetzung in nationales Recht dieser Boden jedoch wieder verlassen wird. Verständlicherweise setzen aus diesem Grund die Gerichte in Auslegungsfragen zunächst einmal in *ihrer* Sprache an. Dies zeigt sich zum Beispiel, bezogen auf den Begriff der „beweglichen Sache“ gem. § 2 ProdHaftG, an dem oft vorzufindenden Verweis auf § 90 BGB.<sup>684</sup> Dass eigentlich aber der Begriff der „beweglichen Sache“ im Kontext des Produkthaftungsgesetzes europäisch zu begreifen ist und damit neben der im deutschen Rechtsraum bekannten Interpretation eine neue Bedeutung aufweisen kann, wird dabei gern übersehen, auch weil in der Praxis unklar ist, wie grammatikalische Auslegung im europäischen Kontext funktionieren kann.

---

<sup>681</sup> Besonders deutlich wird dies bei der bislang betriebenen Auslegung des Produktbegriffs der Produkthaftungsrichtlinie, siehe hierzu Dritter Teil, 2. Kap. III. 2.a.bb. (1) und (2).

<sup>682</sup> Weir, ZEuP 1995, 368 („Niemand spricht europäisch“).

<sup>683</sup> Lutter, JZ 1992, 593, 599.

<sup>684</sup> Siehe nur den Streitstand hierzu bei Oechsler, in: Staudinger, (2014), unerlaubte Handlungen, § 2 ProdHaftG Rn. 66.

Die Forderung des EuGH, eine „einheitliche Auslegung aller Sprachfassungen“<sup>685</sup> zu gewährleisten, stellt sich in der Praxis als die eigentliche Herausforderung dar, weil die Rechtssetzung zwar europäisch harmonisiert ist, Rechtsauslegung jedoch noch lange nicht. Auf den Punkt bringt es *Luttermann*: „Die Problematik der einheitlichen Rechtsanwendung in der Europäischen Union erwächst aus dem herrschenden Sprachenbabylon“.<sup>686</sup>

Klar ist jedoch, dass eine grammatikalische Auslegung, die nur in *einer* Sprachfassung ansetzt, von vornherein nicht der vom EuGH geforderten einheitlichen Auslegung genügen kann.<sup>687</sup> Eine Möglichkeit auch die grammatikalische Auslegung fruchtbar zu machen besteht darin, diese mit der sog. *Komparativen Methode* zu kombinieren. Der Blick in die Rechtsprechung anderer Mitgliedstaaten wird vereinzelt sogar als notwendiger methodischer Schritt gesehen, die die richtlinienkonforme Auslegung fordere.<sup>688</sup> Die komparative Methode widmet sich der Frage, ob möglicherweise zu einer Auslegungsfrage bereits eine herrschende europäische Rechtsansicht existiert. Ein solch transnationaler Blick kann im Vergleich zum Festhalten an nationalen Begriffsverständnissen jedenfalls inspirierend<sup>689</sup> sein; auch für die grammatikalische Auslegung. Vergegenwärtigt man sich, dass die vom EuGH geforderte einheitliche Auslegung richtigerweise nur über den Richtlinien-text zu erreichen ist und nicht etwa über die Umsetzungsgesetze, gebietet bereits diese Feststellung eine Ergänzung der nationalen Auslegungsmethoden um transnationale Aspekte. Denn nur die Richtlinienfassung gibt im Zweifel den Wortlaut wie ihn der Gemeinschaftsgesetzgeber gewollt hat wieder, auch weil die Mitgliedstaaten an dem Wortlaut der Richtlinie nicht gebunden sind. Dabei ist die Vorstellung, dass der Richtliniengeber sich vollständig von bereits Vorhandenem ablöst, abwegig; vielmehr wird er sich hinsichtlich der Begriffe und des Verständnisses an den einzelnen Rechtskreisen orientieren, so dass ein transnationaler Blick durchaus erhellend sein kann. Und es scheint bereits so, als würde dies die Rechtspraxis die Notwendigkeit des Blicks über den nationalen Tellerrand hinaus langsam erkennen wie eine Auslegungsfrage zur Produkthaftungsrichtlinie vor dem High Court zeigt. Justice Burton setzte sich hierbei ausführlich auch mit der deutschen Judikatur auseinander<sup>690</sup>, auch wenn er herausstellt, dass keine Bindungswirkung besteht („*not because are binding upon me, but because not only does respect*

---

<sup>685</sup> EuGH, Urt. v. 17.12.1998 – C-236/97, Rn. 26, EuZW 1999, 154, 155, *Codan*.

<sup>686</sup> *Luttermann*, EuZW 1999, 401.

<sup>687</sup> *Weiler*, ZEuP 2010, 861.

<sup>688</sup> *Lutter*, JZ 1992, 593, 604.

<sup>689</sup> Herausstellend etwa *Kramer*, JZ 2017, 1, 11.

<sup>690</sup> *A and Others v. The National Blood Authority and Other*, [2001] EWHC QB 446.

*have to be paid, on the usual principles of comity [...]*“.

Nach alledem soll im Folgenden die grammatikalische Auslegung mit der komparativen Methode kombiniert werden um festzustellen, ob eine einheitliche Auslegung des Begriffs der „beweglichen Sache“ bereits existiert. Hierfür soll im deutschen Sprachraum verblieben werden und der Meinungsstand in Österreich mit dem in Deutschland verglichen werden. Denn wenn schon im gleichsprachigen Rechtsraum keine einheitliche Auffassung zu erkennen ist, wäre dies noch weniger für andere Sprachräume zu prognostizieren. Klar ist indes auch, dass die Auslegung keinesfalls bei der grammatikalischen Auslegung stehen bleiben kann, da diese im Richtlinienkontext nicht derart ergiebig ist, wie im nationalen Rechtsraum. Allenfalls erwartet werden kann eine Auslegungstendenz.

bb. Anwendung der „komparativen Methode“: die Rechtsauffassungen Deutschlands und Österreichs

### *(1) Deutschland*

In Deutschland wird bereits seit Inkrafttreten des Produkthaftungsgesetzes darüber diskutiert, ob Software als Haftungsgegenstand von der Produkthaftung erfasst ist.<sup>691</sup> Da sich die Frage eigentlich auf die Sachqualität von Software reduziert, wurde die Diskussion stark an die Kaufrechtsdiskussion angelehnt, in der wegen des Wortlauts in § 433 Abs. 1 BGB („Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben [...]“) bereits seit etwa Mitte der 1980er Jahre versucht wurde, eine Antwort zu finden.<sup>692</sup> Für das Kaufrecht kam mit der Entscheidung des *Bundesgerichtshofs* im Jahr 1987<sup>693</sup> zunächst eine Lösung auf den Tisch, die hier – weil sie wesentlich auf die zeitlich nachgelagerte Diskussion im Produkthaftungsrecht Einfluss genommen hat – in Kürze dargestellt werden soll.

#### *(a) Die Kaufrechtsentscheidung 1987*

Der Entscheidung zugrunde lag die Bestellung und Lieferung einer Computeranlage, bestehend aus verschiedenen Hardwarekomponenten sowie Software. Nach Inbetriebnahme er-

---

<sup>691</sup> So z.B. gleich nach In Kraft treten, v. *Westphalen*, NJW 1990, 83, 87.

<sup>692</sup> *Hoeren* bezeichnet diese Fälle deshalb auch als sog. first generatiosn issues, *Hoeren* (2015), S. 2.

<sup>693</sup> BGH, Urt. v. 04.11.1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406.

hob die Klägerin den Einwand der Mängelrede, die sich im Wesentlichen auf Softwaremängel<sup>694</sup> bezog. Die Anlage konnte, bedingt durch die Mängel, zunächst nur provisorisch in Betrieb genommen werden. Später stellte sich dann heraus, dass ein Arbeiten mit dem Programm gänzlich unmöglich sei, und die Klägerin verlangte Rückzahlung des Kaufpreises. Im Kern ging es um die Rechtsfrage, ob ein Rücktrittsrecht aus kaufvertraglichen Gesichtspunkten besteht, was nur dann der Fall wäre, wenn es sich bei dem mangelhaften Gegenstand um eine Kaufsache handelt. Nachdem das Landgericht Nürnberg-Fürth<sup>695</sup> die Klage abwies und das OLG Nürnberg<sup>696</sup> die Berufung zurückwies, hing die Sache beim Bundesgerichtshof an. Zur Lösung stellte der BGH zunächst heraus, dass der eigentliche wirtschaftliche Wert von Software in den Informationen liegt, Software also ein „informationelles Gut“ sei.<sup>697</sup> Softwarefehler betreffen also den „immateriellen Aspekt der Software“<sup>698</sup>, womit Zweifel an der Sachqualität von Software angebracht sind. Ungeachtet eines möglichen urheberrechtlichen Schutzes war der BGH der Auffassung, dass die Frage, ob das Gewährleistungsrecht bei Softwaremängeln einschlägig sei, unter Berücksichtigung „der von den Parteien gewählten Überlassungsform“<sup>699</sup> zu entscheiden ist. Der BGH verlagerte damit die Entscheidung, ob Software als Sache zu qualifizieren sei, auf die Parteien. Ein Kaufvertrag zeichne sich vor allem durch „einen einmaligen Erwerbsaktes gegen einmaliges Entgelt“<sup>700</sup> aus und grenze sich damit vom Dauerschuldverhältnis ab. Insofern sei zunächst zwischen der „Überlassung vorgefertigter Standardsoftware“ und der „Herstellung spezieller Individualsoftware“ zu differenzieren. Da im konkreten Fall die Überlassung einer vorgefertigten Standardsoftware in Rede stand, also grundsätzlich ein Kaufvertrag angenommen werden kann, blieb die Frage, worin die Sachanknüpfung gesehen werden könne. Der BGH stellte – ohne wahrscheinlich die weitere Tragweite in dem Moment gesehen zu haben – auf den „Datenträger mit dem darin verkörpertem Programm“<sup>701</sup> ab, womit zur Begründung der Sachqualität von Software an die Hardware anknüpft wurde. Diesen Weg verfolgte der BGH, obwohl er schon damals erkannt hat,

---

<sup>694</sup> Konkret wurde eine geforderte Spezifikation („record-locking“) von dem Programm nicht ausgeführt.

<sup>695</sup> LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 04.03.1986 – Az: 5 HKO 284/85.

<sup>696</sup> OLG Nürnberg, Urt. v. 18.09.1986 – Az: 2 U 1214/86.

<sup>697</sup> BGH, Urt. v. 04.11.1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406.

<sup>698</sup> BGH, Urt. v. 04.11.1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406, 407 („Fehlfunktionen von Programmen beruhen regelmäßig nicht auf Mängeln des Datenträgers, sondern auf inhaltlichen Programmängeln, betreffen also insofern den immateriellen Aspekt der Software“).

<sup>699</sup> BGH, Urt. v. 04.11.1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406, 408 („[Es] bliebe die Frage, welchen Regeln insbesondere hinsichtlich der Gewährleistung dieser Vertragstyp folgen soll. Dies kann nicht ohne Rücksicht auf die jeweils von den Parteien gewählte Überlassungsform entschieden werden.“).

<sup>700</sup> BGH, Urt. v. 04.11.1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406.

<sup>701</sup> BGH, Urt. v. 04.11.1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406.

dass der Schwerpunkt des Vertrages nicht auf dem Erwerb des Datenträgers liegt, sondern in dem Erwerb der in der Software verankerten geistigen Leistung.<sup>702</sup> Es offenbart sich bereits hier, dass es sich bei der Hardwareanknüpfung um einen Verzweiflungsakt beziehungsweise eine Hilfskonstruktion handelte, da der bekannte Sachbegriff ohne die Hardwareanknüpfung schlicht nicht auszufüllen war. Die Tatsache, dass der Sachbegriff in § 433 Abs. 1 BGB ausschließlich über § 90 BGB auszufüllen ist, erschwerte die Subsumtion von Software ohne physische Verbindung nur. Denn gem. § 90 BGB sind Sachen lediglich „körperliche Gegenstände“, wobei die Körperlichkeit „maßgebliches Kriterium“<sup>703</sup> des Sachbegriffs ist. Der Sachbegriff nach § 90 BGB erfordert damit eine „räumliche Abgrenzung und Beherrschbarkeit“<sup>704</sup>, wobei letzteres nur bei „sinnliche[r] [Wahrnehmbarkeit]“<sup>705</sup> erfüllt ist. Diese Kriterien zwangen förmlich dazu, an dem einzig sinnlich wahrnehmbaren Element, der Hardware, anzuknüpfen. Es kann angenommen werden, dass der BGH vor allem die Wahrung der Verbraucherinteressen im Sinn hatte und das Gewährleistungsrecht daher auch beim Erwerb von Softwareprodukten angewendet sehen wollte. Vor dem Hintergrund, dass im Jahr 1987 Software stets mit einem Datenträger verbunden war, erschien dies auch zunächst als praktikable (wenngleich nicht technisch einwandfreie) Lösung, ohne sogleich den Sachbegriff des BGB neu zu definieren. Erstaunlich ist indes, dass sich diese datenträgeranknüpfende Argumentation im Kaufrecht ungeachtet der technischen Entwicklung bis heute hält, wie auch die jüngste Entscheidung auf diesem Gebiet aus dem Jahr 2006 zeigt.<sup>706</sup>

#### *(b) Meinungsstand im Produkthaftungsrecht*

Noch erstaunlicher ist jedoch, dass sich die Entscheidung des *Bundesgerichtshofs* von 1987 im Kaufrecht auf die ähnlich gelagerte Frage im Produkthaftungsrecht nachhaltig ausgewirkt hat; und das obwohl das Produkthaftungsgesetz im Unterschied zum Kaufrecht nicht den Kriterien des § 90 BGB unterliegt, weil es als harmonisiertes Recht autonom vom nationalen Recht zu interpretieren ist. Lediglich der Wortlaut des § 2 ProdHaftG (respektive Art. 2 der Richtlinie), der wie § 433 BGB an die „Sache“ anknüpft, verführt zu einer vergleichenden Argumentation, bei der sogar die im Rahmen des Kaufrechts ergangenen Entscheidungen als

---

<sup>702</sup> BGH, Urt. 15.11.2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394.

<sup>703</sup> Jickeli/Stieper, in: Staudinger (2012), Allgemeiner Teil, § 90 BGB Rn. 1.

<sup>704</sup> Jickeli/Stieper, in: Staudinger (2012), Allgemeiner Teil, § 90 BGB Rn. 1.

<sup>705</sup> Jickeli/Stieper, in: Staudinger (2012), Allgemeiner Teil, § 90 BGB Rn. 2.

<sup>706</sup> BGH, Urt. v. 15.11.2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394; zuvor auch BGH, Urt. v. 22.12.1999 – VIII ZR 299/98, NJW 2000, 1415; BGH, Urt. v. 18.10.1989 – VIII ZR 325/88, NJW 1990, 320.

„einschlägige Rechtsprechung“<sup>707</sup> im Bereich des Produkthaftungsrechts benannt werden. Ungeachtet der Tatsache, dass es bis heute keine einschlägige Rechtsprechung zu der Frage gibt, ob Software im Rahmen des § 2 ProdHaftG als Haftungsgegenstand anzusehen ist, spiegelt sich hierbei das oben beschriebene Sprachen-Phänomen im europäischen Recht wider. Zur Auslegung autonomer Rechtsbegriffe wird auf das nationale Recht zurückgegriffen, womit die Forderung nach einer einheitlichen Auslegung kaum erfüllt werden kann. Die verschiedenen Auffassungen im Produkthaftungsgesetz zu der Frage, ob auch Software vom Anwendungsbereich erfasst ist, zeichnen sich durch im Wesentlichen zwei Hauptstreitpunkte aus.

#### (aa) Die Abgrenzung zwischen Standardsoftware und Individualsoftware

Im deutschen Rechtsraum wird – analog zum Kaufrecht - auch im Produkthaftungsgesetz diskutiert, ob grundsätzlich zwischen Standardsoftware und Individualsoftware zu differenzieren ist. Eine *enge Ansicht* sieht nur Standardsoftware in den Produktbegriff mit einbezogen<sup>708</sup>, wobei insbesondere *Wagner* diese Differenzierung noch 2015 mit der bereits aus dem Kaufrecht bekannten Abgrenzung zwischen Kauf- und Dienstleistungsvertrag begründet hat.<sup>709</sup> Jüngst scheint er diese Differenzierung jedoch aufgegeben zu haben.<sup>710</sup> Damit soll nach nunmehr wohl *überwiegender* (und auch richtiger) *Ansicht*<sup>711</sup> der Anwendungsbereich nicht auf Standardsoftware beschränkt sein, sondern der Produktbegriff nun auch individuell gefertigte Produkte umfassen. Eine Differenzierung nach der Herstellungsart entspräche, wie auch richtig erkannt wird, nicht dem historischen Willen des Gemeinschaftsgesetzgebers<sup>712</sup> und würde zudem „schwierige Abgrenzungsfragen“<sup>713</sup> heraufbeschwören.

---

<sup>707</sup> So z.B. v. *Westphalen*, in: Foerste/v. Westphalen, § 47 Rn. 42.

<sup>708</sup> Noch so vertreten bei *Wagner*, in: MüKoBGB (2015), § 2 ProdHaftG Rn. 15; wohl aber nunmehr Standardsoftware und Individualsoftware mit einbeziehend *Wagner*, in: MüKoBGB (2017), § 2 ProdHaftG Rn. 17; a.A. *Krause*, in: Soergel (2005), § 2 ProdHaftG Rn. 4; differenzierend auf die Verkörperung der Individualsoftware abstellend v. *Westphalen*, in: Foerste/v. Westphalen, § 47, Rn. 43; *Oechsler*, in: Staudinger (2014), unerlaubte Handlungen, § 2 ProdHaftG Rn. 64.

<sup>709</sup> Noch *Wagner*, in: MüKoBGB (2015), § 2 ProdHaftG, Rn. 15 („Insofern liegt es nicht wesentlich anders als im Vertragsrecht, in dessen Rahmen Standardsoftware als Sache qualifiziert wird [...]“); nunmehr anders *Wagner*, in: MüKoBGB (2017), § 2 ProdHaftG, Rn. 17, 19; ebenso auch v. *Westphalen*, in: Foerste/v. Westphalen, § 47 Rn. 43.

<sup>710</sup> *Wagner*, in: MüKoBGB (2017), § 2 ProdHaftG, Rn. 17, 19.

<sup>711</sup> Neuerdings auch *Wagner*, in: MüKoBGB (2017), § 2 ProdHaftG, Rn. 17; *Oechsler*, in: Staudinger (2014), unerlaubte Handlungen, § 2 ProdHaftG Rn. 11, 69; v. *Westphalen*, in: Foerste/v. Westphalen, § 47 Rn. 43; *Rolland*, § 2 ProdHaftG Rn. 19; a.A. *Krause*, in: Soergel (2005), § 2 ProdHaftG Rn. 4.

<sup>712</sup> *Oechsler*, in: Staudinger (2014), unerlaubte Handlungen, § 2 ProdHaftG Rn. 8; *Rolland*, § 2 ProdHaftG Rn. 19.

<sup>713</sup> *Oechsler*, in: Staudinger (2014), unerlaubte Handlungen, § 2 ProdHaftG Rn. 8.

(bb) Die Abgrenzung zwischen datenträgergebundener und online-übertragener Software

Etwas differenzierter ist das Meinungsbild im Hinblick auf die Frage, ob eine „bewegliche Sache“ nur die datenträgergebundene Software sein kann oder aber auch die online-übertragene Software erfasst sein soll.

Ein Teil der Literatur sieht keinen Anhaltspunkt dafür, dass online-übertragene Software in den Geltungsbereich des Produkthaftungsgesetzes mit einbezogen ist. *Oechsler* z.B. lehnt es mit Verweis auf den vollharmonisierenden Charakter der Richtlinie ab, einen „gegenüber § 90 BGB erweiterten Begriff der beweglichen Sachen“<sup>714</sup> zugrunde zu legen, weil hiermit der Anwendungsbereich ausgedehnt würde. Insoweit komme es auch nicht darauf an, dass datenträgergebundene und online-übertragene Software vergleichbar ist.<sup>715</sup> Darüber hinaus sei es auch notwendig, den Sachbegriff objektbezogen einzugrenzen, um unter anderem Dienstleistungen und Produkte voneinander abgrenzen zu können.<sup>716</sup> Das Kriterium der Abgrenzung sei mithin das Merkmal der Körperlichkeit mit der Folge, dass unkörperliche Güter nicht in den Anwendungsbereich des Produkthaftungsgesetzes einbezogen sind.<sup>717</sup> Ähnlich argumentiert auch *v. Westphalen*, der als „notwendiges Tatbestandsmerkmal“ ebenfalls die Körperlichkeit voraussetzt.<sup>718</sup>

Die überwiegende Mehrheit sieht jedoch auch online-übertragene Software in den Sachbegriff einbezogen.<sup>719</sup> Die Begründungsansätze unterscheiden sich im Wesentlichen in der zugrundeliegenden Vorannahme, ob eine Verkörperung zur Begründung der Sacheigenschaft notwendig ist oder nicht.<sup>720</sup> Soweit das Merkmal der Verkörperung als notwendig erachtet wird, stellt sich die Herausforderung, argumentativ zu begründen, in welchem Moment dieses Merkmal bei online-verkörperter Software zu erblicken ist. *Wagner*<sup>721</sup>, der noch bis vor kurzem Verkörperung für notwendig erachtet hat, sah diese etwa in der Speicherung beim

---

<sup>714</sup> *Oechsler*, in: Staudinger (2014), unerlaubte Handlungen, § 2 ProdHaftG Rn. 67.

<sup>715</sup> *Oechsler*, in: Staudinger (2014), unerlaubte Handlungen, § 2 ProdHaftG Rn. 67.

<sup>716</sup> *Oechsler*, in: Staudinger (2014), unerlaubte Handlungen, § 2 ProdHaftG Rn. 14.

<sup>717</sup> *Oechsler*, in: Staudinger (2014), unerlaubte Handlungen, § 2 ProdHaftG Rn. 14.

<sup>718</sup> Siehe *v. Westphalen*, in: Foerste/v. Westphalen, § 47 Rn. 44.

<sup>719</sup> Vgl. *Wagner*, in: MüKoBGB (2015), § 2 ProdHaftG Rn. 12 in dem ebenfalls die kaufrechtlichen Entscheidungen exemplarisch zur Argumentation herangezogen werden und diesen in den Grundsätzen auch für das ProdHaftG folgt; *Reese*, DStR 1994, 1121, 1123; *Krause*, in: Soergel (2005), § 2 ProdHaftG Rn. 4; *Schaub*, in: Prütting, Wegen, Weinrich, § 2 ProdHaftG Rn. 2; tendenziell wohl auch *Rolland*, § 2 ProdHaftG Rn. 18, der schon grundsätzlich nicht zwischen einem Fehler der Information und einem Verarbeitungsfehler differenzieren will.

<sup>720</sup> So insbesondere *Wagner*, in: MüKoBGB (2015), § 2 ProdHaftG Rn. 15; *Schaub*, in: Prütting/Wegen/Weinrich, § 2 ProdHaftG, Rn. 2; *Krause*, in: Soergel (2005), § 2 ProdHaftG Rn. 4.

<sup>721</sup> *Wagner*, in: MüKoBGB (2015), § 2 ProdHaftG Rn. 16.

Provider oder in der Zurverfügungstellung eines inhaltlich identischen Exemplars zur Nutzung. Erst in der jüngsten Kommentierung gibt er diese Differenzierung auf und bezeichnet die Datenträgeranknüpfung als „Krücke“.<sup>722</sup> *Cahn*<sup>723</sup> ist zwar der Auffassung, dass das Merkmal der Körperlichkeit nicht ständig vorliegen müsse, hält jedoch, ähnlich wie *Wagner* vormals, bei dauerhafter Überlassung eines mit der auf einem Datenträger gespeicherten Software des Herstellers identischen Exemplars beim Erwerber das Merkmal der Körperlichkeit zumindest vorübergehend für erfüllt. Diejenigen, die eine Körperlichkeit nicht voraussetzen, sehen Software im Allgemeinen in den Anwendungsbereich miteinbezogen, weil es Ähnlichkeiten zu anderen Produkten aufweise, insbesondere hinsichtlich der Gefährlichkeit<sup>724</sup>. Nur eine Mindermeinung sieht Software unabhängig von der Übertragungsart oder der Art der Fertigung nicht in den Anwendungsbereich einbezogen. Insbesondere *Redeker* sieht die Sacheigenschaft von Software nicht begründet, weil allein die Verkörperung einer Software auf einem Datenträger das Programm nicht zu einer Sache macht, auch nicht durch analoge Anwendung des § 90 BGB.<sup>725</sup> Auch *Beckmann/Müller*<sup>726</sup> sind der Auffassung, dass sich aus dem Produkthaftungsgesetz in seiner jetzigen Form keine Anspruchsgrundlage für eine Softwarehaftung ergibt.

### (c) Zusammenfassung

Zusammenfassend scheint mit den Worten *Bydlinksi's* im deutschen Rechtsraum tendenziell online-übertragene Software als „bewegliche Sache“ erfasst zu sein, „nur über den Weg dorthin [wird] gestritten“.<sup>727</sup> Homogener ist das Meinungsbild bei verkörperter Software, die nach herrschender Auffassung vom Sachbegriff des ProdHaftG erfasst sein soll. Bezüglich der ebenfalls vertretenen Differenzierung zwischen Standard- und Individualsoftware scheint sich in jüngster Zeit die Meinung durchzusetzen, dass eine solche Differenzierung im ProdHaftG entbehrlich ist.

---

<sup>722</sup> *Wagner*, in: MüKoBGB (2017), § 2 ProdHaftG Rn. 17.

<sup>723</sup> *Cahn*, NJW 1996, 2899, 2904 stellt ebenfalls auf das zur Verfügung gestellte, identische Exemplar ab, hält jedoch das Merkmal der Verkörperung nicht für erforderlich;

<sup>724</sup> *Lehmann*, NJW 1992, 1721, 1724, der dann letztlich dennoch unterstützend die zum Kaufrecht ergangenen Rspr. anführt; *Krause*, in: Soergel (2005), § 2 ProdHaftG Rn. 4.

<sup>725</sup> *Redeker*, NJW 1992, 1739, 1740, bestätigt *ders.* in NJOZ 2008, 2917, 2926

<sup>726</sup> *Beckmann/Müller*, MMR 1999, 14, 18.

<sup>727</sup> *Bydlinksi, P.*, AcP 1998, 287, 288.

## (2) Österreich

Das österreichische ABGB ist im Vergleich zum deutschen BGB weitaus abstrakter, obwohl es sich durch insgesamt drei Novellen mittlerweile dem deutschen BGB stark angenähert hat.<sup>728</sup> Der Begriff der „Sache“ ist gem. § 285 ABGB als „alles, was von der Person unterschieden ist, und zum Gebrauche der Menschen dient, [...wird] im rechtlichen Sinne eine Sache genannt“. Der Sachbegriff stellt also lediglich auf die Merkmale der „Personenverschiedenheit“ und „zum menschlichen Gebrauch“ ab.<sup>729</sup> Dieser sehr weite Sachbegriff umfasst körperliche und unkörperliche Sachen, so dass die Einordnung von Software hierunter recht unproblematisch zu sein scheint. Denn dieser umfasst sowohl körperliche Sachen einschließlich Energie sowie unkörperliche Sachen (Forderungen, Dienstbarkeiten und Informationen)<sup>730</sup> und steht damit bereits im Gegensatz zur deutschen Legaldefinition. *Bydlinski* bezeichnet diesen Sachbegriff auch als „weiten“ vom naturrechtlichen Gedankengut geprägt.<sup>731</sup> Problematisch ist nur, dass der österreichische Sachbegriff des § 285 ABGB zunächst nur den „äußersten Rahmen“ absteckt<sup>732</sup>, im Übrigen aber zu eruieren ist, ob der allgemeine Sachbegriff des § 285 ABGB gilt oder einer der beschränkten Sachbegriffe.<sup>733</sup> Gem. § 292 ABGB ist zum Beispiel die körperliche Sache als etwas definiert, das „in die Sinne [fällt]“. Ebenso wie im deutschen Recht wird hier also auf die sinnliche Wahrnehmung abgestellt und eine räumliche Abgrenzung gefordert.<sup>734</sup> Daten, Formeln, Codes sowie online-übertragene Software sind daher auch im österreichischen Recht keine körperliche Sache.<sup>735</sup>

### (a) Kaufrecht

Auch in Österreich beginnt die Frage nach der Sachqualität von Software im Kaufrecht. Die zu § 433 BGB korrespondierende Rechtsvorschrift im österreichischen ABGB ist § 1053 ABGB. Danach liegt ein Kaufvertrag vor, wenn „eine Sache um eine bestimmte Summe Geldes wegen einem anderen überlassen“ wird. Kaufgegenstand ist also auch hier „die Sache“. Aner-

---

<sup>728</sup> *Schönhofer*, S. 44.

<sup>729</sup> *Eccher*, in: Koziol/Bydlinski/Bollenberger (2010), § 285 ABGB Rn. 1.

<sup>730</sup> *Apathy*, in: Koziol/Bydlinski/Bollenberger (2010), § 1045 ABGB Rn. 3.

<sup>731</sup> *Bydlinski, P.*, AcP 1998, 287, 290.

<sup>732</sup> *Eccher*, in: Koziol/Bydlinski/Bollenberger (2010), § 285 ABGB Rn. 1.

<sup>733</sup> z.B. gem. § 292 ABGB die „körperliche Sache“.

<sup>734</sup> *Eccher*, in: Koziol/Bydlinski/Bollenberger (2010), § 292 ABGB Rn. 1.

<sup>735</sup> *Eccher*, in: Koziol/Bydlinski/Bollenberger (2010), § 292 ABGB Rn. 1.

kannt ist, dass im Rahmen des Kaufrechts „verkehrsfähige Sachen“ als Kaufgegenstand in Frage kommen, wobei der allgemeine Sachbegriff des § 285 ABGB zugrunde gelegt wird.<sup>736</sup> Damit wird Standardsoftware, jedenfalls soweit eine „endgültige Nutzungsmöglichkeit“<sup>737</sup> eingeräumt wird, im Kaufrecht erfasst. Vor diesem Hintergrund überrascht es daher auch nicht, dass in der Leitentscheidung des OGH vom 14.10.1997<sup>738</sup> zur Frage der Einordnung von Softwareüberlassungen nicht etwa die Diskussion um die Körperlichkeit im Mittelpunkt stand, sondern vielmehr diskutiert wurde, ob die Überlassung von Software dem Typus Kaufvertrag oder dem Typ Werkvertrag zuzuordnen sei. Hierfür verwies der OGH darauf, dass es nicht darauf ankomme, wie viele Anwender ein Programm nutzen, sondern dass das Programm bereits existiert.<sup>739</sup> Die Lieferung einer auf die besonderen Bedürfnisse des Anwenders ausgerichteten Software sei dagegen als Werkvertrag zu qualifizieren.<sup>740</sup>

#### *(b) Produkthaftungsrecht*

Die Produkthaftungsrichtlinie wurde in Österreich mit dem österreichischen Produkthaftungsgesetz<sup>741</sup> (PHG) umgesetzt. Zur Umsetzung war Österreich indes gar nicht von Beginn an verpflichtet, da Österreich erst am 01.01.1995 der EU beigetreten ist. Die dennoch erfolgte Umsetzung lässt sich möglicherweise daraus erklären, dass ein ausgefeiltes Konzept zur Produkthaftung bis dahin fehlte. Mit § 1295 ABGB hat Österreich zwar auch eine allgemeine Generalklausel für das Schadensersatzrecht, diese erfasst aber vertragliche und deliktische Ansprüche gleichermaßen. Die Produkthaftung wurde dabei über die Grundsätze des Vertrags mit Schutzwirkung Dritter abgewickelt mit dem Gedanken, dass sich die aus dem Vertrag mit dem Händler ergebenden Pflichten auf den Dritten, den Verbraucher, erstrecken. Überdies wird hier ein Verschulden vorausgesetzt, wobei eine Haftungsverlagerung durch eine Beweislastumkehr nicht existiert.<sup>742</sup> Durch diese Konstruktion war es insbesondere schwierig, die in der Vertriebskette Beteiligten als Haftungsadressaten mit zu erfassen, so dass es in der österreichischen Produkthaftung zu Schutzlücken kam<sup>743</sup>, die mit der Einführung des PHG aufgefüllt werden sollten.

---

<sup>736</sup> *Apathy*, in: Koziol/Bydlinski/Bollenberger (2010), § 1054 ABGB Rn. 3.

<sup>737</sup> *Apathy*, in: Koziol/Bydlinski/Bollenberger (2010), § 1054 ABGB Rn. 3; zuletzt bestätigt in OGH, Urt. 22.01.2015 – 1Ob229/14d.

<sup>738</sup> OGH, Urt. 14.10.1997 – 5 Ob 504/96.

<sup>739</sup> OGH, Urt. 14.10.1997 – 5 Ob 504/96.

<sup>740</sup> OGH, Urt. 22.01.2015 – 1Ob229/14d.

<sup>741</sup> Bundesgesetz v. 21.01.1988 über die Haftung für ein fehlerhaftes Produkt, BGBl. Nr. 99/1988.

<sup>742</sup> Vgl. die Ausführungen zum Verschulden von *Karner*, in: Koziol/Bydlinsky/Bollenberger (2010), § 1294 ABGB Rn. 7.

<sup>743</sup> *Hohloch*, ZEuP 1994, 408, 416 dort Fn. 29.

Der Produktbegriff wird im österreichischen PHG gem. § 4 PHG definiert als „jede bewegliche körperliche Sache [...] einschließlich Energie“. Der Wortlaut weicht erstaunlicherweise vom Richtlinienentwurf ab, nicht nur, weil statt „Elektrizität“ das Wort „Energie“ verwendet wird, sondern auch, weil das Wort „körperlich“ zum Sachbegriff hinzugenommen wurde. In der Literatur wird vertreten, dass die Hinzunahme des Merkmals „körperlich“ in § 4 PHG notwendig sei, da ansonsten der weite Sachbegriff des § 285 ABGB zugrunde zu legen wäre, der ohne dieses Kriterium auskommt.<sup>744</sup>

Im österreichischen Recht wird weitaus stärker diskutiert, ob der Begriff „Produkt“ autonom zu interpretieren ist. In Teilen wird vertreten, dass die Definition der „beweglichen körperlichen Sache“ den nationalen Rechtsordnungen überlassen bleibt, womit auf die in Österreich geltenden Sachbegriffe der §§ 285, 292 ABGB zurückgegriffen wird.<sup>745</sup> Eine andere Ansicht befürwortet allerdings ein autonomes Begriffsverständnis mit der Begründung, dass es sich um einen Schlüsselbegriff für den gesamten Anwendungsbereich des Produkthaftungsrechts handelt.<sup>746</sup>

Jenseits dieser Diskussion gehen auch die Ansichten zur Frage der Sachqualität von Software auseinander. Insbesondere werden in dieser Frage verschiedene Anknüpfungspunkte verwendet. Nach einer Meinung ist der Produktbegriff ganz grundsätzlich in Abgrenzung zum Dienstleistungsbegriff zu stellen.<sup>747</sup> Danach ist Software, ganz unabhängig von etwaigen Kriterien wie Körperlichkeit oder Beweglichkeit, dann als Produkt zu begreifen, wenn der Warencharakter und gerade nicht Erstellung einer individuellen Dienstleistung im Vordergrund steht.<sup>748</sup> Nicht ganz deutlich werden hierbei die für eine Abgrenzung heranzuziehenden Kriterien. Tendenziell wird Software aber eher Warencharakter zugeschrieben, weil diese „nach der Verkehrsanschauung als Produkt in Erscheinung tritt“.<sup>749</sup> Ein Warencharakter wird dagegen nicht angenommen, wenn Software individuell erstellt wird.<sup>750</sup> Bei dieser Ansicht rückt – ähnlich wie auch in der deutschen Literatur teilweise vertreten – die Differenzierung zwischen Standard- und Individualsoftware in den Mittelpunkt. Eine andere Meinung stellt im Ansatz vorrangig auf das Merkmal der Körperlichkeit ab und sieht die in einem Produkt inte-

---

<sup>744</sup> *Fitz/Grau*, in: *Fitz/Grau/Reindl*, § 4 PHG Rn. 7.

<sup>745</sup> Wohl *Welser/Rabl*, § 4 PHG Rn. 3, da auf § 285 ABGB zurückgegriffen wird.

<sup>746</sup> *Fitz/Grau* in: *Fitz/Grau/Reindl*, § 4 PHG Rn. 8.

<sup>747</sup> *Fitz/Grau* in: *Fitz/Grau/Reindl*, § 4 PHG Rn. 33.

<sup>748</sup> *Fitz/Grau* in: *Fitz/Grau/Reindl*, § 4 PHG Rn. 34.

<sup>749</sup> *Fitz/Grau* in: *Fitz/Grau/Reindl*, § 4 PHG Rn. 33.

<sup>750</sup> *Fitz/Grau* in: *Fitz/Grau/Reindl*, § 4 PHG Rn. 34.

grierte Software ganz unproblematisch als Produkt an. Nach dieser Ansicht kommt es nur darauf an, dass das Endprodukt Sachqualität aufweist<sup>751</sup>, womit zunächst einmal die Haftung des Endherstellers geklärt ist. Hiernach soll es auch unerheblich sein, ob der Fehler in der Software oder in der Hardware liegt.<sup>752</sup> Differenzierter wird die Haftung des Softwareherstellers gesehen. Dies soll nur dann möglich sein, wenn der Fehler direkt, d.h. „ohne Dazwischentreten eines die Information befolgenden Verhaltens“, zum Schaden geführt hat.<sup>753</sup> Wobei dies tendenziell nur bei verkörperter Software angenommen wird, während die Haftung für online-übertragene Software eher verneint wird.<sup>754</sup> Diese Meinung lehnt es indes ab, zwischen Standard- und Individualsoftware zu differenzieren, weil es nach „dem Konzept des PHG“ nicht darauf ankomme.<sup>755</sup>

### *(c) Zusammenfassung*

Das österreichische PHG unterscheidet sich bereits im Wortlaut des Produktbegriffs vom deutschen ProdHaftG. Während nach dem deutschen ProdHaftG als Produkt „jede bewegliche Sache“ definiert ist (vgl. § 2 ProdHaftG), ist im österreichischen PHG Produkt als „jede bewegliche körperliche Sache“ definiert (vgl. § 4 PHG). Hintergrund sind die bereits im allgemeinen Zivilrecht unterschiedlich zugrunde gelegten Sachbegriffe. Auch wenn es auf Grund der Autonomie europäischer Rechtsbegriffe eigentlich nicht auf die bereits bekannten nationalen Definitionen zu einem Rechtsbegriff ankommt, wird bereits an dieser Stelle deutlich, dass schon bei der Umsetzung die nationale Gesetzgebung und Rechtsauffassung nicht vollständig ausgeblendet wird, sondern Einfluss auf den Wortlaut eines Umsetzungsgesetzes haben kann.

Im österreichischen Rechtsraum ist, ähnlich wie in Deutschland, ein differenziertes Meinungsbild zur Softwarefrage vorzufinden. Im Grundsatz werden dieselben Problemkreise diskutiert, so dass auch hier zwischen datenträgergebundener und online-übertragener Software sowie Individual- und Standardsoftware unterschieden wird. Hinzu kommt, dass die autonome Bedeutung des Sachbegriffs im PHG nicht derart allgemeingültig angenommen wird, wie dies im deutschen Rechtsraum der Fall ist. Im Übrigen scheint nach herrschender

---

<sup>751</sup> Welser/Rabl, in: Welser/Rabl, § 4 PHG Rn. 11.

<sup>752</sup> Welser/Rabl, in: Welser/Rabl, § 4 PHG Rn. 11.

<sup>753</sup> Welser/Rabl, in: Welser/Rabl, § 4 PHG Rn. 11.

<sup>754</sup> Welser/Rabl, in: Welser/Rabl, § 4 PHG Rn. 11.

<sup>755</sup> Welser/Rabl, in: Welser/Rabl, § 4 PHG Rn. 11.

Rechtsauffassung verkörperte Standardsoftware als „bewegliche Sache“ qualifiziert zu werden. Hier sind deutliche Parallelen zum deutschen Rechtsraum festzustellen, da die verkörperte Standardsoftware auch hierzulande die unproblematischste Kategorie darstellt. Deutlich differenzierter ist das Meinungsbild bei online-übertragener Software sowie bei der Einbeziehung von Individualsoftware insgesamt, das von ablehnender bis zu befürwortender Ansicht reicht.

cc. Erkenntnis der komparativen Methode: keine einheitlich europäische Rechtsauffassung zur Softwarefrage

Nach Anwendung der komparativen Methode ist festzustellen, dass die herrschende europäische Rechtsansicht überwiegend die in einem Produkt verkörperte Software als Produkt ansieht. Große Meinungsdivergenzen bestehen jedoch hinsichtlich der Frage, ob Sachqualität auch bei online-übertragener Software anzunehmen ist, beziehungsweise ob nicht darüber hinaus auch zwischen Standard- und Individualsoftware unterschieden werden muss. Sowohl im deutschen als auch europäischen Rechtsraum gibt es hierzu unterschiedliche Ansichten. Die Produktqualität von Software entscheidet sich damit über eine Differenzierung hinsichtlich ihres Übertragungsweges. Diese differenzierende Anknüpfung an den Übertragungsweg kann jedoch schon im Grundsatz nicht überzeugen, da die Produkthaftungsrichtlinie keinen Anhaltspunkt dafür gibt, dass es darauf ankäme. Die Ursprünge dieser verfehlten Argumentation sind – gerade im deutschen Rechtsraum – in der dem Produkthaftungsrecht vorausgegangenen Debatte im Kaufrecht zu suchen, aus der scheinbar unreflektiert Ansichten übernommen wurden. Im österreichischen Rechtsraum werden die Diskussionen zum PHG offenbar etwas autonomer geführt. Einflüsse des Kaufrechts sind kaum aufzuspüren. Lediglich die von einigen angestrebte Differenzierung zwischen Produkten und Waren könnte ein Ausläufer der Kaufrechtsentscheidungen sein. Gleichwohl zeigt sich auch hier eine Differenzierung über den Übertragungsweg bei der Einordnung von Software unter den Produktbegriff.

Insgesamt lässt sich feststellen, dass mangels einer Definition in der Richtlinie selbst auf die bekannten nationalen Definitionen des Sachbegriffs zurückgegriffen wird. Die Argumentationen vollziehen sich daher an den nationalen Sachbegriffen und den hierüber entwickelten Vorstellungen. Eine autonome Interpretation des Sachbegriffs im Produkthaftungsrecht hat sich bislang nicht etabliert.

dd. Eigene Stellungnahme zu den vertretenen Argumentationslinien

Hiernach ist festzuhalten, dass sich bislang keine herrschende europäische Rechtsauffassung zur Softwarefrage etabliert hat. Die Einordnung von Software ist jedoch in Österreich und Deutschland gleichermaßen geprägt von einer Differenzierung zwischen online-übertragener und verkörperter Software sowie zwischen Standard- und Individualsoftware. Diese Differenzierungen überzeugen nicht. Insgesamt ist hierzu wie folgt Stellung zu nehmen:

*(a) Zur Differenzierung zwischen Standard- und Individualsoftware*

Zunächst ergibt sich aus dem Wortlaut nicht, dass zwischen Standard- und Individualsoftware zu differenzieren ist. Der Wortlaut der Richtlinie stellt ausschließlich auf die „bewegliche Sache“ ab, womit eine Differenzierung zwischen Serienprodukten und Einzelprodukten nicht intendiert ist.

Die gelegentlich angeführte Begründung, dass Einzelanfertigungen vielmehr als Dienstleistung zu qualifizieren sind<sup>756</sup>, überzeugt nicht. Richtig ist zwar, dass sich die Begriffe „Produkt“ und „Dienstleistung“ gegenüberstehen, wie sich spätestens seit dem (später zurückgezogenen) Vorschlag zur Dienstleistungshaftungsrichtlinie<sup>757</sup> ergibt. Der Begriff „Dienstleistung“ wurde dort definiert als solche Handlungen, die „nicht unmittelbar und ausschließlich die Herstellung von Gütern [...] zum Gegenstand haben“<sup>758</sup>, womit ausdrücklich das Exklusivitätsverhältnis zwischen Produkthaftung und Dienstleistungshaftung angesprochen ist. Die Richtlinie enthielt zudem in den Erwägungsgründen eine Konkretisierung des Dienstleistungsbegriffs. Danach zeichnen sich Dienstleistungen vor allem dadurch aus, dass sie „einmalig“ und „nicht greifbar“ sind.<sup>759</sup> Dienstleistungen können also - im Gegensatz zu Produkten - nicht mehrfach gebraucht werden, sondern *verflüchtigen* sich bei Vornahme der entsprechenden Handlung, quasi im selben Augenblick. Die allgemeine Richtlinie über Dienstleistungen

---

<sup>756</sup> Förster, in: Bamberger/Roth (2016/41), Beck-OK, § 2 ProdHaftG Rn. 3 („In der Praxis kann insbesondere bei verkörperten geistigen Leistungen die Abgrenzung zwischen einem Produkt gem. § 2 und einer bloßen Dienstleistung schwierig werden“); für Österreich etwa Fitz/Grau in: Fitz/Grau/Reindl, § 4 PHG Rn. 34.

<sup>757</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über die Haftung bei Dienstleistungen, von der Kommission vorgelegt am 09.11.1990, 91/C 12/11). In der Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses etwa wird darauf verwiesen, dass eine solche Richtlinie „Jedwede Forschung und Innovation im Tätigkeitsfeld der freien Berufe hemmen würde“ und „Dienstleistungen würden sich übermäßig verteuern“, vgl. Stellungnahme 91/C 269/14 im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften v. 14.10.1991 Nr. C 269/40.

<sup>758</sup> Normtext vgl. Wellner, in: Geigel (2015), 14. Kap. Rn. 384.

<sup>759</sup> Vgl. 6. Erwägungsgrund der zurückgezogenen Richtlinie über die Haftung bei Dienstleistung, KOM(90) 482.

(Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG<sup>760</sup>) definiert zwar den Dienstleistungsbegriff deutlich weiter, wenn nämlich „jede von Art. 50 des Vertrages erfasste selbständige Tätigkeit, die in der Regel gegen Entgelt erbracht wird“, erfasst sein soll. Jedoch wird in der Rechtsprechung der Begriff ähnlich konkretisiert, wie die Dienstleistungshaftungsrichtlinie dies bereits vorsah; nämlich, dass „wesentlicher Leistungsinhalt nicht das allenfalls vorhandene körperliche Ergebnis oder Substrat dieser Leistung ist, sondern eine ‚unkörperliche‘, in der Regel geistig schöpferische Komponente“.<sup>761</sup> Der Schwerpunkt des Dienstleistungsbegriffs liegt also – wie bereits der BGH prägnant formulierte – auf „tätigkeitsbezogene Leistungen“.<sup>762</sup>

Betrachtet man in einer Gesamtschau die genannten Kriterien der Dienstleistung (Einmaligkeit, Verbrauchbarkeit, tätigkeitbezogene Leistung) wird deutlich, dass Software – und dies gilt für Standard- und Individualsoftware – nach Inverkehrgabe zum einen mehrfach gebraucht, weiterveräußert und wiederverwendet werden kann und zum anderen das Softwareprodukt den eigentlichen Wert darstellt. Die Programmierleistung ist zwar hierbei nicht unbeachtlich, dennoch fokussiert sich doch alles auf das hierdurch entstandene Ergebnis. Unter diesem Gesichtspunkt zeigt sich, dass eine Differenzierung zwischen Individual- und Standardsoftware schon im Ansatz nicht überzeugen kann, da Software, ungeachtet der Art der Herstellung, nicht unter dem Dienstleistungsbegriff subsumierbar ist.

#### *(b) Zur Einbeziehung von online-übertragener Software*

Während die Einbeziehung von verkörperter Software noch überwiegend einstimmig im deutschen wie auch österreichischen Rechtsraum bejaht wird, ist das Meinungsbild bei online-übertragener Software vor allem deswegen so differenziert, weil überwiegend das Merkmal der „Körperlichkeit“ mit dem Sachbegriff verknüpft wird. Das Auffinden des verkörperten Elements bei online-übertragener Software stellt sich damit als die eigentliche Begründungsherausforderung dar.

Hierzu ist zunächst einmal festzuhalten, dass der Richtlinienwortlaut gerade nicht von der „körperlichen, beweglichen Sache“ spricht, sondern nur eine „bewegliche Sache“ voraussetzt. Dass der österreichische Gesetzgeber das Merkmal „körperlich“ hinzugefügt hat, findet im Richtlinientext keine Grundlage. Sodann ist festzustellen, dass die eigentliche juristische Herausforderung nicht der Fehler am Datenträger ist, der ja selbst unproblematisch als Pro-

---

<sup>760</sup> Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates v. 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, L 376/36.

<sup>761</sup> OLG München, Urt. v. 07.06.2011 – 9 U 5019/10, NZBau 2011, 560, 561.

<sup>762</sup> BGH, Urt. v. 26.10.1993 – XI ZR 42/93, NJW 1994, 262.

dukt zu qualifizieren ist, sondern der Fall, wenn der Fehler im Programm liegt. Der Softwarefehler setzt nämlich die Anerkennung von Software als Produkt voraus. Der Zusammenhang zwischen „Fehler“ und „Produkt“ ergibt sich bereits aus Art. 6 der Produkthaftungsrichtlinie (ebenso aus § 3 ProdHaftG), wenn es heißt „Ein Produkt ist fehlerhaft ...“. Allerdings offenbart sich hiermit auch, dass das Ansetzen am Übertragungsweg, mithin die Differenzierung zwischen verkörperter und online-übertragener Software, im Grundsatz nicht überzeugen kann. Ein Softwarefehler bleibt ein Fehler im Programm, unabhängig davon, ob die Software verkörpert ist oder nicht. Dass die Datenträgeranknüpfung argumentativ Glatteis läuft, wird umso deutlicher, wenn man sich vergegenwärtigt, dass gerade das Programm den eigentlich wirtschaftlichen Wert darstellt (und nicht etwa der Datenträger) wie auch schon der BGH im Jahr 1987 herausgestellt hat.<sup>763</sup>

Um für das Produkthaftungsrecht zu einer Lösung zu gelangen, sind die Begriffe „beweglich“ und „Sache“ vielmehr autonom, also unabhängig vom Verständnis des BGB bzw. ABGB zu interpretieren. Diese Interpretation muss auch unabhängig von urheberrechtlichen und sachenrechtlichen Aspekten vollzogen werden. Auch dies hatte bereits der BGH im Grundsatz 1987 konstatiert.<sup>764</sup> Ob einem Produkt zugleich auch ein urheberrechtlicher Werkcharakter zukommt, ist demnach für das Produkthaftungsrecht nicht von Belang. Der Wortlaut gibt daher eine entsprechende Einschränkung auf etwa urheberrechtlich geschützte oder urheberrechtlich nicht geschützte Produkte gar nicht her. Auch die Heranziehung eines Sachbegriffs, wie er in den einzelnen Mitgliedstaaten zumeist im Allgemeinen Zivilrecht zu finden ist, eignet sich nicht zur Konkretisierung des Begriffs der „beweglichen Sache“ im Produkthaftungsrecht. Der im Allgemeinen Zivilrecht vorherrschende Sachbegriff ist nämlich insbesondere von der Intention der Eigentumszuordnung geprägt, weshalb er auch im Sachenrecht besondere Bedeutung erlangt. Doch während es im Sachenrecht um die eigentumsrechtliche Zuordnung von Gütern geht, womit aufgrund der Totalität, Abstraktheit und Absolutheit von Eigentum, die Körperlichkeit der Sache eng verbunden ist mit der Eigentumsfähigkeit, ist das Produkthaftungsrecht frei von der Intention irgendwelcher Güterzuordnungen. Die Haftung nach dem ProdHaftG ist „allein an das Inverkehrbringen eines fehlerhaften Produkts ge-

---

<sup>763</sup> So auch BGH, Urt. v. 04.11.1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406, 407 (der „eigentliche wirtschaftliche Wert“ liegt in der geistigen Leistung“).

<sup>764</sup> BGH, Urt. v. 04.11.1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406, 407 („Die Haftung für Softwarefehler muss sich aber bei geschützten und ungeschützten Programmen nach denselben Regeln richten, weil sie mit urheberrechtlichen Fragen nicht im Zusammenhang steht“).

knüpft“.<sup>765</sup> Es geht weder um Eigentumsverhältnisse noch um Besitzstände. Für das Produkt haftet der Hersteller (und die zum Herstellerkreis zugerechneten Akteure), ungeachtet irgendwelcher Eigentumsverhältnisse. Auch zugrundeliegende schuldrechtliche Vereinbarungen spielen keine Rolle. Es geht ausschließlich um Verantwortung nach der Waren-Inverkehrgabe, die sich losgelöst von irgendwelchen Güterzuordnungsproblematiken vollzieht. Dass die Inverkehrgabe seit jeher Anknüpfungspunkt im Produkthaftungsrecht ist, ergibt sich nicht nur aus dem Haftungsausschluss gem. § 1 Abs. 2 Nr. 1 ProdHaftG<sup>766</sup>, sondern schon aus den ersten Entscheidungen des Reichsgerichts zur Produkthaftung. Danach trifft denjenigen die Rechtspflicht „sei es Verkäufer, sei es Hersteller“, der „in den Verkehr bringt“.<sup>767</sup> Auf den Punkt gebracht heißt das: *Ohne Inverkehrgabe keine Haftung nach produkthaftungsrechtlichen Grundsätzen.*

Diese Feststellung impliziert, dass die „bewegliche Sache“ im ProdHaftG nicht mit einem Sachbegriff, der auf die Intention einer Güterzuordnung zugeschnitten ist, interpretiert werden kann, sondern ausschließlich dahingehend zu konkretisieren ist, ob die Sache *verkehrsfähig* ist. Denn wenn die Inverkehrgabe eines Produkts Begründung für die Haftung nach dem ProdHaftG ist, ist es zugleich erforderlich, dass überhaupt ein verkehrsfähiges Produkt vorliegen muss. Hier deutet sich dann auch ein wesentlicher Unterschied zum Sachbegriff im deutschen Zivilrecht an. Denn ganz unbestritten ist die Verkehrsfähigkeit gerade kein Merkmal des Sachbegriffs gem. § 90 BGB.<sup>768</sup> Die Verkehrsfähigkeit der Sache beurteilt sich zudem unabhängig von etwa vorliegenden urheberrechtlichen Schutzrechten. Dies ergibt sich schließlich aus den Erschöpfungstatbeständen des UrhG (sowie auch des PatG), wonach die Weiterveräußerung (also die Inverkehrgabe) eines immaterialgüterrechtlich geschützten Werkes möglich ist. Erst kürzlich auf den Punkt gebracht haben dies *Hauck, Hofmann und Zech*: „*Immaterialgüterrechte müssen [...] gegenüber der Verkehrsfähigkeit von Sachen zurückstehen*“.<sup>769</sup>

Wenn also der Sachbegriff in dem Terminus „beweglichen Sache“ gem. § 2 ProdHaftG als *verkehrsfähige Sache* zu verstehen ist, stellt sich noch die Frage, was unter einer verkehrsfä-

---

<sup>765</sup> *Wagner*, in: MüKoBGB (2015), Einl. ProdHaftG Rn. 13.

<sup>766</sup> Wortlaut § 1 Abs. 2 Nr. 1 ProdHaftG: „Die Ersatzpflicht des Herstellers ist ausgeschlossen, wenn er das Produkt nicht in den Verkehr gebracht hat“.

<sup>767</sup> RG, Urt. v. 17.01.1940 – II 82/39, RGZ 163, 21, 26.

<sup>768</sup> *Jickeli/Stieper*, in: Staudinger (2012), Allgemeiner Teil, Vorbem. Zu §§ 90-103 BGB, Rn. 12; *Frizsche*, in: Bamberger/Roth (2016/41), Beck-OK, § 90 BGB Rn. 9; *Stresemann*, in: MüKoBGB (2015), § 90 BGB Rn. 35.

<sup>769</sup> *Hauck/Hofmann/Zech*, ZGE 2016, 141, 142.

higen Sache zu verstehen ist. Nach allgemeinem Verständnis verbirgt sich hinter der Verkehrsfähigkeit die Eigenschaft einer Sache oder eines Rechts, Gegenstand von Rechtsgeschäften sein zu können.<sup>770</sup> Im Umkehrschluss gelten als verkehrsunfähige Sachen (*res extra commercium*) solche, die dem Privatrechtsverkehr entzogen sind, wie zum Beispiel Sachen, die durch Widmung dem öffentlichen oder kirchlichen Zweck zugewiesen sind.<sup>771</sup> Deutlicher hat es *Wieacker* formuliert, wenn er sagt, dass verkehrsunfähig „Gegenstände im öffentlichen Dienst, öffentliche Kult- und Begräbnisstätten sowie Denkmäler der Natur [...] sind“, „*dagegen nicht Gegenstände* [...], die durch ihre mangelnde Fassbarkeit der [...] Beherrschung [entzogen sind]“.<sup>772</sup> Gedacht hatte *Wieacker* etwa an fließendes Wasser, Bestandteile der Atmosphäre oder Energie.<sup>773</sup> Damit war bereits 1943 gesagt, dass die Verkehrsfähigkeit nicht mit der Körperlichkeit einer Sache zusammenhängt. Insoweit bedeutet die Nennung von Elektrizität in § 2 ProdHaftG nicht, dass dieser das körperliche Element fehlt, sondern „Elektrizität“ soll vielmehr als verkehrsfähiges Gut im Sinne des Produkthaftungsgesetzes anerkannt sein. Dem Begriff „Elektrizität“ kommt insoweit auch klarstellender Charakter zu, da deutlich wird, dass die Körperlichkeit für die Haftung ohne Belang ist. Ist es also nur die *Verkehrsfähigkeit* einer Sache, auf die es im Rahmen des ProdHaftG ankommt, wird auch klar, dass dies sowohl bei verkörperter als auch online-übertragener Software vorliegt.<sup>774</sup>

Es bleibt zu klären, welche Bedeutung dem Begriff „beweglich“ im Zusammenhang mit der „Sache“ zukommt, da weitere Einschränkungen in Bezug auf den Sachbegriff sich aus der Rechtsvorschrift selbst nicht ableiten lassen.<sup>775</sup> Dass vom Anwendungsbereich des ProdHaftG (und respektive der Produkthaftungsrichtlinie) Grundstücke und Bauwerke ausgeschlossen sein sollten, ist unstrittig und insoweit auch bekannt. Dass es zwar Bestrebungen gab, auch diese in den Anwendungsbereich mit einzubeziehen, ergibt sich aus dem *Calewart-Bericht*.<sup>776</sup> Jedoch hat sich dies nicht durchsetzen können. Die Einschränkung auf „bewegliche Sachen“,

---

<sup>770</sup> *Alexander*, in: MüKoLK (2014), § 3 Nr. 9 UWG Rn. 22.

<sup>771</sup> *Jickeli/Stieper*, in: Staudinger (2012), Allgemeiner Teil, Vorbem. Zu §§ 90-103 BGB, Rn. 12; für öffentliche Sachen gilt dies wohl nicht zwingend wie BGH, Urt. v. 05.10.1989 – IX ZR 265/88, NJW 1990, 899 belegt.

<sup>772</sup> *Wieacker*, AcP 1943, 57, 66.

<sup>773</sup> *Wieacker*, AcP 1943, 57, 65, 66.

<sup>774</sup> Die Übertragung von Online-Software wird als Übertragung eines Rechts an Software eingestuft, vgl. *Berger*, ZGE 2016, 170.

<sup>775</sup> Die in der ersten Richtlinienfassung von 1985 noch zu findende weitere Abgrenzung zur „landwirtschaftlichen Naturprodukten und Jagderzeugnissen“ ist bereits mit der Änderungsrichtlinie 1999 (Richtlinie 1999/34/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10.05.1999 zur Änderung der Richtlinie 85/374/EWG des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkt, Abl.Nr. L 141/20) gestrichen worden, so dass es hierauf nicht mehr ankommt.

<sup>776</sup> *Calewart-Bericht*, S. 36.

die sich bereits im ersten Richtlinienentwurf findet<sup>777</sup>, ist damit nur als Ausgrenzung von unbeweglichen Sachen zu verstehen. Dies folgt auch aus dem später aufgenommenen Einschub „auch wenn diese in ein Bauwerk eingebaut sind“<sup>778</sup>, womit wiederum im Umkehrschluss Bauwerke selbst vom Anwendungsbereich ausgenommen sind. Hintergrund war, dass in allen Mitgliedstaaten für diesen Bereich bereits Sonderregelungen existierten.<sup>779</sup> Die Unterscheidung zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen entstammt dem germanischen Recht<sup>780</sup> und ist deshalb auch im deutschen Recht zu finden. Der Begriff „bewegliche Sache“ ist im Allgemeinen Zivilrecht nicht ausdrücklich legal definiert, gleichwohl wird er an verschiedenen Stellen verwendet (vgl. nur § 958 BGB) und damit vom Gesetzgeber quasi selbsterklärend vorausgesetzt.<sup>781</sup> Im Rahmen des BGB wird der Begriff der beweglichen Sache häufig mit dem Begriff „körperlich“ vermischt und zwar in der Weise, dass beweglich nur das sein könne, was körperlich ist.<sup>782</sup> Diese Interpretation vollzieht sich jedoch wiederum an der dem Sachenrecht innewohnenden Intention der Eigentumszuordnung, das unter dem Aspekt von Eigentum als Ausschließlichkeitsrecht insbesondere die dem Eigentümer zustehenden positiven und negativen Befugnisse regeln soll. Diese Beherrschungs- und Ausschließlichkeitsbefugnisse (der Eigentümer kann mit der Sache beliebig verfahren und Dritte von jeglicher Einwirkung auf die Sache ausschließen<sup>783</sup>) gehen einher mit der Körperlichkeit, was sich zum Beispiel daran zeigt, dass ein gutgläubiger Erwerb von Forderungen grundsätzlich nicht möglich ist, es sei denn die Forderung ist urkundlich verbrieft (vgl. § 405 BGB). Der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten hat seinen Grund gerade in der Körperlichkeit des übereigneten Gegenstandes, da der Rechtsscheintatbestand an die „Besitzverschaffungsmacht“ des Veräußerers anknüpft.<sup>784</sup> Gerade dieser Rechtsschein ist Forderungen, also unkörperlichen Dingen, nicht zu Eigen, es sei denn, sie sind verbrieft (§ 405 BGB).

Aus alledem lässt sich zusammenfassend schließen, dass das Produkthaftungsrechts weder

---

<sup>777</sup> Vgl. Art. 1 im Vorschlag einer Richtlinie des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte („Der Hersteller einer beweglichen Sache haftet für den Schaden ...“).

<sup>778</sup> Entschließung mit der Stellungnahme des Europäischen Parlamentes zu dem Vorschlag der Kommission der Europäischen Gemeinschaften an den Rat für eine Richtlinie zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte, Abl. Nr. C 127/61.

<sup>779</sup> Vgl. Bemerkung in der Stellungnahme des Ausschusses für Umweltfragen, Volksgesundheit und Verbraucherschutz, Anlage IV in den Sitzungsdokumenten 1978-1979, Dok-Nr. 246/78, S. 38; *Calewart-Bericht*, S. 36.

<sup>780</sup> *Frizsche*, in: Bamberger/Roth (2016), Beck-OK, § 90 BGB Rn. 12.

<sup>781</sup> *Stresemann*, in: MüKoBGB (2015), § 90 BGB Rn. 11.

<sup>782</sup> *Stresemann*, in: MüKoBGB (2015), § 90 BGB Rn. 13.

<sup>783</sup> *Frizsche*, in: Bamberger/Roth (2016), Beck-OK, § 903 BGB Rn. 17, 20.

<sup>784</sup> *Kindl*, in: Bamberger/Roth (2016), Beck-OK, Vorbem. § 932 BGB.

an etwaige Eigentumspositionen gekoppelt ist, noch unter dem Aspekt der Güterzuordnung konzipiert wurde. Aus diesem Grund ist die Kopplung des Begriffs „beweglich“ mit dem Merkmal „körperlich“ im Rahmen des ProdHaftG weder sachgerecht noch zielführend. Daraus ergibt sich, dass sämtliche Argumentationslinien, die auf dem Merkmal der Körperlichkeit beruhen, ebenfalls dogmatisch nicht haltbar sind. Das Merkmal „beweglich“ ist ausschließlich dahingehend zu verstehen, dass unbewegliche Sachen gerade nicht vom Anwendungsbereich des Produkthaftungsrechts erfasst werden sollen. Ein Hineinlesen weiterer Merkmale widerspricht der jenseits von Güterzuordnungen vollzogenen Konzeption des Produkthaftungsrechts.

#### ee. Zusammenfassung Wortlautauslegung

Die Auslegung des Begriffs der „beweglichen Sache“ hat sich nicht anhand nationaler Sachbegrifflichkeiten wie etwa des Allgemeinen Zivilrechts zu vollziehen, sondern hat schon wegen der Autonomie europäischer Rechtsbegrifflichkeiten autonom zu erfolgen. Die sich bislang etablierten Ansichten, die Software nach dem Übertragungsweg differenzieren oder auch dahingehend, ob es sich um eine Standard- beziehungsweise Individualsoftware handelt, überzeugen nicht. Insbesondere letztere Differenzierung ist überflüssig, da auch Individualsoftware kein Dienstleistungscharakter zukommt.

Für die Konkretisierung des Sachbegriffs ist vielmehr auf den Haftungsgrund des Produkthaftungsrechts insgesamt einzugehen. Haftungsgrund ist die Inverkehrgabe eines Produkts, so dass es bei der Konkretisierung des Sachbegriffs allein auf die *Verkehrsfähigkeit* einer Sache ankommen kann. Aspekte der Güterzuordnung, wie sie den Sachbegriffen des Allgemeinen Zivilrechts zugrunde liegen, spielen im Produkthaftungsrecht keine Rolle. Damit ist dem Sachbegriff im Sinne des ProdHaftG weder das Merkmal der Körperlichkeit inne, noch kommt es hierauf an. Der Sachbegriff ist damit funktional zu interpretieren, womit sämtliche verkehrsfähigen analogen und digitalen Güter erfasst sind. Lediglich unbewegliche Sachen wie Grundstücke und Bauwerke sind vom Anwendungsbereich ausgeschlossen. Auf die Art der Fertigung, mithin ob standardisiert oder individuell gefertigt wurde, kommt es ebenfalls nicht an. Hier ist zu berücksichtigen, dass sich die Begriffe „Dienstleistung“ und „Produkt“ gegenüberstehen. Auch Individualsoftware kommt kein Dienstleistungscharakter zu, so dass diese Differenzierung nicht hilfreich ist.

## **b. Systematische Auslegung**

Die systematische Auslegung ist im Wesentlichen eine Fortsetzung der grammatikalischen Auslegung mit dem Unterschied, dass nicht bei der Auslegung des einzelnen Wortes verblieben wird, sondern der Bedeutungszusammenhang des Textes im Gesamten betrachtet wird.<sup>785</sup> Auslegungsmaterial ist hiermit nicht nur die einzelne Norm, sondern das Gesetz im Gesamten einschließlich der diesem innewohnende Logik und Aufbau.<sup>786</sup> Dahinter verbirgt sich, dass das Verständnis eines Rechtsbegriffes auch aus dem Satz- und Textzusammenhang heraus konkretisiert wird, weil die einzelne Rechtsnorm mit dem Rechtsbegriff in das Gefüge eines „äußerlich und innerlich geordneten Regelungsganzen“<sup>787</sup> gesetzt ist. Auch Regeln des Gemeinschaftsgesetzgebers sind rational logisch aufeinander aufgebaut.<sup>788</sup>

Wie auch bei der grammatikalischen Auslegung kommt es insbesondere auf die Systematik der Richtlinie an, nicht jedoch zwingend auf die des nationalen Gesetzes. Dies schon deshalb, weil der systematische Aufbau des mitgliedstaatlichen Umsetzungsgesetzes sich durch die gem. Art. 288 AEUV gewährleistete Formfreiheit von der Systematik der Richtlinie unterscheiden kann. Vereinzelt wird der systematischen Auslegung im Rahmen des Gemeinschaftsrechts eine bedeutende Rolle zugesprochen.<sup>789</sup>

### aa. Systematik zwischen Art. 2 und Art. 7: Verhältnis von „Inverkehrgabe“ und „Produkt“

Zunächst ist ein systematischer Zusammenhang zwischen den Begriffen „Inverkehrgabe“ und „Produkt“ (als Oberbegriff für die „bewegliche Sache“ und „Elektrizität“) zu erkennen. Deutlich wird dies etwa durch Art. 7 lit. a der Richtlinie (umgesetzt in § 1 Abs. 2 Nr. 1 ProdHaftG), wonach der Hersteller nicht haftet, „wenn er beweist, dass er das Produkt nicht in den Verkehr gebracht hat“. Eine ähnliche systematische Verknüpfung findet sich in Art. 7 lit. b der Richtlinie wonach die Haftung ausgeschlossen ist, wenn der Hersteller beweist „dass [...] der Fehler, der den Schaden verursacht hat, noch nicht vorlag, als das Produkt von ihm in den Verkehr gebracht wurde“ (umgesetzt mit ähnlichem Wortlaut in § 1 Abs. 2 Nr. 2 ProdHaftG).

---

<sup>785</sup> *Riesenhuber*, in: *Riesenhuber* (2015), § 10 Rn. 21.

<sup>786</sup> *Bydlinski*, *Rechtsbegriff*, S. 442.

<sup>787</sup> *Riesenhuber*, in: *Riesenhuber* (2015), § 10 Rn. 22.

<sup>788</sup> *Seyr*, S. 47.

<sup>789</sup> *Seyr*, S. 54, 55.

Beide Haftungsausschlussgründe stellen auf die Inverkehrgabe ab, entweder auf die nicht-erfolgte Inverkehrgabe oder die Fehlerfreiheit zum Zeitpunkt der Inverkehrgabe. Hintergrund ist, dass der Hersteller einerseits nur für Produkte haften soll, die tatsächlich auch von ihm in den Verkehr gebracht worden sind, andererseits nicht für Fehler haften soll, die nicht in seiner Sphäre entstanden sind.<sup>790</sup> Damit ergibt sich auch aus systematischer Betrachtung, dass dem Begriff der „Inverkehrgabe“ eine „zentrale“<sup>791</sup> Rolle im Produkthaftungsrecht zukommt, wie sich dies bereits bei der Wortlautauslegung andeutete. Umso verwunderlicher ist, dass der Richtliniengeber offenbar bewusst auf eine Definition dieses Begriffs verzichtet hat<sup>792</sup>, was in der Literatur - nicht zuletzt befördert durch den EuGH selbst<sup>793</sup> - zur Diskussion darüber geführt hat, wann Inverkehrgabe anzunehmen und welche Voraussetzungen dafür erfüllt sein müssen.<sup>794</sup> Ungeachtet der Frage nach den Voraussetzungen für die Inverkehrgabe impliziert der Begriff jedoch wiederum die *Verkehrsfähigkeit* eines Produkts überhaupt.

#### bb. Systematik zwischen Art. 2 und Art. 3: Verhältnis zwischen „Produkt“ und „Hersteller“

Systematisch im Zusammenhang stehen darüber hinaus die Begriffe „Produkt“ und „Hersteller“.<sup>795</sup> Nicht nur, dass die Definitionen beider Begriffe hintereinander gestellt sind, sondern auch inhaltlich sind beide Begriffe miteinander verwoben. Im Herstellerbegriff wird direkt auf das „Produkt“ Bezug genommen, wenn es heißt, dass „Hersteller [...] der Hersteller des Endprodukts [ist]“ (vgl. Art. 3 der Richtlinie beziehungsweise § 4 ProdHaftG). Die Definition mag, wegen der ihr innewohnenden Tautologie, zwar nicht als sonderlich gelungen gelten, jedoch stellt sie vor allem klar, dass nur solche Produkte vom Anwendungsbereich der Richtlinie erfasst sein sollen, die im Rahmen eines Herstellungsprozesses entstanden sind. Vor diesem Hintergrund erklärt sich auch die in der Gesetzesbegründung zum ProdHaftG enthaltene Erklärung, wonach nicht jeder Abfall „der Haftung nach diesem Gesetz [unterliegt]“.<sup>796</sup> Insbesondere solcher Abfall soll vom Anwendungsbereich ausgenommen sein, der in „unvermeid-

---

<sup>790</sup> Wagner, in: MüKoBGB (2015), § 1 ProdHaftG Rn. 32.

<sup>791</sup> Förster, in: Bamberger/Roth (2016), Beck-OK, § 1 ProdHaftG Rn. 36.

<sup>792</sup> Vgl. BT-Drs. 7/5812, S. 8 („Es erschien nicht erforderlich, den Begriff „in Verkehr bringen“ zu definieren, da er sich aus seinem natürlichen Wortsinn von selbst versteht“).

<sup>793</sup> Insbesondere durch das *Veedfald-Urteil*, in dem das Produkt gerade nicht die Herrschaftssphäre verlassen hatte, vgl. EuGH, Urt. v. 10.05.2001 – Rs. C-203/99, NJW 2001, 2781, *Veedfald*.

<sup>794</sup> Förster sieht das Verlassen des Produkts aus dem Herstellerbereich nicht als Voraussetzung an, Förster, in: Bamberger/Roth (2016), Beck-OK, § 1 ProdHaftG Rn. 40; eher kritisch, Wagner, in: MüKoBGB (2015), § 1 ProdHaftG Rn. 25.

<sup>795</sup> So auch v. *Westphalen*, in: Foerste/ v. Westphalen, § 49 Rn. 3.

<sup>796</sup> BT-Drs. 11/2447, S. 16, 17.

barer Weise<sup>797</sup> anfällt, weil er dann nämlich gerade nicht „hergestellt“ wird.<sup>798</sup> Anders liegt es hingegen, wenn dieser als wirtschaftliches Objekt „gesammelt und vertrieben“<sup>799</sup> wird, weil Abfall dann nämlich als wirtschaftlich zu verwertendes Gut Produktqualität annimmt. Zudem fehlt es bei Abfall, der in unvermeidbarer Weise anfällt, wiederum an einem Akt der Inverkehrgabe<sup>800</sup>, der jedenfalls einen „freien Willensentschluss“<sup>801</sup> zur Abgabe in den Verkehr voraussetzt. Dass ein Zusammenhang zwischen „Herstellung“ und „Produkt“ besteht, wird auch bei der Frage deutlich, ob Organe Produkte im Sinne des ProdHaftG sein können. Richtigerweise kann der originäre Spender eines Organs gerade nicht in die Haftung genommen werden, weil er nicht als Hersteller angesehen werden kann<sup>802</sup>; vielmehr sind die Organe ohne weiteres Zutun gewachsen.<sup>803</sup> Anders hingegen verhält es sich bei Betreibern von Blut- und Organbanken, die als Hersteller in Betracht kommen<sup>804</sup>, weil diese die Organe selbstständig aufarbeiten, womit ein Produktionsprozess vorgenommen wird.

Die Verbindung der Begriffe „Produkt“ und „Hersteller“ ergibt sich auch aus der Notwendigkeit, das „Produkt“ von der „Dienstleistung“ abzugrenzen. Insofern wird der Produktionsprozess zum notwendigen Kriterium für die Entstehung eines Produkts.

#### cc. Zusammenfassung systematische Auslegung

Bei der systematischen Auslegung ergibt sich zunächst, dass der Begriff „Inverkehrgabe“ eine zentrale Bedeutung im Produkthaftungsrecht einnimmt, weil dies die eigentliche Haftungsbegründung darstellt. Dass damit auch die Begriffe „Inverkehrgabe“ und „Produkt“ im Zusammenhang stehen, hatte sich bereits bei der grammatikalischen Auslegung angedeutet. Nach der systematischen Auslegung bestätigt sich nun, dass die Haftung gerade für nicht in den Verkehr gegebene Produkte ausgeschlossen ist, sowie für solche, die bei Inverkehrgabe fehlerfrei waren. Soweit es also nach der systematischen Auslegung maßgeblich auf die Inverkehrgabe ankommt, muss notwendigerweise das Produkt beziehungsweise die „bewegliche Sache“ sowie „Elektrizität“ überhaupt verkehrsfähig sein. Die Notwendigkeit den Sach-

---

<sup>797</sup> BT-Drs. 11/2447, S. 17.

<sup>798</sup> So ausdrücklich BT-Drs. 11/2447, S. 17; a.A. *Wagner*, in: MüKoBGB (2015), § 2 ProdHaftG Rn. 18; *Gesmann-Nuissl/Wenzel*, NJW 2004, 117, 119.

<sup>799</sup> BT-Drs. 11/2447, S. 17.

<sup>800</sup> So auch *Förster*, in: BeckOK-BGB, § 2 ProdHaftG Rn. 11; *Wagner*, in: MüKoBGB (2015), § 2 ProdHaftG Rn. 18; wohl a.A. *Gesmann-Nuissl/Wenzel*, NJW 2004, 117, 119.

<sup>801</sup> *Förster*, in: BeckOK-BGB, § 1 ProdHaftG Rn. 38.

<sup>802</sup> *Wagner*, in: MüKoBGB (2015), § 2 ProdHaftG Rn. 17; *Förster*, BeckOK-BGB, § 2 ProdHaftG Rn. 16.

<sup>803</sup> Auf den Punkt bringt es *Deutsch*, VersR 1992, 521, wenn er meint, dass der Blutspender „nichts herstellt, sondern nur etwas [abgibt]“.

<sup>804</sup> *Wagner*, in: MüKoBGB (2015), § 2 ProdHaftG Rn. 17; *Förster*, BeckOK-BGB, § 2 ProdHaftG Rn. 16.

begriff funktional zu interpretieren, hat sich hiernach bestätigt.

Die systematische Auslegung ergab ferner, dass ein „Produkt“ (d.h. die bewegliche Sache sowie Elektrizität) Ergebnis eines Herstellungsprozesses sein muss. Die Fokussierung auf den Herstellungsprozess ergibt sich aus der Verbindung der Begriffe „Produkt“ und „Hersteller“. Diese Verbindung dient auch der Abgrenzung zur „Dienstleistung“, die gerade nicht vom Anwendungsbereich des Produkthaftungsrechts erfasst ist.

Zusammenfassend ergibt sich nach der systematischen Auslegung, dass der Begriff „bewegliche Sache“ so zu interpretieren ist, dass hierunter sämtliche verkehrsfähigen Güter fallen, die Ergebnis eines Herstellungsprozesses sind. Hiernach wäre jede Art von Software ungeachtet der Art ihrer Herstellung (Individualsoftware und Standardsoftware) und ungeachtet dessen, ob diese verkörpert oder online-übertragen wird, vom Begriff der „beweglichen Sache“ erfasst.

### **c. Historische Auslegung**

Mit der historischen Auslegung soll der Regulationsabsicht, d.h. dem „Willen des Gesetzgebers“<sup>805</sup> nachgegangen werden, um Aufschluss über aktuelle Auslegungsfragen zu erhalten. Nach *Bydlinski* ist zwischen historisch-sprachlicher und historisch-teleologischer Interpretation zu differenzieren.<sup>806</sup> Beides sind „Spielarten“<sup>807</sup> der historischen Auslegung.

Die historisch-sprachliche Auslegung knüpft an den historischen Sprachgebrauch an und versucht hieraus zu ermitteln, welche Vorstellungen und Absichten den Gesetzgeber bei der sprachlichen Abfassung der Rechtsvorschrift geleitet haben.<sup>808</sup> Vereinzelt wird der historisch-sprachlichen Auslegung wegen des auf „fortschreitende Integration angelegten Charakters“<sup>809</sup> des Sekundärrechts nur eine untergeordnete Rolle im Rahmen der richtlinienkonformen Auslegung zugemessen. Hier ist jedoch zu sehen, dass letztlich alle Rechtsvorschriften, unabhängig davon, ob sie vom nationalen Gesetzgeber oder vom Gemeinschaftsgesetzgeber erlassen worden sind, stets dem Wandel der Zeit unterliegen und infolge technologischer oder gesellschaftlicher Fortschritte weiterentwickelt werden müssen. Insofern ist das Sekun-

---

<sup>805</sup> Zur Rolle der Gesetzesmaterialien in der Rechtsanwendung vertiefend, *Wischmeyer*, JZ 2015, 957.

<sup>806</sup> Differenzierung nach *Bydlinski*, Rechtsbegriff, S. 450, 451.

<sup>807</sup> *Bydlinski*, Rechtsbegriff, S. 450.

<sup>808</sup> *Bydlinski*, Rechtsbegriff, S. 450 („Sprachgebrauch [...] der bei der Formulierung des Gesetzes verwendet wurde“).

<sup>809</sup> *Schübel-Pfister*, S. 132.

därrecht nicht stärker dem Wandel unterlegen als das nationale Recht. Auch wenn Begriffe oder gesetzliche Leitbilder damit ebenfalls dem Wandel unterliegen, führt die historisch-sprachliche Auslegung zur Besinnung auf die historischen Absichten, die sich in der Wahl bestimmter Rechtsbegriffe ausdrücken.

Einen wichtigeren Stellenwert<sup>810</sup> scheint der historisch-teleologischen Auslegung beigemessen zu werden.<sup>811</sup> Die historisch-teleologische Interpretation setzt bei dem Zweck (*ratio legis*) an, den der historische Gesetzgeber im Sinn hatte. Da sich die teleologische Auslegung der historischen Auslegung in der Regel anschließt, ist vor allem zu klären, was die historisch-teleologische Auslegung von der rein teleologischen Auslegung unterscheidet. Die rein teleologische Auslegung knüpft hinsichtlich des *telos* an allgemeine beziehungsweise übergeordnete Zweckgesichtspunkte, wie z.B. der Rechtsidee, der Rechtssicherheit, der Zweckmäßigkeit der Norm<sup>812</sup> oder (wie der EuGH mit der *effet-utile*-Rechtsprechung) der praktischen Wirksamkeit der Norm an. Die historisch-teleologische Auslegung stellt dagegen den historischen Zweck in den Mittelpunkt der Betrachtung.

Aufgrund der Zweistufigkeit des Rechtssetzungsverfahrens ist es wichtig herauszustellen, dass es hierbei auf die Intention des Richtliniengebers ankommt, nicht dagegen auf die Intention des nationalen Gesetzgebers. Da der nationale Gesetzgeber nur der verlängerte Arm des Gemeinschaftsgesetzgebers ist, da er an das Richtlinienziel gebunden ist, kann nur die Intention des Richtliniengebers relevant sein.

Als Auslegungsmaterial sind schließlich sämtliche urkundlichen Materialien<sup>813</sup> heranzuziehen. Allerdings ist nicht sämtlichen Gesetzesmaterialien dasselbe Gewicht beizumessen. So sind z.B. Materialien etwaiger Ausschüsse (z.B. des Wirtschafts- und Sozialausschusses), die im Gesetzgebungsverfahren anzuhören sind, auch unter dem Aspekt zu lesen, dass sie Wertungen enthalten können, die nicht zwingend in der finalen Fassung Berücksichtigung gefunden haben, mithin auch nicht als „*Wille des Gesetzgebers*“ aufzufassen sind. Soweit auf das Recht eines Mitgliedstaates im Sinne eines „*Vorbildrechts*“<sup>814</sup> zurückgegriffen wird, ist zu berücksichtigen, dass dieses nicht autoritativ der Auslegung zu Grunde zu legen ist, da der europäi-

---

<sup>810</sup> Seyr, S. 79.

<sup>811</sup> Nur so lässt sich der Verweis auf EuGH, Urt. v. 14.07.2005 – C-433/03 und die dort herausgestellte Zielsetzung des historischen Gesetzgebers verstehen, Seyr, S. 79.

<sup>812</sup> Bydlinski, Rechtsbegriff, S. 454.

<sup>813</sup> Bydlinski, Rechtsbegriff, S. 451.

<sup>814</sup> Bezeichnung nach Riesenhuber, in: Riesenhuber (2015), § 10 Rn. 39.

sche Gesetzgeber autonome Zwecke verfolgt.<sup>815</sup>

In Bezug auf die Produkthaftungsrichtlinie sind öffentlich zugänglich zunächst der Richtlinien-vorschlag vom 14.10.1976<sup>816</sup>, die Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozial-ausschusses<sup>817</sup>, die Aussprache und die Stellungnahme des Parlaments v. 26.04.1979<sup>818</sup>, die Annahme des geänderten Vorschlags durch die Kommission v. 26.10.1979<sup>819</sup> sowie die for-melle Annahme durch den Europäischen Rat am 25.07.1985<sup>820</sup>. Die unterschiedlichen Richt-linienentwürfe und Textfassungen sind nachfolgend mit entsprechender Jahreszahl gekenn-zeichnet. Es fällt zunächst auf, dass zwischen dem geänderten Vorschlag durch die Kommissi-on (1979) und der formellen Annahme durch den Europäischen Rat (1985) sechs Jahre lie-gen, die anscheinend nicht dokumentiert sind. Allerdings weichen gerade die Textfassung des geänderten Vorschlags von 1979 und die finale Richtlinienfassung von 1985 voneinander ab. Dies betrifft insbesondere auch die Wortlautfassung des Produktbegriffs. Während in dem Vorschlag von 1979 kein Produktbegriff existierte und mit Art. 1 nur auf die „bewegliche Sa-che“ abgestellt wurde<sup>821</sup>, findet sich dann in der finalen Fassung die heute bekannte Definiti-on des Produkts. Im Hinblick auf die historische Auslegung des Produktbegriffs scheinen die-se 6 Jahre besondere Bedeutung zuzukommen, da in dieser Zeit die Einführung des Produkt-begriffs insgesamt fällt. Für diese Arbeit konnten Dokumente aus den Archiven der Europäi-schen Kommission und des Parlaments bezogen werden, die in Bezug auf den Produktbegriff interessante Fakten enthalten.

aa. Der Begriff der „beweglichen Sache“ im historischen Kontext

### *(1) Die „bewegliche Sache“ als anwendungsbereichsbeschreibendes Tatbestandsmerkmal*

Der Begriff „bewegliche Sache“ findet sich bereits im ersten Textentwurf der Richtlinie vom

---

<sup>815</sup> Zum Phänomen des Vorbildrechts im Rahmen der historischen Auslegung europäischen Sekundärrechts eingehend *Riesenhuber*, in: *Riesenhuber* (2015), § 10 Rn. 39.

<sup>816</sup> Vorschlag einer Richtlinie des Rates zur Angleichung des Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte, von der Kommission dem Rat vorgelegt am 9.9.1976, KOM/76/372 endg.

<sup>817</sup> Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften v. 07.05.1979, C 114, Informationsnummer 79/C 114/05, S. 15.

<sup>818</sup> Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften v. 21.05.1979, C 127, Informationsnummer 79/C 127/04, S. 47.

<sup>819</sup> Änderungen zum Vorschlag einer Richtlinie des Rates zur Angleichung des Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte, KOM/79/415 endg., Abl. C 271.

<sup>820</sup> Richtlinie des Rates zur Angleichung des Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte, 85/374/EWG, Nr. L 201/29.

<sup>821</sup> Wortlaut Art. 1 (1979): „Der Hersteller einer beweglichen Sache haftet für den Schaden, der durch einen Fehler dieser Sache verursacht worden ist, ungeachtet dessen, ob er den Fehler kannte oder hätte kennen können. Dies gilt auch, wenn die bewegliche Sache in ein Bauwerk eingebaut ist.“

09.09.1976.<sup>822</sup> In Art. 1 der Richtlinie (1976), der den Anwendungsbereich festlegte, hieß es, „[d]er Hersteller einer beweglichen Sache haftet für den Schaden, der durch einen Fehler dieser Sache verursacht worden ist [...]“. Der Begriff der „beweglichen Sache“ ist von Beginn an nicht weiter definiert worden. Dies könnte in der Weise gewertet werden, dass Missverständnisse in Bezug auf den Sachbegriff nicht erwartet wurden. Die Beratungsprotokolle geben Auskunft darüber, dass erstmals im Dezember 1980 darüber diskutiert wurde, wie der Begriff der beweglichen Sache zu verstehen sei.<sup>823</sup> Neben der Frage der Bauwerkshaftung wurde insbesondere diskutiert, ob sich dieser auch auf die Gas-, Wasser- und Elektrizitätsversorgung bezieht. Die Frage löste sich bekanntlich, indem „Elektrizität“ explizit mit aufgenommen wurde. Gas und Wasser hingegen wurden nicht explizit genannt, da derartige Zweifel diesbezüglich nicht bestanden.<sup>824</sup> Zwar verwundert dies mit Blick auf den im deutschen Allgemeinen Zivilrecht bekannten Sachbegriff, da Wasser mangels Beherrschbarkeit gerade nicht als Sache begriffen wird.<sup>825</sup>

## *(2) Die Etablierung des Begriff „Produkt“ zum Oberbegriff*

Der Begriff „Produkt“ hielt erst später Einzug in den Gesetzestext. Zwar wurde in den Erwägungsgründen bereits von der „Fehlerhaftigkeit der Produkte“<sup>826</sup> gesprochen, im Gesetzestext selbst wurde er jedoch erstmals mit dem Richtlinienentwurf vom 21.05.1979 verwendet. Im Richtlinienentwurf (1979) wurde der Produktbegriff indes nicht für die Beschreibung des Anwendungsbereichs verwendet, sondern – ganz im Gegenteil – im Kontext der vom Anwendungsbereich ausgeschlossenen Güter. Gemäß Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie (1979) waren die „Hersteller eines landwirtschaftlichen, handwerklichen oder künstlerischen Produkts von der Haftung ausgeschlossen“.<sup>827</sup> Die Stellung des Produktbegriffs in diesem Kontext ist bemerkenswert, weil gerade individuell hergestellte und auch künstlerische Güter sich häufig über

---

<sup>822</sup> Abl. Nr. C 241/9.

<sup>823</sup> Zusammenfassung der Beratungsergebnisse der Gruppe „Wirtschaftsfragen“ v. 03./05.11.1980, veröffentlicht im Dok. Nr. 11384/80 v. 02.12.1980, S. 3.

<sup>824</sup> Zusammenfassung der Beratungsergebnisse der Gruppe „Wirtschaftsfragen“ v. 03./04.11.1980, Dok. Nr. 11384/80, S. 4 („ohne Zweifel“).

<sup>825</sup> *Jickeli/Stieper*, in: Staudinger (2012), Allgemeiner Teil, § 90 BGB Rn. 20.

<sup>826</sup> Vgl. 1. Erwägungsgrund der Richtlinienfassung v. 09.09.1976.

<sup>827</sup> Allerdings wurde der Begriff „Produkt“ noch nicht konstant verwendet, sondern wechselte sich noch mit dem Begriff der „beweglichen Sache“ ab. Die durchgängige Einführung des Produktbegriffs ist erst ab etwa Februar 1981 zu verzeichnen, vgl. Zusammenfassung der Beratungsergebnisse der Gruppe „Wirtschaftsfragen“ v. 16.02.1981, Dok. Nr. 5074/81, S. 8, Text nach der dritten Lesung: „Für die Anwendung dieser Richtlinie ist unter „Produkt“ jede bewegliche Sache mit Ausnahme (...) zu verstehen“.

die bloße Sacheigenschaft hinaus durch Individualität und Persönlichkeit auszeichnen, weshalb sich auch ein urheberrechtlicher Schutz ergeben kann. Zu mutmaßen ist, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber für solche Güter bewusst nicht den Sachbegriff verwendet hat, weil er diesen Aspekt nicht hinreichend repräsentiert sah. Bemerkenswert ist dabei auch, dass der konkrete Anwendungsausschluss in der finalen Fassung auf „landwirtschaftliche Naturprodukte und Jagderzeugnisse“ zusammenschmolzen ist (bis er schließlich mit der Änderungsrichtlinie im Jahr 1999<sup>828</sup> ganz aufgegeben wurde). Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass künstlerische Produkte also gerade nicht – etwa wegen eines möglichen immaterialgüterrechtlichen Schutzes – vom Anwendungsbereich ausgeschlossen sein sollen. Im Verlauf, etwa ab 1981<sup>829</sup> avancierte der Produktbegriff zum anwendungsbereichsbeschreibenden Tatbestandsmerkmal. Was hierunter zu verstehen war, wurde jedoch erst kurz vor dem Inkrafttreten endgültig festgelegt. Noch im Entwurf vom 26.04.1985, also knapp einen Monat vor Inkrafttreten, waren gemäß Art. 1a der Richtlinie unter „Produkt [...] alle beweglichen *Güter*, ausgenommen landwirtschaftliche Naturprodukte“ definiert. Der Begriff „Gut“ stammt vornehmlich aus dem Handelsrecht und ist auch in handelsrechtlichen Vorschriften wie beispielsweise § 467 HGB, im Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im Internationalen Straßenverkehr (CMR)<sup>830</sup> sowie im 1. Übereinkommen zur Vereinheitlichung bestimmter Vorschriften über die Beförderung im internationalen Luftverkehr (Montrealer Übereinkommen – MÜ) zu finden.<sup>831</sup> Der Begriff „Gut“ wurde jedoch – ebenso wie später der Sachbegriff – in der Richtlinie nicht definiert. Eine abschließende Definition findet sich, soweit ersichtlich, auch bis heute nicht im Recht.<sup>832</sup> Einigkeit besteht anscheinend nur darin, dass Güter nicht zwingend „Waren“ im Sinne des *Handelsverkehrs* sein müssen.<sup>833</sup> Anerkannt ist wohl aber auch, dass der Begriff „Gut“ über den Begriff der „Sache“ hinausgeht, weil zum Beispiel Tiere als Güter anerkannt sind, wohingegen diesen die Sacheigenschaft abgesprochen wird.<sup>834</sup>

---

<sup>828</sup> Vgl. Art. 1 der Richtlinie 1999/34/EG des europäischen Parlaments und des Rates v. 10.05.1999 zur Änderung der Richtlinie 85/374/EWG des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte, Abl.Nr. L 141/20.

<sup>829</sup> Vgl. etwa die Zusammenfassung der Beratungsergebnisse der Tagung der Gruppe Wirtschaftsfragen (fehlerhafte Produkte) v. 23.u.24.03.1981, Dok. Nr. 5899/81, S. 4.

<sup>830</sup> Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßengüterverkehr (CMR) v. 19.05.1956 (BGBl. 1961 II S. 1119) in der Fassung des Protokolls vom 05.07.1978 zur CMR (BGBl. 1980 II S. 721, 733).

<sup>831</sup> 1. Übereinkommen zur Vereinheitlichung bestimmter Vorschriften über die Beförderung im internationalen Luftverkehr vom 28.05.1999 (BGBl. 2004 II S. 458).

<sup>832</sup> *Ruhwedel*, in: *MüKoHGB* (2014), Art. 4 MÜ Rn. 6 („Mangels einer eigenen Begriffsbestimmung sind daher Güter iSd. MÜ schlechterdings alle körperlichen Gegenstände [...]).“)

<sup>833</sup> *Heublein*, in: *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, § 467 HGB Rn. 23; *Jesser-Huß*, in: *MüKoHGB* (2014), Art. 1 CRM Rn. 12.

<sup>834</sup> *Jesser-Huß*, in: *MüKoHGB* (2014), Art. 1 CRM Rn. 12.

Die Verwendung des Gutsbegriffes zeigt, auch wenn dieser später nicht in die finale Fassung übernommen wurde, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber grundsätzlich ein weites Verständnis im Sinn hatte. Wie schon die grammatikalische und systematische Auslegung eruiert hatte, muss wohl hier ein dem Zweck des Produkthaftungsrechts entsprechendes Verständnis zu Grunde gelegt werden, das auf die *Handelsfähigkeit* des Produkts abstellt. Nur so lässt sich erklären, dass beinahe bis zum Schluss der Begriff „Gut“ verwendet wurde. Dass schließlich wieder zum Sachbegriff zurückgekehrt wurde, impliziert indes nicht zwingend, dass damit zugleich ein verändertes Verständnis vom Produktbegriff ausgedrückt werden sollte. Dies kann hier schon bezweifelt werden, weil eine solche Änderung in der Kürze der Zeit auch kaum einen Konsens gefunden hätte. Schließlich trat die Richtlinie bereits einen Monat später in Kraft.

#### bb. Zusammenfassung historische Auslegung

Zusammenfassend ergibt sich nach der historischen Auslegung, dass der Begriff der beweglichen Sache weit zu verstehen ist. Insbesondere ist die Qualifizierung als Sache mit Blick auf die *Handelsfähigkeit* des Gutes zu beantworten. Der historische Gesetzgeber legte, wie sich aus den Beratungsunterlagen ergibt, ein handelsrechtlich geprägtes Verständnis zu Grunde, was sich in der Verwendung des Begriffs „Gut“ zeigte. Gestützt wird diese These überdies durch eine Mitteilung der Kommission aus dem Jahr 1988<sup>835</sup> auf die Frage, ob Computerprogramme von der Produkthaftungsrichtlinie erfasst werden. In der sehr knappen Antwort wird lediglich festgestellt, dass „die Richtlinie auf Computersoftware Anwendung [findet], ebenso wie auf kunstgewerbliche und künstlerische Erzeugnisse“. Insbesondere der – ungefragt gegebene – Zusatz „wie auch auf kunstgewerbliche und künstlerische Erzeugnisse“, deutet darauf hin, dass die Kommission Software mit künstlerischen Erzeugnissen gleichstellt, womit es gerade nicht auf die Qualifizierung als Immaterialgut der Sachqualifizierung entgegensteht. Nun mag die Mitteilung der Kommission für sich genommen die Softwarefrage eigentliche beantworten, jedoch ist zu berücksichtigen, dass derartige Mitteilungen dem sog. *Soft Law* angehören und gem. Art. 288 Abs. 5 AEUV nicht verbindlich sind. Stellungnahmen sind,

---

<sup>835</sup> Antwort von Lord Cockfield im Namen der Kommission v. 15.11.1988 auf die schriftliche Anfrage Nr. 706/88 von *Gijs de Vries* an die Kommission der Europäischen Gemeinschaften v. 05.07.1988 – 89/C 114/76 in Mitteilungen des Europäischen Parlaments, C 114/1.

wie *Nettesheim* zu Recht feststellt, zunächst nur eine bloße Meinungsäußerung, die lediglich dazu dienen, eine „weiche Rechtsangleichung“ zu betreiben.<sup>836</sup> Zwar wird diesen nicht jegliche Verbindlichkeit abgesprochen<sup>837</sup>, etwa weil eine Berücksichtigung durch die nationalen Gerichte zwar erwartet werden kann<sup>838</sup>, jedoch lassen sich auch solchen Mitteilungen keine durchsetzbaren Rechte ableiten, so dass eine Nichtbeachtung weder sanktionsbewährt noch gerichtlich einklagbar ist.<sup>839</sup>

#### d. Teleologische Auslegung

Mit der teleologischen Auslegung wird die *ratio legis*, also der Sinn und Zweck der Rechtsvorschrift und des Gesetzes hinterfragt. Mit der Auslegung soll also die „immanente Teleologie“<sup>840</sup> des Gesetzes ermittelt werden. Im Rahmen der richtlinienkonformen Auslegung wird die *ratio legis* durch die Richtlinienziele repräsentiert. Da die richtlinienkonforme Auslegung jedoch vorsieht, dass das Auslegungsergebnis Vorrang hat, das mit den Richtlinienzielen am ehesten übereinstimmt<sup>841</sup>, muss also am Ende der Auslegung eine Übereinstimmungsprüfung vorgenommen werden. Die Übereinstimmungsprüfung hat der Frage nachzugehen, ob das Auslegungsergebnis mit den Richtlinienzielen übereinstimmt. Damit enthält die Übereinstimmungsprüfung im Grunde bereits teleologische Elemente. Insofern soll sich bei der teleologischen Auslegung hier nur auf die übrigen allgemeinen „objektiven Zwecke des Rechts“<sup>842</sup> konzentriert werden. Insbesondere die Vermeidung von Wertungswidersprüchen zu anderen Rechtsvorschriften sowie – vor allem im Richtlinienkontext – das Argument des *effet utile* sind hierbei zu berücksichtigen. Die Übereinstimmungsprüfung, in der dann zwangsläufig auf die Richtlinienziele zurückzukommen ist, wird im Anschluss durchgeführt.

---

<sup>836</sup> *Nettesheim*, in: Grabitz/Nettesheim/Hilf (2016), Art. 288 AEUV Rn. 201.

<sup>837</sup> So insbesondere der Rechtsausschuss des Europäischen Parlamentes, der herausstellt, dass Mitteilungen und Empfehlungen dennoch irgendeine Art von Rechtswirkung haben, vgl. Arbeitsdokument zu institutionellen und rechtlichen Auswirkungen der Anwendung der Instrumente des „Soft Law“, Rechtsausschuss, Berichterstatter: Manuel Medina Ortega, Dok. DT\653346DE.doc, S. 5; ebenso auch *Nettesheim*, in: Grabitz/Nettesheim/Hilf (2016), Art. 288 AEUV Rn. 206.

<sup>838</sup> Ausdrücklich auch EuGH, Urt. v. 18.03.2010 – C-317318, 319, 320/08, Rn. 40, EuZW 2010, 550 („Die nationalen Gerichte sind nämlich verpflichtet, bei der Entscheidung der bei ihnen anhängigen Rechtsstreitigkeiten die Empfehlungen zu berücksichtigen, insbesondere dann, wenn sie Aufschluss über die Auslegung zu ihrer Durchführung erlassener nationaler Vorschriften geben“).

<sup>839</sup> So auch *Nettesheim*, in: Grabitz/Nettesheim/Hilf (2016), Art. 288 AEUV Rn. 206.

<sup>840</sup> *Säcker*, in: MüKoBGB (2017), Einl. Allgemeiner Teil Rn. 143.

<sup>841</sup> Vgl. zum interpretatorischen Vorrang, Dritter Teil, 2. Kap. 4. c.

<sup>842</sup> *Larenz* (1983), S. 321.

## aa. Vermeidung von Wertungswidersprüchen – Einheit der Rechtsordnung

Über die Auslegung entlang der Rechtsidee hinaus, ist im Rahmen der teleologischen Auslegung auch anerkannt, dass Wertungswidersprüche im Sinne der Einheit der Rechtsordnung vermieden werden müssen.<sup>843</sup> Die Einheit der Rechtsordnung wird dabei sowohl durch einen einheitlichen Sprachgebrauch, womit insbesondere der Gesetzgeber adressiert wird, als auch durch eine einheitliche Auslegung gewahrt.<sup>844</sup> Ob die „Einheit der Rechtsordnung“<sup>845</sup> ein teleologisches Argument im eigentlichen Sinne ist, wird recht unterschiedlich gesehen.<sup>846</sup> Allerdings kann unterstellt werden, dass der Gesetzgeber stets eine einheitliche Auslegung und Anwendung der Gesetze im Sinn hat, so dass hiermit ein allgemeiner Gesetzeszweck angesprochen ist.

### *(1) Homogenität zwischen ProdSG und ProdHaftG*

Der Begriff „Produkt“ findet sich nicht nur im Produkthaftungsgesetz, sondern wird auch im Rahmen des ebenfalls in weiten Teilen harmonisierten Produktsicherheitsgesetzes<sup>847</sup> verwendet. Beide Gesetze determinieren ihren Anwendungsbereich entlang des Rechtsbegriffs „Produkt“. Dieser gemeinsame Anwendungsbereich verdeutlicht, dass beide Gesetze dem System der Produktverantwortung dienen. Beide Gesetze beziehen sich auch materiell aufeinander.<sup>848</sup> So wirkt z.B. die Nichtbeachtung sicherheitsrechtlicher Vorgaben zivilrechtlich haftungsbegründend<sup>849</sup> und führt zum Schadensersatzanspruch, soweit sich dadurch ein Schaden realisiert hat. Dies ergibt sich bereits daraus, dass die Verkehrserwartung berechtigterweise dahin gehen kann, dass ein Produkt die grundlegenden „Anforderungen“ gem. § 3 ProdSG erfüllt. Darüber hinaus darf ein Produkt, das die grundlegenden Anforderungen gem. § 3 ProdSG nicht erfüllt, ohnehin nicht auf dem Markt bereitgestellt werden. In positi-

---

<sup>843</sup> Larenz (1983), S. 321.

<sup>844</sup> Larenz (1983), S. 321 („Die Vermeidung solcher Wertungswidersprüche ist daher eine Forderung sowohl an den Gesetzgeber wie an den Ausleger“).

<sup>845</sup> Auch als „Mantel der Einheit des Gesetzes“ bezeichnet, etwa bei Rütters/Fischer/Birk, § 22 Rn. 776.

<sup>846</sup> Zippelius, § 10, S. 43 etwa behandelt das Argument der Einheitlichkeit des Rechts unter „Argumente aus dem Kontext“ im Zusammenhang mit der systematischen Auslegung; Larenz fügt dieses in den Kontext der teleologischen Auslegung ein, Larenz (1983), S. 321; auch das Bundesverfassungsgericht bezeichnet dies als logisch-teleologisches Sinngebilde“, BVerfGE 19, 206.

<sup>847</sup> Das heutige ProdSG basiert im Wesentlichen auf die VO (EG) Nr. 764/2008, VO (EG) Nr. 765/2008 und dem Beschluss Nr. 768/2008.

<sup>848</sup> Vgl. zum systematischen Zusammenhang zwischen dem ProdHaftG und dem ProdSG am Beispiel der „grundlegenden Anforderungen“ im ProdSG sowie der stets erwartbaren Basissicherheit im ProdHaftG, Erster Teil, 3. Kap. II. 2. b.

<sup>849</sup> Weiß, S. 528; zu den Verschränkungen zwischen ProdHaftG und ProdSG allgemein siehe auch Erster Teil, 3. Kap. II. 2. b.

ver Richtung kann die Darlegung, dass die produktspezifischen Voraussetzungen für eine CE-Kennzeichnung nach dem ProdSG erfüllt sind, für die Argumentation im Produkthaftungsprozess helfen.<sup>850</sup>

Trotz dieser sprachlichen und inhaltlichen Verschränkungen ist es umso erstaunlicher, dass der Produktbegriff in beiden Gesetzen unterschiedlich definiert ist. Während nach dem ProdSG unter „Produkt“ sämtliche „Waren, Stoffe oder Zubereitungen, die durch einen Fertigungsprozess hergestellt worden sind“ zu verstehen sind<sup>851</sup>, umfasst, wie bereits erläutert, der Produktbegriff des ProdHaftG alle „beweglichen Sachen und Elektrizität“. Diese Differenz ist schon deshalb nicht zu verstehen, weil beide Gesetze auf den europäischen Gemeinschaftsgesetzgeber zurückgehen.

Festzustellen ist zunächst, dass der Produktbegriff im ProdSG augenscheinlich weiter ist, als der des ProdHaftG. Im Rahmen des ProdSG wurde auf den Begriff der „beweglichen Sache“ gänzlich verzichtet und stattdessen mit den Begriffen „Ware“ und „Stoff“ operiert. Beide Begriffe sind in Bezug auf die Erfassung auch unkörperlicher Güter deutlich unkomplizierter als der Sachbegriff. Während in der Literatur in Bezug auf die „Ware“ als handelsrechtlich geprägter Begriff<sup>852</sup> zwar nicht einheitlich auch unkörperliche Güter mit erfasst sein sollen, knüpft er jedoch bereits dem Verständnis nach weniger an der Verkörperung als an der *Handelsfähigkeit* an. Noch deutlicher ist der fehlende Sachbezug mit der Aufnahme des Begriffs „Stoff“, womit nach Art. 3 Nr. 1 der REACH-Verordnung<sup>853</sup> „ein chemisches Element und seine Verbindungen in natürlicher Form oder gewonnen durch ein Herstellungsverfahren, einschließlich der [...] notwendigen Zusatzstoffe [...]“ verstanden wird.

Obwohl mit Klassifizierung von Handelsgütern und chemischen Stoffen als Produkt offenkundig nicht ausschließlich verkörperte Produkte einbezogen sind, besteht auch im Rahmen des ProdSG kein einheitlicher Konsens darüber, ob Software in den Anwendungsbereich des ProdSG mit eingeschlossen ist. Auch hier wird – analog zum ProdHaftG – zwischen verkörperter und unkörperlicher Software differenziert. Lediglich die verkörperte Software soll vom

---

<sup>850</sup> *Wende*, in: Klindt (2015), § 7 ProdSG Rn. 8.

<sup>851</sup> Vgl. § 2 Nr. 22 ProdSG. Die Definition im ProdSG geht auf Art. 15 Abs. 4 VO (EG) Nr. 765/2008 zurück.

<sup>852</sup> *Klindt/Schucht*, in: Klindt (2015), § 2 ProdSG Rn. 163 („Handelsgut“).

<sup>853</sup> Verordnung (EG) Nr. 1907/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 18.12.2006 zur Registrierung, Bewertung, Zulassung und Beschränkung chemischer Stoffe (REACH), zur Schaffung einer Europäischen Chemikalienagentur, zur Änderung der Richtlinie 1999/45/EG und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 793/93 des Rates, der Verordnung (EG) Nr. 1488/94 der Kommission, der Richtlinie 76/769/EWG des Rates sowie der Richtlinien 91/155/EWG, 93/67/EWG, 93/105/EG und 2000/21/EG der Kommission, Abl.Nr. L 336/3.

Produktbegriff des ProdSG mit umfasst sein.<sup>854</sup> Überzeugen kann diese Ansicht indes nicht. Argumentativ wird hier das ProdHaftG und damit der deutlich engere Produktbegriff herangezogen.<sup>855</sup> Insoweit vollzieht sich die Auslegung des Produktbegriffs im ProdSG zwar unter dem Blickwinkel der Einheitlichkeit beider Gesetze, jedoch ist der Maßstab falsch. Zum einen ist die Produkthaftungsrichtlinie älter als die Produktsicherheitsrichtlinie, zum anderen wird der engere Produktbegriff des ProdHaftG auch im ProdSG zugrunde gelegt. Es erschließt sich nicht, warum das Erfordernis der „Verkörperung“ grundlos in den Wortlaut des Produktsicherheitsgesetzes „hineingedichtet“ wird und wieso die Definition der älteren Richtlinie als Maßstab auch für die jüngere Richtlinie herhalten muss. Insbesondere weil beide Richtlinien auf dem Gebiet der Technik, dem eine schnelle Entwicklung immanent ist, zur Anwendung kommen, scheint der Rückgriff auf die ältere Richtlinie nicht sachgerecht. Vielmehr ist in der ProdSG-Definition des Begriffs „Produkt“ eine grundsätzliche Abkehr vom Sachbegriff zu sehen, womit einmal mehr bestätigt wird, dass es auf die Verkörperung im Rahmen des Produkthaftungs- und Produktsicherheitsrechts nicht ankommt. Dass es im Rahmen des Produktbegriffs vielmehr auf das Merkmal der Verkehrsfähigkeit ankommt, zeigt sich indes auch in der Wahl des Begriffs „Ware“, der als handelsrechtlich geprägter Begriff in besondere Weise auf die Verkehrsfähigkeit gemünzt ist.

Insoweit kommt dem weiten Produktbegriff des ProdSG eher Indizwirkung dahingehend zu, dass auch im ProdHaftG von einem weiten Begriffsverständnis auszugehen ist. Dies auch deswegen, weil beide Gesetze bei sachgerechter Anwendung hinsichtlich gemeinsam verwendeter Begrifflichkeiten homogen auszulegen sind.

## *(2) Homogenität zwischen MPG und ProdHaftG*

Eine solch homogene Auslegung ist überdies zwischen dem Medizinproduktegesetz (MPG) und dem ProdHaftG zu fordern.

Das MPG nimmt im Rahmen der Produkthaftung eine Zwitterstellung ein. Einerseits regelt es die Anforderungen bestimmter Produkte, nämlich Medizinprodukte, andererseits verweist es hinsichtlich der Haftung, und damit auch im Gegensatz zum AMG, auf das Produkthaftungsgesetz (vgl. § 6 Abs. 4 MPG, wonach die zivilrechtliche Verantwortlichkeit unberührt bleibt).

---

<sup>854</sup> Klindt/Schucht, in: Klindt (2015), § 2 ProdSG Rn. 164.

<sup>855</sup> Klindt/Schucht, in: Klindt (2015), § 2 ProdSG Rn. 164.

Der Anwendungsbereich des MPG ist jedoch deutlich weiter als der des ProdHaftG. Gemäß § 3 Abs. 1 MPG wird auch ausdrücklich Software erfasst. Dabei soll nicht nur solche Software erfasst sein, die als technische Grundlage für das Funktionieren eines Medizinproduktes erforderlich ist, sondern auch solche, die letztlich die Hauptfunktion des Medizinproduktes ausmacht<sup>856</sup>, also Software an sich. Software kann demnach ein eigenständiges Medizinprodukt sein. Da das MPG keine eigene haftungsrechtliche Anspruchsgrundlage kennt, verweist es gem. § 6 Abs. 4 MPG auf die allgemeinen zivilrechtlichen Haftungsvorschriften, womit nach einhelliger Literaturansicht auch das Produkthaftungsgesetz<sup>857</sup> eingeschlossen ist. Dieser weit gefasste Anwendungsbereich des MPG ist dann unproblematisch, wenn es sich bei der Verweisung gem. § 6 Abs. 4 MPG um eine Rechtsfolgenverweisung handelt. Mit einer Rechtsfolgenverweisung würde nur hinsichtlich der Art und des Umfangs des Schadensersatzes auf das ProdHaftG verwiesen. Die weiteren Voraussetzungen des ProdHaftG, mithin auch das Vorliegen eines „Produkts“, wären für die Haftung eines Medizinproduktes irrelevant. Anders hingegen stellt sich die Situation bei einer Rechtsgrundverweisung dar. In diesem Fall wäre die Anspruchsgrundlage des § 1 Abs. 1 ProdHaftG vollständig durchzuprüfen, so dass auch zu prüfen wäre, ob ein „Produkt“ i.S.d. § 2 ProdHaftG vorliegt. Schreibt man nun Software keine Produkteigenschaft im Sinne des Produkthaftungsgesetzes zu, führte dies zum Ergebnis, dass Software zwar ein Medizinprodukt sein kann, für das jedoch mangels eigener Anspruchsgrundlage im MPG keine Haftung bestünde. Dies wäre ein nicht hinzunehmender Widerspruch zum gesetzgeberischen Willen, der Software ausdrücklich anderen physischen Produkten im MPG gleichgestellt hat.

Ob mit § 6 Abs. 4 MPG eine Rechtsgrund- oder Rechtsfolgenverweisung ausgesprochen werden soll, wird – soweit ersichtlich – nicht problematisiert. Vielmehr wird in der Literatur einheitlich davon ausgegangen, dass erst mit Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen von § 1 ProdHaftG ein Schadensersatzanspruch besteht<sup>858</sup>, was einer Rechtsgrundverweisung entspricht. Dies deckt sich mit dem Wortlaut. Wenn es heißt, dass „die zivilrechtliche Verantwortlichkeit unberührt bleibt“, ist in diesem Verweis eine vollumfängliche Verweisung zu sehen, da gerade nicht explizit nur auf die Rechtsfolgen des ProdHaftG Bezug genommen

---

<sup>856</sup> *Rehmann*, in: *Rehmann/Wagner*, § 3 MPG Rn. 1.

<sup>857</sup> *Wagner*, in: *Rehmann/Wagner*, § 6 MPG Rn. 28; *Lücker*, in: *Spickhoff*, § 6 MPG Rn. 9.

<sup>858</sup> So jedenfalls sind die Ausführungen zum Fehlerbegriff des § 3 ProdHaftG in Bezug auf Medizinprodukte bei *Rehmann*, in: *Rehmann/Wagner*, Einf. MPG, Punkt IX Produkthaftung Rn. 75 zu verstehen; sowie der Verweis bei *Lücker*, in: *Spickhoff* § 6 MPG Rn. 9, der ausführt, dass die Tatbestandsvoraussetzungen des ProdHaftG erfüllt sein müssen.

wird. Handelt es sich demnach bei § 6 Abs. 4 MPG um eine Rechtsgrundverweisung und soll nach dem Wortlaut des MPG auch Software von der Haftung erfasst sein, kann diese nicht über das ProdHaftG wieder ausgeschlossen sein. Dies führte zu einem Widerspruch zwischen MPG und ProdHaftG, so dass es im Sinne der Einheit der Rechtsordnung sachgerecht ist, auch im Rahmen des ProdHaftG Software als Produkt zu klassifizieren.

#### bb. Der Grundsatz des *effet utile*

Ein weiterer, insbesondere im Gemeinschaftsrecht anzutreffender Auslegungsgrundsatz ist das Argument des *effet utile*. Ob dieser einer der im deutschen Recht gängigen Auslegungsgrundsätze zugerechnet werden kann oder ob es sich hierbei vielmehr um ein im „beweglichen System der Auslegungskriterien“<sup>859</sup> außerhalb anzusiedelndes Argument handelt, soll an dieser Stelle nicht problematisiert werden. Nicht abwegig erscheint indes eine Zurechnung zu den praktischen Auslegungsgrundsätzen (im Gegensatz zu den semantischen Auslegungskriterien)<sup>860</sup> insbesondere deshalb, weil *effet utile* auf die „volle Wirksamkeit“<sup>861</sup> abstellt und damit am Telos und nicht an der Sprache des Gesetzes ansetzt. Eine gewisse Verwandtschaft mit der teleologischen Auslegung ist damit gegeben.<sup>862</sup>

Auslegung im Sinne des *effet utile* bedeutet, dass eine gemeinschaftsrechtliche Rechtsvorschrift so zu interpretieren ist, dass ihr die volle Wirkung im Sinne einer vollen „Sinnesentfaltung“<sup>863</sup> zukommt, womit die Auslegung über den Gedanken des *effet utile* vor allem als Optimierungsgebot zu verstehen ist.<sup>864</sup> Hinsichtlich der Funktion kommt dem Grundsatz insbesondere im Kontext des Gemeinschaftsrechts ein Sicherungsmechanismus zu, weil darüber die „Funktionsfähigkeit der Gemeinschaft“<sup>865</sup> sichergestellt werden soll. Wohl auch deshalb ist der Literatur der Eindruck zu entnehmen, dass dem Grundsatz des *effet utile* im Rahmen des Gemeinschaftsrechts ein besonderes Gewicht zukommt. Mit der Weiterentwicklung der

---

<sup>859</sup> *Potacs*, EuR 2009, 465, 473.

<sup>860</sup> Die Differenzierung in praktische und semantische Auslegungskriterien entspricht der Auffassung *Potacs*, EuR 2009, 465, 470, womit vor allem dem argumentativen Ansatz der einzelnen Auslegungskriterien Rechnung getragen wird.

<sup>861</sup> EuGH, Urt. v. 09.03.1978 – C-106/77, *Simmenthal II*.

<sup>862</sup> *Mayer*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (2016), Art. 19 EUV Rn. 57 („verwandt“); ähnlich auch *Leible*, in: MÜKoLK (2014), Grundlagen Rn. 24, der aber auch darauf hinweist, dass die Zuordnung bestimmter Argumente zu den einzelnen Auslegungskriterien nur schwer auszumachen ist, da der EuGH eine solche nicht vornimmt.

<sup>863</sup> *Bergmann*, in: Bergmann, *effet utile*.

<sup>864</sup> Auf die volle Wirksamkeit abstellen etwa EuGH, Urt. v. 19.01.2010 – C-555/07, NJW 2010, 427, *Küçükdeveci*; ebenso *Köndgen*, in: Riesenhuber (2015), § 6 Rn. 63; a.A. *Mayer*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 19 EUV Rn. 58.

<sup>865</sup> *Mayer*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (2016), Art. 19 EUV Rn. 57.

Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft hin zu einer autonomen Rechtsordnung<sup>866</sup> scheint eine Funktionssicherung auch begründet. Tatsächlich verläuft daher die Argumentation des EuGH sehr häufig auch über den Grundsatz des *effet utile*.<sup>867</sup> Im europäischen Sekundärrecht bedeutet volle (oder auch „vollständige“<sup>868</sup>) Wirksamkeit der Rechtsnorm, dass das Auslegungsergebnis ein möglichst praktisches Ergebnis liefert. Daher wird auch oft die Umschreibung als „praktische Wirksamkeit“<sup>869</sup> gebraucht.

Berücksichtigt man die schon oben angedeutete Entwicklung hin zum digitalen Binnenmarkt, liefe es der praktischen Wirksamkeit der Rechtsvorschrift zuwider, wenn gerade Güter des digitalen Binnenmarktes nicht von der Produkthaftungsrichtlinie erfasst würden. Konsequenz wäre, dass hierfür keine einheitlichen europäischen außervertraglichen Haftungsregelungen vorhanden wären mit der Folge, dass auf die nationalen Rechtsordnungen ausgewichen werden muss. Dies würde einen gemeinsamen Binnenmarkt in seiner Funktion erheblich stören. Mit Blick darauf, dass ein digitaler Binnenmarkt bereits existiert, hat es in der Rechtsprechung bereits erste Richtungsentscheidungen mit der Tendenz der Gleichstellung von analogen und digitalen Gütern gegeben. Hierzu zählen insbesondere die *UsedSoft-Entscheidung*<sup>870</sup> sowie die *E-Book-Entscheidung*.<sup>871</sup> In beiden wurde „analoges Recht“ auf den digitalen Binnenmarkt gemünzt. In der *UsedSoft-Entscheidung* ging es um die Gleichstellung digitaler Distributionswege mit analogen Distributionswegen (zur Verfügungstellung als Download als Kauf), und in der *E-Book-Entscheidung* beschäftigte sich der EuGH mit der Frage, ob die Zurverfügungstellung von E-Books durch öffentlich zugängliche Einrichtungen (Bibliotheken) ein „Verleihen“ i.S.d. Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 2006/115<sup>872</sup> darstellt, d.h. mit der Zurverfügungstellung körperlicher Güter gleichzustellen ist. In beiden Fällen war der Gesetzestext auf originär analoge Distributionswege zugeschnitten, indem z.B. der „Verleih“ i.S.d. Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 2006/115 sich originär auf „Originale“ und „Vervielfältigungsstücke“ bezieht<sup>873</sup> oder der Begriff „Verkauf“ gem. Art. 4 Abs. 2 der Computerprogrammrichtlinie<sup>874</sup> auf Sachen.

---

<sup>866</sup> Potacs, EuR 2009, 465, 475.

<sup>867</sup> Vgl. nur aus jüngerer Zeit, EuGH, Urt. v. 10.11.2016 – C-174/15, GRUR 2016, 1266, *E-Book*; EuGH, Urt. v. 03.07.2012 – C-128/11, Rn. 39, MMR 2012, 586, *UsedSoft*; EuGH, Urt. v. 21.11.2013 – C-284/12, NJW 2013, 3771; EuGH, Urt. v. 19.05.2011 – C-256/10 und 261/10, NZA 2011, 967.

<sup>868</sup> Wie z.B. in EuGH, Urt. v. 19.05.2011 – C-256/10 und 261/10, NZA 2011, 967, 969.

<sup>869</sup> Z.B. in EuGH, Urt. v. 25.05.2000 – C-424/98.

<sup>870</sup> EuGH, Urt. v. 03.07.2012 – C-128/11, Rn. 39, MMR 2012, 586, *UsedSoft*.

<sup>871</sup> EuGH, Urt. v. 10.11.2016 – C-174/15, GRUR 2016, 1266, *E-Book*.

<sup>872</sup> Richtlinie 2006/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 zum Vermietrecht und Verleihrecht sowie zu bestimmten dem Urheberrecht verwandten Schutzrechten im Bereich des geistigen Eigentums, Abl. Nr. L 37/28.

<sup>873</sup> Vgl. Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 2006/115/EG

<sup>874</sup> Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.04.2009 über den Rechtsschutz von

Bereits in der *UsedSoft-Entscheidung* transformierte der EuGH den Begriff „Verkauf“ in die digitale Welt, indem er für das Urheberrecht auch die Einräumung eines zeitlich unbeschränkten Nutzungsrechts gegen Entgelt als Verkaufshandlung ansah. Damit erschöpft sich nunmehr nicht nur datenträgergebundene Software, sondern auch solche, die online-übertragen wird, obwohl das Verbreitungsrecht, an das die Erschöpfung angelehnt ist, selbst auf *Vervielfältigungsstücke* ausgelegt ist. Unverkennbar und damit auch in der Literatur so bewertet, kommt in dieser Entscheidung zum Ausdruck, dass „körperliche Programmkopien und unkörperliche Programmkopien einander gleichzustellen sind“.<sup>875</sup> In ähnliche Richtung stößt auch die *E-Book-Entscheidung*. Hier ging es um den Rechtsbegriff des „Verleihens“, der gem. Art. 2 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art 1 der Richtlinie 2006/115/EG<sup>876</sup> von „Originalen“ und „Vervielfältigungsstücken“ spricht und damit ebenso wie der Verkaufsbegriff in der *UsedSoft-Entscheidung* auf analoge Werke ausgelegt ist. Für den Begriff des Verleihens sah der EuGH auch unter dem Argument der praktischen Wirksamkeit der Norm nicht, dass dieses ausschließlich auf körperliche Gegenstände begrenzt sein soll.<sup>877</sup> Bereits in den Schlussanträgen wurde eine „dynamische“ und „evolutiven“<sup>878</sup> Auslegung gefordert, womit nichts anderes gesagt ist, als dass die rechtliche Entwicklung der technischen Entwicklung folgen muss, da das Recht andernfalls überholt wird.<sup>879</sup> Zu Recht wird in den Schlussanträgen auch darauf hingewiesen, dass Rechtsvorschriften durch den weiteren technischen und wirtschaftlichen Fortschritt anachronistisch werden und deshalb Lücken entstehen<sup>880</sup>, die nur durch ein „Update“<sup>881</sup> der ansonsten nicht mehr zeitgemäßen Rechtsvorschriften zu schließen seien. Für die Entscheidung, ob unter Berücksichtigung der praktischen Wirksamkeit der Norm eine Gleichstellung von E-Books und herkömmlichen Büchern im Hinblick auf das Merkmal des „Verleihens“ gerechtfertigt ist, wurde insbesondere auf die „Bedeutung des öffentlichen Ver-

---

Computerprogrammen, AblNr. L 111/16.

<sup>875</sup> *Götting*, in: Ahlberg/Götting Beck-OK, § 17 UrhG Rn. 39; ähnlich auch *Hansen/Wolff-Rojczyk*, GRUR 2012, 904, 909.

<sup>876</sup> Richtlinie 2006/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 12.12.2006 zum Vermietrecht und Verleihrecht sowie zu bestimmten dem Urheberrecht verwandten Schutzrechten im Bereich des geistigen Eigentums, Abl. Nr. L 37/28.

<sup>877</sup> Diese Beurteilung traf der EuGH indes nicht für den Begriff des „Vermietens“, obwohl beide Recht ausweislich des 3. Erwägungsgrund der Richtlinie 2006/115/EG durch die Formulierung „Vermiet- und Verleihrechte“ aneinander gekoppelt zu scheinen.

<sup>878</sup> Opinion of advocate general Szupnar v. 16.06.2016 – C-174/15, Rn. 28 („An interpretation of this kind, which might be described as ‘dynamic’ or ‘evolving’“).

<sup>879</sup> Opinion of advocate general Szupnar v. 16.06.2016 – C-174/15, Rn. 27, 28 (“Indeed, technological progress today is so rapid that it easily outstrips the legislative process“ sowie „I take the view that it is imperative to give legal acts an interpretation which takes into account developments in technology, markets and behaviour and not to fix such acts in the past by adopting too rigid an interpretation“ ).

<sup>880</sup> Opinion of advocate general Szupnar v. 16.06.2016 – C-174/15, Rn. 28 (“The anachronistic character of obsolete legal rules is a common source of interpretative problems“).

<sup>881</sup> Opinion of advocate general Szupnar v. 16.06.2016 – C-174/15.

leihens von E-Books<sup>882</sup> sowie die Vergleichbarkeit von gedruckten und online-vertriebenen Werken<sup>883</sup> abgestellt. Im Rahmen der Effet-utile-Argumentation können also die Kriterien *Vergleichbarkeit mit bereits bekannten Gütern* (1) und *wirtschaftliche Bedeutung* (2) insbesondere dann zugrunde gelegt werden, wenn die Subsumtion neuartiger Güter unter altbekannten Rechtsbegriffen in Rede steht.

### *(1) Vergleichbarkeit von Software mit anderen Produkten*

Die europäische Produkthaftung ist, wie auch schon die Entwicklung der nationalen Produzentenhaftung, auf die technische und wirtschaftliche Entwicklung<sup>884</sup> zurückzuführen, die zu einer hochtechnisierten Gesellschaft führt.<sup>885</sup> Im *Calewaert-Bericht* wurde pointiert hervorgehoben, dass es mit der Richtlinie darum ginge, der Entwicklung „neuer Produktionsmethoden“ und der „Vervielfältigung des Handels“ Rechnung zu tragen. Denn durch diese Entwicklungen wird es für den Verbraucher immer schwerer, die Sicherheit von Produkten zu beurteilen.<sup>886</sup> Reduziert auf diesen Zweck der Richtlinie fragt sich, ob Software mit anderen Produkten vergleichbar ist, die der Gemeinschaftsgesetzgeber von der Richtlinie umfasst sehen wollte. Hierzu ist festzustellen, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber insbesondere technisch komplexe Produkte im Sinn hatte (wenngleich auch einfach konstruierte Produkte erfasst sind) und zudem nur solche, die „beweglich“ sind, da unbewegliche Sachen vom Anwendungsbereich ausgeschlossen sind. Hintergrund des Ausschluss war, dass in allen Mitgliedstaaten Sonderregelungen bezüglich der Haftung für Bauwerke bestehen.<sup>887</sup> Reduziert auf diesen Zweck der Richtlinie käme es also darauf an, ob Software mit technisch-komplexen sowie beweglichen Produkten vergleichbar ist.

Softwareentwicklung erfordert ein Know-How und ein Fachwissen, das die allgemeinen Erfahrungssätze und das durchschnittliche Wissen deutlich übersteigt. Die „Fertigung“ von Software ist derart speziell, dass man ohne weiteres sagen kann, es handelt sich hierbei um ein technisch komplexes Produkt, das sogar in besonderer Weise dem Fortschreiten der technischen Entwicklung zuzurechnen ist und überdies überhaupt erst den Weg zur hoch-

---

<sup>882</sup> EuGH, Urt. v. 10.11.2016 – C-174/15, Rn. 51, GRUR 2016, 1266, 1268, *E-Book*.

<sup>883</sup> EuGH, Urt. v. 10.11.2016 – C-174/15, Rn. 51, GRUR 2016, 1266, 1268, *E-Book*.

<sup>884</sup> Siehe hierzu Erster Teil, 3. Kap. III. 1.

<sup>885</sup> KOM(2000), 893 endg., S. 5.

<sup>886</sup> Auf die mangelnde Beurteilungsfähigkeit der Verbraucher abstellend bereits *Calewaert-Bericht*, S. 11.

<sup>887</sup> *Calewaert-Bericht*, S. 36.

technisierten Gesellschaft ebnet. Wenn darüber hinaus mit der Richtlinie auch eine haftungsrechtliche Antwort auf die Vervielfältigung des Handels gefunden werden soll, dann kann der Tatsache nicht aus dem Weg gegangen werden, dass sich gerade die Distributionswege durch den Online-Handel stark verändert haben. Die Veränderung der Handelswege wird nur durch Software ermöglicht. Zu denken ist hierbei insbesondere an Online-Shops, Marketplaces und digitalen Auktionsplattformen.

Bezogen darauf, dass die Richtlinie ausschließlich bewegliche Sachen erfassen soll, stellt sich die Frage, ob Software mit diesen vergleichbar ist. Die Beweglichkeit eines Produkts zeichnet sich im vor-digitalen Verständnis insbesondere dadurch aus, dass dieses von A nach B transportiert werden kann, also gerade nicht mit der Erde fest verbunden ist. Digitale Güter sind jedoch ebenso transportabel, indem sie nämlich übertragen werden können. Die Übertragung kann, soweit das digitale Gut mit einem Datenträger verknüpft ist, durch Übergabe des Datenträgers erfolgen oder eben durch Online-Übertragung. Insoweit liegt die Sache nicht wesentlich anders, als beim Verleih von E-Books, bei dem die „Übergabe“ des Buches nicht durch Aushändigung des körperlichen Exemplars erfolgt, sondern durch Online-Übertragung, weshalb der EuGH auch beide Handlungen gleichgestellt hat. Insoweit ist Software mit anderen Produkten auch vergleichbar.

## *(2) Wirtschaftliche Bedeutung von Software*

Software ist die Ware des 21. Jahrhunderts. Im heutigen Binnenmarkt hat sie dieselbe Bedeutung wie körperliche Waren, was sich nicht zuletzt an der schon beschriebenen Weiterentwicklung zum digitalen Binnenmarkt zeigt. Der weltweite Umsatz von Software und IT-Services lag im Jahr 2016 bei 1.203 Milliarden Euro.<sup>888</sup> Der prognostizierte Umsatz im Einzelhandel im Jahr 2020 mit Datenverarbeitungsgeräten, Software und Peripheriegeräten liegt bei 17.606 Millionen Euro.<sup>889</sup> Mit der Entwicklung von Industrie 4.0 wird die Bedeutung der Software insbesondere im Produktionskontext noch stärker zunehmen. So zeigt zum Beispiel

---

<sup>888</sup> IDATE, Umsatz im Markt für Software und IT-Services weltweit von 2005 bis 2019 (in Milliarden Euro), Statista, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/159325/umfrage/weltweiter-umsatz-mit-software-und-it-services-seit-2005/> (zuletzt abgerufen am 19.05.2017).

<sup>889</sup> Statista, Umsatz im Einzelhandel mit Datenverarbeitungsgeräten, peripheren Geräten und Software in Deutschland von 2009 bis 2014 und Prognose bis zum Jahr 2020 (in Millionen Euro), Statista, <https://de.statista.com/prognosen/400424/einzelhandel-mit-computern--zubehoer-und-software-in-deutschland---umsatzprognose> (zuletzt abgerufen am 19.05.2017).

eine von *Bitkom* erhobene Studie, dass 2015 bereits 31 % unter 318 IKT-Unternehmen spezielle Produkte für Industrie 4.0 anbieten und 60 % der Unternehmen dies zukünftig planen.<sup>890</sup>

#### cc. Zusammenfassung teleologische Auslegung

Im Rahmen der teleologischen Auslegung waren zunächst nur die allgemeinen Zweckgesichtspunkte zu Grunde zu legen. Daher galt es insbesondere der Frage nachzugehen, wie Wertungswidersprüche vermieden werden können und welches Ergebnis der praktischen Wirksamkeit der Richtlinie (*effet utile*) entspricht.

Eine Einbeziehung von Software in den Anwendungsbereich der Richtlinie und damit des ProdHaftG ist schon wegen des Verhältnisses zwischen ProdHaftG und ProdSG zu bejahen. Das ProdSG, das als flankierende Säule des ProdHaftG bereits von einem weiteren Produktbegriff ausgeht, stützt eine weite Interpretation des Produktbegriffes auch im ProdHaftG. Die Zugrundelegung unterschiedlicher Produktbegriffe in beiden Gesetzen würde dem Gesamtsystem der Produktverantwortung<sup>891</sup> abträglich sein und dieses zudem unnötig verkomplizieren. Auch die explizite Nennung von Software im MPG zwingt eigentlich aus rechtlichen Gründen ebenfalls zur Einbeziehung derselben in das ProdHaftG, da das MPG mittels einer Rechtsgrundverweisung in das ProdHaftG verweist. Es würde zwangsläufig zu Wertungswidersprüchen führen, legte man das ProdHaftG enger aus als das verweisende MPG, das selbst gar keine Anspruchsgrundlage enthält, gleichwohl aber Software als Medizinprodukt anerkennt.

Schließlich ist die Einbeziehung von Software in den Anwendungsbereich der Richtlinie auch unter dem Argument des *effet utile* zu befürworten. Erst mit der Einbeziehung digitaler Güter und Überwindung eines vor-digitalen Begriffsverständnisses wird die volle Wirksamkeit der Richtlinie gewährleistet. Dies ergibt sich insbesondere daraus, dass digitale Güter mit bereits bekannten (analogen) Gütern vergleichbar sind und diesen zudem eine wichtige wirtschaftliche Bedeutung zukommt. Dieser technischen und wirtschaftlichen Entwicklung ist auch produkthaftungsrechtlich dadurch Rechnung zu tragen, dass der Begriff der „beweglichen Sache“ unter Einschluss digitaler Güter zu verstehen ist.

---

<sup>890</sup> Bitkom, ITK-Unternehmen: Welche strategische Bedeutung hat Industrie 4.0 für Ihr Unternehmen?, Statista, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/298171/umfrage/bedeutung-von-industrie-40-fuer-itk-unternehmen/> (zuletzt abgerufen am 19.05.2017).

<sup>891</sup> Siehe zum Gesamtsystem auch Erster Teil, 3. Kap. II.

### 3. Auslegungsergebnis: alle verkehrsfähigen Güter sind bewegliche Sachen

Nach Auslegung ergibt sich, dass der Begriff der „beweglichen Sache“ danach auszulegen ist, dass hiermit alle *verkehrsfähigen Güter* erfasst werden.

Insbesondere nach der grammatikalischen und systematischen Auslegung ergibt sich, dass der Haftungsgrund ausschließlich in der *Inverkehrgabe* des Produkts zu sehen ist, womit eine *Verkehrsfähigkeit des Produkts* inkludiert ist. Digitale Güter wie Software nehmen bereits faktisch am Rechtsverkehr teil und sind auch verkehrsfähig. Die Verkehrsfähigkeit ergibt sich insbesondere daraus, dass digitale Güter wie Software jedenfalls nicht durch Widmung o.ä. dem Rechtsverkehr entzogen sind. Auf das Merkmal der Körperlichkeit kommt es beim Sachbegriff des Produkthaftungsrechts gerade nicht an. Der Sachbegriff ist – anders als im allgemeinen Zivilrecht – *funktional*, d.h. auf den Zweck der Produkthaftung reduziert zu interpretieren. Dieser besteht darin, die Konsumenten vor den Risiken in den Verkehr gegebener Produkte zu schützen. Insofern kommt es allein auf die Möglichkeit an, dass das Erzeugnis in den Verkehr gegeben werden kann. Nicht relevant dagegen sind Aspekte der Güterzuordnung, die den Sachbegriff im allgemeinen Zivilrecht maßgeblich prägen. Gerade das Merkmal der Verkörperung ist dem Aspekt der Güterzuordnung geschuldet, da zum Beispiel eine besitzrechtliche Zuordnung auf den Grundsätzen der Sachherrschaft beruht. Und auch das Eigentum ist geprägt von der Ausgestaltung als Ausschließlichkeitsrecht. Ausschließlichkeitsrechte sind offenkundig bei klar abgrenzbaren Gegenständen einfach zu begründen.<sup>892</sup> Für das Produkthaftungsrecht jedoch kommt es hierauf nicht an. Reduziert auf den Zweck des Gesetzes, ergibt sich, dass nur die *Verkehrsfähigkeit* als entscheidende Sacheigenschaft vorliegen muss. Insofern ist der Sachbegriff im Rahmen der Produkthaftungsrichtlinie *funktional* zu interpretieren. Damit unterfällt Software als verkehrsfähiges Gut dem Sachbegriff der Produkthaftungsrichtlinie.

### 4. Übereinstimmungsprüfung

Schließlich ist zu prüfen, ob das gefundene Auslegungsergebnis mit den Zielen der Richtlinie übereinstimmt.

---

<sup>892</sup> So auch Zech, S. 80 mit Verweis auf folgendes Zitat Kohlers: „Man hat gut gethan, das Eigenthum auf das Gehören an körperlichen Sachen zu beschränken“.

### a. „Technisierung“ als Leitmotiv

Die Produkthaftungsrichtlinie ist zunächst durch das Leitmotiv der Technisierung gekennzeichnet. Bereits im 2. Erwägungsgrund wird die „Technisierung“ des „Zeitalters“ hervorgehoben.<sup>893</sup> Auch in historischen Dokumenten wird stets zu Beginn auf die „neuen Produktionsmethoden“ sowie die „Vervielfältigung des Handels“<sup>894</sup> hingewiesen.

Das Produkthaftungsrecht (und dies konnte bereits bei der Entwicklung der deliktischen Produzentenhaftung nachvollzogen werden) ist damit im Besonderen ein Rechtsreflex auf die Technisierung der Produktions- und Vertriebsstrukturen. So wie bereits die Entwicklung der Produzentenhaftung in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts maßgeblich unter dem Einfluss der Technisierung (Entwicklung hin zum Massenkonsum)<sup>895</sup> stand, ist die Weiterentwicklung der Produkthaftung hin zur Gefährdungshaftung ein Reflex auf die Automatisierung der Produktions- und Vertriebsstrukturen. Nur die technische Entwicklung hatte dazu geführt, dass Risiko- und Schadensverteilung in Zeiten hochtechnisierter Produktion überdacht werden mussten.<sup>896</sup> Die Entscheidung für eine europaweit einheitlich geltende Gefährdungshaftung ist mithin als grundsätzliche Wertungsentscheidung des Gemeinschaftsgesetzgebers zu verstehen, die die fortschreitende Technik ins Visier nimmt und eindeutig den Verbraucher zu schützen sucht.

Unter Beachtung dieses Leitmotivs stellte sich die Herausnahme digitaler Güter aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie insgesamt als zu der Idee, dem „Fortschritt der Technisierung“ rechtlich zu begegnen, gegenläufig dar. Auch wenn der Gemeinschaftsgesetzgeber bei Erlass der Richtlinie das Aufkommen und die Bedeutung digitaler Güter weder kennen noch abschätzen konnte, wird jedoch deutlich, dass mit der Richtlinie ein technikoffenes Regelungswerk geschaffen werden sollte, da gerade nicht den Stand der Technik von 1985 einfrieren sollte. Bereits das Leitmotiv intendiert eine dynamische, technikoffene Auslegung der in der Richtlinie enthaltenen Rechtsbegriffe.

---

<sup>893</sup> 2. Erwägungsgrund der Produkthaftungsrichtlinie: „Nur bei einer verschuldensunabhängigen Haftung des Herstellers kann das unserem Zeitalter fortschreitender Technisierung eigene Problem einer gerechten Zuweisung der mit der modernen technischen Produktion verbundenen Risiken in sachgerechter Weise gelöst werden.“

<sup>894</sup> *Calewaert-Bericht*, S. 11.

<sup>895</sup> Erster Teil, 3. Kap. III. 1. a.

<sup>896</sup> Auf die Schadensverteilung abstellend etwa, *Calewaert-Bericht*, S. 11; Auf die Verteilung des Risikos Bezug nehmend etwa, 1. Erwägungsgrund der Produkthaftungsrichtlinie.

## **b. Berücksichtigung der Richtlinienziele**

### aa. Verbraucherschutz

Der Verbraucherschutz wurde mit der im Verhältnis zur EWG deutlich politischer ausgerichteten EU<sup>897</sup> immer weiter gestärkt. Seit dem „Ersten Programm der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft für eine Politik zum Schutz und zur Unterrichtung der Verbraucher“<sup>898</sup> (1975), spätestens jedoch seit der Einheitlichen Europäischen Akte (EEA) 1986<sup>899</sup>, ist der Verbraucherschutz zu einem der Hauptbereiche geworden, in dem die Union tätig wird. Aufgrund der ständig wachsenden und erweiterten Märkte sowie der Fülle von Gütern und Dienstleistung sah man eine „allgemein und deutlich empfundene Notwendigkeit“ den Verbraucher zu schützen, womit sich das Verbraucherrecht zu einem eigenständigen Handlungsfeld des Gemeinschaftsgesetzgebers etablierte. Heute ergibt sich die Regelungskompetenz des Gemeinschaftsgesetzgebers aus Artt. 4 Abs. 2 lit. f, 169 AEUV.

Im Zuge der Europäisierung und Harmonisierung der Märkte ist der Verbraucher nicht mehr nur örtlich abgrenzbares Wirtschaftssubjekt, d.h. in einem abgegrenzten Markt tätig<sup>900</sup>, sondern Teil eines Massenmarktes geworden. Neue Absatz- und Produktionsmethoden sowie die Entwicklung von Kommunikationsmitteln<sup>901</sup> haben zu „mächtigen, gut organisierten Absatzsystemen“<sup>902</sup> geführt, die das Gleichgewicht zwischen Hersteller und Verbraucher ins Wanken bringt.

#### *(1) Hoher Verbraucherschutz*

Wohl auch deshalb formuliert Art. 169 AEUV schon dem Wortlaut nach „hohes Verbraucherschutzniveau“ als Leitbild. Wann genau ein solches erreicht ist, lässt sich schwerlich festlegen, jedoch ist das Leitbild als „relatives, komparatives Merkmal“<sup>903</sup> im Sinne einer Optimierung zu verstehen ist, da die ergriffenen Maßnahmen jedenfalls nicht eine Verschlechterung bewirken sollen.<sup>904</sup> Im Wesentlichen geht es jedoch um die Sicherheit und den Schutz der

---

<sup>897</sup> Rösler, EuR 2008, 800, 804.

<sup>898</sup> Ersten Programm der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft für eine Politik zum Schutz und zur Unterrichtung der Verbraucher v. 25.04.1975, Abl. Nr. C 92/2.

<sup>899</sup> Einheitliche Europäische Akte v. 17./28.02.1986, in Kraft getreten am 01.07.1987, Nr. L 169, S. 1.

<sup>900</sup> Abl. Nr. C 92/2, Punkt 6.

<sup>901</sup> Abl. Nr. C 92/2, Punkt 6.

<sup>902</sup> Abl. Nr. C 92/2, Punkt 6.

<sup>903</sup> Pfeiffer, in: Grabitz/Nettesheim/Hilf (2016), Art. 169 AEUV Rn. 19.

<sup>904</sup> Zum Verschlechterungsverbot siehe auch Pfeiffer, in: Grabitz/Nettesheim/Hilf (2016), Art. 169 AEUV Rn. 19.

Verbraucher, insbesondere durch in den Verkehr gebrachte Produkte und Dienstleistungen. Neben den klassischen Aspekten des Gesundheitsschutzes zählen zum Verbraucherschutz auch die Wahrung der wirtschaftlichen Interessen des Verbrauchers sowie das Recht des Verbrauchers auf Information.<sup>905</sup> Der Verbraucherschutz ist indes auch in zwei Richtungen zu verstehen: einerseits geht es um den Rechtsgüterschutz, d.h. die Verhinderung von Schäden im Zusammenhang mit dem Waren- und Dienstleistungsverkehr, und andererseits geht es um die „verantwortlich[e] und in wirtschaftlicher Hinsicht vernünftig[e]“ Ausübung der Verbraucherrolle.<sup>906</sup> Der Wirtschafts- und Sozialausschuss sieht die Rolle des Verbrauchers unter anderem auch in einer „Schiedsrichter“-Funktion der Marktwirtschaft, womit die Verbraucherpolitik als Begleitung der Wirtschaftspolitik zu verstehen ist.<sup>907</sup>

## *(2) Einbeziehung von Software unter dem Aspekt des Verbraucherschutzes*

Die Produkthaftungsrichtlinie zielt ebenso wie die Produktsicherheitsrichtlinie vor allem auf den Aspekt des Gesundheitsschutzes ab. Offenbar kommt dem Verbraucherschutz insgesamt im Rahmen der Produkthaftungsrichtlinie eine besondere Rolle zu, da sich dieser Gedanke in allein 11 von 19 Erwägungsgründen niederschlägt. Dies wird in der Literatur zum Teil bezweifelt<sup>908</sup>, weil als Kompetenzgrundlage auf heutigen Art. 114 Abs. 1 AEUV abgestellt wurde. Art. 114 Abs. 1 AEUV gestattet nämlich Harmonisierungsvorhaben, welche die „Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts“<sup>909</sup> zum Gegenstand haben. *Wagner* weist deshalb zu Recht auf eine „Inkongruenz von Zuständigkeitstitel und Regelungszwecken“<sup>910</sup>, die wohl auch bis heute besteht. Dass der EuGH in mehreren Entscheidungen die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes in den Vordergrund gestellt hat, ist nur teilweise richtig. Vor allem aber hat der EuGH dies im Zusammenhang mit den oben schon erwähnten Urteilen v. 25.04.2002 getan, in denen es um die einschränkende Anwendung der nationalen Produkthaftungsvorschriften ging. Diese Einschränkung konnte nur mit dem Binnenmarkt argumentiert werden, so dass es sachgerecht war, dieses Ziel hervorzuheben. Zu verkennen ist dennoch nicht, dass die Richtlinie eindeutig den Verbraucherschutz in den Vordergrund stellt.

---

<sup>905</sup> *Pfeiffer*, in: Grabitz/Nettesheim/Hilf (2016), Art. 169 Rn. 14.

<sup>906</sup> *Krebber*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 169 AEUV Rn. 5.

<sup>907</sup> Stellungnahme zum Thema „Verbraucher und Binnenmarkt“, Abl. EG Nr. C. 19/22.

<sup>908</sup> *Wagner*, in: MüKoBGB (2017), Einl. ProdHaftG Rn. 2.

<sup>909</sup> Wortlaut Art. 114 AEUV.

<sup>910</sup> *Wagner*, in: MüKoBGB (2017), Einl. ProdHaftG Rn. 2.

Vergegenwärtigt man sich, dass digitale Güter wie Software in der Gegenwart eine immer größere Rolle spielen, ist ihre Ausklammerung aus dem Produktbegriff unter dem Aspekt des Verbraucherschutzes undenkbar.<sup>911</sup> Gemäß Art. 169 AEUV sollen ein hohes Verbraucherschutzniveaus gewährleistet sowie die Verbraucherinteressen gefördert werden. Mithin intendiert Art. 169 AEUV schon rein begrifflich die Fortschreibung und Weiterentwicklung des Verbraucherschutzes, womit dieser auch entlang der technologischen und gesellschaftlichen Entwicklungen zu gewährleisten ist. Diesem Gedanken widerspräche es, wenn in einer digitalen Gesellschaft ausgerechnet digitale Güter vom Produktbegriff der Produkthaftungsrichtlinie nicht erfasst würden, obwohl diese derart stark auf den Verbraucherschutz ausgerichtet ist.

#### bb. Abbau der Handelshemmnisse und Warenverkehrsfreiheit

Wenn das Motiv des Abbaus von Handelshemmnissen in den Vordergrund gestellt wird, so dient das insbesondere der Stärkung der Warenverkehrsfreiheit, wie sich auch aus dem 1. Erwägungsgrund der Produkthaftungsrichtlinie ergibt.<sup>912</sup> Die Warenverkehrsfreiheit wiederum dient als eine der vier Grundfreiheiten<sup>913</sup> der Errichtung und Erhaltung des Binnenmarktes. Dieser ist gem. Art. 26 Abs. 2 AEUV definiert als ein „Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital [...] gewährleistet ist“. Die Begriffe „gemeinsamer Markt“ (wie er in der Produkthaftungsrichtlinie verwendet wird) und „Binnenmarkt“ (wie in Art. 114 AEUV verwendet) sind synonym<sup>914</sup> zu verstehen. Allerdings hat sich der Begriff „Binnenmarkt“ seit Einführung durch die EEA durchgesetzt. Als Leitziel formuliert<sup>915</sup>, wird mit der Errichtung und Erhaltung des Binnenmarktes ein Konzept verfolgt, das im Gegensatz zur einzelstaatlichen Abschottung steht.<sup>916</sup> Die Warenverkehrsfreiheit ist hierfür ein wichtiges und zentrales Element<sup>917</sup>, da der freie Warenverkehr nur dann gewährleistet ist, wenn es einen „ungehinderten und unverfälschten transnationalen Marktzu-

---

<sup>911</sup> Ähnlich hat der EuGH im Übrigen auch in der *E-Book-Entscheidung* argumentiert und den Ausschluss des digitalen Verleihs vom Anwendungsbereich der Richtlinie 2006/115 wegen des in der Richtlinie geforderten hohen Schutzniveaus für Urheber für widersinnig gehalten, EuGH, Urt. v. 10.11.2016 – C-174/15, Rn. 46, GRUR 2016, 1266, *E-Book*.

<sup>912</sup> Vgl. 1. Erwägungsgrund der Produkthaftungsrichtlinie („weil deren Unterschiedlichkeit den Wettbewerb verfälschen, den freien Warenverkehr innerhalb des gemeinsamen Marktes beeinträchtigen [...]).“).

<sup>913</sup> freier Personenverkehr, freier Warenverkehr, freier Dienstleistungsverkehr und freier Kapitalverkehr.

<sup>914</sup> Zu den Abgrenzungstheorien, *Riedel*, S. 98 f.

<sup>915</sup> *Herdegen* (2011), § 13 Rn. 1.

<sup>916</sup> *Müller-Graff*, in: *Müller-Graff*, § 6 Rn. 1.

<sup>917</sup> Europäische Kommission, *Der freie Warenverkehr, Leitfaden zur Anwendung der Vertragsbestimmungen über den freien Warenverkehr*, Ref. Ares(2013)3759436, S. 8 („wichtiges Element“).

gang<sup>918</sup> gibt. Die Warenverkehrsfreiheit und der Abbau von Handelshemmnissen gehen hiernach Hand in Hand.

Wenn es mit den Zielen des Abbaus von Handelshemmnissen und der Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen vor allem darum geht, die Warenverkehrsfreiheit zu Gunsten eines gemeinsamen Binnenmarktes zu stärken, muss für eine Auslegung, die sich an diesem Zweck orientiert, der Begriff der Warenverkehrsfreiheit und insbesondere der „Ware“ einer Konkretisierung zugeführt werden. Die Warenverkehrsfreiheit ist von der Dienstleistungsfreiheit abzugrenzen. Dienstleistungen sind gem. Art. 57 AEUV Leistungen, die gegen Entgelt erbracht werden, wobei insbesondere gewerbliche, kaufmännische, handwerkliche oder freiberufliche Tätigkeiten erfasst werden sollen. Bei der Dienstleistungsfreiheit wird vor allem auf den „Vorgang des Leistungsaustausches“ abgestellt.<sup>919</sup> Wenn es dem Wortlaut nach um „Waren“ geht, stellt sich die Frage, wie dieser zu verstehen ist. Nach der Rechtsprechung des EuGH sowie der Literatur sind unter Waren alle „Erzeugnisse, die einen Geldwert haben und daher Gegenstand von Handelsgeschäften sein können“<sup>920</sup>, zu verstehen, womit erkennbar eine handelsbezogene Betrachtung vorgenommen wird. Danach ist zunächst entscheidend, ob das Erzeugnis überhaupt Gegenstand des Handelsverkehrs sein kann. Ob unter Waren indes nur körperliche Gegenstände zu fassen sind oder auch unkörperliche Gegenstände wie Software gemeint sein können, wird hierdurch jedoch nicht geklärt. Diese Frage wird auch innerhalb der Literatur anscheinend uneinheitlich beantwortet. Teilweise wird zwischen körperlichen und unkörperlichen Gegenständen differenziert; andernorts wird diese Differenzierung nicht als zwingend erachtet.<sup>921</sup> Die Tatsache, dass die Rechtsprechung auch Elektrizität<sup>922</sup> und Erdgas<sup>923</sup> als Ware anerkannt hat, belegt indes, dass diese Differenzierung konturenlos und wohl auch nicht notwendig ist. Schließlich spricht auch die Einbeziehung von an sich unkörperlichen Erzeugnissen wie Elektrizität in die Warenverkehrsfreiheit regelnden Richtlinien, wie z.B. die Produkthaftungsrichtlinie, ebenfalls dafür, den Begriff der Ware weit zu verstehen.

---

<sup>918</sup> Müller-Graff, in: Müller-Graff, § 1 Rn. 36.

<sup>919</sup> Kluth, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 57 AEUV Rn. 7.

<sup>920</sup> EuGH, Urt. v. 10.12.1968 – 7/68, NJW 1969, 1550 (Leitsatz); Kingreen, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 36 AEUV Rn. 120.

<sup>921</sup> Für eine Abgrenzung zwischen körperlichen und unkörperlichen Gegenständen in Bezug auf die Warenverkehrsfreiheit etwa Randelzhofer/Forsthoff, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (2016), Art. 57 AEUV Rn. 180; dagegen Kingreen, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 36 AEUV Rn. 120 („Waren sind i. d. R., aber nicht zwingend, körperliche Gegenstände“).

<sup>922</sup> EuGH, Urt. v. 27.04.1994 – C-393/92, NJW 1994, 2142 (Leitsatz).

<sup>923</sup> EuGH, Urt. v. 23.10.1997 – C-159/94, EuZW 1998, 76, mit Anm. Lecheler.

### *(1) Weiterentwicklung zum digitalen Binnenmarkt*

Für eine weite Auslegung des Begriffs der Ware spricht ebenfalls die seit Mai 2015 von der Kommission verfolgte neue Binnenmarktstrategie.<sup>924</sup> Hierbei geht es um die Errichtung eines „digitalen Binnenmarktes“.<sup>925</sup> Ein digitaler Binnenmarkt soll vor allem dadurch erreicht werden, dass die „grenzüberschreitende Portabilität von Inhalten“<sup>926</sup> erleichtert wird, wobei vor allem die Unterschiede zwischen Online- und Offline-Umgebung eingeebnet werden müssen.<sup>927</sup> Diese Zielrichtung intendiert bereits, dass der digitale Binnenmarkt insbesondere aus digitalen Gütern besteht, womit diese ebenso zum Warenverkehr gehören wie körperliche Güter. Der „reine Datensatz“<sup>928</sup> ist zum Beispiel Gegenstand des Waren- und Rechtsverkehrs, wenn Software im Internet heruntergeladen, das Buch als E-Book gekauft und Filme gestreamt werden. Die Verkehrsfähigkeit digitaler Güter ist dabei nicht nur Faktum, sondern im Grundsatz auch anerkannt<sup>929</sup>, auch wenn die Frage der Eigentumsfähigkeit digitaler Güter und Daten bislang noch nicht vollständig gelöst wurde.

### *(2) Einbeziehung von Software unter dem Aspekt der Warenverkehrsfreiheit – Plädoyer für die Notwendigkeit eines technologieneutralen Ansatzes*

Eine am Zweck der Richtlinie orientierte Auslegung des Produktbegriffes erfordert zunächst ein weites Verständnis des Begriffs der „Ware“ im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit, welche eines der zentralen Motive der Richtlinie darstellt. Insbesondere mit der Errichtung eines digitalen Binnenmarktes umfasst der Warenverkehr nicht mehr länger nur analoge Güter, sondern wird um digitale Güter erweitert. Die Schaffung eines digitalen Binnenmarktes setzt also die Anerkennung solcher Güter voraus. Unter Berücksichtigung des Zwecks der Richtlinie, den freien Warenverkehr im gemeinsamen Binnenmarkt nicht zu beeinträchtigen, muss der Produktbegriff im Rahmen der Richtlinie technologieneutral ausgelegt werden und ebenso digitale Güter wie analoge Güter umfassen. Eine andere Interpretation liefe nicht nur dem

---

<sup>924</sup> Vertiefend zu den zuvor von der Kommission entwickelten Binnenmarktstrategien, vgl. *Korte*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 26 AEUV Rn. 48 ff.

<sup>925</sup> COM(2015) 192 final.

<sup>926</sup> Vgl. auch COM(2015) 634 endg., S. 4.

<sup>927</sup> COM(2015) 192 final, S. 4.

<sup>928</sup> *Hauck/Hofmann/Zech*, ZgE 2016, 141, 142.

<sup>929</sup> So auch *Hauck*, NJW 2014, 3616 („Dass digitale Güter – im Ergebnis also Dateien – handelbare Güter sind, steht außer Frage“).

bereits in der Praxis vorzufindenden Warenverkehr zuwider, sondern stünde zudem auch der Idee der Errichtung eines digitalen Binnenmarktes diametral entgegen.

### **c. Stellungnahme**

Zur Frage der Einbeziehung von Software in den Anwendungsbereich der Produkthaftungsrichtlinie sind die soeben angesprochenen Zwecküberlegungen des Gemeinschaftsgesetzgebers zu würdigen.

Mit Blick auf das Leitmotiv, das sich insbesondere auf die Technisierungsfolgen aus haftungsrechtlicher Perspektive fokussiert, stellt sich das Produkthaftungsrecht vom Zweck her geradezu zwingend als technologieoffen dar. Überdeutlich wird dies bereits im *Calewart-Bericht* der einen Blick in die Zukunft gewagt und von „neuen Produktionsmethoden“<sup>930</sup> sowie einer „Vervielfältigung des Handels“<sup>931</sup> gesprochen hat, womit der Richtlinie zugleich auch eine Innovationsoffenheit beschieden wird. Vor dem Hintergrund heute diskutierter neuer Produktionsmethoden, wie zum Beispiel der additiven Fertigung<sup>932</sup>, die auf einem digitalen CAD-Modell als Ausgangsprodukt beruht oder anderer digital vernetzter Produkte, wie das autonome Automobil oder der digitale Handel mit Produkten, muss festgestellt werden, dass genau diese Weiterentwicklung der Technik eingetreten ist. Es wäre nun recht widersinnig und auch würde dem Zweck der Richtlinie zuwiderlaufen, wenn genau solche Produktionsmethoden und Produkte aufgrund des Festhaltens an der Körperlichkeit gerade nicht erfasst würden.

Ähnlich verhält es sich mit Blick auf den Motivdreiklang der Richtlinie. Soweit ein digitaler Binnenmarkt errichtet werden soll, es also um die Erleichterung und Förderung des Austausches von digitalen Produkten auf digitalen Vertriebswegen geht, kann dieser Teil des Binnenmarkts nicht vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgeschlossen werden. Dies entspräche nicht dem der Richtlinie innenwohnenden Zweck des Verbraucherschutzes. Da überdies schon längst ein digitaler Warenverkehr existiert und die Verbraucher bereits geraume Zeit zurück mit digitalen Waren wie Software, E-Books oder andere digitale Güter, konfron-

---

<sup>930</sup> *Calewart-Bericht*, S. 11.

<sup>931</sup> *Calewart-Bericht*, S. 11.

<sup>932</sup> Die additive Fertigung, die auch unter dem Begriff 3D-Druck bekannt ist, zeichnet sich im Wesentlichen dadurch aus, dass zur Fertigung des Produkts eine CAD-Datei benötigt wird, die sämtliche Konstruktions- und Fertigungsdaten enthält, womit der 3D-Drucker angesteuert wird. Im Unterschied zu subtraktiven Verfahren wird das Produkt dann Schicht für Schicht, also additiv, gefertigt.

tiert werden, ist ein entsprechender Verbraucherschutz schon längst gefordert. Es kann nicht einerseits Sinn und Zweck des Produkthaftungsrechts sein, das Risiko hochtechnischer Produkte im Sinne eines Verbraucherschutzes zu steuern, andererseits aber gerade diese Produkte vom Anwendungsbereich nur deshalb auszunehmen, weil man mit einem vordigitalen Verständnis nur verkörperte Produkte anerkennt. Das Produkthaftungsrecht wäre dann nicht innovationsoffen, sondern rückwärtsgewandt. Auch vor dem Hintergrund, dass mit dem Produkthaftungsrecht das Inverkehrbringen technischer Innovationen unter der Prämisse gestattet ist, dass derjenige den Schaden ersetzt, der die wirtschaftlichen Früchte trägt und das Risiko steuern und überblicken kann, kann ein Ausschluss von Software vom Anwendungsbereich nicht überzeugen. Nach alledem kann die Definition der beweglichen Sache nicht am technischen Stand von 1985 stehen bleiben, sondern ist mit dem Fortschreiten der Technik, insbesondere aber am Zweck des Gesetzes, weiterzuentwickeln.

### **Zusammenfassung Dritter Teil**

Im *dritten Teil* der Arbeit ging es im Wesentlichen um die Frage, ob die wegen des Bezugs zur „beweglichen Sache“ ursprünglich auf die analoge Güterproduktion angelegte Rechtsvorschrift des § 2 ProdHaftG so ausgelegt werden kann, dass hierunter auch digitale Güter, wie Software erfasst werden können. Da aktuell keine Änderung des Wortlauts in Rede steht, ist eine solche Auslegung von praktischer Bedeutung, da digitale Güter durch den zunehmenden Einsatz von Software auf dem Vormarsch sind. Es ist daher zu erwarten, dass diese Frage in naher Zukunft die Gerichte trifft.<sup>933</sup> Obwohl, wie bereits herausgestellt, Software schon über § 823 Abs. 1 BGB der Produkthaftung unterstellt ist, ist die Frage der Einbeziehung auch in das ProdHaftG relevant. Die Relevanz ergibt sich zum einen aus der Wirkung des harmonisierten Rechts. Aus europäisch-ökonomischer Sicht ist nur das harmonisierte Recht geeignet, Wettbewerbsunterschiede einzuebnen und gleiche rechtliche Rahmenbedingungen hierfür zu statuieren. Parallel weitergeltende nationale Rechtsvorschriften mögen diese zwar ergänzen, dienen jedoch gerade nicht dem gemeinsamen Binnenmarkt. Im Zuge globalisierter Produktion und globalisiertem Handel, welche gleichsam durch neue Industrie-4.0-Technologien

---

<sup>933</sup> Rüthers/Fischer/Birk, § 1 Rn. 42 („Bevor der Gesetzgeber diese (Anm.: gemeint sind die technischen und gesellschaftlichen Entwicklungen) auch nur zur Kenntnis nimmt, werden die Gerichte damit konfrontiert.“).

nochmals befördert werden, ist die Interpretation der harmonisierten Vorschriften für den Binnenmarkt relevant. Die Interpretation nationaler Vorschriften dagegen wirken sich nur innerhalb der einzelnen Mitgliedstaaten aus. Zum anderen gewinnt noch ein Umstand im Zuge der zunehmenden Digitalisierung an Bedeutung: Die Relevanz von sog. Ausreißern, die im Rahmen des ProdHaftG nämlich unbeachtet bleiben, steigt mit der Komplexität und Unbeherrschbarkeit der Produkte an. Software und auch andere digitale Güter zeichnen sich eben durch jene Komplexität und Unbeherrschbarkeit aus, so dass nur über das ProdHaftG effektiver Rechtsschutz gewährleistet werden kann.

Da der Oberbegriff „Produkt“ im Rahmen des § 2 ProdHaftG „Elektrizität“ und „bewegliche Sachen“ erfasst, war sich der Vollständigkeit halber beiden Begriffe zu widmen. Eine Subsumtion von Software unter den Begriff der „Elektrizität“ war jedoch schnell zu verneinen. Eine mögliche Subsumtion ergab sich nur unter dem Aspekt, dass Software letztlich erst über die Hardware, insbesondere den Prozessor, der wiederum aus einem System von Transistoren, mithin elektrischen Leitungen besteht, funktionsfähig wird. Es konnte jedoch festgestellt werden, dass der Richtlinienggeber für den Bereich der Produkthaftung vor allem solche Fehler erfassen wollte, die auf den Bereich der *Elektrizitätserzeugung* zurückzuführen sind, nicht jedoch solche, die auf der *Elektrizitätsübertragung* beruhen. Damit sind solche Risiken erfasst, die allgemein durch die Verwendung von Elektrizität entstehen, da andernfalls auch alle elektrisch betriebenen Produkte unter dem Begriff „Elektrizität“ subsumierbar wären.

Damit lag der Schwerpunkt der Ausführungen auf der Auslegung des Begriffs „bewegliche Sache“. Die methodische Herausforderung war hierbei die Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung, da das ProdHaftG als Umsetzungsgesetz zur Produkthaftungsrichtlinie entstanden ist. Somit sind sämtliche Rechtsbegriffe des Gesetzes autonom, also abseits des nationalen Begriffsverständnisses zu interpretieren. Der Rechtsprechung des EuGH zur Methodik der richtlinienkonformen Auslegung sind bislang jedoch allenfalls Hinweise zu entnehmen, so dass hier zunächst auf die konkrete Durchführung einzugehen war. Unter Auswertung dieser hinweise, konnte festgestellt werden, dass den Richtlinienzielen bei der Auslegung besondere Bedeutung zukommt, da sie als Maßstab dafür heranzuziehen sind, ob das gefundene Ergebnis richtlinienkonform ist. Damit sind nur solche Ergebnisse als richtlinienkonform anzusehen, die den Richtlinienzielen entsprechen. Methodisch war damit eine Übereinstimmungsprüfung am Ende der Auslegung erforderlich, bei dem das gefundene Auslegungsergebnis unter Berücksichtigung der Richtlinienziele zu beurteilen ist. Nur wenn die-

ses mit den Richtlinienzielen übereinstimmt, ist ein richtlinienkonformes Auslegungsergebnis gefunden.

Die Auslegung selbst konnte aufgrund der methodischen Vorgabe des EuGH, wonach die nationalen Gerichte unter „Anwendung ihrer Auslegungsmethoden [...]“<sup>934</sup> vorgehen können, mittels der bekannten nationalen Auslegungsmethoden vollzogen werden. Damit war eine grammatikalische, systematische, historische und teleologische Auslegung durchzuführen.

Festgestellt wurde jedoch, dass insbesondere die grammatikalische Auslegung durch die Mehrsprachigkeit des Richtlinienrechts nicht derart ergiebig ist wie im nationalen Rechtsraum. Hinzu kommt, dass anders als die nationale Rechtssprache die europäische Rechtssprache kein Fundament in der Allgemeinsprache hat, womit im Grunde der Anknüpfungspunkt für die grammatikalische Auslegung fehlt. Aus diesem Grund wurde hier die grammatikalische Auslegung um die komparative Methode ergänzt, um festzustellen, ob es innerhalb der europäischen Rechtskreise bereits eine einheitliche Auffassung zum Sachbegriff gibt. Hierzu wurden die deutsche und die österreichische Rechtspraxis und Literatur mit einander verglichen. Da jedoch die grammatikalische Auslegung im Richtlinienkontext aufgrund der Sprachenvielfalt allenfalls eine Auslegungstendenz ergeben kann, war die systematische und historische Auslegung zwingend anzuschließen.

Im Ergebnis konnte festgestellt werden, dass die systematische, historische, teleologische und selbst die grammatikalische Auslegung zu dem Ergebnis führen, dass unter dem Begriff „bewegliche Sachen“ nach dem Produkthaftungsgesetzes *alle verkehrsfähigen Güter* zu verstehen sind.

Dieser Befund konnte mit der zum Schluss durchgeführten Übereinstimmungsprüfung bestätigt werden. Hier wurde zunächst ermittelt, dass der Richtlinie unter dem Leitmotiv der „Technisierung“ steht und die Richtlinienziele (Verbraucherschutz, Abbau der Handelshemmnisse, Warenverkehrsfreiheit) jeweils auch unter Berücksichtigung des technischen Fortschritts zu betrachten sind. Hierbei widerspräche es sowohl dem von der Richtlinie statuierten hohen Verbraucherschutz, wenn in einer digitalen Wirtschaft digitale Güter nicht der Produkthaftung unterliegen würden als auch der derzeit betriebenen Weiterentwicklung zum digitalen Binnenmarkt, die eine Inklusion von Software in den Anwendungsbereich der Pro-

---

<sup>934</sup> EuGH, Urt. v. 04.07.2006 – C-212/04, NJW 2006, 2465, *Adeneler*; aber auch schon vorher angedeutet in EuGH, Urt. v. 15.07.1963 – Rs. 34/62; EuGH, Urt. v. 6.10.1980 – Rs. 246/80, NJW 1982, 502; EuGH, Urt. v. 06.10.1970 – Rs. 9-70; EuGH, Urt. v. 04.12.1974 – Rs. 41/74.

dukthaftungsrichtlinie unabdingbar macht.

Als Auslegungsergebnis konnte daher festgestellt werden:

***Bewegliche Sachen i.S.d. Produkthaftungsgesetzes sind alle verkehrsfähigen Güter.***

Damit sind Software und andere digitale Güter in den Anwendungsbereich des ProdHaftG mit einbezogen. Die Einbeziehung digitaler Güter wird im Übrigen auch in der gerade veröffentlichten Konsultation zur Produkthaftungsrichtlinie überwiegend befürwortet.<sup>935</sup>

---

<sup>935</sup> Vgl. <http://ec.europa.eu/docsroom/documents/23470> (zuletzt abgerufen am 05.11.2017), Stellungnahme der „Public authorities, Law Firms, Academia etc“.

## Ausblick

Das Produkthaftungsrecht ist in seiner Grundkonzeption technik- und entwicklungs offen, so dass auch gravierende technische Veränderungen, und als solche muss das Fortschreiten und der vielfältige Einsatz der Softwaretechnik faktisch gesehen werden, ein „Weiterdenken“ der Rechtsvorschrift erlauben. Eine Gesetzesänderung ist nicht zwingend. Insgesamt zeigt sich aber auch, dass sich Gesellschaft, Wirtschaft und Industrie durch die Digitalisierung derart verändern, dass die Rechtssprache meilenweit zurückliegt. Herkömmliche Rechtsbegriffe müssen unter dem Aspekt der Digitalisierung neu bewertet werden und an manchen Stellen auch die Rechtsordnung insgesamt. Man denke hier nur an den Begriff des „Eigentums“, der auf digitale Güter kaum zu passen scheint. Im Zuge der Digitalisierung wird es in Zukunft noch viele Forschungsfragen geben, die sich insbesondere mit der Transformation der Rechtsvorschriften sowie der Rechtsordnung in das digitale Zeitalter fokussieren werden müssen.

Neben diesen technischen Veränderungen zwingt auch die Europäisierung des Rechts zu einigem Nachdenken. Das europäische Gemeinschaftsrecht trifft auf eine vielsprachige Staatengemeinschaft, so dass als Herausforderung neben der Harmonisierung des Rechts auch die Harmonisierung der *Interpretation* des Rechts entsteht. Durch die Vervielfältigung der Rechtssprache, insbesondere durch Richtlinienrecht, kommt es zu Verständnisschwierigkeiten, wenn nämlich Begriffe des Unionsrechts weitestgehend der Interpretation durch die Mitgliedstaaten überlassen werden. Als wesentlich in der Sprache verhaftete Wissenschaft kann Harmonisierung jedoch nur gelingen, wenn sich der Gemeinschaftsgesetzgeber der Tatsache bewusst ist, dass allein die Übersetzung des Gesetzestexts keine vollständige Harmonisierung schafft. Die Vielfältigkeit der Interpretationsmöglichkeiten wird dadurch jedenfalls nicht vollständig eingeebnet. Aufgrund der Sprachenvielfalt und des zweistufigen Rechtsetzungprozesses im Rahmen des Richtlinienrechts bestehen zudem auch erhöhte Anforderungen an die Sprachgenauigkeit und Klarheit europäischer Rechtsvorschriften. Vor diesem Hintergrund erlangen auch interpretative Vorgaben für die Auslegung durch den Gemeinschaftsgesetzgeber besondere Bedeutung. Definitions- und Interpretationsdefizite multiplizieren sich nämlich – anders als im nationalen Recht – europaweit. Dies gilt insbesondere auch für die in den Richtlinien vielfältig anzutreffenden Öffnungsklauseln, die aufgrund ihrer Auswirkungen auf die Gesetzgebungshoheit der Mitgliedstaaten besondere Bedeutung haben. Unklarheiten, wie sie 17 Jahre lang in Bezug auf die Harmonisierungswirkung der Pro-

dukthaftungsrichtlinie herrschten, beziehungsweise Interpretationsspielräume über die Reichweite von Öffnungsklauseln sind einer erfolgreichen Harmonisierung abträglich, denn sie schmälern und bremsen die Harmonisierungsbestrebungen. Doch auch die Mitgliedstaaten müssen Europakompetenz in die Juristenausbildung, Praxis und Wissenschaft bringen. Der ausschließliche oder stark überwiegende Fokus auf das nationale Recht führt zu Unsicherheiten auf der Rechtsanwendungsseite angesichts der Interpretationsfragen, die das harmonisierte Recht bereithält. Sprach- und Methodenkompetenz müssen hier neu ausgerichtet werden. Die Idee einer europäischen Methodenlehre ist für die Interpretation harmonisierten Rechts sicherlich hilfreich.

Und noch eine weitere Kompetenz müssen sich Juristen zunehmend aneignen. Durch die zunehmende Technisierung von Gesellschaft, Wirtschaft und Industrie verzahnen sich Technik und Recht immer mehr, so dass eine von der Technik losgelöste rechtliche Betrachtung zum Scheitern verurteilt zu sein ist. Dies hat die sich über Jahre gehaltene Vorstellung der zwingenden Verbindung von Hardware und Software gezeigt. Rechtsfragen sind immer mehr auch Technikfragen, womit jedenfalls einfache Technik- und IT-Kenntnisse unabdingbar sind. Selbst wenn diese nicht (immer) von den Juristen selbst aufzubringen sind, so bedarf es doch zumindest der Einsicht, dass an diesen Stellen interdisziplinäre Zusammenarbeit von Nöten ist.



- Beckmann, Kirsten/Müller/Ulf* Online übermittelte Informationen: Produkte i.S.d. Produkthaftungsgesetzes? MMR 1999, 14.
- Berger, Christian* Verkehrsfähigkeit „digitaler Güter“, ZGE 2016, 170.
- Bergmann, Jan* Handlexikon der Europäischen Union, 5. Neu bearb. und erw. Auflage, Stuttgart.  
(zitiert: Bearbeiter, in: Bergmann, Stichwort:).
- Brenncke, Martin* Europäisierung der Methodik richtlinienkonformer Rechtsfindung, EUR 2015, 440.
- Büchel, Gregor* Praktische Informatik – Eine Einführung, 2012, Wiesbaden.  
(zitiert: Büchel).
- Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (Hrsg.)* Strategie automatisiertes und vernetztes Fahren, 2015, Berlin.  
(zitiert: Bundesministerium Strategie).
- Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (Hrsg.)* Die Lage der IT-Sicherheit in Deutschland 2015, 2015, Bonn  
(zitiert: BSI IT-Sicherheit (2015)).
- Büchel, Gregor* Praktische Informatik – Eine Einführung, 2012, Wiesbaden.  
(zitiert: Büchel).
- Büsken, Rainer* Der Produktbegriff nach der deliktischen Produzentenhaftung und dem Produkthaftungsgesetz, r+s 1991, 73.
- Bydlinski, Franz* Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 2. Aufl. 2012, Wien.  
(zitiert: Bydlinski).
- Bydlinski, Franz* Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. erg. Aufl. 1991, Wien u.a.  
(zitiert: Bydlinski, Rechtsbegriff).

- Bydlinksi, Peter* Der Sachbegriff im elektronischen Zeitalter: zeitlos oder anpassungsbedürftig?, AcP 1998, 287.  
(zitiert: Bydlinksi, P.).
- Cahn, Andreas* Produkthaftung für verkörpert geistige Leistungen, NJW 1996, 2899.
- Calewaert, Willy, G.J.* Bericht im Namen des Rechtsausschusses über den Vorschlag der Kommission der Europäischen Gemeinschaften an den Rat (Dok. 351/76) für eine Richtlinie zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte v. 17.4.1979  
(zitiert: Calewaert-Bericht).
- Calliess, Christian/ Ruffert, Matthias* EUV, AEUV Kommentar, 5. Aufl. 2016, München  
(zitiert: Bearbeiter, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV).
- Castran, Valentin* Elektrische Energieversorgung 2, 2. Aufl. 2009, Berlin Heidelberg.  
(zitiert: Castran).
- Danner, Wolfgang/Theobald, Christian (Hrsg.)* Energierecht Kommentar, 88. Ergänzungslieferung 2016, München.  
(zitiert: Bearbeiter, in: Danner/Theobald (2016)).
- Deutsch, Erwin* Allgemeines Haftungsrecht, 2. Auflage, Köln u.a. 1996.  
(zitiert: Deutsch, Haftungsrecht).
- Deutsch, Erwin* Das neue System der Gefährdungshaftungen: Gefährdungshaftung, erweiterte Gefährdungshaftung und Kausal-Vermutungshaftung, NJW 1992, 73.
- Deutsch, Erwin* Der Schutzbereich der Produzentenhaftung nach dem BGB und dem PHG, JZ 1989, 465.
- Deutsch, Erwin* Fallgruppen der Produkthaftung – gelöste und ungelöste Probleme, VersR 1992, 521.

- Deutsch, Erwin/Ahrens, Hans-Jürgen* Deliktsrecht, 6. Aufl. 2014, München.  
(zitiert: Deutsch/Ahrens (2014)).
- Deutsch, Erwin/Ahrens, Hans-Jürgen* Deliktsrecht, 4. Aufl. 2001 Köln, Berlin u.a.  
(zitiert: Deutsch/Ahrens (2001)).
- Diederichsen, Uwe* Anm. zu BGH, Urt. v. 26.11.1968 – VI ZR 212/66, NJW 1969, 269.
- Diederichsen, Uwe* Zur Rechtsnatur und systematischen Stellung von Beweislast und Anscheinsbeweis, VersR 1966, 211.
- Diederichsen, Uwe* Zur Dogmatik der Produkthaftung nach Inkrafttreten des Produkthaftungsgesetzes, Schriftenreihe der Arbeitsgemeinschaften des Deutschen Anwaltsverein, 1988, Essen.  
(zitiert: Diederichsen, in: Schriftenreihe der Arbeitsgemeinschaften des deutschen Anwaltsvereins (1988)).
- Dreier, Thomas* Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft- Anpassung des Urheberrechts an die Bedürfnisse der Informationsgesellschaft, GRUR 1997, 859.
- Eigner, Martin/Gerhardt, Florian/Gilz, Torsten/Mogo Nem, Fabrice* Informationstechnologie für Ingenieure, 2012, Berlin, Heidelberg.  
(zitiert: Eigner et al).
- Ensthaler, Jürgen/Gesmann-Nuissl, Dagmar/Müller, Sefan* Technikrecht, 1. Aufl. 2012, Berlin, Heidelberg.  
(zitiert: Bearbeiter, in: Ensthaler/Gesmann-Nuissl/Müller).
- Ernst, Hartmut/Schmidt, Jochen/ Beneken, Gerd* Grundkurs Informatik, 5. Aufl. 2015, Wiesbaden.  
(zitiert: Ernst/Schmidt/Beneken).
- Esser, Josef* Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, 2. Aufl. 1969, München.  
(zitiert: Esser, (1969)).

- Everling, Ulrich/Roth, Wulf-Henning (Hrsg.)* Mindestharmonisierung im Europäischen Binnenmarkt, Schriftenreihe Europäisches Recht, Politik und Wirtschaft, 1. Aufl. 1997, Baden-Baden.  
(zitiert: Bearbeiter, in: Everling/Roth).
- Lutter, Marcus* Die Auslegung angeglichenen Rechts, JZ 1992, 593.
- Filthaut, Werner* Haftpflichtgesetz Kommentar, 9. Aufl. 2015, München.  
(zitiert: Bearbeiter, in: Filthaut (2015)).
- Fitz, Hanns/ Grau, Alexander/ Reindl, Peter* PHG Kurzkommentar, 2. Aufl. 2004, Wien.  
(zitiert: Bearbeiter, in: Fitz/Grau/Reindl)
- Fitzner, Uwe/Lutz, Raimund/ Bodewig, Theo (Hrsg.)* Beck'scher Online-Kommentar Patentrecht, 3.Ed.2012, München.  
(zitiert: Bearbeiter, in: BeckOK-PatG).
- Flessner, Axel* Juristische Methode und europäisches Privatrecht, JZ 2002, 14.
- Foerste, Ulrich/ Westphalen, Graf von* Produkthaftungshandbuch, 3. Aufl. 2012, München.  
(zitiert: Bearbeiter, in: Foerste/v. Westphalen).
- Foerste, Ulrich* Die Produkthaftung für Druckwerke, NJW 1991, 1433.
- Friedrich Graf von Friese, Hans* Kommentar Reichshaftpflichtgesetz, 1950 München u.a.  
(zitiert: Friese, Reichshaftpflichtgesetz).
- Gebauer, Martin (Hrsg.)/Wiedmann, Thomas* Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 2. Aufl. 2010, Stuttgart u.a.  
(zitiert: Bearbeiter, in: Gebauer/Wiedmann).
- Gesmann-Nuissl/Wenzel, Christian* Produzenten- und Produkthaftung infolge abfallrechtlicher Produktverantwortung, NJW 2004, 117.

- Geigel, Reinhardt (Begr.)* Der Haftpflichtprozess, hrsg.v. Haag, Kurt, 27. Aufl. 2015 München.  
(zitiert: Bearbeiter, in: Geigel (2015)).
- Goldschmidt, James* Materielles Justizrecht (Rechtsschutzanspruch und Strafrecht), in: Festgabe für Bernhard Hübler zum 70. Geburtstage am 25.5.1905 überreicht von ehemaligen Schülern, 1905, Berlin.  
(zitiert: Bearbeiter, in: FS Hübler).
- Gottwald, Peter* Schadenszurechnung und Schadensschätzung, 1979, München.  
(zitiert: Gottwald).
- Grabitz, Eberhard/ Hilf, Meinhard/ Nettesheim, Martin (Hrsg.)* Das Recht der Europäischen Union Bd. I, EUV/AEUV  
59. Ergänzungslieferung 2016, München.  
(zitiert: Bearbeiter, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (2016)).
- Grabitz, Eberhard/ Hilf, Meinhard/ Nettesheim, Martin (Hrsg.)* Das Recht der Europäischen Union Bd. I, EUV/AEUV  
40. Aufl. 2009, München.  
(zitiert: Bearbeiter, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (2009)).
- Westphalen, Friedrich Graf von Grundmann,* Das neue Produkthaftungsgesetz, NJW 1990, 83.
- Stefan/Micklitz, Hans-Wolfgang/ Renner, Moritz* Privatrechtstheorie, Bd. II, 2015, Tübingen.  
(zitiert: Bearbeiter, in: Grundmann/Micklitz/Renner).
- Gübeli, Rolf/ Käser, Hans/, Klaus, Rolf/ Müller, Thomas* Technische Informatik II, 2. Aufl. 2010, Zürich.  
(zitiert: Gübeli et al).
- Günther, Andreas* Produkthaftung für Informationsgüter, Köln, 2001.  
(zitiert: Günther).
- Hand, John R. M./Lev, Baruch* Intangible assets : values, measures, and risks, 2003, Oxford.  
(zitiert: Bearbeiter, in: Hand/Baruch).

- Harten, Ulrich* Physik, Springer, 6. Aufl. 2014, Heidelberg.  
(zitiert: Harten).
- Hartmann, Volker* Here comes the robot – Produkthaftung und Robotik am Beispiel des automatisierten und autonomen Fahrens (Teil 2: Anforderungen an die Produktbeobachtung), Phi 2017, 42.
- Hansen, Hauke/ Wolff-Rojczyk, Oliver* Erschöpfung des Verbreitungsrechts bei „gebrauchten“ Softwarelizenzen – UsedSoft, GRUR 2012, 904 mit Anm. Hansen/ Wolff-Rojczyk
- Hauck, Ronny* Gebrauchthandel mit digitalen Gütern, NJW 2014 3616.
- Hauck, Ronny/Hofmann, Franz/Zech, Herbert* Verkehrsfähigkeit digitaler Güter, ZGE 2016, 141.
- Herdegen, Matthias* Europarecht, 13. Aufl. 2011, München.  
(zitiert: Herdegen (2011)).
- Hermes, Jan* Wechselwirkungen zwischen Produktsicherheitsrecht und Produkthaftungsrecht, Hamburg 2009
- Heussen, Benno* Urheber- und lizenzrechtliche Aspekte bei der Gewährleistung für Computersoftware - Zugleich zum Problem der Rechtsnatur von Lizenzverträgen, GRUR 1987, 779.
- Hill-Arning, Susanne/Hoffmann, William C.* Produkthaftung in Europa, 1995, Heidelberg.  
(zitiert: Hill-Arning/Hoffmann).
- Hilty, Reto M.* Der Softwarevertrag – ein Blick in die Zukunft, Konsequenzen der trägerlosen Nutzung und des patentrechtlichen Schutzes von Software, MMR 2003, 3.
- Hoeren, Thomas* Internetrecht, 2015, Münster.  
(zitiert: Hoeren (2015)).
- Hoeren, Thomas* Softwareüberlassung an der Schnittstelle von Urheber- und Vertragsrecht - Zugleich eine kritische Auseinandersetzung mit Heussen, GRUR 1987, 779 ff, GRUR 1988, 340.

- Hoeren, Thomas/Försterling, Matthias* Onlinevertrieb „gebrauchter“ Software, Hintergründe und Konsequenzen der EuGH-Entscheidung „UsedSoft“, MMR 2012, 642.
- Hoffmann, Dirk W.* Grundlagen der technischen Informatik, 3. Aufl. 2013, München.  
(zitiert: Hoffmann)
- Hohmann, Harald* Haftung der Softwarehersteller für das „Jahr 2000“-Problem, NJW 1999, 521.
- Hohloch, Gerhard* Produkthaftung in Europa, ZEuP 1994, 408.
- Hohmann, Harald* Haftung der Softwarehersteller für das „Jahr 2000“-Problem, NJW 1999, 521.
- Honsell, H./Lerche, P. (Hrsg.)* Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich, 2006 Berlin, Heidelberg.  
(zitiert: Honsell/Lerche).
- Horns, Axel H.* Anmerkungen zu begrifflichen Fragen des Softwareschutzes, GRUR 2001, 1.
- Hubwieser, Peter/Mühling, Andreas/ Aiglstorfer, Gerd* Fundamente der Informatik: Funktionale, imperative und objektorientierte Sicht, Algorithmen und Datenstrukturen, 2. Aufl. 2013, München, Oldenbourg.  
(zitiert: Hubwieser/Mühling/Aiglstorfer).
- Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim* Wettbewerbsrecht, Bd. II, 5. Aufl. 2014, München.  
(zitiert: Bearbeiter, in: Immenga/Mestmäcker (2014)).
- Jansen, Nils* Die Struktur des Haftungsrechts – Bd. 76, 2003, Tübingen.  
(zitiert: Jansen).
- Jeand´Heur, Bernd* Der Normtext: Schwer von Begriff oder Über das Suchen und Finden von Begriffsmerkmalen. Einige Bemerkungen zum Referenzverhältnis von Normtext und Sachverhalt, in: Müller, Friedrich (Hrsg.), Untersuchungen zur Rechtslinguistik: interdisziplinäre Studien zu praktischer Semantik und strukturierender Rechtslehre in Grundfragen der juristischen Methodik 1989, Berlin.

- (zitiert: Jeand´Heur, in: Müller).
- Jensen Meiko/Gruschka, Nils/Lüsse, Jens*      Datenschutz im Fahrzeug der Zukunft: Vernetzt, Autonom, Elektrisch., Lecture Notes in Informatics, Informatik 2016, Mayr, Heinrich C., Pinzger, Martin (Hrsg.), 2016, Bonn.
- Joost, Detlev/Strohn, Lutz (Hrsg.)/Boujong, Karlheinz/ Ebenroth, Carsten Thomas*      Handelsgesetzbuch, 3. Aufl. 2015, München.  
(zitiert: *Bearbeiter*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn).
- Junker, Abbo*      Die Entwicklung des Computerrechts im Jahre 1999, NJW 2000, 1304.
- Kilian, Wolfgang, Heussen, Benno (Hrsg.)*      Computerrechtshandbuch, Informationstechnologie in der Rechts- und Wirtschaftspraxis, 32. Ergänzungslieferung, 2013, München.  
(zitiert: *Bearbeiter*, in: Kilian/Heussen (2013)).
- Kirchhof, Paul*      Die Bestimmtheit und Offenheit der Rechtsprache, 1987, Berlin.  
(zitiert: Kirchhof).
- Kirchner, Hildebert*      Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 8. Aufl. 2015, Berlin, Boston.
- Kirn, Stefan/Müller-Hengstenberg, Claus*      Überfordert die digitale Welt der Industrie 4.0 die Vertragstypen des BGB, NJW 2017, 433.
- Kleinschmidt, Christian*      Technik und Wirtschaft im 19. und 20. Jahrhundert, 2007, München.  
(zitiert: Kleinschmidt).
- Klindt, Thomas*      Produktsicherheitsgesetz Kommentar, 2. Aufl. 2015, München.  
(zitiert: Klindt (2015)).
- Kloepfer, Michael*      Technik und Recht im wechselseitigen Werden, 2002, Berlin.  
(zitiert: Kloepfer, Technik und Recht).
- Kluge, Vanessa*      Die Haftung des Netzbetreibers bei Überspannungsschäden, InTeR 2015, 67.
- Kluge, Vanessa/Müller, Anne-Kathrin*      Der automatisierte Notruf, InTeR 2015, 213.

- Koch, Harald* Internationale Produkthaftung und Grenzen der Rechtsangleichung durch die EG-Richtlinie, ZHR 1988, 537.
- König, Mark Michael* Die Qualifizierung von Computerprogrammen als Sachen i.S. des § 90 BGB, NJW 1989, 2604.
- König, Mark Michael* Das Computerprogramm im Recht, 1991, Köln.  
(zitiert: König (1991)).
- Kötz, Heinz* In Festschrift für Werner Lorenz: Ist die Produkthaftung eine vom Verschulden unabhängige Haftung?, in: Festschrift für Werner Lorenz, 1991, Tübingen.  
(zitiert: Kötz, in: FS Lorenz).
- Koziol, Helmut/ Bydlinski, Peter/ Bollenberger, Raimund (Hrsg.)* ABGB Kommentar, 3. Aufl. 2010, Wien, New York.  
(zitiert: Bearbeiter, in: Koziol/Bydlinski/Bollenberger (2010)).
- Kraft, Ioana Ruxandra* Der Angleichungsstand der EG-Produkthaftung – eine vergleichende Untersuchung am Beispiel der Rechtslage in Deutschland, Frankreich, Spanien und Rumänien, 2004, München.  
(zitiert: Kraft).
- Kramer, Ernst A.* Konvergenz und Internationalisierung der juristischen Methode, in: Assmann, Hans-Dieter/Brüggemeier, Gerd/Sethe, Rolf (Hrsg.), Unterschiedliche Rechtskulturen – Konvergenz des Rechtsdenkens, Bd. 3, 1. Aufl. 2001, Baden-Baden.  
(zitiert: Kramer, in: Assmann/Brüggemeier/Sethe).
- Kramer, Ernst A.* Hauptprobleme der Rechtsrezeption, JZ 2017, 1.
- Kreuzer, Karl* Prinzipien des deutschen außervertraglichen Haftungsrechts.  
(zitiert: Kreuzer, in: FS Lorenz).
- Larenz, Karl* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, verkürzte Studienausgabe d. 5. Aufl. 1983, Berlin.

- (zitiert: Larenz (1983)).
- Larenz, Karl* Die Prinzipien der Schadenszurechnung JuS 1965, 373.
- Larenz, Karl/ Canaris Claus-Wilhelm* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Neu bearb. Aufl. 1995, Berlin u.a.  
(zitiert: Larenz/Canaris).
- Laumen, Hans-W.* Die „Beweiserleichterung bis zur Beweislastumkehr“ - Ein beweisrechtliches Phänomen, NJW 2002, 3739.
- Leenen, Detlef* Die Auslegung von Richtlinien und die richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung des nationalen Rechts, Jura 2012, 753.
- Lehmann, Michael* Produkt – und Produzentenhaftung für Software, NJW 1992, 1721.
- Lenz, Tobias* Produkthaftung, 1. Aufl. 2014, München.  
(zitiert: Lenz).
- Liebig, Hans/Flik, Thomas/Rechenberg, Peter/Reinefeld, Alexander/ Mössenböck, Hanspeter* Das Ingenieurwissen: Technische Informatik 2014, Berlin, Heidelberg.  
(zitiert: Liebig et al).
- Logofătu, Doina* Grundlegende Algorithmen mit Java, 2. Aufl. 2014, Wiesbaden.
- Lorenz, Werner* Warenabsatz und Vertrauensschutz, Karlsruher Forum 1963, Beiheft zum VersR 1993, 8.
- Lorenz, Werner* Europäische Rechtsangleichung auf dem Gebiet der Produzentenhaftung: Zur Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 26. Juli 1985, ZHR 1987, 1.
- Lötscher, Andreas* Die (Un-)Verständlichkeit von Gesetzen – eine Herausforderung für die Gesetzesredaktion, ZERL 2016, 1.
- Lusti, Markus* Dateien und Datenbanken, 3. Aufl. 1997, Berlin u.a.  
(zitiert: Lusti).
- Lutz, Lennart S.* Autonome Fahrzeuge als rechtliche Herausforderung, NJW 2015, 119.



*Franz Jürgen/Rixecker, Roland/  
Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina,*

Bd. II – Schuldrecht Besonderer Teil I §§ 433-534, Finanzierungsleasing, CISG, 7. Aufl. 2016, München;

Bd. IV - Schuldrecht Besonderer Teil II §§ 611-704 BGB, EFZG, TzBfG, KSchG, 6. Aufl. 2012, München;

Bd. V - Schuldrecht Besonderer Teil III §§ 705-853 BGB, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz, 6. Aufl. 2013, München;

Band VI - Schuldrecht Besonderer Teil III §§ 705-853 BGB, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz, 7. Aufl. 2017, München.

(zitiert: Bearbeiter, in: MüKoBGB (Jahresangabe)).

*Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht,  
hrsg.v. Heermann, Peter W./Schlinghoff, Jochen,*

Bd. I – Grundlagen des Lauterkeitsrechts, Internationales Wettbewerbs- und Wettbewerbsverfahrensrecht, Das Unionsrecht und die UGP-Richtlinie, Vorabentscheidungsverfahren, §§ 1-4 UWG, 2. Aufl. 2014.

(zitiert: Bearbeiter, in: MüKoLK (Jahresangabe)).

*Münchener Kommentar zum  
Zivilprozessrecht, hrsg. v. Rauscher,  
Thomas, Krüger, Wolfgang,*

Bd. I - §§ 1-345 ZPO, 5. Aufl. 2016.

(zitiert: Bearbeiter, in: MüKoZPO (Jahresangabe)).

*Münchener Kommentar zum, Handelsgesetz-  
buch, hrsg. v. Schmidt,  
Karsten*

Bd. VII – Transportrecht, 3. Aufl. 2014

(zitiert: Bearbeiter, in: MüKoHGB (Jahresangabe)).

*Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang*

Kommentar zur Zivilprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 14. Aufl. 2017, München.

(Bearbeiter, in: Musielak/Voit).

*Niederhausen, Herbert/Burkert, Andreas*

Elektrischer Strom, Wiesbaden 2014.

(zitiert: Niederhausen/Burkert).

*Oechsler, Jürgen*

Die Haftung des Niederspannungsnetzbetreibers nach dem Produkthaftungsgesetz, NJW 2014, 2080.

*Oppermann, Thomas/Classen, Claus Dieter/*

Europarecht, 7. Aufl. 2016, München.

- Nettesheim, Martin* (zitiert: Bearbeiter, in: Oppermann/Classen/Nettesheim (2016)).
- Pfeiffer, Thomas* Richtlinienkonforme Auslegung gegen den Wortlaut des nationalen Gesetzes – die Quelle-Folgenentscheidung des BGH, NJW 2009, 412.
- Pinske, Jürgen D.* Elektrische Energieerzeugung, 2. Aufl. 1993, Stuttgart.  
(zitiert: Pinske).
- Potacs, Michael* Effet utile als Auslegungsgrundsatz, EuR 2009, 465.
- Prokopf, Kai Heinrich* Das gemeinschaftsrechtliche Rechtsinstrument der Richtlinie, 2007, Berlin (zugl. Diss. Marburg 2006/2007).  
(zitiert: Prokopf).
- Prütting, Hanns/ Wegen, Gerhard/ Weinrich, Gerd (Hrsg.)* Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 11. Aufl. 2016, Köln.  
(zitiert: Bearbeiter, in: Prütting/Wegen/Weinrich (2016)).
- Redeker, Helmut* Wer ist Eigentümer von Goethes Werther? NJW 1992, 1739.
- Redeker, Helmut* Software – ein besonderes Gut, NJOZ 2008, 2917.
- Reese, Jürgen* Produkt- und Produzentenhaftung für Hard- und Software, DStR 1994, 1121.
- Rehmann, Wolfgang A./Wagner, Susanne A.* Medizinproduktegesetz, 2. Aufl. 2010, München.  
(zitiert: Bearbeiter, in Rehmann/Wagner).
- Reimer, Franz* Juristische Methodenlehre, 1. Aufl. 2016, Baden-Baden.  
(zitiert: Reimer).
- Reimer, Philipp* Richtlinienkonforme Rechtsanwendung, JZ 2015, 910.
- Reinhardt, Michael* Die Umkehr der Beweislast aus verfassungsrechtlicher Sicht, NJW 1994, 93.

- Reinhardt, Michael* Europäische Rechtssprache – verspätete Randbemerkungen über einen fortgeschrittenen Verfall, NJW 2003, 3449.
- Riedel, Heideleine* Das Binnenmarktziel und seine Bedeutung nach dem Vertrag von Lissabon, 2015, Köln.  
(zitiert: Riedel).
- Riehm, Thomas* 25 Jahre Produkthaftungsrichtlinie – Ein Lehrstück zur Vollharmonisierung, EuZW 2010, 567.
- Riehm, Thomas* Die überschießende Umsetzung vollharmonisierender EG-Richtlinien im Privatrecht, JZ 2006, 1035.
- Riehm, Thomas* Vollharmonisierung im Privatrecht, in: Gsell, Beate/Herresthal, Carsten, 2009, Tübingen.  
(zitiert: Riehm, in: Gsell/Herresthal (2009)).
- Riesenhuber, Karl (Hrsg.)* Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, Berlin, München, Boston.  
(zitiert: Bearbeiter, in: Riesenhuber (2015)).
- Riesenhuber, Karl* Europäische Methodenlehre, Schriften zum Europäischen und Internationales Privat-, Bank- und Wirtschaftsrecht, Band 2, 2006.
- Rolland, Walter* Kommentar Produkthaftungsgesetz, Köln, 1990.
- Rolland, Walter* Zur Sonderstellung des Arzneimittelherstellers im System des Produkthaftungsrechts, in: Festschrift für Werner Lorenz, 1991, Tübingen.  
(zitiert: Rolland, in: FS Lorenz).
- Rösler, Hannes* Primäres EU-Verbraucherrecht: Vom Römischen Vertrag bis zum Vertrag von Lissabon, EuR 2008, 400.
- Rowland, Diane/Kohl, Uta/Charlesworth, Andrew* Information Technology Law, 4. Edition, 2012 London, New York.  
(zitiert: Rowland et al).
- Rüthers, Bernd/ Fischer, Christian/ Birk, Axel* Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 8. Aufl. 2015, München.  
(zitiert: Rüthers/Fischer/Birk).

- Sack, Rolf* Das Verhältnis der Produkthaftungsrichtlinie der EG zum nationalen Produkthaftungsrecht, VersR 1988, 439.
- Schäfer, Hans-Bernd/Ott, Claus* Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl. 2012, Berlin, Heidelberg.  
(zitiert: Schäfer/Ott).
- Schaub, Renate* Abschied vom nationalen Produkthaftungsrecht? Anspruch und Wirklichkeit der EG-Produkthaftung, ZEuP 2003, 562.
- Schaub, Renate* Europäische Produkthaftung: Wie weit reicht die Harmonisierung heute?, ZEuP 2011, 41.
- Schiffmann, Wolfram* Technische Informatik 2, 5. Aufl. 2005, Berlin, Heidelberg, New York.  
(zitiert: Schiffmann).
- Schillig, Michael,* Konkretisierungskompetenz und Konkretisierungsmethoden im Europäischen Privatrecht, in: Schriften zum Europäischen und Internationalen Privat-, Bank – und Wirtschaftsrecht, Bd. 28, 2009, Berlin.  
(zitiert: Schillig).
- Schlechtriem, Peter H.* Angleichung der Produkthaftung in der EG - Zur Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaft vom 25.7.1985, VersR 1986, 1033.
- Schmidt-Salzer, Joachim/Hollmann, Hermann H.* Kommentar EG-Richtlinie Produkthaftung, Bd. I, 1986, Heidelberg.  
(Schmidt-Salzer/Hollmann).
- Schönhofer, Bianca* Das Übersetzen von Vertragstexten zwischen kontinentaleuropäischen und anglo-amerikanischen Rechtsordnungen: Spezifika, Probleme und Strategien, Wien 2013.  
(zitiert: Schönhofer).
- Schübel-Pfister, Isabel* Sprache und Gemeinschaftsrecht, 2004, Berlin (zugl. Diss. Bayreuth 2002/2003).  
(zitiert: Schübel-Pfister).
- Schulte, Martin/Schröder, Rainer* Handbuch des Technikrechts, 2. Aufl. 2011, Berlin Heidelberg.

- (zitiert: Bearbeiter, in: Schulte/Schröder).
- Schulz, Thomas* Verantwortlichkeit bei autonom agierenden Systemen, 1. Aufl. 2015, Baden-Baden.
- Seyr, Sibylle* Der effet utile in der Rechtsprechung des EuGHs, 2008 Berlin (zugl. Diss. Göttingen 2006/2007).
- (zitiert: Seyr).
- Siebert, Lars/Gaden, Justus* Automatisiertes Parken – Teil 1, InTeR 2016, 65.
- Soergel, Hans-Theodor* Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, hrsg. v. Siebert, Wolfgang, Bd. 12, §§ 823 – 853 BGB, Produkthaftungsgesetz, Umwelthaftungsgesetz, 13. vollst. neu bearb. u. erw. Aufl. 2005, Stuttgart.
- (zitiert: Bearbeiter, in: Soergel (2005)).
- Spickhoff, Andreas* Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, München.
- (zitiert: Bearbeiter, in: Spickhoff).
- Spindler, Gerald* Verschuldensunabhängige Produkthaftung im Internet, MMR 1998, 119.
- Spindler, Gerald* Das Jahr 2000-Problem in der Produkthaftung: Pflichten der Hersteller und der Softwarenutzer, NJW 1999, 3737.
- Spindler, Gerald* Roboter, Automation, künstliche Intelligenz, selbst-steuernde Kfz – Braucht das Recht neue Haftungskategorien? CR 2015, 766.
- Spindler, Gerald/Schuster, Fabian* Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. 2015, München.
- (zitiert: Bearbeiter, in: Spindler/Schuster).
- v. Staudinger, J.* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 826-829; ProdHaftG, Neubearb. 2014, Berlin.
- (zitiert: Bearbeiter, in: Staudinger (2014), unerlaubte Handlungen).

- v. Staudinger, J.* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1, Allgemeiner Teil, §§ 90 – 124; 130 – 133, Neubearbeitung 2012, Berlin.
- (zitiert: Bearbeiter, in: Staudinger (2012), Allgemeiner Teil).
- v. Westphalen, Friedrich Graf* Das neue Produkthaftungsgesetz, NJW 1990, 83.
- Statistisches Bundesamt (Hrsg.)* Verkehr, Verkehrsunfälle, 2015, Fachserie 8 Reihe 7, 2016, Wiesbaden.
- (zitiert: Statistisches Bundesamt (2015)).
- Stoll, Hans* Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel, AcP 1976, 145.
- Streinz, Rudolf (Hrsg.)* Beck'scher Kurzkommentar EUV/AEUV, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Bd. 57, 2. Aufl. 2012, München.
- (zitiert: Bearbeiter, in: Streinz (2012)).
- Straub, Wolfgang* Software als Produkt, Jusletter v. 18.März.2002.
- Suhr, Jan* Richtlinienkonforme Auslegung im Privatrecht und nationale Auslegungsmethodik, 1. Aufl. 2011, Baden-Baden.
- (zitiert: Suhr).
- Taeger, Jürgen* Außervertragliche Haftung für fehlerhafte Computerprogramme, Tübingen, 1995.
- (zitiert: Taeger).
- Tamke, Nicole* Die Haftungsprivilegierung für Netzbetreiber bei Störungen der Anschlussnutzung: eine Untersuchung unter Berücksichtigung der ökonomischen Analyse des Rechts, 2014, Baden-Baden (zugl. Diss. Berlin 2012).
- (zitiert: Tamke).
- Taschner, Claudius* Die künftige Produzentenhaftung in Deutschland, NJW 1986, 611.

- Taschner, Hans Claudius/Frietsch Edwin* Kommentar Produkthaftungsgesetz und EG-Produkthaftungsrichtlinie, 2. völlig Neubearb. Auflage, 1990, München.  
(zitiert: Taschner/Frietsch).
- Vogenaier, Stefan* Eine gemeineuropäische Methodenlehre des Rechts – Plädoyer und Programm, ZEuP 2005, 234.
- v. Caemmerer, Ernst* Gesammelte Schriften, Band 1 Rechtsvergleichung und Schuldrecht, 1968, Tübingen.  
(zitiert: v. Caemmerer (1968)).
- Wandtke, Artur-Axel/Bullinger, Winfried (Hrsg.)* Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4. Neu bearb. Aufl. 2014, München.  
(zitiert: Bearbeiter, in: Wandtke/Bullinger (2014)).
- Weiler, Frank* Grammatikalische Auslegung des vielsprachigen Unionsrechts, ZEuP 2010, 861.
- Weiß, Holger Tobias* Die rechtliche Gewährleistung der Produktsicherheit, 2008, Baden-Baden (zugl. Diss. 2007, Freiburg i. Br.).  
(zitiert: Weiß).
- Weir, Tony* Die Sprachen des europäischen Rechts – eine skeptische Betrachtung, ZEuP 1995, 368.
- Welser, Rudolf/Rabl, Christian* Produkthaftungsgesetz Kommentar, 2. Aufl. 2004, Wien.  
(zitiert: Welser/Rabl).
- White, Alison* Caveat Vendor? A review of the Court of Appeal decision in *St Albans City and District Council v International Computers Limited*, JILT 1997 (3).
- Whittaker, Simon* The development of product liability, 2010, Cambridge.  
(zitiert: Bearbeiter, in: Whittaker).
- Wieacker, Franz* Sachbegriff, Sacheinheit und Sachzuordnung, AcP 1943, 57.
- Wieckhorst, Thomas* Vom Produzentenfehler zum Produktfehler des § 3 ProdHaftG, VersR 1995, 1005.

*Wischmeyer, Thomas*

Der „Wille des Gesetzgebers“, JZ 2015, 957.

*Zech, Herbert*

Information als Schutzgegenstand, 2012 Tübingen.

(zitiert: Zech).

*Zippelius, Reinhold*

Juristische Methodenlehre, 11. Aufl. 2012 München.

(zitiert: Zippelius).