

Arroyo Vendrell | Gsell | Kindl (Hrsg.)

Die Schadensersatzhaftung

La Responsabilidad Civil



Nomos

Europäisches Privatrecht

Sektion B: Gemeinsame Rechtsprinzipien

herausgegeben von
Prof. Dr. Reiner Schulze

in Gemeinschaft mit

Prof. Dr. Jürgen Basedow
Prof. Dr. Franco Ferrari
Prof. Dr. Leander D. Locker
Prof. Dr. Willibald Posch

Band 58

Tatiana Arroyo Vendrell | Beate Gsell
Johann Kindl (Hrsg.)

Die Schadensersatzhaftung

La Responsabilidad Civil



Nomos

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

1. Auflage 2022

© Die Autor:innen

Publiziert von
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-7560-0387-7

ISBN (ePDF): 978-3-7489-3482-0

DOI: <https://doi.org/10.5771/9783748934820>



Onlineversion
Nomos eLibrary



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.

Vorwort

Am 21. und 22. Oktober 2021 haben an der Universidad Carlos III in Madrid die fünften Jornadas Hispano-Alemanas stattgefunden. Die Tagung musste pandemiebedingt um mehr als ein Jahr verschoben werden. Gegenstand der deutsch-spanischen Zivilrechtsgespräche war dieses Mal die Verpflichtung zum Schadensersatz. In vier Panels wurden Themen aus dem Bereich des Schadensersatzrechts erörtert. Rechtswissenschaftlerinnen und Rechtswissenschaftler aus Deutschland und Spanien referierten über teilweise hochaktuelle Fragen, beispielsweise über die Schadensersatzhaftung im Bereich der künstlichen Intelligenz oder im digitalen Umfeld. Weitere Referatsthemen waren die Schadensersatzhaftung im Rahmen des Wettbewerbsrechts sowie die Abgrenzung zwischen Schadensersatz und ungerechtfertigter Bereicherung im Bereich des geistigen Eigentums. In der an die Referate anschließenden Diskussion wurde vonseiten der deutschen Teilnehmer wiederholt beklagt, dass das deutsche Recht – anders als das spanische – keine deliktische Generalklausel kennt. Umrahmt sind die vier Panels von den Beiträgen zweier Kollegen, die (auch) rechtshistorisch tätig sind. Der Tagungsband beginnt mit einem Referat von Manuel Bermejo über die Entwicklung des Schadensersatzrechts. Am Ende steht ein Beitrag von Reiner Schulze, in dem auf die vorstehenden Beiträge zurückgeblickt und ein Ausblick auf mögliche künftige Entwicklungen im Europäischen Haftungsrecht gegeben wird.

Allen Referentinnen und Referenten gebührt herzlicher Dank dafür, dass sie ihre Manuskripte zum Abdruck zur Verfügung gestellt haben. Zu danken haben wir ferner dem Verlag für die stets angenehme und durchweg reibungslose Zusammenarbeit bei der Veröffentlichung dieses Tagungsbandes.

Madrid, München und Münster, im Juni 2022

Tatiana Arroyo
Beate Gsell
Johann Kindl

Prólogo

El 21 y 22 de octubre de 2021 se celebraron en la Universidad Carlos III de Madrid las V Jornadas Hispano-Alemanas de Derecho Privado, que tuvieron que posponerse más de un año debido a la pandemia. El tema de las jornadas fue esta vez la responsabilidad civil. A propósito del Derecho de daños se debatieron temas en cuatro paneles. Juristas alemanes y españoles disertaron sobre algunos temas de gran actualidad, como la responsabilidad por daños en el ámbito de la inteligencia artificial o en el entorno digital. Otros temas se refirieron a la responsabilidad por daños y perjuicios en el contexto del Derecho de la competencia, así como a la delimitación entre los daños y el enriquecimiento injusto en el ámbito de la propiedad intelectual. En el debate posterior a las presentaciones, los participantes alemanes se quejaron repetidamente de que la legislación alemana -a diferencia de la española- no tenga una cláusula general de responsabilidad extracontractual. Los cuatro paneles vienen enmarcados por las aportaciones de dos colegas que (también) se ocupan de la historia del Derecho. Así, el libro comienza con una ponencia de Manuel Bermejo sobre la evolución del régimen de la responsabilidad civil y, al final, una contribución de Reiner Schulze realiza una retrospectiva de todas las contribuciones y ofrece una perspectiva sobre posibles desarrollos futuros en el Derecho Europeo de la responsabilidad civil.

Agradecemos sinceramente a todos los ponentes que hayan facilitado sus manuscritos para su posterior publicación de esta obra. También queremos agradecer a la editorial su colaboración, siempre afable y sin fisuras, en la publicación de este volumen.

Madrid, Munich y Münster, Junio de 2022

Tatiana Arroyo
Beate Gsell
Johann Kindl

Inhalt

Del delito privado a la responsabilidad civil proveniente del delito o de la culpa. Su plasmación en el derecho histórico español <i>Manuel Angel Bermejo Castrillo</i>	9
Schadensersatzansprüche von Verbrauchern bei Wettbewerbsverstößen im deutschen Recht <i>Beate Gsell/Anton Schäffler</i>	31
Responsabilidad civil en el marco del Derecho de la defensa de la competencia: el resarcimiento de daños derivados de un ilícito antitrust en el ordenamiento español <i>Tatiana Arroyo Vendrell</i>	57
Bereicherungsauskehr als Schadensersatz – ein Grenzfall <i>Jan Dirk Harke</i>	79
Daños y enriquecimiento injustificado en Derecho español. Especial referencia a la propiedad inmaterial <i>Xabier Basozabal Arrue</i>	103
Haftung für autonome Systeme <i>Gerald Spindler</i>	139
Responsabilidad civil y riesgos desconocidos: el caso de las nuevas tecnologías <i>Por Pedro del Olmo</i>	185
Schadenersatz im digitalen Umfeld: Konkurrierende Ansprüche aus dem BGB und der DS-GVO im Fall von Datenschutzverstößen <i>Rodrigo Araldi</i>	213

Inhalt

La responsabilidad por incumplimiento de la normativa de datos
personales (art. 82 RGPD) 229

María José Santos Morón

Haftung auf Schadensersatz im Vergleich des spanischen und
deutschen Rechts 253

Reiner Schulze

Del delito privado a la responsabilidad civil proveniente del delito o de la culpa.

Su plasmación en el derecho histórico español

Manuel Angel Bermejo Castrillo

RESUMEN: Para comprender la naturaleza esencial de la configuración actual, en el ordenamiento jurídico español, del sistema de responsabilidad civil extracontractual es imprescindible prestar atención al largo proceso histórico que arranca desde sus orígenes en las etapas más arcaicas del derecho romano y marca su evolución hasta llegar a las profundas transformaciones que ha venido conociendo en el último siglo el sistema construido en el Código civil de 1889 en torno a la existencia de algún grado de culpa, como criterio fundamental de imputación de la responsabilidad. En este trabajo se ofrece una visión de conjunto de toda esta larga trayectoria, recorriendo sus distintas etapas y analizando los principales hitos que determinan cambios decisivos en su orientación. Esto nos lleva a transitar por el sistema jurídico romano, donde aparece vinculada a las figuras de los delitos privados generadores de obligaciones civiles, el derecho visigodo, los ordenamientos medievales, el *ius commune*, la influencia del iusnaturalismo jurídico, la progresiva emancipación del delito y la superación del principio romano de tipicidad con la doctrina francesa moderna, la consagración en la codificación de esta ganada autonomía, la peculiaridad española de la ubicación en sede penal de la responsabilidad derivada de acciones delictivas y, finalmente, el examen de las principales líneas de ruptura con el modelo implantado por el Código civil como resultado de fenómenos de tanta trascendencia como la industrialización, la producción de bienes en masa y la creciente multiplicación y densificación de los medios de transporte. Lógicamente, el extenso marco cronológico y material abarcado en el trabajo obliga a dotarlo de un carácter primordialmente sintético, lo que ha aconsejado acompañarlo de una amplia relación de referencias bibliográficas.

PALABRAS CLAVE: Derecho histórico, responsabilidad civil extracontractual, delito, pena, reparación, codificación, culpa, responsabilidad objetiva

ZUSAMMENFASSUNG: Die gegenwärtige Ausgestaltung der außervertraglichen zivilrechtlichen Haftung im spanischen Recht lässt sich nur verstehen, wenn man den zugrundeliegenden langen historischen Prozess in den Blick nimmt. Er erstreckt sich von den Anfängen des römischen Rechts bis hin zu den tief greifenden Veränderungen, die im letzten Jahrhundert das System des Zivilgesetzbuches von 1889 mit seiner Ausrichtung auf das Vorliegen eines Verschuldens als grundlegendes Zurechnungskriterium für die Haftung erfahren hat. Das. Die vorliegende Arbeit bietet einen Überblick über diesen lang währenden Gang der Entwicklung, indem sie sich dessen einzelnen Etappen zuwendet und die wichtigsten Meilensteine analysiert, die entscheidende Veränderungen in ihrer Ausrichtung kennzeichnen. Dies führt uns durch das römische Rechtssystem, in dem diese Entwicklung verbunden ist mit den Figuren der privaten Verbrechen, die zivilrechtliche Verpflichtungen erzeugen, das westgotische Recht, die mittelalterlichen Rechtssammlungen, das *ius commune*, den Einfluss der Naturrechtslehre, die fortschreitende Verselbstständigung der strafrechtlichen Beurteilung von Verbrechen gegenüber der privatrechtlichen, die Überwindung des römischen Prinzips der Typizität aufgrund der modernen französischen Doktrin, die Verankerung dieser gewonnenen Autonomie in der Kodifikation, die spanische Besonderheit der strafrechtlichen Verortung der Haftung aus strafbaren Handlungen und schließlich die Untersuchung der wichtigsten Bruchlinien mit dem Modell des *Código civil*, die sich aus so weitreichenden Phänomenen wie der Industrialisierung, der Massenproduktion von Gütern und der Vermehrung und Verdichtung der Verkehrsmittel ergibt. Der folgende Beitrag deckt einen umfangreichen zeitlichen und materiellen Rahmen ab. Es war daher erforderlich, ihm in erster Linie einen synthetischen Charakter zu verleihen; ferner erschien es angebracht, ihn mit einer umfangreichen Liste bibliographischer Nachweise zu versehen.

SCHLÜSSELWÖRTER: Rechtsgeschichte, Deliktsrecht, Delikt, Verbrechen, Strafe, Wiedergutmachung, Kodifizierung, Verschulden, Gefährdungshaftung

El título elegido para este trabajo pretende poner de manifiesto cuál es el eje fundamental que define la evolución histórica de las formas de la responsabilidad civil en los sistemas jurídicos continentales; es decir, quiere subrayar que su origen y su posterior configuración se insertan plenamente en el ámbito del delito hasta que, después de transitarlo durante largas centurias, y alentada por los importantes avances proporcionados por el iusna-

turalismo en su vertiente racionalista, en la proximidad ya de la profunda transformación traída por el sistema jurídico liberal, se perfilará y consolidará la autonomía conceptual y sistemática de la responsabilidad civil, pronto consagrada, a partir de la promulgación del Código civil francés, como una de las dimensiones esenciales de las relaciones jurídicas privadas. En las páginas siguientes, trazaremos las líneas maestras e identificaremos las principales fases que jalonan este proceso, en una exposición que, por la gran amplitud cronológica y espacial del campo histórico-jurídico abarcado, necesariamente tendrá un cierto carácter sintético, lo que justifica que se haya preferido recoger las referencias bibliográficas en una extensa relación conjunta final.

1. Delitos privados y obligaciones civiles en el derecho romano

Remontándonos, pues, hasta los inicios, en efecto, desde su etapa más antigua emerge en el derecho romano la noción de delito en referencia a un daño o perjuicio causado a otro sujeto, aunque desde un principio se establece una distinción entre los delitos públicos y los delitos privados, caracterizándose los últimos porque, al afectar, directamente, a los particulares, a éstos se les reservaba el ejercicio de la acción dirigida a promover el proceso judicial conducente a su represión.

Pronto, dentro de esta categoría, cobraron especial relevancia dos grandes tipos delictivos, la *iniuria* y el *furtum*, generadores, salvo en sus manifestaciones más graves, mercedoras de represión penal, de una obligación civil concretada en la imposición de una composición legal de cuantía proporcional a la entidad del perjuicio causado, aunque, en ocasiones, su fijación se sometía a la estimación objetiva del daño a cargo del juez, o de las personas nombradas al efecto, o bien se ajustaba a una cantidad previamente tasada. No obstante, esta solución, lejos de perseguir un resarcimiento de la disminución patrimonial sufrida por la víctima, debe entenderse como una pena privada encaminada a compensar la renuncia a la reacción vindicativa sobre la persona o los bienes del autor del delito por parte del agraviado o de sus más próximos allegados.

Este propósito alentó una progresiva diversificación y perfeccionamiento técnico de la batería de recursos procesales suministrados a la víctima del delito para garantizar la protección de su interés. Los rasgos más significativos del predominante carácter penal de este sistema eran: la intransmisibilidad pasiva de la acción contra los herederos del delincuente; la posibilidad de acumular acciones, salvo en el hurto, frente a una pluralidad de autores; la fijación de la pena, en el hurto, en un múltiplo del valor

del objeto sustraído; y la duplicación de su cuantía (*litis crescentia*), como respuesta a la oposición del demandado a aceptar los hechos imputados (*infutatio*).

A pesar de la importancia de ambos delitos, el verdadero eje sobre el que se articula el sistema romano en materia de obligaciones civiles es el delito de daño injusto (*damnum iniuria datum*), objeto de regulación por la célebre *Lex Aquilia* (siglo III a. C), que, derogando las leyes anteriores, venía a formular un deber general de reparación, a través del pago de una pena pecuniaria, de la pérdida patrimonial sufrida por su dueño como resultado de un acto contrario al derecho. Ello significaba la definitiva erradicación del recurso a la venganza privada o a la imposición de una pena de cuantía invariable e independiente de la naturaleza del daño producido, si bien su fijación, basada en una evaluación retroactiva del precio más alto de mercado de la cosa extinguida o deteriorada, todavía no tomaba en consideración el interés personal lesionado del sujeto afectado.

Para canalizar la protección del perjudicado se creó un instrumento específico, la *actio ex lege Aquilia*, caracterizada por las siguientes notas: la *litis crescentia*, la indisponibilidad de la acción por acuerdo de las partes, la intransmisibilidad pasiva a los herederos, la responsabilidad solidaria de los copartícipes en el delito, si no era posible la identificación del autor, y su orientación primordialmente indemnizatoria, lo que explica que no se admitiese su concurrencia con otras acciones reales y su postrera inclusión en el derecho justinianeo entre las acciones de naturaleza mixta, penal y reipersecutoria. Su utilización estaba, además, sometida a una serie de requisitos: a. que el daño se hubiese producido en animales, esclavos o bienes, no pudiendo extenderse a los daños personales, que no eran considerados susceptibles de valoración; b. que su origen radicase en un acto ilícito, bastando la simple relación objetiva de causalidad entre este acto y el resultado del daño, al margen de la existencia, o no, de intencionalidad; c. que hubiese habido contacto directo entre el autor del daño y la cosa dañada y que su naturaleza fuese material (*corpore et corpori*), excluyéndose, por tanto, cualquier dimensión de índole moral; d. que el perjudicado fuese un propietario, lo que dejaba fuera a aquéllos que no disfrutaban de la ciudadanía; e. que el delito consistiese en un acto positivo y no en una mera omisión.

Tales reglas fueron conociendo, después, un proceso de progresiva extensión y flexibilización por obra de la jurisprudencia y, especialmente, de la labor creativa del Pretor, canalizada a través de la concesión de nuevas acciones útiles y acciones *in factum*, que permitieron la paulatina pérdida de eficacia de las condiciones antes referidas. Así, el ejercicio de la acción acabó otorgándose a los titulares de otros derechos reales distintos

de la propiedad y a los extranjeros o peregrinos, aceptándose, también, su utilización frente a perjuicios derivados de lesiones corporales, al igual que para plantear la reclamación por pérdidas patrimoniales en cuyo origen no hubiese existido el exigido contacto directo ni una alteración o destrucción material de la cosa.

Sin embargo, el cambio operado más significativo consistió en la incorporación al sistema aquiliano de un elemento subjetivo definido por la presencia en la comisión del acto ilícito de una conducta dolosa o culpable, con el tiempo admitida desde su grado más leve, lo que únicamente dejaba fuera de su alcance los daños derivados de un caso fortuito o una fuerza mayor, o los asociados a una situación de legítima defensa o a un estado de necesidad.

Paralelamente, también por la vía del derecho pretorio, el delito de *iniuria* ampliaría extraordinariamente su esfera de proyección, al ir integrando nuevas modalidades de conductas punibles y dotarse, incluso, mediante la creación de la *actio iniuriarum aestimatoria*, de mecanismos de protección frente a ofensas personales carentes de efectos patrimoniales. Al tiempo, la labor creativa del Pretor dio lugar al nacimiento de varias nuevas figuras delictivas privadas, entre las que sobresalen la rapiña (*rapina*), que pasaría a constituir uno de los cuatro grandes delitos generadores de obligaciones civiles, la intimidación o violencia (*metus*), el *fraude* (*fraus*) y el engaño (*dolus*).

Hay, por último, que hacer mención a otros dos aspectos que cobran particular relevancia y una muy prolongada pervivencia posterior. Por un lado, la existencia de una obligación de responder por actos ilícitos ajenos atribuibles a sujetos sometidos bajo potestad, como hijos y familiares, esclavos, animales e, incluso, objetos inanimados, y a la vigencia del régimen de noxalidad, consistente en la posibilidad concedida al que era declarado responsable de su conducta de eludir esta carga recurriendo al abandono del causante del daño en poder del perjudicado, si bien en el caso de los hijos esta práctica acabó siendo abolida en la época justinianea.

Y, por otra parte, a la tardía aparición en el ámbito del derecho pretorio de la categoría de los cuasidelitos, reducida a cuatro únicos supuestos típicos de naturaleza jurídica muy controvertida, aunque su nota común podría residir en el hecho de que su fundamento radicase en la concurrencia, no de una voluntad maliciosa, sino de una conducta teñida de culpa, negligencia o imprudencia. Su incorporación a las clasificaciones de las fuentes de las obligaciones civiles demuestra, no obstante, la notable trascendencia adquirida por esta figura en etapas posteriores.

2. Participación de los particulares en las consecuencias del delito en el derecho visigodo

El peso de la influencia del derecho romano es muy visible en los grandes códigos legales visigodos elaborados tras su definitivo asentamiento en la península Ibérica. Sin embargo, aunque la relación de los delitos públicos es todavía bastante amplia, producto, probablemente, de la debilidad institucional de la administración de justicia, resulta llamativa la confusión existente con la esfera de lo privado, pues la represión de un buen número de delitos se encomendaba a la acción directa de los particulares. Así, era muy habitual que el castigo para las conductas ilícitas se resolviese mediante la imposición de una pena pecuniaria, de la que una parte se destinaba a las arcas reales mientras otra parte iba en beneficio de la víctima.

Si bien, la solución consistente en la fijación, a menudo acompañada de otras penas corporales, de una composición monetaria, en cuya percepción participaban los agraviados, era de aplicación en muchos delitos, es en el hurto donde con mayor evidencia se manifiesta la orientación preeminente penal de este régimen, pues, aunque siempre se exigía la restitución del objeto hurtado, el importe reclamado por este concepto se establecía en un múltiplo: el nóuplo, el quádruplo, el duplo o el undécuplo, de su valor.

Es, con todo, en la regulación de los daños producidos en las cosas y en los animales y por los animales donde el legislador se detuvo con un mayor despliegue casuístico, aunque nada demuestra la pervivencia, salvo en la vigencia de la noxalidad respecto a esclavos y animales, de los principios esenciales consagrados en el derecho romano en torno a la *actio ex lege Aquilia*. Llama, además, poderosamente la atención la extraordinaria diversidad de las fórmulas adoptadas, pues unas veces se establecía una suma pecuniaria tasada, en otros casos primaba el ánimo resarcitorio, al requerirse la restitución de otra cosa de igual especie y calidad a la dañada, o bien este propósito se combinaba con una finalidad puramente penal, al reclamarse su devolución *in duplo*, existiendo otras situaciones en las que la estimación de la reparación se dejaba al arbitrio del juez, siendo frecuente, en fin, que estas penas se acompañasen de otras de índole corporal.

Lo que, por el contrario, sí se constata es la asimilación de un sistema de responsabilidad articulado en torno al elemento de la intencionalidad, al hacerse depender la magnitud de la pena de la presencia en la actuación del causante del daño de dolo, culpa o simple negligencia y atribuirse efectos eximentes a la incidencia de circunstancias fortuitas o de fuerzas o factores imprevistos e inevitables.

3. Penas y reparación del daño en los derechos medievales

Adentrarse en el inabarcable universo de los derechos locales y territoriales de los siglos medievales supone enfrentarse a una realidad jurídica que, en este campo, apenas ofrece signos de continuidad con los sistemas jurídicos precedentes. La degradación y simplificación de las concepciones y el profundo retroceso observable en la calidad de la técnica jurídica se traduce en una nítida orientación de los mecanismos sancionadores hacia la finalidad de castigar la vulneración de la norma jurídica, lo que repercute en un reforzamiento de su dimensión puramente penal.

La abrumadora heterogeneidad de las respuestas ofrecidas por el derecho frente a las distintas conductas delictivas es fiel reflejo de su gran fragmentación, haciendo extremadamente complicada la tarea de identificar algunas notas comunes dentro de un océano de soluciones diversas para situaciones análogas. No obstante, frente al presunto predominio -ligado al fin primordial de la represión del delito- de la conexión de la obligación de responder por el daño a su simple existencia objetiva, es decir, el mero resultado -lo que, en ocasiones, sí puede constatarse-, es preciso subrayar que, sobre todo, en los ordenamientos municipales de desarrollo normativo más evolucionado, resulta patente que el elemento subjetivo de la voluntariedad de la producción del daño y el grado de culpa del autor juegan un papel decisivo en la imputación y la modulación de la pena o de la reparación, explicando, también, que su origen accidental funcione habitualmente como factor de exoneración.

En cuanto que comporta una quiebra del orden jurídico y un ataque a la convivencia social, el delito afecta directamente a la parte perjudicada, lo que abre un vasto campo a la intervención en su represión de los particulares, los miembros del grupo de parentesco o, incluso, el conjunto de la comunidad local. En el marco, además, de un predominio absoluto de un sistema procesal acusatorio, que concede a la víctima del delito un papel decisivo en la activación del procedimiento judicial, lo que contribuye a una difuminación de las fronteras entre las esferas de lo penal y lo civil. Esta dimensión privada del delito se manifiesta en la persistencia de formas jurídicas de autotutela como la venganza de sangre, aunque éstas aparecen gradualmente sometidas a pautas de institucionalización y de control de su ejercicio.

Pero, además, se refleja en la participación directa del ofendido o sus parientes en la percepción del importe de las penas pecuniarias o, menos habitual, en especie, que se imponen al delincuente, si bien la imprecisión que transmite la utilización de una amplia gama de términos afines (pechos caloñas, cotos, entre otros) para identificarlas dificulta enormemente el

discernimiento en cada supuesto acerca de si obedecen a una finalidad meramente penal y represiva o si también, o principalmente, buscan procurar un resarcimiento del daño causado por el delito. Aunque la inclinación es a interpretar que, a juzgar por la frecuencia con la que el contenido de estas penas se reparte entre el reclamante, por un lado, y el concejo, los vecinos, las autoridades locales, el señor con dominio sobre la localidad o las arcas reales, por el otro, ambas orientaciones se combinan -dentro de una gran diversidad en la distribución de sus respectivas proporciones- en la punición de los diferentes delitos.

Por lo que se refiere al tipo paradigmático de delito privado romano, el delito de daños, la desconexión es casi absoluta, pues, excepción hecha de algunos ordenamientos tardíos, que muestran un temprano eco de su recuperación, desaparece la huella de los rasgos esenciales del sistema aquiliano, salvo la noxalidad en el caso de daños causados por animales, a lo que se une un claro predominio del elemento penal sobre el resarcitorio, lo que es visible en el hecho de que, a menudo, no se reclamaba la simple restitución o compensación por los bienes dañados, sino que, por concurrir circunstancias especiales, como la nocturnidad, o por su particular gravedad, la reparación del daño se fijaba en el doble de su valor. Es, además, habitual que esta compensación, que, excepcionalmente, incluía los frutos y ganancias dejados de percibir, se acompañase de una pena o calaña tasada, en metálico o en especie, que, incluso, a veces, regiría como única medida punitiva, con omisión de la protección del interés particular del sujeto que sufrió el daño.

Conviene señalar que en supuestos muy concretos la obligación de responder por los daños dimana de comportamientos no definidos por su intencionalidad, sino por la existencia de una actitud imprudente o negligente de su causante. También se atestigua la gradual derogación de ciertas formas primitivas de imputación objetiva por los daños resultantes de la acción de animales o de objetos inanimados, y la paulatina pérdida de eficacia del régimen de responsabilidad por los actos ilícitos protagonizados por los sujetos situados bajo potestad o dependientes.

4. *El ius commune: recuperación y adaptación del sistema aquiliano*

Rescatado de un olvido de siglos en la etapa central del medioevo, el enorme legado representado por la compilación jurídica del emperador bizantino Justiniano, este acontecimiento capital comporta el retorno del sistema romano de obligaciones civiles procedentes del delito al centro de una escena que todavía ocupará durante largas centurias.

Bajo la cubierta del *ius commune*, aunque no se producen cambios de un gran calado, la importante labor de reflexión desarrollada por los glosadores y los canonistas actúa en varias direcciones. Por un lado, imprimiendo un sello moralizador que, poniendo el acento en el componente ético de las conductas, marcará un distanciamiento entre las esferas respectivas del delito y la culpa; categoría ésta última en la que se encuadran aquellos comportamientos que, no albergando la voluntad consciente de producir un perjuicio, suponen caer en una negligencia, una imprudencia o un defecto de competencia susceptibles de generar un daño punible.

Este nuevo planteamiento contribuirá a la desaparición de algunos elementos esenciales del sistema aquiliano, como la fijación de las penas por multiplicación de la estimación del daño y la litiscrescencia, que eran incompatibles con el rechazo que suscitaba el enriquecimiento injustificado, la intransmisibilidad pasiva de la acción contra los herederos del causante del daño y la práctica de la dación noxal, salvo en el caso de la entrega de los animales. Otros signos de evolución destacables son un ensanchamiento de la separación entre las dimensiones penal y resarcitoria de la reparación y la progresiva admisión de la acción aquiliana para reclamar los daños indirectamente derivados de la muerte o la lesión corporal de una persona libre.

El vehículo de penetración de los postulados del *ius comune* será en Castilla la obra legislativa de Alfonso X, si bien es diferente el espíritu que encontramos en el Fuero Real, permeable tanto a la tradición visigoda como a las soluciones contenidas en el derecho municipal, y en las Siete Partidas, que muestran ya una estrecha fidelidad a los criterios manejados por glosadores y canonistas. Contraste que, por ejemplo, se pone de manifiesto en el tratamiento diferente dispensado al delito de homicidio, pues en las Siete Partidas cobra un sesgo puramente público, con su sometimiento a penas corporales y la exclusión de la participación en su represión de los particulares. Pero también es visible en otros delitos, como la injuria, en la que, siguiendo la pauta del derecho justiniano, las Siete Partidas ofrecían al agraviado la posibilidad de escoger entre acudir a la vía civil, para obtener del ofensor una compensación económica, o a la criminal, persiguiendo la imposición de una condena. Opción ésta que también se contemplaba en el hurto.

Es, sin embargo, en la materia de daños, apenas tratada en el Fuero Real, donde las Siete Partidas despliegan una amplia casuística devotamente fiel a los principios definidores del régimen aquiliano romano, con la única excepción de su ruptura con aquél que admitía la acumulación de diversas acciones dirigidas contra varios coautores. Su principal aportación residía, por ello, en que toda su regulación se hacía pivotar en torno al criterio

subjetivo de la culpa como factor esencial de imputabilidad y generador de una obligación de reparación, cuyo alcance ya no quedaba restringido al resarcimiento por la cosa dañada, sino que, además, se proyectaba hacia toda minoración patrimonial derivada de su pérdida o deterioro. Quedaba, así, consagrado un sistema que, contando con la disciplinada complicidad de la doctrina, regiría durante una larga serie de siglos, permaneciendo apegado a la configuración de la acción aquiliana con una naturaleza mixta en la que, sin embargo, el aspecto penal todavía prevalecía claramente sobre su dimensión civil.

5. *Aparición de un principio general de responsabilidad civil y emancipación respecto al delito*

En contraste, en Europa la situación había comenzado a experimentar sensibles cambios. De la mano de un iusnaturalismo impregnado de la lógica y el método del racionalismo, la búsqueda de construcciones sistemáticas coherentes permitió significativos progresos en el proceso de delimitación de fronteras entre las obligaciones emanantes de conductas dolosas, propiamente delictivas, y las vinculadas a una simple culpa con resultados dañosos, susceptibles de generar un deber de resarcimiento. Al tiempo que ganaba terreno la absorción dentro de la noción de daño *ex maleficio* tanto de la integridad física como de la dimensión inmaterial representada por la rectitud moral, la reputación y el decoro de la persona.

No obstante, sin minusvalorar la aportación de prominentes figuras del iusnaturalismo racionalista como Grocio, Pufendorf o Thomasius, el impulso decisivo hacia la configuración de un verdadero sistema de responsabilidad civil dotado de sustantividad propia lo proporcionan dos grandes juristas franceses. En primer lugar, Domat, decisivo en el trazado, por fin, de una nítida separación entre la sanción penal, integrada en el ámbito de las competencias del Estado, y la reparación civil, que es de interés exclusivo de los particulares. Siendo, además, el principal artífice de la subordinación de este deber de reparación al criterio de la concurrencia de culpa, con la introducción de una distinción de largo recorrido posterior, entre la nacida de la vulneración de una previa convención, es decir, la de naturaleza contractual, la asociada a la comisión de un delito, y la ligada a otros comportamientos de carácter no delictivo, pero jurídicamente no excusables, por implicar la existencia de una conducta teñida de ignorancia, negligencia o imprudencia, de la que se deriva un daño para otros.

Décadas más tarde, centrando el foco en esta última modalidad, enmarcada en la categoría de los cuasidelitos, Pothier llegará a la formulación,

ya anticipada por Domat, de un principio general de responsabilidad, que supondrá su liberación del requisito de la tipicidad, y se apoyará sobre cuatro pilares fundamentales: el subjetivo, constituido por el dolo o la culpa, el objetivo, representado por el daño, el nexo causal entre ambos y su resultado, la obligación de procurar su resarcimiento.

6. Codificación y responsabilidad civil en Francia y España

El *Code Civil* francés, recogiendo con fidelidad este acervo doctrinal y su terminología, incluida la distinción entre delitos y cuasidelitos, consagró en un reducido conjunto de preceptos, de aparente sobrio enunciado, aunque, en realidad, después darían espacio a una amplia flexibilidad en su interpretación, un modelo de responsabilidad civil vertebrado sobre el criterio nuclear de la existencia de culpa en el acto individual. Pero lo hacía, además, extendiendo esta culpa a cualquiera de sus niveles, con alusión expresa a la imprudencia y la negligencia y también a la conducta culposa vinculada a actos ajenos protagonizados por personas tenidas bajo potestad, guarda o dependencia e incapacitadas para hacer frente por sí mismas a sus exigencias, así como a los hechos dañosos causados por animales o cosas inanimadas en determinadas circunstancias excepcionales.

Como en otros países, este modelo francés fue adoptado por el codificador español, ya con varios de sus rasgos esenciales en el proyecto de Código civil de 1836, y con un tratamiento más aproximado al definitivo en el proyecto de Código civil de 1851, que, aunque prescindiendo de su equívoca calificación como cuasidelitos, mantenía la dualidad que el codificador francés había fundado en criterios de moralidad y equidad, entre la obligación de responder por los daños conectados a la comisión de un delito o -se añadía- de una falta, y la proveniente de otros actos no intencionales, que ahora se describían como nacidos “de culpa o negligencia”.

La peculiaridad estriba en que, no sabemos si por inercia, por evitar la convivencia de una duplicidad de regímenes o -lo que se antoja menos verosímil- por un verdadero convencimiento del codificador civil acerca de que ésta era su sede más adecuada, tras afirmar, en lo que ya se había anticipado el reciente Código Penal de 1848, que todo el que comete un delito o una falta contrae la correspondiente responsabilidad civil, no se asumía su regulación, remitiéndola a lo dispuesto en el Código Penal.

Regulación que, pretendiendo, precisamente, cubrir el vacío creado por la prolongada demora en la aparición de un código civil que le diese acogida, ya había venido siendo desarrollada en el Código Penal de 1822, en

los diversos proyectos fallidos posteriores y en el, entonces, vigente Código Penal de 1848, al que hay que atribuir el mérito de que, por vez primera, se reservaba al tratamiento de la responsabilidad civil un espacio autónomo dentro de la articulación sistemática de un ordenamiento codificado, lo que comportaba un reconocimiento de su sustantividad propia frente a la sanción penal. Además, el codificador se detenía en la delimitación de su contenido, comprendiendo tres diferentes elementos: la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios.

Lo más sorprendente es que en el Código civil de 1889 se confirmó la renuncia a recuperar esta importante materia, lo que provocó la consolidación de la disociación de dos regímenes distintos. Así, dentro de la responsabilidad extracontractual se segregaba una modalidad específica, al remitir su artículo 1902 la regulación de las obligaciones dimanantes de la comisión de delitos y faltas a lo dispuesto en el ordenamiento penal, en tanto que en el artículo 1903 y los siguientes se reservaba las procedentes de actos y omisiones en los que concurran culpa o negligencia. Con ello, el codificador vino a establecer una nítida separación entre los actos ilícitos de naturaleza penal, que, al ocasionar daños resarcibles, son origen de obligaciones civiles conducidas conforme a lo previsto en la norma penal, y los actos ilícitos que, dando lugar, igualmente, a efectos lesivos para otro sujeto, no proceden de conductas penalmente punibles y están, por tanto, sometidos a las reglas civiles.

Esta controvertida decisión adoptada por el codificador explica que la primera de las modalidades citadas, relativa a los daños derivados de acciones delictivas, haya mantenido su alojamiento en los códigos penales posteriores, con la incorporación en el de 1928 del resarcimiento de los perjuicios morales, y hasta el Código de 1995, actualmente en vigor. Lo que ha significado la consolidación de una disociación en el terreno de la responsabilidad civil entre la llamada responsabilidad *ex delicto* y la nacida por culpa o negligencia, que ha tendido a ser genéricamente identificada como extracontractual.

Esta solución, no empaña, a mi juicio, la naturaleza civil, discutida por algunos penalistas, de la inapropiadamente denominada obligación *ex delicto*, pues no nace directamente del delito, sino del daño ocasionado por el ilícito penal. No obstante, la ubicación de su regulación en el ordenamiento penal tiene notables consecuencias en la práctica, tanto de carácter sustantivo como procesal, lo que ha generado entre los civilistas una importante corriente de opinión que reclama su inserción en la esfera civil, por existir un amplio consenso acerca de que esta anomalía está fundamentada en un condicionante histórico, que el contenido de esta exposición ha venido a subrayar.

7. Transformaciones posteriores en los sistemas de responsabilidad

El modelo establecido por el Código civil no ha permanecido, con todo, inalterado. La esencialidad tradicionalmente atribuida a algunos elementos considerados inherentes a la responsabilidad civil, como son el título de imputación, la relación de causalidad y la existencia de dolo o culpa en la conducta del responsable del daño, se ha visto rebajada desde entonces como fruto del extraordinario impacto de fenómenos como la industrialización y el desarrollo tecnológico, con consecuencias tan relevantes como la generalización de la fabricación y el consumo en masa de bienes y útiles de muy diverso tipo o el enorme desarrollo de los medios de transporte.

La dinámica combinada del conjunto de estos factores ha traído como resultado una dramática multiplicación de los accidentes laborales y conectados a desplazamientos, así como de las situaciones potencialmente generadoras de daños y, paralelamente, una creciente dificultad de la provisión de medidas e instrumentos adecuados dirigidos a su control, creando así un complicado dilema respecto a si las políticas legislativas deberían orientarse hacia la prohibición de aquellas actividades consideradas potencialmente peligrosas, o bien dar prioridad a su utilidad social y, simplemente, perseguir asegurar el resarcimiento del coste económico de los perjuicios derivados.

Por otra parte, el interés en evitar que se produzcan daños que, finalmente, no son reparados, por no ser su autor fácilmente identificable, o por carecer de la solvencia necesaria, ha provocado que se haya ido ampliando extraordinariamente el ámbito de actuación de los criterios de imputación objetiva, en los que no siempre se requiere que el daño haya sido materialmente generado por el sujeto responsable.

A esta tendencia, impensable en el modelo tradicional de responsabilidad, que era incompatible con la imputación de terceros, se ha unido un profundo cambio en la mentalidad de las sociedades, que se ha orientado a volcar una mayor preocupación en procurar una efectiva reparación a las víctimas que en la simple persecución del agente provocador del daño. Unas modernas concepciones que han tenido directa repercusión en los grandes avances producidos en la socialización de los sistemas de distribución de los riesgos y en la creciente inversión de recursos en la prevención y reparación de los daños mediante el reforzamiento de los sistemas públicos de seguridad social y la multiplicación de los seguros privados de responsabilidad civil.

Podemos concluir señalando que las notas más destacadas que presenta, en los dos últimos siglos, la evolución experimentada en materia de responsabilidad civil por daños en los sistemas jurídicos continentales son

las siguientes: 1. El predominio de la finalidad reparadora, a pesar de que la introducción de remedios con eficacia preventiva va ganando terreno. 2. La creciente presencia de elementos objetivos en su determinación y la consiguiente relajación del requisito de la existencia de una previa conducta culpable, que en diversos sectores ha cedido espacio a la responsabilidad por la generación de una situación de riesgo. 3. La acelerada expansión de los contratos de seguro destinados a dar cobertura a las obligaciones económicas derivadas del daño producido. 4. A las que cabe añadir: la paulatina admisión de una dimensión social o colectiva del daño; la integración en su valoración de los daños no patrimoniales o inmateriales; la atención preferente dispensada a la prestación de una indemnización adecuada a las víctimas; y el relevante protagonismo adquirido por los sistemas públicos de reparación de daños.

Bibliografía

- C. Aedo Barrera, “Los requisitos de la Lex Aquilia, con especial referencia al daño. Lecturas desde las distintas teorías sobre el capítulo tercero”, *Ius et Praxis*, 15, nº 1 (2009), 311-337.
- B. Albanese, *La nozione del “furtum nell’elaborazione dei giuristi romani*, Milán. Universidad Católica del Sacro Cuore, 1958.
- A. Alonso-Cortés Concejo, *Fundamento de la responsabilidad civil delictual*, Valladolid, Colegio Mayor San Jorge, 1960.
- G. Alpa-M. Bessone, *La responsabilità civile*, tercera edición actualizada por P. M. Putti, Milán, Giuffrè, 2001.
- G. Alpa, *La responsabilità civile. Principi*, Milán, UTET Giuridica, 2010.
- R. de Ángel Yagüez, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Madrid, Civitas, 1995.
- H. Ankum, “El carácter jurídico de la actio legis aquiliae en el derecho romano clásico”, H. Ankum, *Extravagantes. Scritti sparsi sul diritto romano*, Nápoles, Jovene, 2007.
- J. Antón Oneca, “Historia del Código Penal de 1822”, *Anuario de Derecho Penal*, 18, 2 (1965), 263-278.
- V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di Diritto Romano*, 14 edición, Nápoles, Jovene, 1989.
- M. Barcellona, *Corso di diritto civile. La responsabilità extracontrattuale, danno ingiusto e danno non patrimoniale*, Milán, UTET Giuridica, 2011.
- X. Basozabal Arrue, *Responsabilidad extracontractual objetiva: parte general*, Madrid, Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, 2015.
- F. Battaglia, *Furtum est contractatio. La definizione romana del furto e sua elaborazione moderna*, Padua, CEDAM, 2012.

- B. Beinart, "The relationship of iniuria and culpa in the lex Aquilia", *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento*, Nápoles, Jovene, 1953, 279-303.
- M. A. Bermejo Castrillo, "Civil Liability in the Criminal Code: a Spanish Peculiarity", A. Janssen, H. Schulte-Nölke (eds.), *Researches in European Private Law and Beyond*, Baden-Baden, Nomos, 2020, 353-382.
- M. A. Bermejo Castrillo, *Responsabilidad civil y delito en el derecho histórico español*, Madrid, Dykinson, 2016.
- M. A. Bermejo Castrillo, "La imposibilidad sobrevenida de la prestación en la legislación histórica castellana y en el derecho de la codificación", M. A. Bermejo Castrillo (dir.), *La responsabilidad contractual en su formulación histórica y en su configuración actual*, Madrid, Dykinson, 2015, 13-214.
- E. Betti, *Istituzioni di Diritto Romano*, Padua, CEDAM, 1942.
- P. Bonfante, *Diritto romano*, reimpression de la 1ª edición, Milán, Giuffrè, 1976.
- Ma. J. Bravo Bosch, "Algunas consideraciones en torno a la *Lex Aquilia*", A. Murillo Villar (coord.), *Estudios de Derecho romano en memoria de Benito Ma Reimundo Yanes*, Burgos, Universidad de Burgos, 2000, 23-36.
- J. F. Brégi, *Droit romain. Les obligations*, París, Ellipses, 2006.
- P. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, París, Litec, 2005.
- W.W. Buckland, *A Manual of Roman Private Law*, 2ª edition, Cambridge, Cambridge University Press, 1953.
- W.W. Buckland-A. D. McNair, *Roman Law and Common Law. A comparison in outline*, reimpression, Holmes Beach (Florida), Gaunt, Inc, 1997.
- C. A. Cannata, *Sul problema della responsabilita nel diritto privato romano. Materiali per un corso di diritto romano*, Catania, Torre Catania, 1996.
- C. A. Cannata, "Il terzo capo della lex Aquilia", *BIDR*, 98-99 (1995-1996), 111-146.
- C. A. Cannata, "Considerazioni sul testo e la portata originaria del secondo capo della "lex Aquilia", *Index*, 22 (1994), 151-162.
- C. A. Cannata, "Sul testo della lex Aquilia e la sua portata originaria", L. Vacca (a cura), *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica* (actas del I Congreso Internacional ARISTEC, Madrid, 7-10 octubre 1993), Turín, Giappicheli, 1995, 25-57.
- C. A. Cannata, "Sul testo originale della lex Aquilia: premese e ricostruzione del primo capo", *SDHI*, 58 (1992), 194-214.
- C. A. Cannata, "Delito e obbligazione", *Illecito e pena privata in età repubblicana*, Nápoles, 1992, 23-119.
- G. Cardascia, "La portée primitive de la loi Aquileia", *Daube Noster: Essays in Legal History for David Daube*, Edimburgo-Londres, Scottish Academic Press, 1974, 53-75.
- S. Carval, *La responsabilité civile dan sa fonction de peine privée*, Paris, LGDJ, 1995.
- A. Castresana, *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2001.

- S. Cavanillas Múgica-E. De Llera Suárez Barcena-G. Quintero Olivares, *La responsabilidad civil "ex delicto"*, Cruz Menor (Navarra), Aranzadi, 2002.
- E. Chevreau-Y. Mausen-C. Bouglé, *Histoire du droit des obligations*, 2ª edición, París, LexisNexis, 2011.
- H. Coing, *Europäisches Privatrecht*, Munich, Beck, 1985.
- C. Conde-Pumpido Ferreiro, "La responsabilidad civil *ex delicto* en el Código penal de 1995", *Homenaje al Dr. Mariano Barbero Santos. In memoriam*, Cuenca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2001, vol. II, 935-965.
- A. Corbino, *Il danno qualificato e la lex Aquilia*, Padua, CEDAM, 2005.
- A. Corbino, "Il secondo capo della "lex Aquilia", O. Condorelli (a cura), "Panta rei". *Studi dedicati a Manlio Bellomo*, Roma, Il Cigno, 2004, t. II, 1-24.
- G. Crifò, "Le obbligazioni da atto illecito caratteristiche delle azioni penale", J. Paricio (Coord.), *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, 731-737.
- M. F. Cursi, *Iniuria cum damno. Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*. Milán, Giuffrè, 2002.
- M. F. Cursi, *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato*, Nápoles, Jovene, 2010.
- D. Daube, "On the third Chapter of the lex Aquilia", *Law Quarterly Review*, 52 (1936), 253-268.
- R. Demogue, *De la reparation civile des délits, etude de droit et de législation*, París, A. Rousseau, 1898
- E. Descheemaeker, H. Scott (eds.), *Iniuria and The Common Law*, Oxford and Portland, Oregon, Hart, 2013, 1-31.
- S. Díaz Alabart, "La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela", en *Anuario de Derecho Civil*, 40, núm. 3, junio-septiembre (1987), 795-894.
- A. Díaz Bautista, "La función reipersecutoria de la *poena ex lege aquilia*", A. Murillo Villar (coord.), *La responsabilidad civil de Roma al derecho moderno*, Burgos, Universidad de Burgos, 2001, 269-284.
- A. Díaz Bautista, "La acumulación de responsabilidades *ex delicto* en el código de las Siete Partidas", *Glossae*, 3 (1992), 117-134.
- L. Díaz Valcárcel, "Responsabilidad civil derivada del delito", *Revista de Derecho Judicial*, 2 (1960), 15-47.
- L. Díez-Picazo y Ponce de León, *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999.
- L. Díez-Picazo Ponce de León, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, V, *La responsabilidad extracontractual*, Cizur Menor, Civitas Thompson Reuters, 2011.
- E. Domínguez López, "La valoración del daño moral en Partidas 7, XV", *Acta Histórica et Archaeologica Medievalia*, 26 (2005), 243-254.
- P. Du Plessis, "An Infringement of the *corpus* as a Form of Iniuria: Roman and Medieval Reflections", E. Descheemaeker-H. Scott (eds.), *Iniuria and The Common Law*, Oxford and Portland, Oregon, Hart, 2013, 141-153.
- L. Fascione, *Storia del diritto privato romano*, Turín, Giappichelli, 2006.

- R. Feenstra, "L'actio legis Aquiliae utilis in cas d'homicide chez les Glossateurs", en J. E. Spruit (ed.), *Maior Viginti Quinque Annis*, Assen, Van Gorcum, 1978, 45-65.
- R. Feenstra, "Théories sur la responsabilité civile en cas d'homicide et en cas de lésion corporelle avant Grotius", *Etudes d'histoire du droit privé offertes à P. Petot*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1959, 157-171
- M. A. Fenocchio, *Sulle tracce del delitto di furtum. Genesi sviluppi vicende*, Napolés, Jovene 2008.
- R. Fercia, *La responsabilità per fatto di auxiliari nel diritto romano*, Padua, CEDAM, 2008.
- M. D. Floria Hidalgo, *La casuística del furtum en la jurisprudencia romana*, Madrid, Dykinson, 1991.
- E. Font Serra, "Reflexiones sobre la responsabilidad civil en el proceso penal", *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 87, núm. 4 (1988), 939-959.
- A. Franciosi, *Il problema delle origini del plebiscito Aquilio. Una messa a punto in tema di datazioni*, Satura, 2005.
- M. Fuenteseca Degeneffe, *El delito civil en Roma y en el derecho español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.
- F. Galiana Uriarte, "Problemas de la responsabilidad civil delictual" en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 19, núm. 2 (1966), 199-214.
- I. Gallego Domínguez, *Responsabilidad civil extracontractual por daños causados por animales*, Barcelona, Bosch, 1997.
- M. J. García Garrido, "La actio furti del fur", *Miscelánea romanística*, Madrid, UNED, 2006, 579-586.
- M. J. García Garrido, "Observaciones sobre delictum y crimen furti", *Miscelánea romanística*, Madrid, UNED, 2006, 603-610.
- J. L. Gazzaniga, *Introduction historique au droit des obligations*, París, Presses Universitaires de France, 1992.
- C. Gil Estellés, *La responsabilidad civil derivada de la penal en la doctrina y en la legislación*, Valencia, Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, 1949.
- T. Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, Madrid, Trivium, 1990.
- C. Giuffredi, *I principi del diritto penale romano*, Turín, Giappichelli, 1970,
- J. González Rus, "El artículo 444 del Código penal y el régimen general de la responsabilidad civil derivada del delito", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 32, fasc. 2 (1979), 381-426.
- C. Granados Pérez, *Responsabilidad civil ex delicto*, Las Rozas, La Ley, 2010.
- A. Guarino, *Istituzioni di diritto romano*, Nápoles, Jovene, 2006.
- J. Harries, *Law and Crime in the Roman World*, Cambridge, University Press, 2007.
- S. Hedley, *Tort*, 5ª edition, New York, Oxford University Press, 2006.
- D. Ibbetson, *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, New York, Oxford University Press, 1999.

- D. Ibbetson, "Harmonisation of the Law of Tort and Delict: A Comparative and Historical Perspective", R. Zimmerman (Hrsg.), *Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts*, Baden-Baden, Nomos, 2003, 83-103.
- D. Ibbetson, "Iniuria, Roman and English", E. Descheemaeker-H. Scott (eds.), *Iniuria and The Common Law*, Oxford and Portland, Oregon, Hart, 2013, 33-48.
- P. J. James, *General principles of the law of torts*, 2^a edition, Londres, Butterworths, 1969.
- J. Julien, *La responsabilité civile du fait d'autrui. Ruptures et continuités*. Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix Marseille, 2001.
- B. Kupisch, "La responsabilità da atto illecito nel diritto naturale", L. Vacca (a cura), *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica* (actas del I Congreso Internacional ARISTEC, Madrid, 7-10 octubre 1993), Turín, Giappicheli, 1995, pp. 125-134
- C. López Beltrán de Heredia, *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.
- C. López Beltrán de Heredia, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, Madrid, Tecnos, 1988.
- J. J. López de Jacoiste, *La responsabilidad civil extracontractual una exploración jurisprudencial y de filosofía jurídica*, Madrid, Ramón Areces, 2010.
- G. Maccormack, "On the third chapter of the Lex Aquilia", *The Iris Jurist*, 5 (1970), 164-178.
- F. Macioce, *La responsabilità civile nei sistema di Common Law*, I, *Profili Generali*, Padua, CEDAM, 1989.
- O. Marlasca Martínez, "La responsabilidad de los daños causados por animales en las personas en los textos romanos y en códigos medievales españoles", *Estudios de Deusto*, 47/2 (1999), 123-150.
- A. D. Manfredini, "L'iniuria nelle XII Tavole. *Inestabilis ex lege* (Cornelia de iniuris?) (Recenti lecture in materia di iniuria)", J. Paricio (coord.), *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, 799-817.
- A. Martínez Sarrión, *Las raíces romanas de la responsabilidad por culpa*, Barcelona, Bosch, 1993.
- J. Márquez de Prado Pérez (dir.), *Responsabilidad civil "ex delicto"*, Cuadernos de Derecho Judicial, XVI, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004.
- G. P. Masseto, "Responsabilità extracontrattuale (dir. Intermedio)", *Enciclopedia del Diritto*, XXXIX, Milán, Giuffrè, 1988, 1099-1186.
- J. de la Mata Amaya, "La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas", I. Serrano Butragueño (dir.), *Ejecución de sentencias civiles y penales*, Madrid, Instituto de Estudios Penales Marqués de Beccaria, 1994, 374-425.
- H. Mazeaud, L. Mazeaud y A. Tunc, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, traducción de su quinta edición por L. Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962-1963.

- R. Mazzon, *La responsabilità civile. Responsabilità oggettiva e semioggettiva*, Turín, UTET Jurídica, 2012.
- L. Mezzasoma, *La responsabilidad civil por los daños causados por las cosas en el derecho italiano y en el derecho español*, traducción de M. Sumoy Gete-Alonso, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- A. Murillo Villar (coord.), *La responsabilidad civil de Roma al derecho moderno*, Burgos, Universidad de Burgos, 2001.
- M. Navarro Michel, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, Barcelona, Bosch, 1998.
- A. Navajas Laporte, “Algunas consideraciones en torno a la responsabilidad civil derivada de hecho punible”, *Revista General de Derecho*, 393 (1977), 493-500.
- M. M. Naveira Zarra, *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 2006.
- J. Orlandis Rovira, “Consecuencias del delito en el Derecho de la alta Edad Media”, en *AHDE*, 18 (1947), 61-166,
- A. Ortega Carrillo de Albornoz, *De los delitos y las sanciones en la Ley de las XII Tablas*, Málaga, Universidad de Málaga, 1988.
- J. M. Ossorio Serrano, *Lecciones de derecho de daños*, Las Rozas, La Ley, 2011.
- F. L. Pacheco, “Formación histórica de la responsabilidad extracontractual o aquiliana en el Derecho Español (III). El derecho aragonés (siglos XIII-XVIII)”, *Initium*, 19 (2014), 525-561.
- F. L. Pacheco, “Formación histórica de la responsabilidad extracontractual o aquiliana en el Derecho Español (II). La recepción medieval del daño aquiliano en los derechos valenciano y catalán”, *Glossae, European Journal of Legal History*, 10 (2013) 409-429.
- F. L. Pacheco Caballero, “Daño, pena y resarcimiento. Formación histórica de la responsabilidad extracontractual o aquiliana en el derecho español”, *Initium*, 18 (2013), 289-328.
- J. Paricio, “Las fuentes de las obligaciones en la tradición gayano-justiniana”, J. Paricio (coord.), *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, 49-61.
- J. Paricio, *Los cuasidelitos. Observaciones sobre su fundamento histórico*. Madrid, Civitas, 1987.
- F. Peña López, *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Granada, Comares, 2002.
- L. Pepe, *Ricerche sul furto nelle XII tavole e nel diritto attico*, Milán, CUEM, 2004.
- G. Quintero Olivares-S. Cavanillas Múgica-E. De Llera Suárez-Barcena, *La responsabilidad civil “ex delicto”*, Cizur Menor, Aranzadi, 2002.
- A. Ramos Maestre, *La responsabilidad extracontractual del poseedor de animales*, Madrid, Dykinson, 2003.
- A. Ramos Maestre, *La responsabilidad civil por los daños causados por cosas arrojadas o caídas (análisis del art. 1910 del C. C.)*, Valencia, Editorial Práctica de Derecho, 2001.

- L. F. Reglero Campos (coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, 4ª edición, Madrid, Thompson-Aranzadi, 2008.
- J. M. Reyes Monterreal, *Acción y responsabilidad civil derivadas de delitos y faltas*, Madrid, Gráficas Menor, 1955.
- J. M. Rodríguez Devesa, “Responsabilidad civil derivada del delito o falta y culpa extracontractual”, en *Libro homenaje a Jaime Guasp*, Granada, Comares, 1984, 511-527.
- L. Rodríguez-Ennes, “Notas sobre el elemento objetivo del edictum de *effusis vel deiectis*”, *IURA*, 35 (1984), 91-98.
- G. Rodríguez Mourullo, “La distinción hurto-robo en el derecho histórico español”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 32 (1962), 25-112.
- M. Roig Torres, *La reparación del daño causado por el delito: aspectos civiles y penales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- M. Roig Torres, *La responsabilidad civil derivada de los delitos y las faltas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- M. Rossetti, *Il danno non patrimoniale*, Milán, Giuffrè, 2010.
- J. Saínz Guerra, *La evolución del derecho penal en España*, Jaén, Universidad de Jaén, 2004.
- M. B. Sainz-Cantero Caparrós, *El ilícito civil en el Código penal*, Granada, Comares, 1997.
- M. B. Sainz-Cantero Caparrós, *La reparación del daño “ex delicto”. Entre la pena privada y la mera compensación*, Granada, Comares, 1997.
- V. Saiz López, “Interpretación doctrinal de las disposiciones contenidas en el título de Lege aquilia del Codex”, A. Murillo Villar (coord.), *La responsabilidad civil de Roma al derecho moderno*, Burgos, Universidad de Burgos, 2001, 739-757.
- C. Salvi, *La responsabilità civile*, 2ª edición, Milán, Giuffrè, 2005.
- J. Santa Cruz Tejeiro, “La iniuria en el derecho romano”, *Revista de Derecho Privado*, 64, I (1980), 347-352.
- S. Schipani, *Contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale*, Turín, Giappichelli, 2009.
- R. Serra Ruiz, *Honor, honra e injuria en el derecho medieval español*, Murcia, Universidad de Murcia, 1969.
- V. Silva Melero, *El problema de la responsabilidad civil en el derecho penal*, Madrid, Reus, 1951.
- B. Sirks, “The delictual origin, penal nature and reipersecutory object of the *actio damni iniuriae legis Aquiliae*”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 77 (2009), 303-353.
- M. Talamanca, *Elementi di diritto privato romano*, Milán, Giuffrè, 2001.
- F. Tortorano, *Il danno meramente patrimoniale (Percorsi giurisprudenziali e comparazione giuridica)*, Turín, Giappichelli, 2001.
- A. Tunc, *La responsabilité civile*, 2ª edición, París, Economica, 1989.
- L. Vacca (a cura), *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica* (actas del I Congreso Internacional ARISTEC, Madrid, 7-10 octubre 1993), Turín, Giappichelli, 1995.

- L. Vacca, "Il delito di rapina", J. Paricio (coord.), *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, 887-901.
- G. Valditara, *Damnum iniuria datum*, Turín, Giappichelli, 1996.
- G. Valditara, "Damnum iniuria datum", J. Paricio (coord.), *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, 825-888.
- E. Valiño, *Acciones pretorias complementarias de la acción civil de la ley Aquilia*, Pamplona, EUNSA, 1973.
- G. Visintini, *Trattato breve della responsabilità civile, Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*, Milán, CEDAM, 1996.
- P. Voci, "L'estensione dell'obbligo di risarcire il danno nel diritto romano classico", *Studi di diritto romano*, Padua, CEDAM, 1985, 19-52.
- T. Wallinga, "Effusa vel deiecta en Roma y en Glasgow", A. Murillo Villar (coord.), *La responsabilidad civil de Roma al derecho moderno*, Burgos, Universidad de Burgos, 2001, 907-915.
- G. L. Williams-B. A. Hepple, *Foundations of the Law of Tort*, Londres, Butterworths, 1976.
- P. H. Winfield-J. A. Jolowicz, *On Tort*, 17 edition by W. H. V. Rogers, Londres, Sweet & Maxwell, 1989.
- M. Yzquierdo Tolsada, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Madrid, Reus, 1983.
- M. Yzquierdo Tolsada, "El perturbador artículo 1902 del Código Civil: Cien años de errores", en *Centenario del Código civil (1889-1989)*, Madrid, Centro de estudios Ramón Areces, 1990, vol. II, 2019-2135
- R. Zimmermann: "Christian Thomasius, The Reception of Roman Law and the History of the Lex Aquilia", C. Thomasius, *Larva Legis Aquiliae. The mask of the Lex Aquilia torn off the action for damage done*, edición y transcripción de M. Hewett, Oxford, Hart, 2000, 49-68.
- R. Zimmerman, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Traditions*, Oxford, Oxford University Press, 1996.
- R. Zimmermann, "Furtum", J. Paricio (coord.), *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, 753-783.

Schadensersatzansprüche von Verbrauchern bei Wettbewerbsverstößen im deutschen Recht

Beate Gsell/Anton Schäffler

ZUSAMMENFASSUNG: Traditionell wird das deutsche Lauterkeitsrecht dahin verstanden, dass es zwar den Verbraucherschutz im Sinne eines Allgemeininteresses bezweckt, nicht aber dem individuellen Schutz einzelner Verbraucher zu dienen bestimmt ist. Dementsprechend gab es keine allgemeine lauterkeitsrechtliche Schadensersatzgrundlage zugunsten von Verbrauchern. Dies hat sich mit der Umsetzung der europäischen Richtlinie (EU) 2019/2161 geändert. Seither müssen die Mitgliedstaaten Verbrauchern, die durch unlautere Geschäftspraktiken geschädigt wurden, Zugang zu angemessenen und wirksamen Rechtsbehelfen gewähren, einschließlich Ersatz des entstandenen Schadens sowie gegebenenfalls Preisminderung oder Beendigung des Vertrags. Der Beitrag legt zunächst dar, unter welchen eingeschränkten Voraussetzungen Verbraucher schon bislang Schadensersatz verlangen konnten, um dann die Umsetzung der europäischen Richtlinien-Vorgaben in § 9 Abs. 2 UWG n.F. zu beleuchten.

SCHLÜSSELWÖRTER: § 9 Abs. 2 UWG, Diesel-Abgas-Skandal, Europäisches Lauterkeitsrecht, Individualschutz von Verbrauchern, Omnibus-Richtlinie (EU) 2019/2161, Schadensersatzanspruch, Verbandsklagen-Richtlinie (EU) 2020/1828

RESUMEN: Tradicionalmente, se ha entendido que la legislación alemana de competencia desleal tiene como objetivo la protección del consumidor con carácter de interés general, sin estar al mismo tiempo a la disposición de la protección de los consumidores a título individual. En consecuencia, no existía una base general para la indemnización por daños y perjuicios a favor de los consumidores en virtud de la legislación sobre competencia desleal. Este hecho ha cambiado con la implementación de la Directiva Europea (UE) 2019/2161. Desde entonces, los Estados miembros deben garantizar a los consumidores el acceso a recursos jurídicos adecuados y eficaces en caso de perjuicios sufridos por prácticas comerciales desleales. Esos recursos incluyen la indemnización por los daños y perjuicios causados, la reducción del precio o la resolución del contrato. En este artículo

se exponen en primer lugar las limitadas condiciones en las que los consumidores ya podían reclamar daños y perjuicios conforme a la legislación alemana anterior, para luego esclarecer la aplicación de los requisitos de la Directiva europea en el apartado 2 del artículo 9 de la nueva versión de la Ley alemana de competencia desleal.

PALABRAS CLAVE: § 9 apdo. 2 de la Ley alemana contra la competencia desleal (UWG), Directiva de acciones de representación colectiva (UE) 2020/1828, Directiva Ómnibus (UE) 2019/2161, Escándalo de emisiones contaminantes, Legislación europea sobre prácticas comerciales desleales, Protección individual de los consumidores, Reclamación de daños y perjuicios.

A. Einleitung

In Deutschland gibt es – im Gegensatz zu anderen europäischen Ländern, wie namentlich Spanien¹ und Frankreich² – keine große deliktsrechtliche Generalklausel, die allgemein bestimmt, dass derjenige, der einem anderen widerrechtlich und schuldhaft Schaden zufügt, zum Schadensersatz verpflichtet ist. Vielmehr enthält das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) lediglich drei kleine Generalklauseln, die in ihrer Reichweite sehr beschränkt sind: Deliktsrechtlicher Schadensersatz kommt danach erstens dann infrage, wenn nicht nur ein Schaden am Vermögen (*pure economic loss*) eingetreten ist, sondern ein sogenanntes absolut geschütztes Recht oder Rechtsgut, wie insbesondere Leben, die Gesundheit oder das Eigentum verletzt wird³; außerdem dann, wenn gegen ein Schutzgesetz verstoßen wird⁴ oder eine vorsätzliche und sittenwidrige Schädigung gegeben ist⁵. Zudem ist eine deliktsrechtliche Haftung für das von Hilfspersonen begangene Unrecht grundsätzlich nur vorgesehen, wenn der Geschäftsherr die im Verkehr erforderliche Sorgfalt bei der Auswahl oder Leitung der

1 Artículo 1902 Código Civil:

El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

2 Article 1240 (ex Article 1342) Code civil:

Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.

3 Gem. § 823 Abs. 1 BGB.

4 Gem. § 823 Abs. 2 BGB.

5 Gem. § 826 BGB.

bestellten Person außer Acht gelassen hat und der Schaden nicht eingetreten wäre, wenn er diese beachtet hätte⁶. Wenn also jemand einem anderen schuldhaft einen bloßen Vermögensschaden zufügt, schuldet er dem Geschädigten grundsätzlich keinen deliktsrechtlichen Schadensersatz. Und das gleiche gilt, wenn zwar ein absolut geschütztes Recht oder Rechtsgut wie das Leben, die Gesundheit oder das Eigentum verletzt wird, jedoch lediglich durch eine Hilfsperson, die vom Geschäftsherrn sorgfältig ausgewählt und überwacht wurde. Auch dann versagt das deutsche Deliktsrecht dem Geschädigten grundsätzlich einen Schadensersatzanspruch gegen den Geschäftsherrn.

Dieses restriktive System wird allerdings fortschreitend durch unionsrechtliche Vorgaben ausgeweitet, so insbesondere im stark europäisierten Kartellrecht. Schon am 20. September 2001 stellte der Europäische Gerichtshof mit seiner „Courage“-Entscheidung für das Kartellrecht klar, dass es für eine effektive Rechtsdurchsetzung erforderlich ist, dass „jedermann“ individuelle Schadensersatzansprüche zur Durchsetzung seiner Rechte zustehen müssen.⁷ Diese Rechtsprechung wurde durch die „Manfredi“-Entscheidung – ebenfalls des Europäischen Gerichtshofs – bestätigt, in welcher dieser urteilte, dass „ein Geschädigter nicht nur Ersatz des Vermögensschadens (damnum emergens), sondern auch des entgangenen Gewinns (lucrum cessans) sowie die Zahlung von Zinsen verlangen können muss“⁸. Kodifiziert und konkretisiert wurde die Rechtsprechung zum kartellrechtlichen Schadensersatz dann im Jahre 2014 in der europäischen Schadensersatz-Richtlinie⁹, die natürlichen und juristischen Personen, und damit auch Verbrauchern, einen Anspruch auf Schadensersatz einräumt¹⁰. In Deutschland wurde diese Vorgabe in § 33a GWB¹¹ umgesetzt.

6 Gem. § 831 Abs. 1 BGB.

7 EuGH, Urteil vom 20.9.2001 – C-453/99, Rn. 26.

8 EuGH, Urteil vom 13.7.2006 – C-295/04 bis C-298/04, Rn. 95.

9 Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.11.2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl EU 2014 L 349/1.

10 S. Art. 3 RL 2014/104/EU.

11 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB): § 33a Schadensersatzpflicht:

(1) Wer einen Verstoß nach § 33 Absatz 1 vorsätzlich oder fahrlässig begeht, ist zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

(2) ¹Es wird widerleglich vermutet, dass ein Kartell einen Schaden verursacht.

²Ein Kartell im Sinne dieses Abschnitts ist eine Absprache oder abgestimmte Verhaltensweise zwischen zwei oder mehr Wettbewerbern zwecks Abstimmung ihres Wettbewerbsverhaltens auf dem Markt oder Beeinflussung der relevanten

Eine ähnliche Entwicklung findet nun im Lauterkeitsrecht statt: Die im Jahre 2019 im Rahmen des sog. „New Deal for consumers“ erlassene Omnibus- oder Modernisierungs-Richtlinie (EU) 2019/2161 fügt in die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken 2005/29/EG ein Individualrecht geschädigter Verbraucher auf Schadensersatz ein.¹²

Nachfolgend soll zunächst gezeigt werden, inwieweit Verbraucher nach bisherigem deutschem Recht bei Lauterkeitsverstößen Schadensersatz verlangen oder vielmehr oft eben gerade nicht verlangen konnten. Anschließend soll dann auf die neue Rechtslage nach der Änderung des deutschen Lauterkeitsrechts durch die Umsetzung der Omnibus-Richtlinie eingegangen werden.

Wettbewerbsparameter. ³Zu solchen Absprachen oder Verhaltensweisen gehören unter anderem

1. die Festsetzung oder Koordinierung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen,
2. die Aufteilung von Produktions- oder Absatzquoten,
3. die Aufteilung von Märkten und Kunden einschließlich Angebotsabsprachen, Einfuhr- und Ausfuhrbeschränkungen oder
4. gegen andere Wettbewerber gerichtete wettbewerbschädigende Maßnahmen.

⁴Es wird widerleglich vermutet, dass Rechtsgeschäfte über Waren oder Dienstleistungen mit kartellbeteiligten Unternehmen, die sachlich, zeitlich und räumlich in den Bereich eines Kartells fallen, von diesem Kartell erfasst waren.

(3) ¹Für die Bemessung des Schadens gilt § 287 der Zivilprozessordnung. ²Dabei kann insbesondere der anteilige Gewinn, den der Rechtsverletzer durch den Verstoß gegen Absatz 1 erlangt hat, berücksichtigt werden.

(4) ¹Geldschulden nach Absatz 1 hat der Schuldner ab Eintritt des Schadens zu verzinsen. ²Die §§ 288 und 289 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs finden entsprechende Anwendung.

Und § 33 Abs. 1 GWB lautet:

Wer gegen eine Vorschrift dieses Teils oder gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union verstößt (Rechtsverletzer) oder wer gegen eine Verfügung der Kartellbehörde verstößt, ist gegenüber dem Betroffenen zur Beseitigung der Beeinträchtigung und bei Wiederholungsgefahr zur Unterlassung verpflichtet.

- 12 Richtlinie (EU) 2019/2161 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.11.2019 zur Änderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinien 98/6/EG, 2005/29/EG und 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union, ABLEU 2019 L 328/7. Art. 3 Nr. 5 Omnibus-RL (EU) 2019/2161 schafft den neuen Art. 11a Geschäftspraktiken-RL 2005/29/EG; s. bereits Gsell, Editorial, NJW-aktuell, NJW 2018, Nr. 3 und dies., BKR 2021, 521, 524.

B. Schadensersatzansprüche nach altem Recht in Deutschland

In Deutschland lassen sich die Schadensersatzansprüche der Verbraucher wegen Verstößen gegen das Lauterkeitsrecht in die Kategorien der vertraglichen (I.), quasivertraglichen (II.) und deliktsrechtlichen Ansprüche (III.) unterteilen. Zur Illustration soll das Beispiel des Kaufes eines Diesel-Kfz dienen, das mit einer manipulierten Software ausgestattet ist, die erkennt, ob das Fahrzeug sich auf dem Prüfstand befindet und dafür sorgt, dass ein geringerer Schadstoffausstoß angezeigt wird als im Realbetrieb. Warum dieses Beispiel? Dies deshalb, weil der sog. Diesel-Abgasskandal gerade Anlass war für den europäischen Gesetzgeber, bei Lauterkeitsverstößen in der Omnibus-Richtlinie einen individuellen Schadensersatzanspruch zugunsten von Verbrauchern anzuordnen.¹³

I. Vertragliche Ansprüche

Vertragliche Ansprüche aus Verletzungen gegen das Lauterkeitsrecht können sich in erster Linie aus vertragsrechtlichen Mängelgewährleistungsrechten ergeben, wie etwa dem kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrecht.¹⁴

So können zu der vertraglich geschuldeten Soll-Beschaffenheit einer Sache insbesondere auch die Eigenschaften gehören, die der Käufer nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers oder des Herstellers in der Werbung erwarten kann.¹⁵ Weicht die tatsächliche Ist- von der Soll-Beschaffenheit ab, so stehen dem Käufer die kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechte zu.¹⁶

Des Weiteren kann ein geschlossener Vertrag auch von Anfang an nichtig sein¹⁷, wenn ein Anfechtungsrecht bestand und fristgerecht ausgeübt wurde. Als Anfechtungsrecht kommt bei Lauterkeitsverstößen vor allem

13 S. *Europäische Kommission*, Impact Assesment (Part 1), SWD(2018) 96 final, 6, 18 ff.; s. auch bereits *Gsell*, Editorial, NJW-aktuell, NJW 2018, Nr. 3.

14 S. nur *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm u.a.*, UWG, 40. Aufl., Einleitung Rn. 7.12 m.w.N.

15 S. § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 lit. b BGB und bereits § 434 Abs. 1 S. 3 BGB a.F.; näher zum europarechtlichen Hintergrund und zur jüngsten Entwicklung infolge der Umsetzung der Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771, s. *Gsell*, ZfPW 2022, 130, 142 ff.

16 §§ 434 Abs. 1, 435 S. 1, 437 BGB.

17 § 142 Abs. 1 BGB.

die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nach § 123 BGB in Betracht¹⁸: Danach kann derjenige, der durch arglistige Täuschung zur Abgabe einer Willenserklärung bestimmt worden ist, seine Erklärung anfechten. Bei den Diesel-Kfz-Fällen besteht allerdings die Besonderheit, dass die Käufer oft nicht bei dem täuschenden Hersteller gekauft haben, sondern bei rechtlich selbständigen Händlern, die von den Abgasmanipulationen selbst nichts wussten.¹⁹ Dem Händler ist dann aber die Täuschung des Herstellers nicht zurechenbar²⁰, sodass eine Anfechtung ausscheidet.

II. Quasivertragliche Ansprüche

Verletzt ein Unternehmer im Vorfeld des Vertragsschlusses eine vorvertragliche Aufklärungspflicht²¹, wird auch ein Schadensersatzanspruch aus den Vorschriften über das Verschulden bei Vertragsschluss (*culpa in contrahendo*) bejaht: Ein Schuldverhältnis, das Schutzpflichten²² begründet, kann nämlich auch durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen und bei der Anbahnung eines Vertrags oder ähnlichen geschäftlichen Kontakten entstehen.²³ Solche Ansprüche sind aber zu verneinen, wenn der geschädigte Diesel-Kfz-Käufer gar keinen direkten Geschäftskontakt mit dem Hersteller hatte und der Händler von den Software-Manipulationen nichts wissen konnte.

III. Deliktsrechtliche Ansprüche

Da die Opfer unlauterer Geschäftshandlungen also häufig gerade keinen Vertrag geschlossen haben mit dem widerrechtlich handelnden Unternehmen, spielen deliktsrechtliche Ansprüche eine entscheidende Rolle. De-

18 S. statt vieler Köhler, in: Köhler/Bornkamm u.a., UWG, 40. Aufl., Einleitung Rn. 7.10.

19 S. dazu nur statt vieler van Lück, VuR 2019, 8.

20 S. dazu Witt, NJW 2017, 3681, 3685 m.w.N.; Rehberg, in: Gsell/Krüger u.a., BeckOGK, 1.6.2022, BGB § 123 Rn. 46 m.w.N.; BGH, Beschluss vom 9.6.2020 – VIII ZR 315/19, NJW 2020, 3312 Rn. 17 f.

21 Ausführlich zur Verletzung von Aufklärungspflichten Herresthal, in: Gsell/Krüger u.a., BeckOGK, 1.4.2022, BGB § 311 Rn. 388 ff.

22 i.S.v. § 241 Abs. 2 BGB.

23 § 311 Abs. 1 f. BGB; s. auch zur *culpa in contrahendo* im Lauterkeitsrecht statt vieler Köhler, in: Köhler/Bornkamm u.a., UWG, 40. Aufl., Einleitung Rn. 7.13.

liktsrechtliche Ansprüche bestehen aber, wie bereits erwähnt,²⁴ nur sehr eingeschränkt, da Deutschland keine große deliktsrechtliche Generalklausel hat.

1. Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB

Zunächst zur ersten der drei kleinen Generalklauseln: Für das Vorliegen eines Anspruchs aus § 823 Abs. 1 BGB ist eine taugliche Rechts(guts)verletzung, also die Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit, Eigentum oder eines sonstigen Rechts erforderlich. Allerdings schützt § 823 Abs. 1 BGB nicht das Vermögen als solches.²⁵ Weil der Käufer eines manipulierten Diesel-Kfz niemals Eigentümer eines einwandfreien Fahrzeuges war, das manipulierte Fahrzeug aber durch die Täuschung des Herstellers keine Verschlechterung erfahren hat, scheidet eine Eigentumsverletzung in den Diesel-Kfz-Fällen regelmäßig aus. Mit anderen Worten: Der getäuschte Käufer eines Diesel-Kfz hat keinen Eigentums-, sondern einen reinen Vermögensschaden (*pure economic loss*) erlitten und ein solcher Schaden ist nach deutschem Deliktsrecht nur ausnahmsweise ersatzfähig.

2. Ansprüche aus dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)

In Betracht kommen könnten allerdings deliktsrechtliche Individualansprüche des Verbrauchers aus dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, dem UWG, welches als Sonderdeliktsrecht²⁶ Verstöße gegen das Lauterkeitsrecht regelt.

Das UWG diene schon bislang explizit auch dem Schutz von Verbrauchern gegen unlautere geschäftliche Handlungen.²⁷ Trotzdem fand sich

24 S. unter A.

25 S. nur *Wagner*, in: Habersack, MüKo BGB, 8. Aufl., BGB § 823 Rn. 423 m.w.N.

26 S. nur *Köhler*, WRP 2021, 129 Rn. 51; *ders.*, in: Köhler/Bornkamm u.a., UWG, 40. Aufl., Einleitung Rn. 7.2.

27 Verbraucher werden seit 2004 in § 1 S. 1 UWG als Schutzsubjekte explizit genannt. Davor waren im UWG keine Schutzsubjekte explizit benannt, Verbraucher waren aber als solche anzusehen, s. *Hefermehl*, in: Baumbach/Hefermehl, UWG, 22. Aufl., UWG Einleitung Rn. 40, 42 f., 55 m.w.N.; s. auch schon in RGZ 128, 330, 343 m.w.N.: Das ganze Wettbewerbsgesetz soll „im öffentlichen Interesse den Auswüchsen des Wettbewerbs [...] entgegentreten“. Zudem bestand von 1986 bis 2004 in § 13a UWG 1909 ein Rücktrittsrecht von „Abnehmern“ bei unwahren und irreführenden Werbeangaben. Grund für ein Rück-

bislang im UWG kein Schadensersatzanspruch, der auch Verbrauchern zustand,²⁸ da das Gesetz (bisher) nur den kollektiven Interessen der Verbraucher diene²⁹. Die Durchsetzung des Schutzes für Verbraucher wurde vielmehr nur durch Organisationen und Mitbewerber gewährleistet.³⁰

Nach der Begründung des deutschen Gesetzgebers fehlte bislang ein individueller Anspruch für Verbraucher, da Unternehmen nicht übermäßig belastet werden sollten³¹. Beides, also die Verhinderung übermäßiger Belastung von Unternehmen und individuelle Ansprüche von Verbrauchern, so wurde argumentiert, sei nur durch die Absenkung des Schutzniveaus zu erreichen.³²

trittsrecht war, dass das Wettbewerbsrecht auch die Interessen der „Abnehmer, insbesondere der Verbraucher“ schützte, ein anderer „Individualschutz deliktsrechtlicher oder quasi-vertraglicher Art“ nicht bestand und davon ausgegangen wurde, dass Abnehmer oft kein Interesse an Schadensersatz hätten, sondern „rasch wieder vom Vertrag [loskommen]“ wollten, s. *Hefermehl*, in: Baumbach/Hefermehl, UWG, 22. Aufl., UWG § 13a Rn. 1. § 13a UWG 1909 ist mit dem UWG 2004 entfallen, s. *Sosnitzka*, in: Ohly/Sosnitzka, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 7. Aufl., UWG § 1 Rn. 11, da „keine Fallkonstellationen erkennbar sind, in denen der Verbraucher gegen sein schutzwürdiges Interesse an der Erfüllung eines unlauter zustande gekommenen Vertrages festgehalten würde“, s. *Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Drucksache 15/1487, 14 und Wertungswidersprüche zu den Vorschriften des BGB befürchtet wurden, s. *Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Drucksache 15/1487, 14 f.; § 13a UWG 1909 spielte vor 2004 in der Praxis aber kaum eine Rolle, s. *Alexander*, WRP 2021, 136 Rn. 64; *Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Drucksache 15/1487, 14.

- 28 S. nur statt vieler *Köhler*, WRP 2021, 129 Rn. 2; *Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb*, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Innovation und Wettbewerb, München, zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht vom 4. November 2020, 10.
- 29 S. nur statt vieler *Alexander*, WRP 2021, 136 Rn. 69; *Köhler*, WRP 2021, 129 Rn. 2, 15, 53; *Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb*, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Innovation und Wettbewerb, München, zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht vom 4. November 2020, 10.
- 30 § 8 Abs. 3 UWG; *Köhler*, WRP 2021, 129 Rn. 2; *ders.*, in: Köhler/Bornkamm u.a., UWG, 40. Aufl., UWG § 1 Rn. 39.
- 31 *Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Drucksache 15/1487, 22; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm u.a., UWG, 40. Aufl., UWG § 1 Rn. 39.
- 32 *Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Drucksache 15/1487, 22; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm u.a., UWG, 40. Aufl., UWG § 1 Rn. 39.

3. Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB

Auf erste Sicht mag es naheliegen, dass dem Verbraucher ein Anspruch aus der zweiten der drei kleinen deliktsrechtlichen Generalklauseln, i.e. aus § 823 Abs. 2 BGB, zusteht. Die Norm billigt einen Schadensersatzanspruch zu, wenn gegen ein Schutzgesetz verstoßen wird, also gegen ein Gesetz, das unmittelbar den Schutz eines Einzelnen bezweckt³³. Bei Schutzgesetzverstößen erstreckt sich der Schadensersatz auch auf reine Vermögensschäden³⁴ (*pure economic loss*).

a) Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. dem UWG

Als Schutzgesetz könnte eine Norm des UWG in Betracht kommen:

Das UWG ist in vier Kapitel eingeteilt: Die Allgemeinen Bestimmungen, die Rechtsfolgen, die Verfahrensvorschriften und die Straf- und Bußgeldvorschriften. In den Allgemeinen Vorschriften bildet § 3 Abs. 1 UWG die Generalklausel³⁵ und bestimmt, dass „[u]nlautere geschäftliche Handlungen [...] unzulässig [sind]“. Die zivilrechtlichen Unlauterkeitstatbestände verweisen in der Regel auf § 3 Abs. 1 UWG, nicht jedoch § 7 UWG, der unzumutbare Belästigungen regelt.³⁶

33 S. *Schmidt*, in: Weber, Rechtswörterbuch.

34 S. statt vieler *Spindler*, in: Gsell/Krüger u.a., BeckOGK, 1.7.2022, BGB § 823 Rn. 255.

35 S. statt vieler *Alexander*, in: Fritzsche/Münker u.a., BeckOK UWG, 1.7.2022, UWG § 3 Rn. 4; für Verbraucher gibt es die sog. Verbrauchergeneralklausel des § 3 Abs. 2 UWG, die aber hinsichtlich ihrer Rechtsfolge auf § 3 Abs. 1 UWG verweist, s. *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm u.a., UWG, 40. Aufl., UWG § 3 Rn. 3.1, 3.3.

36 S. dazu *Ohly*, in: Ohly/Sosnitza, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 7. Aufl., UWG § 7 Rn. 4. Ohne Verweis auf § 3 Abs. 1 UWG kommt außerdem der erst am 1.10.2021 in Kraft getretene § 7a UWG aus, der die Dokumentation der Einwilligung in Telefonwerbung regelt; dieser knüpft an die Regelung des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG an, s. *Seichter*, in: Seichter, JurisPK-UWG, 5. Aufl., UWG § 7a Rn. 2. Daneben ist auch für § 3 Abs. 3 UWG ein Rückgriff auf § 3 Abs. 1 UWG nicht erforderlich, s. *Alexander*, in: Heermann/Schlingloff, Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, UWG Anhang zu § 3 Abs. 3 Rn. 6. Keinen eigenen Unlauterkeitstatbestand enthält der neue § 5c UWG, sondern nur ein Verbot als Grundlage für Sanktionen, s. *Alexander*, WRP 2021, 136 Rn. 87 f.; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm u.a., UWG, 40. Aufl., UWG § 5c n.F. Rn. 2.

Jedoch werden grundsätzlich weder § 3 UWG³⁷ noch § 7 UWG³⁸ als Schutzgesetz im Sinne des Deliktsrechts angesehen. Deshalb kommt hier ein Anspruch des Verbrauchers aus § 823 Abs. 2 BGB prinzipiell – und so auch regelmäßig in den Diesel-Kfz-Fällen – nicht infrage.³⁹

b) Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. dem StGB

Denkbar ist auch ein Anspruch des Verbrauchers aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. einem Schutzgesetz aus dem Strafgesetzbuch (StGB). Dies kann insbesondere die Nötigung oder der Betrug sein.⁴⁰ Die Anforderungen an die

37 *Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Drucksache 15/1487, 22; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm u.a., UWG, 40. Aufl., Einleitung Rn. 7.5; *ders.*, in: Köhler/Bornkamm u.a., UWG, 40. Aufl., UWG § 1 Rn. 39; *ders.*, in: Köhler/Bornkamm u.a., UWG, 40. Aufl., UWG § 3 Rn. 10.9.

38 *Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Drucksache 15/1487, 22; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm u.a., UWG, 40. Aufl., Einleitung Rn. 7.5; *ders.*, in: Köhler/Bornkamm u.a., UWG, 40. Aufl., UWG § 3 Rn. 10.9.

39 Etwas anderes kann sich allerdings für bestimmte belästigende Werbung aus § 7 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 UWG in richtlinienkonformer Auslegung von Art. 13 RL 2002/58/EG ergeben, s. *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm u.a., UWG, 40. Aufl., UWG § 7 Rn. 14a, ebenso wie für strafbare Werbung aus § 16 UWG, s. *Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Drucksache 15/1487, 22; *dies.*, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, Drucksache 19/27873, 40 f.; *Alexander*, Anmerkungen zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, 19; *ders.*, WRP 2021, 136 Rn. 76; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm u.a., UWG, 40. Aufl., UWG § 1 Rn. 39; *Scherer*, WRP 2021, 561 Rn. 8 und ggf. auch § 20 UWG, neutral *Ohly*, in: Ohly/Sosnitza, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 7. Aufl., UWG § 20 Rn. 5, ablehnend hingegen *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm u.a., UWG, 40. Aufl., UWG § 20 Rn. 13; s. ferner § 7a UWG, der aber lediglich die Dokumentation der Einwilligung in Telefonwerbung regelt. Er spielt praktisch kaum eine Rolle, ausführlicher dazu *Seichter*, in: Seichter, JurisPK-UWG, 5. Aufl., UWG § 7a Rn. 4, abgesehen von dem Vorliegen einer Ordnungswidrigkeit bei einem Verstoß, s. § 20 Abs. 1 Nr. 2 UWG. Ob § 7a UWG ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB ist, ist nicht geklärt. Es deutet aber nichts darauf hin, dass § 7a UWG ein Schutzgesetz sein soll, vielmehr beschränkt sich der Zweck der Regelung darauf, eine „effizientere Sanktionierung von unerlaubter Telefonwerbung zu ermöglichen“, s. *Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes für faire Verbraucherverträge, Drucksache 19/26915, 33.

40 *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm u.a., UWG, 40. Aufl., Einleitung Rn. 7.40.

Erfüllung eines Straftatbestandes sind aber naturgemäß hoch und lassen sich jedenfalls regelmäßig nur schwer beweisen. In den Diesel-Kfz-Fällen hat der BGH für die Konstellation des Gebrauchtwagenkaufes die Verwirklichung des Straftatbestandes des Betruges durch den Hersteller Volkswagen verneint.⁴¹

4. Anspruch aus § 826 Abs. 1 BGB

Nun zur letzten kleinen Generalklausel: „Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet.“, § 826 BGB. Hiervon sind auch reine Vermögensschäden umfasst.⁴²

§ 826 BGB ist bislang meist die einzige aussichtsreiche Anspruchsgrundlage, aus der Geschädigte die Hersteller von manipulierten Diesel-Kfz in Anspruch nehmen können. Sie spielt deshalb bei der zivilrechtlichen Bewältigung der Diesel-Kfz-Fälle eine entscheidende Rolle.

Ihre materiellrechtlichen Anforderungen sind jedoch sehr streng. Außerdem trifft grundsätzlich jede Partei die Beweislast für die Voraussetzungen der ihr günstigen Rechtsnormen (sog. Rosenbergsche Formel⁴³). Auch dies erschwert die Geltendmachung eines Anspruchs aus § 826 BGB beträchtlich: Insbesondere der Vorsatz, also das Wissen von der Möglichkeit des Schadenseintritts und der Umstände, die den Sittenwidrigkeitsvorwurf begründen, lassen sich meist nur schwer nachweisen, ebenso wie das Wollen, also das billigende Inkaufnehmen des Schadenseintritts, bei den Diesel-Kfz-Fällen⁴⁴. Tatsächlich hat der BGH in den Diesel-Kfz-Fällen einen Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB gegen die Volkswagen AG zugebilligt und dabei den Geschädigten Beweiserleichterungen zukommen lassen.⁴⁵ Dagegen scheiterte etwa die Geltendmachung von Ansprüchen gegen die Audi AG in Fällen, in denen diese von VW hergestellte manipu-

41 Es fehlt danach an der Bereicherungsabsicht und der erforderlichen Stoffgleichheit des erstrebten rechtswidrigen Vermögensvorteils mit einem etwaigen Vermögensschaden, s. BGH, Urteil vom 30.7.2020 – VI ZR 5/20, NJW 2020, 2798 Rn. 17 ff.; zu Neuwagen s. OLG Dresden, Beschluss vom 27.5.2021 – 11a U 1196/20, juris Rn. 31.

42 S. statt vieler *Spindler*, in: Gsell/Krüger u.a., BeckOGK, 1.7.2022, BGB § 826 Rn. 2.

43 S. ausführlich *Rosenberg*, Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung, 5. Aufl., 98 ff.

44 *Spindler*, in: Gsell/Krüger u.a., BeckOGK, 1.7.2022, BGB § 826 Rn. 198 ff.

45 Grdldg. BGH, Urteil vom 25.5.2020 – VI ZR 252/19, NJW 2020, 1962, ausführlich dazu *Gsell*, JZ 2020, 1142.

lierte Motoren lediglich eingebaut hatte, daran, dass der BGH eine Zurechnung der Kenntnis von VW im Konzern verneint hat.⁴⁶ Auch hat der BGH ein sittenwidriges Handeln von VW gegenüber solchen Käufern, die ein Fahrzeug erst nach Bekanntwerden der Abgasmanipulationen gekauft haben, davon aber nichts wussten, verneint.⁴⁷

IV. Zwischenergebnis: Bewertung von Schutzlücken

Nach alledem drängt sich eine Bewertung der Frage auf, inwieweit bislang im deutschen Recht inakzeptable Schutzlücken zu Lasten geschädigter Verbraucher zu beklagen waren.

Teils wurde vertreten, es hätten im deutschen Recht keine Schutzlücken für Verbraucher bestanden. Diese seien über die dargelegten Schutzmechanismen schon ausreichend geschützt gewesen.⁴⁸ Dies vermag jedoch kaum zu überzeugen.⁴⁹ Gerade die Diesel-Affäre hat Schutzlücken im deutschen

46 S. BGH, Urteil vom 8.3.2021 – VI ZR 505/19, NJW 2021, 1669, kritisch *Gsell*, EWiR 2021, 365.

47 Durch die Verhaltensänderung von VW in Gestalt insbesondere der Ad-hoc-Mitteilung vom 22.9.2015 sei das ursprüngliche Verhalten von VW derart relativiert worden, dass der Vorwurf der Sittenwidrigkeit gerade im Hinblick auf den Schaden, der durch den Abschluss eines ungewollten Kaufvertrages im August 2016 entstanden sein könnte, nicht mehr gerechtfertigt sei, s. BGH, Urteil vom 30.7.2020 – VI ZR 5/20, NJW 2020, 2798 Rn. 34 ff.; kritisch *Gsell*, JZ 2020, 1142, 1146 ff.

48 *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm u.a.*, UWG, 40. Aufl., UWG § 1 Rn. 39; *Bundesverband der Arzneimittel-Hersteller e. V.*, Stellungnahme des Bundesverbandes der Arzneimittel-Hersteller e.V. (BAH) zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht (Bearbeitungsstand: 4.11.2020), 4; *Händlerbund e.V.*, Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, 5; *Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft ZAW e.V.*, Stellungnahme des ZAW im Rahmen der Verbändeanhörung zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, 3; angedeutet auch von *Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb*, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Innovation und Wettbewerb, München, zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht vom 4. November 2020, 11 f.

49 So auch *Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, Drucksache 19/27873, 39 f.; *Alexander*, Anmerkungen zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, 16 f.; *ders.*, WRP 2021, 136 Rn. 65; *Heinze/Engel*, NJW 2021, 2609 Rn. 1; *IDO Interessenver-*

Recht deutlich vor Augen geführt⁵⁰, die sich vor allem aus den hohen Hürden des deliktsrechtlichen Schadensersatzes in Deutschland erklären lassen. Schutzlücken für Geschädigte haben sich deshalb insbesondere insoweit gezeigt, als kein Vertrag zwischen demjenigen, der unlauter handelt, und dem Verbraucher besteht⁵¹. Hier standen dem Verbraucher bislang regelmäßig allein deliktsrechtliche Ansprüche zur Verfügung, die aber, wie soeben gezeigt,⁵² nur in sehr engen Grenzen eingreifen: Lässt sich eine vorsätzliche Schädigung nicht nachweisen oder wird die strenge Verwerflichkeitsschwelle sittenwidrigen Handelns verfehlt, kann der Verbraucher, soweit er ausschließlich reine Vermögensschäden erlitten hat, regelmäßig keine deliktsrechtlichen Schadensersatzansprüche geltend machen und es ist insbesondere kein Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB gegeben.⁵³ Ein Individualanspruch von Verbrauchern aus dem UWG hätte in der Diesel-Affäre die bestehenden Lücken wohl schließen können. Denn es ist irreführend i.S.v. § 5 Abs. 1 Nr. 1 UWG vorzutäuschen, dass die Abgasnorm „Euro-6“ erfüllt werde, obwohl diese nur durch die Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung erreicht wurde.⁵⁴

band für das Rechts- und Finanzconsulting deutscher Online-Unternehmen e.V., Stellungnahme des IDO Interessenverband für das Rechts- und Finanzconsulting deutscher Online-Unternehmen e.V. zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz in der Fassung vom 4.11.2020, 5; *Lettl*, WM 2021, 1405, 1410; *Verbraucherzentral Bundesverband e.V.*, Handlungsspielraum der EU-Modernisierungsrichtlinie nutzen, 4.

50 So auch *Heinze/Engel*, NJW 2021, 2609 Rn. 1.

51 Zu der Schutzlücke auch *Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, Drucksache 19/27873, 39 f.

52 S. unter B.III.

53 Zu den sog. „Anlockfällen“, in denen ein Unternehmer irreführend über das Verfügbarkeit eines besonders günstigen Angebots wirbt, nach geltendem Recht aber kein Ersatz verlangt werden kann für etwaige Aufwendungen des Verbrauchers – wie etwa die Fahrkosten zum Ort des Unternehmens – s. *Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, Drucksache 19/27873, 39; *Alexander*, Anmerkungen zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, 16 f.; *ders.*, WRP 2021, 136 Rn. 65.

54 S. *Seichter*, in: *Seichter*, JurisPK-UWG, 5. Aufl., UWG § 5 Rn. 376; LG Stuttgart, Zwischenurteil vom 13.7.2018 – 22 O 348/16, BeckRS 2018, 36347 Rn. 48 ff.; s. auch zu einem Verstoß gegen den Regelungsgehalt der RL 2005/29/EG, *Europäische Kommission*, Impact Assessment (Part 1), SWD(2018) 96 final, 18.

C. Rechtslage nach der europäischen Omnibus-Richtlinie (EU) 2019/2161

Im Jahr 2019 verabschiedete der europäische Gesetzgeber – wie oben⁵⁵ schon erwähnt – die Omnibus-Richtlinie zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union⁵⁶ als Teil des *New Deal for Consumers*.⁵⁷ Bisher stellte ErwGr. 9 S. 1 der Geschäftspraktiken-RL 2005/29/EG auf unionsrechtlicher Ebene klar, dass die „Richtlinie [...] nicht individuelle Klagen von Personen [berührt], die durch eine unlautere Geschäftspraxis geschädigt wurden“, mithin also keine Schadensersatzansprüche von einzelnen Personen einführt oder verbietet⁵⁸.

Die Tatsache, dass es keine wirksamen zivilrechtlichen Rechtsbehelfe für den Verstoß gegen das Lauterkeitsrecht gab, motivierte den Unionsgesetzgeber, Änderungen an der Geschäftspraktiken-RL 2005/29/EG vorzunehmen.⁵⁹ Deshalb ergänzt Art. 3 Nr. 5 Omnibus-Richtlinie die Geschäftspraktiken-RL 2005/29/EG um einen Art. 11a.

I. Europarechtliche Vorgaben

In dem neuen Abs. 1 des Art. 11a Geschäftspraktiken-RL 2005/29/EG heißt es: „Verbraucher, die durch unlautere Geschäftspraktiken geschädigt wur-

55 S. unter A.

56 RL (EU) 2019/2161.

57 Hintergrund war, dass im Rahmen des REFIT-Programms festgestellt wurde, dass es sowohl bei Verbrauchern als auch Unternehmen Informationsdefizite gibt und die Rechtsschutzinstrumente häufiger genutzt werden könnten, s. ErwGr. 1 f. RL (EU) 2019/2161. Außerdem wurde durch REFIT herausgefunden, dass auf unionsrechtlicher Ebene Verbrauchern individuelle Rechtsbehelfe fehlen, s. *Europäische Kommission*, Zusammenfassung der Eignungsprüfung, SWD(2017) 208 final, 5, dass das EU-Kaufrecht nur innerhalb der Gewährleistungsfrist und nicht für Dienstleistungen Schutz bietet, s. *Europäische Kommission*, REFIT, SWD(2017) 209 final, 92. Es wird ausgeführt, dass individuelle Ansprüche von Verbrauchern zu einer effektiveren Durchsetzung des Lauterkeitsrechts führen könnten, was wiederum einen positiven Einfluss auf die Umwelt haben könne, da so lauterkeitsrechtsverstoßendes Greenwashing verhindert werden könne, s. *Europäische Kommission*, REFIT, SWD(2017) 209 final, 77, 86. Daher wird der Vorschlag gemacht, die Geschäftspraktiken-RL 2005/29/EG, die bisher schon das Lauterkeitsrecht auf Unionsebene regelte, um Rechtsbehelfe für Verbraucher zu ergänzen, s. *Europäische Kommission*, REFIT, SWD(2017) 209 final, 77, 86.

58 Köhler, WRP 2021, 129 Rn. 54.

59 S. den Nachw. in Fn. 57.

den, haben Zugang zu angemessenen und wirksamen Rechtsbehelfen, einschließlich Ersatz des dem Verbraucher entstandenen Schadens sowie gegebenenfalls Preisminderung oder Beendigung des Vertrags. Die Mitgliedstaaten können die Voraussetzungen für die Anwendung und die Folgen der Rechtsbehelfe festlegen. Die Mitgliedstaaten können gegebenenfalls die Schwere und Art der unlauteren Geschäftspraktik, den dem Verbraucher entstandenen Schaden sowie weitere relevante Umstände berücksichtigen.“ Durch den – möglicherweise aus Gründen der politischen Kompromissfindung nicht in jeder Hinsicht hinreichend konkret formulierten⁶⁰ – Art. 11a Geschäftspraktiken-RL 2005/29/EG wurde somit eine europarechtliche Grundlage für Schadensersatzansprüche von Verbrauchern im Lauterkeitsrecht geschaffen.

II. Schadensersatz nach § 9 Abs. 2 UWG n.F.

Um Art. 11a Geschäftspraktiken-RL 2005/29/EG umzusetzen, hat der deutsche Gesetzgeber in das UWG § 9 Abs. 2 UWG n.F. eingeführt.⁶¹ § 9 Abs. 2 UWG n.F. lautet: „Wer vorsätzlich oder fahrlässig eine nach § 3 unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt und hierdurch Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst, die sie andernfalls nicht getroffen hätten, ist ihnen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Dies gilt nicht für unlautere geschäftliche Handlungen nach den §§ 3a, 4 und 6 sowie nach Nummer 32 des Anhangs.“

1. Anspruchsbegründender Tatbestand

Zunächst wird der anspruchsbegründende Tatbestand der Norm genauer erläutert.

60 So *Alexander*, Anmerkungen zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, 14 f.; *ders.*, WRP 2021, 136 Rn. 58.

61 S. das Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht vom 10.8.2021, BGBl. I S. 3504, in Kraft seit 28.5.2022.

a) Unzulässige geschäftliche Handlung des Unternehmers

Für das Vorliegen eines Schadensersatzanspruchs nach § 9 Abs. 2 UWG n.F. ist eine nach § 3 UWG unzulässige geschäftliche Handlung des Unternehmers erforderlich.

Eine geschäftliche Handlung wird in § 2 Abs. 1 Nr. 2 Hs. 1 UWG definiert als „jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen unmittelbar und objektiv zusammenhängt“.

Eine den Schadensersatzanspruch auslösende geschäftliche Handlung ist nach § 9 Abs. 2 UWG n.F. eine solche, die gegen § 3 UWG verstößt, wobei ein Verstoß gegen die §§ 3a, 4 und 6 UWG und Nr. 32 des Anhangs keinen Schadensersatzanspruch auslöst.

Diese Einschränkung des Anwendungsbereichs, die kontrovers diskutiert wurde⁶², lässt sich darauf zurückführen, dass der Gesetzgeber eine „1:1-Umsetzung“ der Richtlinie verfolgte⁶³: Da die §§ 3a, 4 und 6 UWG keine Grundlage in der Geschäftspraktiken-RL 2005/29/EG haben, ist insofern europarechtlich auch keine Erstreckung des Schadensersatzanspruchs geboten.⁶⁴

Während § 3a UWG den Rechtsbruch bestimmter Normen als unlauter definiert, sind die §§ 4, 6 UWG sowieso nicht verbraucherschützend⁶⁵.

62 Birk, GRUR-Prax 2020, 605, 605; Markenverband, Stellungnahme des Markenverbandes zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, 4; Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Innovation und Wettbewerb, München, zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht vom 4. November 2020, 11; Schwintowski, VuR 2021, 251, 252; Verbraucherzentral Bundesverband e.V., Handlungsspielraum der EU-Modernisierungsrichtlinie nutzen, 6; Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft ZAW e.V., Stellungnahme des ZAW im Rahmen der Verbändeanhörung zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, 3 f.

63 Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, Drucksache 19/27873, 41.

64 Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, Drucksache 19/27873, 41; Scherer, WRP 2021, 561 Rn. 14 m.w.N.; Schmitz/Strecker, PharmR 2021, 411, 413.

65 Scherer, WRP 2021, 561 Rn. 14.

§ 4 UWG regelt den Mitbewerberschutz und § 6 UWG definiert bestimmte vergleichende Werbung als unlauter.

Der Ausschluss von Nr. 32 des Anhangs wurde, ebenso wie die Nr. 32 des Anhangs selbst, erst spät im Gesetzgebungsverfahren auf Vorschlag des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz eingefügt⁶⁶. Da Nr. 32 des Anhangs nicht auf die Omnibus- oder Geschäftspraktiken-RL 2005/29/EG zurückgeht, wurde, um die „1:1-Umsetzung“ sicherzustellen,⁶⁷ dieser ebenso vom Anwendungsbereich des § 9 Abs. 2 UWG n.F. ausgenommen.

Da § 9 Abs. 2 UWG n.F. sich nur explizit auf § 3 UWG bezieht, ist auch insbesondere § 7 UWG, der unzumutbare Belästigungen regelt, vom Anwendungsbereich ausgeschlossen⁶⁸. Allerdings begründet die daraus ausgegliederte Nr. 26 des Anhangs zu unzulässigem, hartnäckigem Ansprechen über Fernabsatzmittel einen Schadensersatzanspruch des Verbrauchers⁶⁹ gem. §§ 9 Abs. 2, 3 Abs. 3 i.V.m. Anhang Nr. 26 UWG.

b) Geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers

Der neue europarechtlich fundierte Schadensersatzanspruch ist an das Erfordernis einer geschäftlichen Entscheidung des Verbrauchers gebunden. Diese ist gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG „jede Entscheidung [...] darüber, ob, wie und unter welchen Bedingungen er ein Geschäft abschließen, eine Zahlung leisten, eine Ware oder Dienstleistung behalten oder abgeben oder ein vertragliches Recht im Zusammenhang mit einer Ware oder Dienstleistung ausüben will, unabhängig davon, ob der Verbraucher oder sonstige Marktteilnehmer sich entschließt, tätig zu werden“.

Eine geschäftliche Entscheidung liegt etwa nicht vor, wenn der Verbraucher durch eine aggressive geschäftliche Handlung des Unternehmers einen Herzinfarkt erleidet.⁷⁰

66 *Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz*, Beschlussempfehlung und Bericht, Drucksache 19/30527, 12 f.

67 *Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz*, Beschlussempfehlung und Bericht, Drucksache 19/30527, 13.

68 S. auch *Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, Drucksache 19/27873, 41.

69 S. *Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, Drucksache 19/27873, 41; *Scherer*, WRP 2021, 561 Rn. 13.

70 So das Beispiel von *Scherer*, WRP 2021, 561 Rn. 37.

c) Haftungsbe gründende Kausalität

Die geschäftliche Handlung des Unternehmers muss kausal für die geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers geworden sein („hierdurch“⁷¹).

Problematisch ist hier die Beweislast: Da nach der Rosenbergschen Formel⁷² der Verbraucher die Beweislast für die für ihn günstigen Tatsachen trägt, trifft ihn auch der Nachteil, wenn sich nicht nachweisen lässt, dass die geschäftliche Handlung des Unternehmers kausal für seine geschäftliche Entscheidung geworden ist. Dieser Nachweis könnte im Einzelfall sehr schwer sein, weshalb in der Literatur eine Beweislastumkehr gefordert wird⁷³.

d) Verschulden

Des Weiteren muss der Unternehmer vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt haben.⁷⁴

Von der Inkassobranche wurde gefordert, § 9 Abs. 2 UWG n.F. dahingehend zu konkretisieren, dass ein fahrlässiges Verhalten nicht vorliegt, wenn geeignete Maßnahmen zur Verhinderung unzulässiger geschäftlicher Handlungen getroffen wurden.⁷⁵ Dies wird mit der Einschätzung des BGH⁷⁶ begründet, dass eine unlautere geschäftliche Handlung bereits vorliegt, wenn eine unberechtigte Aufforderung zur Zahlung verschickt wird, auch wenn der Auffordernde im Irrtum ist.⁷⁷ Problematisch kann dies insbesondere in Fällen des Identitätsdiebstahls werden, in denen Waren in fremden Namen bestellt werden, die im Zustellprozess abgefangen wer-

71 § 9 Abs. 2 UWG n.F.

72 S. schon oben unter B.III.4.

73 So *Glöckner*, GRUR 2021, 919, 929; für eine Beweiserleichterung auch *Heinzel/Engel*, NJW 2021, 2609 Rn. 11, 24.

74 S. § 9 Abs. 2 UWG n.F.

75 *S. Bundesverband Deutscher Inkasso-Unternehmen e.V.*, Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerbe recht, 2 ff.

76 BGH, Urteil vom 6.6.2019 – I ZR 216/17, GRUR 2019, 1202.

77 *S. Bundesverband Deutscher Inkasso-Unternehmen e.V.*, Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerbe recht, 3 ff.

den.⁷⁸ Eine Einschränkung der Fahrlässigkeit lehnt der Regierungsentwurf jedoch ab und sagt, dass „in diesen Fällen schon bei einem fahrlässigen Handeln des Unternehmers [der neue Schadensersatzanspruch] als Anspruchsgrundlage für die Erstattung außergerichtlicher Rechtsverteidigungskosten der Verbraucherinnen und Verbraucher in Betracht“ komme.⁷⁹ Die geforderte Einschränkung erscheint jedoch auch nicht erforderlich, denn schon nach geltendem Recht kann wohl kaum von einem Verschulden des Unternehmers ausgegangen werden, wenn dieser „[geeignete] Maßnahmen zur Verhinderung unzulässiger geschäftlicher Handlungen“⁸⁰ getroffen hat⁸¹.

2. Ersatzfähiger Schaden

a) Differenzhypothese und Vorrang der Naturalrestitution

Die geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers muss kausal für den geltend gemachten Schaden sein („Ersatz des daraus entstehenden Schadens“⁸²). Für die Schadensbestimmung ist § 249 Abs. 1 BGB maßgeblich, wonach derjenige, der zum Schadensersatz verpflichtet ist, den Zustand herzustellen hat, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.⁸³ Dabei herrscht im deutschen Recht der

78 S. *Bundesverband Deutscher Inkasso-Unternehmen e.V.*, Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, 4f.; positiv hingegen bewertet von *Verbraucherzentral Bundesverband e.V.*, Handlungsspielraum der EU-Modernisierungsrichtlinie nutzen, 5.

79 *Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, Drucksache 19/27873, 39.

80 S. den Änderungsvorschlag *Bundesverband Deutscher Inkasso-Unternehmen e.V.*, Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, 2.

81 S. *Melullis*, in: Gloy/Loschelder u.a., UWG-HdB, 5. Aufl., § 80 Schadensersatz (§ 9 UWG) Rn. 55: „Grundsätzlich wird [...] ein fahrlässiger Verstoß [...] angenommen werden können, wenn der Verletzer nicht die Sorgfalt aufgewendet hat, die von einem Angehörigen seiner Gruppe, insbesondere seiner Branche, jedenfalls aber von einem ordentlichen Gewerbetreibenden in dem jeweiligen Kontext der Verbotsnorm, insbesondere deren Schutzzweck zu erwarten ist“.

82 § 9 Abs. 2 UWG n.F.

83 Längerfristig könnte sich eine klarer konturierte europäische Schadensdogmatik entwickeln: *Glöckner*, GRUR 2021, 919, 920 spricht davon, dass in der Omnibus-

Vorrang der Naturalrestitution, die in den §§ 249, 250, 252 BGB geregelt wird, gegenüber der Schadenskompensation als Wertkompensation in Geld, die in den §§ 251, 253 BGB geregelt wird.⁸⁴

Für die Schadensberechnung wird die Differenzhypothese herangezogen, wonach der Schaden die Differenz der tatsächlichen und der hypothetischen Güterlage, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre, bildet.⁸⁵

Der Schadensersatzanspruch des Verbrauchers aufgrund eines Lauterkeitsverstoßes ist damit auf das negative Interesse gerichtet, was bedeutet, dass der Geschädigte so zu stellen ist, wie er stünde, wenn die unzulässige geschäftliche Handlung des Unternehmers nicht stattgefunden hätte.⁸⁶

b) Unerwünschter Vertrag als Schaden

Umstritten ist jedoch, unter welchen Voraussetzungen der Verbraucher schadensersatzrechtlich die Lösung vom Vertrag verlangen kann, inwieweit also ein unerwünschter Vertrag einen ersatzfähigen Schaden darstellt. Einerseits wird die Meinung vertreten, dass dem Verbraucher nach der für die Schadensberechnung maßgeblichen Differenzhypothese⁸⁷ ein Vermögensschaden im Sinne eines rechnerischen Minus zugefügt sein muss.⁸⁸ Geht der Verbraucher bedingt durch den Lauterkeitsverstoß einen Vertrag ein, den er sonst nicht geschlossen hätte, so kann er sich davon nicht im Wege des Schadensersatzes lösen, wenn er nur eine werthaltige Gegenleistung erlangt. Dies überzeugt nicht. Schadenskompensation ist kein Selbst-

RL ein „zwar noch schwach konturierter, im Ausgangspunkt aber autonom unionsrechtlicher Schadensbegriff verwendet wird“. Auch jetzt schon sind unionsrechtliche Grundsätze zu berücksichtigen, s. *Heinze/Engel*, NJW 2021, 2609 Rn. 13, wie der Grundsatz des vollständigen Ausgleichs der tatsächlich entstandenen Schäden; zum unionsrechtlichen Schadensumfang ausführlich *Heinze*, Schadensersatz im Unionsprivatrecht, 2017, 585 ff.

84 *Brand*, in: Gsell/Krüger u.a., BeckOGK, 1.3.2022, BGB § 249 Rn. 56.

85 S. dazu näher *Brand*, in: Gsell/Krüger u.a., BeckOGK, 1.3.2022, BGB § 249 Rn. 12 ff.

86 S. *Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, Drucksache 19/27873, 41.

87 S. bereits unter C.II.2.a).

88 *Maafßen*, GRUR-Prax 2021, 7, 8 f.; gegen jegliches Lösen vom Vertrag im Wege des Schadensersatzes *Alexander*, Anmerkungen zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, 17 f.; *ders.*, WRP 2021, 136 Rn. 68 ff.

zweck, sondern dient dem Schutz der allgemeinen Handlungs- und Entscheidungsfreiheit und dem Recht der freien Persönlichkeitsentfaltung. Ein Schaden ist deshalb richtigerweise bereits dann anzunehmen, wenn sich das Vermögen des Geschädigten nicht nach dessen Disposition zusammensetzt.⁸⁹ So hat auch der BGH im Rahmen der Diesel-Affäre geurteilt, dass, wenn „jemand durch ein haftungsbegründendes Verhalten zum Abschluss eines Vertrags gebracht [wurde], den er sonst nicht geschlossen hätte, [...] er auch bei objektiver Werthaltigkeit von Leistung und Gegenleistung dadurch einen Vermögensschaden erleiden [kann], dass die Leistung für seine Zwecke nicht voll brauchbar ist“⁹⁰. Voraussetzung der Ersatzfähigkeit soll danach allerdings sein, „dass die durch den unerwünschten Vertrag erlangte Leistung nicht nur aus rein subjektiv willkürlicher Sicht als Schaden angesehen wird, sondern dass auch die Verkehrsanschauung bei Berücksichtigung der obwaltenden Umstände den Vertragsschluss als unvernünftig, den konkreten Vermögensinteressen nicht angemessen und damit als nachteilig ansieht“⁹¹. Dass eine Rückabwicklung des Vertrages durchaus dem Willen des europäischen Gesetzgebers entspricht, zeigt der neue Art. 11a Abs. 1 Geschäftspraktiken-RL 2005/29/EG, der ausdrücklich die Beendigung des Vertrags als Abhilfe erwähnt.⁹²

c) Weitere Konstellationen

Unterbleibt ein günstigerer Vertragsschluss mit einem anderen Unternehmer, so muss der Unternehmer, der die unlautere Geschäftshandlung be-

89 So auch *Fervers/Gsell*, NJW 2020, 1393, 1396 m.w.N.; BGH, Urteil vom 26.9.1997 – V ZR 29/96, NJW 1998, 302, 304 f.; für eine Anerkennung des unerwünschten Vertrages im vorliegenden Kontext *Heinze/Engel*, NJW 2021, 2609 Rn. 12; *Köhler*, WRP 2021, 129 Rn. 26, 31; *Scherer*, WRP 2021, 561 Rn. 19; die Rückabwicklung begrüßend *Deutscher Konsumentenbund e.V.*, Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, 1 f.

90 BGH, Urteil vom 25.5.2020 – VI ZR 252/19, NJW 2020, 1962 Rn. 46; Verweis hierauf auch durch *Köhler*, WRP 2021, 129 Rn. 26.

91 BGH, Urteil vom 25.5.2020 – VI ZR 252/19, NJW 2020, 1962 Rn. 46.

92 S. zur Maßgeblichkeit der europäischen Schadensdogmatik im vorliegenden Kontext bereits Fn. 83; die deutsche Sprachfassung der Richtlinie ist hier dahingehend unglücklich formuliert, dass das „gegebenenfalls“ mehrdeutig ist, im Gegensatz zu etwa der englischen Fassung („*where relevant*“), s. Schmidt-Kessel, VuR 2021, 121, 122; s. auch *Buchmann*, WRP 2021, I, Nr. 9.

gangen hat, dem Verbraucher das Interesse an der Erfüllung des anderen Vertrags ersetzen.⁹³

Unterbleibt ein günstigerer Vertragsschluss mit demselben Unternehmer, so ist nach der Rechtsprechung des BGH der zu ersetzende Schaden „der Betrag, um den der Geschädigte den Kaufgegenstand zu teuer erworben hat“⁹⁴. Dabei wird dem Geschädigten der Beweis erlassen, dass der Vertragspartner sich auf einen niedrigeren Preis eingelassen hätte, da es nicht um eine Vertragsanpassung, sondern lediglich um die Bemessung des Vertrauensschadens gehe.⁹⁵ Dies überzeugt nicht, da dies faktisch einem Kontrahierungszwang gleichkommt⁹⁶. Zudem ist der zur Berechnung angenommene hypothetische Vertragsschluss häufig realitätsfremd, da etwa in den Diesel-Kfz-Fällen kaum ein Händler bereit gewesen wäre, sehenden Auges ein mit manipulierter Software ausgestattetes Fahrzeug zu verkaufen.

Hat der Geschädigte ein vertragliches Recht nicht ausgeübt, so ist er so zu stellen, wie wenn er das Recht ausgeübt hätte.⁹⁷ Wenn ein Verbraucher beispielsweise durch irreführende Angaben abgehalten wurde, rechtzeitig zu kündigen, kann er den Vertrag noch kündigen und Schadensersatz in Höhe des zu viel Gezahlten⁹⁸ verlangen.⁹⁹

Hat der Verbraucher Zahlung auf eine nicht bestehende Verbindlichkeit geleistet, so kann er das Geld zurückfordern¹⁰⁰ im Wege der Naturalrestitution.

Hat der Geschädigte wegen einer unlauteren Handlung eine bestehende Verbindlichkeit erfüllt, so ist umstritten, ob der Naturalrestitution die „Dolo agit“-Einwendung, die aus § 242 BGB hergeleitet wird, entgegengesetzt werden kann.¹⁰¹ Nach der „Dolo agit“-Einwendung handelt treuwid-

93 S. Scherer, WRP 2021, 561 Rn. 24.

94 BGH, Urteil vom 19.5.2006 – V ZR 264/05, NJW 2006, 3139 Rn. 22 m.w.N.; s. auch BGH, Urteil vom 6.7.2021 – VI ZR 40/20, NJW 2021, 3041 Rn. 15 f.; BGH, Urteil vom 6.2.2018 – II ZR 17/17, NJW 2018, 1675 Rn. 12 f.; BGH, Urteil vom 25.9.2018 – II ZR 27/17, BeckRS 2018, 26239 Rn. 12.

95 BGH, Urteil vom 6.7.2021 – VI ZR 40/20, NJW 2021, 3041 Rn. 16; BGH, Urteil vom 6.2.2018 – II ZR 17/17, NJW 2018, 1675 Rn. 13; BGH, Urteil vom 19.5.2006 – V ZR 264/05, NJW 2006, 3139 Rn. 22 m.w.N.

96 Zutreffend Scherer, WRP 2021, 561 Rn. 29; kritisch auch bereits Gsell, EWiR 2001, 803.

97 S. Köhler, WRP 2021, 129 Rn. 28, 36; Scherer, WRP 2021, 561 Rn. 34.

98 Nach § 251 Abs. 1 BGB.

99 S. Köhler, WRP 2021, 129 Rn. 36.

100 S. Köhler, WRP 2021, 129 Rn. 34.

101 Diskutiert von Scherer, WRP 2021, 561 Rn. 33.

rig, wer etwas verlangt, was sofort zurückgegeben werden muss.¹⁰² Es spricht mehr dafür, die „Dolo agit“-Einwendung zu versagen, denn mit Blick auf den zu gewährleistenden *effet utile* der Omnibus-Richtlinie (EU) 2019/2161 darf die Rückforderung nicht als treuwidrig bewertet werden¹⁰³.

3. Verhältnis zum bürgerlichen Recht

Intensiv diskutiert wird das Verhältnis des § 9 Abs. 2 UWG n.F. zu den Rechtsbehelfen des Verbrauchers im bürgerlichen Recht. Der deutsche Gesetzgeber geht von einer freien Anspruchskonkurrenz aus.¹⁰⁴ In der Literatur besteht insbesondere die Sorge, dass die auf intensiven Interessenabwägungen beruhenden Vorschriften des bürgerlichen Rechts unterlaufen werden könnten¹⁰⁵, etwa das Recht der zweiten Andienung im Kaufrecht¹⁰⁶. Deshalb wird vorgeschlagen, den Anspruch aus

102 Näher *Kähler*, in: Gsell/Krüger u.a., BeckOGK, 1.6.2022, BGB § 242 Rn. 1380 ff. m.w.N.

103 Ähnlich *Köhler*, WRP 2021, 129 Rn. 35; abw. *Scherer*, WRP 2021, 561 Rn. 33.

104 *S. Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, Drucksache 19/27873, 40.

105 *S. Alexander*, Anmerkungen zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, 17 f.; *ders.*, WRP 2021, 136 Rn. 70 ff.; *Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e.V.*, Stellungnahme des Fachausschusses für Wettbewerbs- und Markenrecht der GRUR zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, Rn. 39 ff.; *Heinzel/Engel*, NJW 2021, 2609 Rn. 16; *Markenverband*, Stellungnahme des Markenverbandes zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, 3; *Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb*, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Innovation und Wettbewerb, München, zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht vom 4. November 2020, 11 f.; dies war außerdem auch ein Grund dafür, dass § 13a UWG 1909, der „Abnehmern“ ein Rücktrittsrecht ermöglichte, abgeschafft wurde, s. bereits Fn. 27.

106 *Alexander*, Anmerkungen zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, 18; *ders.*, WRP 2021, 136 Rn. 74; *Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e.V.*, Stellungnahme des Fachausschusses für Wettbewerbs- und Markenrecht der GRUR zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, Rn. 40; *Heinzel/Engel*,

§ 9 Abs. 2 UWG n.F. subsidiär zu gestalten.¹⁰⁷ Insofern ist jedoch der Einschätzung Köhlers zuzustimmen, dass § 9 Abs. 2 UWG n.F. nicht nur bezwecken soll, die bestehenden Lücken zu schließen, sondern allgemein die Stellung des Verbrauchers verbessern soll¹⁰⁸. Wertungswidersprüche mit dem BGB und dem Vertragsrecht sind nicht zu befürchten, da insbesondere beim Mängelgewährleistungsrecht ein Unternehmer, der unlautere Geschäftspraktiken betreibt, keinen besonderen Schutz verdient.¹⁰⁹ Deshalb können das Mängelgewährleistungsrecht, die Anfechtung, die §§ 823 ff. BGB und der § 9 Abs. 2 UWG n.F. durchaus nebeneinanderstehen.

Davon abgesehen entschärfte der Gesetzgeber etwaige Konkurrenzprobleme zwischen Anfechtung und § 9 Abs. 2 UWG n.F., indem er die Verjährungsfrist des § 9 Abs. 2 UWG n.F. nach § 11 Abs. 1 UWG n.F. an die Jahresfrist des § 124 Abs. 1 BGB angeglichen hat, während noch der Referentenentwurf drei Jahre¹¹⁰ und der Regierungsentwurf sechs Monate¹¹¹ angeordnet hatten.¹¹²

NJW 2021, 2609 Rn. 16; *Markenverband*, Stellungnahme des Markenverbandes zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, 3.

107 *Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e.V.*, Stellungnahme des Fachausschusses für Wettbewerbs- und Markenrecht der GRUR zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, Rn. 44 ff.; *Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb*, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Innovation und Wettbewerb, München, zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht vom 4. November 2020, 11 f.; auch diskutiert von *Glöckner*, GRUR 2021, 919, 926 f. mit dem Vorschlag, den Schadensersatzanspruch aus Art. 11a Geschäftspraktiken-RL 2005/29/EG in den vertragsrechtlichen Strukturen umzusetzen. Dagegen könnte sich der Gesetzgeber bewusst entschieden haben, damit im Falle der Entwicklung eines unionsrechtlich autonomen Schadensersatzes, s. den Nachw. in Fn. 83, dieser von dem Schadensersatz der §§ 249 ff. BGB klar getrennt ist.

108 S. Köhler, WRP 2021, 129 Rn. 64 f.

109 S. Köhler, WRP 2021, 129 Rn. 61 f.

110 S. *BMJV*, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, 36.

111 S. *Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, Drucksache 19/27873, 40.

112 S. auch *Heinze/Engel*, NJW 2021, 2609 Rn. 22.

III. *Erleichterte Durchsetzung aufgrund der neuen Verbandsklagen-Richtlinie (EU) 2020/1828*

Was allerdings die Durchsetzung des neuen lauterkeitsrechtlichen Schadensersatzanspruches zugunsten von Verbrauchern anbelangt, so ist damit zu rechnen, dass die Verbraucher vor allem bei Streuschäden mit nur geringen Einzelschäden voraussichtlich ein rationales Desinteresse an den Tag legen und kaum einzeln klagen werden¹¹³. Es ist deshalb unbedingt zu begrüßen, dass die neue Verbandsklagen-Richtlinie (EU) 2020/1828¹¹⁴, die gemäß Nr. 14 ihres Anhangs I zu Art. 2 Abs. 1 auch auf Verstöße gegen die Geschäftspraktiken-RL 2005/29/EG Anwendung findet, künftig Verbandsklagen ermöglicht, die auf individuelle Entschädigung der Verbraucher gerichtet werden können.¹¹⁵ Unterstellt man eine Umsetzung der Verbandsklagenrichtlinie (EU) 2020/1828 dahin, dass die klagebefugten Verbände über eine hinreichende finanzielle Ausstattung verfügen werden und die Repräsentation betroffener Verbraucher nicht an eine zu schwerfällige Schwelle individueller Mandatierung des Verbandes geknüpft wird, könnte der neue lauterkeitsrechtliche Schadensersatzanspruch durchaus bald praktische Bedeutung gewinnen.

D. *Gesamtergebnis*

Gemessen am traditionellen lauterkeitsrechtlichen Meinungsstand zum Individualrechtsschutz von Verbrauchern in Deutschland kann man den neuen Anspruch aus § 9 Abs. 2 UWG durchaus als „revolutionär“¹¹⁶ bezeichnen. Insbesondere in den Fällen, in denen das Deliktsrecht Schutzlücken aufweist, stellt er einen Zugewinn an Verbraucherschutz dar. Es bleibt zu hoffen, dass durch eine kluge Umsetzung der Vorgaben der Verbandsklagenrichtlinie (EU) 2020/1828 insbesondere in Fällen lauterkeitsrechtlicher Streuschäden eine gebündelte effektive Rechtsdurchsetzung ermöglicht wird.

113 S. dazu *Alexander*, WRP 2021, 136 Rn. 66; *Maaßen*, GRUR-Prax 2021, 7, 10.

114 Näher zur Richtlinie *Gsell*, CMLRev (58) 2021, 1365; *dies.*, BKR 2021, 521; zu deren sinnvollen Umsetzung *Gsell/Meller-Hannich*, JZ 2022, 421; *Gsell*, BKR 2021, 521, 528 f.

115 S. zum Zusammenspiel von Verbandsklagen- und Geschäftspraktiken-RL auch *Alexander*, WRP 2021, 136 Rn. 66; *Gsell*, Editorial, NJW-aktuell, NJW 2018, Nr. 3; *Maaßen*, GRUR-Prax 2021, 7, 10.

116 So *Scherer*, WRP 2021, 561 Rn. 3.

Responsabilidad civil en el marco del Derecho de la defensa de la competencia: el resarcimiento de daños derivados de un ilícito antitrust en el ordenamiento español

Tatiana Arroyo Vendrell*

SUMARIO: 1. Relevancia del Derecho la defensa de la competencia y la aplicación pública y privada de sus normas; 2. El doble sistema de aplicación pública y privada sobre el papel; 3. La aplicación privada de las normas de la libre competencia en Europa; 4. El Estado del Derecho: 4.1. Antecedentes; 4.2. La Directiva 2014/104/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014 (Directiva de daños) y su transposición en España; 5. Análisis del régimen especial del derecho de daños incorporado en la LDC: 5.1. La integración del régimen y su naturaleza jurídica; 5.2. Elementos sustantivos; i. El ilícito anticoncurrencial y su acreditación; ii. El daño; iii. La causalidad; iv. La culpa; 5.3. Elementos subjetivos: i. La legitimación activa ii. Pluralidad de sujetos responsables solidariamente.

RESUMEN / ABSTRACT: El presente trabajo tiene como finalidad analizar la aplicación privada de las normas de antitrust desde sus antecedentes hasta la aprobación de las normas de la defensa de la competencia a raíz de la Directiva de daños, así como su transposición en España en el año 2017.

Der Zweck dieses Papiers ist die Analyse der privaten Anwendung von wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen, von ihrem Hintergrund bis zur Genehmigung der Regeln zum Schutz des Wettbewerbs durch die Schadensersatzrichtlinie, sowie ihre Umsetzung in Spanien im Jahr 2017.

KEYWORDS: Derecho de la defensa de la competencia, aplicación privada, acciones por daños
Wettbewerbsrecht, private Anwendung, Schadensersatzklagen

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto I+D+I, PID2020- 114549RB-100, Empresa y Mercados.

1. *Relevancia del Derecho de la defensa de la competencia y la aplicación pública y privada de sus normas*

El Derecho de la defensa de la competencia es un elemento capital en el ámbito europeo. No en vano de ello depende la verdadera creación de un mercado único en el que las empresas compitan en igual de condiciones y actúan en pro de lograr el mejor resultado para la sociedad¹.

En este marco el Derecho de la libre competencia determina las conductas empresariales que deben ser calificadas como prohibidas y persigue como objetivo mantener un correcto funcionamiento del orden económico, así como un equilibrio entre los principios de libertad de empresa, libre competencia de un lado y el interés de los consumidores y de la sociedad en general de otro lado.

Por lo anterior, no es de extrañar que esta área del Derecho, el de la defensa de la competencia o libre competencia o simplemente de la competencia, ha caído en gran parte bajo el cobijo europeo. Aunque no sólo las autoridades europeas sino también actualmente las nacionales son competentes para la llamada “aplicación pública” del Derecho de la defensa de la competencia, esto es la aplicación del derecho antitrust como instrumento para imposición de sanciones de carácter público a las empresas infractoras.

Esta aplicación pública se contraponen con la “aplicación privada” consistente en la aplicación de las prohibiciones del Derecho de la libre competencia como medio para atender a los conflictos en sede del marco privado, entre los particulares, especialmente por los daños generados a los terceros con ocasión del incumplimiento de las normas del antitrust.

Con este sentir, el objetivo de la aplicación pública es principalmente el de paliar el daño al mercado, el llamado “daño social”. Por su parte, la aplicación privada de las normas de la libre competencia se incardina a mitigar el “daño directo” generado a ese particular, tercero perjudicado, por la conducta antijurídica del infractor.

1 El art. 38 de la Constitución española también reconoce la libertad de la empresa en el marco de la economía de mercado.

2. El doble sistema de aplicación pública y privada sobre el papel

El motor inspirador del doble sistema de aplicación reside en sus ventajas, que dan a su vez razón para su reconocimiento y debiera indicar el camino para determinar el contenido de su regulación.

Estos beneficios identificados² son en esencia:

En primer lugar, con la sanción de las infracciones del antitrust se persigue proteger al mercado ante conductas anticompetitivas (“función protectora”).

En segundo lugar, el “miedo al castigo”, esto es a la imposición de una sanción pública (una multa) y una privada adicional (la condena al pago de una indemnización) debería disuadir cualitativamente las conductas antijurídicas y ser suficiente cuantitativamente para evitar futuras infracciones (“función disuasoria³”).

Se afirma que la aplicación/sanción pública tiene una finalidad primariamente punitiva, mientras que en la privada resalta su función indemnizatoria⁴.

En tercer lugar, desde el plano de la macroeconomía con motivo de los dos anteriores -al disuadir los actos antijurídicos y proteger el mercado competitivo-, se debería aumentar la calidad de los bienes, servicios, al

2 PEÑA LÓPEZ, F., *La responsabilidad civil por daños a la libre competencia: un análisis de las normas de derecho sustantivo contenidas en el Título VI de la Ley de Defensa de la Competencia, mediante las que se transpone la Directiva 2014/104/UE*, Tirant lo Blanch, 2018 p. 18 y ss.

3 ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., “La función normativa de la responsabilidad por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia. Incidencia de la Directiva 2014/104/UE en nuestro Derecho Interno”, en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, 2015, 79-2, p. 1111 habla de la función preventivo-punitiva en relación a la aplicación pública. Destaca como la aplicación privada del derecho de la competencia resalta por su función indemnizatoria, siendo la preventiva más propia de la aplicación pública. En el caso de la Directiva de daños finalmente su contenido se ha quedado limitado a la función resarcitoria.

4 PANTALEÓN, F., “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 4, 2000, p. 167; REGLERO, F.; BUSTO LAGO, J.M., *Tratado de Responsabilidad Civil*, Aranzadi, 2014, p. 55-56.

Nos planteamos si en puridad el carácter punitivo e indemnizatorio es más bien el efecto último y no tanto la función que debiera perseguirse con la regulación de los sistemas de aplicación pública o privada, su objetivo/función es proteger, disuadir, y su efecto o consecuencia cuando las anteriores no se alcanza es punir y exigir el pago de una indemnización.

tiempo que se incrementaría su oferta y se reducirían los precios con motivo de esa “sana” competencia.

En definitiva, la combinación de la aplicación pública y privada de las normas de la libre competencia resulta vital. La cuestión es, no obstante, si en la práctica tienen calado o la contra todo se queda en papel mojado, en especial en cuanto a la aplicación privada de las normas de defensa de la competencia.

3. *La aplicación privada de las normas de la libre competencia en Europa*

En las últimas dos décadas unas 80 empresas han sido sancionadas por conductas prohibidas conforme al art. 101 TFUE, principalmente cárteles. Estas conductas colusorias generan graves pérdidas económicas a una pluralidad de sujetos, por ej. las empresas que compiten con la infractora, empresas de la cadena de servicios o productos, ya sean distribuidores o las que integran los productos o el servicio, así como los consumidores finales. La pregunta es cuántos de los daños generados han sido indemnizados a través de la aplicación privada de las normas de la defensa de la competencia.

Si nos situamos en el 2014, fecha de la aprobación de la Directiva de daños actualmente aplicable tras su transposición y que veremos con detalle más adelante en este capítulo, hasta ese momento en la UE se contaban con poco más de 60 casos condenas de indemnización de daños y perjuicios por vulneración de las normas de antitrust.

Por su parte, en ámbito estrictamente nacional, en España destacan por todos las STS de 8 de junio 2012 y de 17 de noviembre de 2013⁵. Se trata en ambas sentencias del mismo asunto, conocido como el caso del cártel del azúcar, que representa a su vez la coexistencia de la aplicación pública y privada encadenada en materia de antitrust.

En particular, nos ubicamos en el año 1999 por entonces a través de la resolución de la Autoridad⁶ queda demostrada la conducta anticompetitiva de concentración de precios del azúcar en el marco de usos industriales entre las empresas productoras del sector en el ámbito nacional⁷. Como consecuencia de lo anterior, el TS con las sentencias arriba citadas concede

5 RJ 2014/487.

6 Resolución del TDC de abril de 1999 (Expte. 426/98, Azúcar). Por entonces la autoridad competente era la TDC o Tribunal de la Defensa de la Competencia.

7 Vid. ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., “Las reclamaciones de daños y perjuicios causados por infracciones de derecho de la competencia comentario a la STS de 23

indemnizaciones de daños y perjuicios a un grupo de empresas, fabricantes de duces y galletas, por valor de 5 millones de euros. A esa cuantía debe sumarse el valor de las multas impuestas por la Autoridad.

Es frecuente que este caso nacional se cite entre nosotros⁸ como un ejemplo positivo del doble sistema de aplicación, que debiera ayudar a alcanzar las ventajas mencionadas en el apartado anterior. Este caso representa también una “isla”, una “excepción”, de entre una multitud de supuestos⁹ en los que las víctimas de infracciones del antitrust no han sido resarcidas. Es cierto, que algunos otros casos no estaban correctamente fundados y que en justicia no debieran prosperar¹⁰. Pero la realidad es que los números delatan la verdadera situación, ya no sólo de España, sino de otros países europeos¹¹.

Según el sentir europeo¹², mientras esto siga así, las normas son papel mojado, no tendrán ningún efecto disuasorio, ni preventivo, ni evitará dichas conductas antijurídicas. Los infractores se seguirán viendo tentados a incumplir, máxime si los beneficios que obtiene son mayores y las sancio-

de noviembre de 2013, Sala de lo Civil, en el asunto del cártel del azúcar”, en *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Tomo 34, 2013-2014, p. 519 y ss.

- 8 Destacado por la CNMC como ejemplo positivo de la aplicación pública y privada de la normativa de competencia vid. El blog de la CNMC, “La Directiva de Daños, una gran oportunidad para reforzar el Derecho de la Competencia en España, <https://blog.cnmc.es/2016/11/07/la-directiva-de-danos-una-gran-oportunidad-para-reforzar-el-derecho-de-la-competencia/> (visitado por última vez 3 de abril del 2022).
- 9 Como bien señala MARCOS, F., “Competition Law Private Litigation in the Spanish Courts (1999-2012)”, en *Global Competition Law Review*, vol. 6, núm. 4, 2013, p.167 ss. (también disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2351770 (visitado por última vez el 2 de febrero de 2022), en España hay otros casos.
- 10 Vid. MARCOS, F., “Competition Law Private Litigation in the Spanish Courts (1999-2012)”, en *op. cit.*, p. 167 y ss. Como señala el autor, muchos de ellos, no han prosperado bien por no estar correctamente fundados, o bien por emplearse el ejercicio de las acciones como una estrategia contractual, que nada tiene que ver con una violación de las normas de la defensa de la competencia.
- 11 No en todos los Estados de nuestro entorno se prevén acciones colectivas de consumidores principalmente por falta de desarrollo normativo.
- 12 Vid en España ALFARO, J., “Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el private enforcement del Derecho de la Competencia”, en *Indret*, 3/2009 disponible en http://www.indret.com/pdf/667_es.pdf (visitado por última vez el 2 de febrero de 2022) enfatiza que lo palmario debería ser reforzar el sistema de aplicación público y se muestra contrario a la regulación del enforcement privado en ámbito europeo.

nes y condenas son insuficientes, incluso inexistentes. Por su parte las víctimas sufren los daños sin obtener resarcimiento alguno¹³.

4. El Estado del Derecho

4.1. Antecedentes

A comienzos del presente siglo la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE)¹⁴ venía reconociendo las acciones civiles por infracciones del Derecho de la competencia -por entonces en base a las disposiciones contenidas al respecto en el Tratado de la Comunidad Europea-

Dando un paso hacia adelante en su regulación, en el año 2003 se aprueba el Reglamento 1/2003 de 16 de diciembre de 2002¹⁵, relativo a la

13 En EEUU donde el doble sistema (público y privado) ya gozaba -antes de la mencionada Directiva del 2014- de mayor eficacia -en cuanto al número de casos, como de las indemnizaciones, que se triplicaban-, no obstante, en el marco de los cárteles sólo rondaban entre el 9 y el 21%. Siendo lo anterior prueba de la inoperancia del sistema y la necesidad de buscar soluciones a la impunidad de los infractores también fuera del ámbito europeo. Vid. PEÑA LÓPEZ, F., *La responsabilidad civil por daños a la libre competencia: un análisis de las normas de derecho sustantivo contenidas en el Título VI de la Ley de Defensa de la Competencia*, *op. cit.*, p. 18 y ss.

14 Vid. Sentencia de 20 de septiembre de 2001, C453/99, asunto Crourage/Crehan, sobre la competencia de los órganos judiciales nacionales para incoar acciones civiles de indemnización de daños y perjuicios por parte de los perjudicados (como ej. otra anterior, de 4 de octubre de 1979, Ireks-Arkady/ Consejo y Comisión, 238/78).

Al respecto en el apt. 29 el tribunal considera que “ante la inexistencia de una normativa comunitaria en esta materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho comunitario confiere a los justiciables, siempre que dicha regulación no sea menos favorable que la referente a recursos semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia) ni haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad) (véase la sentencia de 10 de julio de 1997, Palmisani, C-261/95, Rec. p. I-4025, apartado 27).”.

15 DOUE n° L 001 de 04/01/2003 p. 0001 – 0025.

aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado¹⁶.

Este texto representa un pequeño avance para el ejercicio de acciones civiles y en particular, en el camino del reconocimiento de la competencia a tales efectos de las jurisdicciones nacionales¹⁷.

En España se tradujo a través primero de la reforma de LOPJ¹⁸ al atribuir a los Juzgados de lo Mercantil la competencia de las acciones civiles derivadas de los ilícitos de los art. 101 y 102 actual TFUE, y con mayor transcendencia con la Ley 15/2007¹⁹ que modifica sendos artículos de la LEC²⁰, e incorpora entre otros el art. 434 párr. 3²¹ para dar acogida a los art 15 y 16 del citado Reglamento.

Retornando al ámbito europeo, en el 2005 se publica el Libro Verde²² sobre reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia²³. En aquel documento se pone

16 Actualmente art. 101 y 102 TFUE.

17 Así en el Considerando 7 declara que: “Los órganos jurisdiccionales nacionales desempeñan un cometido esencial en la aplicación de las normas comunitarias de competencia. Salvaguardan los derechos subjetivos que emanan del Derecho comunitario al pronunciarse sobre los litigios entre particulares, por ejemplo mediante el resarcimiento de daños y perjuicios a los afectados por la comisión de infracciones. La función de los órganos jurisdiccionales nacionales es, a este respecto, complementaria de la de las autoridades de competencia de los Estados miembros. Es conveniente, por tanto, facultarlos para aplicar plenamente los artículos 81 y 82 del Tratado.”. Vid además el art. 6 de un lado y arts. 15 y 16 de otro, todos ellos del citado Reglamento.

Entre la doctrina vid. ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., “El principio de subsidiariedad en la aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado CEE”, en *Derecho de los Negocios*, núm. 37, 1993, p. 16 y ss.

18 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, «BOE» núm. 157, de 02/07/1985.

19 Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, «BOE» núm. 159, de 4 de julio de 2007, páginas 28848 a 28872.

20 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, «BOE» núm. 7, de 08/01/2000.

21 El citado párrafo reza “3. Se podrá suspender el plazo para dictar sentencia en los procedimientos sobre la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea o de los artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia cuando el tribunal tenga conocimiento de la existencia de un expediente administrativo ante la Comisión Europea, la Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas y resulte necesario conocer el pronunciamiento del órgano administrativo. Dicha suspensión se adoptará motivadamente, previa audiencia de las partes, y se notificará al órgano administrativo. Este, a su vez, habrá de dar traslado de su resolución al tribunal”.

22 En base a un informe solicitado a Ashrust.

23 Bruselas, 19.12.2005 COM (2005) 672 final.

de manifiesto los problemas del ejercicio de acciones de daños y se presentan diferentes propuestas.

Hubo que esperar al 2008 para que se publicara el Libro Blanco²⁴ sobre acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia²⁵. Por entonces por fin comienza a tomar forma la batalla de herramientas necesarias para posibilitar un sistema de aplicación privada de las normas de libre competencia en Europa.

Parecía que a partir de ese Libro todo iba a ser “coser y cantar” y que la aplicación privada resultaría tangible en breve, incluso circulaba un borrador. Pero lejos de la realidad hubo que esperar 5 años más, hasta el 2013, para que se pusiera sobre la mesa una propuesta oficial de Directiva²⁶, acompañada de la Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del TFUE²⁷, que a su vez se remitía a la Guía práctica sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios²⁸ elaborada por la Comisión.

Se expresa que el motivo para retomar la iniciativa no era en primera línea la aplicación privada, sino por el programa de clemencia y en concreto, el peligro de pérdida de su eficacia debido a la forma en que algunos países²⁹ empiezan a reconocer la aplicación privada de las normas de competencia.

El programa de clemencia se regula en la UE en el año 2006³⁰ (en España traspuesto en el 2008³¹) alcanzando grandes logros para la defensa

24 Vid. ILLESCAS, R., “A propósito del reciente Libro Blanco de la Comisión de la CE sobre “acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de Defensa de la competencia”, en *Actas de Derecho Industrial*, vol. 28 (2007-2008), p. 589 ss.

25 Bruselas, 2.4.2008 COM (2008) 165 final.

26 Estrasburgo, 11.6.2013 COM (2013) 404 final.

27 DOUE de 13.6.2013 C167/19.

28 Vid. punto 3 de la Comunicación.

29 Así por ej. Reino Unido y Alemania. Vid. PEÑA LÓPEZ, F., *La responsabilidad civil por daños a la libre competencia: un análisis de las normas de derecho sustantivo contenidas en el Título VI de la Ley de Defensa de la Competencia*, op. cit., p. 18 y ss.

30 Vid. Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel. DOUE 8 de diciembre de 2006, C 298/17.

31 Art. 65 y 66 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. De acuerdo con la disposición final tercera su aplicación se retrasó hasta la entrada en vigor del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (o RDC). Vid sobre el programa de clemencia su sección 7a de su capítulo II.

de la libre competencia. A través de su régimen es posible para las autoridades de la competencia reducir incluso dispensar de las sanciones, las multas derivadas de la aplicación pública, a los infractores que aportan información para la detección de actos ilícitos y su condena. El riesgo ahora era, que con la aplicación privada se pudiera abrir el veto para perseguir a las empresas que colaboran con el programa de clemencia al revelar su participación. Si ese fuera el caso, se podría abocar al programa de clemencia a su muerte práctica al reducirse su atractivo ante las posibles acciones civiles que a la contra dichas empresas tendrían que hacer frente.

Esta preocupación ayuda a comprender que la Directiva de daños finalmente aprobada dedica varias de sus disposiciones a reducir o impedir el acceso a la información relativa de las pruebas aportadas en el marco de los programas de clemencia y en ocasiones a mejorar la posición justo de los infractores que participan en dicho programa de cara a las posibles acciones civiles.

Sea por el motivo principal que fuera, finalmente en el año 2014 se aprobó la Directiva 2014/104/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (o Directiva de daños)³² que analizaremos a continuación.

4.2. La Directiva 2014/104/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014 (Directiva de daños) y su trasposición en España

Como recién se ha descrito a través de sus antecedentes, el origen de esta Directiva era justo propiciar la aplicación privada del derecho de la competencia en la UE para contribuir a la eficacia del sistema. Régimen hasta entonces reducido en la práctica a la aplicación pública.

Esta Directiva se incorpora en el Derecho español de la mano del Real Decreto-Ley 9/2017 de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores (en adelante, RD-L 9/2017)³³. Una norma que cobija multitud y diversas cuestiones de diferentes áreas del Derecho. Se publica el RD-L 9/2017, como puede observarse, una vez transcurrido dos años desde la aprobación de la Directiva de Daños fuera

32 DOUE 5.12.2014, L 349/1.

33 «BOE» núm. 126, de 27 de mayo de 2017, páginas 42820 a 42872 (53 págs.).

ya del plazo previsto por la UE para su implementación. El retardo de la transposición no afectaba sólo a este ámbito del Derecho, motivo por el que el legislador español emplea una única RD-L para subsanar una pluralidad de retrasos en la incorporación de diversas directivas de la UE³⁴.

Este RD-L 9/2017 en lo que ahora nos interesa introduce importantes modificaciones de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia o LDC³⁵, así como en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil o LEC³⁶.

Los antecedentes de esos cambios se ubican en sede de la Comisión General de Codificación. En ella se puso en marcha una Sección Especial creada ad hoc y que elaboró una propuesta de ley. Un texto que proponía sendos cambios en nuestro proceso civil, entre otros una fase previa, semejante al *discovery* americano, que legitima a las partes a solicitar el acceso a las pruebas de la otra parte. A la contra en cuanto a la acción de daños se limitaba a transcribir sin apenas desarrollo las disposiciones de la Directiva de daños.

El texto final aprobado en el RD-L 9/2017 se reduce finalmente en la parte procesal a las cuestiones relativas al acceso a las fuentes de prueba en el ámbito específico de la aplicación privada de las normas de la defensa de la competencia. En cuanto a la parte sustantiva relativa al antitrust se mantiene lo dispuesto por el legislador europeo, que se corporiza en

34 En materia de sistema financiero por ej. Directiva 2013/50/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, por la que se modifican la Directiva 2004/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado, la Directiva 2003/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores, y la Directiva 2007/14/CE de la Comisión por la que se establecen disposiciones de aplicación de determinadas prescripciones de la Directiva 2004/109/CE.

En materia sanitaria, por ej. la Directiva (UE) 2015/565 de la Comisión, de 8 de abril de 2015, por la que se modifica la Directiva 2006/86/CE en lo relativo a determinados requisitos técnicos para la codificación de células y tejidos humanos y la Directiva (UE) 2015/566 de la Comisión, de 8 de abril de 2015, por la que se aplica la Directiva 2004/23/CE en lo que se refiere a los procedimientos de verificación de la equivalencia de las normas de calidad y seguridad de las células y los tejidos importados Texto pertinente a efectos del EEE.

35 Vid. art. 3 del RD-L 9/2017 incorpora un nuevo Título VI en la LDC.

36 Vid. art. 4 del RD-L 9/2017 introduce una nueva Sección 1.ª bis en el Capítulo V relativo «De la prueba: disposiciones generales», dentro del Título I «De las disposiciones comunes a los procesos declarativos») perteneciente al Libro II («De los procesos declarativos»).

los arts. 71 y ss. de la LDC; artículos en los que nos centraremos en el siguiente epígrafe. Cabe, no obstante, resaltar en este momento: i. imputabilidad derivada por la infracción del art. 101 y 102 TFUE (art. 71 LDC); ii. legitimación activa de toda persona jurídica o física que sufra el daño (art. 72.1 LDC); iii. pleno resarcimiento -daño emergente y lucro cesante- (art. 72.2 LDC); iv. responsabilidad conjunta y solidaria de los infractores (art. 73.1 LDC); v. limitación de la responsabilidad de los daños generados por pequeñas y medianas empresas exclusivamente ante sus compradores directos o indirectos (art. 73.2 LDC); v. limitación semejante para los beneficiarios de la exención del pago de multa en el marco de un programa de clemencia ante sus compradores o proveedores directos o indirectos y ante otras partes perjudicadas solo cuando no se pueda obtener el pleno resarcimiento de las empresas infractoras (art. 73.4 LDC); vi. plazo para el ejercicio de las acciones de 5 años (art. 74 LDC).

5. Análisis del régimen especial del derecho de daños incorporado en la LDC

5.1. La integración del régimen y su naturaleza jurídica

La primera idea que brota tras la lectura inicial del régimen incorporado en el art. 71 y ss. de la LDC es la necesaria coexistencia entre el nuevo régimen especial del derecho de daños de la libre competencia con los presupuestos del régimen general de responsabilidad extracontractual y las normas básicas subsidiariamente aplicables.

Esta coexistencia, por lo demás necesaria y no ajena en otros ámbitos, ha sido calificada como una dificultad adicional³⁷, incrementada si cabe más por el hecho de deber estar también, como dicta el art. 4 de la Directiva

37 Vid. SANJUÁN Y MUÑOZ, E. “La naturaleza de la acción privada de daños derivada de la infracción de las normas de defensa de la competencia”, en *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, Nº. 67, 2018, p. 9 y ss, disponible en también <https://www.asociacionabogado-srcs.org/portal/wp-content/uploads/2018/10/ARTICULO-DOCTRINAL-Enrique-Sanjuán-y-Muñoz.pdf> (visitado por última vez el 2 de febrero de 2022) p. 14 y PEÑA LÓPEZ, F., *La responsabilidad civil por daños a la libre competencia: un análisis de las normas de derecho sustantivo contenidas en el Título VI de la Ley de Defensa de la Competencia*, op. cit, p. 27 y ss.

de daños, a los principios de equivalencia³⁸ y efectividad³⁹ según el acervo comunitario y en especial, dado que el conjunto de normas que coexisten deben ser compatibles con dichos principios.

Como resultado de lo anterior, con lógica puede afirmarse que estamos ante un régimen fragmentario llamado a su inclusión en el régimen del derecho de daños. Si bien, como régimen especial que es primará sobre toda norma del régimen general (de responsabilidad civil extracontractual) si entra en contradicción.

Mas el derecho de daños, en general, se encarga de resarcir los daños sufridos por un tercero con ocasión del perjuicio generado por otro sujeto. Esta idea básica se replica en el nuevo régimen de LDC, ceñido a los daños generados por un ilícito antitrust. Sus reglas por su parte coinciden con la estructura clásica del derecho de daños.

El régimen de derecho de daños en concreto en España parte de la cláusula general en el art. 1902 Código Civil (en adelante, CC)⁴⁰, que como decíamos se complementará el régimen general por las reglas especiales, pero para lo no previsto en aquellas, se estará de nuevo al CC, tal y como predica su art. 4.3 CC⁴¹.

Aunque el legislador europeo con la Directiva de daños y con el objetivo de armonizar en ámbito europeo ha querido dotar con normas sustantivas a este régimen especial, su régimen no es exhaustivo (“fragmentario”) y la remisión al régimen subsidiario es inevitable. Esto no es una novedad, ni mucho menos, sirva por ej. en su momento con la aprobación e implementación del régimen de responsabilidad por daños causados por productos defectuoso⁴².

38 El principio de equivalencia requiere que las herramientas de tutela europeas no pueden ser menos favorables que las correspondientes herramientas del derecho interno.

39 Por su parte conforme al principio de efectividad la normativa procesal interna no puede traer consigo la ineficacia en la práctica de los derechos reconocidos por la UE. El origen de estos principios se remonta a la STJCE de 16 diciembre 1976 C-33/76, asunto Rewe. Vid. entre la doctrina española LACABA SÁNCHEZ, F., “El principio de efectividad de la jurisprudencia comunitaria”, en *Revista de Derecho VLex*, núm. 166, marzo 2018, p. 1 y ss.

40 El enunciado del art. 1902 CC dice así: “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.”

41 Cuyo literal es “3. Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes.”

42 D 85/374/CEE.

Conforme a nuestra doctrina⁴³, el régimen especial se enmarca el art. 1902 CC y por ese motivo, queda sometido a nuestros criterios interpretativos hermenéuticos, así como a los criterios conceptuales también del régimen de responsabilidad civil extracontractual de nuestro ordenamiento.

Esta circunstancia podría poner en peligro la armonización europea. El legislador europeo aun consciente del efecto fragmentario, reconoce la necesaria interpretación integradora de las normas europeas y nacionales, y enfatiza la necesidad aun así de estar a los principios de efectividad y equivalencia⁴⁴.

Atendiendo a lo anterior, se manifiesta⁴⁵ incluso que habría que estar al régimen especial de la LDC y al aplicar sus normas se intercalaría incluso por delante del propio derecho nacional el derecho europeo de la responsabilidad civil, tanto el emanado del TJUE, como los principios europeos de los contratos (PETL⁴⁶ y DCFR⁴⁷) a efectos especialmente de interpretar sus normas.

Para dar debida respuesta a esta cuestión no se puede obviar la naturaleza jurídica de estas acciones de la LDC puede calificarse de responsabilidad extracontractual⁴⁸. El hecho de que entre los terceros perjudicados y por

43 ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., “La función normativa de la responsabilidad por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia. Incidencia de la Directiva 2014/104/UE en nuestro Derecho Interno”, *op. cit.*, 79-2, p. 1113; PEÑA LÓPEZ, F., *La responsabilidad civil por daños a la libre competencia: un análisis de las normas de derecho sustantivo contenidas en el Título VI de la Ley de Defensa de la Competencia*, *op. cit.*, p. 31 y ss. GÓMEZ ASENSIO, C. “La aplicación de los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual a las reclamaciones de daños por infracción del Derecho de Defensa de la Competencia”, en *Revista de derecho mercantil*, Nº 308, 2018, p. 10 y ss.

44 Vid Considerando 11 de la Directiva de daños.

45 PEÑA LÓPEZ, F., *La responsabilidad civil por daños a la libre competencia: un análisis de las normas de derecho sustantivo contenidas en el Título VI de la Ley de Defensa de la Competencia*, *op. cit.*, p. 31 y ss.

46 *Principles of European Tort Law*.

47 *Draft Common Frame of Reference*.

48 Vid. entre otros GÓMEZ ASENSIO, C. “La aplicación de los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual a las reclamaciones de daños por infracción del Derecho de Defensa de la Competencia”, en *Revista de derecho mercantil*, Nº 308, 2018, p. 10 y ss; PEÑA LÓPEZ, F., *La responsabilidad civil por daños a la libre competencia: un análisis de las normas de derecho sustantivo contenidas en el Título VI de la Ley de Defensa de la Competencia*, *op. cit.*, p. 31 y ss.; ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., “La función normativa de la responsabilidad por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia. Incidencia de la Directiva 2014/104/UE en nuestro Derecho Interno”, *op. cit.*, 79-2, p. 1113; ídem. ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., “La defensa basada en la repercusión del daño

tanto, legitimados para el ejercicio de estas acciones, se encuentren los proveedores o compradores directos con los que los posibles infractores ostentan una relación contractual, no debiera alterar la calificación de extracontractual de estas acciones de la LDC en la medida que el fundamento de dichas acciones está al margen de lo pactado en el marco del contrato⁴⁹.

Tampoco puede obviarse que las conductas contrarias a la defensa de la competencia y a las normas que las condenan traen su origen en una infracción de carácter público y son independientes de la existencia de cualquier contrato; estas acciones son posibles aun cuando no haya relación contractual. En este sentido la propia Directiva de daños (vid. Considerando 13⁵⁰) es consciente de la posible existencia de un contrato. Pero destaca que lo esencial es el ilícito antitrust con independencia de la presencia de un contrato.

Se ha manifestado⁵¹ incluso que la especialidad de las normas de la competencia permitiría afirmar que estamos ante un “concepto autónomo” del Derecho de la UE, al haber introducido nuevas normas procesales y sustantivas, hasta el punto de que debiera considerarse como una “categoría independiente”. Esta idea debe ser objeto de positiva valoración. La cuestión si bien, es que aunque se esté a su régimen especial (el de la LDC) a los principios y criterios jurisprudenciales de la UE, dichas normas están abocadas a integrarse en el régimen general de cada ordenamiento, en España vía art. 1902 CC responsabilidad extracontractual y en consecuencia, por mucho que se apoye la idea de una categoría autónoma o independiente, no lo es del todo y la remisión al régimen subsidiario nacional es

(passing-on) causado por infracciones del derecho de la competencia”, en *InDret* (Revista para el Análisis del Derecho), 1/2021, disponible en <https://indret.com/wp-content/uploads/2021/01/1615.pdf> (visitado por última vez el 2 de febrero 2022), p. 16 y; SANCHO GARGALLO, I. “Ejercicio privado de las acciones basadas en el Derecho comunitario y nacional de la competencia”, en *Indret*, 1/2009, disponible https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/619_es.pdf (visitado por última vez el 2 de febrero de 2022) p. 13.

49 En este sentido nuestra jurisprudencia (vid. por ej. STS 22.7.1997 (RJ 1997/6156) o la STS 29.12.2000 (RJ 2000/9445) emplea la expresión “estricta órbita de lo pactado” para aplicar el régimen extracontractual a daños causados, siempre que el daño no haya sido causado en estricta órbita de lo pactado.

50 El Considerando 13 de la Directiva de daños dice así: “El derecho a resarcimiento está reconocido para cualquier persona física o jurídica (consumidores, empresas y administraciones públicas) con independencia de la existencia de una relación contractual directa con la empresa infractora...”.

51 SANJUÁN Y MUÑOZ, E. “La naturaleza de la acción privada de daños derivada de la infracción de las normas de defensa de la competencia”, *op. cit.*, p. 13 y ss.

inevitable, siendo para ello imprescindible declinarse en este caso y por los argumentos arriba esgrimidos por la naturaleza extracontractual.

5.2. Elementos sustantivos

i. El ilícito anticoncurrencial y su acreditación

Los elementos de la responsabilidad civil son el daño, la culpa y relación de causalidad. La Directiva de daños sólo regula y en parte el daño. Por su parte la doctrina⁵² en España discute si la antijuricidad es un elemento del régimen general de responsabilidad. Sea como fuere, la anterior duda se disipa en el sistema de aplicación privada del derecho de la competencia de la Directiva de daños, pues en este sistema se añade sin lugar a dudas, este elemento: el ilícito anticoncurrencial⁵³ como especificidad lógica del mismo, vid. art. 71 LDC.

Dicho ilícito generará un daño y este a su vez, como reconoce la Directiva de daños y en consecuencia la LDC, da paso al derecho a su pleno resarcimiento. La cuestión si bien es cómo acreditar la existencia de este presupuesto básico del régimen de responsabilidad como es la infracción antitrust, art. 71 y ss. LDC.

Esta acreditación se puede realizar probando de forma directa la infracción antitrust durante el propio procedimiento en el que se reclama igualmente la indemnización por daños o perjuicios, o como es más común valiéndose de una resolución previa por parte de la autoridad administrativa para la defensa de la competencia; en España la CNMC. En el primer caso, dicha acción recibe el nombre de *stand-alone actions*, acciones independientes, y las segundas, *follow-on actions* o acciones de seguimiento.

ii. El daño

Como se anticipaba el daño es el único de elemento del régimen de responsabilidad regulado en la Directiva de daños. En el Libro Verde con

52 Vid. PANTALEÓN, F., *Comentarios del Código Civil*, op. cit., p. 1993 y ss.; REGLE-RO, F.; BUSTO LAGO, J.M., *Tratado de Responsabilidad Civil*, op. cit., p.52 y ss.

53 A tales efectos son ilícitos del derecho de la competencia las infracciones de los art. 101 y 102 del TFUE, así como del art. 1 (conductas colusorias) y art. 2 (abuso de posición de dominio) de la LDC. Quedan al margen el falseamiento de la libre competencia por actos desleales.

la finalidad de que la aplicación privada alcanzara la función preventiva se planteó conceder el doble de los daños en casos de cárteles o incluso las ganancias ilícitamente obtenidas. El resultado final adoptado en la Directiva de daños y de ahí a la LDC se limita al resarcimiento pleno (se alcanza así el mero rol indemnizatorio) -daño emergente y lucro cesante- (art. 72.2 LDC).

No sólo se reduce así su regulación al carácter indemnizatorio, sino que además, se abre la puerta a la aceptación de la repercusión del daño (*passing-on*)⁵⁴ como herramienta especial de defensa del demandado (art. 13 de la Directiva de daños⁵⁵), que por razones de certidumbre jurídica deberá interpretarse de manera restrictiva. Pesa sobre el demandado la carga de la prueba tanto la existencia como el quantum de la repercusión.

iii. La causalidad

La Directiva de daños nada añade sobre la causalidad: ninguna regulación o regla especial. Se debe estar al régimen general. Nos referimos aquí a la relación de causalidad o nexo entre el acto u omisión (como indicábamos arriba, aquí el ilícito concurrencial) y el daño.

Nuestro ordenamiento exige la “causalidad de hecho”, esto es que medie una causa cuya inexistencia haga desaparecer el daño. Además, se añade la “causalidad jurídica o imputación objetiva”, en cuya virtud sólo puede considerarse como causa en el plano jurídico los hechos de los que sea de esperar previsiblemente -por criterios razonables- la producción de un daño⁵⁶.

54 Vid. ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., “La defensa basada en la repercusión del daño (*passing-on*) causado por infracciones del derecho de la competencia”, op. cit., p. 16 y ss.; VELASCO L.A.; HERRERO C., “La “*Passing-on* Defense”, ¿Un Falso Dilema?”, en L. A. VELASCO et al. (dirs), *La Aplicación Privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid, 2011, p. 593 y ss.

55 Art. 13 de la Directiva “Los Estados miembros garantizarán que el demandado por daños y perjuicios pueda invocar como defensa en el proceso por daños y perjuicios el hecho de que el demandante hubiera repercutido la totalidad o una parte del sobre coste resultante de la infracción del Derecho de la competencia. La carga de la prueba de que el sobre coste se repercutió recaerá en el demandado, que podrá exigir, en una medida razonable, la exhibición de pruebas del demandante o de terceros.”

56 Vid. PANTALEÓN, F., “Causalidad e imputación objetiva: Criterios de imputación”, en *Asociación de Profesores de Derecho civil, Centenario del Código Civil (1889-1989)*, t. II, Madrid, 1990, p. 1561 y ss.

iv. La culpa

En el marco de la UE la discusión del fundamento de responsabilidad asentado en la culpa, ha generado debate. Tampoco el TJUE se ha quedado al margen, así por ej. en el asunto Manfredi⁵⁷ estableció como presupuestos: la infracción del derecho europeo y la causalidad entre el daño y dicha infracción. No exigió la mediación de la culpa o negligencia. De hecho, en general el TJUE se ha mostrado muy reticente a exigir el criterio de la culpa, especialmente por poder convertirse a efectos prácticos en una “causa de exoneración de responsabilidad” lo que en el sistema de aplicación privada podría ser difícil de aceptar, especialmente cuando media una infracción del derecho de la defensa de la competencia.

Sería de esperar que ante la reticencia de la UE en la Directiva de daños se hubiese determinado el fundamento “objetivo o subjetivo” de la responsabilidad de daños por ilícitos antitrust. Sin embargo, el legislador europeo no quiso o no pudo declinarse por ninguna de las opciones y dejó la cuestión sin regular⁵⁸. En su “Considerando 11” declara que los Estados miembro que incluyan en su Derecho interno otros elementos tales como la “imputabilidad, la adecuación o la culpabilidad”, estos se pondrán conservar “en la medida en que se ajusten a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a los principios de efectividad y equivalencia, y a la presente Directiva”.

En nuestra opinión, esta declaración no ayuda en nada. Por un lado, parece dejar abierta la posibilidad para que los derechos nacionales puedan exigir la culpa. Por otro lado, la mención al principio de efectividad podría poner en tela de juicio su adecuación, pues si el TJUE es reacio se podría entender que exigir la culpa sería contrario al principio de efectividad del derecho comunitario al reducir “la eficacia de su efecto directo”, incluso dejar sin efecto la norma comunitaria (pues si se exige la culpa, cuando no medie, no prospera la acción de daños de la Directiva).

57 STJCE de 13 de julio de 2006, C-295/04 a C-298/04, asunto Manfredi.

58 En el Libro Verde (p. 7) se plantearon ambas opciones: mantener la culpa o incorporar una responsabilidad objetiva.

Con ocasión del Libro Blanco la Comisión se expresó a favor de aquellos ordenamientos que o bien no exigen el presupuesto de la culpa o bien parten de su presunción absoluta una vez demostrada la violación de las normas de antitrust. Por este motivo, la Comisión propuso para los restantes países que se estableciera una presunción relativa que únicamente admitiera como excepción el error excusable. Propuesta que fue igualmente rechazada.

Ante esta situación debe plantearse cuál debe ser la opción en España. Antes de la transposición de la Directiva de daños y ante la ausencia de normativa específica, la vía era la cláusula general del art. 1902 CC, cuyo régimen de responsabilidad se asienta en la culpa. Aunque a efectos prácticos no tiene transcendencia. Piénsese en el asunto del cártel de azúcar constatada infracción de las normas de competencia y la sanción administrativa, la acción *follow-on* dejaba zanjada la cuestión. Lo cierto, no obstante, es que el caso del cártel de azúcar, no olvidemos es anterior a la modificación de la LDC del 2017, cabría preguntarse, por lo tanto, si la cuestión varía con la actual LDC.

Con la transposición y la reforma del RD-L 9/2017 nada se dice al respecto, ni la reconoce expresamente o ni la excluye. Su no exclusión expresa se ha entendido, no obstante, como la aceptación de su conservación. No hace falta que el legislador español diga nada al respecto en la LDC. No en vano la LDC simplemente replica la neutralidad ya contenida al respecto de la Directiva de daños y como vimos, para lo no previsto en el régimen especial es necesario acudir a las normas generales, art. 1902 CC, es aquí cuando se incorpora el fundamento de la culpa. Esta interpretación estaría en consonancia con nuestro ordenamiento, en el que la responsabilidad objetiva es la excepción y en definitiva, salvo indicación expresa, prima el fundamento de la responsabilidad de carácter subjetivo para las daños extracontractuales.

Sin embargo, no es ajeno que en España se defienda la respuesta contraria y negativa a la conservación del criterio de imputabilidad de la culpa⁵⁹. El argumento principal es que sería contrario al derecho europeo y en particular, al principio de efectividad abogar por la aplicación del fundamento asentado en la culpa. En nuestra opinión justo ese argumento puede ser entendido a la contra. No en vano, el legislador europeo era muy consciente del elemento de la culpa en los ordenamientos europeos y decidió no excluirlo y simplemente limitarlo por los principios europeos ya indicados (principio de efectividad y equivalencia)⁶⁰.

59 Vid por ej. PEÑA LÓPEZ, F., *La responsabilidad civil por daños a la libre competencia: un análisis de las normas de derecho sustantivo contenidas en el Título VI de la Ley de Defensa de la Competencia*, op. cit., p. 107 y ss. Vid. en Europa STJUE de 22 de abril de 1997, C180/95 asunto Draehmpaehl.

60 En igual sentido, entre otros ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., “La función normativa de la responsabilidad por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia. Incidencia de la Directiva 2014/104/UE en nuestro Derecho Interno”, op. cit., 79-2, p. 1120.

5.3. Elementos subjetivos

i. La legitimación activa

La legitimación activa, el TJUE en el asunto Manfredi declaró el “derecho de toda persona a solicitar la reparación del perjuicio causado por un contrato o un comportamiento que pueda restringir o falsear el juego de la competencia”. Por su parte tanto la Directiva⁶¹ de daños como la LDC⁶² manifiestan de forma también ilimitada el derecho de cualquier persona física o jurídica que haya sufrida daños por violación del derecho de la libre competencia para ejercer la acción de daños.

Mas en la práctica, incluso bajo el umbral del art. 1902 CC no todo sujeto lesionado tendrá posibilidad de obtener resarcimiento por el daño sufrido, en la medida que se considera que no todo afectado tiene un verdadero interés jurídicamente tutelado.

De hecho, bajo la reformada LDC se limita el alcance de la responsabilidad aquellos partícipes del mercado: compradores o proveedores directos e indirectos, cuando estamos ante pequeñas y medianas empresas, así como en el caso de beneficiarios de la exención del pago de la multa con ocasión de la participación en el programa de clemencia (vid para ambos art. 73, párrafos 2 y 4 de la LDC).

ii. Pluralidad de sujetos responsables solidariamente

Tal y como prescribe el art. 73.1 LDC la responsabilidad es solidaria de las empresas que conjuntamente hubieran infringido el derecho de la competencia.

La responsabilidad solidaria no es ajena al derecho de daños, conocida como solidaridad impropia: cuando varias personas físicas o jurídicas son conjuntamente responsables de un mismo daño y no es posible individualizar la proporción del daño generado e imputable a cada uno, todos responden solidariamente.

En el caso del derecho de la competencia, aunque la infracción de las normas es conjunta entre varias empresas, el daño sí puede ser individualizado, incluso identificar al directo infractor, por ej. en el caso del daño al comprador directo, aunque la infracción sea conjunta habrá un vendedor

61 Art. 3.1 de la Directiva de daños.

62 Art. 72. 1 de la LDC.

directo infractor del derecho antitrust. La infracción es conjunta, pero la producción del daño no lo es, al menos en los casos de los compradores directos o indirectos. En estos últimos el daño como vimos está en el sobreprecio directamente cobrado por el vendedor/infractor. Por ese motivo, se ha criticado la técnica de la LDC y se considera debiera haberse expresado de forma más adecuada a nuestro ordenamiento.

Bibliografía

- ALFARO, J., “Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el private enforcement del Derecho de la Competencia”, en *Indret* (Revista para el Análisis del Derecho), 3/2009 disponible en http://www.indret.com/pdf/667_es.pdf (visitado por última vez el 2 de febrero de 2022).
- Blog de la CNMC, “La Directiva de Daños, una gran oportunidad para reforzar el Derecho de la Competencia en España”, <https://blog.cnmc.es/2016/11/07/la-directiva-de-danos-una-gran-oportunidad-para-reforzar-el-derecho-de-la-competencia/> (visitado por última vez 3 de abril del 2022).
- GÓMEZ ASENSIO, C. “La aplicación de los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual a las reclamaciones de daños por infracción del Derecho de Defensa de la Competencia”, en *Revista de derecho mercantil*, Nº 308, 2018, p. 10 y ss.
- ILLESCAS, R., “A propósito del reciente Libro Blanco de la Comisión de la CE sobre “acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de Defensa de la competencia”, en *Actas de Derecho Industrial*, vol. 28 (2007-2008), p. 589 ss.
- LACABA SÁNCHEZ, F., “El principio de efectividad de la jurisprudencia comunitaria”, en *Revista de Derecho VLex*, núm. 166, marzo 2018, p. 1 y ss.
- MARCOS, F., “Competition Law Private Litigation in the Spanish Courts (1999-2012)”, en *Global Competition Law Review*, vol. 6, núm. 4, 2013, p. 167 ss. (también disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2351770 (visitado por última vez el 2 de febrero de 2022).
- PANTALEÓN, F., “Causalidad e imputación objetiva: Criterios de imputación”, en *Asociación de Profesores de Derecho civil, Centenario del Código Civil (1889-1989)*, t. II, Madrid, 1990, p. 1561 y ss.
- “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 4, 2000, p. 167 y ss.
- PEÑA LÓPEZ, F., *La responsabilidad civil por daños a la libre competencia: un análisis de las normas de derecho sustantivo contenidas en el Título VI de la Ley de Defensa de la Competencia, mediante las que se transpone la Directiva 2014/104/UE*, Tirant lo Blanch, 2018.

REGLERO, F.; BUSTO LAGO, J.M, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Aranzadi, 2014.

ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., “El principio de subsidiariedad en la aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado CEE”, en *Derecho de los Negocios*, núm. 37, 1993, p. 16 y ss.

- “La función normativa de la responsabilidad por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia. Incidencia de la Directiva 2014/104/UE en nuestro Derecho Interno”, en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, 2015, 79-2, p. 1110 y ss.
- “La defensa basada en la repercusión del daño (passing-on) causado por infracciones del derecho de la competencia”, en *InDret*, 1/2021, disponible en <https://indret.com/wp-content/uploads/2021/01/1615.pdf> (visitado por última vez el 2 de febrero 2022), p. 1 y ss.
- “Las reclamaciones de daños y perjuicios causados por infracciones de derecho de la competencia comentario a la STS de 23 de noviembre de 2013, Sala de lo Civil, en el asunto del cártel del azúcar”, en *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Tomo 34, 2013-2014, p. 519 y ss.

SANCHO GARGALLO, I. “Ejercicio privado de las acciones basadas en el Derecho comunitario y nacional de la competencia”, en *Indret*, 1/2009, disponible https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/619_es.pdf (visitado por última vez el 2 de febrero de 2022).

SANJUÁN Y MUÑOZ, E. “La naturaleza de la acción privada de daños derivada de la infracción de las normas de defensa de la competencia”, en *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, Nº. 67, 2018, p. 9 y ss, disponible en también <https://www.asociacionabogadosrcs.org/portal/wp-content/uploads/2018/10/ARTICULO-DOCTRINAL-Enrique-Sanjuán-y-Muñoz.pdf> (visitado por última vez el 2 de febrero de 2022).

VELASCO L.A; HERRERO C., “La “Passing-on Defense”, ¿Un Falso Dilema?”, en L. A. VELASCO et al. (dirs), *La Aplicación Privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid, 2011, p. 593 y ss.

Bereicherungsauskehr als Schadensersatz – ein Grenzfall

Jan Dirk Harke

ZUSAMMENFASSUNG: Die dreifache Art der Schadensberechnung bei der Verletzung von Immaterialgüterrechten ist ungeachtet ihrer Regelung auf europäischer Ebene immer noch nicht dogmatisch bewältigt. Ein Blick zurück zum Ursprung in einer Entscheidung des Reichsgerichts von 1895 weist aber den Weg: Die sogenannte ‚Lizenzanalogie‘ ist nur ein plausibler Weg zur Rekonstruktion des hypothetischen Kausalverlaufs, der Anspruch auf Herausgabe des vom Rechtsverletzer erzielten Gewinns hingegen das Ergebnis einer Rechtsfortbildung, die eine Ausdehnung auf die gesamte Deliktshaftung erheischt.

SCHLÜSSELWÖRTER: Schadensersatz, Schadensberechnung, Gewinnabschöpfung

RESUMEN: La triple forma de calcular los daños en caso de infracción de los derechos de propiedad intelectual aún no se domina de forma dogmática, a pesar de su regulación a nivel europeo. Sin embargo, una mirada retrospectiva a los orígenes en una decisión del tribunal imperial (‘Reichsgericht’) de 1895 señala el camino: la llamada ‘analogía de la licencia’ es sólo una forma plausible de reconstruir el hipotético curso causal, mientras que la reclamación de la devolución del lucro obtenido por el infractor es el resultado de una analogía, que requiere una extensión a toda la responsabilidad extracontractual.

PALABRAS CLAVE: Resarcimiento de daños, cálculo de daños, exacción de lucros

I. Eine wiederkehrende Formel

Mustert man die deutschen Gesetze zum Schutz geistigen Eigentums, stößt man auf zwei stereotype Sätze, die im Anschluss an die jeweilige Bestimmung über die Schadensersatzpflicht eines Rechtsverletzers zu finden sind. Sie lauten:

„Bei der Bemessung des Schadensersatzes kann auch der Gewinn, den der Verletzer durch die Verletzung des Rechts erzielt hat, berücksichtigt werden. Der Schadensersatzanspruch kann auch auf der Grundlage des Betrages berechnet werden, den der Verletzer als angemessene Vergütung hätte entrichten müssen, wenn er die Erlaubnis zur Nutzung des verletzten Rechts eingeholt hätte.“

So heißt es nicht nur in § 97 Abs. 2 UrhG, sondern auch mit minimaler Anpassung im Wortlaut von §§ 139 Abs. 2 PatG, 24 Abs. 2 GebrMG, 14 Abs. 6 MarkenG und 42 Abs. 2 DesignG. Der Grund für die Gleichförmigkeit der Gesetzessprache liegt darin, dass die einzelnen Vorschriften des nationalen Rechts der Umsetzung einer übergreifenden Regelung in der Richtlinie zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (2004/48/EG) dienen. Nach deren Art. 13 Abs. 1 Unterabs. 2 Buchst. a sind bei der Festsetzung des Schadensersatzes alle in Frage kommenden Aspekte, und zwar außer den Einbußen und dem entgangenen Gewinn des Rechtsinhabers auch die „zu Unrecht erzielten Gewinne des Verletzers“, zu berücksichtigen; und gemäß Buchst. b der Vorschrift soll der Schadensersatz alternativ als ein „Pauschalbetrag“ bestimmt werden können, der mindestens der „Vergütung oder Gebühr“ entspricht, die der Verletzte bei Einholung einer Nutzererlaubnis an den Rechtsinhaber hätte entrichten müssen.

Ist die Richtlinie auch für die einheitliche Formulierung des deutschen Gesetzesrechts verantwortlich, gehen die beiden alternativen Methoden zur Bestimmung des Schadensersatzes doch nicht erst auf sie zurück. Vielmehr war schon vor ihrer Umsetzung anerkannt, dass der Inhaber eines Immaterialgüterrechts von dessen Verletzer statt des Ersatzes seiner konkret erlittenen Nachteile auch die übliche Lizenzgebühr oder die Auskehr des erzielten Gewinns verlangen kann. Obwohl es hierfür keine besondere gesetzliche Grundlage gab, konnte sich die deutsche Judikatur in diesem Punkt auf eine mehr als 100 Jahre alte Rechtsprechungstradition berufen. Und sie hat die dreifache Schadensberechnung auch schon im Wettbewerbsrecht zum Zuge kommen lassen, wenn das sanktionierte Verhalten ungeachtet des Fehlens einer ausschließlichen Rechtsposition eine gewisse Ähnlichkeit zur Verletzung eines Immaterialgüterrechts aufweist. Dies gilt

insbesondere für die Nachahmung eines fremden Leistungsergebnisses¹ oder die Ausbeutung fremder Betriebsgeheimnisse^{2,3}

Die Richtlinie zum Schutz des geistigen Eigentums bietet also nur eine zusätzliche und noch nicht einmal erschöpfende Legitimationsgrundlage für das, was ohnehin schon galt.⁴ Hat sie auch keine Rechtsänderung bewirkt, könnte sie aber vielleicht einen Beitrag dazu leisten, die dreifache Art der Schadensberechnung im Immaterialgüterrecht und verwandten Rechtsgebieten dogmatisch zu bewältigen. Hier stellt sich nämlich die entscheidende Schwierigkeit.

II. Das dogmatische Problem

1. Das Kompensationsprinzip

Dass der Inhaber eines verletzten Rechts im Rahmen des Schadensersatzes eine angemessene Lizenzgebühr oder die Herausgabe des Verletzergewinns fordern können soll, läuft zumindest auf den ersten Blick klar dem Kompensationsgrundsatz zuwider. Er ist in § 249 Abs. 1 BGB für Schadensersatzansprüche jeder Art einheitlich festgelegt und macht sie von der Feststellung abhängig, dass das Vermögen des Geschädigten die nun geforderte Leistung eingeschlossen hätte, wenn es nicht zum haftungsauslösenden Umstand gekommen wäre. Hiernach dürfte eine angemessene Lizenzgebühr nur dann geschuldet sein, wenn es, ein rechtmäßiges Verhalten des Schädigers unterstellt, auch zum Abschluss eines Lizenzvertrags gekommen wäre, auf dessen Grundlage die Gebühr gezahlt worden wäre. Und einen vom Schädiger erzielten Gewinn könnte der Geschädigte nicht als solchen, sondern allenfalls deshalb beanspruchen, weil er ihn, falls die Rechtsverletzung unterblieben wäre, selbst erzielt hätte. Weder das eine noch das andere ist aber Voraussetzung der dreifachen Schadensberech-

1 BGH, Urteil vom 8. Oktober 1971 – I ZR 12/70 („Wandsteckdose II“), GRUR 1972, 189, 190 f.

2 BGH, Urteil vom 18. Februar 1977 – I ZR 112/75 („Prozeßrechner“), GRUR 1977, 539, 541.

3 Gegen eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs dreifachen Schadensberechnung im Lauterkeitsrecht spricht sich *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht, Tübingen 2010, S. 273 aus.

4 Dass die Richtlinie im Gegensatz zur deutschen Rechtsprechung gerade keine Gewinnabschöpfung vorsieht, vertritt dezidiert *Raue*, Die dreifache Schadensberechnung, Baden-Baden 2017, S. 107 ff.

nung, und zwar weder nach der herkömmlichen Ansicht der deutschen Rechtsprechung noch gemäß den besonderen Bestimmungen in den Gesetzen zum Schutz des geistigen Eigentums oder der hiermit umgesetzten Richtlinie.

2. *Flucht ins Bereicherungsrecht?*

Um die Diskrepanz zum allgemeinen Schadensersatzrecht zu bewältigen, hat sich die deutsche Judikatur bemerkenswerterweise schon darauf verlegt, den Kompensationsgedanken völlig zu leugnen. So liest man, der Anspruch auf die Lizenzgebühr gelte bloß gewohnheitsrechtlich als eine Berechnungsart für den vom Rechtsinhaber erlittenen Schaden, habe hingegen eine „starke Ähnlichkeit mit dem ... Bereicherungsausgleich“.⁵ Ja, es soll sich sogar „der Sache nach“ um einen Bereicherungsanspruch gemäß § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2, also eine Eingriffskondiktion, handeln.⁶ Die praktische Folge ist, dass zu seiner Ermittlung auch nur Umstände mit Relevanz für die Bereicherung des Rechtsverletzers und nicht solche herangezogen werden dürfen, die den Schaden des Rechtsinhabers betreffen.⁷ Der Anspruch auf Auskehr des Verletzergewinns soll den Geschädigten hingegen so stellen, wie er bei einer angemessenen Geschäftsführung stünde⁸ und, wie schon das Reichsgericht befunden hat,⁹ einer „rechtsähnlichen Anwendung“ der einschlägigen Regelung in §§ 687 Abs. 2, 681 S. 2, 667 BGB entspringen¹⁰. Materiell wäre er damit kein Schadensersatzanspruch im eigentlichen Sinne, sondern das Ergebnis einer Analogie zu dem Herausgabeanspruch, der nach dem Gesetz eigentlich nur denjenigen trifft, der vorwiegend ein fremdes Geschäft im eigenen Interesse führt.

Die Behauptung eines bereicherungsrechtlichen Wesens des Anspruchs auf die Lizenzgebühr legt nahe, ihn entgegen seiner überkommenen Bezeichnung nicht als Berechnungsart für den Schadensersatz, sondern direkt als Eingriffskondiktion zu verstehen. Da diese ebenfalls an die unbe-

5 BGH, Urteil vom 6. März 1980 – X ZR 49/79 („Tolbutamid“), GRUR 1980, 841, 844.

6 BGH, Urteil vom 23. Juni 2005 – I ZR 263/02 („Catwalk“), GRUR 2006, 143, 145.

7 BGH, GRUR 1980, 841, 844.

8 BGH, Urteil vom 2. November 2000 – I ZR 246/98 („Gemeinkostenanteil“), GRUR 2001, 329, 331.

9 RG, Urteil vom 13. Oktober 1937 – I 262/36, RGZ 156, 65, 67.

10 BGH, Urteil vom 24. Februar 1961 – I ZR 83/59 („Vitalsulfal“), GRUR 1961, 354, 355.

rechtigte Ausbeutung eines fremden Rechts anknüpft, ist sie stets neben dem Schadensersatzanspruch gegeben. Sie reicht bloß weiter, indem sie auch bei schuldlosen Eingriffen zuständig ist. Will man die Kondition im Wettbewerbsrecht zum Zuge kommen lassen, muss man den betroffenen Rechtspositionen lediglich einen vergleichbaren Zuweisungsgehalt attestieren. Würde man sich hier wie dort für einen echten Bereicherungsanspruch entscheiden, hätte dies nur zur Folge, dass man die Alternativität zum Anspruch auf Ersatz des konkret erlittenen Schadens statt im Rahmen der Schadensermittlung auf der Ebene der Anspruchskonkurrenz herleiten müsste.

Schwerer fällt die Umdeutung des Anspruchs auf Herausgabe des vom Verletzer erzielten Gewinns. Hält man sich an die von der Rechtsprechung bemühte Analogie zur Geschäftsanmaßung, stößt man auf das in § 687 Abs. 2 BGB verankerte Vorsatzerfordernis. In Abs. 1 der Vorschrift ist es sogar noch durch eine komplementäre Bestimmung für den Fall einer unbewussten Fremdgeschäftsführung flankiert. Sie soll gerade nicht die Rechtsfolgen einer Geschäftsführung ohne Auftrag zeitigen. Will man diese trotzdem eintreten lassen, müsste man sich über das einschlägige Gesetzesrecht geradezu hinwegsetzen. Eher empfiehlt sich wiederum der Schritt ins Bereicherungsrecht: Sieht man in der unberechtigten Nutzung eines fremden Immaterialgüterrechts und vergleichbarer Rechtspositionen einen Eingriff in den seinem Inhaber vorbehaltenen Zuweisungsgehalt, gelangt man über § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB ebenfalls zu einem Anspruch auf Herausgabe des rechtsgrundlos gezogenen Gewinns.

Der Wechsel ins Bereicherungsrecht hätte in beiden Fällen freilich eine unerwünschte Konsequenz: Da Kondiktionsansprüche kein Verschulden voraussetzen, sind sie kraft des Einwands der Entreicherung nach § 818 Abs. 3 BGB auf die beim Anspruchsgegner aktuell noch vorhandene Bereicherung beschränkt. Zwar kommt diese Begrenzung im praktischen Regelfall nicht zum Tragen, weil sich der abzuschöpfende Vorteil, selbst wenn er als solcher nicht mehr vorhanden sein sollte, im Vermögen des Schuldners doch zumindest in einer andauernden Ersparnis fortsetzt. Dennoch ist nicht hinnehmbar, einen Anspruch, der als Alternative zum Recht auf Ersatz des wirklich entstandenen Schadens gewährt werden soll, einer solchen Beschränkung zu unterwerfen.

Hinzu kommt, dass die Richtlinie zum Schutz des geistigen Eigentums und die ihr nachempfundenen Bestimmungen des nationalen Rechts eindeutig eine Zuordnung zum Schadensersatzrecht vorgeben. Art. 13 der Richtlinie spricht davon, dass der vom Verletzer erzielte Gewinn und die hypothetisch entrichtete Lizenzgebühr Momente sind, die von den Gerichten „bei der Festsetzung des Schadensersatzes“ zu berücksichtigen sind

oder diesen als Pauschalbetrag wiedergeben.¹¹ Und nach den einschlägigen Vorschriften des deutschen Rechts soll der Gewinn, der durch die Rechtsverletzung erlangt worden ist, ein Faktor bei der „Bemessung des Schadensersatzes“, die entgangene Lizenzgebühr ein Umstand sein, auf dessen „Grundlage“ der „Schadensersatzanspruch“ berechnet werden kann. Dies schließt jeweils aus, den Anspruch in Gestalt einer Kondiktion zu gewähren, die im seltenen, aber immerhin denkbaren Fall dem Einwand der Entreichung ausgesetzt ist.

3. Erklärung aus der Funktion des Schadensersatzrechts

Unternimmt man den Versuch, die beiden Ansprüche als Ausprägungen des Schadensersatzrechts zu deuten, liegt, wenn man sich nicht mit ihrer Anerkennung als Gewohnheitsrecht begnügen will, der Einsatz einer Vermutung nahe: Im Fall der hypothetischen Lizenzgebühr besteht sie in der Annahme, dass der Schädiger zur Vermeidung der Rechtsverletzung eine Lizenz eingeholt hätte, deren Vergütung der Rechtsinhaber nun fordern kann. Im Fall des vom Verletzer erzielten Gewinns ließe sich vielleicht unterstellen, dass der Geschädigte diesen selbst durch Nutzung seines Rechts erwirtschaftet hätte. In der Tat hat der Bundesgerichtshof diese zweite Hypothese schon als eine von der Lebenserfahrung gedeckte Erwägung bezeichnet. Und er hat hieraus sogar die konkrete Schlussfolgerung gezogen, dass ein Anspruch auf Auskehr des Verletzergewinns nicht in Betracht kommt, wenn auszuschließen ist, dass er in einer Wechselbeziehung zu den Einnahmen des Geschädigten steht, weil dieser im Ergebnis selbst von der Rechtsverletzung profitiert hat.¹²

Auch dieser Weg erweist sich freilich als Sackgasse. Soll die Identität von erzieltm und entgangenem Gewinn Gegenstand einer widerleglichen Vermutung sein, ist sie mit einem vergleichbaren Risiko wie die Gewährung eines Bereicherungsanspruchs verknüpft. Auch wenn der vom Schädiger zu erbringende Gegenbeweis selten gelingen mag, bedeutet er doch eine prinzipielle Beschränkung, der das Recht auf Ersatz des wirklich entstandenen Schadens gerade nicht unterliegt.¹³ Erklärt man die Vermutung

11 Dies betont für den Verletzergewinn auch *Alexander* (Fn. 3), S. 271, der in der Lizenzanalogie aber eine regelrechte Alternative zur Schadensberechnung erkennt.

12 BGH, Urteil vom 2. Februar 1995 – I ZR 16/93 („Objektive Schadensberechnung“, GRUR 1995, 349, 351).

13 *Raue* (Fn. 4), S. 390 ff. hält dies für hinnehmbar.

aber für unwiderleglich, ist ihr fiktiver Charakter offenbar¹⁴ und nicht mehr gewonnen als durch die Erklärung der dreifachen Schadensberechnung zum Gewohnheitsrecht.

Mehr zu versprechen scheint hingegen ein anderer Ansatz, der an die Eigenart der betroffenen Immaterialgüterrechte anknüpft: Der Bundesgerichtshof bescheinigt ihnen ein besonderes Schutzbedürfnis, weil sie im Gegensatz zu körperlichen Gegenständen leichter anfällig seien für eine Rechtsverletzung: Zum einen könne ihr Inhaber keine Vorkehrung gegen die Rechtsverletzung treffen oder diese nur schwer feststellen; zum anderen sei der hypothetische Geschehensablauf, zu dem es ohne die Rechtsverletzung gekommen wäre, meist kaum zu rekonstruieren.¹⁵ Will man hieraus auf die Zuständigkeit eines Anspruchs schließen, der nach herkömmlichen Methoden der Schadensermittlung nicht gegeben wäre, setzt man aber voraus, dass es einen solchen Anspruch unbedingt geben muss. Und der Grund hierfür kann wiederum nur jenseits des Kompensationsgedankens liegen, der so ja gerade vernachlässigt werden soll. Er muss, wie der Bundesgerichtshof auch schon ausdrücklich zugestanden hat, in dem Ziel einer „Sanktionierung des schädigenden Verhaltens“ zur „Prävention gegen eine Verletzung“ gesehen werden.¹⁶ Konkret geht es darum, einem Schädiger den Anreiz zu nehmen, auf die Schwierigkeiten beim Nachweis des angerichteten Schadens zu setzen und darauf zu vertrauen, den unter Ausbeutung des fremden Rechts erzielten Gewinn behalten zu dürfen.¹⁷

Obwohl der Bundesgerichtshof ungeachtet des Abschreckungsziels noch den „Ausgleichsgedanken“ am Werke sehen will,¹⁸ lässt man diesen mit der These vom generalpräventiven Zweck der Schadensberechnung doch in Wahrheit weit hinter sich. Natürlich lässt sich allen Normen des Schuldrechts die Wirkung zuschreiben, ein Leitbild für ordnungsgemäßes Verhalten der Rechtsunterworfenen zu geben und den eintretenden Rechtsfolgen insoweit eine präventive Wirkung entziehen. Dies ist aber im Regelfall lediglich ein Reflex der eigentlichen Funktion, für einen gerechten Ausgleich der materiellen Interessen der Beteiligten zu sorgen.¹⁹ Eine Ausnahme bilden bloß die Fälle, in denen ein in Geld nicht messba-

14 Von einer Fiktion spricht der BGH denn auch eigens in seinem Urteil von 19. Januar 1973 – I ZR 39/71 („Moderneuheit“), NJW 1973, 800, 802.

15 BGH, GRUR 1972, 189, 192.

16 BGH, GRUR 2001, 329, 331.

17 *Helms*, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem, Tübingen 2007, S. 280 f.

18 BGH, GRUR 1972, 189, 192. Ebenso *Helms* (Fn. 11), S. 279.

19 *Harke*, Allgemeines Schuldrecht, Berlin/Heidelberg 2010, Rn. 6.

rer Nachteil durch eine Verpflichtung zur Geldleistung sanktioniert wird. Hier erfolgt kein Ausgleich, sondern der Schädiger wird einer Buße unterzogen, die gleichermaßen präventiv wie repressiv wirkt: Die auferlegte Zahlung dient allein dazu, den Schädiger und andere potentielle Täter von einem vergleichbaren Verhalten abzuhalten; und das Opfer soll durch sie Genugtuung erfahren.

Angeordnet wird eine solche Leistung schon seit 1900 in Gestalt des Schmerzensgeldes. Zunächst auf die Deliktshaftung beschränkt, ist es seit der Reform des Schadensrechts von 2001 gemäß § 253 Abs. 2 BGB bei jeder Art von Haftung für die Verletzung von Körper, Gesundheit, Freiheit oder sexueller Selbstbestimmung zu zahlen. Der Bundesgerichtshof erkennt die Genugtuungsfunktion dieser Entschädigung sogar ausdrücklich an; und er macht ihre Höhe folgerichtig von den für eine Strafzumessung typischen Kriterien abhängig, indem er sich an dem Verschuldensgrad und der wirtschaftlichen Situation von Schädiger und Geschädigtem orientiert.²⁰ Er verschließt sich aber der unabweisbaren Konsequenz, dass es sich um eine Privatstrafe handelt,²¹ und spricht von einem „nicht notwendig pönalen, verfeinerten Sühnegedanken“.²²

Selbst wenn man sich mit diesem begrifflichen Scheinkompromiss begnügen will, kommt man nicht um eine Ausdehnung des zugrundeliegenden Rechtsgedankens auf die Fälle einer Persönlichkeitsverletzung umhin: Auch ohne den später üblichen Rekurs auf das Grundgesetz²³ konnte der Bundesgerichtshof die Haftung hier von Anfang an überzeugend aus der gesetzlichen Regelung des Schmerzensgeldes herleiten.²⁴ Denn es kann für die Sanktion eines zugefügten immateriellen Nachteils keine Rolle spielen, ob das Opfer körperlich oder psychisch betroffen ist.²⁵ Und ebenso wie beim eigentlichen Schmerzensgeld lässt sich die Rechtsprechung bei der Bemessung der Entschädigung richtigerweise sowohl von dem Zweck, für Genugtuung zu sorgen, als auch von der präventiven Wirkung der Sank-

20 BGH, Beschluss vom 6. Juli 1955 – GSZ 1/55, BGHZ 18, 149, 155 ff.

21 Harke (Fn. 19), Rn. 329. Offen für die Annahme einer Straffunktion ist auch Alexander (Fn. 3), S. 151, der allerdings den Begriff der Strafe auf die Prävention verengen möchte.

22 BGH, Urteil vom 16. Dezember 1975 – VI ZR 175/74, NJW 1976, 1147, 1148.

23 Zu finden seit BGH, Urteil vom 19. September 1961 – VI ZR 259/60 („Wunderwurzel“), GRUR 1962, 105, 106 f.

24 BGH, Urteil vom 25. Mai 1954 – I ZR 211/53, NJW 1954, 1404, 1405, Urteil vom 14. Februar 1958 – I ZR 151/56 („Herrenreiter“), NJW 1958, 827, 829 f.

25 Harke (Fn. 19), Rn. 332.

tion leiten.²⁶ Der hier wirksame Gedanke einer Gleichbehandlung von Vermögensschäden und immateriellen Nachteilen lässt sich noch weiter fruchtbar machen, indem man ihn etwa auf eine Entschädigung für die Beeinträchtigung in der Nutzung einer Sache gewährt.²⁷ Hier soll nämlich die Sparsamkeit des Geschädigten, die einen eigentlich in Geld messbaren Schaden zu einem immateriellen Nachteil macht, nicht zum Vorteil des Schädigers ausfallen.²⁸

Keinen Vergleich zur Entschädigung für nicht vermögensrelevante Beeinträchtigungen hält hingegen die Verletzung eines Immaterialgüterrechts aus. Hier ist nicht nur die Rechtsfolge, sondern auch schon das so befriedigte Interesse rein materieller Natur. Der Rechtsgedanke von § 253 Abs. 2, wonach immaterielle Nachteile unter bestimmten Umständen den Vermögensschäden gleichgestellt werden können, verfängt daher keinesfalls. Die rechtswidrige Nutzung eines Immaterialgüterrechts unterscheidet sich in dieser Hinsicht nicht von der Ausbeute einer fremden Sache, bei der auch niemand erwägt, ob aus Gründen der Generalprävention eine Entschädigung gewährt werden soll.

Lässt sich dem BGB kein Auftrag zur Sanktion einer Rechtsverletzung ohne Schaden entnehmen, ergibt er sich auch nicht aus den Spezialgesetzen, die eine Ermittlung des Schadens auf dreifache Art vorschreiben. Dies gilt sowohl für deren Wortlaut, der sich auf die Anordnung einer Schadensersatzpflicht und die Modalitäten ihrer Bestimmung beschränkt, als auch für die Absicht des Gesetzgebers. Zwar sollen die in der Richtlinie 2004/48/EG vorgesehenen Rechtsbehelfe einschließlich des Schadensersatzanspruchs nach ihrem Art. 3 Abs. 2 „abschreckend“ sein. Hierbei handelt es sich jedoch um kein Spezifikum des geistigen Eigentums. Als Teil der regelmäßig vorkommenden Trias „wirksam, abschreckend und verhältnismäßig“ beschreibt die präventive Funktion hier lediglich einen Aspekt der Effektivität richtliniengerechter Maßnahmen, wie sie beispielsweise auch die Richtlinie über Verbraucherrechte (2011/83/EU) in ihrem Art. 24 Abs. 1 fordert. Dementsprechend stellt auch die 26. Begründungserwägung der Richtlinie zum Schutz des geistigen Eigentums klar, dass keineswegs die „Verpflichtung zu einem als Strafe angelegten Schadensersatz, sondern eine Ausgleichsentschädigung“ angestrebt ist. Die generalpräventive Wirkung der Haftung soll danach nicht über diejenige hinausgehen,

26 BGH, GRUR 1962, 105, 106 f., Urteil vom 15. November 1994 – VI ZR 56/94 („Caroline von Monaco“), NJW 1995, 861, 865.

27 Grundlegend BGH, Beschluss vom 09. Juli 1986 – GSZ 1/86, NJW 1987, 50 ff.

28 Harke (Fn. 19), Rn. 334.

die auch mit jeder gewöhnlichen schuldrechtlichen Regelung verbunden ist. Sie rechtfertigt keine besondere Behandlung der Schadensersatzpflicht wegen des Eingriffs in ein Immaterialgüterrecht.

III. Die vier Begründungsansätze der *Ariston*-Entscheidung

Ist die Suche nach einer tragfähigen Begründung für die dreifache Schadensberechnung im Immaterialgüterrecht bislang erfolglos verlaufen, hilft vielleicht ein Blick auf ihre Ursprünge. Die bisherige Rechtsprechung und indirekt auch die geltende Gesetzgebung sind immer noch geprägt von einer Grundsatzentscheidung, die das Reichsgericht im Jahre 1895 getroffen hat.²⁹ Sie gilt dem unerlaubten Nachdruck von Musikstücken für eine Drehorgel, deren Name ‚Ariston‘ auch zur Bezeichnung des Urteils geworden ist. Beurteilungsgrundlage ist das Urheberrechtsgesetz des Norddeutschen Bundes von 1870³⁰. Auf seiner Basis entwickelt das Reichsgericht nicht nur die dreifache Art der Schadensberechnung,³¹ sondern auch einen Gutteil der Argumentation, mit der sie bis heute gerechtfertigt wird. Es sind insgesamt vier Begründungsansätze, die in der späteren Judikatur zum Teil bloß wiederholt, zum Teil auch fortgeführt werden. Interessanterweise sind die einzigen Erwägungen, die im konkreten Fall wirklich tragfähig waren, später nicht mehr aufgegriffen worden.

1. Die Wahlfeststellung des schädigenden Ereignisses

a) Die Theorie des Reichsgerichts

Den größten Raum nimmt in der Beweisführung des Reichsgerichts die Bestimmung des Haftungsgrundes ein, aus dem sich die von § 18 des einschlägigen Urheberrechtsgesetzes angeordnete ‚Entschädigung‘ des Urhe-

29 RG, Urteil vom 8. Juni 1895 – I 13/95, RGZ 35, 63.

30 Gesetz betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildungen, musikalischen Kompositionen und dramatischen Werken vom 11. Juni 1870, BGBl. 1870, Nr. 19, S. 339.

31 Zu Vorläufern im preußischen Recht *Ernicke*, Die dreifache Schadensberechnung. Entstehung – Etablierung – Expansion, Tübingen 2020, S. 121 ff. – Dass *Josef Kohler*, Autorrechtliche Studien, AcP 85 (1896), 339, 455 ff. zu Unrecht die Urheberschaft für die neue Art und Weise der Schadensberechnung reklamiert, zeigt *Ernicke* a. a. O., S. 314 ff.

bers ergeben soll. Als maßgeblichen Schaden definiert das Gericht jeglichen Vermögensnachteil einschließlich des entgangenen Gewinns und stellt fest, dass seine Bestimmung im Einzelfall davon abhängen, worin die Schadensursache liege. Hier gesteht es dem Urheber, der durch einen unerlaubten Nachdruck geschädigt ist, eine Auswahl zu. Es komme darauf an, „was er ... als das schädigende Ereignis ansieht.“³² Deshalb soll er entscheiden können, ob er das Vorgehen des Rechtsverletzers gänzlich ablehnt oder sich dagegen wendet, dass er ohne seine Genehmigung gehandelt hat, oder bloß nicht hinnehmen will, dass die Ausbeute seines Urheberrechts nicht zum eigenen Vorteil ausgefallen ist:

Nur in dem Fall, dass der Urheber den Eingriff in sein Recht völlig missbilligt, soll der Schaden in der Differenz zwischen der tatsächlichen Lage seines Vermögens und dem Zustand liegen, in dem es sich befände, wenn der Schädiger das verletzte Recht unberührt gelassen hätte. Anders verhalte es sich, wenn der Urheber die Ausbeute seines Rechts zwar hinnehme, aber bemängele, dass sie ohne seine Genehmigung oder nicht zum eigenen Nutzen stattgefunden habe. In der zuerst genannten Konstellation ergebe sich sein Schaden aus dem Vergleich mit der Situation, zu der es gekommen wäre, wenn der Rechtsverletzer mit Zustimmung des Urhebers gehandelt hätte. Dann hätte dieser eine Lizenzgebühr erhalten, die ihm durch das eigenmächtige Vorgehen des Schädigers entgangen ist.³³ Das Reichsgericht erkennt zwar, dass dieser geltend machen könnte, er hätte sich überhaupt nicht um die Erteilung einer Lizenz bemüht, und dass diese Einstellung in gewisser Weise sogar durch die Rechtsverletzung selbst dokumentiert wird. Dies als ein Argument gegen den Geschädigten zu wenden, hält das Gericht jedoch einen ‚Trugschluss‘: Wer rechtswidrig gehandelt hat, könne sich nicht gegen die Unterstellung auflehnen, er hätte im hypothetischen Fall rechtmäßig gehandelt; und dann hätte er eben eine angemessene Gebühr an den Rechtsinhaber zahlen müssen.³⁴

Um den vom Rechtsverletzer erzielten Gewinn abzuschöpfen, könne sich der Geschädigte auch noch „auf einen dritten Standpunkt stellen“. Hierbei akzeptiere er sowohl den Eingriff in sein Recht als auch, dass dieser ohne Genehmigung und damit rechtswidrig erfolgt ist. Sogar unter diesen Umständen brauche er aber „nicht gelten zu lassen“, dass der Schädiger zu seinem eigenen und nicht zum Vorteil des Urhebers gehandelt habe. Das haftungsauslösende Ereignis bestehe dann darin, dass sich der

32 RGZ 35, 63, 67.

33 RGZ 35, 63, 67 f.

34 RGZ 35, 63, 68.

Rechtsverletzer die Früchte des geistigen Eigentums angeeignet habe und „behalten“ wolle, obwohl er mittlerweile erkannt habe, dass er „sich ohne Recht aus fremdem Gut bereichert“ hat.³⁵ Die Konsequenz ist aus Sicht des Reichsgerichts ein Anspruch auf Herausgabe des vom Schädiger mit der Rechtsverletzung erzielten Gewinnes.

b) *Der gedankliche Fehler*

Die Schwäche dieser aufwändigen Argumentation ist nicht leicht auszumachen. Sie betrifft lediglich eine der beiden alternativen Berechnungsmethoden und liegt in der Grundannahme, die Bestimmung von Haftungsgrund und Schaden hänge von einer nachträglich zu treffenden Entscheidung des Geschädigten ab. Hält man sich an die Differenzbetrachtung, von der auch das Reichsgericht ausgeht, kann es nicht darauf ankommen, was der Inhaber des verletzten Rechts im Nachhinein „gelten lassen“ will. Maßgeblich ist vielmehr allein, wie sich der Fall entwickelt hätte, wenn die Rechtsverletzung unterblieben wäre.

Bei dieser hypothetischen Betrachtung ist allerdings durchaus Raum für Annahmen, die sich aus der späteren Einstellung der Parteien ergeben können. Denn das haftungsbegründende Verhalten kann auf zweierlei Weise hinweggedacht werden: Zum einen kann man davon ausgehen, der Schädiger hätte von jeglicher Nutzung des verletzten Rechts abgesehen. Zum anderen kann man unterstellen, er hätte bloß von der Rechtsverletzung abgesehen, indem er eine Lizenz des Rechtsinhabers eingeholt und diese in Form einer angemessenen Lizenzgebühr vergütet hätte.³⁶ Zwar bestehen diese beiden Möglichkeiten eigentlich nicht nebeneinander, sondern der Fall hätte sich unabhängig von der späteren Einstellung des Urhebers in einer dieser beiden Varianten entwickelt. Die Rekonstruktion des hypothetischen Geschehensablaufs ist jedoch gewöhnlich mit zu großen Unsicherheiten behaftet, als dass man sich in dem Punkt klar festlegen könnte. Folglich kommt der späteren Erklärung des Rechtsinhabers über

35 RGZ 35, 63, 70.

36 Dies übersieht *Ernicke* (Fn. 31), S. 297 ff., die glaubt, das Reichsgericht kehre hier die Differenzhypothese um, indem es, statt das haftungsauslösende Verhalten hinwegzudenken, einen Umstand hinzunehme. Das rechtswidrige Verhalten des Schädigers lässt sich sowohl in einem Handeln als auch in einem Unterlassen erkennen. Folglich kann man auch das rechtmäßige Alternativverhalten in einem Unterlassen (des Nachdrucks) oder positivem Handeln (Einholung einer Lizenz) sehen.

seine Einstellung zum möglichen Abschluss eines Lizenzvertrags sehr wohl maßgebliche Bedeutung zu. Er darf zwar nicht jetzt entscheiden, was er „gelten lassen“ will. Durch seine Angaben zu seinem hypothetischen Verhalten steuert er aber doch die gerichtliche Beurteilung: Behauptet er, es wäre von seiner Seite durchaus zur Vergabe einer Lizenz gekommen, und dokumentiert er dies durch die Forderung der Lizenzgebühr, kann sich der Schädiger hiergegen nur mit dem äußerst frivolen Argument verteidigen, er habe keinesfalls rechtmäßig handeln und die Rechtsverletzung unter allen Umständen begehen wollen. Wie das Reichsgericht ganz recht feststellt, kann er damit im Prozess schwerlich Gehör finden. Der Anspruch auf eine angemessene Lizenzgebühr ist damit völlig von dem Beurteilungsspielraum gedeckt, der einem Gericht bei der Differenzbetrachtung eröffnet ist.³⁷

Ist der Einfluss des Rechtsinhabers auf die Rekonstruktion des hypothetischen Kausalverlaufs der richtige Kern der Theorie des Reichsgerichts, hat es diesen aber dadurch überreizt, dass es von einer regelrechten Wahlbefugnis des Geschädigten ausgeht. Erst dieser ‚Trugschluss‘ ebnet den Weg zu der dritten Art der Schadensberechnung. Sie knüpft an die Annahme an, der Schädiger hätte in Vermeidung des Haftungsgrundes zwar ohne Zustimmung des Rechtsinhabers, aber für dessen Rechnung gehandelt. Eine solche Unterstellung überschreitet in fast jedem Fall die Grenzen, die der Beurteilung der hypothetischen Entwicklung gesetzt sind. Denn sie setzt voraus, dass der Schädiger, um keine Rechtsverletzung zu begehen, sich gerade nicht für die naheliegende Handlungsalternativen entschieden hätte, von einem Eingriff gänzlich abzusehen oder eine Lizenz zu erbitten. Stattdessen müsste er den Plan gefasst haben, die Rechtsverletzung heimlich und ohne Konsultation des Rechtsinhabers dadurch wettzumachen, dass er diesem den gesamten hierdurch erzielten Gewinn zugutekommen lassen wollte. Im Gegensatz zur Unterstellung eines hypothetisch abgeschlossenen Lizenzvertrags widerstreitet eine solche Annahme jeglicher Lebenserfahrung und ist allenfalls in ganz besonderen Situationen gerechtfertigt, in denen der Rechtsverletzer sich von vornherein darauf einstellt, seinen Gewinn herausgeben zu müssen.³⁸

Der Anspruch auf Gewinnauskehr erweist sich damit als der eigentliche Denkfehler, zu dem sich das Reichsgericht infolge einer Überstei-

37 Anders *Ernicke* (Fn. 31), S. 299, die in dieser Berechnungsweise einen verdeckten Bereicherungsanspruch ausmacht.

38 Entgegen *Ernicke* (Fn. 31), S. 301 erkennt das Reichsgericht aber keinesfalls „ausdrücklich“ an, dass es einen schadensunabhängigen Gewinnherausgabeanspruch schafft.

gerung der Steuerungsmöglichkeiten des Rechtsinhabers bei der Sachverhaltsrekonstruktion hat verleiten lassen. Während der Anspruch auf die entgangene Lizenzgebühr seine Grundlage in der im Regelfall durchaus berechtigten Unterstellung eines hypothetisch abgeschlossenen Lizenzvertrags findet, bietet die Differenzbeurteilung kaum je Anhalt für die Unterstellung, der Rechtsverletzer wäre uneigennützig für den Rechtsinhaber tätig geworden. Indem das Reichsgericht ihn in dieser Rolle sogar als ‚Geschäftsführer‘ bezeichnet,³⁹ nimmt es künftige Entscheidungen vorweg, die den Anspruch auf Gewinnherausgabe in die Nähe der Geschäftsbesorgung ohne Auftrag rücken. Angelegt ist dieser Schritt schon in der Annahme einer nachträglichen Wahlbefugnis des Rechtsinhabers. Denn sie kennzeichnet auch und gerade die Position eines Geschäftsherrn, der sich entscheiden kann, ob und in welchem Maße er die auftragslose Geschäftsführung genehmigen will.

c) Umschwenken zur Geschäftsführung ohne Auftrag

Es verwundert daher nicht, dass in der nachfolgenden Judikatur des Reichsgerichts die Lehre von den ‚drei Standpunkten‘, die der Geschädigte einnehmen kann, bald verblasst. Das Gericht verweist auf sie noch mit Nachdruck in einem Urteil von 1898 zu einer Haftung wegen Patentverletzung.⁴⁰ Und in einer weiteren patentrechtlichen Entscheidung von 1900 erklärt es, der vom Verletzer gezogene Gewinn falle unter den Begriff des Schadens.⁴¹ Schon in einem Urteil von 1909, das wiederum dem Patentschutz gilt, zitiert es die im *Ariston-Urteil* verteidigte Gewinnhaftung aber schon wie später der Bundesgerichtshof als das Produkt einer ‚Analogie der Geschäftsführung‘;⁴² und es nutzt diese nun dergestalt aus, dass es den Anspruch auf Auskehr des erzielten Gewinns um ein Auskunftsrecht ergänzt, mit dem sich der Rechtsinhaber einen Überblick über den Umfang seines Anspruchs verschaffen kann.⁴³ Dass das zwischenzeitlich in Kraft ge-

39 RGZ 35, 63, 71.

40 RG, Urteil vom 31. Dezember 1898 – I 360/98 („Vergärung von Maische“), RGZ 43, 56, 58 f. – Entgegen *Ernicke* (Fn. 31), S. 309 kann man auch für diese Entscheidung nicht behaupten, das Reichsgericht erkläre den Anspruch auf den Verletzergewinn regelrecht zu einem solchen aus Geschäftsführung ohne Auftrag.

41 RG, Urteil vom 7. März 1900 – I 459/99, RGZ 46, 14, 17 f.

42 RG, Urteil vom 3. Februar 1909 – I 99/08, RGZ 70, 249, 250.

43 Vgl. auch das Urteil vom 4. Mai 1923 – II 310/22, RGZ 108, 1, 5 ff. Das Reichsgericht führt hier in einem *obiter dictum* den Auskunftsanspruch im Urheber- und

tretenen BGB einen solchen Anspruch gemäß seinen §§ 687 Abs. 2, 681 S. 2, 666 nur noch in dem Fall gewährt, dass jemand vorsätzlich ein fremdes Geschäft im eigenen Interesse geführt hat, erkennt das Gericht dabei durchaus als Problem an. Es versucht ihm mit dem Argument zu begegnen, dass die Vorschriften des BGB über die Geschäftsanmaßung eben nicht direkt, sondern nur in „Ausbildung des patentrechtlichen Begriffs der Entschädigung“ zur Anwendung kommen.⁴⁴ So sind die Rechtsfolgen der Geschäftsanmaßung von ihrer Wurzel im BGB gekappt und in das Patentrecht verpflanzt, wo sie dessen Gesetzmäßigkeiten unterworfen sind. Die Beschränkung auf ein vorsätzliches Verhalten des Geschäftsbesorgers kann hier aus Sicht des Reichsgerichts deshalb keine Rolle mehr spielen, weil der maßgebliche Haftungstatbestand in § 35 des Patentgesetzes vom 7. April 1891 eine Haftung nicht nur bei Vorsatz, sondern auch bei grob fahrlässigem Verhalten des Patentverletzers statuiert.⁴⁵

2. Der Vergleich zum Eigentum

Ein zweiter Argumentationsstrang im *Ariston-Urteil* ist eng mit der Theorie von der Wahlfeststellung des Haftungsgrundes verwoben: Indem das Reichsgericht zur Begründung des Anspruchs auf Auskehr des durch die Rechtsverletzung erzielten Gewinns davon spricht, dass sich der Schädiger die Früchte des geistigen Rechts angeeignet habe und diese nun behalten wolle, insinuiert es, der herauszugebende Gewinn gebühre schon dem Rechtsinhaber. Denn nur in diesem Fall kann das schädigende Ereignis gerade darin bestehen, dass er von dem Rechtsverletzer nicht herausgegeben wird, und der gehörige Schadensersatz muss in seiner Auskehr bestehen.

Das Reichsgericht greift diesen Gedanken im weiteren Verlauf seiner Erörterung wieder auf, indem es die Verwertung des Urheberrechts der Veräußerung einer marktgängigen Sache gegenüberstellt: So wie hier ein Gewinn aus der Sache selbst gezogen werde, erlange derjenige, der ein Immaterialgüterrecht verwerte, durch den Erlös ein Produkt, in dem sich die Rechtsausübung niederschlage. Man dürfe sich nicht davon verwirren lassen, dass das geistige Eigentum noch in anderer Weise genutzt werden könne, und hieraus schließen, dass seinem Inhaber nichts entzogen werde.

Patentrecht auf die Analogie zur Geschäftsanmaßung zurück, will diese aber nicht bei Warenkennzeichnungen zum Zuge kommen lassen und leitet die Auskunftspflicht des Verletzers aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ab.

44 RGZ 70, 249, 251.

45 RGZ 70, 249, 252.

Da ihm der Gewinn selbst zustehe, erleide er auch dann einen Nachteil, wenn er ihn selbst nicht hätte erzielen können.⁴⁶ Ein anderer Senat des Reichsgerichts kleidet diese Überlegung in einem *obiter dictum* von 1923 in die Worte, dass der unter Verletzung eines Schutzrechts hergestellte Gegenstand eine „Verkörperung“ des geschützten Gedankens darstelle.⁴⁷

Sieht man in dem Gewinn, der durch die Verwertung eines Rechts erzielt wird, ein Objekt, das seinem Inhaber gleichsam wie Eigentum zugeordnet ist, lässt sich der Anspruch auf Gewinnherausgabe zwanglos ableiten. Da die haftungsbegründende Handlung in diesem Fall in der Vorenthaltung des Gewinns liegt, kann Schadensersatz in Gestalt seiner Herausgabe verlangt werden. Was bei dieser Betrachtung ausgeblendet bleibt, ist, dass sich das Eigentum an einer Sache, von den sowohl im römischen als auch im geltenden Recht seltenen Ausnahmefällen einer dinglichen Surrogation abgesehen, gerade nicht in einem Erlös fortsetzt, den der Schädiger im Austausch für die Sache oder ihre zeitweise Überlassung erlangt. Weder der Preis, den er bei ihrem Verkauf einnimmt, noch der Mietzins, den er durch ihre Vermietung erzielt, fallen automatisch dem Sacheigentümer zu. Dieser ist vielmehr, sofern nicht die Regeln des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses eingreifen, auf Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung oder Geschäftsführung ohne Auftrag angewiesen, um ihre Auskehr zu erwirken.

Versagt der Gedanke einer ‚Verkörperung‘ des Rechts in einem Produkt schon beim Eigentum als dem Vorbild für die Beurteilung der Ausbeute eines Immaterialgüterrechts, lässt sich für dieses auch keine Verpflichtung zur Gewinnherausgabe im Rahmen des Schadensersatzrechts herleiten. Es überrascht denn auch nicht, dass das Reichsgericht die Idee der Rechtsfortwirkung in seiner Entscheidung von 1923 ausdrücklich mit einem Zitat von Normen über die Geschäftsanmaßung verbindet. Nur durch sie und vergleichbare schuldrechtliche Instrumente kann eine Zuordnung des Gewinns zum Rechtsinhaber erreicht werden. Der Gedanke spielt in der weiteren Diskussion folglich auch keine Rolle mehr. Ja, er wird geradezu umgekehrt, indem statt der Ähnlichkeit gerade der Unterschied zum Eigentum betont wird, der eine besondere Behandlung der Immaterialgüterrechte rechtfertigen soll.

46 RGZ 35, 63, 74.

47 RGZ 108, 1, 5 f.

3. Das römische Recht

Ein weiterer Begründungsansatz, der nach Inkrafttreten des BGB zwangsläufig fallengelassen werden musste, ist der Rekurs auf römische Rechtsquellen. Im Ariston-Urteil bedient sich das Reichsgericht seiner noch differenziert. Es stellt zunächst fest, dass die „Bestimmungen des bürgerlichen Rechts“, also die Grundsätze des Gemeinen Rechts, durchaus in Ergänzung des Urheberrechtsgesetzes von 1870 zur Anwendung kommen können.⁴⁸ Dann verweist das Gericht auf die sogenannten prätorischen Deliktsklagen, die in der Tat eine gewisse Ähnlichkeit zu dem vom Urheberrechtsgesetz gewährten Anspruch haben.⁴⁹ Schließlich führt das Reichsgericht eine Reihe von Texten an, die Beweis dafür erbringen sollen, dass eine Gewinnherausgabe, wenn sie nach römischem Recht geschuldet war, stets die gesamte beim Schuldner eingetretene Bereicherung einschließe.⁵⁰

Wie das Reichsgericht nicht verschweigt, beziehen sich die einschlägigen Aussagen zur Gewinnhaftung zumeist nicht auf Schadensersatzansprüche. Stattdessen betreffen sie vor allem Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung und Geschäftsführung ohne Auftrag, die sich aus dem Verkauf einer fremden Sache ergeben. Sie verpflichtete den Veräußerer nach Gemeinem Recht entweder mit der Kondiktion, weil er in das Eigentum eines anderen eingegriffen hatte,⁵¹ oder mit Geschäftsführungsklage, der *actio negotiorum gestorum*, weil er mit dem Verkauf das Geschäft des Eigentümers geführt hatte und der Tatbestand der Geschäftsanmaßung keineswegs auf ein vorsätzliches Handeln beschränkt war⁵². Anspruchsziel war jeweils der vereinnahmte Kaufpreis.

Außerdem erwähnt das Reichsgericht noch die Bereicherungshaftung im Rahmen der *rei vindicatio*⁵³ und der Erbschaftsklage⁵⁴ sowie schließlich die Verpflichtung eines Entleihers zur Herausgabe des Gewinns, den er durch unerlaubte Vermietung der ihm unentgeltlich überlassenen Sache gezogen hat.⁵⁵ Im einen Fall haben wir es, modern gesprochen, mit einer

48 RGZ 35, 63, 71 f.

49 S. u. unter 4.

50 RGZ 35, 63, 71 f.

51 D 12.1.23 Afr 2 quaest (hierzu etwa Harke, Das klassische römische Kondiktionensystem, IVRA 54 (2003) 49, 81 ff.), CJ 4.51.1 (Kaiser Alexander Severus vom 8. Juli 224).

52 D 3.5.48 Afr 8 quaest (hierzu Harke, Geschäftsführung und Bereicherung, Berlin 2007, S. 30 ff.), CJ 3.32.3.1 (Kaiser Alexander Severus vom 30. Oktober 222).

53 D 6.1.17 Ulp 16 ed.

54 D 5.3.22 Paul 20 ed.

55 D 13.6.13.1 Pomp 11 Sab.

Konstellation des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses und der entsprechenden Beziehung zwischen einem Erben und Erbschaftsbesitzer, im zweiten mit einer vertraglichen Haftung zu tun.

Obwohl keiner dieser Ansprüche einen Vergleich mit dem Schadensersatzanspruch aushält, der sich aus der Verletzung geistigen Eigentums ergibt, zitiert das Reichsgericht die einschlägigen Texte in der patentrechtlichen Entscheidung von 1898 bereits zum Beweis eines Satzes, der sich durchaus auch hierauf münzen lässt. Er lautet, dass sich der Begriff einer Bereicherung nicht auf den Gewinn beschränkt, den der Berechtigte selbst hätte ziehen können.⁵⁶ Damit ist eine Regel gefunden, die Schadensersatz, Bereicherungshaftung und Geschäftsführung ohne Auftrag integriert und ihre Grenzen völlig verschwimmen lässt. Fortleben kann dieser Gedanke, nachdem das römische Recht seine Geltung eingebüßt hat, nur noch in Gestalt eines Analogieschlusses zur Geschäftsanmaßung, in dem auch die Theorie des Reichsgerichts von der Wahlfeststellung des schädigenden Ereignisses aufgegangen ist.

4. Die ergänzenden Bereicherungsklagen

a) Das Gemeine Recht

Nicht mit dem Außerkrafttreten des römischen Rechts erledigt hat sich eine andere Erwägung, die das Reichsgericht in der Ariston-Entscheidung unter Hinweis auf die prätorischen Deliktssklagen anstellt. Denn sie hat einen unmittelbaren Bezug zum Urheberrechtsgesetz von 1870 und sogar noch zum BGB. Durch ein Zitat der einschlägigen Quellen⁵⁷ beruft sich das Reichsgericht auf vier verschiedene Klagen, namentlich die gegen Gläubigerbenachteiligung gerichtete *actio Pauliana*, die heute in der Anfechtung nach dem AnfG und der InsO weiterlebt,⁵⁸ dann die Klage gegen einen *calumniator*, der gegen Geld eine schikanöse Klage erhoben hat,⁵⁹ ferner das *interdictum unde vi*, das die Besitzentziehung im Fall eines Grundstücks sanktioniert, sowie schließlich die *actio de dolo*, Vorläufer des heutigen Anspruchs wegen sittenwidriger Schädigung aus § 826 BGB. In allen diesen Fällen war der Hauptanspruch auf Ausgleich des rechtswidrig

56 RGZ 43, 56, 59 f.

57 RGZ 35, 63, 72.

58 Hierauf bezieht sich das Zitat von D 42.8.10.24 Ulp 73 ed.

59 Dieser Klage gilt der vom Reichsgericht genannte Text D 3.6.5pr Ulp 10 ed.

herbeigeführten Schadens von einem Bereicherungsanspruch begleitet, der hilfsweise bei Unzuständigkeit der Schadensersatzklage eingriff.⁶⁰ Bei der Klage wegen schikanöser Prozessführung richtete er sich gegen den Erben des Schädigers, dem selbst kein Tatvorwurf gemacht werden konnte; bei den drei anderen Ansprüchen griff die Bereicherungsklage nach Ablauf der Jahresfrist ein, die zum Wegfall des Schadensersatzrechts führte.

b) *Urheberrechtsgesetz und BGB*

Beide Modelle haben Nachfolger im BGB und im Urheberrechtsgesetz von 1870: Nach der Vorschrift des § 852 S. 1 BGB, die seit 1900 bis zur Schuldrechtsreform als § 852 Abs. 2 oder 3 BGB a. F. galt, ist ein deliktsrechtlich verantwortlicher Schädiger auch nach Eintritt der Verjährung des Schadensersatzanspruchs zur Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verpflichtet. Und gemäß § 18 Abs. 5 des Urheberrechtsgesetzes von 1870 haftete derjenige, der einen Nachdruck ohne Verschulden vorgenommen und daher nicht nach Abs. 1 der Bestimmung zu vollem Schadensersatz verpflichtet war, „dem Urheber oder dessen Rechtsnachfolger für den entstandenen Schaden nur bis zur Höhe seiner Bereicherung“.

Die nach Gemeinem Recht eröffneten Bereicherungsklagen nennt das Reichsgericht ein „Residuum des schlechthin auf Schadensersatz gerichteten Anspruchs“, das zweifellos auf Herausgabe des vollen Gewinns gerichtet sei.⁶¹ So unterstützt das Gericht einen auch anhand des Textes des Urheberrechtsgesetzes gezogenen Schluss *a maiore ad minus*: Kann der Inhaber des verletzten Rechts schon von einem schuldlos handelnden Täter die Herausgabe der erlangten Bereicherung verlangen, muss er dies erst recht von einem Täter fordern können, der sich den Vorwurf des Vorsatzes oder der Fahrlässigkeit gefallen lassen muss. Man dürfe dem Gesetzgeber nicht unterstellen, er habe den Bereicherungsanspruch nur für den Fall fehlenden Verschuldens vorgesehen. Stattdessen habe er mit der Regelung klarstellen wollen, dass der Urheber stets die Auskehr der Bereicherung verlangen könne, während nur im Fall einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Rechtsverletzung auch ein hiervon unabhängiger Schadensersatz geschuldet werde.⁶²

60 Beide Klagen werden in D 44.7.35 behandelt, worauf das Reichsgericht ebenfalls verweist.

61 RGZ 35, 63, 72.

62 RGZ 35, 63, 66.

Mit dieser Argumentation stellt das Reichsgericht die gesetzgeberische Absicht geradezu auf den Kopf: Wenn § 18 Abs. 5 des Urheberrechtsgesetzes von 1870 eine Haftung „für den entstandenen Schaden“ bis zur Höhe der eingetretenen Bereicherung vorsieht, ist damit eindeutig zum Ausdruck gebracht, was auch schon für die prätorischen Deliktsklagen des römischen Rechts galt: Die Bereicherungsansprüche sollen lediglich in Ergänzung zu den Hauptklagen auf Schadensersatz und damit ebenso wie diese nur in dem Fall gewährt werden, dass dem Opfer der Tat überhaupt ein Schaden entstanden ist.⁶³ Die Bereicherung des ohne sein Verschulden oder zu spät in Anspruch genommenen Schuldners ist nicht der Gegenstand des Anspruchs, sondern beschreibt lediglich die Grenze, bis zu der Schadensersatz zu leisten ist. Dementsprechend wird die auszukehrende Bereicherung in der Begründung des Urheberrechtsgesetzes von 1870 auch sogar als ein *minus* gegenüber dem „vollen Ersatze des Schadens“ genannt.⁶⁴

c) *Eine zeitlose Rechtsanalogie*

Selbst wenn sie die Absicht des Gesetzgebers verfehlt und schwerlich als gehörige Auslegung der maßgeblichen Vorschriften gelten kann, hat die Argumentation des Reichsgerichts aber doch etwas für sich. Denn sie deckt einen Wertungswiderspruch im Regelungsgefüge auf. Dem Bereicherungsanspruch gegen einen schuldlosen oder verspätet belangten Anspruchsgegner liegt die Erwägung zugrunde, dass der infolge eines rechtswidrigen Verhaltens erzielte Gewinn eher dem Anspruchsteller als seinem zufälligen Inhaber gebührt. Diese Überlegung ist unabhängig davon, ob und in welcher Höhe der Geschädigte einen Vermögensnachteil erlitten hat. Denn sie knüpft nicht an den angerichteten Schaden, sondern an den Haftungstatbestand, an, der eine Bereicherung des Verletzers oder seines Rechtsnachfolgers ungerecht erscheinen lässt. Folglich liegt nahe, sich über den unvollständig gebildeten Willen des Gesetzgebers hinwegzusetzen und die Regelung in der vom Reichsgericht vorgeschlagenen Weise fortzubilden. Die Haftung wegen Rechtsverletzung ist dann stets von einem Anspruch auf Abschöpfung der eingetretenen Bereicherung ergänzt, ohne dass hierfür auf das Kondiktionsrecht zurückgegriffen werden müsste. Dies ist zwar strenggenommen keine Art der ‚Schadensberech-

63 Vgl. *Ernicke* (Fn. 31), S. 158 f.

64 Reichstagsprotokolle 1867/70, Bd. 12, S. 135.

nung', sondern eher ein eigenständiger Bereicherungsanspruch. In der Zuweisung zum Schadensersatzrecht kann man jedoch eine Chiffre dafür erkennen, dass die Bereicherungshaftung untrennbar mit der Schadensersatzpflicht verknüpft ist und nicht die Schwächen einer Kondiktion teilt.

Als Grundlage für diese Rechtsfortbildung konnte das Reichsgericht durchaus zu Recht auf die von ihm bemühten Bestimmungen des ‚bürgerlichen Rechts‘ zurückgreifen. Selbst wenn seine Anwendung des Urheberrechtsgesetzes nicht dem Willen von dessen Urhebern entsprach, hätte es doch auf eine Rechtsanalogie setzen können, die an die Tatbestände der Bereicherungshaftung bei den prätorischen Deliktsklagen anknüpfte. Ihnen lässt sich ein allgemeiner und übergreifender Rechtsgedanke entnehmen, der eine Rechtsfortbildung auch im Fall des Urheberrechts zu tragen vermag.

Diese Rechtsfortbildung ist keineswegs auf das Urheberrechtsgesetz von 1870 beschränkt; sie ist auch nach dessen Ersetzung durch die Gesetze von 1901 und 1909 sowie in allen anderen Fällen der Haftung für die Verletzung eines immateriellen Rechts denkbar, in denen die maßgebliche Bestimmung lediglich eine ‚Entschädigung‘ des Rechtsinhabers vorsah. Denn mit § 852 BGB hat sich ihr Anknüpfungspunkt auch im allgemeinen bürgerlichen Recht des 20. Jahrhunderts erhalten. Und er ist durch Verweisungen in den Spezialgesetzen zum Schutz des geistigen Eigentums hier inzwischen sogar eigens für anwendbar erklärt worden.⁶⁵ Der Gesetzgeber der Schuldrechtsreform sieht im Patentrecht geradezu einen regelrechten Schwerpunkt im Anwendungsbereich von § 852 BGB.⁶⁶

Im Gegensatz zu der vom Reichsgericht behandelten Bestimmung des Urheberrechtsgesetzes von 1870 läuft eine Rechtsfortbildung im Fall von § 852 BGB auch weder dem Wortlaut des Gesetzes noch der Absicht des Gesetzgebers zuwider. Die Bestimmung spricht nämlich nicht mehr von einem der Höhe nach begrenzten Schadensersatz, sondern von einer Bereicherung, die aus der unerlaubten Handlung hervorgegangen ist. Der Gesetzgeber von 1900 verstand dies noch als die Regelung eines Kondiktionsanspruchs, der neben dem Schadensersatzrecht aus demselben Vorgang entspringt.⁶⁷ Die heute gängige Auffassung, dass es sich bei dem Bereiche-

65 §§ 102 S. 2 UrhG, 141 S. 2 PatG, 20 S. 2 MarkenG, 49 S. 2, DesignG. 24f S. 2 GebrMG.

66 Vgl. die Begründung des Gesetzesentwurfs in BT-Drucks. 14/6040, S. 270, 282.

67 Mot., Mugdan, Bd. 2, S. 414: „Der § 720 [E I = § 852 Abs. 3 BGB a. F.] hebt dies in Ansehung des Kondiktionsanspruches, wenn durch das Delikt nicht nur ein Schaden gestiftet, sondern der Täter auch bereichert ist, hervor, indem zugleich der Kondiktionsanspruch inhaltlich geregelt wird.“

rungsanspruch um eine weitere Erscheinungsform des Schadensersatzrechts handelt,⁶⁸ trifft also keineswegs das Regelungsziel des historischen Gesetzgebers. Ihr entspricht es eher, den Bereicherungsanspruch im Wege der Rechtsfortbildung auch unabhängig von einem Schaden zu gewähren, wenn nur der Haftungstatbestand gegeben ist. Vor Eintritt der Verjährung muss er dem Schadensersatzanspruch freilich insoweit entsprechen, als er nicht dem Einwand eines Wegfalls der Bereicherung unterliegt. Denn solange der Schädiger in vollem Umfang für die im Vermögen des Geschädigten eingetretenen Nachteile haftet, besteht kein Anlass, ihm die Erleichterungen des Kondiktionsrechts zugutekommen zu lassen.

Schon vor Umsetzung der Richtlinie zum Schutz des geistigen Eigentums hatte der von der Rechtsprechung zum Immaterialgüterrecht befürwortete Anspruch auf Herausgabe des Verletzergewinns damit eine hinreichende gesetzliche Grundlage. Sie gab der im *Ariston-Urteil* getroffenen Entscheidung für eine Gewinnhaftung keine geringere, sondern eher noch größere Rechtfertigung als die Bereicherungsansprüche des römischen Rechts, bei denen das gesetzgeberische Motiv im Gegensatz zum BGB im Dunkeln lag.

IV. Fazit: Eine allgemeine ‚Schadensberechnung‘ der zweiten und dritten Art

Folgt man den tragfähigen Ansätzen im *Ariston-Urteil*, gelangt man zu dem Ergebnis, dass die seither erprobte dreifache Art der Schadensberechnung durchaus mit dem allgemeinen Schadensrecht des BGH vereinbar, aber kein exklusives Merkmal der Immaterialgüterrechte und verwandter Positionen ist:⁶⁹

Der Anspruch auf eine angemessene Lizenzgebühr muss zumindest in Deutschland keineswegs als „Pauschalbetrag“ gewährt werden, wie ihn die Richtlinie zum Schutz des geistigen Eigentums als Alternative zu

68 BGH, Urteil vom 30. November 1976 – X ZR 81/72 („Kunststoffhohlprofil“), NJW 1977, 1194, 1195, Urteil vom 14. Februar 1978 – X ZR 19/76 („Fahrrad Gepäckträger II“), NJW 1978, 1377, 1379, Urteil vom 12. Juli 1995 – I ZR 176/93, NJW 1995, 2788, 2790.

69 Als allgemeines Institut habe ich sie auch schon aus dem Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag zu folgern versucht, dessen Geltungsbereich der Gesetzgeber von 1900 durch die Regelung in § 687 BGB über Gebühr verengt hat; vgl. *Harke* (Fn. 19), Rn. 347 ff.

einem konkret berechneten Schaden vorsieht.⁷⁰ Vielmehr ergibt er sich zwanglos aus einer entsprechenden Rekonstruktion des hypothetischen Geschehensablaufs für den Fall, dass die Rechtsverletzung unterblieben wäre. Die schon durch die bloße Forderung der Lizenzgebühr bekundete Bereitschaft des Geschädigten, eine Nutzung seines Rechts gegen Entgelt hinzunehmen, taugt als hinreichende Grundlage für die Annahme, es wäre bei ordnungsgemäßem Verhalten des Schädigers zum Abschluss eines Lizenzvertrags gekommen. Hier liegt der richtige Kern der Annahme des Reichsgerichts, der Rechtsinhaber könne im Nachhinein entscheiden, worin er das schädigende Ereignis und den Schaden sehen will. Die Unterstellung eines hypothetischen Einvernehmens der Parteien, mit dem die Rechtsverletzung vermieden worden wäre, ist danach aber keine Besonderheit der Immaterialgüterrechte. Sie füllt nur den Spielraum aus, der einem Rechtsanwender bei der Differenzbetrachtung stets eröffnet ist. Folglich kann sie auch bei der Verletzung von Eigentum an Sachen oder anderen Rechten zum Zuge kommen.

Kein Produkt der Rekonstruktion des hypothetischen Kausalverlaufs ist hingegen der Anspruch auf Auskehr des durch die Rechtsverletzung erzielten Gewinns. Hier ist das Reichsgericht in seiner Theorie von der Wahlfeststellung des Schadens zu weit gegangen. Es hat aber eine andere Erklärung gefunden, die auch heute noch verfängt: Ordnet ein Gesetz, wie es das BGB in § 852 BGB tut, hilfsweise die Herausgabe einer durch eine Schädigung erzielten Bereicherung an, lässt sich hieraus schließen, dass ein solcher Anspruch stets als Alternative zum Recht auf Ausgleich der beim Geschädigten eingetretenen Nachteile besteht. Denn die Verpflichtung zur Auskehr der eingetretenen Bereicherung knüpft nicht an den angerichteten Schaden, sondern an dessen Ursache an. Ihr liegt die Erwägung zugrunde, dass ein Verbleib des mit der unerlaubten Handlung erzielten Gewinns beim Täter keine Rechtfertigung findet. Zwar hat das Reichsgericht hierin zu Unrecht eine Überlegung gesehen, die sich noch im Rahmen der Gesetzesauslegung anstellen lässt. Sie lässt sich jedoch zumindest im Wege der Rechtsfortbildung einsetzen. Denn das mit dem Bereicherungsanspruch verfolgte Ziel der Gewinnabschöpfung erheischt vor Eintritt einer Verjährung nicht minder Beachtung als danach, so dass die exklusive Zuständigkeit des Anspruchs im Fall der Verjährung des Schadensersatzrechts

70 Im Ergebnis ebenso *Raue* (Fn. 4), S. 279 ff., der aber einen „Rechtsguttschaden“ annimmt, weil das betroffene Recht nach seinem Eingriff „geschmälert“ sei. Dies läuft auf die Gewährung einer Kompensation für eine bloße Gewinnchance hinaus, die sich aber nicht mit der Ausgleichsfunktion rechtfertigen lässt.

einen ungewollten Wertungswiderspruch hervorbrächte. Man kann ihn sowohl als eigenständigen Bereicherungsanspruch als auch als Aspekt des Schadensersatzanspruchs ansehen. Wichtig ist die Verknüpfung mit diesem insofern, als er vor der Verjährung des Schadensersatzrechts nicht dem Regime der §§ 818 ff. BGB und insbesondere nicht dem Einwand des Wegfalls der Bereicherung unterliegt. Ebenso wie die Lizenzanalogie ist der Anspruch auf Auskehr des unrechtmäßig erzielten Gewinns wiederum kein Spezifikum der Immaterialgüterrechte. Sein Anwendungsbereich ist ebenso weit wie der des § 852 BGB und erfasst damit alle unerlaubten Handlungen.

Daños y enriquecimiento injustificado en Derecho español. Especial referencia a la propiedad inmaterial

Xabier Basozabal Arrue

RESUMEN: El trabajo estudia las relaciones entre la pretensión de daño y la pretensión de enriquecimiento injustificado. Existe una jurisprudencia española clásica de los años cincuenta del siglo pasado, que las entiende como acciones plenamente independientes, pero en la actualidad algunas sentencias del TS, sin dejar de respetar esta jurisprudencia, han vuelto a la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injustificado. A continuación, se estudia la acción de daños en la protección de derechos inmateriales: propiedad intelectual, patentes y marcas. El legislador español de los años ochenta optó por el triple método de cómputo del daño que ya era Derecho judicial en Alemania pero, a pesar de los sucesivos retoques en las leyes que tratan de estos, no termina de resolver si estamos ante una acción de daños que permite las acciones ordinarias de enriquecimiento, o si se trata de una acción especial que excluye cualquier otra acción. Por último, se analiza si esta protección especial prevista para los bienes inmateriales podría utilizarse para resolver algunos casos propios del Derecho de los contratos.

PALABRAS CLAVE: indemnización de daños; enriquecimiento injustificado; protección de propiedades inmateriales; método triple de cómputo del daño; licencia exigible; absorción de la ganancia; concurso de acciones, cumulativo o alternativo.

ZUSAMMENFASSUNG: Der Beitrag beschäftigt sich zunächst mit dem Verhältnis zwischen Schadensersatzansprüchen und Ansprüchen aus ungerechtfertigter Bereicherung. Es gibt eine klassische spanische Rechtsprechung aus den 50er Jahren des vergangenen Jahrhunderts, der zufolge diese Ansprüche völlig unabhängig nebeneinanderstehen. In aktuellen Urteilen ist der Tribunal Supremo aber – ohne sich von der angesprochenen älteren Rechtsprechung distanzieren – zur Subsidiarität der Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung zurückgekehrt. Im Anschluss werden Schadensersatzklagen im Bereich des Schutzes von Immaterialgütern unter-

sucht, nämlich von Urheber-, Patent- und Markenrechten. Der spanische Gesetzgeber hat sich in den 80iger Jahren diesbezüglich für die dreifache Schadensberechnung entschieden, die damals in Deutschland bereits als Richterrecht praktiziert wurde. Trotz mehrfacher Gesetzesänderungen ist bis heute nicht geklärt, ob es sich bei einer entsprechenden Klage um eine Schadensersatzklage handelt, neben der eine normale Bereicherungsklage zulässig ist, oder um eine besondere Klage, die die Erhebung jeder anderen Klage ausschließt. Abschließend wird untersucht, ob der für Immaterialgüter vorgesehene besondere Schutz auf die Lösung bestimmter Fälle aus dem Vertragsrecht angewandt werden kann.

SCHLÜSSELWÖRTER: Schadensersatz; ungerechtfertigte Bereicherung; Schutz von Immaterialgütern; dreifache Schadensberechnung; Lizenzgebühr; Gewinnabschöpfung; kumulative oder alternative Klagehäufung.

1. *Introducción*

En Derecho español, la responsabilidad civil extracontractual y el enriquecimiento injustificado son instituciones independientes que gozan de una reconocida autonomía. La primera trata de la indemnización de los daños que sufre el demandante y solicita del demandado; la segunda procura la restitución del enriquecimiento injustificado que el demandado ha obtenido *a costa* del demandante. La primera indemniza el daño sufrido por el demandante por culpa del demandado; la segunda reintegra el patrimonio del demandante con la restitución del enriquecimiento que el demandado obtiene injustificadamente. La primera se ampara en el art. 1902 CC, la cláusula general de responsabilidad civil por daño causado culposamente; la segunda, en un principio general cuya acción fue construida por la jurisprudencia a imagen de la francesa, que a su vez se inspiró en las teorías unitarias alemanas. La acción indemnizatoria prescribe en un año, “desde que lo supo el agraviado” (art. 1968 CC); la de enriquecimiento es una acción personal que no tiene señalado ningún término especial de prescripción, por lo que prescribe en cinco años (art. 1964 CC; antes quince).

La distinción entre estas acciones proviene, entre nosotros, de una sabia jurisprudencia del Tribunal Supremo de los años 50; la STS de 12 de abril de 1955 afirma que se trata de acciones distintas e independientes, de manera que no tiene sentido plantear la subsidiariedad de una respecto de la otra. La claridad con la que se distinguen una de otra es compatible con el hecho de que la jurisprudencia haya negado y afirmado, según las épocas, la “subsidiariedad” de la acción de enriquecimiento. Entre las otras

sentencias sobre la materia, las SSTs 19 junio 2012 (RJ 2012\10118, MP: Orduña), 29 junio 2015 (2015\4486, MP: O'Callaghan), o 19 febrero de 2016 (RJ 2016\710, MP: Orduña) afirman la “subsidiariedad” de la acción de enriquecimiento. Esto debería afectar a las relaciones entre ésta y la acción de daños, pero no ha sido así, lo que no deja de ser singular. Este es el primer foco de atención.

En segundo lugar, se analiza la regulación específica de la acción de daños en las leyes de protección industrial e intelectual (arts. 74 LP, art. 43 LM, 140 TRLPI). Casi todos los autores que se acercan al estudio de estas acciones reconocen que se trata de acciones de daños que, para computar el daño, contienen módulos propios del enriquecimiento injustificado. Pero a partir de aquí todo es incertidumbre: podrían interpretarse en clave indemnizatoria, con lo que habría lugar para verdaderas acciones de enriquecimiento cuando se den sus requisitos; o podría interpretarse que el legislador ha querido una acción propia o *sui generis* por lo que, fuera de ella, no se permite ninguna otra acción más, ni de enriquecimiento injustificado ni de daños: ella ya incluye toda la posibilidad indemnizatoria y restitutoria que se contempla.

A continuación, se reflexiona sobre una sentencia del Tribunal Supremo español de 4 de julio de 2011 (RJ 2011\4997, MP: Ferrándiz Gabriel) que resuelve un supuesto de responsabilidad *contractual*; entre los *obiter dicta*, la sentencia apoya su cómputo del daño en las peculiares acciones “indemnizatorias” de la legislación especial de protección de bienes inmateriales, como si la analogía con estas fuese posible para justificar el cómputo del daño “en general”, sin entrar a que se esté midiendo un daño o un enriquecimiento.

Terminaré con una breve reflexión sobre la conveniencia de seguir distinguiendo adecuadamente ambas instituciones.

2. Acción indemnizatoria y acción de enriquecimiento injustificado: ¿curso cumulativo o alternativo?

Unos mismos hechos pueden dar lugar a diversas pretensiones: lo ocurrido se subsume en el supuesto normativo de varias normas de pretensión. Por ejemplo, la intromisión en un derecho ajeno causa al titular de éste un daño, a la vez que obtiene al intromisor un beneficio que el ordenamiento jurídico no le atribuye: el titular del derecho podrá acudir a las normas de la responsabilidad civil (arts. 1902 y ss. CC) y a las del enriquecimiento por intromisión (no regulado; pero sí construido por la doctrina y con reconocimiento jurisprudencial).

El Derecho español goza de una consolidada jurisprudencia sobre la independencia de ambas acciones. Destaca la sentencia de 12 de abril de 1955 (RJ 1955\1126; MP: Valledor), que consagra la idea –respetada hasta hoy– de que las acciones de daño y enriquecimiento tienen su propia fisonomía, independencia, función y plazo de prescripción. La sentencia resuelve un supuesto de intromisión minera en el que la acción de responsabilidad civil extracontractual había prescrito, lo que no impidió que se concediese la acción de enriquecimiento sin causa (que entonces tenía un plazo de prescripción de 15 años *ex art.* 1964 CC; hoy serían cinco). El recurrente alegaba que no se había tenido en cuenta la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento, puesto que siendo posible acudir a la acción de daños y habiendo prescrito ésta, se debió haber rechazado la de enriquecimiento, *por subsidiaria*. El TS defiende la sustantividad propia de esta acción y destaca como notas diferenciales respecto de la acción de daños que aquélla no necesita de “imputación subjetiva” (no hace falta culpa o dolo del demandado), y que gira en torno al enriquecimiento del demandado, no en torno al daño del demandante.

Sobre la subsidiariedad de la acción, dice que “muy nutrida doctrina científica repudia la tesis de que la «conductio» funcione siempre como norma subsidiaria de derecho, y aunque así no fuera el resultado práctico sería el mismo, ya que a pesar de las múltiples manifestaciones que el Código civil contiene en punto al enriquecimiento ilícito, no hay norma legal ni consuetudinaria que en forma sistemática, general o específica gobierne la acción de enriquecimiento indebido, y así pasa a primer plano de fuente jurídica el principio de que a nadie es lícito enriquecerse a costa de otro...”; y sobre el concurso de pretensiones, que “en el caso de que el hecho de la intrusión minera pudiera ser determinante del ejercicio de diferentes acciones, como la interdictal para retener o recobrar la posesión, reivindicatoria para obtener la devolución del mineral extraído o la sustitutoria del equivalente pecuniario, y la declarativa de culpa, se estaría en presencia de *conurrencia de acciones* que no tienen orden preestablecido de preferencia y exclusión, por lo que el titular del derecho lesionado podrá ejercitar la que juzgue más adecuada”.

La mejor doctrina española (DÍEZ-PICAZO, LACRUZ BERDEJO) siempre ha entendido que esta conclusión es válida. Si la “subsidiariedad” de la acción fuera incompatible con esa conclusión, habría que defender que la acción de enriquecimiento no es subsidiaria. Así lo afirma expresamente la mencionada sentencia, y así lo ratifican los autores que abordan el problema de la subsidiariedad desde la óptica de la *compatibilidad* entre acciones: “en términos generales no existe en nuestro Derecho ninguna razón de fondo que determine la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento y que ésta

sea compatible con otras acciones que puedan coincidir en los resultados que con ella se pretenden obtener. Puede darse, por consiguiente, un concurso de acciones, en el que tampoco hay nada en nuestro Derecho que obligue a los interesados a optar por una u otra, de forma que la regla general debe ser la posibilidad de acumular acciones” (DÍEZ-PICAZO).¹

PASQUAU entiende que la concurrencia entre las acciones de daños y enriquecimiento no plantea un problema de subsidiariedad: “dándose eventualmente los presupuestos de una y de otra, el demandante puede elegir la que le resulte más favorable (eso sí, con todas las consecuencias y sin poder saltar de una a otra a lo largo del procedimiento: cfr. STS 5.X.85, con argumentación cuidada)”.² En efecto, el concurso de pretensiones no plantea una controversia que haya que resolver mediante la subsidiariedad; entre las acciones no hay un problema de jerarquía o especialidad. Ahora bien, el concurso puede ser “cumulativo” o “alternativo”; en el primer caso, ambas pretensiones pueden ejercerse simultáneamente, en el segundo, hay que optar por una de ellas, a elección del actor. Para el autor mencionado, las acciones de daños y de enriquecimiento protagonizan un concurso alternativo (el ejercicio de una excluye la otra). En mi opinión, la alternancia no explica bien la relación entre ellas: su concurso es cumulativo, sin perjuicio de que podrá coincidir su pretensión material y, en esa medida, la opción por una excluye la otra.

El punto de partida no puede ser otro que afirmar que se trata de pretensiones acumulables pues cada una de ellas posee su propia autonomía, requisitos, función, alcance, plazo de prescripción, etc.; ciertamente, lo que puede ocurrir es que *ambas compartan la pretensión material* y, en la medida en que lo hagan (y solo en esa medida), la opción por una excluye la otra. Por lo demás, son pretensiones diferentes, autónomas e independientes, como defiende con acierto la jurisprudencia. La sentencia comentada ayuda a comprender esa independencia, así como la posible confluencia de su “pretensión material”.

El demandante podía pedir el mineral *como daño*, pues se lo habían quitado a él; o *como enriquecimiento* del intromisor, pues lo había obtenido éste. La acción indemnizatoria exige tanto la prueba del daño como la imputación subjetiva del demandado (el intromisor debe ser al menos negligente); la acción prescribe al año de tener conocimiento del daño. La

1 DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, Madrid: Civitas, 4ª ed., 1993, pp. 104 y 105.

2 PASQUAU LIAÑO, M., Comentario a la STS de 19 de febrero de 1999, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1999, nº 50, p. 896.

acción de enriquecimiento tiene en cuenta que el intromisor obtiene un mineral (ajeno) que solo hubiese podido obtener lícitamente con licencia del titular de la mina colindante; el valor de esa hipotética licencia será lo que pueda pedirse al intromisor, y la acción prescribirá a los cinco años (entonces, quince; *ex art. 1964 CC*). Quizá el daño sea mayor o menor que el valor de la licencia y, desde luego, podré acudir a una u otra acción. Lo que no podré es pedir dos veces el valor del mineral usurpado, como daño y como enriquecimiento (el valor de lo que me quitaron, y el valor de la licencia con la que hubiera podido obtenerlo lícitamente).

La posibilidad de optar entre ambas acciones desaparece si una de las dos está prescrita. Podemos pensar, incluso, que el legislador no fue nunca consciente de la posibilidad de existencia del concurso, ni de la diferencia tan notoria de años en la prescripción de ambas acciones (recuérdese que una acción es legal pero la otra jurisprudencial). Pero lo cierto es que, estando una prescrita, solo queda el recurso a la otra (si no es subsidiaria), o se deniega toda acción (si es subsidiaria y se ha dejado prescribir la acción principal).³

Esto contrasta con esa opinión jurisprudencial más reciente, que entiendo compatibles la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento y el concurso entre esta y la acción de daño.⁴ Sin embargo, si se lee con

3 DÍEZ-PICAZO, L., “La doctrina del enriquecimiento injustificado”, en DE LA CÁMARA, M. y DÍEZ-PICAZO, L., *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 94 y ss.. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil*, II-3º, *Derecho de Obligaciones Contratos y Cuasicontratos*, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 1986, p. 634. Tanto DÍEZ-PICAZO como LACRUZ coinciden en que el problema de la subsidiariedad se plantea primordialmente en los casos de intromisión, esto es, en casos en los que resulta frecuente la confluencia de acciones de daños y enriquecimiento, y ello porque, si en la mayoría de las sentencias que invocan la subsidiariedad de la acción ésta no constituye su *ratio decidendi*, cuando se plantea un concurso de pretensiones la decisión sobre la relación entre ellas –subsidiaria o no– resulta vital.

4 La primera de las sentencias mencionadas realiza algunas consideraciones generales y abstractas sobre la pretensión de enriquecimiento: su función de cláusula general de cierre, su valor jurídico como auténtico principio general del Derecho, etc. También se afirma su carácter subsidiario, “en la medida en que dicha caracterización puede inferirse directamente del carácter supletorio como fuente que comporta necesariamente la aplicación de los referidos principios generales del Derecho”. Se defiende que esta afirmación es compatible con que algunas sentencias nieguen la subsidiariedad (sobre todo, las de 12 abril 1955 y 28 enero 1956), porque *lo que éstas persiguen al hacerlo es defender la concurrencia de la pretensión restitutoria de enriquecimiento injustificado junto a la pretensión indemnizatoria de daño extracontractual*, asunto ajeno al caso enjuiciado en el que “el demandante opta por acumular la pretensión del enriquecimiento injustificado, de forma indiscriminada, en un

detenimiento la sentencia de 1955, resulta innegable lo intrínsecamente unidas que están en su argumentación la negación de la subsidiariedad y la autonomía de dichas acciones.

De hecho, si se toma en serio la subsidiariedad –como hace, por ejemplo, DE LA CÁMARA– se termina encontrando dificultades para aceptar la independencia de la acción de enriquecimiento. DE LA CÁMARA afirma que “probablemente, la posibilidad de ejercitar la acción de enriquecimiento no obstante haber existido la de reclamar daños y perjuicios ejercitando la acción del artículo 1902 nos sitúa ante la situación más peculiarmente conflictiva”;⁵ y opina que “si la ley ha querido que la acción a que se refiere el artículo 1902 prescriba por el transcurso de un año –sean cualesquiera las razones que hayan movido al legislador para señalar un plazo tan corto–, parece claro que *se fuerza* la previsión legislativa si, habiendo intervenido culpa o negligencia por parte del causante del daño que a consecuencia del mismo resultó enriquecido, *se permita al perjudicado, aunque sea dentro de los límites del enriquecimiento, resarcirse del daño* a pesar de haber prescrito la acción específica prevista para el supuesto de los daños causados interviniendo culpa o negligencia”.⁶

La frase revela que el autor confunde la acción de enriquecimiento con una indemnizatoria que limitase su alcance al enriquecimiento del causante del daño;⁷ desde esta perspectiva, se entiende que le plantee problemas la compatibilidad entre ambas. Si se parte de la “subsidiariedad”, resulta difícil entender la sustantividad e independencia propias de la acción de enriquecimiento por intromisión que, recordémoslo, es acción que no *resarce ningún daño* porque su función es la de *reintegrar el derecho usurpado*

contexto en donde hay normas concretas y preferentes de aplicación solicitando, además, un idéntico resultado petitorio para todas las pretensiones formuladas”.

5 DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., “Enriquecimiento injusto y enriquecimiento sin causa”, en DE LA CÁMARA, M. y Díez-PICAZO, L., *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Madrid: Civitas, 1988, p 196.

6 DE LA CÁMARA, “Enriquecimiento...”, cit., p. 200.

7 BASOZABAL ARRUE, X., *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Madrid, Civitas, 1998, p. 39: “Una acción de enriquecimiento supeditada a la existencia y a la cuantía de un daño (como sostiene aún hoy en nuestro ámbito jurídico una buena parte de la doctrina), por mucho que se declare conceptualmente distinta de la acción indemnizatoria, no puede entenderse sino como un subtipo de ésta cuya peculiaridad consiste en que la presencia de un enriquecimiento por parte del causante del daño hace innecesaria la imputación subjetiva de su conducta (la culpa) y limita en la medida de aquél la cuantía «indemnizatoria». Resultaría falso afirmar la independencia de esta peculiar acción siendo su fundamento y finalidad de carácter indemnizatorio”; véanse también las pp. 100 y ss.

con la restitución de su valor de uso a quien lo tiene atribuido el ordenamiento jurídico.⁸ Otro ejemplo puede ayudarnos a determinar el ámbito de coincidencia material entre daño y enriquecimiento.

No he podido alquilar mi balcón con vistas al encierro durante las fiestas de San Fermín, porque me lo han impedido mis familiares, que lo han alquilado. Con la pretensión de daños contra quienes me impidieron alquilar mi balcón, podría obtener como lucro cesante lo que hubiese obtenido por ese alquiler; con la acción de enriquecimiento por intromisión contra quien se lucró sin mi consentimiento, podría reintegrar mi patrimonio con el precio del valor de uso del balcón. La cuantía del daño o

8 En otro lugar, pude desarrollar esta idea con mayor detenimiento. BASOZABAL, *Enriquecimiento...cit.*, p. 104: “Como punto de partida puede afirmarse que no hay ninguna razón para defender la incompatibilidad entre las acciones por daños y por enriquecimiento, o bien la subsidiariedad de ésta respecto de aquélla, puesto que se trata de pretensiones con función, fundamento, presupuestos fácticos, requisitos y plazos de prescripción distintos”; pp. 106 y ss., donde se propone un ejemplo que puede ayudar a comprender esa máxima general: “Si A toma el coche de B sin el consentimiento de éste, B cuenta con varias acciones que defienden cumulativamente las diversas facetas de su posición jurídica: la reivindicatoria para recuperar la posesión; la acción indemnizatoria para el resarcimiento del daño emergente (que cubre los daños/pérdida, daños/desperfecto y daños/gasto sustitutorio) así como del lucro cesante; y la acción de enriquecimiento para la restitución del valor de goce del objeto usurpado” (dejemos de lado los interdictos posesorios o la posible concurrencia de la pretensión de remoción). La cuestión es “en qué medida los diversos módulos indemnizatorios son compatibles con la restitución del valor de uso del bien usurpado que provoca la *condictio* por intromisión (el valor de alquiler del coche durante el tiempo que hubiese durado la usurpación). En principio no parece despertar ningún recelo la compatibilidad de la restitución de éste junto a la indemnización del daño/pérdida o del daño/desperfecto. Por el contrario, uno se plantea si la indemnización del daño/gasto sustitutorio (por ejemplo, el alquiler de otro coche para suplir la ausencia del usurpado) es compatible con aquél”. Entonces concluí que “se trata de una cantidad [la del gasto sustitutorio] independiente de la representada por la restitución de la licencia que hubiera sido exigible, y por lo tanto, sus montantes ni se excluyen ni se limitan mutuamente”; y “lo mismo puede afirmarse del lucro cesante, siempre que éste no consista en lo que hubiese podido previsiblemente esperarse por la cesión onerosa del bien usurpado, ya que en este punto el daño indemnizable por la privación del goce equivale al valor de goce restituible a través de la *condictio*. Se trata de una misma pretensión material articulada de dos maneras diferentes, una de las cuales facilita la restitución del valor (objetivo) de uso del bien usurpado, la otra, la indemnización del daño patrimonial (concreto y subjetivo) sufrido por el titular de éste. La identidad de las pretensiones es clara en estos casos puesto que la operación de determinación del hipotético lucro cesante equivale al mecanismo de reintegración típico de la *condictio* por intromisión, correspondiendo ambos al precio por cesión onerosa del bien usurpado”.

del enriquecimiento podría ser la misma (si no hay más daño que ese lucro cesante, sería igual que el valor de reintegración del derecho), y parece claro que podré pedir el daño o el enriquecimiento, *pero no ambos*; en la medida de esa intersección (confluencia de la pretensión material), ambas acciones se excluyen (lo que no debería chocarnos, porque la manera de medir el daño como el enriquecimiento es la misma).

No hay inconveniente para que la acción de enriquecimiento se acompañe de la acción de daño para pedir la reparación de los desperfectos causados al balcón, o con la acción de remoción de la pancarta que allí pusieron mis parientes, etc. Hay supuestos en los que no se aprecia un daño; por ejemplo, si yo no hubiese alquilado el balcón bajo ningún concepto (pues así lo había declarado en varias ocasiones), no podría alegar la renta de alquiler como daño, pero nadie me podrá negar la medida de reintegración de mi derecho usurpado (esto es, la acción de enriquecimiento). También podría ocurrir que los usurpadores lo sean de buena fe (unos extranjeros ocupan el balcón engañados por uno de mis parientes, a quien entregan una renta por el uso), en cuyo caso no habría –presumiblemente– culpa ni por tanto posibilidad de acudir a la acción de daños (sí contra mi pariente), pero se podría ejercitar la de enriquecimiento bien contra ellos (intromisores en el uso), bien contra el pariente que lo alquiló sin mi consentimiento (intromisor en el poder de disposición), en ningún caso contra ambos simultáneamente.⁹ A los usurpadores sin culpa no se les puede pedir la reparación del desperfecto en el balcón, pero sí la reintegración del derecho usurpado. Cada acción tiene sus propios requisitos y distinto plazo de prescripción; que la acción de daños haya prescrito no es motivo para rechazar la acción de enriquecimiento, como dice nuestra jurisprudencia desde la STS 12 abril 1955 (RJ 1955\1126, MP: Valledor).¹⁰ Ambas

9 BASOZABAL, *Enriquecimiento...* cit., p. 148 (con un ejemplo análogo).

10 Para defender la posibilidad de acumular las acciones de daños y enriquecimiento, esta sentencia argumentó que si una vez prescrita la acción de daños el demandado por la acción de enriquecimiento pudiera alegar la subsidiariedad de la acción (si se pudo ejercitar la acción de daños y ha prescrito, no se puede luego ejercitar la de enriquecimiento), correría mejor suerte el intromisor doloso o culposo que el de buena fe, pues éste no podría ser demandado con la acción de daños ni, por tanto, alegar la prescripción de la acción, algo que, para los que defienden la subsidiariedad, sí podría alegar el intromisor doloso o culposo vulnerable a la acción de daños. LACRUZ se hace eco de este argumento (“Notas sobre el enriquecimiento sin causa”, *RCDI*, nº 470, 1969, p. 601), que sin embargo no convence a DE LA CÁMARA (“Enriquecimiento...”, cit., p. 200); lo significativo es que a este autor la lógica de la subsidiariedad le impide aceptar la sustantividad propia de la pretensión de enriquecimiento.

acciones protegen el derecho usurpado de modos diferentes y compatibles, sin que el hecho de que una provenga de una fuente subsidiaria (principio general) le impida concurrir con otras acciones en pie de igualdad. Entiendo que este es un buen modo de entender las relaciones entre ambas.

3. La acción de daños en la protección de bienes inmateriales

3.1 Introducción

La protección de los bienes inmateriales genera una problemática específica, entre otras razones porque sobre ellos no cabe una posesión excluyente que impida las injerencias de terceros. El autor de una melodía puede explotarla o no hacerlo, ceder sus derechos sobre ella o no hacerlo, etc., pero no puede impedir que otros hagan un uso legítimo (si cuentan con su permiso) o ilegítimo (sin él) de ésta, simultáneamente.

Esta circunstancia hace que la patología más común en la protección de los bienes inmateriales (propiedad intelectual, patentes, marcas, diseño industrial, posiciones competenciales «amparadas por un derecho de exclusiva u otras de análogo contenido económico» —artículo 18.6 Ley de Competencia Desleal—) sea el supuesto de intromisión, esto es, el uso, disfrute o explotación no consentidos de dicho bien.

Tradicionalmente, el conflicto jurídico que plantea el uso no consentido de bienes inmateriales ajenos ha sido tratado por el Derecho de daños, pero no de modo exclusivo, pues también es un supuesto de intromisión, uno de los supuestos típicos de enriquecimiento injustificado. Desde la perspectiva del primero, el intromisor (doloso o culposo) deberá *indemnizar* al titular del derecho usurpado los daños que le haya causado (daño emergente y lucro cesante); desde la del segundo, el intromisor deberá *restituir* al titular del derecho el provecho indebidamente obtenido. Ambas soluciones plantean algunos problemas típicos.

En líneas generales, al titular de un derecho de autor, una patente o una marca no le resulta fácil probar el daño que le ha causado la acción del intromisor, puesto que ésta, por definición, no le ha impedido a él (o a la persona a quien se haya cedido esa posibilidad, en exclusiva o no) seguir explotando su derecho. Quizá en un mercado homogéneo con pocos competidores, en el que la aparición de un intromisor provoca una situación que resulta fácilmente comparable con la existente antes de que haya irrumpido, pueda afirmarse que la diferencia (el menor volumen de venta que obtiene ahora el titular del derecho usurpado) es precisamente el daño-lucro cesante, lo que deja de ganar. Pero lo normal es que ni el

mercado sea tan transparente, ni resulte clara la relación causal entre la acción del intromisor y la menor ganancia del que explota el bien.

Desde la perspectiva del provecho indebidamente obtenido por el intromisor, se dice que éste se apropia del *valor de uso* del bien. El usurpador de una melodía obtiene el valor de lo que hubiese costado pagar por ella, esto es, ahorra la licencia que requería para explotarla legítimamente. Para determinar ese valor se acude al mercado y el asunto se salda con el pago *a posteriori* de lo que cuesta realizar lícitamente la acción (esto es, con una solución *cuasicontractual*). Desde esta perspectiva, el provecho que deberá restituir el intromisor será el precio de la licencia que hubiese tenido que pagar por usar legítimamente el derecho. Suele objetarse que, si esto es así, el intromisor actúa *sin riesgo*: si es perseguido y se le condena, responde como si hubiese actuado correctamente; si no se le persigue o no se le condena, ni siquiera responde. Por este motivo, la problemática de los enriquecimientos obtenidos por intromisión plantea siempre la cuestión de si debería el intromisor restituir, no ya el precio de reintegración representado por la licencia, sino *la ganancia que obtenga con la acción ilícita*, desincentivando así futuras conductas ilícitas. No puede dejar de advertirse que una cosa es plantearse si el Derecho debería perseguir una u otra función; y otra, si debería hacerlo el Derecho privado a través de una acción privada.

La restitución del beneficio bruto o neto, o absorción de la ganancia, plantea varios problemas: uno es el de su posible apoyo legal, pues no hay precepto que, con carácter general, trate de la restitución de la ganancia ilícita (como hace la gestión impropia alemana; aunque podría haber un lugar para ella en la regulación entre propietario y poseedor: art. 455 CC);¹¹ otro es la imputación subjetiva: en sede de enriquecimiento injustificado, es habitual afirmar que su función es reequilibrar una situación patrimonial en la que alguien obtiene un provecho que no le corresponde, y cuya obligación de restituir no depende de un juicio de imputación subjetiva, esto es, de que el enriquecido haya actuado con dolo o culpa. Ahora bien, una cosa es aceptar que no se necesite la imputación subjetiva cuando la restitución se limita al valor de lo usurpado (lo que hubiera costado reintegrar el patrimonio del demandante), y otra, que no se exija imputación subjetiva cuando se trata de adoptar una medida de carácter punitivo, como quitar al intromisor la ganancia (restitución del beneficio obtenido

11 La hay también en el art. 1683 CC para el socio que obtiene una ganancia a costa de la sociedad, pero el supuesto es especial, porque exige una previa obligación de no concurrencia.

mediante una acción en la que, además del uso ilícito de un derecho ajeno, concurren otros muchos elementos, como su propia iniciativa, quizá también su creatividad, etc.). Parece que para adoptar una medida punitiva habría que exigir una conducta dolosa o, al menos, gravemente negligente.

Con todo, en nuestro ordenamiento la cuestión sobre la absorción de la ganancia no ha sido debidamente analizada, ni en sede de responsabilidad extracontractual,¹² ni en sede de enriquecimiento injustificado.¹³ Por su parte, las leyes especiales que protegen los bienes inmateriales regulan su propia acción de indemnización de daños y, al hacerlo, relacionan el cómputo del daño con la licencia que hubiese debido pagarse para legitimar la intromisión, y con la ganancia obtenida por el intromisor. La interpretación de estos textos no resulta fácil, pues tratan de asuntos propios de la restitución de enriquecimientos en una sede que es, sistemáticamente, la de una acción indemnizatoria.

3.2 *La acción de daños en las Leyes de Propiedad Intelectual, de Patentes y de Marcas*

Hasta la Ley 19/2006, de 5 de junio, de ampliación de los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial —que transpone la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, conocida como «Directiva Antipiratería»—, el art. 140 (antes 125 y 135) del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI) por una parte, y los arts. 74 (antes 66) de la Ley de Patentes (LP) y 43 de la Ley de Marcas (LM) por otra —todos ellos sobre la pretensión indemnizatoria—, habían seguido caminos paralelos, pero distintos.

En su versión anterior, el art. 140 TRLPI ofrecía la posibilidad de sustituir el daño-lucro cesante por el importe de la licencia que hubiese correspondido al titular por ceder su derecho al intromisor; también incluía una referencia al daño moral:

“El perjudicado podrá optar, como indemnización, entre el beneficio que hubiere obtenido presumiblemente, de no mediar la utilización

12 MARTÍN-CASALS, M., “La modernización del Derecho de la responsabilidad civil extracontractual”, *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*, Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, 2011.

13 BASOZABAL, *ENRIQUECIMIENTO...*CIT., PP. 197 Y SS.

ilícita, o la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación.

En caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico.

Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra.

La acción para reclamar los daños y perjuicios a que se refiere este artículo prescribirá a los cinco años desde que el legitimado pudo ejercitarla.”

Los artículos 74 LP y 43 LM habían optado por el llamado «triple cómputo» del daño/lucro cesante, que permitía al demandante, al solicitar la indemnización, medir el lucro cesante a partir de alguno de los siguientes módulos:¹⁴

“La ganancia dejada de obtener se fijará, a elección del perjudicado, conforme a alguno de los criterios siguientes:

- a) Por los beneficios que el titular habría obtenido previsiblemente de la explotación de la invención patentada si no hubiera existido la competencia del infractor.
- b) Por los beneficios que este último haya obtenido de la explotación del invento patentado.
- c) Por el precio que el infractor hubiera debido pagar al titular de la patente por la concesión de una licencia que le hubiera permitido llevar a cabo su explotación conforme a derecho.

[Art. 74 LP] Para su fijación se tendrán en cuenta especialmente, entre otros factores, la importancia económica del invento patentado, la duración de la patente en el momento en que comenzó la violación y el número y clase de licencias concedidas en ese momento.”

[Art. 43 LM] Para la fijación de la indemnización se tendrá en cuenta, entre otras circunstancias, la notoriedad, renombre y prestigio de la marca y el número y clase de licencias concedidas en el momento en que comenzó la violación.”

Aunque la doctrina y algunas sentencias mencionan la necesidad de «facilitar» la prueba del daño/lucro cesante, surge la duda sobre si se está

14 En legislador español optó por la construcción jurisprudencial alemana. Sobre esta, en castellano, véase BASOZABAL ARRUE, X., “Método triple de cómputo del daño: la indemnización del lucro cesante en las leyes de protección industrial e intelectual”, *Anuario de Derecho Civil*, 1997, págs.. 1263 y ss.

simplificando la manera de tasar el daño «*a priori*» y «*a forfait*», facilitando así la carga de la prueba de éste, o si las opciones b) y c) otorgan soluciones propias del Derecho de enriquecimiento injustificado «camufladas» en una pretensión indemnizatoria. No es que estas consecuencias jurídicas (recibir el valor de la licencia que hubiese debido pagar el intromisor, o la ganancia obtenida por éste) no puedan constituir «daños» del titular del derecho usurpado, pero para serlo, en sentido estricto, habría que probar que ha sido la acción del intromisor la que ha impedido al demandante obtener bien la licencia, bien la ganancia; esto es, si son «daños» deberían responder a la lógica indemnizatoria del lucro cesante (lo que hubiera ocurrido en el patrimonio del dañado si el dañante no hubiese actuado).

Podría defenderse que el precepto busca facilitar la prueba de lo que hubiera pasado sin la intromisión (cuál hubiera sido el lucro). Desde esta perspectiva, la Ley tasaría la manera de computar el lucro cesante como “licencia”, o como “ganancia”, como posibles daños típicos. Pero esto no es fácil de aceptar pues, cuando el legislador ha querido facilitar la existencia del daño, lo ha hecho de manera más clara, como hace el artículo 9.3 LO 1/1982 de Protección civil del Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.¹⁵ Pongamos que Cayo no usa la plaza de garaje que tiene en propiedad y se entera de que lo hace su vecino, Ticio. Le será difícil probar un daño/lucro cesante, pues la acción de Ticio no es la que le ha impedido obtener un rendimiento de su plaza de garaje, sino su inactividad; sin embargo, tendrá una acción de enriquecimiento injustificado contra Ticio por el precio del alquiler que hubiera debido pagarle. La acción para proteger la propiedad de Cayo es en este caso la *condictio* por intromisión, no la acción de daños. El derecho de propiedad excluye la injerencia de terceros y cuando alguien se apropia de su uso, sin consentimiento del propietario, deberá restituir su valor de mercado a aquél a cuya costa se obtuvo; ésta es la protección que otorga la *condictio* por intromisión. Algo similar podría decirse del titular de una marca; aunque su titular no la explote para sí, en caso de intromisión el art. 43 LM ofrece la posibilidad de computar el daño/lucro cesante con el valor de la licencia que hubiera debido solicitar. Esto es perfectamente comprensible desde la lógica de la *condictio* por intromisión, aunque no lo sea desde la

15 Art. 9.3 LOPDH: La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido.

óptica de los daños. Como se verá, hay sentencias que se dejan llevar por ambas perspectivas.

Podría pensarse que lo que hace la Ley de Marcas es presumir o imponer como «daño mínimo» la existencia de ese daño/lucro cesante (incluso en casos en los que resulta evidente que no se hubiera obtenido lucro alguno), o bien, que concede la acción de enriquecimiento por intromisión en el contexto de una acción de daños. Desde el punto de vista histórico de la génesis de la regla del triple cómputo, que proviene de la jurisprudencia alemana, parece claro que es esto último lo que ocurrió.¹⁶ Además, cuando el legislador ha querido establecer un «daño mínimo» lo ha hecho en términos que no ofrecen duda (véase el artículo 43.5 LM), lo que hace más lógico aceptar que en el artículo 43.2.c) se está reconociendo una *condictio* por intromisión.¹⁷

Pues bien, a partir de la Ley 19/2006, el contenido de los apartados 1 y 2 de los tres preceptos mencionados (artículos 140 TRLPI, 74 LP y 43 LM) es prácticamente el mismo:

1. La indemnización por daños y perjuicios debida al titular del derecho infringido comprenderá no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener a causa de la violación de su derecho. La cuantía indemnizatoria podrá incluir, en su caso, los gastos de investigación en los que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial.
2. La indemnización por daños y perjuicios se fijará, a elección del perjudicado, conforme a alguno de los criterios siguientes:
 - a) Las consecuencias económicas negativas, entre ellas la pérdida de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada y los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita.
En el caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico. Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra.
 - b) La cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión.

16 BASOZABAL, “MÉTODO TRIPLE...”, *ADC*, 1997, PÁGS.. 1263 Y SS.

17 PORTELLANO Díez, P., *La defensa del derecho de patentes*, Civitas, Madrid, 2003.

A partir de aquí, cada Ley presenta su particularidad:

[Art. 140 TRLPI]

3. La acción para reclamar los daños y perjuicios a que se refiere este artículo prescribirá a los cinco años desde que el legitimado pudo ejercitarla.

[Art. 74 LP]

Para su fijación se tendrá en cuenta especialmente, entre otros factores, la importancia económica del invento patentado, la duración de la patente en el momento en que comenzó la violación y el número y clase de licencias concedidas en ese momento.

3. Cuando el Juez estime que el titular no cumple con la obligación de explotar la patente establecida en el artículo 83 de la presente Ley, la ganancia dejada de obtener se fijará de acuerdo con lo establecido en la letra c) del apartado anterior.

[Art. 43 LM]

3. Para la fijación de la indemnización se tendrá en cuenta, entre otras circunstancias, la notoriedad, renombre y prestigio de la marca y el número y clase de licencias concedidas en el momento en que comenzó la violación. En el caso de daño en el prestigio de la marca se atenderá, además, a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión en el mercado.

4. A fin de fijar la cuantía de los daños y perjuicios sufridos, el titular de la marca podrá exigir la exhibición de los documentos del responsable que puedan servir para aquella finalidad.

5. El titular de la marca cuya violación hubiera sido declarada judicialmente tendrá, en todo caso y sin necesidad de prueba alguna, derecho a percibir en concepto de indemnización de daños y perjuicios el 1% de la cifra de negocios realizada por el infractor con los productos o servicios ilícitamente marcados. El titular de la marca podrá exigir, además, una indemnización mayor si prueba que la violación de su marca le ocasionó daños o perjuicios superiores, de acuerdo con lo dispuesto en los apartados anteriores.

Se ha dicho que los artículos 74 LP y 43 LM primitivos ya cumplían -en su versión anterior a esta reforma- con los niveles de protección exigidos por la Directiva y que hubiesen podido quedar como estaban, pero lo cierto es que el legislador optó por un texto uniforme para las tres normas (TRLPI, LP y LM), y puesto que el tenor de aquéllos era más claro, al hacerlo ha causado más confusión que certeza.

Con posterioridad, el legislador aprovechó la reforma de la LP de 2015, y la de la LM de 2019, para aclarar que en la letra a) del punto 2 de los arts.

74 LP y 43 LM la referencia a los lucros hay que entenderla como alternativa. No ha hecho lo mismo con el art. 140 TRLPI, que sigue diciendo lo mismo, pero podría defenderse que la interpretación auténtica del precepto se refiere también al texto del art. 140 TRLPI. Con todo, esta aclaración sigue sin zanjar el asunto de fondo de si se permite, junto a la “indemnización”, el recurso a las acciones de enriquecimiento “genéricas”. Tampoco aclara por qué una acción de daños (lucro cesante tradicional) y otra de restitución de la ganancia (que no es ni de daños -no indemniza-, ni de enriquecimiento -no reintegra-, sino que está en la lógica de la disuasión de conductas ilícitas) deben entenderse como alternativas. Podría decirse que se mueven en planos distintos, y que ambos son distintos respecto de la reintegración que persigue la restitución del módulo-licencia.

Desde luego, no se puede aceptar que una acción que persiga la ganancia no requiera la imputación subjetiva de la conducta del demandado; la ganancia neta podría ser muy superior al valor de reintegración o indemnización y, por tanto, constituir una medida punitiva. No puede aceptarse que una acción que absorbe la ganancia para disuadir de conductas ilícitas (medida eventualmente punitiva) no necesite de un título de imputación subjetiva: dolo o culpa grave.

El problema de la restitución de la ganancia es que se trata de una medida eventualmente punitiva y, por lo mismo, extraña al Derecho privado salvo en supuestos muy señalados.¹⁸ Lo corrobora el que la absorción de la ganancia sea una medida de carácter penal, desde nuestra perspectiva civil (para los penalistas, quedarse sin lo obtenido ilícitamente no es “penal” en el sentido de “aflictivo”), que está prevista a través del «decomiso» de todo aquello en que se haya concretado un delito doloso (art. 127 CP). Téngase en cuenta que una cosa es pensar que al intromisor se le debe quitar la ganancia, y otra justificar que deba entregarse al titular del derecho usurpado; castigar la acción del primero no tiene por qué enriquecer al segundo a su costa (lo que ocurrirá siempre que se entregue a éste por encima del valor de lo que se le ha usurpado).

Para algunos autores, la «ganancia ilícita» debería jugar en las leyes de protección de las propiedades inmateriales un papel similar al que cumple en el ámbito de la LO 1/1982, de Protección civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen (art. 9.3). Pero no resulta obvio que sea esto lo que ha querido hacer el legislador. Guste o no,

18 Como ocurre con socio de que viola la obligación de no competir con su sociedad civil; pero obsérvese que se trata de una conducta gravemente desleal: art. 1683 CC.

los arts. 140 TRLPI, 74 LP y 43 LM conceden al demandante la opción de medir el daño con la ganancia del intromisor, como si fuera un poseedor *de mala fe* que se queda sin la ganancia neta de su gestión al tener que entregar los frutos percibidos (arts. 455 CC). En cualquier caso, parece que esto solo debería prosperar si la conducta es subjetivamente imputable, esto es, si se trata de un intromisor de mala fe.

En un caso en el que el TS tuvo sus dudas sobre si se había perpetrado una intromisión, negó la restitución de la ganancia (STS de 8 de junio de 2006; RJ 2006, 3356). Sin embargo, en la reciente STS 504/2019, de 30 de septiembre (caso “Pasapalabra”), en la que también había cierta confusión sobre si el derecho está protegido o no, el TS concluye que la utilización del criterio indemnizatorio de “los beneficios obtenidos por el infractor” es procedente aunque el titular de los derechos infringidos no explote directamente el objeto de la infracción, pues considera que la modalidad de resarcimiento prevista en el artículo 140.2 TRLPI no es propiamente una modalidad “indemnizatoria” –pues no responde al quebranto patrimonial sufrido por el titular del derecho de exclusiva vulnerado-, sino que busca evitar que quede en el patrimonio del infractor el beneficio patrimonial logrado con la infracción (finalidad que no es la de la acción indemnizatoria, ni la de la *condictio* por intromisión, y que, frente a estas -que se fijan en la situación patrimonial del demandante-, procura disuadir de la conducta del demandado).

Lo que sí ha aclarado la nueva regulación es el de la indemnizabilidad de los *gastos de investigación* en que hubiere incurrido el titular del derecho usurpado. Deberá tratarse de un gasto razonable, en el sentido de proporcionado al daño que se consigue evitar y del daño cuya indemnización se solicita.

3.3 *La protección de la propiedad intelectual*

3.3.1 *La imputación subjetiva*

En cuanto a la imputación subjetiva, y al contrario de lo que ocurre en las leyes de patentes y de marcas, el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual no prevé ninguna especialidad, de forma que se responde de los daños causados conforme al principio de responsabilidad por culpa.

Lo cierto es que en la gran mayoría de casos resulta patente la concurrencia de un título de imputación subjetiva, por lo que apenas se plantean problemas de imputación. Se ha defendido que las excepciones podrían ser, por una parte, las intromisiones realizadas por menores y, en general,

inimputables (no capaces de culpa civil) y, por otra, las infracciones contra «obras huérfanas» (obras que no han caído en el dominio público pero cuyos titulares se desconocen). Pero nada se opone a que, tanto en un caso como en el otro, se apliquen las reglas generales (arts. 1903 y 1902 CC).

3.3.2 El lucro cesante tradicional

En el ámbito del TRLPI el lucro cesante tradicional, esto es, la ganancia que el titular del derecho protegido hubiese obtenido de no haber mediado la acción del intromisor, ha sido el módulo menos elegido en la práctica, en parte por la dificultad probatoria, en parte por la incertidumbre que supone el tener que optar por uno u otro criterio en el momento de interponer la demanda (antes de la fase de prueba), en parte porque no tiene sentido invocar este criterio cuando el titular del derecho no lo explota, o en supuestos de obras compuestas, aprovechamientos secundarios (como son su comunicación pública o transformación), etc.

3.3.3 La regalía hipotética o módulo-licencia

Por el contrario, el criterio de la «remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación» (módulo-licencia o regalía hipotética) ha gozado desde el principio de una gran aceptación. Aunque algunos autores hayan hablado de una «licencia obligatoria», es más correcto afirmar que se trata de acudir al mercado para valorar cuánto cuesta la acción llevada a cabo por el intromisor (no tanto para «reconstruir» *a posteriori* el contrato que se hubiese acordado por las partes) y, desde este punto de vista, se puede hablar de una solución *cuasicontractual*.

La STS 18 de abril de 2008 (RJ 2008, 4071) concede una indemnización conforme a este criterio, pero se discute si, tratándose de una serie de televisión ilícitamente emitida, la licencia debía calcularse sobre el total de los capítulos de la serie (como estimó el Juzgado de primera instancia) o sólo sobre los capítulos emitidos, que eran menos (como apreció la Audiencia). El TS entiende que la Audiencia se ajustó plenamente al contenido del art. 140 TRLPI.

Este módulo adquiere una especial importancia en sectores en los que los derechos protegidos se encuentran gestionados y defendidos por Entidades de Gestión, que son las que fijan las tarifas para poder usar los derechos de sus representados, esto es, las que determinan lo que cuesta utilizar

esos derechos. Un grupo significativo de sentencias trata de las demandas interpuestas por CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) contra las empresas de servicios reprográficos que no pagan las tarifas a la entidad y que, además, fotocopian obras completas sin tener en cuenta los límites establecidos legalmente. El supuesto de hecho, habitual en la práctica, provocó durante años sentencias contradictorias de las Audiencias Provinciales. Algunas estimaban que el demandado debía abonar lo que le hubiese costado la licencia ordinaria (la que concede CEDRO de modo habitual y con la que hubiese podido fotocopiar hasta el 10% de las obras). Otras sentencias opinaban que cuando se habían realizado copias sin licencia y además en una proporción superior a la permitida, debía pagarse el precio de la licencia que hipotéticamente hubiese permitido copiar la integridad de las obras, y para calcularlo se multiplicaba por 10 la licencia ordinaria (la que permite copiar el 10%). Para fundamentar estas decisiones, CEDRO creó un índice (CORSA) que le permitía calcular el precio de esas licencias hipotéticas con las que se permitiría un mayor porcentaje de copias. Finalmente, el TS dictó la Sentencia de 17 de mayo de 2010 (RJ 2010, 3900), para unificación de doctrina, en la que realiza un buen resumen de los mejores argumentos a favor y en contra de ambas posturas, y establece una doctrina que podría considerarse «salomónica». Reproducimos la *ratio decidendi*, por su interés:

«A) Esta Sala, en trance de unificar la doctrina existente en la materia, considera más atendibles los argumentos sustentados en la actualidad por la mayoría de las AAPP favorables a la aplicación de un porcentaje de incremento sobre la tarifa por reproducción de hasta el 10% de las obras, habida cuenta de que el carácter tasado de la tarifa y *el hecho de que sólo esté prevista para autorizaciones de reproducción del 10% de las obras no debe ser obstáculo para el cálculo por el tribunal de la llamada regalía hipotética en caso de explotación sin autorización*, en los términos del artículo 140 LPI, de acuerdo con la real importancia económica de los derechos objeto de la infracción. Considera, sin embargo, que deben tenerse también en consideración los argumentos expuestos por las AAPP que consideran los obstáculos a la aplicación del CORSA. Entre ellos merece especial atención el argumento de la posible falta de proporcionalidad de un incremento del 10% sobre la tarifa general, si no se prueba que responda a la entidad económica calculable para las reproducciones efectivamente realizadas, y también el argumento de que el CORSA está concebido como un recargo impuesto con carácter sancionador y ejemplarizante que, sin ser incorrecto, por responder a una regla proporcional aceptable, puede resultar desproporcionado

si se concibe con carácter automático para todo supuesto en que se demuestre la existencia de una infracción, pero no su alcance exacto. De esto se sigue que debe estimarse que la aplicación del CORSA, o el cálculo proporcional que conduce al mismo resultado, debe aplicarse teniendo en cuenta, según la prueba practicada, el porcentaje medio de reproducción respecto del total de las obras que se haya hecho sin autorización. Por consiguiente, la aplicación del CORSA puede tener un carácter desproporcionado si se parte del presupuesto de que la reproducción por medio de fotocopias en todo caso alcanza el ciento por ciento de las obras reproducidas cuando se acredita la existencia de una infracción de los derechos de propiedad intelectual. Cuando sólo se acredite que dicha reproducción íntegra ha tenido lugar respecto de un número reducido de obras, pero no pueda estimarse probado que tiene lugar con carácter íntegro de modo general, o en una proporción determinada, debe admitirse como razonable que la reproducción en el establecimiento demandado no siempre alcanzará el expresado porcentaje y, en este supuesto, puede aceptarse como criterio razonable el que se ha seguido por algunos órganos jurisdiccionales (SAP Madrid, Sección 25ª, 13 de junio de 2005, RA núm. 114/2005, y Juzgado de lo Mercantil de A Coruña de 30 de octubre de 2007) en el sentido de entender que el porcentaje que se estima proporcionalmente aceptable a falta de una prueba más concluyente es el intermedio de multiplicar por cinco la tarifa general prevista para la autorización del 10% de la obra, teniendo en cuenta que la parte frente a quien se reclama está en una situación favorable para demostrar que este porcentaje ha sido inferior.

B) Se fija la siguiente doctrina: la indemnización que debe fijarse al amparo del artículo 140 LPI por reproducción sin autorización por medio de fotocopias en establecimientos abiertos al público con arreglo a las tarifas generales de la sociedad demandante CEDRO, cuando ésta se acoge a la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación, debe fijarse en el importe de la tarifa general aprobada para la autorización de reproducciones del 10% de las obras, multiplicado por cinco. Si se prueba de manera suficiente que el porcentaje de promedio de reproducción de todas las obras fotocopias es inferior o superior al 50% de las obras la tarifa podrá multiplicarse por un coeficiente superior o inferior, y no podrá exceder de diez veces su importe.»

Sentencias posteriores que han aplicado esta doctrina son las SSTs de 6 de junio de 2011 (RJ 2011, 4389) y 8 de junio de 2011 (RJ 4399). Otros

ejemplos de interés en la jurisprudencia española son los protagonizados por *la remuneración equitativa de artistas, intérpretes o ejecutantes, o la explotación hotelera, con captación de señales de televisión y posterior distribución a los clientes*.¹⁹

3.3.4 La ganancia ilícita

Recordemos que en la redacción originaria del artículo 140 TRLPI no se incluía la ganancia obtenida por el intromisor como parámetro para poder computar el lucro cesante del titular del derecho usurpado, como sí ocurría con los preceptos paralelos de las Leyes de Patentes y Marcas. Con todo, hay algún caso en el que se ha llegado a retirar la ganancia al intromisor.

En un caso de plagio, la STS de 26 de noviembre de 2003 (RJ 2003, 8098) respeta la decisión del Juzgado de Primera Instancia que, singularmente, concede la ganancia ilícita neta y la indemnización por daño moral:

El Juzgado de 1ª Instancia condenó «a la Entidad Local demandada a indemnizar al actor, de un lado, en concepto de daños y perjuicios materiales, en la cantidad que resulte de multiplicar el valor del rendimiento neto que, a determinar en período de ejecución de Sentencia, venía obteniendo el demandante desde el año 1992 en la venta de cada ejemplar de la Guía Turística de Arcos, edición de 1990, de la que el mismo es autor, por el número de ejemplares ilícitos de los folletos “Arcos” y “Arcos entre la realidad y el sueño” que se hayan publicado y distribuido, número/s a determinar de uno y otro, asimismo, en dicha fase ejecutoria; y, de otro lado, en concepto de perjuicios morales (...)».

La STS de 29 de diciembre de 1993 (RJ 1993, 10161), caso «Julio César», utiliza la ganancia obtenida por el intromisor para calcular la indemnización, pero lo hace fijando el daño patrimonial (no se aceptó la existencia de daño moral) en el 15% de la ganancia obtenida, sin que conste de ningún modo el razonamiento que llevó al Tribunal a elegir esa proporción, en un caso en el que los demandados habían utilizado parte de la

19 BASOZABAL ARRUE, X., “Daños a la propiedad intelectual e industrial”, en *PRACTICUM Daños*, 3ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, 738 y ss.

traducción de la obra representada (*Julio César* de W. Shakespeare), que era del demandante, sin consentimiento de éste.

3.4 La protección de la propiedad industrial

3.4.1 *La imputación subjetiva*

Así como en el ámbito de la propiedad intelectual no hay ninguna previsión específica respecto a la imputación subjetiva de la responsabilidad, en la protección de las propiedades industriales las Leyes de Patentes y Marcas prevén que de algunas acciones se responda «en todo caso» y, por tanto, con independencia de que pueda apreciarse o no culpa en el intromisor.

Art. 72 LP. Presupuestos de la indemnización de daños y perjuicios

1. Quien, sin consentimiento del titular de la patente, fabrique, importe objetos protegidos por ella o utilice el procedimiento patentado, estará obligado *en todo caso* a responder de los daños y perjuicios causados.

Art. 42 LM. Presupuestos de la indemnización de daños y perjuicios

1. Quienes, sin consentimiento del titular de la marca, realicen alguno de los actos previstos en las letras a) y f) del artículo 34.3, así como los responsables de la primera comercialización de los productos o servicios ilícitamente marcados, estarán obligados *en todo caso* a responder de los daños y perjuicios causados.

Artículo 34. *Derechos conferidos por la marca*

1. El registro de la marca confiere a su titular el derecho exclusivo a utilizarla en el tráfico económico.

2. El titular de la marca registrada podrá prohibir que los terceros, sin su consentimiento, utilicen en el tráfico económico:

a) Cualquier signo idéntico a la marca para productos o servicios idénticos a aquéllos para los que la marca esté registrada.

b) Cualquier signo que por ser idéntico o semejante a la marca y por ser idénticos o similares los productos o servicios implique un riesgo de confusión del público; el riesgo de confusión incluye el riesgo de asociación entre el signo y la marca.

c) Cualquier signo idéntico o semejante para productos o servicios que no sean similares a aquéllos para los que esté registrada la marca, cuando ésta sea notoria o renombrada en España y con la utilización del signo realizada sin justa causa se pueda indicar una conexión entre dichos bienes o servicios y el titular de la marca o, en general, cuando ese uso pueda implicar un aprovechamiento indebido o un menoscabo

del carácter distintivo o de la notoriedad o renombre de dicha marca registrada.

3. Cuando se cumplan las condiciones enumeradas en el apartado anterior podrá prohibirse, en especial:

- a) Poner el signo en los productos o en su presentación.
- b) Ofrecer los productos, comercializarlos o almacenarlos con esos fines u ofrecer o prestar servicios con el signo.
- c) Importar o exportar los productos con el signo.
- d) Utilizar el signo en los documentos mercantiles y la publicidad.
- e) Usar el signo en redes de comunicación telemáticas y como nombre de dominio.
- f) Poner el signo en envoltorios, embalajes, etiquetas u otros medios de identificación u ornamentación del producto o servicio, elaborarlos o prestarlos, o fabricar, confeccionar, ofrecer, comercializar, importar, exportar o almacenar cualquiera de esos medios incorporando el signo, si existe la posibilidad de que dichos medios puedan ser utilizados para realizar algún acto que conforme a las letras anteriores estaría prohibido.

4. El titular de una marca registrada podrá impedir que los comerciantes o distribuidores supriman dicha marca sin su expreso consentimiento, si bien no podrá impedir que añadan por separado marcas o signos distintivos propios, siempre que ello no menoscabe la distintividad de la marca principal.

5. Las disposiciones de este artículo se aplicarán a la marca no registrada «notoriamente conocida» en España en el sentido del artículo 6 bis del Convenio de París, salvo lo previsto en la letra c) del apartado 2.

La excelente STS de 31 de mayo de 2011 (RJ 2011, 3999) explica con acierto que el «en todo caso» se refiere a la imputación subjetiva, no a la existencia del daño.

«El artículo 64 LP (ahora art. 72 LP) “no se refiere al daño, ni en su realidad —existencia—, ni en su cuantificación, sino a si es necesario o no culpa para apreciar la responsabilidad por los daños y perjuicios causados”. (...) Lo que resulta de la norma es que en los supuestos del apartado 1 (entre ellos la importación) no se requiere culpa, en tanto en los del apartado 2 (entre ellos la comercialización) es preciso que concurra culpa o negligencia (o la advertencia de la explotación ilegal). La expresión “en todo caso” del apartado 1 significa que la responsabilidad es objetiva, no subjetiva. Se hace abstracción de si hay o no culpa, pero en modo alguno sirve de fundamento para presumir la existencia del daño. Como razona la sentencia recurrida el daño

hay que probarlo, sin que ello sea óbice a que por las circunstancias concurrentes se revele la existencia como una consecuencia necesaria, lógica e indefectible de la acción ilícita. En este último caso nos hallaríamos ante la aplicación de la regla “*in re ipsa*”, conforme a la que, al hablar la cosa misma, no es preciso lo haga el hombre, cuyo efecto en materia de prueba del daño es la de presumir su existencia (realidad). Por consiguiente, del artículo 64.1 de la LP no cabe deducir una presunción de existencia del daño, tanto más si se tiene en cuenta que habla de daños “causados”.»

No todas las sentencias distinguen con esta precisión, aunque cabe lógicamente que en el supuesto de hecho se diera tanto la responsabilidad objetiva como la evidencia de la existencia del daño. La STS de 1 de diciembre de 2005 (RJ 2005, 7746) entiende que

«el artículo 64 de la LP (ahora art. 72 LP), a diferencia de lo que establece el artículo 63 (“podrá”), otorga al titular de la patente la posibilidad de obtener “en todo caso” la reparación económica por parte de quien fabrica o utiliza el procedimiento patentado sin consentimiento de su titular. Se trata de una responsabilidad objetiva, que se alinea a la doctrina de esta Sala para otras situaciones jurídicas sobre la estimación de daños y perjuicios inherentes, sin necesidad de prueba directa de los mismos en cuanto de los hechos demostrados o reconocidos por las partes se deduzca necesaria y fatalmente de los mismos como reales y efectivos (Sentencias de 10 de junio de 2000 que cita las de 5 de junio de 1985, 30 de septiembre de 1989, 7 de diciembre de 1990, 15 de abril y 15 de junio de 1992; 1 de julio de 1995; 25 de febrero de 2000 y de 7 de diciembre de 2001, en cuanto al apartado 1 del artículo 64); doctrina que resulta lógica en razón a que es perfectamente posible deducir el perjuicio originado teniendo en cuenta que las ventas efectuadas por el infractor repercuten en principio de forma negativa en las ventas del titular de la Patente y de quien la explota, y su estimación responde a idénticos criterios de lógica expresados en el artículo 66 de la Ley, en cuanto se concretan a una suma equivalente al precio que hubiera debido pagar por la concesión de una licencia de explotación que le hubiera permitido llevar a cabo la utilización del objeto de la patente, hasta que el cese en la explotación ilícita del producto, selección de la parte actora, y a determinar en ejecución de sentencia, si no es posible hacerlo en este trámite, conforme a lo dispuesto en el artículo 360 de la LECiv de 1881.»

La responsabilidad es subjetiva en los demás casos:

Art. 72 LP. Presupuestos de la indemnización de daños y perjuicios

2. Todos aquellos que realicen cualquier otro acto de explotación del objeto protegido por la patente sólo estarán obligados a indemnizar los daños y perjuicios causados si hubieran sido advertidos por el titular de la patente acerca de la existencia de ésta, convenientemente identificada y, de su violación, con el requerimiento de que cesen en la misma, o en su actuación hubiera mediado culpa o negligencia.

Art. 42 LM, Presupuestos de la indemnización de daños y perjuicios

2. Todos aquellos que realicen cualquier otro acto de violación de la marca registrada sólo estarán obligados a indemnizar los daños y perjuicios causados si hubieran sido advertidos suficientemente por el titular de la marca o, en su caso, la persona legitimada para ejercitar la acción acerca de la existencia de ésta, convenientemente identificada, y de su violación, con el requerimiento de que cesen en la misma, o cuando en su actuación hubiere mediado culpa o negligencia o la marca en cuestión fuera notoria o renombrada.

Se actúa con culpa o negligencia si el desconocimiento de estar violando un derecho ajeno hubiera podido desvanecerse empleando una diligencia razonable.²⁰ La STS de 17 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8262) aclaró expresamente que se trata de culpa civil, no penal:

«El motivo reproduce el fundamento séptimo de la sentencia y con el texto del artículo 37 de la Ley de Marcas (actual artículo 42), y obtiene la conclusión de que este precepto, cuando establece la obligación de indemnizar si en la actuación del violador de la marca registrada hubiese mediado culpa o negligencia, se está refiriendo, dice el recurrente, a culpa o negligencia *ex delictus*. El motivo decae porque la culpa a que se refiere el artículo 37, *es la culpa civil*. La declaración de culpa o negligencia es una declaración fáctica no combatida como tal hecho. Ciertamente, siendo también la culpa o negligencia un concepto jurídico, puede impugnarse si la conclusión de su existencia se desprende de hechos que no permiten obtenerla, pero en el caso de autos tampoco estos hechos base de la calificación de la conducta como negligente se combaten, y por tanto, subsiste el hecho del enorme soporte publicitario de “Adidas”, que difícilmente permite alegar desconocimiento del

20 REGLERO CAMPOS, L. F., “Los sistemas de responsabilidad civil”, en REGLERO CAMPOS (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, I, 4ª ed., Cizur Menor, Aranzadi-Thomson, 2008.

adorno; pues no es excusa confesar que lo “ponían porque estaba muy de moda”, y aunque fuera verdad la alegación de desconocimiento de los derechos de “Adidas” es, como dice la Audiencia, error fácilmente vencible.»

En caso de advertencia o requerimiento (supuestos primero y segundo de los arts. 72 LP y 42 LM), y en el de marca notoria o renombrada (artículo 43.2 *in fine* LM), la imputación subjetiva resulta clara. La doctrina pone de relieve el significado probatorio de estas previsiones. Se ha dicho también que la advertencia tendría más sentido si se tratase de marcas aún no registradas pero de las que se ha solicitado la inscripción, pues si la marca ya está registrada parece «negligente» no haberlo comprobado.²¹ En cuanto a la advertencia, basta con que sea «suficiente». La anterior versión de los preceptos decía «fehaciente», como sigue diciendo aún el art. 54.2 de la Ley de Protección del Diseño Industrial, pero la jurisprudencia ya se había encargado (bajo la anterior redacción) de flexibilizar esa exigencia.

3.4.2. El triple cómputo

El legislador ha aclarado que la petición de los lucros -el lucro del demandado y el lucro del demandado- es alternativa. Pero son muchas más las cuestiones que deja sin resolver: no dice nada sobre si podría pedirse el lucro cesante tradicional (acción de daños) junto a una acción de enriquecimiento para la reintegración del derecho usurpado mediante el pago de una regalía hipotética; el precepto parece excluirlo. Tampoco se dice por qué en este caso se permite la disuasión de la conducta del demandado que haya obtenido una ganancia (podría no haberla obtenido a pesar de ser la conducta igualmente ilícita), que sea el demandante quien decida pedírsela, etc.

Lógicamente, cabe la indemnización de todo el daño emergente que se logre probar, incluidos los gastos para investigación de los daños causados y cuya indemnización se reclama en el litigio (siempre que guarden una proporción razonable con el daño que se trata de evitar y el daño cuya indemnización se reclama).

21 REGLERO CAMPOS, L. F., “Responsabilidad civil por daños a la propiedad industrial”, en REGLERO CAMPOS (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, III, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson, 2008, p. 653 y ss.

a) El lucro cesante tradicional

El lucro cesante tradicional plantea la dificultad a la que ya nos hemos referido sobre su prueba. Es significativa la STS de 31 de mayo de 2011 (RJ 2011, 3999), que desestima la pretensión porque el demandante no explotaba el derecho usurpado:

«La sentencia recurrida desestima la pretensión de indemnización de daños y perjuicios con base, en síntesis, de que habiendo optado la actora por el criterio de cuantificación que recoge el artículo 66.2.a) de la LP (ahora art. 74 LP), como la misma no explotaba en España la patente, ni siquiera *ex re ipsa* cabe inferir la existencia de un perjuicio consistente o cuantificado en los beneficios que el titular habría obtenido previsiblemente de la explotación de la invención patentada si no hubiera existido la competencia del infractor, sencillamente porque no ha existido competencia de Roig Farma, y de no haberse producido el comportamiento infractor la actora seguiría sin obtener beneficio alguno de la explotación de la patente, *pues no la explotaba en nuestro país*. Asimismo examina dialécticamente la posibilidad de aplicar el criterio de la regalía hipotética [artículo 66.2.c) y 3 LP en la redacción original] y rechaza su eventual estimación porque no se probó la cuantía ni las bases necesarias para su fijación. El motivo sostiene que la decisión y argumentación de la resolución recurrida infringe la doctrina jurisprudencial de las Sentencias 27 de julio de 1998, 7 de diciembre de 2001, 28 de abril y 1 de diciembre de 2005 y 4 de septiembre de 2006.»

b) La ganancia ilícita

El beneficio obtenido por el intromisor tampoco es algo fácil de probar, por mucho que se haya reforzado —también procesalmente— la posibilidad de exigir al demandado que exhiba los datos que podrían facilitar su cálculo. Esto es así porque el uso ilícito del derecho protegido acontece normalmente dentro de un proceso productivo o comercial en el que intervienen una pluralidad de factores (capital, iniciativa, promoción, publicidad, etc.), y en el que resulta sumamente complejo deslindar qué parte de la ganancia corresponde a cada uno de aquéllos. Con todo, en algunos casos la jurisprudencia ha retirado la ganancia al intromisor:

En la STS de 19 de mayo de 2004 (RJ 2004, 2886), sentencia «Lacoste»,

«[I]a parte actora solicita la cantidad de 3.802.400 pesetas, correspondiente, dice, a los 560 polos vendidos por Pryca con su marca falsamen-

te, obtenida al multiplicar el precio a los que ella los vendía por la última cifra. No es admisible la petición porque del precio de venta ha de deducirse necesariamente el costo de la prenda. No se han probado ni éste ni otros gastos deducibles. La diferencia es a lo que tiene derecho la actora, que se concretará en ejecución de sentencia, pues es obvia la realidad de costes de fabricación de un producto. Solicita también la actora el 5,5%, como royalty que paga la licenciataria de su marca, sobre la cantidad anterior. La prueba documental acredita este extremo, por el que se admite, debiendo quedar para ejecución de sentencia su cuantificación por ser dependiente de la petición anterior.»

La peculiaridad de esta sentencia consiste en que concede la ganancia neta y la licencia, cuando parece claro que el artículo 43 LM las ofrecía como alternativas excluyentes.

También parece conceder simultáneamente dos módulos (en esta ocasión, el lucro cesante tradicional y la ganancia ilícita) la STS de 23 de diciembre de 2004 (RJ 2005, 81), aceptando lacónicamente la resolución recurrida: no cabe «apreciar infracción alguna en el pronunciamiento indemnizatorio fundado en el beneficio dejado de percibir por las actoras y en el beneficio obtenido por la demandada, a cuantificar en ejecución de sentencia».

En un supuesto interesante y complejo, en el que no estaba claro si había o no incompatibilidad entre las dos marcas en conflicto, el TS denegó al demandante la ganancia ilícita, que era lo que había solicitado. La STS de 8 de junio de 2006 (RJ 2006, 3356) parece querer decir que no procede la restitución de la ganancia en un caso en el que la propia existencia de la intromisión resulta dudosa, en el fondo, porque no se puede imputar subjetivamente una acción reprochable al intromisor:

a) La posible aplicación —según los casos— de la doctrina *in re ipsa* a la indemnización de daños y perjuicios en materia de Derecho Marcario no supone que baste para deferir la cuestión a ejecución de sentencia, pues es preciso señalar los conceptos a indemnizar y los datos para fijar la indemnización;

b) La remisión a ejecución de sentencia no puede aplicarse a la determinación de la existencia de la obligación de indemnizar, ni a la apreciación en el caso de la doctrina *in re ipsa*. Tal remisión sólo puede tener lugar para la fijación de las bases y/o de la cuantía únicamente cuando una y otra no se pueden acreditar en el curso del proceso declarativo. Así resulta con claridad meridiana del artículo 360 LECiv y doctrina reiterada de este Tribunal; (...)

La desestimación respecto de la indemnización de daños y perjuicios se fundamenta en que, habiendo optado la entidad demandante por el criterio del artículo 38.2.b) relativo a “los beneficios que haya obtenido el infractor por consecuencia de la violación” (escrito de demanda, fs. 20 y 31 de autos), aun cuando constan en las actuaciones las ventas de queso Paladín, sin embargo la apreciación de la incompatibilidad de las marcas era dudosa, como lo revelan los distintos criterios de las instancias, y de esta Sala respecto de la de apelación, por lo que no resulta razonable la condena solicitada.»

Desde la perspectiva del Derecho de la responsabilidad civil, hay autores que califican el módulo-ganancia ilícita como un supuesto de *daños punitivos*, lo que suele criticarse alegando que habría que imputarlos subjetivamente y, además, que no estaría justificado que se impongan en este ámbito sí y en otros no.²² Sin embargo, sorprende encontrar como no problemática la afirmación de que sí sería posible la restitución de la ganancia del intromisor mediante la acción de enriquecimiento injustificado, con la agravante de que ésta prospera sin necesidad de título de imputación subjetiva (dolo o culpa). Es verdad que el Derecho de enriquecimiento se plantea la cuestión de la absorción de la ganancia ilícita, pero en líneas generales se tiende a verlo como una posibilidad excepcional y, desde luego, como una solución que en todo caso habría que imputar subjetivamente.²³

c) La regalía hipotética o módulo licencia

En cuanto a la licencia, suele aceptarse que se trata del módulo que presenta mayores facilidades de prueba y que consigue indemnizaciones más bajas.

Algunas sentencias se han hecho eco de la idea de que este modo de computar el daño viene a «facilitar» la prueba del lucro cesante y, en esa medida, hace posible una indemnización que de otro modo resultaría incierta.

La STS de 5 de febrero de 2008 (RJ 2008, 4029) —citada por la posterior de 18 de noviembre de 2010 (RJ 2010, 9169)— acude a la idea de «ficción»:

22 REGLERO CAMPOS, “Responsabilidad...”, cit., III, p. 653 y ss.

23 BASOZABAL, *Enriquecimiento...* cit., pp. 299 y 300.

«El artículo 38.2 de la Ley 32/1988 (actual artículo 43), siguiendo el ejemplo del 66.2.c) de la Ley 11/1986, de patentes, (actual art. 74) reconoce al perjudicado por la infracción de la marca, como una de las alternativas previstas para la indemnización del lucro cesante, la facultad de reclamar al infractor el precio que habría tenido que pagar para obtener de él una licencia que le hubiera permitido la utilización del signo conforme a derecho. Para ello se construye en el precepto la ficción de que el titular, que precisamente reacciona ante una incontestada intromisión en el ámbito de su reconocida facultad de exclusión, le ha concedido al infractor una licencia. Y eso lo hace la norma con el fin de que dicho titular, en caso —por ejemplo— de encontrarse ante una dificultad de prueba de los supuestos en que se basan las otras posibilidades admitidas, no quede desamparado. (...) Como quedó expuesto, en la sentencia recurrida se declaró probada la infracción de las marcas de que es titular Imperial Chemical Industries PLC, así como la realidad de la intimación a que se refiere el artículo 37 de la misma Ley. Ello sentado, la opción que dicha sociedad ejercitó en la demanda a favor de la fórmula del repetido artículo 38.2.c), no puede quedar frustrada por la ausencia de prueba de la realidad de los perjuicios, ante la evidencia *ex re* del *lucrum cessans*, resultante de una utilización de los signos registrados jurídicamente posible mediante licencia. Contrato oneroso en cuya posibilidad abstracta y ausencia concreta se encuentra la causa del lucro de que ha sido privada la titular.»

En otros casos, cuando ha quedado acreditado que el titular del derecho protegido no tenía intención alguna de cederlo, o que en su política comercial descartaba la concesión de licencias, el TS ha denegado esta modalidad de daño. La STS de 31 de mayo de 2002 (RJ 2002, 6753), caso «Petrossian», entendió que la demandante

«no acertó al optar por el criterio del precio de la licencia, ya que, según afirma ella misma al impugnar el recurso de casación, su política mercantil consiste en controlar directamente los locales “Petrossian”, *sin conceder por tanto licencias*. De aquí que la suma de cinco millones de pesetas propuesta en la demanda y tan dubitativamente acogida por la sentencia impugnada no merezca otro calificativo que el de arbitraria, como arbitraria sería igualmente cualquier otra cifra ante una ausencia total de datos al respecto que no puede suplirse en fase de ejecución porque la propia política comercial de la actora mantenida durante años siempre impediría fijar cualquier suma con un criterio mínimamente fiable. En consecuencia, por más que en general esta Sa-

la tienda a apreciar la causación de daños y perjuicios como inherente a las infracciones en materia de propiedad industrial y competencia desleal [así, SSTS 10 de octubre de 2001 (RJ 2001, 8794) en recurso 1843/1996 y 7 de diciembre de 2001 (RJ 2001, 9936) en recurso 2483/1996], en este caso debe prevalecer el criterio de no apreciar esos daños y perjuicios [STS 20 de febrero de 2001 (RJ 2001, 2585) en recurso 361/1996] dada la equivocada opción de la demandante y su total falta de actividad alegatoria y probatoria en orden a cualquier otro criterio aplicable.»

De aquí no debería deducirse que el titular del derecho tenga que probar, como presupuesto de su pretensión, que lo hubiera explotado económicamente. Sin embargo, no es el único caso en que el TS ha denegado este módulo alegando que no era previsible que el titular del derecho hubiera concedido la licencia al infractor. La STS de 9 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 8787), caso Chanel, da por bueno el razonamiento del Juzgado de Primera Instancia, que también había sido reproducido por la sentencia recurrida:

«el uso por la demandada de la designación “Chanel’s” en el rótulo de su establecimiento y en los embalajes y etiquetas, lo era “con fines publicitarios y de reclamo de clientela”; por lo que, no comerciando la misma con productos de la marca “Chanel”, mal podía concedérsele licencia para la utilización de dicha marca, y ni siquiera del rótulo mismo, por carecer de sentido que en un establecimiento así designado no se vendieran productos de la marca anunciada y sí de otras distintas, siendo obligado entender, en esta tesitura, que el supuesto perjuicio causado a la actora sólo podría venir dado en relación a las ganancias obtenidas por la demandada como consecuencia de aquellas compras efectuadas por clientes que, atraídos inicialmente por el equívoco rótulo, terminaran adquiriendo productos de otras marcas y no de las que la demandante tiene reconocidas [criterio b) del artículo 38 de la Ley de Marcas], pero, además de que dicho remedio indemnizatorio no fue el elegido por la actora, es que la prueba correspondiente sería de extrema complejidad al haber de basarse en aventurados estudios de mercado, de fiabilidad siempre dudosa» (Fundamento Jurídico segundo de la sentencia recurrida).

Parte del interés que suscita esta jurisprudencia es, precisamente, que refleja bien la distorsión que se produce al regular una solución propia del enriquecimiento injustificado bajo el ropaje de una acción indemnizatoria. En la lógica de la *condictio* por intromisión, la licencia es el precio de lo

que el intromisor ha usurpado al titular, y debe restituirse con independencia de que el titular hubiera o no licenciado su derecho; le corresponde porque es lo que cuesta la acción que ha consumado el intromisor. Sin embargo, desde una perspectiva indemnizatoria sí es perfectamente legítimo preguntarse si el titular del derecho lo hubiese licenciado; no sólo eso, sino que habría que probar que ha sido la acción del usurpador la que le ha impedido hacerlo. Desde esta perspectiva, no hay que reprochar a la jurisprudencia que niegue el módulo licencia *como daño* en esos supuestos, pero hay que reconocer que ese mismo titular podría acudir a una *condictio* por intromisión para obtener la licencia por el uso del derecho usurpado. ¿Qué ha querido el legislador, que se trate este módulo-licencia como daño, o conceder una *condictio* por intromisión?

La STS de 5 de diciembre de 2012 (RJ 2013, 199) dice acerca del «pago de la contraprestación que hubieran debido abonar a la titular de la patente por la concesión de una licencia que les hubiera permitido llevar a cabo la explotación del producto Losartán conforme a derecho, durante el plazo antes señalado», que «[s]e trata, al fin, de una remuneración con equitativas funciones, propias de una *condictio* por intromisión». Y para la STS de 31 de mayo de 2011 (RJ 2011, 3999), «la aplicación de la regalía hipotética [artículo 66, apartado 3, en relación con apartado 2, letra c), redacción original], que opera en el campo del enriquecimiento injusto, y no en el resarcitorio del daño, no resulta procedente porque no había sido pedida en su momento procesal, y, en cualquier caso, no se probó la cuantía, sin que haya causa que lo justifique, por lo que no sería posible diferirlo para otro proceso, pues para ejecución de sentencia lo vedaría en todo caso el artículo 219 LEC». Si estas ideas prosperan, y el Tribunal termina reconociendo que se trata de reintegrar el patrimonio del demandante, todo el discurso sobre lo que este hubiera hecho o no, para justificar la existencia de un daño, sobra.

3.4.3 La necesidad de optar por uno de los módulos

Las alternativas se excluyen entre sí, y la elección habrá de hacerse en la demanda, decisión que será irrevocable una vez haya sido trasladada al demandado. En principio, el demandante es libre para optar por cualquiera de esos módulos, pero como hemos visto, le corresponde acreditar su entidad: qué ganancia hubiese obtenido, qué ganancia ha obtenido el intromisor, qué precio pone el mercado a esa licencia hipotética.

La STS de 3 de febrero de 2003 (RJ 2003, 838) entiende que no procede la indemnización de daños y perjuicios «cuando la demanda se limita a

inclinarse por una de ellas, sin más especificaciones, y sin aportar datos o elementos que conduzcan a la fijación de la cuantía indemnizatoria»:

«No procede (...) la indemnización de daños y perjuicios pedida en la demanda “tomando al efecto las ganancias que la parte usurpante haya obtenido”, sin más especificaciones, porque sobre prescindirse prácticamente por completo en la propia demanda de unos datos mínimos en cuanto al cómputo inicial de tales ganancias o a los trayectos concretos en que se obtuvieran, imprescindibles dada la situación de funcionamiento simultáneo de varias empresas denominadas “La Galaica” durante muchos años antes de interponerse la demanda, limitada en este punto a la pura y simple formalidad de transcribir el contenido íntegro del artículo 38 de la Ley de Marcas de 1988 entre sus fundamentos de derecho, tampoco el escrito de resumen de pruebas de la parte actora prestó la más mínima atención a esta cuestión, hasta el punto de que ni siquiera se interesó la fijación de aquellas ganancias en ejecución de sentencia, signos demostrativos de una falta de verdadero interés de la parte actora en su pedimento indemnizatorio.»

Este recorrido por los textos legales y la jurisprudencia nos permite concluir que, en todo caso, lo importante es saber distinguir cuáles son los “ingredientes”, algunos propios del derecho de daños y otros del derecho de enriquecimiento injustificado, que la ley ha combinado para lograr un discutible adecuado tratamiento de la acción indemnizatoria en la protección de los bienes inmateriales. Probablemente, el panorama podría aclararse con la adecuada concesión de la *condictio* por intromisión.

4. Daño y enriquecimiento en el Derecho de contratos: la STS de 4 de julio de 2011

Finalmente, un último escenario en el que han confluído la pretensión indemnizatoria y la de enriquecimiento sin causa ha sido el que ha protagonizado el Derecho contractual al juzgar el retraso en la entrega de unas naves, cuando el deudor las retiene por un tiempo antes de entregarlas. Era el supuesto de la STS 4 de julio de 2011 (RJ 2011\4997, MP: Ferrándiz Gabriel): La vendedora de unas naves retrasó su entrega. La compradora demandante pedía como daño indemnizable la renta de uso de las naves desde que debieron entregarse hasta que fueron entregadas. Tanto las instancias como el TS estimaron la demanda y, de forma significativa, el último apoya su fundamentación (entre los *obiter dicta*) en los preceptos que las leyes de patentes o marcas dedican a la acción indemnizatoria,

que son los que permiten que el daño se mida acudiendo a la licencia que hubiera legitimado la intromisión, esto es, en preceptos que permiten computar el daño con soluciones propias del Derecho de enriquecimiento.

Las dificultades para que prosperara la acción indemnizatoria venían de que el demandante no había probado que el daño fuese equiparable al alquiler de las naves; de hecho, no las había usado -ni él ni a través de otro- desde que las recibió. El TS menciona la *condictio* por intromisión, que en el caso no hubiera tenido problemas teóricos para prosperar porque el comprador se había hecho propietario de las naves gracias a la escritura pública de compraventa, de manera que el vendedor había poseído bienes ajenos mientras duró el retraso. Si omitimos este último detalle, nos preguntamos si el acreedor a la entrega de cosa cierta (todavía no propietario) hubiera podido ejercitar la *condictio* por intromisión o el derecho al *commodum* por el valor de uso no entregado. Si los arts. 1095 y 1186 CC otorgan al acreedor el monopolio de las utilidades de la cosa, los frutos, o el valor que en el patrimonio del deudor represente o sustituya al bien debido, ¿podría el acreedor de cosa cierta exigir el valor de uso de la cosa desde que nace la obligación de entregarla, esto es, desde que se le atribuye el monopolio de los rendimientos de la misma?

Pongamos que el vendedor de unas naves retrasa dos meses la entrega de éstas en una venta, porque ha conseguido alquilarlas en buenas condiciones durante ese tiempo. El comprador no puede probar que hubiese necesitado esos inmuebles para arrendarlos o para usarlos por sí mismo; ¿podría exigir el *commodum* que representa el uso del vendedor, esto es, las rentas que ha cobrado? Si la respuesta es afirmativa, ¿podría exigirse también la renta de mercado cuando el vendedor se retrasa dos meses en la entrega de las naves y las sigue usando para sí? Y si el deudor incumple y no usa las naves para sí ni para otro, ¿podría exigir el acreedor esa misma renta de uso como daño, o como *commodum* obtenido por el vendedor?

La idea choca con que, en nuestro ordenamiento, el retraso en la entrega de deuda dineraria no genera un derecho a los intereses por la mera productividad del dinero, sino el derecho a ser indemnizado cuando el deudor incurra en mora (según la medida del daño tasada en el art. 1108 CC). Si el acreedor de dinero no tiene derecho al interés por el mero retraso en la entrega, resulta difícil aceptar que el acreedor de cosa cierta pueda pedir la renta de uso por el tiempo que dure el retraso.

La manera de superar este interrogante la ofrece, una vez más, la idea de “intromisión/usurpación”, que proporciona el criterio para distinguir cuándo un “mero” acreedor (no propietario ni titular de un derecho absoluto) resulta protegido con el derecho a lo que obtenga el vendedor. El vendedor que retrasa la entrega y usurpa el uso de las naves, para sí o

para otro, esto es, el que además de incumplir se aprovecha de aquello que debió entregar, deberá al comprador el valor que represente ese uso, esto es, el comprador podrá exigirle el *commodum* obtenido del tercero; por el contrario, el mero incumplimiento por retraso en la entrega que no suponga además una intromisión en el uso de las cosas no otorgará ningún derecho al cómodo, tampoco cuando el vendedor incurra en mora. Lo relevante será que protagonice una intromisión/ usurpación: no se entrega para especular con el valor de uso del bien o para seguir disfrutando de él. El valor de esa intromisión sí se encuentra atribuido al comprador *ex arts. 1095 y 1186 CC.* Que se aprecie una “intromisión” es lo que resulta significativo también dentro del ámbito contractual.

5. Reflexión final

Podría decirse que, en teoría, la restitución del enriquecimiento y la indemnización del daño son realidades perfectamente diferenciables. Sin embargo, la práctica legislativa y judicial no permiten seguir siempre con este rigor la línea de diferenciación entre una y otra. Por una parte, la acción de enriquecimiento injustificado se sigue considerando por la jurisprudencia como subsidiaria, lo que casa mal con su verdadera autonomía. Las leyes de propiedad intelectual e industrial regulan una acción de daños que contempla entre las posibilidades de medir el daño métodos propios de la acción de enriquecimiento por intromisión; no hay una opinión clara sobre si se ha querido una acción de daños compatible con otras de enriquecimiento, o si se ha querido un producto híbrido (entre enriquecimiento y daño) que excluye el poder acudir a las reglas generales, tanto de la acción de daños como de la acción de enriquecimiento.

Finalmente, se acude a la figura del enriquecimiento para justificar la medida del daño por incumplimiento, también cuando no se ha probado que el acreedor a la entrega de la cosa hubiese sufrido un daño en la medida de la reintegración de su patrimonio. Cualquiera de estos escenarios confirma que conviene seguir remarcando la importancia de distinguir ambas pretensiones y sus respectivos ámbitos de aplicación y alcance.

Haftung für autonome Systeme

*Gerald Spindler**

Der Beitrag befasst sich mit der zivilrechtlichen Haftung für autonome Systeme bzw. Anwendungen der Künstlichen Intelligenz, wobei auch Fragen der Vernetzung und des nötigen Trainings mit Daten erörtert werden. Neben der Bewältigung der Haftungsfragen durch das geltende Recht werden auch die rechtspolitischen Vorschläge ausführlich erörtert.

El artículo trata la responsabilidad civil (de la perspectiva del derecho de danos) por las sistemas autonomas, en particular por el uso de sistemas de inteligencia artificial, incluyendo problemas de conexion y el entranamiento de este sistemas con datos. A parte de la situacion en el derecho de lege lata tambien diferentes perspectivas de lege ferenda estan discutados profundamente.

SCHLÜSSELWÖRTER: Künstliche Intelligenz, Haftung, Deliktsrecht, Kausalität, Verschulden, Vernetzung, Vorschlag einer EU-Verordnung zur Künstlichen Intelligenz

PALABRES DE CLAVE: Inteleigencia Artificial, responsabilidad civil, derecho de delitos, causalidad, negligencia, problemas de interconnexión, propuesta de una regulación de la EU sobre la inteligencia artificial

1 Einleitung

Während früher Rechtsfragen aus der IT-Welt eher ein Nischendasein fristeten, sind inzwischen die mit IT-Phänomenen verbundenen Problemkrei-

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Rechtsvergleichung, Multimedia- und Telekommunikationsrecht an der Georg-August-Universität Göttingen und Mitglied der High Level Expert Group on Liability and New Technologies – New Technologies Formation bei der EU-Kommission. Die Ausführungen geben allein seine persönliche Meinung wieder, nicht diejenige der Kommission oder der Expertengruppe.

se auch im Bereich des zivilrechtlichen Mainstreams angekommen.¹ Insbesondere Fragen der Künstlichen Intelligenz beschäftigen seit mehreren Jahren Juristen in aller Welt. So liegt auch ein Bericht der High Level Expert Group bei der EU Kommission für künstliche Intelligenz vor,² der ausführlich Stellung zu den verschiedenen aufgeworfenen Rechtsfragen nimmt.³ Ebenso hat *Zech* ein detailreiches Gutachten für den Deutschen Juristentag 2020 zu den damit verbundenen Haftungsfragen vorgelegt. Im Kern kreist die Diskussion um die schon im geltenden außervertraglichen (deliktischen) Haftungsrecht bestehenden Möglichkeiten, die spezifischen Fragen der autonomen Systeme zu bewältigen, sowie rechtspolitische Desiderata. Anhand dieser zwei Eckpfeiler soll im Folgenden eine kurze Bestandsaufnahme der Diskussion zum geltenden Recht (3.) sowie anschließend zu den diskutierten rechtspolitischen Möglichkeiten gegeben werden (4.)⁴ Auch werden holzschnittartig die neuesten Entwicklungen vorgestellt, seien es die Regelungen zum autonomen Fahren in §§ 1a ff. StVG (3.2.2.) oder der mögliche Einfluss auf die Haftung durch den neuesten Vorschlag der EU-Kommission zur Regulierung der Künstlichen Intelligenz (4.10.).

2 Besondere Risiken autonomer Systeme

IT-Systeme werfen angesichts ihrer Komplexität und Vernetzung schon immer besondere haftungsrechtliche Probleme auf, sei es im Hinblick auf die Bestimmung des erforderlichen Sicherheitsstandards, sei es im Hinblick auf die Kausalität für Schäden, einhergehend mit Problemen

-
- 1 S. etwa die Zivilrechtslehrertagung mit den Referaten in AcP 218 (2018), Heft 2-4, S. 151.
 - 2 Hochrangige Expertengruppe für künstliche Intelligenz, Ethik-Leitlinien für eine vertrauenswürdige KI, 2019, abrufbar unter https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=60425.
 - 3 *Zech*, DJT 2020 Gutachten A.
 - 4 Der Beitrag führt Gedanken aus *Spindler*, *Roboter, Automation, künstliche Intelligenz, selbst-steuernde Kfz – Braucht das Recht neue Haftungskategorien?*, CR 2015, S. 766 ff.; *Spindler/Koch/Lorenz* (Hrsg.), *Karlsruher Forum 2010: Haftung und Versicherung im IT-Bereich*, Karlsruhe 2011 sowie *Spindler*, in: *Hornung/Schallbruch* (Hrsg.), *IT-Sicherheitsrecht*, 1. Aufl., Baden-Baden 2020, §§ 10-12 und *Spindler*, *Haftung für autonome Systeme – ein Update*, in: *Beck/Kusche/Valerius* (Hrsg.), *Digitalisierung, Automatisierung, KI und Recht*, Baden-Baden 2020, S. 255 ff. fort.

der Nachvollziehbarkeit und Nachweisbarkeit für den Geschädigten.⁵ Insofern unterscheiden sich autonome Systeme nicht von „klassischen“ IT-Systemen, die ebenfalls bereits mit Sensoren (Input), Prozessen und Handlungen (Output) arbeiten.⁶ Da IT-Systeme stets zur Steuerung von Anlagen eingesetzt wurden und daher zumindest auch mittelbar physische Schäden erzeugen konnten, ist es zweifelhaft von einem spezifischen „Roboterrisiko“⁷ zu sprechen, auch wenn durch Roboter die Risiken unvermittelter auftreten können, ohne dass es noch eines „Bindeglieds“ wie einer Industrieanlage etc. bedarf.

2.1 Unvorhersehbarkeit des Verhaltens durch Lernfähigkeit

Der entscheidende Unterschied gegenüber früheren technischen IT-gesteuerten Systemen besteht aber offenbar in der Fähigkeit quasi zu lernen⁸ und die Verhaltensweisen des Systems anzupassen.⁹ Das Verhalten der künstlichen Intelligenz lässt sich anders als früher bei „deterministischer“ Software¹⁰ nicht mehr genau vorhersagen.¹¹ Allerdings existieren in Gestalt der Explainable AI durchaus Bestrebungen, das Verhalten von KI-Sys-

5 S. dazu ausführlicher *Spindler*, *Karlsruher Forum* 2010 (Fn. 4), S. 3.

6 Näher zu den Charakteristika und der Architektur von IT-Systemen *Zech*, *DJT* 2020 *Gutachten A*, S. 14 ff.

7 So *Zech*, *DJT* 2020 *Gutachten A*, S. 20; *Zech*, *Zivilrechtliche Haftung für den Einsatz von Robotern – Zuweisung von Automatisierungs- und Autonomierisiken*, in: *Gless/Seelmann* (Hrsg.), *Intelligente Agenten und das Recht*, Baden-Baden 2016, S. 163 (172 ff.).

8 Zur Lernfähigkeit *Reichwald/Pfisterer*, *Autonomie und Intelligenz im Internet der Dinge*, *CR* 2016, S. 208 (210); *Zech*, *DJT* 2020 *Gutachten A*, S. 25 f.

9 S. hierzu *Stiemerling*, „Künstliche Intelligenz“ – Automatisierung geistiger Arbeit, Big Data und das Internet der Dinge, *CR* 2015, S. 762; *von Westphalen*, *Haftungsfragen beim Einsatz Künstlicher Intelligenz in Ergänzung der Produkthaftungs-RL 85/374/EWG*, *ZIP* 2019, S. 889.

10 S. dazu auch *Grützmacher*, *Die deliktische Haftung für autonome Systeme – Industrie 4.0 als Herausforderung für das bestehende Recht?*, *CR* 2016, S. 695 (697): „Turing-Berechenbarkeit“; *Reichwald/Pfisterer* (Fn. 8), *CR* 2016, S. 208 (211).

11 Eingehend *Gleß/Weigend*, *Intelligente Agenten und das Strafrecht*, *ZStW* 126 (2014), S. 561 (564 f.); *Zech*, *DJT* 2020 *Gutachten A*, S. 29 f.; *Schirmer*, *Robotik und Verkehr*, *RW* 2018, S. 453 (465); *Schirmer*, *Von Mäusen, Menschen und Maschinen – Autonome Systeme in der Architektur der Rechtsfähigkeit*, *JZ* 2019, S. 711; *Teubner*, *Digitale Rechtsobjekte?*, *AcP* 218 (2018), S. 155 (164); *Borges*, *Rechtliche Rahmenbedingungen für autonome Systeme*, *NJW* 2018, S. 977 (978) je mwN.

temen zu erklären.¹² Damit soll der Lernvorgang des Systems selbst erklärt und nachvollzogen werden können, so dass auch die Vorhersage eines bestimmten Outputs durch das System wahrscheinlicher ist.¹³

Damit rückt eine grundlegende juristische Frage in den Mittelpunkt des Interesses, nämlich ob angesichts der anthropozentrischen Sichtweise des Rechts, das auf Willensentschlüsse und Kognition abstellt, den offenbar „intelligenten“ Systemen ein eigener Rechtsstatus zuerkannt werden muss.¹⁴ Anscheinend lassen sich „Interaktionen von Menschen und Maschinen“ mit den klassischen juristischen Institutionen nicht mehr sinnvoll erfassen, was in Forderungen mündet, „zwischen instrumentellen, symbiotischen und autonomen Konstellationen“ zu unterscheiden und in Gestalt einer „normativen Provokation“ eine „Rechtssubjektivität von maschinellen Personen“ anzuerkennen.¹⁵ In ähnlicher Weise haben auch Rechtstheoretiker wie *Teubner* diese Vorstellung aufgegriffen.¹⁶

2.2. Daten als notwendiger Input

Neben der Programmierung der Lernregeln und der Architektur spielt anders als für traditionelle IT-Systeme das Training, also das eigentliche Lernen und die dafür verwandten Daten sowie die Überwachung des Lernens eine erhebliche Rolle.¹⁷ Eine KI ohne Daten bleibt „dumm“. Die Qualität ihres Outputs hängt entscheidend davon ab, welche Qualität die zur Verfügung gestellten Daten haben. Damit ist gleichzeitig das Problem aufgeworfen, wie die von der KI verwandten Daten im Nachhinein nach-

12 S. dazu *Holzinger*, Explainable AI (ex-AI), Informatik Spektrum 41 (2018), S. 138; „Explainable Artificial Intelligence“, abrufbar unter: https://de.wikipedia.org/wiki/Explainable_Artificial_Intelligence.

13 S. dazu auch *Zech*, DJT 2020 Gutachten A, S. 22 f.; insb. zur Notwendigkeit der Erklärbarkeit künstlicher Intelligenz *Käde/von Maltzahn*, Die Erklärbarkeit von Künstlicher Intelligenz (KI), CR 2020, S. 66; *Herberger*, „Künstliche Intelligenz“ und Recht – Ein Orientierungsversuch, NJW 2018, S. 2825 (2828).

14 So etwa *Kersten*, Menschen und Maschinen – Rechtliche Konturen instrumenteller, symbiotischer und autonomer Konstellationen, JZ 2015, S. 1.

15 Zur sog. ePerson unten 4.2; so etwa *Kersten* (Fn. 14), JZ 2015, S. 1 (1 f.); zuvor bereits *Matthias*, Automaten als Träger von Rechten, Berlin 2008; *Teubner*, Elektronische Agenten und große Menschenaffen: Zur Ausweitung des Akteurstatus in Recht und Politik, ZfRSoz 27 (2006), S. 5 (30).

16 *Teubner* (Fn. 11), AcP 218 (2018), S. 155.

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

vollziehbar bleiben bzw. protokolliert werden; hier können sich in der Tat Kapazitätsprobleme auftun.¹⁸

2.3. Vernetzung

Eng, aber keineswegs zwingend mit der Frage der Unvorhersehbarkeit des Handelns von KI verbunden sind die Risiken, die sich aus der Vernetzung von IT-Systemen ergeben, wie es sich etwa in Gestalt der Industrie 4.0 oder dem Internet of Things darstellt.¹⁹ Allerdings gilt auch hier, dass dies keineswegs neue Fragen sind, da IT-Systeme seit jeher vernetzt werden, auch über die Cloud; Rechtsfragen der Kausalität haben sich daher schon immer gestellt – und nicht nur in Gestalt industrieller Arbeitsteilung.²⁰ Die Risiken der Angreifbarkeit der Systeme durch Dritte sind seit langem bekannt und werden heute jedenfalls für kritische IT-Infrastrukturen von §§ 8a ff. BSI-Gesetz adressiert, allerdings nicht in haftungsrechtlicher Sicht.²¹ Durch die Interaktion der Systeme können aber auch die Risiken hinsichtlich der Vorhersehbarkeit des Verhaltens von Gesamtsystemen (Schwarm) ansteigen.²²

2.3. Anknüpfungspunkte

Damit bleibt es nach wie vor beim Anknüpfungspunkt des menschlichen Handelns, sei es als Setzen einer Gefahrenquelle im Sinne der Gefährdungshaftung, sei es im Sinne einer verschuldensabhängigen Haftung wie im allgemeinen Deliktsrecht. Hierfür sprechen aus ökonomischer Sicht auch gute Gründe: Die effiziente Risikoallokation gebietet es, dass die

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

19 S. dazu Spindler, User Liability and Strict Liability in the Internet of Things and for Robots, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things, Baden-Baden 2019, S. 125 (127 f.); Spiecker gen. Döhmman, Zur Zukunft systemischer Digitalisierung – Erste Gedanken zur Haftungs- und Verantwortungszuschreibung bei informationstechnischen Systemen, CR 2016, S. 698; Hornung/Hofmann, Industrie 4.0 und das Recht: Drei zentrale Herausforderungen, in: Hornung (Hrsg.), Rechtsfragen der Industrie 4.0, Baden-Baden 2018, S. 9 (29 ff.).

20 So aber anscheinend Wagner, Verantwortlichkeit im Zeichen digitaler Techniken, VersR 2020, S. 717 (725).

21 Eingehend dazu Spindler, in: IT-Sicherheitsrecht (Fn. 4), § 11.

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

Risiken demjenigen zugewiesen werden, der sie am kostengünstigsten bewältigen kann (cheapest cost avoider).²³ Diese Grundsätze können auch für die Haftung von IT-Systemen und besonders autonomen Systemen fruchtbar gemacht werden.²⁴

3 Haftung nach geltendem Recht

3.1 Verschuldensabhängige Haftung

Der Einsatz von Robotern als quasi „maschinelle“ Gehilfen wirft neben vertragsrechtlichen Problemen²⁵ insbesondere Fragen der deliktischen Haftung, vor allem der Produkthaftung auf.²⁶ Zum Teil wird die Produkthaftung als Achillesferse etwa für das selbst steuernde Kfz angesehen.²⁷

-
- 23 Grundlegend *Calabresi*, *The Costs of Accidents*, New Haven 1970, S. 136 ff.; *Calabresi/Hirschhoff*, *Toward a Test for Strict Liability in Torts*, *Yale Law Journal* 81 (1972), S. 1055; aufbauend auf *Coase*, *The Problem of Social Costs*, *The Journal of Law & Economics* 3 (1960), S. 1; ferner *Shavell*, *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge 1987, S. 47 ff.; *Shavell*, *Strict Liability versus Negligence*, *Journal of Legal Studies* 9 (1980), S. 1; *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse des Zivilrechts*, 6. Aufl., Berlin 2020, S. 279 ff.; *Blaschczok*, *Gefährdungshaftung und Risikozuweisung*, Köln 1993, S. 183 ff.
- 24 *Spindler* (Fn. 4), CR 2015, S. 766 (767); *Zech* DJT 2020 Gutachten A, S. 59 f.; *Wagner* (Fn. 20), *VersR* 2020, S. 717 (724); *Wagner*, *Produkthaftung für autonome Systeme*, AcP 217 (2017), S. 707 (751).
- 25 S. dazu *Spindler*, *Zivilrechtliche Fragen beim Einsatz von Robotern*, in: Hilgendorf, *Robotik im Kontext von Recht und Moral*, Baden-Baden 2013, S. 63 (66 f.) mwN.
- 26 Vgl. *Fleck/Thomas*, *Automatisierung im Straßenverkehr – Wohin fahren wir?*, *NJOZ* 2015, S. 1393 (1398); *Lutz*, *Autonome Fahrzeuge als rechtliche Herausforderung*, *NJW* 2015, S. 119; *Schubert*, *Neudefinition tradierter Begriffe (Pseudo-Zurechnungen an Roboter)*, in: Hilgendorf, *Robotik im Kontext von Recht und Moral* (Fn. 25), S. 13 (17); *Weisser/Färber*, *Rechtliche Rahmenbedingungen bei Connected Car – Überblick über die Rechtsprobleme der automobilen Zukunft*, *MMR* 2015, S. 506 (511); in rechtsvergleichender Hinsicht interessant die Zusammenstellung roboterspezifischer Entscheidungen zum Produkthaftungsrecht bei *Wu*, *Unmanned Vehicles and US Product Liability Law*, *Journal of Law, Information and Science*, Vol. 21, Issue 2 (2011/2012), S. 234 ff.; *Wagner* (Fn. 24), AcP 217 (2017), S. 707 (713).
- 27 So etwa *Lutz* (Fn. 26), *NJW* 2015, S. 119 (120 f.); vgl. *Fleck/Thomas* (Fn. 26), *NJOZ* 2015, S. 1393 (1396); *Jourdan/Matschi*, *Automatisiertes Fahren*, *NZV* 2015, S. 26 (27), die sich dafür aussprechen, dass der Gesetzgeber den Weg für ein Vertrauen in neue Technik ebnen müsse; *Weisser/Färber* (Fn. 26), *MMR* 2015, S. 506 (511): „neue Herausforderungen“.

Zentrale Bedeutung aufgrund des im Gegensatz zum ProdHaftG oder anderen Gefährdungshaftungstatbeständen nicht eingeschränkten Anwendungsbereichs hat die verschuldensabhängige deliktische Haftung, die grob in zwei Bereiche unterteilt werden kann, zum einen der Rechtsgutsverletzung nach § 823 Abs. 1 BGB, zum anderen der Schutzgesetzverletzung nach § 823 Abs. 2 BGB. Der Kanon der von der Rechtsprechung und dem Schrifttum entwickelten Pflichten ist aber größtenteils durchaus in der Lage, zahlreiche Fragen zu bewältigen.²⁸

3.1.1 Rechtsgüterbezogene Produkthaftung (§ 823 Abs. 1 BGB)

3.1.1.1 Betroffene Rechtsgüter

Verletzungen der Rechtsgüter Leben, Körper und Gesundheit durch Roboterfehler sind vor allem infolge von Fehlfunktionen oder Ausfällen denkbar.²⁹ Dies ist für medizinische Roboter augenfällig, gilt aber selbstverständlich auch für in der Fertigung eingesetzte Roboter oder roboter-gesteuerte Kfz etc., insbesondere sog. Fahrerassistenzsysteme.³⁰ Darüber

28 S. bereits *Spindler* (Fn. 4), CR 2015, S. 766; so auch jetzt *Zech*, DJT 2020 Gutachten A, S. 37 ff.; *Wagner* (Fn. 20), VersR 2020, S. 717 und zuvor weitgehend gleich *Wagner* (Fn. 24), AcP 217 (2017), S. 707.

29 Für den IT-Bereich: *Koch*, Haftung für die Weiterverbreitung von Viren durch E-Mails, NJW 2004, S. 801 (802); *Taeger*, Außervertragliche Haftung für fehlerhafte Computerprogramme, Tübingen 1995, S. 259 f.; *Koch*, Versicherbarkeit von IT-Risiken, Berlin 2005, Rn. 185 ff., 355 ff., 632 ff.; *Wagner* (Fn. 24), AcP 217 (2017), S. 707 (722 ff.).

30 Grundlegend *Bewersdorf*, Zulassung und Haftung bei Fahrerassistenzsystemen im Straßenverkehr, Berlin 2005, S. 33 ff.; *Jänich/Schrader/Reck*, Rechtsprobleme des autonomen Fahrens, NZV 2015, S. 313 (317 f.); *Lutz/Tang/Lienkamp*, Die rechtliche Situation von teleoperierten und autonomen Fahrzeugen, NZV 2013, S. 57 (61); *Müller-Hengstenberg/Kirn*, Intelligente (Software-)Agenten, MMR 2014, S. 307 (312 f.); *Hötitzsch/May*, Rechtliche Problemfelder beim Einsatz automatisierter Systeme im Straßenverkehr, in: Hilgendorf (Hrsg.), Robotik im Kontext von Recht und Moral (Fn. 25), S. 189 ff.; *Droste*, Produktbeobachtungspflichten der Automobilhersteller bei Software in Zeiten vernetzten Fahrens, CCZ 2015, S. 105; dazu auch *Lutz* (Fn. 26), NJW 2015, S. 119; *Weisser/Färber* (Fn. 26), MMR 2015, S. 506 (511) im Hinblick auf Navigation und Infotainment; zur Zurechnungsproblematik *Schubr*, in: Hilgendorf, Robotik im Kontext von Recht und Moral (Fn. 25), S. 13 (17 f.); allgemein zum Autonomen Fahren *Maurer*, in: Maurer/Gerdes/Lenz/Winner (Hrsg.), Autonomes Fahren, Berlin 2015, S. 1 (2 f.); *Zech*, in: Gless/Seelmann, Intelligente Agenten und das Recht (Fn. 7), S. 163 (172 ff.); *Zech*, Künstliche Intelligenz und Haftungsfragen, ZfPW 2019, S. 198 (204 ff.).

hinaus kommen Verletzungen des Eigentums oder sonstiger Rechte in Betracht, die hier weniger Probleme als im Softwarebereich aufwerfen, für den häufig doch Vermögensschäden im Vordergrund stehen.³¹

3.1.1.2 Pflichten der Betreiber, Halter und Fahrer

Dass den Betreiber von Robotern Pflichten zur Sicherung der Gefahrenquelle „Roboter“ treffen, ist eigentlich eine Selbstverständlichkeit; daran ändert auch die Tatsache nichts, dass das Verhalten der Systeme nicht vorhersehbar ist, da es auf die Erhöhung des Risikos bzw. der Gefährdungslage und die daraus resultierenden Verkehrspflichten ankommt.³²

Dies kann allerdings nur soweit gelten, wie sie selbst zur Einschätzung, Steuerung und Beherrschung der Gefahrenquellen in der Lage sind, demgemäß in aller Regel professionelle Betreiber. Zwar entscheidet der Betreiber selbst darüber, ob ein KI-System eingesetzt wird, so dass grundsätzlich bereits diese Entscheidung Anknüpfungspunkt einer deliktischen Haftung sein könnte, erst recht, wenn er diese Gefahrenquelle nicht beherrschen kann. Allerdings würde es zu weit gehen, daraus ein grundsätzliches Verbot abzuleiten, da es nur auf das sozialadäquate Ausmaß der Risikosteuerung ankommt, nicht aber eine absolute Sicherheit verlangt wird.³³ Es können durchaus Pflichten beim Einsatz der Roboter abgeleitet werden, sei es die sorgsame Festlegung des Einsatzes, die Überwachung des Systems und seiner Beobachtung bis hin zum möglichen Eingreifen bei Fehlfunktionen.³⁴ Richtig bleibt allerdings, dass es sinnvoller erscheint, über eine Gefährdungshaftung nachzudenken, dazu sogleich (unten 4.3). Anders stellt sich dies bereits für die Fahrerhaftung nach § 18 StVG bei vollautomatisierten Fahrzeugen dar, die bislang nach § 1b StVG nicht gegeben ist, der dem Fahrer nach wie vor Kontrollpflichten überantwortet. In diesem Fall wird der Fahrer zum Passagier und übt abgesehen von der Zielvorgabe

31 Dazu eingehend *Spindler*, in: *Karlsruher Forum 2010* (Fn. 4), S. 26 ff.; *Spindler*, in: *Kullmann/Pfister/Stöhr/Spindler* (Hrsg.), *Produzentenhaftung*, Berlin 3/2019, *Produkthaftung im IT-Bereich*, S. 36.

32 S. dazu schon *Spindler* (Fn. 4), CR 2015, S. 766 (768); so dann auch *Grützmacher* (Fn. 10), CR 2016, S. 695 (696); *Zech*, DJT 2020 Gutachten A, S. 37 f.

33 S. auch *Wagner* (Fn. 20), *VersR* 2020, S. 717 (727).

34 S. bereits *Spindler* (Fn. 4), CR 2015, S. 766 (768); ähnlich aus strafrechtlicher Sicht *Gleiß/Weigend* (Fn. 11), *ZStW* 126 (2014), S. 561 (585 f.); später und weitgehend ähnlich *Günther*, *Roboter und rechtliche Verantwortung*, München 2016, S. 255 f.; *Denga*, *Deliktische Haftung für künstliche Intelligenz*, CR 2018, S. 69 (73 f.); *Zech*, DJT 2020 Gutachten A, S. 38 f.

keine Kontrolle mehr über das Kfz aus.³⁵ Dies gilt erst recht für das autonome Fahren nach §§ 1d ff. StVG, für das das Gesetz auf die Fahrzeugführerhaftung verzichtet und auf die „Technische Aufsicht“ abstellt (dazu 3.2.2.2).

3.1.1.3 Pflichten der Hersteller

3.1.1.3.1 Konstruktionsfehler

Die Fertigung von Robotern wirft im Grundsatz keine besonderen Rechtsfragen gegenüber der allgemeinen Produkthaftung und der für sie entwickelten Pflichten auf. So lassen sich alle Herstellerpflichten bzw. darauf bezogene Fehlerkategorien wie Konstruktionsfehler oder Fertigungsfehler mühelos auf diesen besonderen Markt übertragen. Dies gilt in gleicher Form für selbststeuernde Kfz. Ähnlich der Produktbeobachtungspflicht ist der Hersteller gehalten, alle allgemein oder ihm speziell zugänglichen Erkenntnisquellen auszuschöpfen.³⁶ Entscheidend ist demnach, ob dem Hersteller bereits bei der Inverkehrgabe die Fehler bekannt sein mussten. Programmierer können nach dem Stand der Technik Lernfehler der KI versuchen zu vermeiden.³⁷ Produktrisiken, die erst später bekannt werden, führen nicht dazu, dass dem Hersteller ein Konstruktionsfehler anzulasten wäre;³⁸ hier handelt es sich vielmehr um einen Entwicklungsfehler, so dass allein nachträgliche Pflichten im Rahmen der Produktbeobachtung ein-

35 *Schirmer* (Fn. 11), RW 2018, S. 453 (454 f.); *Brisch/Müller-ter Jung*, *Autonomous Driving – Von Data Ownership über Blackbox bis zum Beweisrecht*, CR 2016, S. 411 (412 f.); *Gless/Janal*, *Hochautomatisiertes und autonomes Autofahren – Risiko und rechtliche Verantwortung*, JR 2016, S. 561 (571); *Zech* (Fn. 30), ZfPW 2019, S. 198 (207).

36 BGHZ 116, 60 (70 f.); BGH NJW 1990, S. 906 (907 f.); BGH NJW 1952, S. 1091; *Kullmann*, *Die Rechtsprechung des BGH zum "Produkthaftpflichtrecht in den Jahren 2000 und 2001*, NJW 2002, S. 30 (32); *Kullmann*, in: *Produzentenhaftung* (Fn. 31), Knz. 1520, S. 7; *Foerste*, in: *Foerste/v. Westphalen* (Hrsg.), *Produkthaftungshandbuch*, 3. Aufl., München 2012, § 24 Rn. 378; *Spindler*, in: *Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann* (Hrsg.), *Beck'scher Online-Großkommentar*, Stand 01.12.2021, BGB § 823 Rn. 662 ff.

37 *Zech*, DJT 2020 Gutachten A, S. 48; *Lohmann*, *Roboter als Wundertüten – eine zivilrechtliche Haftungsanalyse*, AJP 2017, S. 152 (158); einen Überblick über zu beachtende Sorgfaltspflichten gibt *Günther*, *Roboter und rechtliche Verantwortung* (Fn. 34), S. 255 ff.

38 *Foerste*, in: *Produkthaftungshandbuch* (Fn. 36), § 24 Rn. 71, 103 ff.; vgl. *Jänich/Schrader/Reck* (Fn. 30), NZV 2015, S. 313 (317) „zum Zeitpunkt des Inverkehr-

greifen können.³⁹ Daher gibt es insoweit auch keine Pflicht, nur aufgrund der Unvorhersehbarkeit die Inverkehrgabe (und Inbetriebnahme) von autonom handelnden Systemen zu untersagen.⁴⁰ Hat der Hersteller später durch ein Update die Software modifiziert, gilt selbstverständlich dieser Zeitpunkt für die Beurteilung der Fehlerhaftigkeit.⁴¹ Allerdings bleibt in diesem Zusammenhang fraglich, ob durch Sicherheits-Updates (auch freiwillige) der Software praktisch eine „ewige“ Herstellerhaftung zementiert wird – und wann bzw. ab welchem Zeitpunkt Updates eingestellt werden können; damit bleibt nur ein hybrider Ansatz: für die Verjährung muss für die objektive Berechnung der absoluten Frist von 30 bzw. 10 Jahren nach § 199 Abs. 2, 3 BGB der Zeitpunkt der Inverkehrgabe entscheidend sein, für die Beurteilung der Fehlerhaftigkeit der Zeitpunkt des jeweiligen Updates.

Schließlich ist Teil der Konstruktion vor der Inverkehrgabe auch das richtige Training mit den richtigen Daten – sofern dies nicht einem Dritten oder dem Nutzer überlassen wird. Gleiches gilt für die nötige IT-Sicherheit hinsichtlich von Vernetzungsrisiken, was inzwischen realisiert wird,⁴² aber schon lange eine Selbstverständlichkeit darstellte.⁴³

bringens“; *Vogt*, Fahrassistenzsysteme: Neue Technik – Neue Rechtsfragen?, NZV 2003, S. 153 (159).

- 39 *Von Westphalen* (Fn. 9), ZIP 2019, S. 889 (892); wesentlich enger aber *Grützmacher* (Fn. 10), CR 2016, S. 695 (696); s. auch *Zech* (Fn. 30), ZfPW 2019, S. 198 (213).
- 40 S. auch *Riehm/Meier*, Künstliche Intelligenz und Zivilrecht, in: Fischer/Hoppen/Wimmers (Hrsg.), DGRI Jahrbuch 2018, 1. Aufl., Köln 2019, S. 1 Rn. 27; *Wagner* (Fn. 24), AcP 217 (2017), S. 707 (728); *Wagner* (Fn. 20), VersR 2020, S. 717 (727); aA *Linardatos*, Autonome und vernetzte Aktanten, 2021, S. 279 ff. mwN.; zuvor *Zech* (Fn. 30), ZfPW 2019, 198 (213) *Zech* DJT 2020 Gutachten A S. 71 f.; *Thöne*, Autonomes Systeme und deliktische Haftung, 2020, S. 208 f.
- 41 So nun auch *Wagner* (Fn. 20), VersR 2020, S. 717 (729), allerdings bezogen auf Beweisprobleme.
- 42 *Zech*, DJT 2020 Gutachten A, S. 49; *Wagner* (Fn. 24), AcP 217 (2017), S. 707 (726 f.); *Schmon*, Product Liability of Emerging Digital Technologies, IWRZ 2018, S. 254 (256 f.); *Gomille*, Herstellerhaftung für automatisierte Fahrzeuge, JZ 2016, S. 76 (77).
- 43 S. bereits *Spindler*, Verantwortlichkeit von IT-Herstellern, Nutzern und Intermediären, 2007, abrufbar unter: https://www.bsi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/BSI/Publikationen/Studien/ITSicherheitUndRecht/Gutachten_pdf.pdf?__blob=publicationFile&cv=2 Rn. 95.

3.1.1.3.2 Produktbeobachtung

Nach Inverkehrgabe wird der Hersteller nicht vollständig von seiner Verantwortung für das Produkt frei. Vielmehr muss er bei Kenntnis von Schäden durch das Produkt die zu diesem Zeitpunkt erforderlichen und ihm zumutbaren Gefahrenabwehrmaßnahmen ergreifen. Für Roboter greifen hier vor allem die Risiken aus dem Einsatz komplexer IT-Systeme ein: denn gerade aus dem Wissen um die objektive Unvermeidbarkeit von Programmierungsfehlern („Bugs“) erwächst eine Pflicht des Herstellers zur besonders sorgfältigen Produktbeobachtung.⁴⁴

Eng verwandt mit der Pflicht zur Beobachtung ist die Pflicht, das Produkt zurückzunehmen und gegen ein funktionstüchtiges auszutauschen,⁴⁵ was allerdings das vertragsrechtlich geregelte Äquivalenzinteresse berührt.⁴⁶ Nur dann, wenn erhebliche Folgen für Gesundheit und Eigentum zu befürchten sind und Warnhinweise entsprechende Schäden nicht ohne weiteres verhindern können, kann eine entsprechende Fehlerbehebung anstelle eines Warnhinweises in Betracht kommen.⁴⁷

44 *Foerste*, in: Produkthaftungshandbuch (Fn. 36), § 24 Rn. 174 f.; *Spindler*, in: Produzentenhaftung (Fn. 31), S. 45; a.A. LG Köln NJW 1999, S. 3206: Keine Pflicht zur Warnung bei nachträglichen Erkenntnissen über Virenbefall einer Diskette.

45 Neuere Rspr.: BGHZ 179, 157 der weder einen Anspruch auf Aufwendungsersatz noch auf Schadensersatz anerkennt, da Rückruf und Nachrüstung von Produkten nur in ausnahmsweise gebotenen Fällen gefordert sind (Gefahrabwendungs-pflicht); dazu auch *Molitoris*, „Kehrtwende“ des BGH bei Produktrückrufen? – Keine generelle Verpflichtung zur kostenfreien Nachrüstung/Reparatur von mit sicherheitsrelevanten Fehlern behafteten Produkten, NJW 2009, S. 1049; die Vorinstanz OLG Hamm BB 2007, S. 2367; dazu *Rothe*, Brennende Pflegebetten – Besteht eine Pflicht zum Rückruf?, MPR 2007, S. 117; LG Frankfurt VersR 2007, S. 1575; *Dietborn/Müller*, Beschränkung der deliktischen Herstellerpflichten: Kein Produktrückruf und kostenloser Austausch, BB 2007, S. 2358; Zusammenfassend *Hager*, in: von Staudinger (Begr.), BGB, Berlin 2021, § 823 Rn. F 25 f.; *Spindler*, in: BeckOGK-BGB (Fn. 36), § 823 Rn. 671.

46 OLG Düsseldorf NJW-RR 2008, S. 411 (411); zu Recht abl. *Foerste*, in: Produkthaftungshandbuch (Fn. 36), Rn. 340 ff., 343 mwN.

47 BGHZ 179, 157 (160 f.); auch hier ist es aber grds. nur geboten, das Produkt aus dem Verkehr zu ziehen; eine Pflicht zur Nachrüstung besteht nur, wenn dies zur Gefahrenabwehr erforderlich ist; vgl. OLG Frankfurt NJW-RR 2000, S. 1268 (1272); OLG München NJW-RR 1999, S. 1657, Revision nicht angenommen: BGH, Beschl. v. 27.05.1999, III ZR 103/98; BGHSt 37, 106; *Foerste*, Zur Rückruf-pflicht nach § 823 BGB und § 9 ProdSG – Wunsch und Wirklichkeit, DB 1999, S. 2199 (2199 f.); *Kullmann*, in: Produzentenhaftung (Fn. 3136), 03/2019, Knz. 1520, S. 62 f.; *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, 7. Aufl., München 2018, Rn. 1829.

Dementsprechend kann aus dem Produkthaftungsrecht prinzipiell keine Pflicht abgeleitet werden, dass Roboter und insbesondere ihre Software stets gepflegt und aktualisiert würden, da es genügen würde, dass der Kunde das Produkt nicht mehr benutzt,⁴⁸ um seine Integritätsinteressen zu wahren. Eine allgemeine deliktsrechtlich begründete Updatepflicht lässt sich daher nicht damit begründen.⁴⁹ Der Unterschied zum Äquivalenzinteresse lässt sich auch nicht mit der einfacheren bzw. effektiveren Beseitigung eines Fehlers durch Updates beseitigen.⁵⁰

3.1.1.4 Hersteller und „Unbundling“

Die Frage, wer überhaupt als Hersteller zu qualifizieren ist, mag in klassischen Produktionszusammenhängen als einfach erscheinen, indem derjenige als Hersteller gilt, der über die Inverkehrgabe des Produktes entscheidet. In der digitalen Wertschöpfungskette gilt dies jedoch nur noch eingeschränkt oder überhaupt nicht mehr, da die Hardwareproduktion unabhängig von der Software ist, die auch von Dritten stammen kann und zudem auf Software (wie Betriebssystemen) andere Software aufbauen kann. Außerdem ist es besonders bei Open Source Software kein Einzelfall, dass diese im Laufe der Zeit von Dritten weiterentwickelt wurde. Schließlich kommen gerade bei künstlicher Intelligenz noch Zulieferungen von Daten zum Training der KI hinzu, die nicht vom Hersteller der KI stammen müssen.

An den Pflichten der sachgemäßen Konstruktion oder der Produktbeobachtung ändert sich wenig hinsichtlich der eigenen Beiträge der jeweils Beteiligten; problematisch ist demgegenüber, inwieweit die Beteiligten die Auswirkungen und die Interaktion ihres „Produktes“ auf die anderen

48 S. zur Nichtbenutzung auch *Molitoris* (Fn. 45), NJW 2009, S. 1049 (1050 f.); *Klindt*, Produktrückrufe und deren Kostenerstattung nach der Pflegebetten-Entscheidung des BGH, BB 2009, S. 792 (793).

49 Anders *Wagner* (Fn. 24), AcP 217 (2017), S. 707 (755 ff.); dies wiederholend *Wagner* (Fn. 20), VersR 2020, S. 717 (728); dem folgend *Zech*, DJT 2020 Gutachten A, S. 50; ähnlich *Linardatos*, Autonome und vernetzte Aktanten, 2021, S. 301 f.; *Thöne*, Autonome Systeme und deliktische Haftung, 2020, S. 213 ff.; *Raue*, Haftung für unsichere Software, NJW 2017, S. 1841 (1844); so auch in Bezug auf Sicherheitsupdates das Gutachten der Datenethikkommission, S. 221, abrufbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Themen/Fokusthemen/Gutachten_DEK_DE.pdf?__blob=publicationFile&cv=5.

50 So aber *Zech*, DJT 2020 Gutachten A, S. 50 im Anschluss an *Wagner* (Fn. 24), AcP 217 (2017), S. 707 (755 ff.).

Komponenten berücksichtigen müssen, das Zusammenspiel z.B. beobachten müssen. An eine solche Pflicht könnte man in Übertragung der von der Rechtsprechung entwickelten Haftung des Herstellers für fremd produziertes Zubehör denken, die hier zumindest eine Produktbeobachtungspflicht annimmt.⁵¹ Für mangelnde Kompatibilität mit einzelnen Fremdprodukten kann zunächst keinesfalls deliktische Haftung eingreifen, da damit der Bereich des deliktisch geschützten Integritätsinteresses verlassen würde.⁵² Der BGH⁵³ hat entschieden, dass sich „[d]iese Verpflichtung [...] auf fremdes Zubehör [erstreckt], (1) das für die Inbetriebnahme des eigenen Produkts notwendig ist; oder (2) das der Hersteller selbst empfohlen hat; oder (3) dessen Verwendung er durch entsprechende Anbauvorrichtungen ermöglicht hat; oder (4) das aufgrund entsprechender Verbrauchergewohnheiten allgemein gebräuchlich ist, auch ohne dass der Hersteller irgendeinen konkreten Anlass zum Einsatz des Zubehörs gegeben hätte.“⁵⁴ Die Rechtsprechung schießt indes über ihr Ziel hinaus: Eine generelle Ausdehnung der Beobachtungspflichten auf Zubehörteile oder Kombinationsgefahren kann nicht allein damit begründet werden, dass der Hersteller ohnehin zur Beobachtung der Produkte verpflichtet ist.⁵⁵ Grundsätzlich ist der Hersteller nur für die Gefahren verantwortlich, die er selbst geschaffen hat, nicht aber für Gefahrerhöhungen, die durch Dritte verursacht werden,⁵⁶ erst recht, wenn die Zubehörprodukte wesentlich später nach Entwicklung, Konstruktion und Fabrikation auf

-
- 51 Grundlegend dazu BGHZ 99, 167 – *Honda*; *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht (Fn. 47), Rn. 1829; dazu *Foerste*, in: Produkthaftungshandbuch (Fn. 36), § 25 Rn. 178 ff.; *Kullmann*, in: Produzentenhaftung (Fn. 3136) Knz. 1520, S. 52; *Droste* (Fn. 30), CCZ 2015, S. 105, 106; *Hager*, in: Staudinger (Fn. 45), § 823 Rn. F 22, gesteigerte Pflicht zur Überprüfung fremder Produkte bei konkreter Gefährdung.
- 52 BGHZ 86, 256 (258 ff.) – *Gaszug* = JZ 1983, S. 499 mAnm *Stoll*; BGHZ 96, 221 (228); BGH VersR 1992, S. 758; BGHZ 146, 144 – Grundstück mit Schlacke führt zur Beschädigung von darauf stehenden Bauwerken; *Spickhoff*, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, 13. Aufl., Stuttgart 2005, Vor § 823 Rn. 49; *Hinsch*, Eigentumsverletzungen an neu hergestellten und an vorbestehenden Sachen durch mangelhafte Einzelteile – Zugleich Anmerkung zu den Urteilen des BGH vom 24.03.92 (VI ZR 210/91) VersR S. 92, 758 („Nockenwellensteuerrad“) und vom 12.02.92 (VIII ZR 276/90) VersR S. 92, 837 („Kondensator“), VersR 1992, S. 1053.
- 53 BGHZ 99, 167 – *Honda*.
- 54 *Wagner*, in: Sacker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Band 7, 8. Aufl., München 2020, § 823 Rn. 979.
- 55 Auch *Kullmann*, in: Produzentenhaftung (Fn. 3136) Knz. 1520, S. 52 a.E. f. betont, dass diese Pflicht lediglich unter besonderen Umständen angenommen werden könne.
- 56 *Foerste*, in: Produkthaftungshandbuch (Fn. 36), § 25 Rn. 222.

den Markt gebracht werden. Jedenfalls muss es als ausreichend angesehen werden, wenn der Hersteller den Produktbenutzer allgemein dahingehend instruiert, dass nur von ihm selbst freigegebene bzw. als unbedenklich eingestufte Zubehörteile gefahrlos benutzt werden können und dass die Benutzung nicht autorisierten Zubehörs auf Gefahr des Benutzers erfolgt.⁵⁷ Anders ist dies analog zur Entscheidung des BGH⁵⁸ zu beurteilen, wenn der Hersteller etwa selbst Schnittstellen für andere Programme vorsieht oder es sich um allgemein gebräuchliche Programme handelt, mit dem der Hersteller von vornherein rechnen muss. Demgemäß ist die Haftung für fremde Software weitgehend ausgeschlossen; sie kann allenfalls in Betracht kommen, wenn die fremde Software, wie Plug-Ins, Add-Ons etc. spezifisch auf das Produkt des Herstellers zugeschnitten ist. Nur dann wird man überhaupt von einer solchen Produktbeobachtungspflicht ausgehen können.

Dies muss mutatis mutandis auch für KI-Systeme gelten: So wird etwa der Lieferant von allgemeinen Daten, erst recht von solchen, die jedermann zugänglich sind, kaum mit dem Einsatz bei einer spezifischen KI rechnen können; würden sämtliche verfügbaren Daten einbezogen, etwa über Text- und Datamining öffentlich verfügbarer Daten, würde dies zu Fehlanreizen führen, da jeder, der Daten im Netz zur Verfügung stellt, mit einer entsprechenden Haftung (gegenüber geschädigten Dritten) rechnen muss (die auch nicht mit einem Disclaimer ausgeschlossen werden könnte; eine solche Haftung wäre uferlos).⁵⁹

3.1.1.5 Pflichten und technische Standards

Welche Standards für die Verkehrspflichten herangezogen werden können, hängt von dem jeweiligen Einsatzgebiet eines Robotersystems ab. So werden auf der Ebene der sog. kollaborierenden Roboter (an der Schnittstelle zum Menschen) ISO-Standards vorbereitet, die sich mit den spezifischen Sicherheitsregeln befassen.⁶⁰ Für das autonome Fahren bzw. selbst

57 In der Tendenz auch BGH, Urt. v. 9.12.1986 – VI ZR 65/86 – BGHZ 99, 167 (174) = NJW 1987, S. 1009 – *Honda*.

58 BGH, Urt. v. 9.12.1986 – VI ZR 65/86 – BGHZ 99, 167 = NJW 1987, S. 1009 (1011) – *Honda*.

59 S. auch *Grützmacher*, Die zivilrechtliche Haftung für KI nach dem Entwurf der geplanten KI-VO, CR 2021, S. 433 (435 Rn. 18).

60 ISO/TS 15066 “Robots and robotic devices – Safety requirements for industrial robots – Industrial collaborative workspace”; daneben ebenfalls in Vorbereitung:

steuernde Kfz spielen vor allem die technischen Normen IEC 61508 und DIN ISO 26262 eine große Rolle.⁶¹ Zwar mag man den Möglichkeiten, durch technische Standards (und Schutzgesetze) Haftungsrisiken zu umreißen, skeptisch gegenüberstehen, da die Systeme komplex sind und stets Neuerungen unterliegen;⁶² doch enthebt dies nicht der Notwendigkeit, Standards zu definieren, die als Benchmarks dienen können, nicht nur im Hinblick auf Pflichtenprogramme, sondern auch im Bereich der verschuldensunabhängigen Produkthaftung (*de lege lata*), etwa wenn es um die Frage von Entwicklungsfehlern geht. Dieser notwendigen Verzahnung zwischen Produktsicherheits- und Produkthaftungsrecht wird teilweise nicht genügend Rechnung getragen; allenfalls durch eine Vermutung der Fehlerhaftigkeit im Rahmen der Beweislast könnte diesem Problem entgegen gewirkt werden,⁶³ wobei sich letztlich auch hier die Frage nach dem technischen Standard stellt, auch wenn der Betreiber oder Hersteller die Frage der Sicherheit beweisen müsste.

Den Vergleichsmaßstab bildet dabei nicht etwa ein vergleichbares Fehlverhalten von Menschen (anthropozentrischer Ansatz),⁶⁴ sondern die vergleichbaren anderen Systeme und deren Sicherheit⁶⁵ – auch dies stellt keine Besonderheit der KI und autonomer Systeme dar, sondern war stets Ausdruck eines technischen Fortschritts. So können etwa fehlerhafte ABS-Systeme nicht deswegen „gerechtfertigt“ werden, weil sie im Durchschnitt die Unfallhäufigkeit gegenüber menschlichem Bremsverhalten verringern.

ISO/DIS 13482 “Robots and robotic devices – Safety requirements for non-industrial robots – Non-medical personal care robot”; bereits bestehend allgemein für Industrieroboter: ISO 10218-1 “Robots and robotic devices – Safety requirements for industrial robots – Part 1: Robots” und ISO 10218-2 “Robots and robotic devices – Safety requirements for industrial robots – Part 2: Robot systems and integration”.

61 Jänich/Schrader/Reck (Fn. 30), NZV 2015, S. 313 (316 f.); Lutz/Tang/Lienkamp (Fn. 30), NZV 2013, S. 57 (61).

62 So Hanisch, Zivilrechtliche Haftungskonzepte für Robotik, in: Hilgendorf, Robotik im Kontext von Recht und Moral (Fn. 25), S. 27 (35).

63 So Zech, DJT 2020 Gutachten A, S. 41.

64 So aber wohl Borges, Haftung für selbstfahrende Autos, CR 2016, S. 272 (275 f.).

65 Zutr. Zech DJT 2020 Gutachten A, S. 47 f.; Wagner (Fn. 24), AcP 217 (2017), S. 707 (730 ff.), dies wiederholend Wagner (Fn. 20), VersR 2020, S. 717 (728).

3.1.1.6 Beweislast

Die von der Rechtsprechung entwickelten Regeln zur Beweislastumkehr zugunsten des Geschädigten im Rahmen der Produkthaftung⁶⁶ greifen naturgemäß auch bei der deliktischen Haftung für Roboter ein. Die Gründe für diese Beweislastumkehr – die fehlenden Einsichtsmöglichkeiten des Geschädigten in die Vorgänge in der Sphäre des Schädigers,⁶⁷ etwa weil die entsprechenden Algorithmen der KI als Geschäftsgeheimnis geschützt werden – sollten mutatis mutandis auch auf die Betreiber von Robotern übertragen werden. Herangezogen werden kann auch eine Analogie zu § 836 Abs. 1 BGB.⁶⁸ Gerade die Tatsache, dass Software bzw. Roboter wiederum häufig mit Logfiles, einem *electronic on-board recorder* oder Dokumenten arbeiten und daher durchaus das Verhalten der Systeme erfassen – was allein schon im Interesse des Herstellers liegen wird – dürften sich solche Probleme in der Praxis kaum ergeben.⁶⁹ Sowohl bei selbstfahrenden Fahrzeugen als auch bei noch komplexeren Systemen kann sich allerdings das Problem der nicht ausreichenden (Speicher-) Kapazitäten für die Protokollierung des Verhaltens der Systeme ergeben.⁷⁰ Für *Explainable AI* wird insoweit versucht, den Beweisschwierigkeiten durch Anwendungen zu begegnen, die das Lern- und Entscheidungsverhalten der KI analysieren, um so zumindest die Wahrscheinlichkeit einzelner Kausalverläufe im Schadensfall bestimmen zu können (sog. *heatmaps*).⁷¹

3.1.2 Haftung für digitale Hilfspersonen (Assistenzhaftung)

Gesondert wird eine spezifische Haftung für digitale Hilfspersonen diskutiert, da offenbar vorher von Menschen übernommene Aufgaben nunmehr durch autonome Systeme erledigt werden, die nicht mehr vollständig steuerbar sind. Dementsprechend plädiert eine Auffassung dafür, dass

66 S. Spindler, in: BeckOGK-BGB (Fn. 36), § 823 Rn. 717 ff. mwN.

67 BGH, Urt. v. 26.11. 1968 – VI ZR 212/66, BGHZ 51, 91 (104f.) = NJW 1969, S. 269 (275) – Hühnerpest; Spindler, in: BeckOGK-BGB (Fn. 36), § 823 Rn. 717.

68 So Grützmacher (Fn. 10), CR 2016, S. 695 (698); Zech, DJT 2020 Gutachten A, S. 40.

69 Dies erkennt im Ansatz auch Lutz (Fn. 26), NJW 2015, S. 199 (120); wesentlich skeptischer dagegen generell Hanisch, in: Hilgendorf, Robotik im Kontext von Recht und Moral (Fn. 25), S. 27 (38).

70 Zech, DJT 2020 Gutachten A, S. 40; Zech (Fn. 30), ZfPW 2019, S. 198 (217).

71 Zech (Fn. 30), ZfPW 2019, S. 198 (217).

eine Art Gesamtanalogie zu §§ 278, 31 BGB⁷² oder eine eigenständige „Roboterhaftung“⁷³ zur Anwendung gelangt.

Nun ist die Ersetzung von Menschen durch Maschinen keineswegs ein besonderes Phänomen⁷⁴ und hat bislang kaum dazu geführt, eine Haftung wegen Delegation (auf wen?) oder gar eine unbedingte Zurechnung anzunehmen. Die Vorstellungen einer (analogen) Anwendung von § 278 BGB beruhen offenbar auf der Annahme, dass autonome Systeme von „normalen“ Maschinen abzugrenzen sind und besonderer Zurechnungsnormen bedürfen, sie letztlich als eigenständige Adressaten von Pflichten zu begreifen sind, was in der letzten Konsequenz auch dazu führt, ihnen eine eigene Rechtspersönlichkeit zuzusprechen. Dem ist indes entgegenzutreten: Zunächst hat *Zech* zu Recht darauf hingewiesen, dass eine Assistenzhaftung keine Haftung für den Einsatz eines Werkzeugs, sondern nur Verhalten und Verschulden der Hilfsperson zurechnet.⁷⁵ Zudem entsteht gerade keine Haftungslücke, wenn man die Pflichten berücksichtigt, die zum Einsatz von Technologien im Bereich von § 823 BGB entwickelt wurden, seien es Prüfungs-, Organisations- oder Überwachungspflichten;⁷⁶ (was ebenfalls nichts Neues ist) gerade bei unvorhersehbarem Verhalten werden sich diese Pflichten erheblich zu einer laufenden Kontrolle fortentwickeln.⁷⁷ Noch bestehende Haftungslücken müssen durch die Einführung einer Gefährdungshaftung abgedeckt werden.⁷⁸

3.1.3 Kausalität und Vernetzungsrisiko

Als besonders intrikat wird teilweise die Frage der Kausalität bei Fehlfunktionen eines Roboters hervorgehoben.⁷⁹ So sei es schwierig festzustellen, ob der Schaden, der durch eine Fehlfunktion eines Roboters entstehe,

72 *Teubner* (Fn. 11), AcP 218 (2018), S. 155 (191 ff., 193).

73 *Hanisch*, in: Hilgendorf, Robotik im Kontext von Recht und Moral (Fn. 25), S. 27 (46 ff.), allerdings nur bei Fehlerhaftigkeit des Roboters.

74 S. auch *Zech*, DJT 2020 Gutachten A, S. 53.

75 *Zech*, DJT 2020 Gutachten A, S. 54; zuvor *Klingbeil*, Schuldnerhaftung für Roboter- versagen, JZ 2019, S. 718 (720).

76 So jetzt auch *Teubner* (Fn. 11), AcP 218 (2018, S. 155 (190); *Wagner* (Fn. 20), VersR 2020, S. 717 (730).

77 Ähnlich *Zech*, DJT 2020 Gutachten A, S. 55; zuvor bereits *Spindler*, in: Hilgendorf, Robotik im Kontext von Recht und Moral (Fn. 25), S. 63 (65 f.).

78 *Spindler* (Fn. 4), CR 2015, S. 766 ff.; ebenso *Zech*, DJT 2020 Gutachten A, S. 55.

79 *Zech*, DJT 2020 Gutachten A, S. 35 f.; *Grützmacher* (Fn. 59), CR 2021, S. 433 (436 Rn. 19 ff.): Beweisprobleme.

auf einer Fehlprogrammierung, auf fehlerhaftem Gebrauch oder „fehlerhaften“ Entscheidungen des Roboters beruhe.⁸⁰ Manche sprechen gar vom „Untergang des Handelnden“⁸¹ oder der Unmöglichkeit einer Abgrenzung.⁸²

Indes stellen diese Kausalitätsfragen das zivilrechtliche Haftungsrecht nicht per se vor völlig neue Herausforderungen: Denn komplexe Kausalitätsverläufe sind auch aus anderen Gebieten bekannt, selbst unter Eingriff Dritter in den Kausalverlauf, insbesondere im IT-Produkthaftungsbe-
reich,⁸³ aber auch im Umwelthaftungsbereich. Ob etwa eine fehlerhafte Software oder ein Defekt an der Maschine oder des Kfz ursächlich war, spielt allein eine Rolle beim Regress des Herstellers gegenüber einem Teilersteller oder einem IT-Zulieferer (etwa der falsch programmierten Software). Multikausale Schädigungsverläufe können mit den bekannten Figuren der kumulativen, der alternativen Kausalität sowie über §§ 830 Abs. 1 S. 2, 840 BGB jedenfalls im Ansatz bewältigt werden. Nach außen hin bleiben vertragsrechtlich der Lieferant und produkthaftungsrechtlich der Hersteller des Roboters verantwortlich, solange sich der Fehler in einer Störung des Roboters überhaupt lokalisieren lässt. Voraussetzung für § 830 Abs. 1 S. 2 BGB ist allerdings, dass jeder der potentiellen Verursacher die übrigen Haftungsvoraussetzungen erfüllt.⁸⁴

Einzuräumen ist, dass sich durch die erhöhte Vernetzung (als nicht KI-typisches Merkmal) und vor allem das nötige Training und der Input von Daten, die nicht unbedingt auch vom Programmierer der KI bzw. vom Hersteller des Roboters stammen müssen, neue Kausalitätsfragen ergeben. Allerdings weist *Zech* zu Recht daraufhin, dass bei Lichte besehen diese Fragen eher den Beweisproblemen geschuldet sind⁸⁵ – die sich wiederum durch technische Maßnahmen zumindest abmildern lassen (logging by design), was oft unberücksichtigt bleibt.⁸⁶

80 So *Beck*, Grundlegende Fragen zum rechtlichen Umgang mit der Robotik, JR 2009, S. 225 (227).

81 *Spiecker gen. Döbmann* (Fn. 19), CR 2016, S. 698 (700 f.).

82 *Teubner* (Fn. 11), AcP 218 (2018), S. 155 (202).

83 Näher dazu *Spindler*, in: Lorenz, Karlsruher Forum 2010 (Fn. 4), S. 30 f.; allgemein: *Spindler*, Kausalität im Zivil- und Wirtschaftsrecht, AcP 208 (2008), S. 283.

84 BGH NJW 1994, 932 Rn. 25 f. – *Kindertee II*; s. auch *Zech*, DJT 2020 Gutachten A, S. 39.

85 *Zech*, DJT 2020 Gutachten A, S. 35 f.; *Grützmacher*, (Fn. 59), CR 2021, S. 433 (436 Rn. 19 ff.).

86 So etwa *Wagner* (Fn. 20), VersR 2020, S. 717 (733) und inhaltsgleich zuvor *Wagner* (Fn. 24), AcP 217 (2017), S. 707 (764 f.).

3.2 Verschuldensunabhängige Haftung

3.2.1 ProdHaftG

Auch die verschuldensunabhängige Produkthaftung kann für die Hersteller von Robotern eine bedeutende Rolle spielen. Allerdings sind die geschützten Rechtsgüter gegenüber der Haftung aus §§ 823 ff. BGB eingeschränkt: Nur wenn ein Mensch getötet, Körper oder Gesundheit verletzt oder eine Sache beschädigt wird, kommt die Haftung in Betracht (§ 1 Abs. 1 S. 1 ProdHaftG). Primäre Vermögensschäden, welche nicht an eine Rechtsgutsverletzung anknüpfen, werden nicht ersetzt. Gerade bei Robotern (Medizinbereich) oder selbststeuernden Kfz wird indes eine Haftung in Betracht kommen. Eine bedeutsame Einschränkung erfährt der sachliche Schutzbereich des ProdHaftG im Bereich der Sachschäden durch § 1 Abs. 1 S. 2 ProdHaftG ferner dadurch, dass eine andere Sache als das fehlerhafte Produkt beschädigt sein muss und diese anderen Sachen ihrer Art nach gewöhnlich für den privaten Ge- und Verbrauch bestimmt und hierzu von dem Geschädigten hauptsächlich verwendet worden sind. Damit fällt der große Bereich der Schäden im geschäftlichen Bereich aus dem Anwendungsbereich des ProdHaftG heraus. Der Fehlerbegriff spielt auch hier wieder eine entscheidende Rolle, wobei auf ähnliche Maßstäbe wie im Bereich der verschuldensabhängigen Produkthaftung zurückgegriffen werden muss, namentlich technische Standards und Produktsicherheitsnormen.⁸⁷

Problematischer ist die Haftung für rein virtuelle Systeme bzw. Software, da sie an sich nicht dem Wortlaut der Richtlinie als Produkt unterfallen.⁸⁸ Auf europarechtlicher Ebene bislang ungeklärt, sollte Software aber als Produkt begriffen werden,⁸⁹ zumindest analog, da es bisweilen eher dem Zufall entspricht, ob eine Software in einem Produkt integriert ist oder virtuell die Handlungen einer Hardware über die Cloud z.B. steuert. Zuzugeben ist allerdings, dass die Produkthaftungs-RL trotz Novellierungen niemals erweitert wurde. Schließlich kennt das europäische

87 S. dazu oben 3.1.1.5; so auch *Wagner* (Fn. 24), AcP 217 (2017), S. 707 (730); *Zech*, DJT 2020 Gutachten A, S. 47 f.

88 Wohl für eine analoge Anwendung von § 2 ProdHaftG auch *Zech*, DJT 2020 Gutachten A, S. 46 f.

89 So Report from the Expert Group on Liability and New Technologies, 2019, S. 43, abrufbar unter <https://ec.europa.eu/transparency/expert-groups-register/core/api/front/document/36608/download>.

Produkthaftungsrecht keine after-sales-Pflichten wie die deutsche Produktbeobachtungspflicht.⁹⁰

3.2.2 Betreiber, insbesondere autonomes Fahren

3.2.2.1 Betreiber-Haftung

Das geltende Recht kennt nur für bestimmte selektive Bereiche eine Gefährdungshaftung, wobei die vorherrschende Doktrin in Deutschland im Gegensatz etwa zu Österreich keine Analogien zu bestehenden Gefährdungshaftungsregelungen kennt. In Betracht kommen etwa die Haftung des Kfz-Halters (§ 7 StVG), des Tierhalters (§ 833 BGB), des Betreibers von Luftfahrzeugen, hier vor allem Drohnen (§ 33 LuftVG) oder von gentechnischen Anlagen (GenTG), um nur ein paar der industriewichtigen Sektoren zu benennen. Alle Regeln knüpfen an die besondere Gefährdungsquelle an und vermeiden so Beweisprobleme im Bereich der Pflichtwidrigkeit, allerdings nicht der Kausalität (mit Ausnahme des UmweltHG).

3.2.2.2 Regelungen zum autonomen Fahren im StVG

Auch für vollautomatisierte Fahrzeuge gilt, dass der Halter für Gefahren, die von diesen ausgehen, im Rahmen von § 7 StVG haftbar ist.⁹¹ Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass die Halterhaftung nur die menschengesteuerte Betriebsgefahr erfasse;⁹² abgesehen davon, dass es um die Betriebsgefahr des Kfz insgesamt geht,⁹³ die selbst parkende Kfz erfasst, ist diesem Argument spätestens mit Berücksichtigung des automatisierten Fahrens im StVG durch § 1a StVG und erst Recht dem autonomen Fahren nach §§ 1d ff. StVG der Boden entzogen.

90 Report from the Expert Group on Liability and New Technologies, 2019, S. 43, abrufbar unter <https://ec.europa.eu/transparency/expert-groups-register/core/api/front/document/36608/download>.

91 S. Spindler (Fn. 4), CR 2015, S. 766 ff.; so auch Borges (Fn. 64), CR 2016, S. 272 (274); Sosnitzka, Das Internet der Dinge – Herausforderung oder gewohntes Terrain für das Zivilrecht?, CR 2016, S. 764 (768); Wagner (Fn. 24), AcP 217 (2017), S. 707 (758); Zech (Fn. 30), ZfPW 2019, S. 198 (214), zusammenfassend Zech, DJT 2020 Gutachten A, S. 42 f. mwN.

92 So aber Schirmer (Fn. 11), RW 2018, S. 453 (457 ff).

93 So auch Zech, DJT 2020 Gutachten A, S. 42 f.

Mit der Novelle von 2021 hat der Gesetzgeber zudem den Bereich des autonomen Fahrens einer ersten, umfassenderen Regelung unterzogen: Das Gesetz unterscheidet zunächst zwischen hoch- und vollautomatisierten KfZ (§ 1a Abs. 1 StVG) und autonom fahrenden KfZ nach § 1d StVG. Letztere dürfen in bestimmten Bereichen selbständig fahren, § 1d Abs. 1 StVG. Als autonomes Fahrzeug bezeichnet § 1d Abs. 1 StVG ein Fahrzeug, welches „die Fahraufgabe ohne eine fahrzeugführende Person selbstständig in einem festgelegten Betriebsbereich erfüllen kann“ und über eine technische Ausrüstung verfügt, welche den Anforderungen des § 1e StVG-E entspricht. Dabei werden an das autonome System die gleichen Anforderungen an die Berücksichtigung von Verkehrsvorschriften wie an den menschlichen Fahrzeugführer gestellt, § 1e Abs. 2 Nr. 1 StVG, womit der Gesetzgeber anderen Anregungen eine Absage erteilt.⁹⁴ Autonome Fahrzeuge dürfen sich daher lediglich in bestimmten „festgelegten Betriebsbereichen“ bewegen, die jedoch nicht näher im StVG festgelegt werden, sondern durch VO nach § 1j Abs. 1 Nr. 2 StVG. Ferner dürfen diese Fahrzeuge nicht ohne jegliche Kontrolle fahren, sondern müssen überwacht werden, was durch eine „Technische Aufsicht“ erfolgen soll, worunter eine natürliche Person zu verstehen ist, die das Fahrzeug während des Betriebs deaktivieren und Fahrmanöver freigeben kann. Diese „Technische Aufsicht“ ersetzt quasi den früheren Fahrzeugführer. Auch hierzu und vor allem zu den Qualifikationsanforderungen enthält die Autonome-Fahrzeuge-Genehmigungs-und-Betriebs-Verordnung (AFGBV) nähere Konkretisierungen, Anlage II zu § 14 AFGBV, § 1j Abs. 1 Nr. 4 StVG, wobei zahlreiche Fragen offen sind, etwa wie mit Abwesenheiten der natürlichen Person umzugehen ist, wie viele Fahrzeuge gleichzeitig der „Technischen Aufsicht“ unterstellt sein dürfen etc.⁹⁵

Sollten beim Betrieb des Fahrzeugs Schwierigkeiten auftreten, muss das Kfz sich selbstständig in einen risikominimalen Zustand versetzen können, der die größtmögliche Sicherheit aller Verkehrsteilnehmer bietet. Neben umfangreichen technischen Anforderungen an das Kfz hat sich der Gesetzgeber auch mit der gerade beim autonomen Fahren intensiv diskutierten Frage auseinandergesetzt, wie mit sog. Dilemma-Situationen umzugehen ist, also Gefährdungslagen für verschiedene, im Extremfall gleichrangige Rechtsgüter, bei denen unausweichlich eines verletzt würde.⁹⁶

94 Begr RegE BT-Drs. 19/27439, S. 21, 34; *Wagner SVR* 2021, S. 287 (287).

95 S. dazu *Haupt*, Auf dem Weg zum autonomen Fahren, *Der Entwurf eines Gesetzes zum autonomen Fahren*, *NZV* 2021, S. 172 (175).

96 S. dazu näher *Beck*, Selbstfahrende Kraftfahrzeuge – aktuelle Probleme der (strafrechtlichen) Fahrlässigkeitshaftung, in: *Oppermann/Stender-Vorwachs*, *Autono-*

Nach § 1e Abs. 2 Nr. 2 b) muss das Kfz in der Lage sein, die „selbstständigen an die Fahrzeugführung gerichteten Verkehrsvorschriften zu entsprechen und die über ein System der Unfallvermeidung verfügt, das

- a) auf Schadensvermeidung und Schadensreduzierung ausgelegt ist,
- b) bei einer unvermeidbaren alternativen Schädigung unterschiedlicher Rechtsgüter die Bedeutung der Rechtsgüter berücksichtigt, wobei der Schutz menschlichen Lebens die höchste Priorität besitzt, und
- c) für den Fall einer unvermeidbaren alternativen Gefährdung von Menschenleben keine weitere Gewichtung anhand persönlicher Merkmale vorsieht“

Demnach folgt der Gesetzgeber den klassischen Leitlinien der (verfassungsrechtlichen) Rechtsprechung, indem Menschenleben nicht gegeneinander aufgerechnet werden können.⁹⁷

Zur Technischen Aufsicht müssen die Fahrzeuge eine ausreichend sichere Funkverbindung aufweisen, § 1e Abs. 2 Nr. 10 StVG, da die Kfz ständig Daten austauschen müssen, um sich zu koordinieren.⁹⁸

Aus haftungsrechtlicher Sicht sind natürlich vor allem die Pflichten der sog. Beteiligten von Interesse, was in § 1f StVG näher geregelt wird. Demnach sind als Beteiligte sowohl der Halter als auch der Hersteller des Fahrzeugs mit autonomer Fahrfunktion sowie die Technische Aufsicht umfasst.

- Dem Halter wird auferlegt, für die Verkehrssicherheit des Fahrzeugs mit autonomer Fahrfunktion zu sorgen, insbesondere die regelmäßige Wartung der für die autonome Fahrfunktion erforderlichen Systeme wozu auch die nötigen Updates gehören dürften. Nach § 13 AFGBV als konkretisierender Verordnung hat der Halter während des Betriebs des Kraftfahrzeugs insbesondere zu gewährleisten, dass die Fahrzeugsysteme für die aktive und passive Sicherheit regelmäßig überprüft werden, vor Fahrtantritt eine erweiterte Abfahrkontrolle durchgeführt wird, alle 90 Tage eine Gesamtprüfung des Fahrzeugs nach den Vorgaben des Betriebshandbuches erfolgt und die Ergebnisse der Gesamtprüfungen in einem Bericht dokumentiert werden. Abgesehen hiervon muss der Halter die Sorgfaltspflichten, die normalerweise dem Fahrzeugführer oblie-

mes Fahren, Kap. 3.7 Rn. 46 ff.; *Hilgendorf*, „Dilemma-Probleme beim automatisierten Fahren“, ZStW 130 (2018), S. 674; zuvor auch *Weber*, Dilemmasituationen beim autonomen Fahren, NZV 2016, S. 249.

97 BVerfG NJW 2006, S. 751 Rn. 85; ferner *Erb*, in: Münchener Kommentar StGB, 4. Aufl. 2020, § 34 Rn. 143 ff.

98 S. *Haupt* (Fn. 95), NZV 2021, S. 172 (174) mNachw.

gen, der bei einem autonomen Fahrzeug jedoch nicht vorhanden ist, erfüllen. So muss der Halter sicherstellen, dass die beförderten Personen angeschnallt sind oder die Ladung gesichert ist. Ebenso obliegt dem Halter die Gewährleistung der Erfüllung einer Technischen Aufsicht über autonome Fahrzeuge, hier die Erbringung von Nachweisen darüber, dass die von ihm für die Durchführung der Technischen Aufsicht beauftragte Person über eine geeignete fachliche Qualifikation verfügt und eine Schulung durchlaufen hat.

- Die Technische Aufsicht, die zusammen mit dem Halter den entfallenden Fahrzeugführer ersetzt, erfolgt zwingend durch eine natürliche Person, die das autonome Fahrzeug steuern oder ganz abschalten kann. Die Technische Aufsicht soll insbesondere verantwortlich für den laufenden Betrieb des Fahrzeugs verantwortlich sein, etwa im Falle des Vorschlags von alternativen Fahrmanövern im Falle von § 1e Abs. 2 Nr. 4. § 1f Abs. 2 Nr. 1 StVG, wenn sie hierzu vom automatisierten System aufgefordert wird; unter Umständen muss sie auch die automatisierte Fahrfunktion auch ausschalten, wenn Probleme auftreten und mit den Fahrzeuginsassen Kontakt aufnehmen, § 1f Abs. 2 Nr. 4 StVG. Dabei ist eine stetige Überwachung des autonomen Fahrzeugs aber nicht erforderlich. Vielmehr bedarf es nur einer jederzeitigen Bereitschaft, die Deaktivierung des autonomen Fahrzeugs oder die Freigabe von Fahrmanövern durchzuführen.
- Aber auch dem Hersteller des Kfz werden jenseits der produkthaftungs- und sicherheitsrechtlichen Vorgaben explizit Pflichten auferlegt, indem er dafür einstehen muss, dass das Fahrzeug vor Angriffen auf die elektronische und elektrische Architektur geschützt ist, insbesondere vor Hackerangriffen, § 1f Abs. 3 Nr. 1, 2, 6 StVG.⁹⁹ Damit werden Netzrisiken angesprochen, die von den klassischen produktsicherheitsrechtlichen Vorgaben bislang nicht adressiert werden. Allerdings berücksichtigt das StVG nicht die Möglichkeit der Kommunikation zwischen intelligenten Bausteinen der Infrastruktur.¹⁰⁰
- Ferner muss der Hersteller Schulungen für die am Betrieb des Fahrzeugs beteiligten Personen anbieten, was der klassischen Instruktionspflicht entspricht, diese aber weiter spezifiziert, § 1f Abs. 3 Nr. 5 StVG. Auch hat der Hersteller eine Risikobeurteilung vorzunehmen und die

⁹⁹ S. dazu *Schulz*, Sicherheit im Straßenverkehr und autonomes Fahren, NZV 2017, S. 548 (552); *Steege*, Autonomes Fahren und die staatliche Durchsetzung des Verbots der Rechtswidrigkeit, NZV 2019, S. 459 ff.

¹⁰⁰ Krit. daher *Wagner* SVR 2021, S. 287 (288); s. auch *Steege*, Gesetzesentwurf zum autonomen Fahren (Level 4), SVR 2021, S. 128 (130).

Einhaltung der in § 1e Abs. 2 S. 1 StVG beschriebenen Voraussetzungen der technischen Ausrüstung von autonomen Fahrzeugen in einer Systembeschreibung gegenüber dem Kraftfahrzeugbundesamt und im Betriebshandbuch des jeweiligen Kraftfahrzeugs verbindlich zu erklären. Ferner muss der Hersteller entsprechend den allgemeinen produktsicherheitsrechtlichen Kriterien die sogenannte Herstellererklärung im Rahmen des Antrags auf Erteilung zur Betriebserlaubnis für das autonome Kfz abgeben, die die Gesetzmäßigkeit der verbauten technischen Ausstattung und Teile garantieren soll.

Bemerkenswert ist, dass das StVG anstelle der Fahrzeugführerhaftung nicht Haftungsnormen für die „Technische Aufsicht“ treten lässt; insofern gelangt die Verschuldensvermutung des § 17 Abs. 1 StVG nicht zur Anwendung,¹⁰¹ was der Gesetzgeber explizit betont hat.¹⁰² Die Aufgaben des Fahrzeugführers und der Technischen Aufsicht würden sich nach Auffassung des Gesetzgebers zu stark unterscheiden, da die Technische Aufsicht primär erst nach Aufforderung durch das Fahrsystem ins Fahrgeschehen eingreift und dies auch nur in Form der Freigabe vom System vorgeschlagener Fahrmanöver oder Deaktivierung des Systems.¹⁰³ Daher bleibt es bei den allgemeinen deliktsrechtlichen Anforderungen zusammen mit Verkehrspflichtpräzisierungen durch die AFGBV und das StVG, verbunden mit der Darlegungs- und Beweislast auch für das Verschulden der Technischen Aufsicht.¹⁰⁴ Auch für die Hersteller bleibt es bei den allgemeinen Regelungen des ProdHaftG bzw. den aus §§ 823 ff. BGB abgeleiteten Haftung, wiederum nach Maßgabe der durch das StVG und der AFGBV spezifizierten Pflichtenkatalogs. Für den Halter bleibt es zudem bei der Garantihaftung nach § 7 StVG.

101 *Wagner*, Gesetz zum autonomen Fahren – Streitpunkte im Gesetzgebungsverfahren, SVR 2021, S. 287 (289).

102 *Begr RegE BT-Drs. 19/28178*, S. 41 in der Gegenäußerung zu den gegenteiligen Vorschlägen des Bundesrats, BT-Drs. 19/28178, S. 16 f.

103 *Begr RegE BT-Drs. 19/28178*, S. 41.

104 *Wagner* (Fn. 101) SVR 2021, S. 287 (289).

4 Rechtspolitische Agenda

4.1 Grundsätze

In Anbetracht der erwähnten Fallstricke bei der Haftung für IT-Produkte im Allgemeinen und für Internet of Things (IoT) und insbesondere für KI bzw. autonome Systeme im Besonderen, muss eine Reihe von Regulierungsoptionen in Betracht gezogen werden, die sich auf eine verschuldensunabhängige Haftung, eine fahrlässige Haftung sowie Haftungsbefreiungen in Verbindung mit Haftungsbeschränkungen oder obligatorischen Versicherungen beziehen. Darüber hinaus müssen die öffentlich-rechtlichen Regeln zur Produktsicherheit und zu technischen Standards in den Blick genommen werden. Beide Rechtsbereiche sind eng mit Fragen ihrer Durchsetzung (enforcement) verbunden und leiden unter verschiedenen Fallstricken, sei es im Falle geringfügiger Forderungen (sog. small claims), insbesondere wenn keine Möglichkeit für Sammelklagen gegeben ist oder bei fehlenden Fachkräften in Aufsichtsbehörden. Daher sollte ein Regulierungsansatz als eine Mischung verschiedener Rechtsinstrumente verstanden werden – die bloße Konzentration auf ein Instrument wie z.B. die verschuldensunabhängige Haftung würde nicht die richtige Ausgewogenheit bieten.

Eines der wichtigsten Prinzipien im Rahmen der institutionellen Ökonomie bezieht sich auf die „günstigsten Kostenvermeider“ (cheapest cost avoider):¹⁰⁵ Diejenigen, die am besten in der Lage sind, Risiken zu kontrollieren, sollten auch für Schäden haftbar gemacht werden, die durch Dritte entstanden sind. Die Haftung aufgrund von Fahrlässigkeit ist z.B. die am besten geeignete Regelung, wenn beide Parteien – Schädiger und Opfer – den Schaden durch (effiziente) Sorgfalt verhindern können.¹⁰⁶ Daher ist im Allgemeinen eine verschuldensunabhängige Haftung vorzuziehen, wenn die Sorgfalt des Herstellers die mit dem Produkt verbundenen Risiken nicht wirklich beeinflussen kann. Die verschuldensunabhängige Haftung ist am besten geeignet, wenn hohe Risiken und rechtliche Interessen bestehen und die Systeme nicht mehr in einem deterministischen Umfeld agieren.

105 Siehe *Shavell*, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press 2004, S. 189: 'least cost avoider'; außerdem *Schäfer/Ott*, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts* (Fn. 23), S. 279.

106 Siehe *Shavell*, *Foundations of Economic Analysis of Law* (Fn. 105), S. 190.

4.2 Neue Rechtssubjekte

In einem größeren Zusammenhang eingebettet ist der Vorschlag, Robotern bzw. künstlicher Intelligenz eine Art beschränkter Rechtssubjektivität zu übertragen, um Probleme der Schuld, von Haftung und Verantwortung zu lösen,¹⁰⁷ da diese quasi einen eigenen Willen entwickeln würden und daher die klassischen Zurechnungsmechanismen nicht mehr adäquat seien,¹⁰⁸ wobei die Haftung über einen Fonds oder ein Pflichtversicherungssystem gelöst werden soll.¹⁰⁹

Allerdings sind damit immense Folgefragen verbunden, angefangen bei der Frage der nötigen Kapitalausstattung, Beginn und Ende von Rechtsfähigkeit bis hin zur internen Governance bzw. den Zurechnungssubjekten, ohne die auch eine juristische Person nicht auskommt. Auch für die „maschinelle Person“ muss ein Mensch als „Organ“ gefunden werden, der die Maschine vertritt.¹¹⁰ Eine Beschränkung der Haftung auf eine ePerson würde die Frage aufwerfen, wie das nötige Kapital aufgebracht werden soll oder wie diese ePerson zwingend mit einer Haftpflichtversicherung¹¹¹ versehen werden müsste.¹¹² Schließlich könnten Roboter bei einer solchen

-
- 107 S. *Hilgendorf*, Können Roboter schuldhaft handeln?, in: Beck (Hrsg.), *Jenseits von Mensch und Maschine*, Baden-Baden 2012, S. 119 (125 ff.); *Beck* (Fn. 80), JR 2009, S. 225 (229 f.); dem beipflichtend *Kersten* (Fn. 14), JZ 2015, S. 1 (7).
- 108 *Matthias*, Automaten als Träger von Rechten (Fn. 15), S. 83 ff.; *Beck*, Der rechtliche Status autonomer Maschinen, AJP 2017, S. 183, 187 ff.; *Günther*, Roboter und rechtliche Verantwortung (Fn. 34), S. 251 ff.; kritisch bzgl. der „*Statuslosigkeit*“ auch: *Schirmer*, Rechtsfähige Roboter?, JZ 2016, S. 660 (663); *Schirmer* (Fn. 11), JZ 2019, S. 711 (716), welcher sich allerdings aus Zweckmäßigkeitserwägungen für die Teilrechtsfähigkeit ausspricht; ähnlich *Linardatos*, Autonome und vernetzte Aktanten im Zivilrecht, 2021, S. 180 ff., 379 ff. mit umfangreicher ökonomischer Analyse.
- 109 S. *Beck*, in: Spranger (Hrsg.), *Aktuelle Herausforderungen der Life Sciences*, Berlin u.a. 2010, S. 95 (102 ff.); *Hilgendorf*, in: Beck, *Jenseits von Mensch und Maschine* (Fn. 107), S. 119 (125 ff., 128); *Gruber*, in: Beck, *Jenseits von Mensch und Maschine* (Fn. 107), S. 133 (156, 198); mit Einschränkungen auch *Bodungen/Hoffmann*, Belgien und Schweden schlagen vor: Das Fahrsystem soll Fahrer werden!, NZV 2015, S. 521 (524 ff.).
- 110 Ähnlich *Müller-Hengstenberg/Kirm* (Fn. 30), MMR 2014, S. 307 (308).
- 111 Dazu *Wagner*, in: Faust/Schäfer (Hrsg.), *Zivilrechtliche und rechtsökonomische Probleme des Internet und der künstlichen Intelligenz*, 2019, S. 1 (32).
- 112 Report from the Expert Group on Liability and New Technologies – New Technologies Formation, 2019, S. 38, abrufbar unter <https://ec.europa.eu/transparency/expert-groups-register/core/api/front/document/36608/download>; *Koch*, Product Liability 2.0 - Mere Update or New Version?, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer, *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*

Konstruktion quasi als Haftungsbeschränkung eingesetzt werden, was wiederum zu Fehlanreizen und einer nur schwer begründbaren Verlagerung von Risiken auf Dritte führt.¹¹³ Solange aber Roboter bzw. KI keinen echten eigenen Willen entwickeln können und die Zurechnungsnormen flexibel genug sind, besteht keinerlei Anlass zur Einführung einer eigenen „ePerson“, so reizvoll dieser Gedanke auch sein mag.¹¹⁴

Zudem ist zu fragen, wo die Abgrenzungen für solche Rechtssubjekte liegen sollen: Wie ausgeführt, gibt es „das“ künstliche Intelligenzsystem nicht, der Roboter kann mit einer entsprechenden Software agieren aber auch ferngesteuert sein, die Software ihrerseits kann aus verschiedenen Modulen bestehen, die miteinander agieren – wer sollte hier in den Genuss der Rechtssubjektivität kommen? Kann quasi ein „Gehirn“ lokalisiert werden? Kann das „System“ in irgendeiner Weise abgegrenzt werden, insbesondere im Hinblick auf dessen Vernetzung?¹¹⁵

4.3 Gefährdungshaftung und Pflichtversicherungen als Lösung statt spezieller Roboterhaftung

So wie der Halter als derjenige haftet, der grundsätzlich eine gefährliche Technologie (Kfz) einsetzt und über dessen Verwendung entscheidet (und sei es auch nur durch Übergabe an den Fahrer), so wie der Halter eines Tieres für dessen Gefahren haftet,¹¹⁶ so ist generell an eine Gefährdungshaftung de lege ferenda für solche IT-Systeme zu denken, die in ihrem Verhalten nicht mehr völlig vorhersehbar sind – verbunden mit dem typischen Arsenal der Gefährdungshaftung, insbesondere der Begrenzung der

(Fn. 19), S. 99 (115); wie hier jetzt *Zech*, DJT 2020 Gutachten A, S. 65 f.; *Grützma-cher* (Fn. 59) CR 2021, S. 433 (437 Rn. 33).

113 Zutr. *Hanisch*, in: Hilgendorf, Robotik im Kontext von Recht und Moral (Fn. 25), S. 27 (39 f.); abl. auch *Wagner* (Fn. 20), VersR 2020, S. 717 (739); dagegen aber *Linardatos*, Autonome und vernetzte Aktanten im Zivilrecht, 2021, S. 393 f., 402 ff. der das Problem mit Entschädigungsfonds und Pflichtversicherungen sowie § 826 BGB für Missbrauchstatbestände lösen will.

114 Ausf. dazu *Teubner* (Fn. 11), AcP 218 (2018), S. 155 (177); *Gruber*, in: Beck, Jenseits von Mensch und Maschine (Fn. 107), S. 155 f.; *Schaub*, Interaktion von Mensch und Maschine, JZ 2017, S. 342; *Zech* (Fn. 30), ZfPW 2019, S. 198.

115 S. dazu auch *Linardatos*, Autonome und vernetzte Aktanten im Zivilrecht, 2021, S. 392 ff., der hier den „nexus-of-contracts“-Gedanken anwenden will. Der Mehrwert einer solchen Konstruktion ist allerdings zweifelhaft.

116 S. zu den Parallelen auch im Strafrecht *Gleiß/Weigend* (Fn. 11), ZStW 126 (2014), S. 561 (566 ff.) mwN.

Haftung, um keine ausufernden Haftungsrisiken und damit den Einsatz einer neuen Technologie zu behindern.¹¹⁷ Die Gefährdungshaftung war und ist seit jeher das Mittel, die Risiken einer zwar sozial erwünschten (und damit rechtmäßigen), aber gefährlichen Technologie bei demjenigen zu internalisieren, der über den Einsatz der Technologie entscheidet,¹¹⁸ gleichzeitig aber auch wegen der unbedingten Haftung die Technikakzeptanz zu steigern.¹¹⁹ Demgegenüber wird eingewandt, dass die Gefährdungshaftung zwar ein „passendes Ventil für technische Risiken“ sei, sie aber eine „starke Regelungswirkung“ entfalte.¹²⁰ Allerdings geht die Haftung typischerweise mit Haftungshöchstsummen einher, so dass eine gewisse Sozialisierung der Risiken im Interesse der Innovation billigend in Kauf genommen wird.¹²¹ Mit der Gefährdungshaftung anstelle eines verhaltensbasierten Haftungssystems wird das Problem vermieden, dass auf dem Boden des traditionellen Deliktsrechts mit seiner Rechtswidrigkeit voraussetzenden Pflichtenkonzept auch Unterlassung der gefährlichen Tätigkeit verlangt werden könnte.¹²²

Gekoppelt werden solche Risikozuweisungen in der Regel mit zwingenden Haftpflichtversicherungen – dies sorgt dafür, dass über die Versicherung zum einen Informationen über die Gefährlichkeit und die Schadensverläufe von solchen Systemen gesammelt werden können, zum anderen Regress gegenüber Herstellern etc. genommen werden kann.¹²³ Gerade die Kombination mit Haftungshöchstgrenzen ermöglicht eine Versiche-

117 *Spindler* (Fn. 4), CR 2015, S. 766 ff.; *Spindler*, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer, Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things (Fn. 19), S. 125 (136 ff.).

118 S. auch *Zech*, DJT 2020 Gutachten A, S. 63 ff. mwN; ähnlich die Beiträge von *Wagner*, s. nur *Wagner* (Fn. 20), VersR 2020, S. 717 (734 f.); früher bereits *Robe*, Gründe und Grenzen deliktischer Haftung, AcP 201 (2001), S. 118 (138 ff.) mwN der älteren Literatur.

119 *Zech*, DJT 2020 Gutachten A, S. 63.

120 So *Hanisch*, in: Hilgendorf, Robotik im Kontext von Recht und Moral (Fn. 25), S. 27 (36); in die gleiche Richtung tendenziell *Linardatos*, Autonome und vernetzte Aktanten im Zivilrecht, 2021, S. 322 ff., 328 ff.: keine Haftung für jedes Risiko; ähnlich *Thöne*, Autonome Systeme und deliktische Haftung, 2020, S. 192.

121 *Blaschczok*, Gefährdungshaftung und Risikozuweisung (Fn. 23), S. 170 ff., 326 ff.; *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts (Fn. 23), S. 265.

122 BGH NJW 1988, 3019; *Spindler*, in: BeckOGK-BGB (Fn. 36), § 823 Rn. 4 ff.; *Blaschczok*, Gefährdungshaftung und Risikozuweisung (Fn. 23), S. 7 ff.

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

124 Bei Einführung einer Gefährdungshaftung sowohl für Betreiber (sektorspezifisch) als auch Hersteller besteht auch kein Bedarf mehr für eine Art Assistenzhaftung,¹²⁵ gleich wie sie auch ausgestaltet sein mag, zumal sich kaum Unterschiede ergeben dürften.

4.4 Kausalität

Sowohl verschuldensabhängige Haftung als auch Gefährdungshaftung sind mit dem Problem des Kausalitätsnachweises konfrontiert. Hier bieten sich zwei voneinander unabhängige, aber kombinierbare Lösungen: Zum einen die Einführung von Vermutungsregeln bzw. Beweislastregeln dem Vorbild von § 6 UmweltHG folgend.¹²⁶ In Bezug auf Umweltschäden ist, vergleichbar den Problemen in der IT, in gleicher Weise schwer zu beurteilen, ob ein bestimmtes Problem (die "Emission") genau den relevanten Schaden verursacht hat ("Immission") oder ob der Schaden gerade durch mehrere Faktoren (mehrere "Emissionen") verursacht wurde, die zurückverfolgt werden können, oder den Schaden nur kumulativ verursacht haben.¹²⁷ Zum anderen ist eine Pflicht einzuführen, Mechanismen bzw. Programme zu verwenden, die das Loggen des Verhaltens des Systems erlauben (logging by design). In ähnlicher Form sieht nunmehr auch § 63a StVG für autonome Kfz eine „black box“ vor, die bei Verkehrsunfällen das Auslesen der relevanten Daten für Unfallbeteiligte erlaubt.¹²⁸ Generell

124 *Spindler*, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer, Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things (Fn. 19), S. 125 (137); ebenso *Zech*, DJT 2020 Gutachten A, S. 70.

125 Hierfür *Teubner* (Fn. 11), AcP 218 (2018) S. 155 (190 ff.); darauf aufbauend *Wagner* (Fn. 20), VersR 2020, S. 717 (735 f.) bei gleichzeitiger Abschaffung des Entlastungsbeweises in § 831 BGB.

126 S. bereits *Spindler* (Fn. 4), CR 2015, 766 ff.; *Zech* (Fn. 30), ZfPW 2019, S. 198 (218); *Zech*, DJT 2020 Gutachten A, S. 68.

127 Ausf. zum Kausalitätsproblem bei Umweltschäden: *Spindler* (Fn. 83), AcP 208 (2008), S. 283 (320 ff.).

128 Eingehend dazu: *Hoeren*, Ein Treuhandmodell für Autodaten? – § 63 a StVG und die Datenverarbeitung bei Kraftfahrzeugen mit hoch- oder vollautomatisierter Fahrfunktion, NZV 2018, S. 153; *Reibach*, Black Box und Datenschutz beim automatisierten Fahren, DSRITB 2017, S. 161; *Schmid/Wessels*, Event Data Recording für das hoch- und vollautomatisierte Kfz – Eine kritische Betrachtung der neuen Regelungen im StVG, NZV 2017, S. 357; *Lutz*, Fahrzeugdaten und staatlicher Datenzugriff, DAR 2019, S. 125.

könnte eine Verpflichtung zu „documentation by design“ geschaffen werden, um die Kausalitätsprobleme und deren Nachweis zu bewältigen.

4.5 Haftungsadressaten

Eine verschuldensunabhängige Haftung würde sich wie die Produkthaftungsrichtlinie immer noch auf den Begriff „Hersteller“ beziehen. Wie bereits erwähnt, werden KI- und IT-Produkte jedoch häufig nicht mehr als eigenständige Produkte verkauft, sondern "entbündelt". Der „Hersteller“ eines solchen Produkts könnte daher nur haftbar gemacht werden, wenn Online-Dienste etc. als Lieferantenprodukt qualifiziert würden. In diesem Rahmen bedarf es auch zumindest einer Beweislastumkehr für die Frage, ob ein Produkt fehlerhaft ist,¹²⁹ wenn nicht von vornherein eine strikte Gefährdungshaftung eingeführt werden sollte, was vorzugswürdig wäre, da nicht mehr auf den Fehlerbegriff abgestellt werden muss.¹³⁰

Auch wenn ein derartiges Pipeline-Prinzip für IT-Produkte geeignet wäre, kann es dennoch das Problem von Änderungen an Diensten und Software nach deren Inverkehrgabe nicht lösen – was jedoch durchaus typisch ist. Dieser Entflechtungsprozess weist schließlich auf eine Art Hybridsituation zwischen traditioneller Produkthaftung und vertraglicher Haftung hin: Wenn der Benutzer seinen Artikel an einen Dritten verkaufen möchte, muss er auch alle Serviceverträge usw. an den Dritten übertragen. Dritte, die nicht an den vertraglichen Beziehungen beteiligt sind (bystander), können dann von den Auswirkungen von Verträgen zugunsten Dritter profitieren, wie sie in bestimmten Rechtsordnungen wie beispielsweise in Deutschland bekannt sind.

Aber auch Betreiber sollten Adressaten einer entsprechenden Haftung sein,¹³¹ da sie zum einen über den konkreten Einsatz eines autonomen Systems entscheiden (insbesondere die konkreten Rahmenbedingungen), zum anderen aber häufig auch die KI erst trainieren.¹³² Da die Qualität

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

130 S. oben 4.3.

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

132 Zur Gefährdungshaftung für Betreiber s. auch *Spindler* (Fn. 4), CR 2015, S. 766 ff.; *Gless/Janal* (Fn. 35), JR 2016, S. 561 (574); *Horner/Kaulartz*, Haftung

und Intensität des Trainings häufig über die Güte des autonomen Systems entscheiden, müssen auch Betreiber hier in die Pflicht genommen werden.¹³³ Allerdings kommen hier durchaus sektorspezifische Ausgestaltungen in Betracht, da nicht jeder Lebensbereich einem gleichen Risiko ausgesetzt ist;¹³⁴ derartige Beschränkungen könnten mit Produktsicherheitsregelungen verknüpft werden. Eine Differenzierung kann auch dementsprechend nach typisierter Fachkenntnis der Betreiber in Betracht kommen.¹³⁵

Zwischen den Haftungsadressaten sollte eine gesamtschuldnerische Haftung nach § 840 BGB eingeführt werden, da für den Geschädigten häufig nicht ersichtlich ist, welcher Beitrag welcher der Haftungsadressaten tatsächlich geleistet hat.¹³⁶ Die Situation ist insofern nicht anders als bei Betreibern, die einer Gefährdungshaftung unterliegen, gleichzeitig aber der Produkthaftung unterliegenden Produkte verwenden.

4.6 Vernetzungsrisiken und kollektiver Versicherungsschutz

Hinsichtlich der komplexen Interaktion verschiedener Beteiligter (Hersteller, Betreiber, Intermediäre, Cloudprovider, andere „Zulieferer“) käme die Inanspruchnahme derjenigen in Betracht, die die Zusammenarbeit der Netze koordinieren, ohne dass diese zwangsläufig miteinander in vertraglichen Verbindungen stehen. Die High Level Expert Group hat hierzu den Begriff der commercial or technological unit verwandt.¹³⁷ Hieran ist insoweit zutreffend kritisiert worden, dass eine vertragliche Verbindung in der Regel wenig helfen wird, da diese zum einen selten besteht, zum anderen dann von vornherein entsprechende Haftungs- und Regressregeln

4.0, CR 2016, S. 7 (13 f.); *Schirmer* (Fn. 108), JZ 2016, S. 660, 665 f.; *Schirmer* (Fn. 11), RW 2018, S. 453, 473; *Schulz*, Verantwortlichkeit bei autonom agierenden Systemen, Baden-Baden 2015, S. 364 ff.

133 Anders offenbar *Wagner* (Fn. 20), VersR 2020, S. 717 (738), der nur für eine Herstellerhaftung plädiert ohne die komplexen Zusammenhänge einzubeziehen.

134 Ebenso auch jetzt *Zech*, DJT 2020 Gutachten A, S. 67; zuvor *Güntber*, Roboter und rechtliche Verantwortung (Fn. 34), S. 241; *Borges*, New Liability Concepts: the Potential of Insurance and Compensation Funds, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer, Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things (Fn. 19), S. 145 (152).

135 Zutr. *Zech*, DJT 2020 Gutachten A, S. 60 f.

136 Ebenso *Zech*, DJT 2020 Gutachten A, S. 61.

137 Report from the Expert Group on Liability and New Technologies – New Technologies Formation, 2019, S. 55 f., abrufbar unter <https://ec.europa.eu/transparency/expert-groups-register/core/api/front/document/36608/download>.

eingreifen.¹³⁸ Allerdings ändert dies nichts daran, dass es ähnlich der Figur der verbundenen Verträge bzw. der Bündelung von Leistungen unabhängiger Anbieter darauf ankommt, wie sich das Gebilde nach außen für den Betroffenen darstellt, z.B. die Kontrolle eines AppStores. Um eine solche Betrachtungsweise nicht ausufern zu lassen, sind naturgemäß – und im Zusammenspiel mit dem Produkt- und sonstigem Aufsichtsrecht – sektorspezifische Regeln erforderlich.¹³⁹

Weitergehend wird über eine „Vergemeinschaftung der Risiken digitaler Systeme“ nachgedacht, vor allem in Gestalt haftungsetzender Versicherungen, um Fehlsteuerungen durch Inanspruchnahme weniger Schädiger zu vermeiden. Denn durch die Vernetzung verringere sich der Einfluss der einzelnen Akteure.¹⁴⁰ Eng damit im Zusammenhang steht der Vorschlag einer kollektiven Absicherung solcher Schadensfälle, die sich aufgrund der Vernetzung nur schwer zuordnen lassen¹⁴¹ und deren Schutzbereich auf die klassischen Rechtsgüter wie Leib und Leben sowie Eigentum beschränkt wäre. Zwar mag eine solche kollektive Versicherung, die dann die Haftung der Beteiligten ersetzt, die sonst eintretenden Beweisprobleme beseitigen; doch ist zum einen angesichts der praktisch alle Bereiche des Lebens durchziehenden Digitalisierung eine Eingrenzung auf „KI-Systeme“ extrem schwer, erst recht, wenn man der Vernetzung Rechnung tragen will (Haftung von Intermediären? Cloudprovidern? Etc.), zum anderen verringert eine solche Versicherung ohne aufwändige Kontrollmechanismen (Audits von KI-Systemen) etc. die Anreize, die gerade durch die Haftung geschaffen werden sollen.¹⁴² Warum die Überwachung durch Versicherungen funktionstüchtiger sein soll als durch Aufsichtsbehörden – was üblicherweise für die Überlegenheit von Haftungsregimen gegenüber Aufsichtsregelungen herangezogen wird – erschließt sich kaum. Gleiches gilt für die Annahme von Regressforderungen:¹⁴³ Diese wären wiederum dem Problem der Interaktion und Kausalität bzw. des Nachweises ausgesetzt.

138 Krit. daher *Wagner* (Fn. 20), *VersR* 2020, S. 717 (740).

139 Dies erkennt auch *Wagner* (Fn. 20), *VersR* 2020, S. 717 (740).

140 So *Zech*, DJT 2020 Gutachten A, S. 62.

141 S. dazu *Schaub* (Fn. 114), *JZ* 2017, S. 342 (346); *Zech*, DJT 2020 Gutachten A, S. 72 f.

142 Report from the Expert Group on Liability and New Technologies – New Technologies Formation, 2019, S. 62, abrufbar unter <https://ec.europa.eu/transparency/expert-groups-register/core/api/front/document/36608/download>.

143 So aber *Zech*, DJT 2020 Gutachten A, S. 74.

4.7 Verhältnis zum Aufsichtsrecht, insbesondere Produktsicherheitsrecht

Oftmals findet sich die Feststellung, dass ein solchermaßen konzipiertes Haftungsrecht dem öffentlichen Technikrecht, das mit Ge- und Verboten ex ante arbeitet, überlegen sei. Denn das Rechtssystem könne schrittweise anhand von konkreten Schäden lernen und fortgebildet werden, so dass Kosten nicht schon bei der Einführung der Technologie anfallen würden, was insgesamt volkswirtschaftlich die bessere Option sei.¹⁴⁴ Richtig ist, dass Aufsichts- und Zulassungsbehörden stets unter einer informationellen Asymmetrie leiden werden, schon allein aus Personalkapazitätsgründen. Ob deswegen allein ein Haftungsrecht überlegen sein wird statt einer Mischung aus Haftungs- und Aufsichtsrecht, erscheint allerdings nicht ausgemacht: Zum einen ist fraglich, ob eine Rechtsordnung bei möglichen exorbitanten Schäden oder Gefährdungen von hochrangigen Rechtsgütern stets zuwarten kann, bis der Schaden eingetreten ist. Zum anderen hängt die Fähigkeit des Haftungsrechts zur Technologiesteuerung entscheidend von der Effektivität der Durchsetzung von Ansprüchen ab,¹⁴⁵ die sich zahlreichen Problemen gegenübersteht, von der Haftungsbeschränkung (etwa durch Kapitalgesellschaften) bis hin zur Klagehäufigkeit. Schließlich kann gerade am Anfang einer Technologieeinführung für die Akteure die Unsicherheit über Schadensersatzansprüche derart hoch sein, dass sie lieber Abstand von der Technologie nehmen; hier können Genehmigungsverfahren etc. eine gewisse Sicherheit für die Akteure herbeiführen.

Gerade der noch zu besprechende neue Vorschlag einer KI-VO auf europäischer Ebene (s dazu unten 4.10) könnte hier auch in zivilrechtlicher Hinsicht einiges ändern.

4.8 Probleme des Regresses

IT-Produkte, insbesondere KI- und IoT-Produkte, sind komplex strukturiert und werden meist nicht von einem einzigen Hersteller produziert; selbstfahrende Automobile, die aus einer Vielzahl verschiedener Elemente bestehen, demonstrieren diese Komplexität auf perfekte Weise. Um die

144 So *Wagner* (Fn. 20), *VersR* 2020, S. 717 (719) unter Verweis auf *Engert*, in: *Grundmann/Möslein* (Hrsg.), *Innovation und Vertragsrecht*, Tübingen 2020, S. 153 (176).

145 Dies realisiert auch *Wagner* (Fn. 20), *VersR* 2020, S. 717 (723 f.), freilich ohne den Regulierungsmix einzubeziehen.

Produzentenhaftung zu effektuieren – entsprechend dem Ansatz „cheapest cost avoider“ und der Internalisierung von Risiken/Schäden – ist daher das Recht auf Regress von entscheidender Bedeutung. Verträge mit Lieferanten können jedoch Haftungsbeschränkungen vorsehen, so dass die Hersteller keine wirksamen Rechtsmittel einlegen können, was bei großen IT-Playern mit ausreichender Marktmacht durchaus wahrscheinlich ist. Daher sollten die Bestimmungen zur Produkthaftung auch zwingende Rechte auf Regress vorsehen, um eine solche Blockierung der Haftung entlang der Lieferkette aufzuheben.

Ein besonderes Problem in Bezug auf Rechtsmittel bezieht sich auf die Verwendung von Open Source Codes: Da die GPL (und alle anderen Open Source-Lizenzen) strikte Haftungsbeschränkungen enthält, können Hersteller keine Regressansprüche geltend machen, die auf Mängel von Open Source beruhen.

4.9 Intermediäre

Nicht zuletzt muss die Rolle der Intermediäre geklärt werden, insbesondere ob die Haftungsregelung geändert werden muss oder nicht, was bislang trotz Benennung des Vernetzungsrisikos wenig bzw. keinen Niederschlag in den rechtspolitischen Stellungnahmen findet.¹⁴⁶ Ausgangspunkt für die Diskussion sollte die „Neutralität“ von Netzwerken sein, wie sie kürzlich in der EU-Verordnung zur Netzneutralität (Verordnung (EU) 2015/2120) festgelegt wurde;¹⁴⁷ wie bereits erwähnt haben Access-Provider und Telekommunikationsanbieter in der Regel keine Informationen darüber, für welche Zwecke ihre Dienste genutzt werden. Daher können sie das Risiko nicht berechnen und ihr Aktivitätsniveau nicht übernehmen, was die umfassenden Haftungsausnahmen rechtfertigt. Wenn es sich nicht um ein spezielles Netzwerk handelt, das nur einer Klasse oder einem IoT-Produkt gewidmet ist, beispielsweise Autonetzwerke für eine Fahrzeugflotte (BMW-Connect usw.), hat der Betreiber des Netzwerks kaum Kenntnis

146 So finden sich weder bei *Wagner* (Fn. 20), VersR 2020, S. 717 ff. noch *Zech*, DJT 2020 Gutachten A entsprechende Ausführungen.

147 VO (EU) 2015/2120 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25. November 2015 zur Festlegung von Maßnahmen betreffend des Zugangs zum offenen Internet und zur Änderung der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten sowie VO (EU) 531/2012 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen innerhalb der Union, Abl. L 310 S. 1.

von den Risiken, die mit seinem System verbunden sind, wenn es eingesetzt wird. Zwar gibt es ein starkes Argument für eine Haftungsfreistellung oder zumindest einer Einschränkung der Haftung bei nicht vorhersehbaren Schäden und Störungen des Dienstes. Es ist jedoch anzunehmen, dass dies nicht für Schäden gilt, die aufgrund von Sicherheitsverletzungen entstanden sind. Zumindest ein auf Fahrlässigkeit basierender Ansatz würde die Netzbetreiber dazu anregen, technische Standards und Mindestsicherheitseinstellungen einzuhalten, um jegliche Hackerangriffe oder Eingriffe in ihre Netzwerke zu vermeiden. Eine solche Haftung sollte von einer Verpflichtung zur Meldung von Sicherheitsverletzungen begleitet werden – ähnlich wie in Art. 33 der DSGVO¹⁴⁸ für Datenschutz.

In Bezug auf Intermediäre sollten IoT-Produkte so konzipiert sein, dass das Produkt bei einem Verbindungsabbruch automatisch abschaltet oder – noch besser – die Steuerung mit einer entsprechenden Warnung an den Nutzer zurückgegeben wird.

4.10 Auswirkungen einer etwaigen KI-VO auf EU-Ebene auf die Haftung

Der neue Vorschlag einer KI-VO durch die Europäische Kommission¹⁴⁹ regelt detaillierte verschiedene Pflichten von Herstellern, Importeuren und gewerblichen Nutzern im Sinne des Produktsicherheitsrechts. Da diese nicht nur dem Schutz der Allgemeinheit dienen, sondern auch des Einzelnen, sind sie als Schutzgesetze nach § 823 Abs. 2 BGB zu klassifizieren und könnten etliche der hier aufgeworfenen Fragen im Zusammenspiel mit dem allgemeinen Deliktsrecht bereits lösen.¹⁵⁰

Von Interesse sind hier zunächst die sog. hochriskanten KI-Systeme nach Art. 3 Nr. 1 KI-VO-E, die vor allem im Anhang I zur KI-VO-E näher definiert werden, insbesondere die Inhalte, Prognosen, Empfehlungen

148 VO (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und dem freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Allgemeine Datenschutzverordnung), Abl. L 119/1.

149 Vorschlag der EU-Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für Künstliche Intelligenz (Gesetz über Künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union v. 21.4.2021 COM(2021) 206 final (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0206&from=EN>); dazu ausführlich *Spindler*, Der Vorschlag der EU-Kommission für eine Verordnung zur Regulierung der Künstlichen Intelligenz (KI-VO-E), CR 2021, 361 ff.

150 Dazu ausführlicher *Grützmacher* (Fn. 59), CR 2021, 433 (437 Rn. 40 ff.).

oder Entscheidungen erzeugen können. Die erfassten Technologien sind relativ weit gefasst, indem sie sowohl maschinelles Lernen im weitesten Sinne aufführen, aber auch Expertendatenbanken mit logikbasierten Auswertungen bis hin zu statistischen Ansätzen.¹⁵¹ In diesem Rahmen unterscheidet Art. 6 KI-VO-E zwei Gruppen als hochriskante Systeme, zum einen diejenigen, bei denen die KI-Systeme in die Steuerung einer Hardware, die bereits produktsicherheitsrechtlichen Bestimmungen unterfallen (Art. 6 Abs. 1 a) KI-VO-E) und einem Konformitätsbewertungsverfahren unterliegen (Art. 6 Abs. 1 b) KI-VO-E), zum anderen die in Annex III der KI-VO-E aufgeführten KI-Systeme als „stand-alone-Produkte“, Art. 6 Abs. 2 KI-VO-E, bei denen besonders grundrechtsgefährdende Elemente im Vordergrund stehen, etwa zur biometrischen Identifizierung oder zum Betrieb kritischer Infrastrukturen oder Personalmanagement bis hin demokratischen Prozessen.

4.10.1 Pflichten für Anbieter und Hersteller

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

Der Anbieter bzw. Hersteller soll von vornherein Maßnahmen zur Minimierung der Risiken nach dem anerkannten Stand der Technik und Standards bzw. allgemeinen Spezifikationen durch die EU-Kommission treffen (Art. 9 Abs. 3 KI-VO-E), wobei auch ein vernünftigerweise vorhersehbarer Missbrauch zu berücksichtigen ist (Art. 9 Abs. 4 KI-VO-E). In diesem Rahmen müssen durch eine angemessene Konstruktion Risiken vermieden oder verringert werden, sofern sie nicht völlig beseitigt werden können, sowie Informationen hinsichtlich Verwendungszwecks und Missbrauchsrisiken bereitgestellt werden. Damit gehen Pflichten zu vorherigen Tests einher, bevor eine KI in den Verkehr gebracht wird, Art. 9 Abs. 5 – 7 KI-VO-E. Damit akzeptiert die KI-VO-E ein bestimmtes Restrisiko,¹⁵² verlangt also keine „perfekte“ KI.

151 S. dazu *Spindler* (Fn. 149), CR 2021, 361 (363).

152 So auch *Grützmacher* (Fn. 59), CR 2021, 433 (439 Rn. 50).

Der Tatsache, dass die KI immer des Trainings durch Daten bedarf, tragen die Vorgaben zur Data Governance nach Art. 10, 16a KI-VO-E Rechnung. Demnach müssen auch die Datensätze einer entsprechenden Validierung und Testung unterliegen, einschließlich der angemessenen Auswahl von Daten sowohl in qualitativer als auch quantitativer Hinsicht und der Prüfung im Hinblick auf eine Verzerrung („bias“) von Daten. Art. 10 Abs. 3 KI-VO-E verlangt in diesem Rahmen, dass die Trainings-, Validierungs- und Testdatensätze „relevant, repräsentativ, frei von Fehlern und vollständig“ sein müssen – was als unmöglich kritisiert wird.¹⁵³ Art. 10 Abs. 4 KI-VO-E verpflichtet darüber hinaus, den jeweiligen spezifischen Einsatzgebieten und Verwendungszwecken durch die Datenauswahl Rechnung zu tragen.

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

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

4.10.2 Pflichten von Nutzern

Neben den Herstellern bzw. Anbietern von KI werden auch den gewerblichen (Art. 3 Nr. 4 KI-VO-E) Nutzern Pflichten auferlegt, hier zunächst der – eigentlich selbstverständlichen – Pflicht, den Anweisungen des Herstellers bzw. Anbieters zu folgen, Art. 29 Abs. 1 KI-VO-E. Zudem muss der Nutzer sicherstellen, dass die Eingabedaten für das Training der KI relevant sind für den bestimmungsgemäßen Verwendungszweck, Art. 29 Abs. 3 KI-VO-E. Ferner muss der Nutzer das Verhalten der KI-Systeme überwachen, bei besonderen Gefahren auch deren Verwendung einstellen, Art. 29 Abs. 4 KI-VO-E.¹⁵⁴ Der Nutzer muss schließlich nach Art. 29 Abs. 4 S. 2, 3 KI-VO-E den Hersteller bzw. Anbieter und auch die Händler über Gefahren für die Gesundheit, Sicherheit oder von Grundrechtsverletzun-

153 Grützmacher (Fn. 59), CR 2021, 433 (439 f. Rn. 53).

154 S. hierzu auch Grützmacher (Fn. 59), CR 2021, 433 (441 Rn. 66), der hierin eine wesentlich weitergehende Pflicht als die der Produktbeobachtung sieht.

gen Dritter informieren.¹⁵⁵ Schließlich hat auch der Nutzer das Verhalten des KI-Systems zu loggen und zu dokumentieren, Art. 29 Abs. 5 KI-VO-E.

4.10.3 Auswirkungen auf die Haftung

Die Pflichten, die der KI-VO-E aufstellt, lassen sich zwanglos in das allgemeine deliktsrechtliche System als Schutzgesetze einfügen, da sie der Produktsicherheit und damit auch dem Schutz Einzelner dienen. Darüber hinaus können die Pflichten nach dem KI-VO-E bereits die von § 823 Abs. 1 BGB geforderten Verkehrspflichten zur Konkretisierung herangezogen werden, allerdings nur für hochriskante KI-Systeme. So werden die Organisationspflichten hinsichtlich des geforderten Riskmanagementsystems weiter präzisiert, vor allem hinsichtlich des Post-Market-Monitoring-Systems, ebenso hinsichtlich der Anforderungen an das Training mit Daten oder den Vorgaben für eine wirksame Dokumentation (logging), den Vorgaben zur Genauigkeit, Robustheit und Cybersicherheit (Art. 15 KI-VO-E) oder der unmittelbaren erforderlichen Fehlerbeseitigung bis hin zum Rückruf. All` dies entspricht den oben skizzierten Verkehrspflichten im Rahmen der verschuldensabhängigen Haftung.¹⁵⁶

Aber nicht nur herstellerseitig werden die Pflichten präzisiert, sondern auch auf der Nutzerseite, insbesondere der Pflicht zum Gebrauch der KI entsprechend der Instruktionvorgaben des Herstellers einschließlich des richtigen Trainings mit adäquate Daten oder zur Information des Herstellers und der Händler bei Gefahren für die Gesundheit, Sicherheit oder von Grundrechtsverletzungen bis hin zur Einstellung der Nutzung.

Gerade die Pflichten zur Verwendung von logging devices können die beschriebenen Darlegungs- und Beweislastprobleme im Bereich der Kausalität erheblich abmildern, und sei es nur durch Anwendung der Figur der sekundären Darlegungs- und Beweislast.¹⁵⁷

155 Krit. dazu *Grützmacher* (Fn. 59), CR 2021, 433 (441 Rn. 67), offenbar wegen zu weitreichender Haftungsrisiken.

156 Zum Ganzen s. auch *Grützmacher* (Fn. 59), CR 2021, 433 (443 Rn. 74).

157 So *Grützmacher* (Fn. 59), CR 2021, 433 (444 Rn. 79).

4.11 Vorschlag einer Haftungsregelung durch das EU-Parlament

Last but not least ist kurz auf den Vorschlag des EU-Parlaments zu einer Regelung der Haftung für KI-Systeme einzugehen.¹⁵⁸ Demnach soll eine Gefährdungshaftung für den Einsatz hochriskanter KI-Systeme geschaffen werden, Art. 4 VO-E, die in einem Anhang zu definieren sind, wobei Adressat der Haftung der Anwender sein soll („operator“, Art. 3 d) VO-E). Als Anwender werden sowohl der sog. Frontend operator (Art. 3 e) VO-E) als auch der backend operator (Art. 3 e) VO-E) qualifiziert; der frontend operator soll derjenige sein, der die Kontrolle über das System ausübt und auch von dem Einsatz des Systems profitiert, während der backend operator als derjenige qualifiziert wird, der im Hintergrund einen steuernden Einfluss ausübe. KI-Systeme außerhalb des Katalogs hochriskanter Systeme sollen demgegenüber nur einer verschuldensabhängigen Haftung unterliegen nach Art. 8 Abs. 1 VO-E. In diesem Rahmen soll der Anwender sich exkulpieren können, indem entweder das System unkontrollierbar agiert habe, obwohl der Anwender Maßnahmen getroffen hatte, um dieses Verhalten zu vermeiden, oder indem der Anwender ein geeignetes System eingesetzt, ordnungsgemäß in Betrieb und ausreichen überwacht habe, wozu auch Sicherheitsupdates zählen sollen. Bei mehreren Anwendern soll eine gesamtschuldnerische Haftung eingreifen, Art. 11 VO-E. Ist der frontend operator gleichzeitig ein Hersteller, soll die Haftung nach Art. 4 VO-E vorrangig zu Anwendung kommen, während dies nicht für den backend operator gelten soll, Art. 11 S. 2 VO-E.

5 Fazit

Zusammengefasst zeichnet sich ein komplexes Bild ab: Es wäre ineffizient, sich nur auf die verschuldensunabhängige Haftung der Hersteller zu konzentrieren, da moderne KI- und IoT-Produkte in komplexe Netzwerke und netzbasierte Dienste eingebettet sind. Eine verschuldensunabhängige Haftung sollte mit einer spezifischen Produktregulierung einhergehen, beispielsweise für selbstfahrende Automobile oder medizinische Roboter, bei denen Gefahren für die Gesellschaft von wesentlicher Bedeutung sind.

158 European Parliament resolution of 20 October 2020 with recommendations to the Commission on a civil liability regime for artificial intelligence (2020/2014(INL)), Civil liability regime for artificial intelligence, P9_TA(2020)0276.

Eine fahrlässige Haftung sollte in Bereichen mit mittleren oder niedrigen Risiken aufrechterhalten werden, die der Entwicklung neuer Technologien Spielraum gibt. Zwingende Rechte auf Regress sollten die Produkthaftung flankieren.

Wie bereits erwähnt sollten Haftungsregeln nicht getrennt von der Produktsicherheit (Verwaltungsrecht) entworfen werden. Je nach Risiko sollten IoT-Produkte mit hohen Risiken eine ex-ante-Genehmigung benötigen, z.B. für medizinische Anwendungen, während andere IoT-Produkte möglicherweise von niedrigeren Vorschriften, wie einer ex-post-Kontrolle der Aufsichtsbehörden, profitieren. In beiden Fällen spielen technische Standards eine entscheidende Rolle – obwohl sie unter IT-spezifischen Problemen wie schnellen Geschäftszyklen und komplexen, sehr variablen IT-Anwendungen leiden.

Bibliographie

- BECK, Susanne, „Roboter, Cyborgs und das Recht – von der Fiktion zur Realität“, in: Spranger (Hrsg.), Aktuelle Herausforderungen der Life Sciences, Berlin u.a. 2010, S. 95-120
- BECK, Susanne, „Selbstfahrende Kraftfahrzeuge – aktuelle Probleme der (strafrechtlichen) Fahrlässigkeitshaftung“, in: Oppermann/Stender-Vorwachs (Hrsg.), Autonomes Fahren, 2. Aufl. 2020, Kap. 3.7 S. 439-455
- BECK, Susanne, „Der rechtliche Status autonomer Maschinen“, AJP 2017, S. 183 ff.
- BEWERSDORF, Cornelia, Zulassung und Haftung bei Fahrerassistenzsystemen im Straßenverkehr, Duncker & Humblot, Berlin 2005
- BLASCHCZOK, Andreas, Gefährdungshaftung und Risikozuweisung, Heymann, Köln 1993
- BODUNGEN, Benjamin von/HOFFMANN, Martin, „Belgien und Schweden schlagen vor: Das Fahrsystem soll Fahrer werden!“, NZV 2015, S. 521-526
- BORGES, Georg, „Haftung für selbstfahrende Autos“, CR 2016, S. 272-280
- BORGES, Georg, „Rechtliche Rahmenbedingungen für autonome Systeme“, NJW 2018, S. 977-982
- BORGES, Georg, „New Liability Concepts: the Potential of Insurance and Compensation Funds“, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things, Baden-Baden 2019, S. 145-164
- BRISCH, Klaus/MÜLLER-TER JUNG, Marco, „Autonomous Driving – Von Data Ownership über Blackbox bis zum Beweisrecht“, CR 2016, S. 411-416
- CALABRESI, Guido, The Costs of Accidents, Yale University Press, New Haven 1970
- CALABRESI, Guido/HIRSCHOFF, Jon T., „Toward a Test for Strict Liability in Torts“, Yale Law Journal 81 (1972), S. 1055-1085

- COASE, R. H., "The Problem of Social Costs", *The Journal of Law & Economics* 3 (1960), S. 1-44
- Datenethikkommission, Gutachten der Datenethikkommission, BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ, abrufbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Themen/Fokusthemen/Gutachten_DEK_DE.pdf?__blob=publicationFile&v=5 (zuletzt abgerufen am 31.1.2022)
- DENGA, Michael, „Deliktische Haftung für künstliche Intelligenz“, *CR* 2018, S. 69-78
- DIETBORN, Christopher/MÜLLER, Alexander, „Beschränkung der deliktischen Herstellerpflichten: Kein Produktrückruf und kostenloser Austausch“, *BB* 2007, S. 2358-2362
- DROSTE, Johannes, „Produktbeobachtungspflichten der Automobilhersteller bei Software in Zeiten vernetzten Fahrens“, *CCZ* 2015, S. 105-110
- ENGERT, Andreas, „In dubio pro libertate – zum Optionswert rechtlicher Experimente“, in: Grundmann/Möslein (Hrsg.), *Innovation und Vertragsrecht*, Tübingen 2020, S. 153-188
- ERB, Volker, in: *Münchener Kommentar StGB*, 4. Aufl., München 2020
- Expert Group on Liability and New Technologies, *Liability for Artificial Intelligence*, 2019, EUROPEAN COMMISSION, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/transparency/expert-groups-register/core/api/front/document/36608/download> (zuletzt abgerufen am 31.1.2022)
- FLECK, Aline/THOMAS, Jörg, „Automatisierung im Straßenverkehr – Wohin fahren wir?“, *NJOZ* 2015, S. 1393-1397
- FOERSTE, Ulrich, „Zur Rückrufpflicht nach § 823 BGB und § 9 ProdSG – Wunsch und Wirklichkeit“, *DB* 1999, S. 2199-2201
- FOERSTE, Ulrich, in: Foerste/v. Westphalen (Hrsg.), *Produkthaftungshandbuch*, 3. Aufl., München 2012
- GLESS, Sabine/JANAL, Ruth, „Hochautomatisiertes und autonomes Autofahren – Risiko und rechtliche Verantwortung“, *JR* 2016, S. 561-575
- GLESS, Sabine/WEIGEND, Thomas, „Intelligente Agenten und das Strafrecht“, *ZStW* 126 (2014), S. 561-591
- GOMILLE, Christian, „Herstellerhaftung für automatisierte Fahrzeuge“, *JZ* 2016, S. 76-82
- GRUBER, Malte-Christian, „Rechtssubjekte und Teilrechtssubjekte des elektronischen Geschäftsverkehrs“, in: Beck (Hrsg.), *Jenseits von Mensch und Maschine*, Baden-Baden 2012, S. 133-160
- GRÜTZMACHER, Malte, „Die deliktische Haftung für autonome Systeme – Industrie 4.0 als Herausforderung für das bestehende Recht?“, *CR* 2016, S. 695-698
- GRÜTZMACHER, Malte, „Die zivilrechtliche Haftung für KI nach dem Entwurf der geplanten KI-VO“, *CR* 2021, S. 433-444
- GÜNTHER, Jan-Philipp, *Roboter und rechtliche Verantwortung*, Herbert Utz Verlag, München 2016

- HAGER, Johannes, in: von Staudinger (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 2021
- HANISCH, Jochen, „Zivilrechtliche Haftungskonzepte für Robotik“, in: Hilgendorf, Robotik im Kontext von Recht und Moral, Baden-Baden 2013, S. 27-62
- HAUPT, Tino, „Auf dem Weg zum autonomen Fahren, Der Entwurf eines Gesetzes zum autonomen Fahren“, NZV 2021, S. 172-177
- HERBERGER, Maximilian, „Künstliche Intelligenz‘ und Recht – Ein Orientierungsversuch“, NJW 2018, S. 2825-2829
- HILGENDORF, Eric, „Können Roboter schuldhaft handeln?“, in: Beck (Hrsg.), Jenseits von Mensch und Maschine, Baden-Baden 2012, S. 119-132
- HILGENDORF, Eric, „Dilemma-Probleme beim automatisierten Fahren“, ZStW 130 (2018), S. 674-703
- HINSCH, Christian, „Eigentumsverletzungen an neu hergestellten und an vorbeistehenden Sachen durch mangelhafte Einzelteile – Zugleich Anmerkung zu den Urteilen des BGH vom 24.03.92 (VI ZR 210/91) VersR 92, 758 („Nockenwellensteuerrad“) und vom 12.02.92 (VIII ZR 276/90) VersR 92, 837 („Kondensator“)“, VersR 1992, S. 1053-1058
- Hochrangige Expertengruppe für künstliche Intelligenz, Ethik-Leitlinien für eine vertrauenswürdige KI, 2019, EUROPEAN COMMISSION, abrufbar unter https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=60425 (zuletzt abgerufen am 31.1.2022)
- HOEREN, Thomas, „Ein Treuhandmodell für Autodaten? – § 63 a StVG und die Datenverarbeitung bei Kraftfahrzeugen mit hoch- oder vollautomatisierter Fahrfunktion“, NZV 2018, S. 153-155
- HOLZINGER, Andreas, „Explainable AI (ex-AI)“, Informatik Spektrum 41 (2018), S. 138-143
- HORNER, Susanne/KAULARTZ, Markus, „Haftung 4.0“, CR 2016, S. 7-14
- HORNUNG, Gerrit/HOFMANN, Kai, „Industrie 4.0 und das Recht: Drei zentrale Herausforderungen“, in: Hornung (Hrsg.), Rechtsfragen der Industrie 4.0, Baden-Baden 2018, S. 9-64
- HÖTITZSCH, Sven/MAY, Elisa, „Rechtliche Problemfelder beim Einsatz automatisierter Systeme im Straßenverkehr“, in: Hilgendorf (Hrsg.), Robotik im Kontext von Recht und Moral, Baden-Baden 2013, S. 189-210
- JÄNICH, Volker M./SCHRADER, Paul T./RECK, Vivian, „Rechtsprobleme des autonomen Fahrens“, NZV 2015, S. 313-318
- JOURDAN, Frank/MATSCHI, Helmut, „Automatisiertes Fahren“, NZV 2015, S. 26-29
- KÄDE, Lisa/MALTZAHN, Stephanie von, „Die Erklärbarkeit von Künstlicher Intelligenz (KI)“, CR 2020, S. 66-72
- KERSTEN, Jens, „Menschen und Maschinen – Rechtliche Konturen instrumenteller, symbiotischer und autonomer Konstellationen“, JZ 2015, S. 1-8
- KLINDT, Thomas, „Produktrückrufe und deren Kostenerstattung nach der Pflegebetten-Entscheidung des BGH“, BB 2009, S. 792-795

- KOCH, Robert, „Haftung für die Weiterverbreitung von Viren durch E-Mails“, NJW 2004, S. 801-807
- KOCH, Robert, *Versicherbarkeit von IT-Risiken*, Erich Schmidt Verlag, Berlin 2005
- KOCH, Bernhard A. „Product Liability 2.0 - Mere Update or New Version?“, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*, Baden-Baden 2019, S. 97-116
- KULLMANN, Hans Josef, „Die Rechtsprechung des BGH zum "Produkthaftpflichtrecht in den Jahren 2000 und 2001“, NJW 2002, S. 30-36
- KULLMANN, Hans Josef, in: Kullmann/Pfister/Stöhr/Spindler (Hrsg.), *Produzentenhaftung*, Berlin 3/2019
- LINARDATOS, Dimitrios, *Autonome und vernetzte Aktanten im Zivilrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen 2021
- LOHMANN, Melinda F., „Roboter als Wundertüten – eine zivilrechtliche Haftungsanalyse“, AJP 2017, S. 152 ff.
- LUTZ, Lennart S., „Autonome Fahrzeuge als rechtliche Herausforderung“, NJW 2015, S. 119-124
- LUTZ, Lennart S., „Fahrzeugdaten und staatlicher Datenzugriff“, DAR 2019, S. 125-129
- LUTZ, Lennart S./TANG, Tito/LIENKAMP, Markus, „Die rechtliche Situation von teleoperierten und autonomen Fahrzeugen“, NZV 2013, S. 57-63
- MARLY, Jochen, *Praxishandbuch Softwarerecht*, 7. Aufl., C.H. Beck, München 2018
- MATTHIAS, Andreas, *Automaten als Träger von Rechten*, Logos Verlag, Berlin 2008
- MAURER, Markus, „Einleitung“, in: Maurer/Gerdes/Lenz/Winner (Hrsg.), *Autonomes Fahren*, Berlin 2015, S. 1-8
- MOLITORIS, Michael, „‘Kehrtwende‘ des BGH bei Produktrückrufen? – Keine generelle Verpflichtung zur kostenfreien Nachrüstung/Reparatur von mit sicherheitsrelevanten Fehlern behafteten Produkten“, NJW 2009, S. 1049-1052
- MÜLLER-HENGSTENBERG, Claus D./KIRN, Stefan, „Intelligente (Software-)Agenten: Eine neue Herausforderung unseres Rechtssystems – Rechtliche Konsequenzen der "Verselbstständigung" technischer Systeme“, MMR 2014, S. 307-313
- RAUE, Benjamin, „Haftung für unsichere Software“, NJW 2017, S. 1841-1846
- REIBACH, Boris, „Black Box und Datenschutz beim automatisierten Fahren“, DS-RITB 2017, S. 161-171
- REICHWALD, Julian/PFISTERER, Dennis, „Autonomie und Intelligenz im Internet der Dinge“, CR 2016, S. 208-212
- RIEHM, Thomas/MEIER, Stanislaus, „Künstliche Intelligenz und Zivilrecht“, in: Fischer/Hoppen/Wimmers (Hrsg.), *DGRI Jahrbuch 2018*, 1. Aufl., Köln 2019
- ROHE, Mathias, „Gründe und Grenzen deliktischer Haftung“, AcP 201 (2001), S. 118-164

- ROTHE, Oliver, „Brennende Pflegebetten – Besteht eine Pflicht zum Rückruf“, MPR 2007, S. 117-119
- SCHÄFER, Hans-Bernd/OTT, Claus, *Ökonomische Analyse des Zivilrechts*, 6. Aufl., Springer Verlag, Berlin 2020
- SCHAUB, Renate, „Interaktion von Mensch und Maschine“, JZ 2017, S. 342-349
- SCHIRMER, Jan-Erik, „Rechtsfähige Roboter?“, JZ 2016, S. 660-666
- SCHIRMER, Jan-Erik, „Robotik und Verkehr“, RW 2018, S. 453-476
- SCHIRMER, Jan-Erik, „Von Mäusen, Menschen und Maschinen – Autonome Systeme in der Architektur der Rechtsfähigkeit“, JZ 2019, S. 711-718
- SCHMID, Alexander/WESSELS, Ferdinand, „Event Data Recording für das hoch- und vollautomatisierte Kfz – Eine kritische Betrachtung der neuen Regelungen im StVG“, NZV 2017, S. 357-364
- SCHMON, Christoph, „Product Liability of Emerging Digital Technologies“, IWRZ 2018, S. 254-259
- SCHUHR, Jan C., „Neudefinition tradierter Begriffe (Pseudo-Zurechnungen an Roboter)“, in: Hilgendorf (Hrsg.), *Robotik im Kontext von Recht und Moral*, Baden-Baden 2013, S. 13-26
- SCHULZ, Thomas, *„Verantwortlichkeit bei autonom agierenden Systemen“*, Nomos, Baden-Baden 2015
- SCHULZ, Thomas, „Sicherheit im Straßenverkehr und autonomes Fahren“, NZV 2017, S. 548-553
- SHAVELL, Steven, „Strict Liability versus Negligence“, *Journal of Legal Studies* 9 (1980), S. 1-26
- SHAVELL, Steven, *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard University Press, Cambridge 1987
- SHAVELL, Steven, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, Cambridge 2004
- SOSNITZA, Olaf, „Das Internet der Dinge – Herausforderung oder gewohntes Terrain für das Zivilrecht?“, CR 2016, S. 764-772
- SPICKHOFF, Andreas, in: Soergel (Begr.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 13. Aufl., Stuttgart 2005
- SPIECKER gen. DÖHMANN, Indra, „Zur Zukunft systemischer Digitalisierung – Erste Gedanken zur Haftungs- und Verantwortungszuschreibung bei informationstechnischen Systemen“, CR 2016, S. 698-704
- SPINDLER, Gerald, *Verantwortlichkeit von IT-Herstellern, Nutzern und Intermediären*, 2007, BUNDESAMT FÜR SICHERHEIT IN DER INFORMATIONSTECHNIK, abrufbar unter: https://www.bsi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/BSI/Publikationen/Studien/ITSicherheitUndRecht/Gutachten_pdf.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 31.1.2022)
- SPINDLER, Gerald, „Haftung im IT-Bereich“, in: Spindler/Koch/Lorenz (Hrsg.), *Karlsruher Forum 2010: Haftung und Versicherung im IT-Bereich*, Karlsruhe 2011, S. 10-119

- SPINDLER, Gerald, „Zivilrechtliche Fragen beim Einsatz von Robotern“, in: Hilgendorf, Robotik im Kontext von Recht und Moral, Baden-Baden 2013, S. 63-80
- SPINDLER, Gerald, „Roboter, Automation, künstliche Intelligenz, selbst-steuern- de Kfz – Braucht das Recht neue Haftungskategorien?“, CR 2015, S. 766-776
- SPINDLER, Gerald, in: Kullmann/Pfister/Stöhr/Spindler (Hrsg.), Produzentenhaft- ung, Berlin 3/2019
- SPINDLER, Gerald, „User Liability and Strict Liability in the Internet of Things and for Robots“, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things, Baden-Baden 2019, S. 125-144
- SPINDLER, Gerald, in: Hornung/Schallbruch (Hrsg.), IT-Sicherheitsrecht, 1. Aufl., Baden-Baden 2020
- SPINDLER, Gerald, „Haftung für autonome Systeme – ein Update“, in: Beck/ Kusche/Valerius (Hrsg.), Digitalisierung, Automatisierung, KI und Recht, Ba- den-Baden 2020, S. 255-284
- SPINDLER, Gerald, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Hrsg.), Beck`scher Online- Großkommentar, Stand 01.12.2021
- SPINDLER, Gerald, „Der Vorschlag der EU-Kommission für eine Verordnung zur Regulierung der Künstlichen Intelligenz (KI-VO-E)“, CR 2021, S. 361-374
- STEEGE, Hans, „Autonomes Fahren und die staatliche Durchsetzung des Verbots der Rechtswidrigkeit“, NZV 2019, S. 449-467
- STEEGE, Hans, „Gesetzesentwurf zum autonomen Fahren (Level 4)“, SVR 2021, S. 128-137
- STIEMERLING, Oliver, „Künstliche Intelligenz‘ – Automatisierung geistiger Ar- beit, Big Data und das Internet der Dinge“, CR 2015, S. 762-765
- STOLL, Hans, Anm. zu BGH, Urt. v. 18.01.1983, VI ZR 310/79 – Gaszug, JZ 1983, S. 499-504
- TAEGER, Jürgen, Außervertragliche Haftung für fehlerhafte Computerprogram- me, Mohr Siebeck, Tübingen 1995
- TEUBNER, Gunther, „Elektronische Agenten und große Menschenaffen: Zur Aus- weitung des Akteurstatus in Recht und Politik“, ZfRSoz 27 (2006), S. 5-30
- TEUBNER, Gunther, „Digitale Rechtssubjekte?“, AcP 218 (2018), S. 155-205
- THÖNE, Meik, Autonome Systeme und deliktische Haftung, Mohr Siebeck, Tü- bingen 2020
- VOGT, Wolfgang, „Fahrassistenzsysteme: Neue Technik – Neue Rechtsfragen?“, NZV 2003, S. 153-160
- WAGNER, Gerhard, „Produkthaftung für autonome Systeme“, AcP 217 (2017), S. 707-765
- WAGNER, Gerhard, „Roboter als Haftungssubjekte? Konturen eines Haftungs- rechts für autonome Systeme“, in: Faust/Schäfer (Hrsg.), Zivilrechtliche und rechtsökonomische Probleme des Internet und der künstlichen Intelligenz, 2019, S. 1-40
- WAGNER, Gerhard, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Band 7, 8. Aufl., München 2020

- WAGNER, Gerhard, „Verantwortlichkeit im Zeichen digitaler Techniken“, *VersR* 2020, S. 717-741
- WAGNER, Manuela, „Gesetz zum autonomen Fahren – Streitpunkte im Gesetzgebungsverfahren“, *SVR* 2021, S. 287-292
- WEBER, Philipp, „Dilemmasituationen beim autonomen Fahren“, *NZV* 2016, S. 249-254
- WEISSER, Ralf/FÄRBER, Claus, „Rechtliche Rahmenbedingungen bei Connected Car – Überblick über die Rechtsprobleme der automobilen Zukunft“, *MMR* 2015, S. 506-512
- WESTPHALEN, Friedrich Graf von, „Haftungsfragen beim Einsatz Künstlicher Intelligenz in Ergänzung der Produkthaftungs-RL 85/374/EWG“, *ZIP* 2019, S. 889-895
- WU, Stephen S., “Unmanned Vehicles and US Product Liability Law”, *Journal of Law, Information and Science*, Vol. 21, Issue 2 (2011/2012), S. 234-254
- ZECH, Herbert, „Zivilrechtliche Haftung für den Einsatz von Robotern – Zuweisung von Automatisierungs- und Autonomierisiken“, in: Gless/Seelmann (Hrsg.), *Intelligente Agenten und das Recht*, Baden-Baden 2016, S. 163-204
- ZECH, Herbert, „Künstliche Intelligenz und Haftungsfragen“, *ZfPW* 2019, S. 198-219
- ZECH, Herbert, *Verhandlungen des 73. Deutschen Juristentages Hamburg 2020/ Bonn 2022, Band 1: Gutachten Teil A: Entscheidungen digitaler autonomer Systeme: Empfehlen sich Regelungen zu Verantwortung und Haftung?*, C.H. Beck, München 2020

Responsabilidad civil y riesgos desconocidos: el caso de las nuevas tecnologías

*Por Pedro del Olmo**

RESUMEN: La aproximación a la idea de riesgos desconocidos y al tratamiento que se les da en el Derecho español de la responsabilidad extracontractual, permite describir con precisión los mecanismos con los que trabaja nuestro sistema desde el punto de vista de la imputación del daño y permite aproximarse desde terreno conocido a las propuestas sobre responsabilidad y nuevas tecnologías que se han propuesto desde la Comisión UE en esta materia.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad por culpa, responsabilidad objetiva, responsabilidad por culpa presunta, modelos comparados de responsabilidad, riesgos desconocidos, riesgos del desarrollo y productos defectuosos, nuevas tecnologías,

ZUSAMMENFASSUNG: Setzt man beim Begriff des unbekanntes Risikos sowie bei der Behandlung unbekannter Risiken im spanischen Deliktsrecht an, dann ist eine präzise Beschreibung der Mechanismen möglich, mit denen unser Rechtssystem im Hinblick auf die Schadenszurechnung arbeitet. Ein deartiger Ansatz erlaubt es darüber hinaus, sich von bekanntem Terrain aus den Vorschlägen zu nähern, die die EU-Kommission zu den Themen Verantwortung und neue Technologien unterbreitet hat.

SCHLÜSSELWÖRTER: Verschuldenshaftung, verschuldensunabhängige Haftung, Haftung für vermutetes Verschulden, Modelle der außervertraglichen Haftung im Vergleich, unbekanntes Risiken, Entwicklungsfehler und fehlerhafte Produkte, neue Technologien.

SUMARIO: 1. Planteamiento. 2. Los riesgos desconocidos y la imputación de responsabilidad.

* Profesor Titular de Derecho Civil en la Universidad Carlos III de Madrid.

2.1 ¿Responsabilidad por culpa? 2.2 Responsabilidad objetiva y riesgos desconocidos. 2.3. Responsabilidad por culpa presunta o responsabilidad “agravada”. 2. 4. Responsabilidad y reglamentación de conductas. 3. Los riesgos de desarrollo. 3.1. El lugar de los riesgos del desarrollo en el sistema general de la responsabilidad extracontractual. 3.2. Riesgos del desarrollo y riesgos desconocidos. 4. Conclusiones.

1. Planteamiento

Mi propósito es exponer algunas cuestiones relacionadas con la forma en que la responsabilidad civil se acerca en España a los riesgos desconocidos y ponerlo en relación con uno de los riesgos desconocidos más... conocidos en la actualidad, como son los derivados de la inteligencia artificial y de las nuevas tecnologías en general¹. En las explicaciones que siguen se harán comentarios relativos al Derecho francés y al italiano -que son lo que podríamos llamar derecho comparado *doméstico*, en la medida en que tenemos gran parte de nuestra tradición jurídica en común- para enriquecer el relato desde la órbita de los llamados sistemas latinos o romanos de la codificación.

Para empezar a hablar de riesgos desconocidos, bien se puede partir del supuesto más sencillo de lo que ocurre en el caso en que el demandado no conocía el riesgo que se ha actualizado en un daño. Eso incluye supuestos fáciles -como cuando se trata de un problema del concreto demandado, que ha ignorado un riesgo generalmente conocido- y supuestos más difíciles, como cuando estamos ante un riesgo auténticamente desconocido porque el conocimiento científico o técnico no es capaz de explicarlo. Un buen ejemplo de este segundo caso sería el de los efectos sobre la salud de los campos magnéticos, sobre lo que todavía no hay certeza científica, pero yo prefiero el ejemplo del escorbuto en la navegación a vela durante el s. XIX: cuando se desconocía que el escorbuto era causado por la ausencia en la dieta de vegetales frescos, se pensaba que se trataba de una enfermedad

1 En este trabajo me apoyaré en el informe elaborado por el Grupo de Expertos en Responsabilidad y nuevas tecnologías de la Comisión UE, en cuyos trabajos tuve el honor de participar. Para abreviar, me referiré a este informe como Informe sobre Responsabilidad y Nuevas Tecnologías y con las siglas IRNT. Este informe, cuyo título en inglés es “Liability for Artificial Intelligence and other Emerging Digital Technologies”, se puede encontrar en https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/JURI/DV/2020/01-09/AI-report_EN.pdf (página visitada el 7 de abril de 2022).

contagiosa y se la combatía como tal, aislando a los marineros enfermos. En aquellos tiempos, pues, no se sabía qué estaba pasando en realidad y ese límite del conocimiento es lo que se plantea cuando nos preguntamos por el tratamiento de los riesgos desconocidos en la responsabilidad civil. Como, a medida que el conocimiento avanza, se van aclarando muchas cuestiones, lo cierto es que sí podemos echar un vistazo a la experiencia pasada para ver qué ha pasado en ese tipo de casos. En efecto, el problema de los riesgos desconocidos tiene una interesante dimensión diacrónica -por no decir histórica- que nos permite preguntarnos cómo reacciona el ordenamiento y la responsabilidad civil ante ese tipo de riesgo que, en España, nos hace pensar en el caso de la Talidomida (Cortegan), en los casos de transfusiones con sangre contaminada, en los daños causados por el amianto y, últimamente, por las nuevas tecnologías. Este elemento de cambio en el nivel de conocimientos hace también que nos acordemos de la excepción o defensa de los riesgos del desarrollo introducida en la normativa sobre productos defectuosos.

Para aproximarnos a la cuestión de los riesgos desconocidos, creo que un buen punto de partida está en la siguiente clasificación²:

1. Riesgos completamente desconocidos. Se trata de riesgos sobre los que poco se puede decir desde el punto de vista de la responsabilidad civil. Son casos que, por el momento, se considerarán casos de mala suerte y que, en esa medida, tampoco ofenderán el sentido de la justicia.
2. Daños que sí son conocidos, pero que no se pueden controlar o manejar por su propia naturaleza o por el carácter limitado de nuestro propio conocimiento sobre ellos³. Un ejemplo del primer tipo de caso puede ser el de las medidas de precaución que han de tomarse ante la previsión de que se van a producir temporales catastróficos en la zona⁴. Nadie puede hacer nada para evitar que llegue un huracán, pero la

2 Propuse esta clasificación en P. DEL OLMO, "Unknown Risks and Civil Liability in Spain: A Study of Spanish Law with Some French/Italian Comparative Remarks", *JETL* 2016; 7(2) 1-30.

3 Esta situación se estudia con normalidad en la doctrina española. M. YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual* (2001) 197; A. CARRASCO PERERA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XV-I (1989) p. 660.

4 En la actualidad, asistimos a interesantes desarrollos en la litigación por daños causados por el cambio climático que vienen a discutir la afirmación que hago en el texto. Según algunos activistas y algunos tribunales (Países Bajos es el ejemplo más claro) hay huracanes o inundaciones detrás de los que se puede identificar la intervención humana y, en concreto, de algunas empresas.

prudencia impone tomar medidas para evitar o minimizar los daños⁵. Un buen ejemplo del segundo tipo de caso en el que lo que falta es conocimiento sobre el riesgo que -sin embargo- sabemos que existe lo podemos encontrar en los daños causados por sangre contaminada por el virus del SIDA en los años en los que no se contaba con un test que permitiera la detección de ese virus en la sangre transfundida. En los años ochenta del siglo pasado, se sabía que las transfusiones estaban relacionadas con ciertas enfermedades, entre ellas el SIDA, pero no se podía hacer nada para evitar el contagio de una forma definitiva porque no se tenían los medios para detectar el virus en la sangre. En esos casos, la responsabilidad extracontractual impone sin demasiados problemas deberes de actuación y deberes de información sobre los demandados⁶. Así, la culpa consiste en la violación de esos deberes, es decir, en no tomar las medidas necesarias para minimizar (o que se asuma) el riesgo⁷. Por ejemplo, en el caso de la sangre contaminada por el virus del SIDA la jurisprudencia ha hablado de deberes de precaución -como recurrir a las transfusiones sólo cuando era estrictamente necesario o como seleccionar cuidadosamente a los donantes (por ejemplo, entre los miembros de la familia del enfermo)- y de deberes de información, consistentes en asegurarse de que el paciente se sometía a ese riesgo conociéndolo y asumiéndolo⁸. En este contexto, también podemos recordar el funcionamiento de algunos tipos clásicos de responsabilidad objetiva: se delimita un riesgo (tráfico rodado, por ejemplo) y así se da tratamiento a riesgos que no se pueden controlar plenamente.

-
- 5 Ideas similares se pueden ver en M. FRANZONI, *L'illicito* (2004), p. 429; P.P. MONATERI, *Manuale della responsabilità civile* (2001) p. 1057 y MANCINI, *La colpa nella responsabilità civile* (2015) p. 140.
 - 6 Como señala desde Francia P. JOURDAIN, "Principe de précaution et responsabilité civile" (2000) 239 *Petites Affiches* 51, p. 53. Sobre esto mismo, pero desde el llamado principio de precaución, véase G.J. MARTIN, "Précaution et évolution du droit", *Recueil Dalloz Sirey* (1995) 39, p. 304.
 - 7 Como se explica muy bien en la doctrina francesa; véanse P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle* (2005) p. 168; P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats* (6ª ed. 2006) p. 485; G. VINEY y P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité* (3ª ed. 2006) pp. 272 y ss. También en Italia, se manejan ideas similares, aunque en un contexto distinto, bajo la expresión de *dolo di pericolo*. Se puede ver N. COGGIOLA, "The Development of Product Liability in Italy", en: S. Whittaker (ed), *The Development of Product Liability* (2009) p. 197.
 - 8 Para esto, J.C. SEUBA, *Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas: respuestas jurídicas al contagio transfusional del sida y de la hepatitis* (2002) pp. 249 y ss.

3. Situaciones normales en los que los riesgos son ya conocidos y que representan el grueso de los casos de los que se encarga la responsabilidad civil.

En el escenario anterior, hay que tener en cuenta también un nuevo factor o elemento teórico. En efecto, entre las situaciones 1 y 3, hay que tener en cuenta los llamados *riesgos del desarrollo*, concepto que surgió en el seno de la responsabilidad (objetiva) por productos defectuosos. Como se sabe, se habla de riesgos del desarrollo para aludir a riesgos desconocidos en el momento en que se realizó la actividad de que se trate (típicamente, lanzar al mercado un producto que resulta ser defectuoso) pero que más tarde se desvelan como daños con una causa cierta a raíz de una mejora del conocimiento o de la técnica. Parece, pues, una noción diseñada para tener en cuenta el tránsito entre el riesgo absolutamente desconocido y la situación de normalidad. La idea aparece en un régimen de responsabilidad objetiva, como es el régimen de productos defectuosos, pero lo cierto es que también cabe preguntarse por su capacidad de extenderse al funcionamiento normal del sistema de responsabilidad civil, como luego veremos.

Desde el punto de vista de las nuevas tecnologías, parece que nos situaríamos en una situación similar a la descrita en el punto 2 anterior. Cuando hablamos de nuevas tecnologías estamos hablando de vehículos inteligentes, buques sin tripulación, drones, robots médicos, sistemas de control de máquinas y procesos, criptomonedas, algoritmos que gestionan carteras de inversión, etc. Se trata de nuevas tecnologías que ofrecen muy buenas oportunidades de desarrollo y de creación de riqueza, pero que también suponen peligros conocidos y otros riesgos que sólo se pueden intuir. El IRNT destaca de manera precisa esta situación de partida, a la vez que destaca que esas nuevas tecnologías (inteligencia artificial, internet de las cosas y tecnologías de registro distribuido o, en inglés, *distributed ledger technology*) se caracterizan por su carácter complejo, por tratarse de tecnología que permanece abierta a la necesidad de actualizaciones y al aprendizaje autónomo de la propia máquina, por depender enormemente de los datos que permiten funcionar a estas tecnologías y por su posibilidad de ser atacadas por actuaciones contrarias a la ciberseguridad⁹. Se trata, pues, de riesgos conocidos pero que no se tiene la certeza de poder controlar totalmente. Significativamente, el grupo de expertos del IT propone básicamente la creación de un régimen de responsabilidad objetiva para

9 Véase IRNT, pp. 3 y 32.

estas NT (en realidad, dos regímenes, uno para el operador de la tecnología y otro para el productor), en lo que parece una respuesta razonable y... previsible.

2. *Los riesgos desconocidos y la imputación de responsabilidad*

La influencia del carácter desconocido sobre la responsabilidad puede verse desde el punto de vista de la imputación subjetiva y también desde el punto de vista de la causalidad. Mis observaciones harán más hincapié en el primer tipo de cuestiones porque creo que ahí se da el grueso de los problemas relevantes, al menos desde el punto de vista del sistema español. Por otro lado y de manera significativa, el tratamiento de la cuestión de la causalidad en Francia dificulta mucho hacer comparaciones con sentido, porque en ese país no termina de generalizarse la distinción entre causalidad fáctica y causalidad jurídica¹⁰.

Por lo dicho, voy ahora a desarrollar algunas ideas en torno a la culpa, a la responsabilidad objetiva y a su relación con otras formas de responsabilidad que podríamos llamar *agravada*, en el sentido que luego se dirá. A continuación y en epígrafe aparte, trataré la cuestión de la influencia de los riesgos del desarrollo en el Derecho general de la responsabilidad extracontractual.

En el sistema de responsabilidad propuesto en el IRNT, se tratan también estas cuestiones¹¹. En efecto, en el IRNT se impone una responsabilidad objetiva al operador¹² de la tecnología de que se trate, una responsabilidad

10 Por el contrario -como se puede ver en M. MARTÍN-CASALS y J. SOLÉ FELIU, "Comentarios arts 1902-1910", en: A Domínguez Luelmo (ed), Comentarios al Código civil (2010) 2050 – la visión de las dos dimensiones de la causalidad en España es bastante próxima a la que se mantiene en Italia, como se puede ver en G. ALPA, *La responsabilità civile. Parte generale* (2010) 321 y en F. CARINGELLA y G. DE MARZO, *Manuale di diritto civile, II. Le obbligazioni* (2007) 826; M. BALLORIANI, R. DE ROSA y S. MEZZANOTE, *Manuale breve diritto civile* (2012) 719.

11 Muy claramente, IRNT, p. 38.

12 Desde el punto de vista de la res objetiva del operador, se pueden destacar dos problemas en que el IRNT hace especial énfasis: por un lado, la cuestión de identificar quién va a ser considerado operador de la tecnología y, por otro lado, la necesidad de que el daño causado por ese operador de nuevas tecnologías se haya producido en un espacio abierto. Por explicarlo con un ejemplo, se piensa que en un vehículo autónomo el operador puede en la actualidad ser el conductor, pero que puede llegar el momento en que quien termine finalmente controlando los

también objetiva por productos defectuosos (que prescinde de la excepción de los riesgos de desarrollo)¹³ y también se deja un hueco -aquí, lógicamente, residual- a la responsabilidad por culpa.

2.1 ¿Responsabilidad por culpa?

Desde el punto de vista de la responsabilidad por culpa, la respuesta es clara: no se puede imponer responsabilidad por culpa en caso de riesgos desconocidos para el conjunto de las personas. Quizá porque es obvio, la doctrina española no se preocupa normalmente de advertirlo en sus explicaciones generales sobre la culpa¹⁴. El asunto sí se investiga, en cambio, desde el punto de vista de las defensas en el régimen de productos

riesgos con mayor intensidad sea el productor del *software* y/o quien proporciona el servicio de conexión y datos sobre el que funciona dicho vehículo. Se dice que el dueño y antiguo conductor puede terminar siendo en realidad un pasajero en el vehículo controlado por otros. Desde el punto de vista del requisito del espacio abierto, se pone el ejemplo del robot que friega el suelo o que corta el césped en un entorno cerrado. No se ve razón para imponer ahí una RCO en el operador. Desde luego, las probabilidades de daño parecen menores y, como se explica, la responsabilidad por productos o por culpa puede estar en mejor situación para solucionar estos problemas.

- 13 Para el IRNT los problemas que causa las nuevas tecnologías en el régimen existente de productos defectuosos armonizado en Europa desde la Directiva de 1985 sobre esta materia se pueden resumir en las siguientes ideas (véase IRNT, pp. 42 y ss.):

Los productos normalmente se consideran como bienes tangibles y esto puede ser problemático para su aplicación en los casos del *software*. Sin embargo, el llamado principio de equivalencia aboga por su tratamiento como producto.

Los productos anteriormente conocidos dejaban de estar bajo el control del productor una vez que éste los ponía en el mercado. Ahora la necesidad de *updates* y de *upgrades* suponen que el control del productor se alarga en el tiempo.

El IRNT considera que no se debe aplicar aquí la exoneración por riesgos de desarrollo, lo cual es probablemente buena idea en un mundo que evoluciona técnicamente a toda velocidad, sobre todo si recordamos que el régimen de responsabilidad por productos defectuosos responde ante daños corporales y daños a la propiedad del demandante. La idea sería prescindir de una defensa que, en un régimen de responsabilidad objetiva, siempre ha resultado difícil de encajar.

- 14 Por el contrario, los estudiosos españoles sobre la responsabilidad de las Administraciones Públicas han mostrado un interés mayor en estas cuestiones relacionadas con el riesgo en el ámbito del principio de precaución. Se puede ver J. ESTEVE PARDO, “Convivir con el riesgo. La determinación del riesgo permitido”, en: E.J. Pérez Alonso, Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente (2012) p. 273.

defectuosos, en relación con los riesgos de desarrollo¹⁵. Con carácter más general, también se estudia esta cuestión al mencionar la idea de *causa extraña* (o *causa extranjera*, probablemente por influencia de la doctrina francesa), como defensa que el demandado puede utilizar generalmente y que, en última instancia, no parece muy diferente a la negación de la relación de causalidad entre la conducta o posición del demandado y el daño¹⁶.

La razón de que no quepa imponer responsabilidad por culpa en caso de riesgos desconocidos también es fácil explicar, dado el papel que juega la previsibilidad y la evitabilidad en la definición de la culpa¹⁷. El artículo 1105 del Código Civil español (CC, en lo sucesivo), precepto que está entre los que el CC dedica al régimen de las obligaciones, lo deja claro. Tras la definición de culpa que contiene el art. 1104 CC, el art. 1105 CC nos da una versión en negativo de la misma idea diciendo¹⁸: “Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la

-
- 15 Se puede ver M.A. PARRA LUCÁN, “Responsabilidad por productos defectuosos”, en: F Reglero Campos/JM Busto Lago, Tratado de responsabilidad civil (5ª ed. 2014) p. 287; J. SOLÉ FELIU, El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante (1997) pp. 481 y 482; P. SALVADOR y S. RAMOS, “Principios generales de la responsabilidad civil del fabricante”, en: P. Salvador/S. Ramos/F. Gómez Pomar, Tratado de responsabilidad civil del fabricante (2008) p. 81; R.J.PRIETO MOLINERO, El riesgo de desarrollo: un supuesto paradójico de la responsabilidad por productos (2005) p. 107.
- 16 La idea, como digo, está muy extendida en la doctrina francesa. Así, se puede ver BRUN p. 167; VINEY/JOURDAIN, p. 285. Aunque no está tan extendida, la idea se maneja también en Italia (cf ALPA, pp. 343 y 338) y en España (DÍEZ-PICAZO, Fundamentos del Derecho civil patrimonial, V (2011) p. 280).
- 17 Lo señala claramente ALPA, pp. 267 y ss. Sin embargo, se puede encontrar una explicación de carácter más subjetivo en BALLORIANI/DE ROSA/MEZZANOTE, Manuale breve diritto civile (2012) p. 723. En este mismo sentido, se puede ver en Francia P. MALAURIE. L. AYNÉS y P. STOFFEL-MUNCK, Les obligations (2ª ed. 2005) pp. 30 y 31. En Francia y en esta materia se ha extendido el uso del principio de precaución para extender los deberes que se imponen sobre el demandado. Se puede ver MARTIN, p. 304; JOURDAIN, p. 52; D. MAZEAUD, « Responsabilité civile et précaution » 6 Responsabilité Civile et Assurances (2001), p. 74; BRUN, pp. 192 y 193, texto y nota 145; M. BACACHE-GIBEILI, « Les Obligations. La responsabilité civile extracontractuelle », en: C Larroumet, Droit Civil V (2007) pp. 135 y ss.
- 18 Según el art. 1104 CC:
“La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.
Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia.”

obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido *preverse*, o que, previstos, fueran *inevitables*.” (énfasis añadido).

En el escenario de las nuevas tecnologías -en el que hay riesgos conocidos, pero no controlables plenamente- el IRNT, de forma coherente, deja un papel muy restringido a la idea de culpa. Ya hemos adelantado que el sistema diseñado por el Grupo de Expertos se basa en imponer responsabilidad objetiva al productor y/o al operador de las nuevas tecnologías. En este campo, la culpa conserva su papel de regla general en el sentido de que, si se logra probar que el demandado actuó culposamente, también se le podrá imponer responsabilidad por culpa¹⁹. Sin llegar, naturalmente, a indemnizar al demandante por partida doble esta “culpa adicional” como se la ha llamado en la doctrina española- permite por ejemplo reclamar por encima de los topes de indemnización que a menudo se incluyen en las regulaciones sobre responsabilidad objetiva²⁰.

Desde el punto de vista de la culpa, lo que me parece destacable en el IRNT son tres ideas muy generales y algunas aplicaciones especiales al operador y al productor.

a.) Desde un punto de vista muy general, en el IRNT se destaca adecuadamente la idea de que no está claro el modelo con el que comparar la actuación de la máquina o tecnología cuyo funcionamiento haya causado el daño, a los efectos de juzgar la corrección o no de su funcionamiento. Desde luego, igualar el comportamiento humano diligente en las condiciones en las que se produjo el daño es considerado un mínimo, por considerar que el uso de las nuevas tecnologías no puede suponer un aumento de los peligros que amenazan los bienes jurídicamente protegidos²¹. Sin embargo, en el IRNT se parte de la predicción de que, en poco tiempo, las máquinas serán capaces de actuar -controlando un coche, por ejemplo- con menor margen de error que los humanos²². Por ello, el sistema debe estar preparado para considerar negligente el comportamiento/funcionamiento de una máquina que se aparte de ese modelo de corrección definido por la corrección técnica²³.

19 Véase IRNT, pp. 44 y 48.

20 Se puede ver J. RIBOT IGUALADA, “La culpa *relevante* como culpa *adicional*: la STC 181/20 a la luz de la interacción entre responsabilidad objetiva y culpa”, en Antonio Cabanillas Sánchez (coord.), Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo, II, (2002) pp. 2869-2898.

21 Es el llamado *principio de equivalencia*. Véase IRNT, p. 37 y cf. p. 42.

22 Véase IRNT, pp. 40 y (sobre responsabilidad vicaria por el uso de sistemas autónomos) 45.

23 Véase IRNT, p. 46.

En relación con esta idea, es muy interesante el desarrollo que se propone en el IRNT de la obligación de control o de trazado del funcionamiento de sistemas autónomos²⁴. Se trata de seguir el ejemplo de las conocidas cajas negras que se utilizan en los aviones para acumular datos sobre el funcionamiento de los sistemas automáticos, que pueden ser decisivos para conocer el accidente. Como también ocurre con las cajas negras de los aviones, se trata de tener datos que permiten mejorar la tecnología futura y, además, permitan comprobar cómo ocurrió el concreto accidente (causalidad) y juzgar la corrección del funcionamiento de esa tecnología en el accidente (culpa). En una propuesta que también resulta conocida, de la obligación de dotar a las máquinas con sistemas de trazado deriva, en el régimen propuesto en el IRNT, una presunción *iusuris tantum* de la concurrencia del elemento que esa información podía ayudar a probar (culpa o causalidad), si el responsable de proporcionar esos datos no los aporta. Naturalmente, la acumulación de datos con sistemas de este tipo ha de ser respetuosa con la protección de los datos personales.

También desde el punto de vista de la culpa en general, otro problema interesante es el que deriva del hecho de que las máquinas y sistemas puedan aprender solos y ajustar sus comportamientos a datos que ellos mismas sacan de la realidad o a datos que le proporciona un tercero. Eso supone una posibilidad de funcionamiento de la máquina quizá no totalmente previsible, lo que recuerda la observación de que el comportamiento imprevisible de un animal nunca ha sido problema para el Derecho, al menos desde los tiempos de la antigua Roma: esa era realmente la razón por la que se imponía una responsabilidad objetiva en esos casos (cfr. art. 1905 CC español).

b.) Desde el punto de vista del operador y del productor, sujetos que en el IRNT están sometidos a un régimen de responsabilidad objetiva, se pueden destacar los especiales deberes de conducta que pesan sobre ellos²⁵. En concreto, para el operador se está pensando en imponer específicamente el deber de elegir la tecnología adecuada para la tarea, de supervisar su funcionamiento y de hacer su mantenimiento. Para el productor, se piensa en el deber de diseñar, describir y vender productos que hagan posible para el operador cumplir con los deberes anteriormente mencionados y, por otro lado, en el deber de vigilar el producto una vez puesto en el mercado. Estos deberes adicionales suponen que, además de la responsabilidad objetiva que ya soportan estos sujetos en la propuesta del IRNT, se les puede

24 Véase IRNT, pp 47 y ss.

25 Véase IRNT, p. 44.

imponer esa responsabilidad por la culpa adicional a la que me refería antes²⁶.

2.2 Responsabilidad objetiva y riesgos desconocidos

Así como -en el epígrafe anterior- ha resultado fácil descartar que se pueda imponer una responsabilidad basada en culpa, la respuesta a esa cuestión desde el punto de vista de la responsabilidad objetiva no es tan clara, al menos desde el punto de vista del Derecho español. Esto se debe a que, en nuestro sistema, conviven en la doctrina y en la jurisprudencia dos maneras distintas de explicar la responsabilidad objetiva, cada una basada probablemente en una de las dos visiones del fenómeno que se han ofrecido desde el Derecho comparado. Esto se suele empezar a explicar dando un paso atrás en el tiempo.

Como se sabe, el requisito de la culpa previsto en los Códigos civiles del siglo XIX en materia de responsabilidad fue pronto incapaz de ofrecer soluciones aceptables a la proliferación de daños extracontractuales que trajeron consigo la urbanización y el maquinismo propio de la industrialización. Es muy conocida la aparición de legislación especial sobre accidentes de trabajo, cosa que también ocurrió en España, por la necesidad de atender al problema social de los accidentes en las fábricas y con las primeras máquinas de vapor. Ante esta realidad, se ha descrito en la doctrina comparada que existieron dos maneras de reaccionar²⁷:

- a) Por un lado, en los sistemas de tradición francesa entre los que se encuadra el ordenamiento español, la reacción antes estos problemas consistió en la exigencia por parte de los tribunales de mayores niveles de diligencia, en la técnica de la proliferación de la inversión de la carga

26 Véase IRNT, pp. 42 y 44.

27 Se puede ver ALPA, pp. 305 y ss. En España hay ideas similares en M. MARTÍN-CASALS y J. RIBOT, "Technological Change and the Development of Liability for Fault in Spain", en: M Martín-Casals, *The Development of Liability in Relation to Technological Change* (2010) p. 832. Hay que reconocer que la visión más extendida entre la doctrina comparatista no presta tanta atención a estas dos maneras de entender la responsabilidad objetiva. En ese sentido, se pueden ver los trabajos de B.A. KOCH y H. KOZIOL (eds.), *Unification of Tort Law: Strict Liability* (2002); F. WERRO y V.V. PALMER (eds.), *The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law* (2004). De todas, formas, el NIT sí es perfectamente consciente de la existencia de esas dos maneras de entender la responsabilidad objetiva.

de la prueba de la culpa y, por último, en la introducción de niveles de diligencia objetivados. De esta manera, se aliviaban los requisitos propios de la culpa estrictamente entendida y se facilitaba la reclamación del demandante, pero sin tener que renunciar abiertamente a la idea de que “no hay responsabilidad sin culpa”. Entiéndase bien que, en este contexto, la frase anterior no tiene el significado que normalmente se le da en Derecho penal. Aquí es más bien una fórmula para resumir la manera de evolucionar de un sistema de responsabilidad civil que consiste en ensanchar el concepto de culpa y en establecer criterios objetivos para medirla²⁸. Como veremos más adelante, también responden a esta lógica de que no hay responsabilidad sin culpa las normas sobre responsabilidad por las cosas y por los animales que se incluyen en los códigos de tradición francesa.

- b) En cambio, en los sistemas de tradición alemana, se introdujeron leyes especiales que atendían a los riesgos especiales creados por ciertas actividades y ciertas industrias. En este modelo, al menos inicialmente, se pudo mantener un concepto más estricto de culpa a la vez que se hablaba de los casos especiales -se habla por ello de un *principio de la enumeración*- en los que el legislador había introducido una responsabilidad auténticamente objetiva por el riesgo típico asociado a la actividad de que se tratara. Era una responsabilidad sin culpa o una responsabilidad por riesgo, denominación ésta última que deja claro que hay algo (el riesgo) que viene a sustituir al requisito de la culpa. En estos casos, el demandado puede ser condenado por estar a cargo de una de esas fuentes de peligro tipificadas por el legislador sin necesidad de encontrar ningún rastro de culpabilidad en él: aquí sí hay auténtica responsabilidad sin culpa. En esta manera de entender las cosas, también se puede recurrir a presunciones de culpa, pero en el bien entendido de que la prueba de la propia diligencia exonera de responsabilidad²⁹.

28 En Italia, lo explican bien FRANZONI, p. 344; ALPA, p. 773. En España, se puede ver la obra pionera de S. CAVANILLAS MÚGICA, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia* (1987) *passim*.

29 En nuestra doctrina, la propuesta de L. DÍEZ-PICAZO (en “La culpa en la responsabilidad civil extracontractual” (2001) 3 ADC, p. 1009) de que hay tres títulos de imputación (culpa, responsabilidad objetiva y culpa presunta) creo que iría en esta línea. Por otro lado, un buen ejemplo de esta manera de entender las presunciones de culpa en sentido propio creo que se puede encontrar en el primer párrafo del art. 4:202 PETL: “La persona que se dedica de modo permanente a una actividad empresarial con fines económicos o profesionales y que emplea auxiliares o equipamiento técnico es responsable de todo daño causado por un

Desde esta segunda manera de entender la responsabilidad objetiva, no hay problema en imponer responsabilidad por riesgos desconocidos, siempre que esos riesgos se encuadren en la definición de riesgo sobre la que se basa la responsabilidad de la que se trate. Esto se puede ver claro, por ejemplo, en la responsabilidad objetiva que se impone en España sobre el conductor de un automóvil. En la legislación española sobre esta materia, después de aclarar que el conductor de vehículos a motor es responsable de los daños causados con motivo de la circulación y que lo es en virtud del *riesgo creado* por la conducción de esos vehículos, el art. 1.2 de la ley en cuestión termina delimitando negativamente ese riesgo típico al establecer el significado de fuerza mayor en este ámbito³⁰. En concreto dice: “En el caso de daños a las personas, de esta responsabilidad sólo quedará exonerado cuando pruebe que los daños fueron debidos únicamente a la conducta o la negligencia del perjudicado o a *fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo*; no se considerarán casos de fuerza mayor los defectos del vehículo ni la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos” (énfasis añadido).

Como se ve, el riesgo en que se basa la responsabilidad por daños causados por vehículos a motor puede abarcar sin mayores problemas los daños debidos a riesgos desconocidos que se concreten en fallos del vehículo, sus piezas o mecanismos.

2.3. Responsabilidad por culpa presunta o responsabilidad “agravada”

En la lógica del principio de que “no hay responsabilidad sin culpa” al que me he referido en el epígrafe anterior, conviene destacar que en el modelo francés de responsabilidad al que pertenece el Código español y en gran medida el Código italiano de 1942, se dan supuestos de responsabilidad que van más allá de la culpa probada, pero en los que siempre se discute si estamos o no ante casos de auténtica responsabilidad objetiva. Por ello, quizá sea buena la expresión acuñada en Italia de responsabilidad por *culpa agravada*, lo que no prejuzga el tipo de responsabilidad (por culpa u objetiva) que se impone. Mi exposición sobre este tema se ceñirá al CC

defecto de tal empresa o de lo que en ella se produzca, *a no ser que pruebe que ha cumplido con el estándar de conducta exigible*” (énfasis añadido).

30 Se trata de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobada por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre.

español, pero seguiré aludiendo esporádicamente a los Códigos francés e italiano para apoyar mi argumentación.

El artículo 1902, primero de los que el CC español dedica a la responsabilidad, recoge la cláusula general de responsabilidad que es fácil de rastrear hasta el *Code Napoléon*³¹. A continuación, el artículo 1903 CC aborda los casos de lo que se ha llamado *responsabilidad por otros*³². Se regula ahí la responsabilidad de padres y tutores por los daños causados por los menores a su cargo, la de los centros docentes por los daños causados por los escolares y la de los empresarios por los hechos de sus dependientes.

Ese art. 1903 empieza diciendo que: “La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder.” Si este primer inciso del artículo no bastara para indicar que la responsabilidad en cuestión se basa en la culpa, el art. 1903 CC termina diciendo que “La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”. Estamos, pues, con toda claridad ante un caso de responsabilidad por culpa presunta. Aquí no hay problema, en un plano puramente teórico al menos, en que el demandado se exonere de responsabilidad probando su propia diligencia.

Tras el art. 1903 CC, aparecen otros preceptos dedicados a lo que en Francia se ha llamado responsabilidad por los animales y responsabilidad por las cosas. Para lo que aquí importa, es mejor acercarse a estos últimos casos. En el artículo 1907 CC, por ejemplo, se impone responsabilidad por los daños causados por la ruina de los edificios que se deba a la “falta de reparaciones necesarias”, en un caso que normalmente se entiende como de responsabilidad por culpa, presunta también, por entender que es el propietario quien debe de probar que sí había realizado esas reparaciones necesarias.

Sin embargo, a la hora de aplicar esta norma, los tribunales tienden a entender que la producción del daño indica que las reparaciones no fueron las necesarias y que, por tanto, se había incurrido en culpa. La producción del daño se emplea, pues, como prueba de una conducta culposa y sólo se permite la exoneración del demandado por medio de

31 Dice ese art. 1902: “el que por acción u omisión causa un daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.”

32 Esa denominación se utiliza en los Principios Europeos de la Responsabilidad Extracontractual (PETL, por sus siglas en inglés). En el IRNT, se propone una responsabilidad vicaria aplicable a los sistemas autónomos, basado en el principio de equivalencia. Véase IRNT, p. 45.

la prueba de una causa extraña, es decir, de la prueba de fuerza mayor. Como se ve, esta solución es muy parecida a una determinada manera de entender la responsabilidad objetiva: la prueba de la diligencia no exonera, sino sólo la prueba de una concreta causa ajena a la que quepa atribuir el daño. De hecho, hasta donde se me alcanza, sólo existe una Sentencia del Tribunal Supremo español (STS, en lo sucesivo) en la que se permitió la exoneración del propietario de un edificio cuya ruina causó daños en la finca colindante mediante la prueba de que, tan sólo un mes antes del derrumbamiento, el propietario había recibido el informe de un arquitecto en el que se decía que el edificio estaba en buen estado de conservación³³.

En la misma línea de ese art. 1907 CC, el art 1908 CC regula algunos casos de lo que se ha llamado actividades peligrosas (en realidad, las que se conocían en el s. XIX), como es el caso de máquinas que explotan, sustancias explosivas, humos excesivos y emanaciones de depósitos o cloacas³⁴. En estos casos se ve que se impone una culpa *agravada*, bien por entender que lo acaecido supone que la culpa está implícita en el accidente, bien por entender que la ley fija un nivel de comportamiento que, si el demandado no alcanza, equivale a culpa. El art. 1908, 1º CC es un buen ejemplo de esto cuando dice que: “Igualmente responderán los propietarios de los daños causados: 1º) Por la explosión de máquinas que no hubiesen sido cuidados con la debida diligencia, y la inflamación de sustancias explosivas que no estuviesen colocadas en lugar seguro y adecuado”. La alusión del primer inciso a la “debida diligencia” alude claramente al carácter de la responsabilidad que se impone y la alusión a un lugar “seguro y adecuado” deja claro el carácter objetivo con que se va a medir el comportamiento del demandado.

En todos estos casos creo que queda claro que en España se puede decir que, como ocurre en el sistema francés en que se inspira, “no hay responsabilidad sin culpa”. Es cierto que se trata de una culpa muy ampliamente entendida y sujeta a cánones objetivos, pero lo cierto es que ésta es la manera normal de funcionar de los sistemas pertenecientes a la tradición francesa de la codificación.

Desde el punto de vista de la responsabilidad por riesgos desconocidos, creo que es fácil entender que en todos estos casos el demandado puede

33 P. DEL OLMO, “Comentarios a los arts. 1905 a 1910 CC”, IV, en Ana Cañizares et al. Código Civil Comentado, (2011) p. 1480 y ss.

34 Ese art. 1908 CC también menciona los daños causados por árboles colocados en sitios de tránsito. Como se ve, parece que hay cierto parentesco entre el tratamiento que se da a esas actividades peligrosas y las normas sobre relaciones de vecindad.

terminar respondiendo por el riesgo desconocido. Esto se debe a que la única exoneración posible para él es la prueba de una causa extraña bien identificada. De lo contrario, el demandado resultará responsable por lo que se ha llamado “causas ignotas”³⁵. La prueba de la propia diligencia no le exonera. Como dice en Italia el profesor Alpa, en estos casos lo decisivo es donde se coloque la carga de la prueba³⁶. Efectivamente, el carácter desconocido de los riesgos pesará sobre aquél que tenga que proporcionar una prueba que es literalmente imposible de lograr.

Desde el punto de vista de las nuevas tecnologías, se puede destacar que en el IRNT se propone dar facilidades para probar la causa del daño (en el epígrafe siguiente vamos a ver algo más sobre una presunción de causalidad derivada de la infracción de las regulaciones de seguridad aplicables) y también para probar la culpa, tanto del operador como del productor de la tecnología³⁷. De esta manera, vemos que el IRNT no renuncia a ninguna de las formas con las que los distintos sistemas jurídicos europeos han tratado históricamente de ajustar su reacción en materia de daños causados por riesgos desconocidos.

2. 4. Responsabilidad y reglamentación de conductas

Algo parecido a lo que sucede con los casos de culpa agravada que hemos visto en el epígrafe anterior, ocurre también con los estándares de comportamiento establecidos en las reglamentaciones de las conductas elaboradas por parte del Estado, como las regulaciones de tráfico, las aplicables a la construcción de edificios, fabricación de productos y tantas y tantas otras que proliferan en la actualidad. La importancia de estas reglamentaciones para la responsabilidad civil es una cuestión que se plantea en la doctrina española dentro de la definición de la responsabilidad por culpa, de forma casi milimétricamente igual a lo que ocurre en las doctrinas francesa e

35 Se pueden ver las claras explicaciones que se ofrecen en la doctrina italiana. Por ejemplo, en FRANZONI, p. 386 ALPA, p. 343; F. BUSONI, “Responsabilità per danno da prodotti difettuosi”, en: G Vettori, Codice del Consumo (2007) p. 848; F. PROSPERI, “La responsabilità del produttore”, en: P Perlingieri/E Caterini, Il Diritto dei consumi, vol II (2005) p. 308.

36 Véase ALPA, p. 343. Sobre la carga de la prueba, véase también FRANZONI, p. 392.

37 Véase IRNT, pp. 52-55.

italiana³⁸. En efecto, aunque la culpa se suele definir en la doctrina por referencia al modelo objetivo de un buen padre de familia, es decir, de una persona media razonable, lo cierto es que tampoco es extraño encontrar lo que se ha llamado una *definición gradual de la culpa*³⁹.

En esa definición gradual, se dice que el demandado ha incurrido en culpa si su conducta fue contraria a las normas que regulaban imperativamente su conducta o actividad. Si este primer paso no ofrece resultados satisfactorios, el siguiente paso será preguntarse si el demandado ha violado los estándares de conducta recogidos en códigos deontológicos, recomendaciones de asociaciones de profesionales y expertos que, sin tener el carácter de normas jurídicamente obligatorias, sí permiten establecer el comportamiento que es esperable por parte del demandado. Un ejemplo particularmente evocador lo proporcionan las recomendaciones de las federaciones internacionales de esquí o de montañismo. Se trata de recomendaciones y consejos ofrecidos por asociaciones privadas que no tienen carácter de normas jurídicas, pero que pueden ser decisivas a la hora de concretar un juicio de negligencia. Si este segundo paso tampoco ofrece el resultado apetecido, se tendrá que recurrir sin más al modelo más abstracto de la persona media razonable -el honrado padre de familia del s. XIX- y preguntarse directamente si el daño de que se trate era o no previsible y/o evitable (cf. art. 1105 CC).

En esta manera de entender las cosas, entonces, los riesgos desconocidos también pueden quedar a cargo del demandado, en la medida en que éste haya violado una normativa reglamentaria que le fuera aplicable. Es cierto que, desde el punto de vista de la causalidad y del fin de protección de la norma violada, la cosa se podría discutir y que la determinación de esa fi-

38 Hablando de daños causados por transfusiones de sangre contaminada, se puede ver SEUBA, p. 248. En España, se emplea la fórmula de *culpa in re ipsa*, que es probablemente de origen italiano. Se puede ver, FRANZONI, p. 166. También en Francia se manejan profusamente ideas similares, como se puede comprobar en VINEY/JOURDAIN, pp. 375–357, entre otros muchos autores.

39 Se puede encontrar una exposición sintética de estas cuestiones en P. DEL OLMO, “La imputación subjetiva, la culpa y la responsabilidad objetiva”, en A. Soler y P. del Olmo, *Prácticum de daños*, 2ª ed. 2019, 2/695 y ss. Desde el punto de vista de las nuevas tecnologías, véase IRNT p. 49 y, ver un reflejo de esa manera *gradual* de entender la culpa, p. 52. Para una visión comparada de la idea de culpa, una buena referencia es P. WIDMER, “Comparative Report on Fault as a Basis of Liability and Criterion of Imputation (Attribution)”, en P. Widmer (ed.), *Unification of Tort Law: Fault* (2005) pp. 331 y ss.

nalidad protectora es decisiva, como ocurría en materia de responsabilidad objetiva con la delimitación del riesgo⁴⁰.

Al lado de esta idea de que violar la reglamentación directamente aplicable equivale a culpa, también se maneja en las doctrinas francesa, italiana y española la idea ampliamente compartida de que la prueba por el demandado de que ha cumplido todos los reglamentos aplicables no equivale a probar su diligencia⁴¹. Como dice un autor italiano, el cumplimiento de los estándares reglamentarios es sólo un mínimo de comportamiento sobre el que el demandado ha de añadir el comportamiento que la prudencia le aconsejara⁴².

Esta idea de que probar el cumplimiento de la normativa aplicable no equivale a probar la diligencia se llama en la jurisprudencia española la *teoría del agotamiento de la diligencia* y, de nuevo, podemos encontrar una visión más amplia y otra más estricta de su significado. Desde un significado estricto, la teoría del agotamiento de la diligencia significa simplemente lo que ha quedado dicho: que el demandado no se puede escudar en el cumplimiento de la normativa y que ha de ejercitar la diligencia que exigieran las circunstancias del caso. Como se ha dicho, el demandado tiene que seguir manteniendo los ojos abiertos y juzgar por sí mismo la situación de peligro, pero no se duda de que la prueba de la diligencia por su parte le exonera de responsabilidad. La versión más amplia del llamado

-
- 40 Sobre esto, es interesante ver la jurisprudencia de la sala de lo social del TS sobre daños causados por el amianto que destacan MARTÍN-CASALS/RIBOT, p. 260. En esa jurisprudencia social, cuando los trabajadores reclaman una responsabilidad civil que vendría a añadirse a las prestaciones de la seguridad social que ya habían obtenido previamente, se destaca que el incumplimiento por parte de la empresa de las regulaciones de seguridad sobre calidad del aire es irrelevante y no constituye culpa, porque su íntegro cumplimiento no hubiera impedido la causación del daño. En una línea similar y sobre casos en los que los trabajadores ya habían recibido indemnización por la responsabilidad objetiva que pesa sobre el empresario, también se ha decidido que la omisión por la empresa de los exámenes médicos preceptivos es irrelevante desde el punto de vista de la culpa, porque la realización de esos exámenes tampoco hubiera impedido la producción del daño.
- 41 Se puede ver, entre otros, CAVANILLAS MÚGICA, p. 49. La cuestión también está clara en Italia, como se puede ver en FRANZONI, p. 381 o en MONATERI, p. 95. Igualmente, en Francia, como se puede ver en VINEY/JOURDAIN, p. 379; BRUN, pp. 192 y 203; BACACHE-GIBEILI, p. 133, P. MALINVAUD, *Droit des obligations* (8ª ed. 2002) p. 401. Este mismo camino se elige, en materia de nuevas tecnologías, en IRNT, p. 49.
- 42 A. BALDASSARI, “Fonti positive”, en: P Cendon, *La copa nella responsabilità civile* (2006) p. 527.

agotamiento de la diligencia da un paso más y afirma que el acacimiento del daño demuestra que algo faltó por prevenir y que la diligencia no había quedado agotada⁴³. Como se ve, pues, un resultado muy parecido al que ya habíamos mencionado antes hablando del art. 1907 CC y los edificios en ruinas y del que habíamos hablado en el art. 1908.2 CC.

Esta manera de entender el significado del cumplimiento y del incumplimiento de las normas que reglamentan la actividad del demandado deja ver su gran capacidad de respuesta a los riesgos que se van desvelando a medida que van adelantando los conocimientos técnicos y científicos sobre los agentes dañosos de que se trate⁴⁴. En Italia se ha destacado que esta manera de funcionar impone un deber de atención y diligencia sobre el demandado y ofrece buenos incentivos para mantenerse atento a los avances del conocimiento, más allá de que las reglamentaciones estatales puedan quedar obsoletas⁴⁵.

Esta versatilidad puede apreciarse bien en una STS de la Sala 1ª (de lo civil) sobre indemnización a víctimas secundarias del amianto (STS 3.12.2015 RJ 2016/135). Se trata de una STS en la que se indemnizan los daños personales sufridos por las esposas de algunos trabajadores de una fábrica que trabajaba con amianto. Las demandantes habían sufrido esos daños personales al lavar la ropa de sus maridos, que contenía polvo de amianto. En esa STS el Tribunal no tiene ningún problema en afirmar la culpa de los responsables de la fábrica a causa de los peligros del amianto, a pesar de que no existía regulación que hubiese sido violada por la fábrica en cuestión y a pesar de que los daños se habían producido en unos momentos en los que los riesgos del amianto no eran del todo conocidos. Para basar ese deber de cuidado de la fábrica respecto de las esposas de sus trabajadores, la doctrina ha señalado que el carácter peligroso del amianto se podía derivar ya de la existencia de una reglamentación sobre la limpieza del aire en las fábricas que era de 1940 y del hecho de que la asbestosis había sido reconocida como enfermedad profesional en 1947⁴⁶. Se sabía,

43 CAVANILLAS MÚGICA, p. 49. La misma idea se maneja en la doctrina italiana. Véanse, F. RECANO, *La responsabilità civile da attività pericolose* (2001) p. 4; R. MAZZON, *Responsabilità oggettiva e semiogettiva* (2012) p. 91, con una postura crítica sobre la posición jurisprudencial.

44 Lo explica muy claramente SEUBA, pp. 241, 247 y 256.

45 ALPA, p. 730.

46 MARTÍN-CASALS/RIBOT, p. 259. Se puede ver también A. AZAGRA, *Daños del amianto litigación, aseguramiento de riesgos y fondos de compensación* (2011) p. 35. Sobre la regulación del amianto, se puede ver más información en AZAGRA, *La tragedia del amianto y el Derecho español* (2007) pp. 37 y ss.

pues, que el amianto era peligroso, aunque no se supiera bien cómo ni por qué⁴⁷.

Desde el punto de vista de las nuevas tecnologías, el IRNT tiene clara la importancia de las reglamentaciones de seguridad, en unos términos que coinciden en líneas generales con lo explicado para el Derecho español o, al menos, con una de las maneras de entender nuestro Derecho. De esta manera, en el IRNT se entiende que hay que presumir que se ha incurrido en culpa cuando se viola una de esas reglamentaciones⁴⁸. En el IRNT también se maneja la idea de que se puede presumir la causalidad cuando ha habido una infracción de la norma y se ha producido el daño que precisamente la norma trataba de evitar⁴⁹. Igualmente, el IRNT incluye la presunción del carácter defectuoso del producto cuando ha habido una infracción de normas⁵⁰.

3. *Los riesgos de desarrollo*

La última cuestión que creo que es relevante para describir el tratamiento que se da en el Derecho español de la responsabilidad civil a los riesgos desconocidos es la cuestión de los llamados riesgos del desarrollo, noción introducida en materia de responsabilidad por productos.

47 Es notable la diferencia de estas soluciones civiles de la sala primera del TS a los daños causados por el amianto y las soluciones alcanzadas en la jurisprudencia de la sala de lo social del TS. En mi opinión, lo que explica esa diferencia es el hecho de que en los pleitos sociales los trabajadores ya habían sido indemnizados, mientras que en los pleitos decididos por la sala primera del TS los demandantes se lo juegan todo en el pleito civil.

48 En Derecho español, en cambio, tiende a decirse que la infracción equivale a culpa, lo que deja claro el carácter más estricto de la responsabilidad que se impone. La expresión francesa de que se impone una responsabilidad “de pleno derecho” creo que expresa bien esta manera de entender la responsabilidad por culpa tipificada, que así se la ha llamado en Italia y en nuestra doctrina (E. ROCA).

49 Aunque esta idea se ha manejado en la doctrina española, no está muy generalizada. Sí se recoge, por ejemplo, en B. GREGORACI, “La relación de causalidad”, en A. Soler y P. del Olmo, *Prácticum de daños*, 2019, 2/1000 y ss.

50 Véase IRNT, p. 48 para estas tres presunciones derivadas de la infracción de normas de seguridad.

3.1. El lugar de los riesgos del desarrollo en el sistema general de la responsabilidad extracontractual

La idea de riesgos del desarrollo alude a la potencialidad dañosa de un producto que era desconocida cuando éste fue introducido en el mercado, pero que se desvela posteriormente a causa de algún avance técnico o científico. Es el caso de la Talidomida, por ejemplo, un medicamento que se suponía que evitaba las náuseas y molestias de las mujeres embarazadas pero que causaba daños irreparables en los bebés. Es una idea relativamente nueva en Derecho español, francés e italiano⁵¹.

El artículo 7.d) de la Directiva Directiva 85/374/CEE sobre responsabilidad por productos defectuosos fue traspuesto en España en el art. 140.1 del Texto Refundido de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 2007 (TRLGDCU, en lo sucesivo)⁵².

En el ámbito de la responsabilidad por productos defectuosos, la responsabilidad, en principio, se excluye en esos casos de riesgos inicialmente desconocidos, aunque la propia Directiva de 1985 dejase un margen de decisión a los Estados miembros para que pudieran excluir el juego de esta excepción a la responsabilidad por productos defectuosos en sus ordenamientos⁵³. Utilizando ese margen, en España sí se responde por los daños causados por riesgos imposibles de conocer cuando se lanzó al mercado un medicamento o un alimento que finalmente se descubre que

51 Lo señala con claridad J.S. BORGHETTI, “The Development of Product Liability in France”, en: S Whittaker, *The Development of Product Liability* (2010) p. 105.

52 RDL 1/2007, de 16 de Noviembre. El proceso de redacción de esta norma ha sido muy criticado. Se puede ver en ese sentido PARRA LUCÁN, pp. 61, 67 y 113.

53 La excepción también está contenida en Ley 26/2007 de Responsabilidad Medioambiental. Sobre esta cuestión, M. MARTÍN-CASALS y A. RUDA, “Spain”, en: B.A. Koch (ed), *Damage Caused by Genetically Modified Crops. Comparative Survey of Redress Options for Harm to Persons, Property or the Environment* (2010) pp. 517–519. Igualmente, hay una versión de esta figura de los riesgos del desarrollo en el régimen de la responsabilidad de las Administraciones Públicas, con una regulación diferente. La diferencia de trato ha sido criticada en la doctrina. Véanse PARRA LUCÁN, p. 291; P. SALVADOR y A. RUBÍ, “Excepción por riesgos de desarrollo”, en: P Salvador/S Ramos/F Gómez Pomar, *Tratado de responsabilidad civil del fabricante* (2008) p. 599; J.J. MARÍN LÓPEZ, *Daños por productos: estado de la cuestión* (2001) 31; S. RAMOS GONZÁLEZ, *Responsabilidad civil por medicamento* (2004) p. 365; P. GUTIÉRREZ SANTIAGO, *Responsabilidad civil por productos defectuosos: cuestiones prácticas* (2ª ed. 2006) p. 429; MARCO MOLINA, *La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos* (2007) p. 220; SEUBA, pp. 311 y ss.

es defectuoso⁵⁴. En efecto, el TRLGDCU establece en su artículo 140.3 que: “3. En el caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, los sujetos responsables, de acuerdo con este capítulo, no podrán invocar la causa de exoneración del apartado 1, letra e)”⁵⁵.

Hay quien ha dicho que, con esta manera de entender la defensa de los riesgos del desarrollo, se está excluyendo la aplicación de la defensa en el ámbito en que precisamente más se necesita y que la excepción (se responde por riesgos de desarrollo) se convierte en España en regla general⁵⁶. De hecho, no se aplica la defensa en casos de responsabilidad por medicamentos, cuando lo cierto es que ese terreno es en el que más veces se plantea la cuestión⁵⁷.

La amplia extensión de la responsabilidad por riesgos del desarrollo en España está unida, sin duda alguna, al hecho de que -cuando se traspone la Directiva- todavía estaba en la memoria colectiva del país los daños causados por el escándalo del aceite de colza desnaturalizado, causante de importantísimos daños personales (20.000 afectados) y de más de un millar de muertes en los años ochenta del siglo XX⁵⁸. Experiencias con la Talidomida (en Alemania) o con la sangre contaminada (en Francia) han tenido una similar influencia en la manera de aplicar la defensa de los riesgos del desarrollo en los distintos países⁵⁹.

54 En la doctrina, la decisión se justifica por la conveniencia de elevar el nivel de protección de las personas en materias de importancia fundamental. Así, MARÍN LÓPEZ, pp. 115 y ss. y RAMOS GONZÁLEZ, p. 308.

55 La defensa en cuestión está en el art. 140.1 TRLGDCU (Causas de exoneración de la responsabilidad): “El productor no será responsable si prueba... e) Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto”.

56 Véanse, GUTIÉRREZ SANTIAGO, p. 414 y PRIETO MOLINERO, p. 311.

57 Como destaca PARRA LUCÁN, p. 289; GUTIÉRREZ SANTIAGO, p. 414; M.P. GARCÍA RUBIO, “Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad por daños causados por los productos defectuosos. Su impacto en el Derecho español” 35 Actualidad Civil (1998-3) p. 863; SEUBA, p. 295. En el mismo orden de ideas, pero desde la responsabilidad por organismos genéticamente modificados, se puede ver MARTÍN-CASALS/RUDA, pp. 414 y ss. y 555.

58 GUTIÉRREZ SANTIAGO, p. 411, destaca el peso de la tragedia de la colza de los años 1980 en la decisión del legislador. Algo así destacan también C. GÓMEZ LAPLAZA y S. DÍAZ ALABART, “Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos” Actualidad Civil (1995) 2, p. 526; SOLÉ FELIU, p. 505 y MARCO MOLINA, p. 231.

59 J.S. BORGHETTI, “The Development of Product Liability in France”, en: S Whitaker, *The Development of Product Liability* (2010) p. 105.

En Francia, se excluye la responsabilidad por los riesgos del desarrollo excepto en los daños causados por productos derivados del cuerpo humano (lo que se explica por el mencionado problema con la sangre contaminada), mientras que en Italia, que permite un juego aún mayor de esta defensa, no se responde por daños causados por productos defectuosos cuyo carácter defectuoso no había podido ser detectado en el momento de su puesta en circulación.

Partiendo de la tradición favorable a la víctima que se puede señalar en estos dos países, especialmente en Francia, es curioso que en estos dos países no se aprovechara más la oportunidad que sí se utilizó en España de limitar el juego de esta posibilidad del demandado de liberarse de responsabilidad. Para explicarlo, quizá se pueda partir de que, cuando se elaboraba la Directiva de productos defectuosos, en los respectivos ordenamientos de Francia, Italia y España ya existía una amplia protección por los daños causados por productos defectuosos y ponerlo en relación con la manera en que inicialmente se entendió el art. 13 de la Directiva⁶⁰. En los mencionados sistemas ya se daba protección en casos de productos defectuosos por medio de una amalgama de reglas contractuales y extracontractuales difíciles de explicar de una manera coherente pero, como se ha dicho en Francia, dar protección nunca había sido un problema⁶¹.

Frente a esta realidad, la nueva Directiva ofrecía un grado de protección menor, puesto que daba una responsabilidad que se decía objetiva (aunque con la excepción de los riesgos del desarrollo), pero que estaba sometida a límites cuantitativos en las indemnizaciones y a plazos determinados en los que el defecto tenía que hacerse patente. Estas limitaciones, sin embar-

60 Para la idea de la protección ya existente en España cuando se aprueba la Directiva en 1985, se puede ver MARTÍN-CASALS/RUDA, p. 495 y R. BERCOVITZ, “La responsabilité pour les dommages causés par des produits défectueux dans le Droit Espagnol: l’adaptation à la directive 85/374/CEE”, en *European Review of Private Law* (1994) 2, p. 228, para la idea de que la 1994 LRPD ofrecía una protección menor. Desde un punto de vista más general, GUTIÉRREZ SANTIAGO, p. 416. En la doctrina comparatista hay opiniones más matizadas en WERRO/PALMER, p. 436. Igualmente una postura más matizada en RECANO, p. 206.

61 Para la observación en la doctrina francesa, BORGHETTI, p. 92. También en este sentido, pero señalando las diferencias entre las posiciones jurisprudenciales francesa e italiana anteriores a 1985, COGGIOLA, pp. 195, 197 y 203. Desde ese punto de vista, es crucial la inexistencia en España e Italia de la regla francesa de *non-cumul*; sobre eso, se puede ver PROSPERI, pp. 294 y ss; también F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II (2009) p. 1086; CARINGELLA/DE MARZO, p. 749. En la doctrina comparada, M MARTÍN-CASALS (ed.), *The Borderlines of Tort Law: Interactions With Contract Law* (2019).

go, no eran percibidas como preocupantes en Francia y en Italia porque siempre se podía conservar el régimen propio previo a la Directiva, según se entendió en los primeros momentos la previsión contenida en el art. 13 de dicha Directiva⁶². Como es conocido, esta percepción de la realidad fue cambiando a medida que el Tribunal de Justicia de la UE limitó la posibilidad de coexistencia con la Directiva de los regímenes estatales.

3. 2. *Riesgos del desarrollo y riesgos desconocidos*

Esta noción de los riesgos del desarrollo aborda el hecho de que, efectivamente, la responsabilidad civil tiene que enfrentarse a riesgos desconocidos que resultan posteriormente conocidos. Esa evolución de los conocimientos científicos es el elemento central de esta defensa de los riesgos de desarrollo⁶³. ¿Qué respuesta debe darse en estos casos? La postura adoptada por la doctrina española (así como las doctrinas italiana y francesa) permiten conocer algo más sobre la estructura de nuestro sistema tradicional de responsabilidad extracontractual.

Desde el punto de vista del significado de la idea de riesgos del desarrollo dentro de las reglas generales de la responsabilidad extracontractual, todo el mundo tenía claro en los primeros tiempos de la vigencia de la Directiva de 1985 que la defensa como tal no podía ser aplicada directamente en el campo general de la responsabilidad civil, porque la defensa estaba contenida en una legislación especial relativa a los productos defectuosos. Lo que se cuestionaba era qué podría significar en la responsabilidad civil en general que un riesgo desconocido cuando se realiza la acción se desvelara posteriormente como implícito en la acción en cuestión.

La primera reacción que se produce en Francia adopta una actitud defensiva frente a lo que se percibe como un instrumento para limitar la protección de las víctimas. Una frase del profesor Larroumet puede ilustrar esta actitud defensiva. “No hay riesgo de contagio”, decía este profesor⁶⁴.

62 Como ha sugerido LE TOURNEAU, p. 666. El art. 13 Directiva 85/374 dice: “La presente Directiva no afectará a los derechos que el perjudicado pueda tener con arreglo a las normas sobre responsabilidad contractual o extracontractual o con arreglo a algún régimen especial de responsabilidad existentes en el momento de la notificación de la presente Directiva”.

63 Como señala PARRA LUCÁN, pp. 286 y ss. Para Italia y Francia, se pueden ver, BUSONI, p. 847 y BACACHE-GIBEILI, p. 665.

64 Ch. LARROUMET, « La notion de risque de développement, risque du XXIe siècle », in : Université Panthéon-Assas, Clés pour le siècle (2000) 1590.

Sin embargo, algunos acontecimientos posteriores parecen que no confirman precisamente esa previsión.

a) En Francia, se percibe una clara influencia de la idea de riesgos del desarrollo sobre las reglas generales de la responsabilidad. Esto quizá también viene motivado por la necesidad de estrechar las reglas generales cuando se percibe que, de otro modo, el régimen de la Directiva de productos tendería a ser irrelevante por la compatibilidad prevista en su art. 13 con las reglas de responsabilidad preexistentes en los sistemas nacionales. En Francia, la idea más llamativa desde este punto de vista es afirmar la aplicación en el Derecho privado del llamado *Principio de Precaución*⁶⁵. Para lo que ahora interesa, ese Principio significa insistir en el uso de los estándares más exigentes de comportamiento (incluso desde el punto de vista de la función preventiva de la responsabilidad civil) pero, a la vez, insistir en que no tiene mucho sentido imponer responsabilidad si era imposible detectar el peligro implícito en el comportamiento del demandado⁶⁶.

b) Por otro lado, la idea de los riesgos del desarrollo aplicada más allá del ámbito de la responsabilidad por productos puede tener su influencia en la forma en que se entiende el art. 2050 del CC italiano de 1942. La estructura de este CC es muy similar a la francesa (y, por tanto a la española) y también contiene una regla general de responsabilidad por culpa y algunos casos de responsabilidad *agravada* (animales y edificios). Me interesa destacar ahora que el CC italiano contiene en su art. 2051 una regla de responsabilidad por las cosas bajo custodia similar a la regla que la jurisprudencia desarrolló en Francia bajo el Código de Napoleón y, por otro lado, una cláusula general de responsabilidad por actividades peligrosas en el art. 2050. Según este precepto, se responde por el daño causado a

65 Véase, MARTIN, pp. 299 y 305. Por el contrario, se ha señalado en la doctrina que el principio de precaución no pertenece al campo de la responsabilidad extracontractual. Lo explica bien J. SOLÉ FELIU en STS 9 de diciembre de 2010. Reponsabilidad por productos defectuosos. Seguridad de productos. Producto defectuoso. Obligaciones de seguimiento y retirada del producto. Principio de precaución. Responsabilidad por culpa del fabricante Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil (2012) pp. 73 y 81; véase también, RAMOS GONZÁLEZ, p. 387.

66 Sobre la función preventiva de la responsabilidad civil, con ideas tomadas de las relaciones de vecindad, se puede ver M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile* (2005) p. 513. La idea de la utilización de un estándar de conducta muy elevado, se puede ver en JOURDAIN, p. 51; también, MAZEAUD, p. 73. Sobre la exoneración por riesgos del desarrollo, se pueden ver F. EWALD, “La véritable nature du risque de développement et sa garantie, 14 Risques: les cahiers de l’assurance (1993) p. 23 y BOUTONNET, p. 483.

otro mediante actividades peligrosas “a menos que (el demandado) pruebe que ha tomado todas las medidas adecuadas para evitar el daño”. Como se ve, el precepto parece literalmente basarse en una regla de responsabilidad por culpa presunta⁶⁷. Sin embargo, su interpretación ha sido muy discutida y la doctrina señala que la jurisprudencia sólo exonera al demandado si éste prueba una causa ajena a la actividad peligrosa, lo que parece acercar su funcionamiento a una auténtica regla de responsabilidad objetiva⁶⁸.

En cualquier caso, lo que me interesa destacar es que, tras la aprobación de la Directiva de productos defectuosos, se ha propuesto en la doctrina italiana que el citado art. 2050 sea entendido de forma que se permita la exoneración, si se prueba que se adoptaron todas las medidas de precaución que *permitía el estado de los conocimientos aplicables*⁶⁹. De esta manera, lo que se propone es la vuelta a un entendimiento del artículo 2050 como un caso de responsabilidad por culpa presunta, con la única peculiaridad de juzgar el canon de diligencia conforme a los conocimientos técnicos y científicos aplicables. Se corregiría así el entendimiento del art. 2050 como un caso de responsabilidad objetiva en el que sólo la prueba de una causa ajena a la actividad exoneraría de responsabilidad. Esta manera de razonar sí que supondría, por decirlo con palabras de Larroumet, un auténtico *contagio*. Ahora, de prosperar esa manera de entender las cosas, no se respondería por los riesgos desconocidos (en el sentido de riesgos de desarrollo) en la aplicación de ese art. 2050, que quedaría convertido en un caso de responsabilidad por culpa presunta (*iuris tantum*)⁷⁰. Aunque, eso sí, se habría elevado considerablemente el estándar de diligencia, al exigir objetivamente el conocimiento máximo existente.

Como muestran las observaciones anteriores, lo más probable es que sí haya “riesgo de contagio” entre la idea de riesgos del desarrollo y las reglas generales de la responsabilidad civil. De hecho, algunos autores franceses explican que para decidir la cuestión de si los riesgos del desarrollo son relevantes para la responsabilidad civil hay que preguntarse por la existen-

67 MONATERI, p. 1008 subraya que, durante la elaboración del Código de 1942 y según la *Relazione al Re*, lo que subyacía en ese art 2050 era la idea de presunción de culpa. La jurisprudencia también lo entiende así como explican RECANO, p. 5; CARINGELLA/DE MARZO, p. 967; MANCINI, p. 127; G. ANNUNZIATA, *La responsabilità civile e le fattispecie di responsabilità presunta* (2008) p. 286.

68 Véanse, RECANO, p. 91; CARINGELLA/DE MARZO, p. 970; A. TORRENTE y P. SCHLESSINGER, *Manuale di diritto privato* (18ª ed. 2007) p. 814; MONATERI, p. 1009. La similitud con la auténtica responsabilidad objetiva está muy clara en ALPA, p. 735.

69 Cf. MANCINI, p. 130 y RECANO, pp. 82, 93 y 199.

70 Sobre esto, RECANO, pp. 82, 93 y 199.

cia de *elementos subjetivos* presentes en el régimen de responsabilidad que se esté considerando⁷¹. En efecto, como decíamos al comienzo de esta exposición, es imposible imponer una responsabilidad por culpa por el daño causado por una acción que era imposible de tener por dañosa en el momento de realizarla. En principio, no hay culpa más allá de la previsibilidad del daño.

Si recordamos ahora la forma en que evolucionó el sistema francés para ir más allá de la idea de culpa cuando se sintió la necesidad de hacerlo por la aparición de los accidentes causados por las máquinas y en los lugares de trabajo, veremos que es indiscutible la relevancia de los riesgos del desarrollo sobre un sistema que, entre otras cosas, trabajaba sobre estándares objetivos de comportamiento y presunciones de culpa. Si, como decíamos al principio, en Francia, España, Italia, “no hay responsabilidad sin culpa” (aunque sea por culpa presunta y con una idea de culpa completamente dada de sí), es imposible imponer responsabilidad civil por riesgos del desarrollo.

Desde el punto de vista español, en cualquier caso, lo que creo que es importante destacar es que, al lado de estos casos de responsabilidad agravada basados en presunciones de culpa, tanto en Francia como en Italia cuentan con otros mecanismos adicionales para imponer responsabilidad por riesgos desconocidos que luego resultan desvelados: me refiero a la regla de responsabilidad por las cosas bajo custodia. En este tipo de responsabilidad, no hay problema en imponer responsabilidad por daños desconocidos y hasta por riesgos del desarrollo. En efecto, en tanto la cosa haya estado involucrada en la causación del daño, se podrá imponer responsabilidad y no parece que la prueba del carácter desconocido e imprevisible del daño en el momento en que ocurrió el daño sea necesariamente una causa de exoneración. La única causa de exoneración será la prueba de una causa *extraña* a la cosa, cláusula que permite a los jueces ajustar las soluciones a las consideraciones presentes en cada caso.

Por otro lado, es cierto que esas reglas de responsabilidad por las cosas bajo custodia son muy criticadas por la doctrina de los distintos países porque dan lugar a un sistema de responsabilidad difícil de explicar, de racionalizar y, por tanto, difícil de predecir. Esto es seguramente así, pero no estoy seguro de que en los países pertenecientes a la esfera de influencia de la codificación francesa sea sensatamente posible cambiar bruscamente de sistema.

71 Véase, BOUTONNET, pp. 471–475.

4. Conclusiones

La pregunta sobre qué tratamiento da el sistema español de responsabilidad civil extracontractual a los daños causados por riesgos desconocidos nos ha permitido profundizar en el funcionamiento teórico del sistema -apoyándonos en una comparación con otros ordenamientos de nuestro entorno- y nos ha permitido también comprobar que los esquemas que se han propuesto en el Informe sobre Responsabilidad y Nuevas Tecnologías para tratar los peligros que supone el uso de la inteligencia artificial y de las nuevas tecnologías - que son también *riesgos desconocidos*- son perfectamente compatibles con nuestra concepción de la responsabilidad extracontractual. La respuesta a las características que ese mismo IRNT describe en las nuevas tecnologías (entre otras, complejidad, opacidad, falta de predictibilidad o vulnerabilidad a ciberataques) consiste en proponer la introducción de algunos ajustes en el funcionamiento del sistema de responsabilidad civil que no resultan en absoluto sorprendentes para el Derecho español. Creo que éste es el mejor elogio que se puede hacer desde nuestro Derecho a esa propuesta europea sobre responsabilidad e inteligencia artificial y tecnologías emergentes.

Schadenersatz im digitalen Umfeld: Konkurrierende Ansprüche aus dem BGB und der DS-GVO im Fall von Datenschutzverstößen

Rodrigo Araldi

ZUSAMMENFASSUNG: Datenschutzverstöße können zu konkurrierenden Schadenersatzansprüchen nach dem BGB und der DS-GVO führen. Aufgrund des sehr restriktiven Schadensersatzsystems des BGB ergeben sich Unterschiede zwischen den Ansprüchen hinsichtlich ihrer haftungsbe gründenden und haftungsausfüllenden Voraussetzungen, je nachdem, ob sie auf dem BGB oder der DS-GVO beruhen. Der vorliegende Beitrag setzt sich mit diesen Unterschieden auseinander und diskutiert ferner die deutsche Erfahrung mit der Anerkennung von immateriellen Schäden nach der DS-GVO und der Auslegung des Schadensbegriffs.

SCHLÜSSELWORTE: Datenschutzverstöße, Schadenersatz, Bagatellschaden, BGB, DS-GVO

RESUMEN: Las violaciones de la protección de datos pueden dar lugar a pretensiones concurrentes por daños y perjuicios con arreglo al Código Civil de Alemania (BGB) y al RGPD. Dado que en Alemania el propio BGB dispone de un sistema de daños y perjuicios muy restrictivo, existen diferencias en las pretensiones dependiendo de si se basan en el BGB o en el RGPD. En este artículo se abordan estas diferencias y se analiza además la experiencia alemana con el reconocimiento de los daños inmateriales en virtud del RGPD y la interpretación del concepto de daños por los tribunales alemanes.

PALABRAS CLAVE: violaciones de la protección de datos, compensación por daños y perjuicios, daños de menor importancia, Código Civil de Alemania (BGB), RGPD

A. Einleitung

Eine unzählbare Fülle von Schadensereignissen geschieht jeden Tag. Traditionell werden solche Ereignisse mit Beeinträchtigungen von Interessen

in der physischen Welt in Verbindung gebracht, so zum Beispiel¹ die Verletzung eines Fußgängers oder die Schädigung eines Kraftfahrzeuges bei einem Verkehrsunfall, die Tötung eines Mitarbeiters einer Fabrik infolge eines Stromschlags durch ein defektes Gerät, oder eine Lebensmittelvergiftung aufgrund verdorbener Speisen, die in einem Restaurant serviert werden. Schäden können jedoch nicht nur in der physischen Welt, sondern auch im virtuellen Umfeld auftreten. Auch hier sind die denkbaren Beispiele kaum noch zu überblicken und haben mit der (immer noch) wachsenden Wahrnehmung täglicher Aktivitäten online an Bedeutung gewonnen. Insbesondere hat uns die Corona-Virus-Pandemie deutlich gezeigt, dass eine noch weitergehende Umstellung auf das digitale Leben nicht nur möglich ist, sondern sich sogar nach der Aufhebung der Kontaktbeschränkungen in einem Aufwärtstrend befindet. Schadenereignisse im digitalen Umfeld stellen aufgrund der raschen technologischen Entwicklung eine Herausforderung für die Rechtsordnungen vor allem im Hinblick auf Persönlichkeitsrechte und Datenschutz dar.²

Eine Diskussion, die in den letzten Jahren immer mehr an Relevanz gewonnen hat, ist der Schadenersatz wegen Datenschutzverstößen. In Deutschland ist das Thema insofern spannender, als das BGB selbst über ein sehr restriktives Schadenersatzsystem verfügt, vor allem was die Funktion der Entschädigung und die Anerkennung von immateriellen Schäden angeht. Dies hat, wie nachfolgend zu sehen sein wird, zu Debatten im Zusammenhang mit der Anwendung von Art. 82 DS-GVO durch die deutschen Gerichte geführt.³ Der vorliegende Beitrag setzt sich mit diesen Fragen auseinander. Zunächst wird jedoch auf die einschlägigen Schadenersatzansprüche des Geschädigten wegen Datenschutzverstößen kurz eingegangen, die nach der h.M. parallel geltend gemacht werden können.⁴ Diese sind (B.I.) vertragliche und vorvertragliche Ansprüche, die sich aus dem

1 Vgl. z.B. *Wagner*, Deliktsrecht, 14. Aufl., Rn. 1, der bereits in seiner Einführung das Schlaglicht auf solche Schadenereignisse wirft.

2 Vgl. EG Nr. 6 DS-GVO.

3 Grds. dazu *Korch*, NJW 2021, 978 ff.; *Wybitul*, NJW 2021, 1190 ff.; und *Muckel*, JA 2021, 430 ff.

4 Die DS-GVO betrifft weitere Schadenersatzansprüche aus dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten nicht. So heißt es im EG Nr. 146 S. 4 DS-GVO, dass „[d]er Verantwortliche oder der Auftragsverarbeiter [...] Schäden, die einer Person aufgrund einer Verarbeitung entstehen, die mit dieser Verordnung nicht im Einklang steht, ersetzen [sollte]. (...) Dies gilt unbeschadet von Schadenersatzforderungen aufgrund von Verstößen gegen andere Vorschriften des Unionsrechts oder des Rechts der Mitgliedstaaten.“; a.A. *Boehm*, in: Simitis/Hornung/Spiecker DatenschutzR Art. 82 Rn. 32.

BGB ergeben; (B.II) deliktsrechtliche Ansprüche aus dem BGB und (B.III) deliktsrechtliche Ansprüche aus Art. 82 DS-GVO, die eigenständige Anspruchsgrundlagen darstellen.⁵ Im Anschluss werden die Unterschiede der haftungsbegründenden Voraussetzungen solcher Ansprüche erörtert (C.I.). Schließlich wird der Beitrag auf die Diskussionen eingehen, die den immateriellen Schaden im Fall von Datenschutzverstößen betreffen, und sich mit der restriktiven Auslegung des Schadensbegriffs durch die deutschen Gerichte, insbesondere mit der jüngsten Entscheidung des BVerfG⁶ zu diesem Thema, beschäftigen (C.II).

B. Schadenersatzansprüche wegen Datenschutzverstößen gegenüber dem Unternehmen

I. Vertragliche und vorvertragliche Ansprüche aus dem BGB: Verletzung von Neben- und Schutzpflichten (§§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB)

(a) *Vertragliche Haftung*: Datenschutzverletzungen können einen vertraglichen Schadenersatzanspruch begründen, wenn personenbezogene Daten zur Durchführung eines Vertrages im Verstoß gegen Datenschutzvorschriften verarbeitet werden. Nehmen wir zur Veranschaulichung der Lage folgendes Beispiel: Aufgrund unzureichender Maßnahmen zur Datensicherheit wird Dritten der Zugriff auf Bankangaben eines Verbrauchers im Rahmen eines Verbrauchsgüterkaufs über eine Online Plattform ermöglicht. Dadurch entstehen zu Lasten des Verbrauchers Schäden. Selbst wenn ein Mindestmaß an Datensicherheit nicht Bestandteil der Vertragsbedingungen ist, besteht für die Vertragsparteien aus § 241 Abs. 2 BGB eine wechselseitige Pflicht zur Rücksichtnahme auf Rechte, Rechtsgüter und Interessen (sog. Neben- und Schutzpflichten).⁷ In Frage steht hier vor allem die informationelle Selbstbestimmung⁸ der betroffenen Person als zu schützendes Rechtsgut. Da das Unternehmen keine genügende Sicherheit der aufgrund

5 BeckOK Datenschutz/*Quaas*, 40. Ed. 1.5.2022, DS-GVO Art. 82 Rn. 8; Paal/Pauly/Frenzel, 3. Aufl. 2021, DS-GVO Art. 82 Rn. 19, 20; *Strauß/Schweers*, DSRITB 2019, 111 ff; und Spindler/Schuster/*Spindler/Horváth*, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, DS-GVO Art. 82 Rn. 4; Taeger/Gabel/Moos/Schefzig, DSGVO BDSG | DS-GVO Art. 82 Rn. 103f.

6 BVerfG, Beschl. v. 14.1.2021 – 1 BvR 2853/19, NJW 2021, 1005.

7 Eingehend *Grigoleit*, FS Canaris, 2007, S. 275.

8 Zum Inhalt vgl. BVerfG, Urt. v. 15.12.1983 - 1 BvR 209/83 u. a. BVerfGE 65, 1 = NJW 1984, 419; dazu später u. B.II.1.(bb).

des geschlossenen Kaufvertrags erhaltenen personenbezogenen Daten gewährleistet, stellt dies eine Schutzpflichtverletzung dar.⁹ Die daraus entstandenen Schäden sind nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB trotz Erbringung der vertraglichen Hauptleistung durch das Unternehmen – in unserem Beispiel, die Übergabe und Übereignung der Kaufsache – zu ersetzen.¹⁰

(b) *Vorvertragliche Haftung*: Ferner kommt in Deutschland ein quasi-vertraglicher Schadenersatzanspruch in Betracht, wenn die rechtswidrige Verarbeitung von personenbezogenen Daten im Rahmen vorvertraglicher Verhandlungen erfolgt. Denn die genannten Schutzpflichten aus § 241 Abs. 2 BGB greifen nicht nur nach dem Vertragsschluss, sondern auch wenn ein vorvertragliches Schuldverhältnis gemäß §§ 311 Abs. 2, Abs. 3 BGB vorliegt.¹¹ Dies wäre beispielsweise der Fall, wenn Bewerbungsunterlagen des potenziellen Mieters (M) dem Eigentümer einer Wohnung (E) im Kontext von vorvertraglichen Verhandlungen anvertraut und ohne Zustimmung des M an einen Dritten durch E weitergeleitet würden. Hier könnte die betroffene Person einen Schadenersatzanspruch aus *culpa in contrahendo* nach §§ 241 Abs. 2, 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB geltend machen.¹²

(c) Sowohl für die vertragliche als auch für die quasi-vertragliche Haftung muss jenseits von Schaden, Pflichtverletzung und Kausalität Vertretenmüssen vorliegen.¹³ Es ist allerdings bereits an dieser Stelle hervorzuheben, dass das Schadenersatzsystem des § 280 BGB gewisse Vorteile für die betroffene Person gegenüber einem möglichen deliktsrechtlichen An-

9 Statt vieler *Strauß/Schweers*, DSRITB 2019, 111 (119 f.).

10 Grds. dazu u.a. BeckOK DatenschutzR/*Quaas*, 40. Ed. 1.5.2022, DS-GVO Art. 82 Rn. 8; Paal/Pauly/*Frenzel*, 3. Aufl. 2021, DS-GVO Art. 82 Rn. 20; Spindler/Schuster/*Spindler/Horváth*, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, DS-GVO Art. 82 Rn. 4.

11 MüKoBGB/*Bachmann*, 8. Aufl. 2019, BGB § 241 Rn. 117. Zur Entwicklung der c.i.c. in Deutschland vgl. ohne Anspruch auf Vollständigkeit *Kreuzer*, *Culpa in contrahendo* und Verkehrspflichten – Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Begrenzung der Haftung nach Vertragsrecht, Hab.-Schr. Freiburg 1971, S. 12 ff.; eingehend *Benedict*, *Culpa in Contrahendo*, Bd. I, Tübingen 2018, S. 17 ff.; *Nüßlein*, Die Integration der culpa in contrahendo in das BGB nach der Schuldrechtsreform, Berlin 2018, S. 65 ff. und über die Normierung nach der Schuldrechtsreform S. 21 ff.; und *Nunes Fritz*, Die culpa in contrahendo im detuschen und brasilianischen Recht, Berlin 2018, S. 10 ff.

12 Statt vieler Spindler/Schuster/*Spindler/Horváth*, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, DS-GVO Art. 82 Rn. 4.

13 Vgl. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB.

spruch aus §§ 823 ff. BGB bietet. Dies betrifft vor allem (aa) die Beweislast zugunsten des Geschädigten und (bb) die Gehilfenhaftung.

(aa) Erstens sieht § 280 Abs. 1 S. 2 BGB eine Beweislastumkehr hinsichtlich des Vertretenmüssens vor. Wenn im Rahmen eines Schuldverhältnisses Pflichtverletzung, Schaden und Kausalität feststehen, muss der Schuldner bzw. der datenschutzrechtliche Verantwortliche nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB beweisen, dass er den Datenschutzverstoß nicht zu vertreten hat (sog. Exkulpationsmöglichkeit).¹⁴ Inwieweit dies in der Praxis tatsächlich von Bedeutung ist, wird in der Literatur insofern bestritten, als der Gläubiger bzw. der Geschädigte die Beweislast für das Vorliegen einer Schutzpflichtverletzung trägt, was „regelmäßig den Nachweis eines objektiven Sorgfaltsverstoßes erfordert“¹⁵. Dies wäre grundsätzlich der Fall in unserem Beispiel des Verbrauchsgüterkaufs. Damit eine Schutzpflichtverletzung überhaupt vorliegt, muss der Verantwortliche in erster Linie unzureichende Datensicherheit gewährleistet haben. Da die mangelnde Sicherheit insofern den Tatbestand der Pflichtverletzung bildet,¹⁶ träge der Geschädigte – und nicht der Verantwortliche – grundsätzlich die Beweislast diesbezüglich. Der BGH hat allerdings in mehreren Fällen auch eine Beweislastumkehr für das Vorliegen einer Pflichtverletzung zugunsten des Geschädigten bejaht: Der Schuldner hat sich dem BGH zufolge über den Wortlaut des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB hinaus „nicht nur hinsichtlich seines Verschuldens zu entlasten, sondern er muss auch darlegen und gegebenenfalls beweisen, dass ihn keine Pflichtverletzung trifft, wenn die für den Schaden in Betracht kommenden Ursachen allein in seinem Gefahrenbereich liegen“.¹⁷

(bb) Von größerer Bedeutung allerdings sind die unterschiedlichen Haftungsregime des datenschutzrechtlichen Verantwortlichen für das schädigende Verhalten eines Erfüllungsgehilfen.¹⁸ Während im Rahmen des vertraglichen Schuldverhältnisses der Schuldner das Verschulden seiner Hilfsperson gemäß § 278 S. 1 BGB wie eigenes Verschulden zu vertreten hat, besteht im Deliktsrecht eine Exkulpationsmöglichkeit nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB¹⁹. Dementsprechend tritt die Ersatzpflicht für das von der Hilfsperson begangene Unrecht nicht ein, wenn der Geschäftsherr bei der Aus-

14 Allgemein zum Thema MüKoBGB/*Ernst*, 8. Aufl. 2019, BGB § 280 Rn. 32-34.

15 BeckOK BGB/*Lorenz*, 59. Ed. 1.8.2021, BGB § 280 Rn. 15.

16 BT-Drucks. 14/6040 S. 136.

17 BGH NJW-RR 2017, 635; vgl. auch MüKoBGB/*Wagner*, 8. Aufl. 2020, BGB § 823 Rn. 102, 103.

18 MüKoBGB/*Bachmann*, 8. Aufl. 2019, BGB § 241 Rn. 115.

19 Zum Streit um die Gehilfenhaftung MüKoBGB/*Wagner*, 8. Aufl. 2020, BGB § 831 Rn. 1.

wahl, Überwachung und Anleitung der Hilfsperson „die im Verkehr erforderliche Sorgfalt“ beachtet hat.²⁰

II. Deliktsrechtliche Ansprüche aus dem BGB

Datenschutzverstöße können darüber hinaus deliktsrechtliche Haftung nach nationalem deutschem Recht begründen. Hier kommen die Ansprüche aus (II.1.) § 823 Abs. 1 BGB; (II.2.) aus § 823 Abs. 2 BGB; und (III.3.) § 826 BGB in Betracht. Zunächst allerdings erweisen sich ein paar Worte über das deutsche Deliktsrecht für den nachfolgenden Vergleich zwischen den Ansprüchen aus dem BGB und der DSGVO als zielführend: Im Gegensatz zu den meisten Rechtsordnungen römisch-germanischer Tradition²¹ enthält das „Grundmodell des deutschen Zivilrechts“ keine „große“ deliktsrechtliche Generalklausel. Vielmehr wird es – wie von *Canaris* beschrieben – durch zwei Hauptcharakteristika geprägt: „Das erste besteht darin, dass das BGB die Deliktshaftung als Einstandspflicht für schuldhaftes Unrecht konzipiert, das zweite darin, dass in drei „kleinen“ Generalklauseln tatbestandlich präzisiert wird, was Unrecht ist.“²². Zusammengefasst sind diese (a) die Verletzungen von absolut geschützten Rechtsgütern (§ 823 Abs. 1 BGB); (b) die Verletzungen von Schutzgesetzen, also des objektiven Rechts (§ 823 Abs. 2 BGB); und (c) die vorsätzliche sittenwidrige Schädigung (§ 826 BGB). Die Frage, inwieweit ein solches Grundmodell

20 BeckOK BGB/Förster, 59. Ed. 1.8.2021, BGB § 831 Rn. 42.

21 Vgl. u.a. in Brasilien Art. 186 und 927 brasZGB: „Art. 186. *Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*“ | „Art. 927. *Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*“; in Österreich § 1295 Abs. 1 ABGB: „Jedermann ist berechtigt, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern; der Schade mag durch Übertretung einer Vertragspflicht oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht worden sein.“; in Frankreich Art. 1382 CC: „*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.*“; in Spanien Art. 1902 spaCC: „*El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.*“; in Portugal Art. 483º Abs. 1 porZGB: „*Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação.*“; in der Schweiz Art. 41 Abs. 1 OR: „Wer einem andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird ihm zum Ersatze verpflichtet“.

22 *Canaris*, VersR 2005, 577.

gegenüber denjenigen, die über eine deliktsrechtliche große Generalklausel verfügen, Vor- oder Nachteile aufweist, wird in dem vorliegenden Beitrag nicht erörtert. Man möge allerdings in Anlehnung an *Canaris* wohl eingestehen, dass die Lösung des BGB für das Problem der tatbestandlichen Präzisierung des Unrechts besser ist als ihr Ruf.²³

1. Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG

(aa) Der Schadenersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB setzt die Verletzung eines absoluten Rechtsguts voraus, d.h. die Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit, des Eigentums oder eines sonstigen Rechts. Zwar war der Schutz von Persönlichkeitsrechten im deutschen Deliktsrecht in seiner ursprünglichen Konzeption sehr limitiert, was Zweifel daran aufkommen ließ, inwieweit Ansprüche gegen die Verletzungen solcher Rechte nach § 823 Abs. 1 BGB geltend gemacht werden konnten.²⁴ Die Entwicklung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch die deutsche Rechtswissenschaft und seine Anerkennung durch die Rechtsprechung in der zweiten Hälfte des letzten Jahrhunderts haben jedoch das Anfangsdefizit des BGB wettgemacht. Der BGH hat 1954 in der sogenannten Leserbrief-Entscheidung erstmals das allgemeine Persönlichkeitsrecht als ein von Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG her konstituiertes Grundrecht anerkannt und sogleich bestimmt, dass es als „sonstiges Recht“ von § 823 Abs. 1 BGB umfasst war.²⁵ Ein Konkretisierungsversuch der Schutztatbestände erfolgte in den nachfolgenden Jahren durch die Wissenschaft und die Rechtsprechung, bleibt allerdings weiterhin Gegenstand von Debatten.²⁶

(bb) Für die in diesem Beitrag vorgeschlagene Diskussion – da es genau Datenschutzverstöße betrifft – ist das sogenannte informationelle Selbstbestimmungsrecht von Bedeutung, das bereits 1983 vom BVerfG

23 *Canaris*, VersR 2005, 577 (584).

24 Zur Dogmatik des Persönlichkeitsrechts: *Hager*, FS *Canaris* 2017, S. 569ff.; vgl. auch zu diesbezüglichen Defiziten *Canaris*, VersR 2005, 577 (582f.).

25 BGHZ 13, 334 (338) = NJW 1954, 1404: „Nachdem nunmehr das GG das Recht des Menschen auf Achtung seiner Würde (Art. 1 GG) und das Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit auch als privates, von jedermann zu achtendes Recht anerkennt, soweit dieses Recht nicht die Rechte anderer verletzt oder gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt (Art. 2 GG), muß das allgemeine Persönlichkeitsrecht als ein verfassungsmäßig gewährleistetetes Grundrecht angesehen werden“; s. auch *Schertz*, NJW 2013, 721 (722).

26 *Schertz*, NJW 2013, 721 (722) zu den verschiedenen Fallgruppen.

als wesentliche Ausprägung des Persönlichkeitsrechts anerkannt worden ist.²⁷ Dabei handelt es sich grundsätzlich um das Recht des Einzelnen, selbst zu entscheiden, ob und in welchem Umfang eigene Daten veröffentlicht und weitergegeben werden dürfen.²⁸ Dem BVerfG zufolge sei dieses Grundrecht mit einer Gesellschaftsordnung und einer diese ermöglichenden Rechtsordnung nicht vereinbar, wenn „die Bürger nicht mehr wissen können, wer, was, wann und bei welcher Gelegenheit über sie weiß“.²⁹ Somit setze die freie Entfaltung der Persönlichkeit „unter den modernen Bedingungen der Datenverarbeitung den Schutz gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe seiner persönlichen Daten voraus“.³⁰ Gleichwohl hat das BVerfG zu Recht betont, dass dies nicht schrankenlos gilt. Auch personenbezogene Informationen würden „ein Abbild sozialer Realität“ darstellen, welches nicht ausschließlich dem Betroffenen zustehe.³¹ Dementsprechend sei die Abwägung vom informationellen Selbstbestimmungsrecht und Allgemeininteresse erforderlich.

(cc) Insgesamt besteht nach heutiger Rechtslage keinen Zweifel daran, dass Datenschutzverstöße auch einen Schadenersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG (Verletzung der informa-

27 BVerfG, Urt. v. 15.12.1983 - 1 BvR 209/83 u. a. BVerfGE 65, 1 = NJW 1984, 419. Aus der Lehre eingehend *Albers*, Informationelle Selbstbestimmung, Baden-Baden 2005, S. 149 ff.; *ders.*, in: *Friedewald/Lamla/Roßnagel* (Hrsg.), Informationelle Selbstbestimmung im digitalen Wandel, Wiesbaden 2017, S. 11 ff.; *Frenz*, DVBl 2009, 333 ff.; *Geiger*, NVwZ 1989, 35 ff., insb. über Einwilligung und Recht auf informationelle Selbstbestimmung (36 ff.); *Kunig*, Jura 1993, 595 ff.; etwas krit. in Bezug auf die dogmatische Konstruktion des Instituts *Ladeur*, DÖV 2009, 45 ff.

28 Vgl. dazu u.a. *Strauß/Schweers*, DSRITB 2019, 111 (117f.).

29 BVerfGE, NJW 1984, 419 (422).

30 BVerfGE, NJW 1984, 419 (422). „Dieser Schutz ist daher von dem Grundrecht des Art. 2 I i. V. mit Art. 1 I GG umfaßt. Das Grundrecht gewährleistet insoweit die Befugnis des einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen.“

31 BVerfGE, NJW 1984, 419 (422): „Der einzelne hat nicht ein Recht im Sinne einer absoluten, uneingeschränkten Herrschaft über „seine“ Daten; er ist vielmehr eine sich innerhalb der sozialen Gemeinschaft entfaltende, auf Kommunikation angewiesene Persönlichkeit.“ So z.B. bedürfe diese Beschränkungen „nach Art. 2 I GG - wie in § 6 I des Bundesstatistikgesetzes auch zutreffend anerkannt worden ist - einer (verfassungsmäßigen) gesetzlichen Grundlage, aus der sich die Voraussetzungen und der Umfang der Beschränkungen klar und für den Bürger erkennbar ergeben und die damit dem rechtsstaatlichen Gebot der Normenklarheit entspricht“. Aus der Lehre u.a. *Caspar*, NVwZ 2010, 1451 ff. (insb. 1455 ff.) über das Spannungsverhältnis zwischen Kommunikationsfreiheit und informationeller Selbstbestimmung; *Simitis/Fuckner*, NJW 1990, 2713 ff. über den Vorrang des „staatlichen Geheimhaltungsinteresses“; *Frenz*, JA 2013, 840 ff.

tionellen Selbstbestimmung) begründen können. Inwieweit ein solcher Anspruch allerdings dem Geschädigten Vorteile gegenüber dem unmittelbaren Anspruch aus Art. 82 DS-GVO aufweist, wird Gegenstand nachfolgender Überlegungen sein.³²

2. Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. DS-GVO

Des Weiteren kann sich ein Schadenersatzanspruch wegen Datenschutzverstößen aus der zweiten „kleinen“ Generalklausel des § 823 Abs. 2 BGB ergeben. Dafür muss gegen ein Schutzgesetz verstoßen werden. In Betracht kommt hier vor allem die DS-GVO. Ein Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB ist jede Rechtsnorm – d.h. nicht nur nationale Gesetze –, die „dem Schutz von Individualinteressen“ dient.³³ Dementsprechend können auch EU-Verordnungen umfasst werden, sofern deren Vorschriften den Schutz von Individualinteressen bezwecken.³⁴ Obwohl sich die deutsche Rechtsprechung bislang mit der Frage der Schutzgesetzeigenschaft der DS-GVO i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB nicht beschäftigt hat³⁵ – insbesondere aufgrund ihrer geringeren Praxisrelevanz gegenüber einem direkten Schadenersatzanspruch aus Art. 82 DS-GVO³⁶ –, wird der Individualschutzzweck der DS-GVO ausdrücklich in Art. 1 Abs. 1 und 2 DS-GVO hervorgehoben. Sie enthält Vorschriften „zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Verkehr solcher Daten“³⁷ und schützt „die Grundrechte und Grundfreiheiten natürlicher Personen und insbesondere deren Recht auf Schutz personenbezogener Daten.“³⁸ Insofern sollte die Schutzgesetzeigenschaft der DS-GVO keine Subsumtionsschwierigkeiten für die deutschen Gerichte darstellen. Entscheidet sich der Geschädigte allerdings dafür, einen Schadenersatzanspruch nach § 823 Abs. 2 BGB geltend zu machen, muss das Verschulden positiv festgestellt werden, selbst wenn das verletzte Schutzgesetz eine Ersatzpflicht ohne Verschulden ermöglicht.³⁹

32 Vgl. u. C.

33 MüKoBGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, BGB § 823 Rn. 562.

34 Statt vieler BeckOGK/Spindler, 1.5.2021, BGB § 823 Rn. 256.

35 MüKoBGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, BGB § 823 Rn. 547.

36 Dazu später u. C.

37 Art. 1 Abs. 1 DS-GVO.

38 Art. 1 Abs. 2 DS-GVO.

39 § 823 Abs. 2 S. 2 BGB.

3. Anspruch aus § 826 BGB

§ 826 BGB enthält die dritte „kleine“ Generalklausel des deutschen Deliktsrechts. Demensprechend ist derjenige, der einer anderen Person gegen die guten Sitten vorsätzlich einen Schaden zufügt, ersatzpflichtig. Die ursprüngliche *ratio* dieser Norm war es, den sachlichen Schutzbereich des Deliktsrechts des BGB insofern zu erweitern, als sie im Gegensatz zu den ersten zwei kleinen Generalklauseln weder die Verletzung eines Rechtsguts noch einen Verstoß gegen das positive Recht voraussetzt. Vielmehr sollte sie als eine „breitere“ Haftungsnorm auch die Ersatzpflicht für reine Vermögensschäden und immaterielle Persönlichkeitsinteressen ermöglichen.⁴⁰ Wie jedoch bereits erwähnt,⁴¹ hat die deutsche Rechtsprechung in der zweiten Hälfte des letzten Jahrhunderts das sog. allgemeine Persönlichkeitsrecht, das auch Datenschutzverstöße umfasst⁴², anerkannt und dieses als ein von § 823 Abs. 1 BGB erfasstes absolutes Rechtsgut eingeordnet.⁴³ Da bei § 826 BGB der Geschädigte Vorsatz und Sittenwidrigkeit zu beweisen hat, spielt diese Vorschrift als Anspruchsgrundlage bei Datenschutzverstößen in der Praxis eher eine geringe Rolle.

III. Anspruch aus Art. 82 DS-GVO

Art. 82 Abs. 1 DS-GVO begründet eine eigenständige unionsrechtliche Anspruchsgrundlage im Fall von Datenschutzverstößen. Demnach kann jede Person, der wegen der Verletzung von Vorschriften der DS-GVO ein materieller oder immaterieller Schaden entstanden ist, Schadenersatz von dem Verantwortlichen oder dessen Auftragsverarbeiter verlangen. Hier kommen beispielsweise Schadenersatzansprüche wegen unzureichender Datensicherheit gem. Art. 32 DS-GVO oder Verstößen gegen Auskunftspflichten nach Art. 15 DS-GVO in Betracht.⁴⁴

Vor dem Vergleich von haftungsbegründenden und haftungsausfüllenden Voraussetzungen der Ansprüche aus dem BGB gegenüber denjenigen aus dem Art. 82 DS-GVO⁴⁵ ist zunächst hervorzuheben – selbst wenn sich dies als etwas offensichtlich erweist –, dass eine Konkurrenz zum BGB nur

40 MüKoBGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, BGB § 826 Rn. 1.

41 Vgl. B.II.1.

42 BVerfG, Urt. v. 15.12.1983 - 1 BvR 209/83 u. a. BVerfGE 65, 1 = NJW 1984, 419.

43 MüKoBGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, BGB § 826 Rn. 2.

44 *Wybitul*, NJW 2021, 1190 (1191) auch für konkrete Beispiele.

45 Vgl. u. C.

dann besteht, wenn der persönliche Anwendungsbereich des Art. 82 DS-GVO erfüllt ist und er somit greift. Hinsichtlich des Anspruchsberechtigten bedeutet dies, dass Schäden, die juristischen Personen zugefügt werden, einen Anspruch nach Art. 82 DS-GVO nicht begründen können. Juristische Personen werden sich dementsprechend notwendigerweise auf das BGB stützen müssen.⁴⁶ Was die Passivseite des Schuldverhältnisses anbelangt, dürfen nach Art. 82 DS-GVO nur der Verantwortliche und dessen Auftragsverarbeiter Anspruchsgegner sein. Ansprüche gegen weitere Personen (z.B. gegen den Datenschutzbeauftragten) können ausschließlich nach dem BGB geltend gemacht werden.⁴⁷

C. Vergleich von Ansprüchen aus dem BGB und dem Art. 82 DS-GVO und die Diskussion über immaterielle Schäden

Im Folgenden werden einige Gedanken zu den Vor- und Nachteilen der Geltendmachung von Ansprüchen aus dem deutschen nationalen Recht und der DS-GVO dargelegt. Dabei sollen insbesondere drei Punkte erörtert werden: (I.) Verschulden, (I.) Beweislast und (II.) immaterieller Schaden.

I. Verschulden und Beweislast

(a) Bei vertraglichen und quasi-vertraglichen Schadenersatzansprüchen wegen Datenschutzverstößen hat der Schädiger gem. § 276 BGB Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Zugunsten des Geschädigten stellt § 280 Abs. 1 S. 2 BGB eine Beweislastumkehr dar. Dementsprechend muss der Schädiger nachweisen, dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat (die sog. Exkulpationsmöglichkeit).⁴⁸ Der Geschädigte trägt allerdings die Beweislast für das Vorliegen einer Pflichtverletzung, was nicht selten „den Nachweis eines objektiven Sorgfaltsverstößes erfordert“⁴⁹. Diese Beweislast wird allerdings nach ständiger Rechtsprechung des BGH erleichtert, wenn „die Schadensursache aus dem Gefahren- und Verantwortungsbereich des Schädigers hervorgegangen ist und überdies die Sachlage den Schluss auf

46 *Paal*, MMR 2020, 14.

47 Zur Diskussion *Paal*, MMR 2020, 14.

48 Vgl. Fn. 14.

49 BeckOK BGB/*Lorenz*, 59. Ed. 1.8.2021, § 280 Rn. 15.

einen Sorgfaltspflichtverstoß erlaubt⁵⁰. Von einer uneingeschränkt günstigeren Beweisregel kann insofern nicht ausgegangen werden.

(b) Was die deliktsrechtlichen Ansprüche des § 823 Abs. 1 und des § 823 Abs. 2 BGB anbelangt, haftet der Schädiger ebenfalls in den Fällen, in denen er vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat; bei § 823 Abs. 2 BGB sogar, wenn das verletzte Schutzgesetz die Ersatzpflicht ohne Verschulden ermöglicht.⁵¹ Der Geschädigte trägt hierfür die Beweislast.⁵² Noch strenger ist das vom Geschädigten nachzuweisende Verschulden bei § 826 BGB, der Vorsatz voraussetzt.

(c) Art. 82 Abs. 3 DS-GVO sieht ebenfalls eine Beweislastumkehr vor. Diese ist allerdings sehr eingeschränkt. Der Verantwortliche oder dessen Auftragsverarbeiter kann von der Haftung befreit werden, wenn er nachweist, dass er „in keinerlei Hinsicht für den Umstand, durch den der Schaden eingetreten ist, verantwortlich ist“. Dementsprechend genügt es, wenn eine einfache Fahrlässigkeit vorliegt.⁵³ Der Verantwortliche oder der Auftragsverarbeiter wird in der Regel eine umfassende Datenschutzdokumentation vorlegen, um nachweisen zu können, dass er den Schaden in keinerlei Hinsicht zu verantworten hat.⁵⁴ Das Mitverschulden des Geschädigten oder die Mitverantwortung Dritter genügen für die Exkulpation nach der h.M. nicht.⁵⁵ Kann sich der Verantwortliche oder der Auftragsverarbeiter nach Art. 82 Abs. 3 DS-GVO nicht exkulpieren, steht dem Betroffenen ein Anspruch auf Schadenersatz zu.

(d) Im Ergebnis stellt die vielfach eingeschränkte Exkulpationsmöglichkeit des Art. 82 Abs. 3 DS-GVO einen Vorteil für den Geschädigten im Vergleich zu den einschlägigen vertraglichen und deliktsrechtlichen Ansprüchen aus dem BGB dar.

50 MüKoBGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, BGB § 823 Rn. 102, 103.

51 Vgl. o. B.II.2, insb. Fn. 38.

52 Grds. dazu: MüKoBGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, BGB § 823 Rn. 89.

53 Kühling/Buchner/Bergt, Datenschutz-Grundverordnung – Kommentar, 3. Aufl. 2020, Rn. 54 m.w.N.

54 Strauß/Schweers, DSRITB 2019, 111 (116).

55 Kühling/Buchner/Bergt, Datenschutz-Grundverordnung – Kommentar, 3. Aufl. 2020, Rn. 54 m.w.N.

II. Immaterielle Schäden

Wie bereits erwähnt,⁵⁶ verfügt das BGB über ein sehr restriktives Schadenersatzsystem, insbesondere was die Ersatzfähigkeit und Bemessung von immateriellen Schäden anbelangt. Dies ist einer der wichtigsten Faktoren, der den Anspruch aus der DS-GVO für Geschädigte vorteilhafter macht als diejenigen aus dem BGB. Aber gerade der auf diesem restriktiven System basierende Rechtsgedanke hat die deutschen Gerichte auch bei der Auslegung des Schadensbegriffs und der Bemessung von immateriellen Schäden auf der Grundlage von Art. 82 DS-GVO beeinflusst und zu Rechtsunsicherheit geführt. Um die Diskussion anzusprechen, wird zunächst die Erstattfähigkeit von immateriellen Schäden nach Art. 82 Abs. 1 DS-GVO und § 253 BGB erörtert (II.1). Im Anschluss werden die verschiedenen Funktionen für die Bemessung von immateriellen Schäden gem. der DS-GVO dargestellt (II.2) und die deutsche Erfahrung mit solchen Fragen analysiert (II.3).

1. Ersatzfähigkeit von immateriellen Schäden

Die Ersatzfähigkeit von immateriellen Schäden im Falle von Datenschutzverstößen wird ausdrücklich in Art. 82 Abs. 1 DS-GVO vorgesehen. Anders ist die Lage allerdings, wenn der Geschädigte sich auf einen Schadenersatzanspruch aus dem BGB beruft. Gemäß § 253 Abs. 1 BGB können immaterielle Schäden in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden. § 253 Abs. 2 BGB enthält dementsprechend eine abschließende Liste⁵⁷ solcher Fälle. Diese sind die Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung. Folglich ist die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches nach dem BGB für immaterielle Schäden wegen Datenschutzverstößen grundsätzlich nicht möglich.⁵⁸ Ein Sonderfall im nationalen Recht bildet allerdings § 83 Abs. 2 BDSG⁵⁹, der als *lex specialis* greift.

56 Vgl. A. und B.II. über das deutsche Deliktsrecht.

57 BAG, NZA 2013, 955 Rn. 32: „Bei § 253 II BGB handelt es sich, wie bereits § 253 I BGB klarstellt, um eine abschließende Aufzählung. § 253 I BGB statuiert ein Analogieverbot“; vgl. auch BeckOK BGB/ Spindler, 61. Ed. 1.2.2022, § 253 Rn. 25; MüKoBGB/Oetker, 9. Aufl. 2022, Rn. 27; BeckOGK/Brand, 1.3.2023, Rn. 32

58 Vgl. MüKoBGB/Oetker, 9. Aufl. 2022, BGB § 253 Rn. 27.

59 § 83 Abs. 2 BDSG: „Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann die betroffene Person eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen.“

2. Schadenbemessung

Es besteht ferner Unterschiede zwischen dem BGB und der DS-GVO hinsichtlich der Bemessung von immateriellen Schäden. § 249 Abs. 1 BGB besagt, dass wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, den Zustand herzustellen hat, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.⁶⁰ Im Rahmen des Anspruchs aus dem Art. 82 DS-GVO, sieht der Erwägungsgrund 146 S. 3 DS-GVO allerdings vor, dass der Schadensbegriff weit „im Lichte der Rechtsprechung des Gerichtshofs“ zu verstehen ist. Es wird dementsprechend nach der h.M. auf die Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsätze verwiesen, wonach der Schadensersatz nicht nur der Kompensation, sondern auch der Prävention dienen soll.⁶¹ Mit anderen Worten soll der Schadensersatz eine abschreckende Wirkung aufweisen. Die konkreten Kriterien für die Bemessung der Entschädigungshöhe werden in der DS-GVO allerdings nicht geregelt. Das deutsche positive Recht hilft dabei auch wenig, bestimmt in § 287 ZPO jedoch, dass das zuständige Gericht im Einzelfall entscheiden soll.⁶²

3. Die deutsche Erfahrung mit der Anerkennung und Bemessung von immateriellen Schäden nach der DS-GVO

Die Erfahrung mit der Anwendung des Art. 82 DS-GVO hat sich in Deutschland als problematisch erwiesen.⁶³ Obwohl die DS-GVO den Schadensbegriff nicht einschränkt, vertritt ein Teil der deutschen Rechtsprechung die Ansicht, dass in Fällen von geringfügigen Schäden keine Verpflichtung zur Entschädigung besteht.⁶⁴ So hat das LG Köln entschieden, dass „eine einmalige und erstmalige Übersendung eines wenige Blätter umfassenden Kontoauszugs an einen falschen Empfänger“ einen bloßen

60 Zu den Funktionen s. BeckOK BGB/W. Flume, 61. Ed. 1.2.2022, § 249 Rn. 1-4.

61 Statt vieler Nemitz, in: Beck'sche Kurz-Kommentare DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 82 Rn. 18; a.A. Eichelberger, FS Taeger, S. 144 f.

62 Strauß/Schweers, DSRITB 2019, 111 (113).

63 Überblick bei Wybitul, NJW 2021, 1190ff.

64 OLG Dresden NJW-RR 2020, 426; LG Leipzig, Urteil vom 23. Dezember 2021 – 03 O 1268/21, BeckRS 2021, 42004, Rn. 110; a.A. LAG Hannover, Urteil vom 22. Oktober 2021 – 16 Sa 761/20, BeckRS 2021, 32008, Rn. 196: „Die Kammer folgt den Erwägungen, wonach unabhängig von dem Erreichen einer Erheblichkeitsschwelle bei Verstößen gegen Regelungen der DS-GVO ein immaterieller Schadensersatz in Betracht kommt.“

Bagatellschaden darstellt, wobei auch „unter Berücksichtigung der weiteren Umstände des Einzelfalls die Zuerkennung eines Schmerzensgeldes“ ausgeschlossen werden kann.⁶⁵ Für diese Auffassung spreche das Argument, dass der Erwägungsgrund 85 S. 1 DS-GVO nach der Auflistung von Beispielen von immateriellen Schäden folgende Bestimmung enthält: „oder andere erhebliche wirtschaftliche oder gesellschaftliche Nachteile für die betroffene natürliche Person.“⁶⁶ Unerhebliche Schäden sollten somit nicht berücksichtigt werden. Allerdings ist dies insofern problematisch, als eine restriktive Auslegung des Schadenbegriffes dem EuGH vorgelegt werden muss.⁶⁷ Dies hat das BVerfG bestätigt. Demzufolge sei es mit dem Gebot auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) unvereinbar, wenn ein Gericht im Sinne des Art. 257 Abs. 3 AEUV die auf Art. 82 DS-GVO gestützte Klage auf Zahlung eines Schmerzensgeldes wegen Fehlens eines erheblichen Schadens abweist, ohne zuvor eine Entscheidung des EuGH zur Auslegung des Schadensbegriffes in Art. 82 Abs. 1 DS-GVO einzuholen.⁶⁸ Der OGH Österreich hat dem EuGH gem. Art. 267 AEUV die Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt, ob Art. 82 DS-GVO neben einer Verletzung von Vorschriften der DS-GVO auch einen Schaden erfordert.⁶⁹

D. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass selbst wenn konkurrierende Ansprüche aus dem BGB und dem Art. 82 DS-GVO vorliegen, Letzterer in der Praxis Vorrang hat, da er Vorteile für den Anspruchsinhaber bereit hält. Als problematisch hat sich allerdings die Konkretisierung des Schadensbegriffes gem. Art. 82 DS-GVO erwiesen. Obwohl ein Teil der deutschen Rechtsprechung eine Erheblichkeitsschwelle als Voraussetzung für einen Anspruch aus Art. 82 DSGVO gesetzt hat, muss nun diese Auslegungsfrage durch den EuGH geklärt werden.

65 LG Köln, ZD 2021, 47.

66 Vgl. *Wybitul*, NJW 2021, 1190 (1993).

67 Kühling/Buchner/*Bergt*, Datenschutz-Grundverordnung – Kommentar, 3. Aufl. 2020, Rn. 18a.

68 BVerfG, Beschl. v. 14.1.2021 – 1 BvR 2853/19, NJW 2021, 1005.

69 ÖOGH, Beschluss vom 15.4.2021 – 6 Ob 35/21x, ZD 2021, 631. Vgl. auch BeckOK Datenschutz/*Quaas*, 40. Ed. 1.5.2022, DS-GVO Art. 82 Rn. 25b.

La responsabilidad por incumplimiento de la normativa de datos personales (art. 82 RGPD)

*María José Santos Morón**

RESUMEN: Cuando una persona sufre daños a consecuencia de un incumplimiento de la normativa de protección de datos tiene la posibilidad de exigir una indemnización. Sin embargo, esta acción de responsabilidad, que está reconocida en el art. 82 RGPD, suscita en España muchas dudas. De entre ellas, en este trabajo se analizan dos cuestiones: la relativa al criterio de imputación de responsabilidad (responsabilidad por culpa u objetiva) y la relativa a la existencia de daño.

PALABRAS CLAVE: Protección de datos; indemnización; responsabilidad por culpa; responsabilidad objetiva; daño.

ZUSAMMENFASSUNG: Wer einen Schaden erleidet, der aus dem Verstoß gegen datenschutzrechtliche Vorschriften resultiert, kann Schadensersatz verlangen. Dieser in Art. 82 DSGVO geregelte Schadensersatzanspruch wirft in Spanien eine Vielzahl von Zweifelfragen auf, von denen zwei Gegenstand des nachfolgenden Beitrages sind: Zum einen die Frage nach Verschuldensabhängigkeit bzw. -unabhängigkeit der Haftung, zum anderen um die Frage nach dem Vorliegen eines Schadens.

SCHLÜSSELWORTER: Datenschutz; Schadensersatz; Verschuldenshaftung; verschuldensunabhängige Haftung; Schaden

SUMARIO: 1. Planteamiento. 2.Sobre el criterio de imputación de responsabilidad. 3. Acerca de la existencia de daño

* Catedrática de Derecho civil. Universidad Carlos III de Madrid.

1. Planteamiento¹

La creciente digitalización de la sociedad ha aumentado los riesgos de vulneración de los derechos de la persona, y en particular del derecho a la protección de datos personales. Pensemos que la gran mayoría de las actividades que se realizan en internet (contratación de productos y servicios, descarga de aplicaciones, participación en redes sociales, etc.) conllevan un tratamiento de datos personales. La mera difusión de información atinente a ciertas personas (nombre, dirección, imagen, etc.) en una web de acceso público (ya sea gestionada por un particular², un medio de prensa digital, una administración pública, etc.) implica un tratamiento de datos personales. Los operadores de redes sociales son responsables del tratamiento de los datos personales de los usuarios de la red (tanto los que suministran en el momento de la contratación o “alta” en el servicio como de los que comparten a través de la red)³, al igual que los motores de búsqueda, que

1 Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto PID2020-115352GB-I00, “Daños en el entorno digital: Desafíos en torno a su reparación”, financiado por AEI/10.13039/50110001103.

2 Así lo entendió el TJUE en la Sentencia de 6 de noviembre de 2003, caso *Lindqvist* (C-101-01), en el que la Señora Lindqvist, que ejercía como catequista en su parroquia, creó varias páginas webs para informar a los feligreses de las actividades en ella desarrollada. En dichas páginas incluyó información personal sobre algunos de sus compañeros, y ello fue considerado como un tratamiento de datos que precisaba el consentimiento de los afectados. El TJUE consideró que el tratamiento de datos realizado no encajaba en la excepción relativa a “actividades exclusivamente personales o domésticas” (en cuyo caso no sería aplicable la normativa sobre protección de datos) al resultar los datos publicados en la web accesibles a un número indeterminado de personas.

3 Aunque el considerando 18 del RGDP, incluye la actividad en redes sociales entre los ejemplos cubiertos por la excepción de actividades “personales o domésticas”, ello es así en relación con los usuarios (salvo que tengan un perfil abierto accesible a gran número de personas o usen la red con fines comerciales o profesionales). El mismo considerando indica que “no obstante, el presente Reglamento se aplica a los responsables o encargados del tratamiento que proporcionen los medios para tratar datos personales relacionados con tales actividades personales o domésticas”. Los titulares de servicios de redes sociales deben ser considerados como responsables del tratamiento en la medida que deciden sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento de datos que realizan los propios usuarios (cfr. art. 4,7 RGPD). Vid. TRONCOSO, “Redes sociales y protección de datos personales” en *Menores y nuevas tecnologías. Posibilidades y riesgos de la TDT y las redes sociales*, 2013, pp. 91, 92, 94; MEGÍAS QUIRÓS, “Actividades personales y domésticas excluidas del ámbito de aplicación (Comentario al art. 2,2,c RGPD y art. 2,2,a LOPDGDD)”, en *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley orgánica de Protec-*

según la STJUE 13 mayo 2014, Caso *Google Spain* (C-131/12), llevan a cabo un tratamiento de datos personales cuando registran, organizan, conservan y comunican datos personales publicados por un tercero, que aparecen en su lista de resultados.

El que un sujeto, que tiene la consideración de responsable del tratamiento, infrinja la normativa de protección de datos, puede llevar consigo una sanción administrativa⁴ que impondrá la autoridad de control -en España la *Agencia Española de Protección de Datos* (AEPD)-, pero el art. 82 del Reglamento General de Protección de datos (Reglamento UE 2016/679) -en adelante RGPD- reconoce también a la víctima la posibilidad de ejercer una acción de responsabilidad.

Dicho precepto dispone que toda persona que, a consecuencia del incumplimiento de la normativa de protección de datos, haya sufrido un daño material o inmaterial, tiene derecho a obtener una indemnización. En España esta acción de responsabilidad deberá plantearse ante los tribunales civiles cuando el causante del daño sea un sujeto privado -y este es el supuesto que vamos a analizar- y ante la jurisdicción contencioso-administrativa cuando se trate de una institución pública⁵.

ción de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, t. I, Cívitas-Thomson, Cicur-Menor, 2021, pp. 365, 366.

4 Cfr. arts 83, 84 RPGD; arts. 70 y ss. Ley orgánica 3/18, de 5 de diciembre de protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante LOPD).

5 Así se deduce del art. 82,6 que se remite a la legislación interna para determinar los tribunales competentes para conocer de esta acción de responsabilidad. Dicho precepto dispone que “las acciones judiciales en ejercicio del derecho a indemnización se presentarán ante los tribunales competentes con arreglo al Derecho del Estado miembro que se indica en el art. 79, apartado 2”. El citado art. 79,2 permite ejercitar acciones contra el responsable o encargado del tratamiento, bien ante los tribunales del Estado miembro en el que tienen un establecimiento, bien ante los tribunales del Estado miembro en el que el interesado tenga su residencia (con la excepción de que el responsable o encargado sean una autoridad pública de otro Estado miembro y actúen en ejercicio de sus poderes públicos, en cuyo caso el fuero vendrá determinado por el Estado en que radique). Presuponiendo que la víctima del daño ejercite la acción de responsabilidad ante tribunales españoles, deberá dirigirse, como antes se ha indicado, a la jurisdicción civil o contencioso-administrativa, en función de la naturaleza pública o privada del encargado o responsable del tratamiento. LÓPEZ DEL MORAL “Derecho al resarcimiento por los perjuicios derivados de infracciones en materia de protección de datos (Comentario al art. 82 RGPD)” en TRONCOSO, *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*, t. II, Cívitas-Thomson, Cicur Menor 2021, p. 3073.

El perjudicado –que debe ser una persona física- puede dirigir la acción, en principio, tanto contra el responsable como el encargado del tratamiento, pero debe tenerse en cuenta que la responsabilidad del encargado del tratamiento es bastante limitada. El párrafo segundo del citado art. 82 indica que el encargado del tratamiento sólo responde de los daños y perjuicios causados por el tratamiento en cuestión cuando “no haya cumplido con las obligaciones del presente Reglamento dirigidas específicamente a los encargados o haya actuado al margen o en contra de las instrucciones legales del responsable”. De ahí que en la mayoría de supuestos en que un tratamiento, que infringe la normativa aplicable, causa daños a un tercero, el sujeto responsable sea el denominado “responsable del tratamiento”⁶, que es quien, de acuerdo con el 24 RGPD, que establece el denominado “principio de responsabilidad proactiva”, tiene el deber de garantizar que el tratamiento es conforme con el RGPD así como, en su caso, con la normativa interna que concrete o desarrolle el RGPD⁷.

En este trabajo nos vamos a centrar en la figura del “responsable del tratamiento”, es decir, en los posibles supuestos de ejercicio de una acción indemnizatoria contra el mismo, si bien debe tenerse en cuenta que, conforme al art. 82,4 RGPD cuando en una misma operación e tratamiento intervienen más de un responsable del tratamiento, estos responderán solidariamente.

6 El responsable del tratamiento responde frente al titular de los datos personales tanto de los daños derivados de una infracción propia como de los cometidos por su encargado (RUBÍ PUIG, ob. cit., p. 46). Aun en los casos en que pueda existir responsabilidad del encargado (lo que requiere que haya incumplido obligaciones que le son específicamente exigibles, art. 82,2 RGPD) el responsable del tratamiento responderá solidariamente junto con él (art. 82,4 RGPD, art. 30,2 LOPD). Es decir, el responsable del tratamiento no puede liberarse de responsabilidad aduciendo que el comportamiento infractor ha sido cometido por el encargado del tratamiento.

7 Así se deduce del Cdo. 146 RGPD que indica que “un tratamiento en infracción del presente Reglamento también incluye aquel tratamiento que infringe actos delegados y de ejecución adoptados de conformidad con el presente Reglamento y el Derecho de los Estados miembros que especifique las normas del presente Reglamento”. En España, además, el art. 28 LOPD obliga al responsable del tratamiento a garantizar que el mismo es conforme tanto con el RGPD como *con la Ley de protección de datos española y la normativa que la desarrolle*.

La ley española, al igual que sucedía con anterioridad, no ha desarrollado esta acción de responsabilidad⁸, lo que suscita ciertas dudas, que voy a abordar en este trabajo.

Del art. 82 RGPD se deduce que, para que pueda exigirse una indemnización al responsable (o, en su caso, encargado) del tratamiento, la víctima debe probar la existencia de:

- a) *Una infracción de la normativa de protección de datos*⁹.
- b) *Un daño*, que puede ser de carácter material o inmaterial.
- c) *La relación de causalidad entre la infracción normativa y el daño producido*.

Aunque el precepto no lo indica expresamente, esta exigencia debe considerarse implícita dado que es un requisito indispensable en cualquier acción de responsabilidad.

Ahora bien, ¿Es necesario que el responsable del tratamiento -ilícito, incorrecto o no ajustado a la normativa- haya actuado culposa o negligentemente para que pueda condenársele a indemnizar? Dado que el art. 82 RGPD no lo aclara, podría pensarse que ha de llegarse a tal conclusión por aplicación de las reglas generales de responsabilidad (art. 1902 y ss. C.c.). Por otra parte, es necesario que se haya producido algún perjuicio. pero, ¿todo incumplimiento de dicha normativa genera un daño?

El art. 82 suscita muchas otras dudas, relacionadas, por ej. con la articulación de responsabilidad en el supuesto en que existen varios corresponsables del tratamiento o en el supuesto en que el responsable lleva a cabo el tratamiento a través de un encargado. Sin embargo, en este trabajo voy a limitarme a analizar las dos cuestiones señaladas. Esto es, el criterio de imputación de responsabilidad y la existencia de daño.

8 En la LORTAD (LO 5/92 de 29 de octubre), el art. 17 se limitaba a disponer que “los afectados, que, como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la presente ley por el responsable del fichero, sufran daño o lesión en sus bienes o derechos tendrán derecho a ser indemnizados”. Algo similar ocurría en la LOPD 15/99 cuyo art. 19,1, en aplicación del art. 23 de la Directiva 95/46, establecía que “los interesados que, como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley por el responsable o el encargado del tratamiento, sufran daño o lesión en sus bienes o derechos tendrán derecho a ser indemnizados”.

9 Véase lo indicado en la nota 6.

2. Sobre el criterio de imputación de responsabilidad

La doctrina española discute si, para que exista obligación de indemnizar, es preciso que la infracción de la normativa de protección de datos se deba a la culpa o negligencia del responsable (o en su caso, encargado del tratamiento) o si se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva, de manera que, existiendo incumplimiento, habrá responsabilidad¹⁰. Al respecto hay que advertir que, tanto la doctrina como la jurisprudencia española estiman que la responsabilidad no requiere que se haya declarado por parte de la Autoridad de control -en España la AEPD- la existencia de una infracción administrativa merecedora de una sanción. Los tribunales civiles pueden, de manera autónoma, valorar el comportamiento dañoso (art. 42 LEC) y determinar si ha habido incumplimiento normativo¹¹. Obviamente, el que un comportamiento concreto esté catalogado como infracción administrativa puede servir como base para concluir que existe un incumplimiento normativo, pero esto no significa

10 En realidad, esta discusión no es nueva, ya que venía planteándose igualmente en relación con el art. 17 LORTAD y con el art. 19 LOPD 15/99. Respecto al precepto de la LORTAD, vid. por todos, GRIMALT SERVERA, pp. 149 y ss., quien, tras exponer las distintas opiniones doctrinales, concluye que la responsabilidad instaurada en dicho texto legal es objetiva. Respecto del art. 19 LOPD puede verse GRIMALT, “Deberes y responsabilidades en materia de protección de datos”, en, CAVANILLAS MÚGICA, *Deberes y responsabilidades de servidores de acceso y alojamiento (Un análisis multidisciplinar)*, Comares, Granada, 2005, p. 200; ABERASTURI GORRIÑO, U. “El derecho a la indemnización en el art. 19 LOPDCP”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 41-42, 2013, p. 190, 191; GARCÍA RUBIO, “Bases de datos y confidencialidad en Internet”, en ECHEVARRÍA SÁENZ, *El comercio electrónico*, EDISOFER, Madrid 2001, p. 488; APARICIO SALOM, *Estudio sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur-Menor, 2002, p. 167.

11 Vid. PUYOL MONTERO, “Derecho a indemnización”, en TRONCOSO, *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Navarra, Thomson-Cívitas, 2010, pp. 1268, 1269; DURÁN CARDO, *La figura del responsable en el derecho a la protección de datos*, Madrid, Wolter Kluwer, pp. 534, 535; BUSTO LAGO, “Protección de datos personales y responsabilidad civil”, *Derecho de daños 2020, V Congreso Internacional de Derecho de daños*, 2020, pp. 414, 506 y ss. LÓPEZ DEL MORAL ECHEVERRÍA, “Derecho al resarcimiento por los perjuicios derivados de infracciones en materia de protección de datos (Comentario al art. 82 RGPD)”, en TRONCOSO, *Comentario al RGPD y a la LOPDGD*, T. II, Cívitas-Thomson, Cizur Menor, 2021. En este sentido se pronunció las STS 30 marzo 2011 (RJ 2011/3134). Por su parte, la STS 5 abril 2016 (RJ 2016/1006) afirma que las resoluciones de la jurisdicción administrativa no tienen efecto prejudicial en el proceso civil de indemnización de daños y perjuicios.

que comportamientos no tipificados como infracciones administrativas o que no encajen totalmente en el tipo legal- no puedan ser tomados en consideración a efectos de imputación de responsabilidad¹².

En cualquier caso, la controversia existente en la doctrina española se debe a que la redacción de los arts. 24 y 82 RGPD genera cierta confusión. Los autores que estiman que el RGPD impone un sistema de responsabilidad por culpa –aunque con inversión de la carga de la prueba- se basan en uno de estos dos argumentos:

a) En primer lugar, el art. 24 RGPD, no solo impone al responsable del tratamiento el deber de garantizar que el tratamiento es conforme con el RGPD, adoptando para ello las medidas técnicas y organizativas adecuadas¹³, sino que también le impone la carga de “demostrarlo”.

De ahí deduce algún autor que el citado precepto invierte la carga de la prueba de la culpa, de manera que quien reclama una indemnización no tiene que demostrar la culpa del causante del daño, sino que corresponde a éste acreditar que su conducta fue diligente¹⁴.

12 Téngase en cuenta que la propia tipificación de infracciones administrativas contenida en los arts. 72 y ss. LOPD, tiene carácter ejemplificativo. Así se indica en la Exposición de Motivos de la LOPD. Ello se explica porque las infracciones vienen determinadas por el RGPD, que considera infracción cualquier incumplimiento del mismo, conteniendo el art. 83 un mero listado de carácter ejemplificativo. Se trata, como observa la doctrina, de una tipificación sumamente “genérica” que parece no adecuarse al principio de tipicidad exigido, en España, en los arts. 25 CE y 27 LRSJP. De ahí que el listado de infracciones contenido en los arts. 72 a 74 LOPD (que distinguen entre infracciones muy graves, graves y leves, aunque sólo a efectos de determinar los plazos de prescripción y no para fijar la cuantía de la sanción) venga dado por la necesidad de cumplir, en la medida de lo posible, el mencionado principio de tipicidad. Vid. GONZÁLEZ ESPADAS, “Infracciones. (Comentario al art. 71 LOPDGDD)”, pp. 3095, “Infracciones consideradas muy graves. (Comentario al art. 72 LOPDGDD)”, pp. 3116, 3118, “Infracciones consideradas graves. (Comentario al art. 73 LOPDGDD)”, pp. 3157, 3158; “Infracciones consideradas leves (Comentario al art. 74 LOPDGDD)”, p. 3202, en TRONCOSO, *Comentario al RGPD y a la LOPDGDD*, T. II, Cívitas-Thomson, Cicur Menor, 2021.

13 Vid. DURÁN CARDO, “La responsabilidad del responsable del tratamiento y las obligaciones generales del responsable. El cumplimiento proactivo de la normativa de protección de datos: De la teoría a la práctica (Comentario al art. 24 RGPD y al art. 28 LOPDGDD)”, en TRONCOSO, *Comentario al RGPD y a la LOPDGDD*, T. II, Cívitas-Thomson, Cicur Menor, 2021, p. 1790.

14 LÓPEZ ÁLVAREZ, “La responsabilidad del responsable”, en PIÑAR (dir.), *Reglamento General de Protección de datos. Hacia un nuevo modelo de privacidad*, Reus, Madrid, 2016, pp. 280, 281.

Sin embargo, del art. 24 RGP, que instaura el denominado principio de “responsabilidad proactiva” o “accountability”¹⁵, sólo se deduce que corresponde al responsable del tratamiento probar que no ha habido incumplimiento normativo. Es decir, dicho precepto no invierte la carga de la prueba de la “culpa”, lo que invierte *es la carga de la prueba de la existencia de una infracción*¹⁶, de modo que, ante la sospecha de que determinado tratamiento infringe algún aspecto de la normativa aplicable, corresponderá al responsable del tratamiento demostrar que no es así¹⁷. Pero la infracción puede tener lugar sin que se requiera culpa ni negligencia por su parte como se verá después.

b) En segundo lugar, el art. 82 RGPD, contiene en su apartado tercero una cláusula de exoneración de responsabilidad en cuya virtud “El responsable (o encargado del tratamiento) estará exento de responsabilidad *si demuestra que no es en modo alguno responsable del hecho que haya causado los daños y perjuicios*”. Este párrafo lleva a algunos autores, nuevamente, a interpretar que el art. 82 instaura un régimen de responsabilidad subjetiva con inversión de la carga de la prueba, de modo que, si bien la culpa del infractor se presume, éste puede exonerarse demostrando que empleó toda la diligencia debida para evitar el daño¹⁸.

-
- 15 El principio de responsabilidad proactiva pretende garantizar que todo tratamiento de datos cumpla con el conjunto de la normativa aplicable. Para ello el responsable del tratamiento debe integrar, en sus prácticas internas y en sus sistemas de información, todas las medidas necesarias para obtener tal resultado y alcanzar la eficiencia en la protección de datos personales. Sobre ello vid. SANTOS MORÓN, “Tratamiento de datos. Sujetos implicados. Responsabilidad proactiva”, en *Protección de datos personales*, APDC, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 48 y ss.
 - 16 En este sentido, LÓPEZ DEL MORAL ECHEVERRÍA, “Derecho al resarcimiento por los perjuicios derivados de infracciones en materia de protección de datos...” cit, p. 3068.
 - 17 Como observa VAN ALSENOY “Liability under EU Data Protection Law.rom Directive 95/46 to the General Data Protection Regulation”, *JPIPIPEC*, 2016, 271, p. 283, el RGPD parece presuponer que el responsable del tratamiento está en mejor situación para exhibir evidencias de las medidas que ha adoptado para asegurar que el tratamiento es conforme a la ley, de modo que, una vez que la víctima ofrece indicios de que existe un tratamiento ilícito, se desplaza la carga de la prueba hacia el primero.
 - 18 NIETO GARRIDO, “Derecho a indemnización y responsabilidad” en PIÑAR (dir.), *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo de privacidad*, Madrid, Reus, 2016, p. 561; NUÑEZ GARCÍA “Responsabilidad y obligaciones del responsable del tratamiento”, en RALLO LOMBARTE, *Tratado de*

Lo cierto es, sin embargo, que el art. 82,3 RGPD en ningún momento dice que el responsable o encargado de tratamiento que haya infringido la normativa aplicable puede exonerarse de responsabilidad demostrando que actuó diligentemente. Lo que prevé es que podrán exonerarse si demuestran que no son “responsables” *del hecho* causante del daño, es decir, que pueden exonerarse si prueban que tal hecho *no les es imputable* (atribuible)¹⁹. En realidad, el art. 82,3 RGPD viene a establecer lo mismo que el art. 23,2 de la Directiva 95/46, que disponía que “el responsable del tratamiento podrá ser eximido parcial o totalmente de dicha responsabilidad si demuestra *que no se le puede imputar el hecho que ha provocado el daño*”. Este precepto, según el Cdo. 55 de la Directiva sólo permitía al responsable del tratamiento exonerarse de responsabilidad en caso de fuerza mayor o de acto del interesado, pero no mediante la prueba de su diligencia²⁰. De acuerdo con ello debe entenderse que el responsable o encargado del tratamiento podrán exonerarse si prueban que el incumplimiento normativo se debe *a un evento ajeno a su ámbito de control*²¹, esto es, si ha sido provocado por el comportamiento de la víctima o por causas de fuerza mayor²².

Protección de Datos, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 384; BUSTO LAGO, ob. cit., pp. 481 y ss.

- 19 Esto es lo que se deduce de las versiones, francesa e italiana del art 82.3 RGPD que dicen, respectivamente: “Un responsable du traitement ou un sous-traitant est exonéré de responsabilité, au titre du paragraphe 2, s’il prouve que *le fait qui a provoqué le dommage ne lui est nullement imputable*” y “Il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento è esonerato dalla responsabilità, a norma del paragrafo 2 *se dimostra che l’evento dannoso non gli è in alcun modo imputabile*”. Parece que los autores de la versión Española del RGPD han traducido literalmente el texto inglés del indicado precepto según el cual “A controller or processor shall be exempt from liability under paragraph 2 if it proves that it is not in any way *responsible* for the event giving rise to the damage” sin tener en cuenta que el término correcto, en español, no es “responsable” sino “imputable”. En la traducción española del art. 23,2 de la Directiva, cuyo texto en inglés es equivalente al de la versión inglesa del art. 82,3 RGPD sí se utilizó, sin embargo, el término “imputar”.
- 20 En la Propuesta de Directiva se admitía la posibilidad de que el responsable pudiera exonerarse probando su diligencia (la adopción de “medidas apropiadas” para cumplir las exigencias de los arts 18 y 22). Sin embargo, a lo largo del proceso legislativo, se suprimió esta posibilidad, limitándose los supuestos de exoneración a los indicados. Vid. VAN ALSENOY, ob. cit., p. 276; RUBÍ PUIG, ob. cit., p. 79.
- 21 Obsérvese que el responsable del tratamiento incurre en responsabilidad frente a la víctima con independencia de que el incumplimiento normativo haya sido cometido por el encargado del tratamiento o por un auxiliar o empleado suyo (del responsable del tratamiento). Como ya se indicó, aun en los casos en que

De lo expuesto se desprende que, en el supuesto en que se lleve a cabo un tratamiento de datos que –al menos aparentemente- no es conforme a la ley, corresponde al responsable del tratamiento demostrar el cumplimiento normativo. Si no lo hace y se concluye que existe una infracción, deberá indemnizar a aquél que haya sufrido un daño, a menos que pueda probar que dicha infracción no le es imputable y se debe a un hecho ajeno a su ámbito de control. Desde este punto de vista, puede entenderse que la responsabilidad derivada del art. 82 RGPD es de carácter objetivo pues, constatada la infracción, el RT incurrirá en responsabilidad

La interrogante que surge a continuación es en qué casos existe un incumplimiento normativo, es decir, cuándo el comportamiento del responsable del tratamiento puede constituir una infracción. Para ello es necesario conocer qué deberes incumben al responsable del tratamiento en aplicación del principio de “responsabilidad proactiva” (art. 24 RGPD), que, como sabemos, le obliga a garantizar que el tratamiento de datos es conforme al RGPD.

A grandes rasgos y, sintéticamente, puede decirse que el responsable del tratamiento debe:

- a) *Asegurarse de que el tratamiento respeta los principios enunciados en el art. 5 RGPD.* Esto es, los principios de licitud, lealtad y transparencia (art. 5,1, a); limitación de la finalidad (art. 5,1,b); minimización (art. 5,1,c) exactitud (art. 5,1,d); limitación del plazo de conservación (art. 5,1,e); integridad y confidencialidad (art. 5,1, f)²³.

pueda existir responsabilidad del encargado (lo que requiere que ha incumplido obligaciones que le son específicamente exigibles, art. 82,2 RGPD) el responsable del tratamiento responderá, como regla, solidariamente junto con él (art. 82,4 RGPD, art. 30,2 LOPD).

Por otra parte, la responsabilidad se hace pesar sobre la persona física o jurídica que tenga la condición de responsable del tratamiento infractor (cfr. art. 4,7 RGPD), ya que es quién debe garantizar que el tratamiento es conforme con la normativa de protección de datos (art. 24 RGPD). De ahí que sea indiferente que el concreto comportamiento causante del daño haya sido causado por una persona integrada en su empresa u organización. Desde este punto de vista, puede decirse que el responsable del tratamiento responde por los hechos de sus “auxiliares” o “empleados” objetivamente.

22 Víd. VAN ALSENOY, ob. cit., p. 283.

23 El art. 5,2 indica expresamente que el responsable del tratamiento debe garantizar que el tratamiento cumple los mencionados principios: “el responsable del tratamiento será responsable del cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 1 y capaz de demostrarlo (responsabilidad proactiva)”.

- b) *Respetar los derechos de los interesados* (acceso, rectificación, cancelación, oposición, portabilidad, arts. 15 a 22 RGPD). Para ello es preciso que el responsable del tratamiento articule los medios necesarios para que los interesados puedan ejercer esos derechos, debiendo, además, informarles al respecto.
- c) *Adoptar las medidas apropiadas para garantizar un nivel de seguridad* adecuado al riesgo inherente a ese tipo de tratamiento (art. 32 RGPD)²⁴.

Pues bien, de un análisis preliminar de las mencionadas obligaciones²⁵, parece desprenderse que, mientras que algunas de ellas pueden calificarse como obligaciones de “resultado” (así sucede con el deber de garantizar que se respeten algunos de los principios del tratamiento)²⁶, en otros casos sólo se exige al responsable la adopción de medidas “apropiadas” o razon-

24 Este deber conlleva otras obligaciones, de carácter accesorio, como la de llevar a cabo una *evaluación de impacto* cuando, en un análisis inicial del riesgo, se detecta que éste es elevado (art. 35 RGPD) o la obligación de consultar a la autoridad de control cuando el resultado de la evaluación de impacto muestre un riesgo elevado que el responsable considere inviable mitigar (art. 36 RGPD).

25 Conviene advertir que, para determinar con certeza cuándo estamos ante una obligación de medios y cuándo ante una de resultado sería necesario realizar un análisis exhaustivo de las distintas obligaciones del responsable del tratamiento. La naturaleza de este trabajo impide llevar a cabo esta tarea por lo que nos limitaremos a enunciar distintos ejemplos de obligaciones de medios y de resultados a fin de ilustrar la hipótesis que manejamos.

26 Del art. 5,2 RGPD, que dispone que “el responsable del tratamiento será responsable del cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 1 y capaz de demostrarlo” se desprende que el responsable del tratamiento queda obligado a obtener un *resultado*. No obstante, ello es así siempre y cuando de la definición del concreto principio del tratamiento no se deduzca lo contrario.

Así sucede, por ej., en relación con el principio de exactitud, ya que el art. 5,d), tras disponer que los datos personales deben ser “exactos y, si fuera necesario, actualizados”, añade que “se adoptarán todas las medidas razonables para que se supriman o rectifiquen sin dilación los datos personales que sean inexactos con respecto a los fines para los que se tratan”. La doctrina estima, a la vista de ello, que el responsable del tratamiento debe implementar procedimientos para actualizar la información y comprobar su exactitud a fin de proceder, en su caso, a la rectificación o eliminación de los datos tratados [TRONCOSO, “Los principios relativos al tratamiento (Comentario al art. 5 RGPD y al art. 4 LOPDGD)”, en *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos personales y Garantía de Derechos digitales*, t. I, Cívitas-Thomson, 2021, p. 888-889]. De ahí cabe deducir que la mera inexactitud de los datos personales no genera responsabilidad, sino sólo aquella que tenga su origen en la no adopción de medidas razonables para comprobar la exactitud de los datos y rectificarlos o eliminarlos de no ser exactos.

ables dirigidas a obtener tal resultado²⁷. Por otra parte, y esto se aprecia especialmente cuando el responsable del tratamiento debe decidir si ha de darse una respuesta positiva a la solicitud de ejercicio de un derecho por parte del interesado, hay casos en que el responsable del tratamiento debe llevar a cabo una labor de ponderación cuyo resultado (equivocado o no) es el que puede determinar la existencia de una infracción. Veamos algunos ejemplos a continuación:

1) Una empresa comercializa una app que permite gastar bromas telefónicas. El usuario de la app graba un mensaje de teléfono con el contenido de la broma y lo envía al destinatario elegido. La app permite grabar la conversación resultante, con la reacción del destinatario de la broma, de modo que luego el usuario (esto es, quien ha gastado la broma) pueda descargarla y difundirla. La grabación se realiza sin consentimiento del afectado²⁸. Este supuesto refleja un caso claro de incumplimiento de la normativa de protección de datos: se lleva a cabo un tratamiento de datos (la voz se considera un dato personal) sin consentimiento del interesado y sin que exista otra base de legitimación. Se estaría, en este caso, infringiendo el principio de licitud (art. 6 RGPD) que obliga a contar con el consentimiento del interesado cuando no existe otra base de legitimación²⁹. El deber del responsable del tratamiento de obtener dicho consentimiento y de que éste cumpla las condiciones necesarias para su validez (v. gr. emitido de forma afirmativa y tras la necesaria información –cfr. art. 4,11 RGPD-) debe considerarse una obligación de resultado³⁰. Las causas por las que no se

27 VAN ALSENOY, ob.cit., p. 282; RUBÍ PUIG, ob. cit., p. 58.

28 Únicamente, al final de la grabación, cuando se constata que se trata de una broma, se pregunta al receptor si se opone a que se lleve a cabo el almacenamiento de sus datos. Este supuesto está basado en los resueltos en las SSTS (Sala 3ª) 18 junio 2020 (RJ 2020/2075); y 22 junio 2020 (RJ 2020/273 y RJ 2020/3593). Todas ellas, emitidas en un procedimiento administrativo sancionador, consideraron que procedía sancionar a la empresa recurrente.

29 Estas bases de legitimación son las siguientes: el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato; es necesario para el cumplimiento de una obligación legal; es necesario para proteger intereses vitales del interesado u otra persona física; es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos, o, por último, es necesario para la satisfacción de intereses legítimos del responsable del tratamiento o de un tercero.

30 La única excepción la encontramos en relación con el consentimiento de los menores de edad. Cuando el menor tiene una edad inferior a la prevista legalmente (14 años en España) el consentimiento debe ser emitido por los titulares de la patria potestad o tutela (art. 8,1 RGPD). Pero, dadas las dificultades para comprobar la veracidad de la edad del menor y, por consiguiente, cuándo el

haya recabado el consentimiento –por ej. se estimaba, erróneamente, que no se trataban datos personales, pese a haber recibido asesoramiento legal-son irrelevantes ya que, si no existe base de legitimación, el tratamiento de datos es ilícito. Tal infracción dará lugar a responsabilidad, siempre y cuando exista daño indemnizable (cuestión a la que nos referiremos después).

2) Lo mismo sucede en otros casos de infracción de los principios del tratamiento, como puede ser el principio de minimización. Supongamos que una entidad concede ciertas ayudas a personas que tienen a su cargo a una persona con discapacidad y, de acuerdo con las normas de la convocatoria, publica en internet el listado de los beneficiarios. Pero difunde también los datos de las personas con discapacidad a su cargo. En este caso estaría infringiendo el principio de minimización³¹, que implica que el responsable del tratamiento debe recoger y tratar solo los datos indispensables para lograr la finalidad perseguida con el tratamiento³². Nuevamente, este comportamiento, por sí mismo, es decir, sin necesidad de enjuiciar la culpa o negligencia del responsable del tratamiento, determina una infracción susceptible de generar responsabilidad.

3) La situación resulta diferente, en cambio, si pensamos en el deber del responsable del tratamiento de implementar las medidas técnicas y organizativas “apropiadas” para garantizar la seguridad del tratamiento (art. 32 RGPD). Puede ocurrir que, aunque el responsable del tratamiento haya

consentimiento debe ser prestado por sus padres o tutor, el art. 8,2 RGPD dispone que “el responsable del tratamiento *hará esfuerzos razonables* para verificar en tales casos que el consentimiento fue dado o autorizado por el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, teniendo en cuenta la tecnología disponible”.

31 El ejemplo está basado en el supuesto resuelto por la STS (Sala 3ª) de 9 de marzo de 2015 (RJ 2015/1298), que sancionó a la Xunta de Galicia (en este caso se trataba de una entidad pública) por publicar un listado de esas características accesible de manera generalizada en internet. Estima la sentencia que, aunque la norma que regulaba las subvenciones (Ley 38/2003) obligaba a publicar los beneficiarios de las mismas, esto no permitía, sin embargo, publicar también los datos de las personas con discapacidad tomadas en consideración para otorgar la subvención. En este caso, además, se entiende que los datos sobre la discapacidad, en tanto datos relativos a la salud, debían considerarse datos “especialmente protegidos” de acuerdo con la normativa entonces vigente (en la actualidad quedarían englobados entre las “categorías especiales de datos personales” a que alude el art. 9 RGPD).

32 Según el art. 5,1,d los datos deben ser “adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados”.

hecho cuanto está en su mano para ofrecer un entorno seguro, y, por consiguiente, haya adoptado medidas “apropiadas”³³, éste sea hackeado por un tercero. Esto es lo que ocurrió en el supuesto resuelto por la SAN de 25 de febrero de 2010 (JUR 2010/82723). Un sujeto con altos conocimientos técnicos rompió los sistemas de seguridad establecidos por los responsables de un portal (www.portallatino.com), descargando los datos de usuarios de dicho sitio web que difundió luego en internet. La sentencia, emitida en el seno de un procedimiento administrativo sancionador, considera que los responsables del portal habían adoptado medidas de seguridad adecuadas por lo que no podía responsabilizárseles del acceso indebido del tercero a los ficheros³⁴.

Teniendo esto en cuenta, para considerar infringido el deber de adoptar las medidas de seguridad “apropiadas” al tratamiento es necesario valorar la culpa o negligencia del responsable del tratamiento. Es decir, estaríamos en este caso ante una obligación de medios, y así lo afirma la STS (Sala 3ª) de 15 de febrero de 2022 (RJ 2022/1280), que niega que, producida una filtración de datos personales, pueda existir responsabilidad (en este caso de carácter sancionador) con independencia de las medidas adoptadas y la actividad desplegada por el responsable del tratamiento (FJ 3º).

4) Otro de los deberes que incumbe al responsable del tratamiento es el de respetar los derechos de los interesados. En relación con ellos, cabe distinguir diversas situaciones. Hay determinadas obligaciones que pueden considerarse incumplidas por el mero hecho de no obtener el resultado exigido en la norma. Si el responsable del tratamiento, contrariando lo

33 Según el art. 32 RGPD el responsable (y el encargado) del tratamiento deben adoptar las medidas en cuestión teniendo en cuenta el *riesgo* que, para los derechos de las personas físicas, genera ese concreto tratamiento (en función de su naturaleza, alcance, contexto y fines), así como el estado de la técnica y los costes de aplicación.

34 Según dicha resolución, la intrusión en los sistemas de Portal Latino “no responde a una falta o ineficacia de las medidas de seguridad sino a una actitud activa e intrusiva por parte de un hacker”. De ahí que concluyera que no podía imputarse a la mencionada entidad la infracción, recogida en la anterior LOPD (art. 44, 3, h) consistente en no mantener “las debidas condiciones de seguridad”.

En cualquier caso, pese a considerar que las medidas de seguridad adoptadas por la entidad denunciada eran apropiadas, estimó que su comportamiento posterior, una vez tuvo conocimiento del acceso del hacker a su sistema, había sido negligente, ya que “no realizó actividad alguna, pese a que era consciente del riesgo de una posible revelación o publicidad del fichero” por lo que finalmente su comportamiento fue objeto de sanción.

establecido en el art. 12,2 LOPD³⁵, no informa a los interesados sobre los medios a su disposición para ejercitar los derechos que se le reconocen, estaremos ante un incumplimiento normativo. Si realizada una solicitud por un interesado, el responsable del tratamiento no emite respuesta alguna, se estará incumpliendo lo establecido en el art. 12,4 LOPD³⁶, que le impone el deber de responder. Ahora bien, la decisión en torno a si el derecho ejercitado por el interesado debe ser o no satisfecho requiere en ocasiones cierta labor de ponderación³⁷. Y ello implica que la existencia o no de infracción va a depender de que la valoración realizada por el responsable del tratamiento se considere o no acertada. Esto se aprecia, particularmente, en relación con el derecho de supresión, que, como se sabe, engloba el denominado “derecho al olvido”. Uno de los supuestos en que el interesado tiene derecho a que se supriman sus datos personales es aquél en que los mismos *ya no son necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados* (art. 17.1,a). Este supuesto es, justamente, el que, a tenor de la jurisprudencia europea (STJU 13 mayo 2014, caso Google-Spain) fundamenta el derecho al olvido. Como se sabe, este derecho permite exigir que se eliminen de la lista de resultados de los buscadores datos del interesado, cuando dicha información, aun siendo inicialmente lícita, pueda considerarse, en el momento de ejercicio del derecho, *inadecuada o excesiva en relación con los fines del tratamiento*. Para determinar que así es debe tenerse en cuenta la relevancia pública o no de la persona afectada y el tiempo transcurrido, ya que estas circunstancias son los que pueden determinar que la subsistencia de la información resulte injustificada, por no existir ya interés público en el acceso a la misma.

35 Según este precepto “El responsable del tratamiento estará obligado a informar al afectado sobre los medios a su disposición para ejercer los derechos que le corresponden. Los medios deberán ser fácilmente accesibles para el afectado. El ejercicio del derecho no podrá ser denegado por el solo motivo de optar el afectado por otro medio”.

36 Art. 12.4: “La prueba del cumplimiento del deber de responder a la solicitud de ejercicio de sus derechos formulado por el afectado recaerá sobre el responsable”.

37 Tal labor de ponderación no parece que entre en juego cuando se trata del derecho de acceso, cuyo ejercicio obliga al responsable a confirmar si está tratando datos personales del interesado y facilitarle una copia de éstos (art. 15 RGPD, 12 LOPD). Tampoco en el supuesto del derecho de rectificación (art. 16 RGPD, 14 LOPD) que obliga al responsable del tratamiento a rectificar, sin dilación, los datos inexactos o completar los incompletos, ni cuando se trata del derecho a la portabilidad. Puede ser necesaria, en cambio, cuando se ejercita el derecho de supresión y el derecho de oposición.

Pues bien, uno de los pocos supuestos en que se han ejercitado, en el Derecho español, acciones de responsabilidad por incumplimientos de la normativa de protección de datos, es el referido al ejercicio sin éxito del derecho al olvido³⁸. Y el que la acción de responsabilidad haya o no prosperado depende de que el tribunal enjuiciador considere que la decisión de la entidad demandada, negándose a satisfacer la solicitud del interesado, es o no acertada. Así, mientras que en las Sentencias de la Sala civil del TS, 545/2015 de 15 de octubre (RJ 2015/4417)³⁹ y 210/2016 de 5

-
- 38 En estos casos el demandante suele ejercitar una acción por intromisión en sus derechos al honor y a la intimidad, además de por vulneración al derecho a la protección de datos, ya que se sostiene que el hecho de no eliminar la información a la que se refiere el derecho al olvido, trae consigo la vulneración de sus derechos a la intimidad y honor.
- 39 Esta sentencia (del Pleno) es la primera que aborda, en el ámbito civil, el ejercicio del “derecho al olvido”. La demanda se ejercitó en este caso frente al editor de un periódico digital (no frente a un motor de búsqueda) que había publicado en su hemeroteca digital una noticia, fechada muchos años atrás, sobre la condena por tráfico de drogas de dos personas totalmente rehabilitadas en el momento de ejercicio del derecho al olvido. Los afectados solicitaron al editor que adoptara medidas para evitar la indexación de la noticia por motores de búsqueda, que adoptara también medidas para evitar que la información fuese indexada dentro del propio motor de búsqueda de la hemeroteca y, asimismo, que eliminara sus nombres y apellidos de la noticia original. El TS consideró que, si bien la eliminación del nombre y apellidos de las personas afectadas en la noticia original era un sacrificio desproporcionado de la libertad de información, la negativa del editor del periódico demandado a adoptar medidas para evitar la desindexación por motores de búsqueda supuso una vulneración de su derecho a la protección de datos y una intromisión en sus derechos a la intimidad y al honor, condenando, por tanto, a la entidad demandada a abonar la correspondiente indemnización. Y ello porque estimó, que, en ese caso, el tiempo transcurrido, unido a la falta de relevancia pública de las personas referidas en la noticia en cuestión, privaban a dicha información de interés público. Concluyó en suma que “el tratamiento de datos” que llevaba a cabo el editor del periódico en su hemeroteca digital no era adecuado a la finalidad del tratamiento inicial. Esta sentencia, al no atender a la petición de los demandantes de que se eliminaran sus nombres de la noticia original y se prohibiera indexarla en el motor interno de la hemeroteca digital fue recurrida por éstos ante el TC. El TC, en su S. 58/2018 de 4 de junio, reiteró la postura del TS en cuanto a la posibilidad de que una noticia, que inicialmente tiene interés general (en cuyo caso prevalece el derecho a la libertad de información frente a los derechos fundamentales del afectado), pueda devenir carente de interés público por transcurso del tiempo. Pero, a diferencia del TS, consideró que la prohibición de indexar datos personales en el motor de búsqueda interno del periódico era una medida proporcionada (no así la relativa a la supresión del nombre y apellidos de los actores en la noticia en cuestión).

abril (RJ 2016/1006)⁴⁰, se condenó a la entidad demandada a indemnizar al afectado, por entenderse que debía haber atendido su petición, en otros casos se ha llegado a la conclusión contraria. Así, por ej. las Sentencias (Sala civil) 426/2017 de 6 de julio (RJ 2017/3194) y 446/2017 de 13 de julio (RJ 2017/3623) desestimaron la acción de responsabilidad ejercitada contra el demandado frente a diversos medios de prensa que habían publicado una noticia que le afectaba, por entender que su solicitud de eliminación de información y prohibición de indexación no encajaba en los supuestos de “derecho al olvido” y además la noticia no había perdido interés público⁴¹. El Auto del TS de 4 de abril de 2018 (JUR 2017/94850) inadmitió

40 En ese caso el demandante había solicitado a Google (además de a otros buscadores) que adoptara medidas para evitar la indexación de información sobre un indulto del que fue beneficiario en 1999 (el delito por el que fue indultado se cometió en 1981). La petición fue realizada en 2009, pero Google se negó a atenderla, por lo que el demandante presentó una reclamación ante la AEPD. A pesar de que la AEPD estimó la reclamación contra Google, el buscador no eliminó los datos de su lista de resultados. Por tal motivo el demandante, en 2011, demandó a dicha compañía, que fue condenada por la Audiencia Provincial por entender que se había producido un incumplimiento de la normativa de protección de datos. Recurrida la sentencia por el demandado, el TS confirmó la sentencia de la AP, aclarando que Google no vulneró la normativa de protección de datos cuando inicialmente enlazó a la página web con información sobre el indulto sino, cuando, 10 años después de su publicación, y tras ser requerida para cancelar tal tratamiento de datos, no llevó a cabo tal cancelación. Señala la sentencia que un tratamiento inicialmente lícito puede dejar de serlo con el plazo del tiempo. Y esto es lo que sucedió en el caso enjuiciado, en el que se entendió que el tratamiento de datos consistente en el enlace a la noticia del indulto devino inadecuado para la finalidad inicial.

41 En diversos medios de prensa (que fueron demandados) se publicó una noticia acerca del juicio seguido contra el presunto autor de dos asesinatos, en la que se informaba de la inexistencia de suficientes pruebas para condenarlo. En el artículo periodístico no se mencionaba el nombre ni los apellidos del enjuiciado, solamente aparecía su imagen tomada en la Sala de vistas. El afectado ejercitó una acción indemnizatoria contra los editores de los periódicos en cuestión por intromisión a su derecho al honor (y, erróneamente, “imagen”) invocando además su derecho al olvido a fin de solicitar que se retirara su imagen de todos los archivos informáticos que la pudieran alojar, así como buscadores y redes sociales. Respecto de este último el TS señala que el derecho al olvido no ampara la eliminación de información en la noticia original (esto ya lo había afirmado en la mencionada S. de 15-10-2015) y, dado que el único dato personal objeto de tratamiento era la imagen del demandante, no cabía la búsqueda por su nombre y apellidos por lo que no procedía tampoco su petición de no indexación. Entendió además que no concurría en ese caso el requisito de desaparición del interés público de la información. Consideró que los hechos acacidos eran de extraordinaria

el recurso contra la sentencia de la AP que desestimó la acción indemnizatoria ejercitada por el demandante contra Google. El demandante había solicitado que Google retirase de su lista de resultados información relativa a un delito contra la Hacienda pública por el cual fue condenado y posteriormente indultado, ejercitando además contra dicha entidad una acción indemnizatoria por vulneración de su derecho a la protección de datos personales, a la intimidad y al honor. La sentencia de la AP consideró que el demandante, que figuraba en la lista Falciani, tenía la consideración de “personaje público” por lo que, atendiendo a la jurisprudencia del TS, no estaba amparado por el derecho al olvido, ni existía intromisión en los derechos invocados.

Lo expuesto permite poner de manifiesto que el debate en torno a la naturaleza, objetiva o por culpa, de la responsabilidad por incumplimiento de la normativa de protección de datos, no es del todo acertado. La cuestión relevante es determinar cuándo existe un incumplimiento normativo. Y, mientras que en ciertos la mera omisión de una conducta (v. gr. no responder una solicitud de ejercicio de un derecho; no informar al interesado de que se están tratando sus datos personales) o la no obtención de determinado resultado (v. gr. existencia de una base de legitimación para el tratamiento de datos) determinan la existencia de una infracción normativa, en otros casos, puede ser necesario valorar el grado de diligencia del responsable del tratamiento (a la hora, por ej. de adoptar medidas de seguridad) o evaluar el juicio de ponderación realizado por éste (v. gr. al decidir si satisface o no el derecho ejercitado por el interesado).

3. *Acerca de la existencia de daño*

Un requisito indispensable para que exista deber de indemnizar es la existencia de daño, que, conforme al art. 86 RGDJ puede ser material o inmaterial. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que no todo incumplimiento de la normativa de protección de datos genera automáticamente un perjuicio⁴².

En los casos en que el incumplimiento de la normativa de protección de datos provoca una intromisión en el derecho a la intimidad o al honor

gravedad e impacto social y la noticia seguía teniendo actualidad, dado que sólo habían transcurrido dos años desde la que tuvo lugar el procedimiento judicial.

42 Así lo afirma la SAP Barcelona 364/2014 de 17 de julio (AC 2014/1661) que fue luego confirmada por el TS en su Sentencia, ya mencionada, de 5 de abril de 2016.

del afectado, no hay duda de que se produce un daño que será, en todo caso, de carácter moral, ya que la ley española presume la existencia de dicho daño siempre que se lesiona el derecho al honor, a la intimidad o a la imagen (art. 9,3 LO 1/92). No hay que descartar que en ese supuesto se produzcan además, daños económicos (v. gr. derivados de la pérdida de la reputación profesional) pero tales daños deberán ser objeto de prueba.

Ejemplos de infracciones de la normativa de protección de datos que traen consigo la lesión de otros derechos de la personalidad son los consistentes en la inclusión indebida de una persona en un fichero de morosos⁴³, o la no satisfacción del derecho al olvido cuando debía haber sido atendido este derecho⁴⁴. La vulneración del deber de confidencialidad⁴⁵ con el consiguiente acceso de terceros no autorizados a los datos del interesado,

43 Los requisitos para que sea lícita la inclusión de un sujeto en un fichero negativo de solvencia vienen establecidos en España en la LOPD (antes en la Ley 1998 y ahora en la LOPD 2018) de manera que, si no se cumplen esos requisitos, se considera vulnerado el derecho al honor. Son muchas las sentencias que han condenado a indemnizar a la persona cuyos datos fueron publicados en un fichero de morosos, cuando la deuda era controvertida o incierta. Los tribunales han venido entendiendo que en esos casos no se cumplía con el “principio de calidad” (que con anterioridad al RGPD se consideraba referido a la necesidad de “adecuación, pertinencia, proporcionalidad y exactitud” de los datos objeto de tratamiento) y, por tanto, el tratamiento de datos personales que conlleva la inclusión en un fichero de solvencia no era lícito y traía consigo una lesión del derecho al honor del afectado. Vid. DÍEZ SOTO, “El régimen de los sistemas de información crediticia en la nueva legislación sobre protección de datos”, en *Protección de datos personales*, APDC, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, pp. 505 y ss.

44 En España el derecho al olvido se ha ejercitado tanto frente a motores de búsqueda como frente a editores de medios de prensa. No obstante, conviene advertir que en este segundo caso el ejercicio del derecho al olvido permite obtener del medio de prensa la adopción de medidas para evitar la indexación, por parte de los motores de búsqueda, de la información que atañe al interesado, pero no obtener la eliminación de los datos personales del interesado en la noticia publicada por el medio de prensa de que se trate.

45 La vulneración de la confidencialidad de los datos puede deberse al acceso indebido a los datos por parte de un tercero –lo que, a su vez, puede tener su origen en la falta de adopción de las necesarias medidas de seguridad o en la actuación de un tercero ajeno al ámbito de control del responsable- pero también a la cesión o comunicación voluntaria de los datos, por parte del responsable del tratamiento, a un tercero. La anterior LOPD prohibía la cesión de datos realizada sin consentimiento del afectado salvo en los supuestos previstos en el art. 11.2. Ni el RGPD ni la actual LOPD aluden a la cesión o comunicación ilícita de datos personales pero es claro que este comportamiento supone una vulneración del deber de confidencialidad al tiempo que implica un tratamiento de datos ilícito por carecer de base de legitimación.

puede suponer, igualmente una lesión en su derecho a la intimidad y/o al honor (aunque ello dependerá de los datos concretos que hayan sido objeto de tratamiento indebido). Pensemos en el supuesto en que un fichero con datos personales de enfermos de un hospital resulta accesible desde una página de internet⁴⁶, lo que afecta claramente a su intimidad, o en el supuesto en que una empresa comunica a otra, que mantiene un base de datos de “trabajadores conflictivos”, que ha despedido a uno de sus trabajadores debido a su “mal comportamiento” (es evidente que la inclusión del mencionado trabajador en un fichero de tales características afecta negativamente su reputación).

En tales situaciones, además de daño moral, puede existir, como antes se indicó, daño patrimonial. Es el caso del supuesto que se acaba de enunciar, resuelto por la Sentencia de la Sala civil del TS 6091/2015 de 12 noviembre 2015 (RJ 2015/5603)⁴⁷, que condenó al demandado a indemnizar al actor por daño moral y por daño patrimonial. En este caso el daño patrimonial resultaba de las dificultades que padeció el afectado para ser contratado por empresas del sector, si bien, pese a la necesidad de que el daño sea cuantificado, el TS lo calculó de manera “estimativa” otorgando una indemnización –por daño moral y patrimonial- de 30.000 euros⁴⁸.

46 Este supuesto se inspira en el resuelto por la STS (Sala 3ª) 20 noviembre 2012, RJ 2013/309, en un procedimiento administrativo sancionador. En esta hipótesis se consideró infringido, de un lado, el deber de adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad del tratamiento (art. 9 de la anterior LOPD de 1999) y, de otro, el “deber de secreto” consagrado en el art. 10 de la LOPD 1999, equivalente al actual deber de confidencialidad, aunque en realidad la sanción (que no podía ser doble) se impuso por la comisión de la segunda infracción.

47 Un sujeto fue despedido por su empresa, dedicada a la instalación de tendidos telefónicos, por una causa injustificada (el despido fue declarado improcedente). Pese a ello, la empresa en cuestión, que solía trabajar para Telefónica, comunicó a esta que había despedido a su empleado debido a su carácter conflictivo. El hecho de que Telefónica incluyera a dicho sujeto en su fichero de “trabajadores conflictivos” imposibilitaba su contratación por cualquier empresa que trabajara para telefónica. El afectado demandó a la empresa informante por vulneración de la normativa de protección de datos y lesión de su derecho al honor, solicitando una indemnización por daño moral y económico. El TS consideró que se había vulnerado el derecho fundamental del demandante a la protección de sus datos de carácter personal porque la cesión de datos fue ilícita, los datos cedidos no eran, además, veraces, y no se concedió al demandante la posibilidad de ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.

48 El demandante solicitó una indemnización de 653.310,56 euros, resultante de multiplicar su sueldo base por los meses (374) que mediaban entre que fue despedido y finalizó su vida laboral. Esta indemnización fue considerada desproporcionada por el TS, que observó que la dificultad del actor para encontrar

Pero ¿qué sucede cuando nos enfrentamos ante un tratamiento de datos que incumple algún aspecto de la normativa aplicable pero del cual no se deriva una lesión el derecho al honor, la intimidad o la imagen? Supongamos que una red social recaba el consentimiento de sus usuarios para tratar sus datos personales, pero no le informa de todos los extremos que establece la ley (concretas finalidades del tratamiento; derechos que le corresponden, etc. cfr. art. 13 RGPD y art. 11.1 LOPD), es decir, se infringe el principio de transparencia. ¿Podría ejercitar el usuario una acción de responsabilidad frente al proveedor de la red social?. En mi opinión en estos casos, existe, cuando menos, un daño moral derivado de la vulneración del derecho a la protección de datos personales.

Debe tenerse en cuenta que el derecho a la protección de datos personales, aunque suele relacionarse con la protección de la intimidad, tiene la consideración de derecho fundamental autónomo⁴⁹. Tal y como ha sido definido por el TC (S. 290/2000 de 30 de noviembre) es un derecho que atribuye a las personas físicas “el *poder de disposición sobre sus propios datos, sean o no íntimos*, siempre que vayan a estar sometidos a tratamiento, informatizado o no”. De ahí que pueda ser configurado como un derecho de la persona a “controlar” los datos que le atañen -que se sustancia en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a esos datos, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles⁵⁰. Por

trabajo en empresas del mismo sector en que había venido trabajando, dada su edad y cualificación, no suponía su total exclusión del mercado laboral. Por ello el TS optó por fijar (de manera un tanto cuestionable) “estimativamente” una indemnización dirigida a cubrir el daño moral y el patrimonial.

49 En España el derecho a la protección de datos personales (en su momento denominado por algunos autores derecho a la “autodeterminación informativa”, cfr. MURILLO DE LA CUEVA, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid, Tecnos, 1990) tiene su anclaje en el art. 18,4 CE, que dispone que “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. No obstante, la configuración actual del derecho a la protección de datos personales va más allá pues se concibe, como se indica en el texto, como un derecho autónomo y no un mero instrumento para la protección de otros derechos fundamentales.

50 PIÑAR, “Comentario al art. 3 LOPD”, en *Comentario a la LO de Protección de datos de carácter personal*, Cívitas-Thomson, 2010, p. 57. DEL CASTILLO VÁZQUEZ “Requisitos del consentimiento utilizado como fundamento jurídico para el tratamiento de los datos de carácter personal (Comentario al art. 7 RGPD y al art. 6 LOPDGDD)”, en TRONCOSO (dir.) *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos personales y Garantía de los Derechos digitales*, t. I, Cícur-Menor, Cívitas-Thomson, 2021, p. 947, señala, en este sentido, que el contenido esencial de este derecho otorga a su

ello, toda infracción que conlleve la pérdida o disminución del poder del individuo de controlar sus datos personales lesiona el núcleo esencial del derecho a la protección de datos personales. Esto es lo que, ocurre, en mi opinión, cuando se vulneran los principios del tratamiento y los derechos reconocidos al interesado, por lo que, en tales hipótesis, aunque no se produzca a su vez, una intromisión en la intimidad del afectado (o en otros derechos como su honor o imagen), creo que debe considerarse producido un daño moral⁵¹ que podrá ir o no acompañado, según los casos, de un daño patrimonial.

Ahora bien, esto no significa que todo incumplimiento de la normativa de protección de datos suponga una vulneración del derecho fundamental a la protección de datos personales. Algunos de los deberes impuestos al responsable del tratamiento, en el RGPD o en la LOPD, tienen carácter preventivo o instrumental y están dirigidos a garantizar que se cumple el conjunto de la normativa, mientras que otros se imponen al responsable del tratamiento frente a la autoridad de control.

Ejemplos de ellos son entre otros, el deber del responsable del tratamiento de formalizar un contrato de encargo de tratamiento con el sujeto que vaya a tratar datos por su cuenta (art. 28,3 RGPD); el deber de los corresponsables del tratamiento de formalizar un contrato que regule sus relaciones (art. 26,1 y 2 RGPD); el deber del responsable del tratamiento de disponer de un registro de actividades (art. 30 RGPD), o designar, en los casos establecidos en la ley, un delegado de protección de datos (arts. 37 RGPD y 34 LOPD), o el deber de consultar a la Autoridad de control en caso de tratamiento de alto riesgo (art. 36 RGPD).

El incumplimiento de estos deberes puede no ocasionar ningún daño a la persona o personas cuyos datos son objeto de tratamiento. Si como consecuencia de su incumplimiento no se produce la vulneración de alguno de los principios del tratamiento, la lesión de los derechos del interesado y tampoco se viola la seguridad de los datos, no podrá considerarse vulnera-

titular “una posición jurídica de contenido positivo que se conforma sobre un haz de facultades destinadas a controlar el uso de su información personal, tanto en el momento inicial de la recogida de datos, como en fases posteriores del tratamiento” y se materializa en “la libre decisión sobre qué datos propios desea su titular poner a disposición de terceros y qué utilización de los mismos autoriza”.

51 Ciertamente no hay ninguna norma, equivalente al art. 9,3 LO 1/82 que presuma dicho daño moral, pero su carácter de derecho fundamental, unido a la amplitud y flexibilidad con que la jurisprudencia valora la existencia de daño moral, debería llevar a admitirlo. Cuestión distinta es su cuantificación, que, como se sabe, queda a discreción del juez.

do su derecho a la protección de datos y será difícil apreciar la existencia de un perjuicio que pueda fundar una acción de responsabilidad⁵². Lo mismo cabe decir del deber de adoptar las medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar un nivel de seguridad adecuado al riesgo (art. 32,1 RGPD) al que se aludió con anterioridad. Este deber pretende garantizar la integridad y confidencialidad de los datos, pero puede ocurrir que, pese a resultar inadecuadas las medidas de seguridad adoptadas, abstractamente consideradas, no se produzca ninguna brecha de seguridad, no se pierdan o eliminen indebidamente datos, ni se produzca un acceso indebido a esos datos por parte de un tercero. De darse esta situación, el incumplimiento de dicho deber, pese a constituir una infracción administrativa susceptible de sanción⁵³, no generará ningún perjuicio ni, por consiguiente, tendría sentido el ejercicio de una acción de responsabilidad por parte del sujeto cuyos datos son objeto de tratamiento.

52 Todos estos comportamientos están catalogados en la LOPD como infracciones administrativas susceptibles de ser sancionadas.

53 Cabría la posibilidad de que, en una eventual inspección de la AEPD, se estimara que las medidas empleadas por el responsable del tratamiento no son satisfactorias. Este hecho puede dar lugar a una sanción, ya que tal comportamiento está tipificado como infracción administrativa (art. 73,f LOPD). La doctrina administrativa considera que se está ante una infracción “de actividad” o “peligro abstracto”, derivada de la mera omisión de medidas adecuadas, de modo que podrá existir infracción aunque llegue a producirse un resultado lesivo. GONZÁLEZ ESPADAS, “Infracciones consideradas graves (Comentario al art. 73 LOPDGDD), ob. cit. pp. 3169 y ss.

Haftung auf Schadensersatz im Vergleich des spanischen und deutschen Rechts

Reiner Schulze

ZUSAMMENFASSUNG: Der Beitrag erörtert die Ergebnisse der V. Spanisch-Deutschen Tagung des Privatrechts vor allem unter zwei Gesichtspunkten: die wachsende Bedeutung von Spezialgebieten wie dem Wettbewerbsrecht und dem Recht des Geistigen Eigentums für die allgemeinen Lehren des Haftungsrechts (insbesondere am Beispiel der Gewinnabschöpfung); und die Ausweitung der verschuldensunabhängigen Haftung, die die bisherige Dominanz des Verschuldensprinzips infrage stellt (insbesondere am Beispiel neuer Haftungsbestimmungen in Folge der Digitalisierung). Der Ausblick befasst sich mit den Vorarbeiten für eine europarechtliche verschuldensunabhängige Haftung auf dem Gebiet der Künstlichen Intelligenz.

RESUMEN: El artículo analiza los resultados de la V Conferencia Hispano-Alemana de Derecho Privado principalmente desde dos puntos de vista: la creciente importancia de campos especiales como el derecho de la competencia y el derecho de la propiedad intelectual para las doctrinas generales del derecho de la responsabilidad (utilizando especialmente el ejemplo de la absorción de beneficios ilícitos); y la expansión de la responsabilidad objetiva, que desafía el anterior dominio del principio de culpa (utilizando especialmente el ejemplo de las nuevas disposiciones de responsabilidad que han surgido como resultado de la digitalización). La perspectiva se refiere a los trabajos preliminares para una responsabilidad estricta de derecho europeo en el ámbito de la inteligencia artificial.

SCHLÜSSELWÖRTER: Schadensersatz, Allgemeines Schadensrecht, außervertragliche Haftung, vertragliche Haftung, Deliktsrecht, Verschulden, objektive Haftung, Künstliche Intelligenz, Gewinnabschöpfung

PALABRAS CLAVE: daños y perjuicios, derecho de daños general, responsabilidad extracontractual, responsabilidad contractual, responsabilidad civil, culpa y negligencia, responsabilidad objetiva, inteligencia artificial, absorción de beneficios

I. Einleitung

Die zivilrechtliche Haftung auf Schadensersatz – die „responsabilidad civil“ – gehört zu den rechtlichen Institutionen, denen für den Schutz der Persönlichkeit und des Vermögens im spanischen wie im deutschen Recht herausragende Bedeutung zukommt. Unzählige Sachlagen führen alltäglich zur Haftung von Bürgern und Unternehmen auf den Ersatz von Schäden und eine Fülle von entsprechenden Ansprüchen der Geschädigten befasst Anwaltskanzleien, Gerichte und Versicherungen. Die Bestimmungen über die Haftung auf Schadensersatz bilden daher in Spanien und in Deutschland – wie auch in vielen anderen Ländern¹ – Kernbestandteile des Privatrechts.

In beiden Ländern haben zudem neue wirtschaftliche und soziale Entwicklungen die Spannweite dieser Haftung noch erweitert und zur Fortentwicklung ihrer rechtlichen Konturen geführt. Dazu gehören beispielsweise die Ausweitung des Schadensersatzes im Bereich des Wettbewerbsrechts, die Ausgestaltung in Hinblick auf den gewerblichen Rechtsschutz und das geistige Eigentum und vor allem die rechtlichen Antworten auf die Digitalisierung und die vielfältigen Formen der Verwendung Künstlicher Intelligenz. Für alle diese Bereiche entstehen die neuen Konturen des Haftungsrechts zudem nicht allein durch die nationale Gesetzgebung, sondern in weitem Maße durch Verordnungen der Europäischen Union als unmittelbar geltendes europäisches Recht oder auf der Grundlage europäischer Richtlinien als harmonisiertes nationales Recht.²

Vor diesem Hintergrund ist die Haftung auf Schadensersatz in beiden Ländern nicht nur ein Rechtsgebiet von großer praktischer Relevanz, sondern auch ein Rechtsgebiet im Wandel. Es stellt die Juristen vor die Herausforderung, herkömmliche Begriffe, Strukturen und Prinzipien in Hinblick auf die neuen Entwicklungen grundlegend zu überdenken und dabei das Zusammenspiel von nationalem und europäischem Recht zu berücksichtigen.

1 Rechtsvergleichender Überblick bei *Konrad Zweigert/Hein Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., Tübingen 1996, S. 598 ff.

2 Überblicke über das Recht der EU auf diesen Gebieten in Reiner Schulze/André Janssen/Stefan Kadelbach (Hg.), *Europarecht*, 4. Aufl., Baden-Baden 2020, §§ 17, 18, 22, 24, 38, 39; *Thomas Riehm*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, in Katja Langenbacher (Hg.), *Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht*, 5. Aufl., Baden-Baden 2022, § 3 Rn. 35 ff.; zur Entwicklung des *Acquis communautaire* im Bereich des Haftungsrechts Helmut Koziol/Reiner Schulze (Hg.), *Tort Law of the European Community*, Wien und New York 2008.

Diese Herausforderung stand auf der Tagung, aus der der vorliegende Band hervorgegangen ist,³ im Mittelpunkt. Im Folgenden wird sie im Rückblick auf die Tagung und im Ausblick auf einige rechtliche Konsequenzen, die sich im Vergleich beider Länder zeigen, lediglich unter drei Aspekten zu erörtern sein, ohne dass damit das reiche Diskussionspektrum der Tagung auch nur annähernd vollständig widergespiegelt werden könnte: die systematische Zuordnung der Haftung auf Schadensersatz (II); die wachsende Bedeutung der Bestimmungen auf Spezialgebieten wie Wettbewerbsrecht und gewerblicher Rechtsschutz für das Schadensersatzrecht (III); die Ausweitung der objektiven Haftung (IV).

II. Systematische Zuordnung

1. Zivilrecht und Strafrecht

Hinsichtlich der rechtssystematischen Einordnung der Haftung auf Schadensersatz weisen das spanische und das deutsche Recht einige erhebliche – und für die Juristen der jeweils anderen Rechtsordnung wahrscheinlich überraschende – Unterschiede auf. Sie sind aus der unterschiedlichen Entwicklung der beiden Rechtsordnungen hervorgegangen und insofern in der jeweiligen Rechtstradition verwurzelt. Gleichwohl können sich aus ihrem Vergleich Anregungen auch für das Verständnis und die Fortentwicklung des jeweils anderen Rechts ergeben.

Zu diesen historisch bedingten Unterschieden gehört zunächst das Verhältnis von Zivilrechtskodifikation und Strafgesetzbuch. In der neuzeitlichen Entwicklung hat sich in Spanien und Deutschland ebenso wie in anderen europäischen Ländern eine grundsätzliche Trennung zwischen der Funktion und Begrifflichkeit einerseits der Haftung auf Schadensersatz im Zivilrecht und andererseits der strafrechtlichen Verantwortlichkeit vollzogen.⁴ Die Trennung fand im frühen 19. Jahrhundert ihre „klassische“ legislatorische Gestalt in der napoleonischen Gesetzgebung, die zum Modell für zahlreiche spätere Kodifikationen wurde. Diese Gesetzgebung regelte die Voraussetzungen und Folgen unerlaubter Handlungen in strafrechtlicher Hinsicht im Code pénal, während sie die Bestimmungen über die zi-

3 V. Spanisch-Deutsche Tagung des Privatrechts/ V. Jornada hispano-alemana de Derecho privado, 21/22. Oktober 2022 in Madrid.

4 Manuel Angel Bermejo Castrillo, Del delito privado a la responsabilidad civil proveniente del delito o de la culpa, Kap. 6, in diesem Band.

vilrechtliche Haftung für unerlaubte Handlungen dem Code civil zuwies (Art. 1382 ff. französischer Code civil). In der spanischen Gesetzgebung manifestierte sich zwar im weiteren Verlauf des 19. Jahrhunderts wie zuvor in Frankreich die Trennung von Zivil- und Strafrecht durch die Schaffung jeweils eigener Gesetzbücher für diese beiden Gebiete. Doch unterscheidet sich die Ausgestaltung dieser Trennung in Spanien in eigentümlicher Weise vom französischen Modell, indem im spanischen System die Regelungen der haftungsrechtlichen Folgen unerlaubter Handlungen auf das Zivilgesetzbuch und das Strafgesetzbuch verteilt sind: Die Bestimmungen über die Haftung auf Schadensersatz in Art. 1902 ff. Zivilgesetzbuch erfassen nur unerlaubte Handlungen, die keine Straftaten darstellen. Für strafbewehrte unerlaubte Handlungen sind demgegenüber die Bestimmungen über die zivilrechtlichen Haftungsfolgen in das Strafgesetzbuch einbezogen.⁵ Die spätere Gesetzgebung hat diese Grundsatzentscheidung aus dem 19. Jahrhundert trotz einzelner Modifikationen im Grundsatz bis heute aufrechterhalten.⁶

In der Systematik des deutschen Rechts ist die zivilrechtliche Haftung für strafbare Handlungen dagegen bruchlos in das Regime der Haftung für unerlaubte Handlungen im Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) eingeschlossen (§§ 823 ff. BGB; gewöhnlich im Ganzen als „Deliktsrecht“ des BGB bezeichnet).⁷ So wird beispielsweise derjenige, der den Körper eines anderen verletzt, aufgrund des Strafgesetzbuchs (StGB) bei Vorsatz nach Maßgabe der §§ 223 ff. StGB und bei Fahrlässigkeit nach Maßgabe des § 229 StGB bestraft. Zivilrechtlich haftet er in beiden Sachlagen wegen der Verletzung des Rechtes eines anderen nach Maßgabe des § 823 Abs. 1 BGB und zudem wegen Verletzung eines Schutzgesetzes (nämlich der soeben angeführten Bestimmungen des Strafgesetzbuches) nach § 823 Abs. 2 BGB. Je nach Sachlage kommt zudem in besonderen Konstellationen eine Haftung nach weiteren zivilrechtlichen Vorschriften über unerlaubte Handlungen in Betracht (etwa bei sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung nach § 826 BGB oder bei der Verletzung durch das Tier eines anderen nach § 833 BGB oder durch den Einsturz eines Gebäudes nach § 836 BGB). Abgesehen von dem „Brückenschlag“ zum Strafrecht durch das Konzept des Schutzgesetzes in § 823 Abs. 2 BGB ist aber stets die Haftungsgrundlage unabhängig vom Strafrecht im Bürgerlichen Gesetzbuch selbst festgelegt; und das Strafrecht

5 Ebd.

6 Näher dazu ebd., Kap. 7.

7 Überblicke zur Struktur des Deliktsrechts im BGB z.B. in HK-BGB/*Staudinger*, 11. Aufl., Baden-Baden 2022, Vorbemerkung zu §§ 823-853; *Ulrich Magnus*, in Danneemann/Schulze, German Civil Code (BGB), Introduction to §§ 823-853.

setzbuch enthält keine materiellrechtlichen Bestimmungen über die zivilrechtliche Haftung.

Lediglich in verfahrensrechtlicher Hinsicht ist die zivilrechtliche Haftung auf Schadensersatz durch das Adhäsionsverfahren mit dem Strafrecht verbunden. Dieses erst 1943 eingeführte und seitdem mehrfach reformierte Verfahren ermöglicht es dem Verletzten einer Straftat, den Anspruch auf Schadensersatz bereits im Strafverfahren gegen den Beschuldigten geltend zu machen (§§ 403 ff. Strafprozessordnung). Auf anderer rechtssystematischer Grundlage als die Bestimmungen des spanischen Strafgesetzbuchs für den Schadensersatz führt es damit in prozessualer Hinsicht in gewisser Weise zu einer vergleichbaren Erleichterung für den Verletzten und Entlastung für die Gerichte.

2. Vertragliche und außervertragliche Haftung

Innerhalb des zivilrechtlichen Systems zeigen sich im Verhältnis von vertraglicher und außervertraglicher Haftung in verschiedener Hinsicht signifikante Unterschiede des deutschen Rechts nicht nur gegenüber dem spanischen Recht, sondern darüber hinaus zu einer Reihe von Rechtsordnungen, die vom französischen Recht beeinflusst worden sind. Zu den kennzeichnenden Unterschieden zwischen der deutschen und der französischen Rechtstradition gehört insbesondere, dass Ansprüche der auf Schadensersatz aus dem Vertrag und aus unerlaubter Handlung nach deutschem Recht grundsätzlich einander nicht ausschließen, sondern nebeneinander geltend gemacht werden können („Konkurrenz der Ansprüche“). Dagegen ist in der französischen Tradition das Prinzip des „non-cumul“ für das Verhältnis von vertraglichen und deliktischen Ansprüchen maßgeblich.⁸

Auch wenn hier auf diesen häufig erörterten Unterschied der Rechts-traditionen und seine Konsequenzen im Vergleich des spanischen und des deutschen Rechts nicht näher eingegangen werden kann, bleibt doch zumindest auf einen weiteren Aspekt von weitreichender systematischer Bedeutung für das Verhältnis von vertraglicher und außervertraglicher Haftung hinzuweisen: die Rolle übergreifender Regeln, die für diese beiden Gebiete gelten – oder anders ausgedrückt: die Frage eines „Allgemeinen Schadensrechts“. In Betracht kommen derartige allgemeine Regeln

8 Rechtsvergleichender Überblick bei *Konrad Zweigert/Hein Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., Tübingen 1996, S. 621.

insbesondere für den Begriff des Schadens, für Zurechnungsfragen und für die Art und den Umfang der Schadensersatzleistung.

Im spanischen Zivilgesetzbuch finden sich zwar im Allgemeinen Schuldrecht („Von den Verbindlichkeiten“; Art. 1088 ff. Cc) verstreut einige Bestimmungen, die den Schadensersatz betreffen (beispielsweise Art. 1135 Cc in Hinblick auf Wahlschulden), aber kein eigener Abschnitt mit Bestimmungen über den Ersatz von Schäden. Hingegen bezieht sich Kapitel über die außervertragliche Haftung („Verbindlichkeiten, die außer Schulden oder Fahrlässigkeit entstehen“; Kap. II im Rahmen des Titels XVI „Von den Verbindlichkeiten, die ohne Vereinbarung eingegangen werden“) schon in seiner Ausgangsbestimmung (Art. 1902 Cc) auf die Verpflichtung zum Ersatz des verursachten Schadens und regelt in den folgenden Bestimmungen weitere wichtige Aspekte des Schadensersatzes.

Diese systematische Einordnung grundlegender Bestimmungen über den Schadensersatz gewährleistet es, dass zumindest für die außervertragliche Haftung als einem Kerngebiet der zivilrechtlichen Haftung die maßgeblichen Normen sowohl für die Grundlage als auch für die Ausgestaltung des Schadensersatzes in einem einheitlichen Regelungszusammenhang stehen. Dies schließt es aber nicht notwendig aus, dass diese Bestimmungen auch über die außervertragliche Haftung hinaus Bedeutung haben können. Vielmehr bleibt für Gesetzbücher, deren Allgemeines Schuldrecht in der französischen Tradition keine oder nur wenige allgemeinen Bestimmungen für das Schadensrecht enthält, zu berücksichtigen, inwieweit deren Bestimmungen für die außervertragliche Haftung eine darüber hinaus reichende Bedeutung zukommen kann (beispielsweise durch die analoge Anwendung auf vertragliche Ersatzansprüche in geeigneten Sachlagen).

Im Ausblick auf die neueren Ansätze zur Entwicklung des Europäischen Privatrechts können daher Juristen einer Reihe europäischer Länder einschließlich Spaniens durchaus aufgrund ihrer heimischen Traditionen einige vertraute Elemente in der Struktur des Schadensersatzrechts im Entwurf eines Gemeinsamen Referenzrahmens (Draft Common Frame of Reference; DCFR) erkennen: Für vertragliche Ansprüche ist der Schadensersatz (unter Einschluss der Maßstäbe für die Bemessung und die Zurechenbarkeit) bei den Rechtsbehelfen wegen Nichterfüllung in dem Buch über „Verpflichtungen und korrespondierende Rechte“ geregelt – allerdings weit über die einzelnen Bestimmungen in spanischen Allgemeinen Schuldrecht hinaus in einem eigenen Abschnitt über „Schadensersatz und Zinsen“ (Art. III.-3: 701 ff. DCFR). Die Regeln für die „Außervertragliche Haftung wegen eines einem anderen zugefügten Schadens“ finden sich davon gesondert im Buch VI. Zum Teil beziehen sie sich ausdrücklich nur

auf dieses Buch über die außervertragliche Haftung (so die näheren Bestimmungen des rechtlich relevanten Schadens in Art. VI-2: 101 Abs. 4 und Art. VI-2: 201 Abs. 2 DCFR). Zum Teil fehlt aber eine derartige Eingrenzung (etwa bei den Grundregeln über den rechtlich relevanten Schaden in Art. VI-2:201 Abs. 1 und den Bestimmungen über einzelne Kategorien rechtlich relevanter Schäden in Art. VI-2: 202 ff. DCFR), so dass im Umkehrschluss zu den soeben angeführten Bestimmungen eine allgemeinere Anwendbarkeit in Betracht kommen dürfte. Trotz grundsätzlicher Trennung der Ausgestaltung des Schadensersatzes einerseits für vertragliche, andererseits für außervertragliche Ansprüche scheinen insofern die Bestimmungen über die außervertragliche Haftung ein Reservoir allgemein anwendbarer Regeln zu enthalten.

Für spanische Juristen weniger vertraut sein mag die Methode des deutschen Rechts, zunächst die übergreifenden Normen hinsichtlich der Art und des Umfangs des Schadensersatzes eigens zu regeln (§§ 249 ff. BGB), bevor in den folgenden Teilen des Schuldrechts spezifische Regeln einerseits für den Schadensersatz aus Schuldverhältnissen, insbesondere aus Verträgen und aus vorvertraglicher Haftung (§ 280 ff. BGB), und andererseits für die außervertragliche Haftung aufgrund unerlaubter Handlungen (§ 823 ff. BGB) festgelegt sind. Diese Struktur des deutschen Schadensersatzrechts beruht auf der pandektistischen Tradition, „vom Allgemeinen zum Besonderen“ voran zu schreiten und daher die allgemeineren Regeln „vor die Klammer zu ziehen“. Mit ihr verbunden ist eine strenge begriffliche Trennung zwischen den „haftungsbegründenden“ und den „haftungsausfüllenden“ Normen. Aus den „haftungsbegründenden“ Normen ergibt sich das Bestehen des jeweiligen Anspruchs auf Schadensersatz entweder im Rahmen des Vertragsrechts oder der vorvertraglichen Haftung oder der deliktischen Haftung. Die „haftungsausfüllenden“ Vorschriften in §§ 249 ff. BGB legen sodann grundsätzlich für alle diese Schadensersatzansprüche die Art und den Umfang des zu ersetzenden Schadens fest (z.B. ob Naturalrestitution oder Entschädigung in Geld zu leisten ist, dass der entgangene Gewinn zu erstatten ist und unter welche generellen Voraussetzungen immaterieller Schäden zu ersetzen sind).

Die Grenzen eines derartigen „allgemeinen Schadensersatzrechts“ zeigen sich allerdings insbesondere aufgrund der Lehre vom „Schutzzweck der Norm“.⁹ Nach dieser Lehre, der die Rechtsprechung in zahlreichen

9 Überblick in HK-BGB/Schulze, Vor §§ 249-253, Rn. 16 ff.

Fällen gefolgt ist,¹⁰ ist für die Bestimmung der konkreten Schadenspositionen, die im betreffenden Fall zu ersetzen sind, auch der Schutzzweck der jeweiligen „haftungsbegründenden“ Normen zu berücksichtigen. Der Umfang des zu ersetzenden Schadens ist insofern von der jeweiligen haftungsrechtlichen Grundlage abhängig. Die Lehre vom „Schutzzweck der Norm“ ergänzt und modifiziert damit die generellen Bestimmungen über den Umfang des Schadensersatzes in Hinblick auf die jeweilige (vertragliche, vorvertragliche oder deliktische) Grundlagen der Haftung und relativiert insoweit die herkömmliche Systematik des deutschen Rechts des Schadensersatzes.

III. Wachsende Bedeutung der „Spezialgebiete“

1. Überblick

Trotz der Unterschiede aufgrund der unterschiedlichen Rechtstraditionen scheinen sich allerdings in der neueren Entwicklung einige übereinstimmende oder zumindest ähnliche Tendenzen im spanischen und deutschen Recht anzudeuten. Insbesondere haben in beiden Ländern neben dem Haftungsrecht der Zivilgesetzbücher die speziellen Bestimmungen für den Schadensersatz auf einzelnen Gebieten des Wirtschaftsrechts beträchtliche Bedeutung für den Ausgleich von Schäden und für die Steuerung des Marktverhaltens erlangt, wie sich besonders deutlich im Wettbewerbsrecht und im gewerblichen Rechtsschutz zeigt. Neue begriffliche Ansätze und Prinzipien für den Schadensersatz auf diesen Gebieten stellen die spanischen wie die deutschen Juristen vor die Frage, ob und inwieweit die Fortentwicklung der zivilrechtlichen Haftung im Ganzen Impulse aus derartigen Bereichen erhalten kann, die früher im Verhältnis zum Zivilgesetzbuch eher als peripher für das Haftungsrecht galten.

10 BGH, Urteil vom 14. März 1985 – IX ZR 26/84, NJW 86, 1332; BGH, Beschluss vom 26. März 2019 – XI ZR 372/18, NJW 19, 1741; BGH, Urteil vom 17. September 1991 – VI ZR 2/91, NJW 91, 3275; BGH, Urteil vom 23. November 1981 – VIII ZR 298/8, NJW 82, 573.

2. Wettbewerbsrecht

Im Wettbewerbsrecht sind die Impulse für eine Fortentwicklung des Schadensersatzrechts für Deutschland und für Spanien in den letzten Jahrzehnten vornehmlich vom europäischen Recht ausgegangen. Dies gilt sowohl für das Kartellrecht als auch für das Lauterkeitsrecht, obwohl die europäischen Vorschriften keineswegs hinreichende Klarheit in allen grundlegenden Haftungsfragen auf diesen Gebieten geschaffen haben. Insbesondere hat die Schadensersatz-Richtlinie von 2014 nicht eindeutig Antworten gegeben, inwieweit die Haftung in diesem Bereich auf objektiver Grundlage beruht und ob und inwieweit subjektive Komponenten zu berücksichtigen sind.¹¹ Gleichwohl zeigen sich weitreichende Auswirkungen der fortschreitenden „Europäisierung“ auf beiden Gebieten des Wettbewerbsrechts sowohl in Spanien¹² als auch in Deutschland.

Für das deutsche Haftungsrecht treten sie besonders deutlich hervor, weil – anders als in Spanien und einer Reihe weiterer europäischer Länder – das Deliktsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht durch eine „große“ Generalklausel den Ersatz von reinen Vermögensschäden und von Schäden, die Angestellten oder sonstige Gehilfen verursachen, generell gewährleistet.¹³ Ansätze zur Korrektur dieser Schwäche des deutschen Deliktsrechts hat für das Kartellrecht zunächst von europäischer Seite die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH)¹⁴ und sodann die Schadensersatz-Richtlinie von 2014¹⁵ geboten. Auf ihrer Grundlage sieht nunmehr § 33a Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) eine generelle Pflicht zum Schadensersatz bei vorsätzlichen oder fahrlässigen Verstößen gegen die Bestimmungen über Wettbewerbsbeschränkungen in diesem Gesetz oder in Art. 101 und 102 Vertrag über die Arbeitsweise der

11 Näher dazu *Tatjana Arroyo Vendrell*, Responsabilidad civil en el marco del Derecho de la defensa de la competencia: el resarcimiento de daños derivados de un ilícito antitrust en el ordenamiento español, Kap. 5.2., in diesem Band.

12 Ausführlich ebd., Kap. 4 und 5.

13 Dazu und zum Folgenden *Beate Gsell*, Schadensersatzansprüche von Verbrauchern bei Wettbewerbsverstößen im deutschen Recht, in diesem Band.

14 Insbesondere die Entscheidungen *Courage* EuGH, Urteil vom 20.09.2001 – C-453/99 (Rn. 26) und *Manfredi* EuGH, Urteil vom 13.07.2006 – C-295/04 bis C-298/04 (Rn. 95).

15 Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABL. L 349 S. 1, Celex-Nr. 3 2014 L 0104.

Europäischen Union (AEUV) oder gegen Verfügungen der Kartellbehörde vor. Anspruchsberechtigt sind nicht nur Mitbewerber, sondern auch sonstige Marktbeteiligte, die durch den Verstoß beeinträchtigt sind (also auch Verbraucher).

Für das Lauterkeitsrecht erfordert die Modernisierung-Richtlinie (auch „Omnibus- Richtlinie“ genannt)¹⁶ ebenfalls eine Fortentwicklung des deutschen Schadensersatzrechts, deren Ausgestaltung in § 9 Abs. 2 Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) ebenso wie das Verhältnis zu Schadensersatzansprüchen aus dem BGB und die verfahrensrechtlichen Konsequenzen in diesem Band näher erörtert werden.¹⁷ Durch diese Veränderungen in beiden Bereichen des Wettbewerbsrechts hat somit die Haftung auf Schadensersatz neue Konturen für wirtschaftlich bedeutsame Gegenstände und mit Relevanz für einen großen Kreis potenziell Anspruchsberechtigter erhalten, ohne dass aber die bisherige Fassung der herkömmlich zentralen Haftungsbestimmungen in §§ 823 ff. BGB dazu verändert wurden.

3. Gewerblicher Rechtsschutz und geistiges Eigentum

a) Im Hinblick auf den gewerblichen Rechtsschutz und das geistige Eigentum hat die europäische Gesetzgebung ebenfalls für Deutschland und für Spanien neue Akzente bei der Entwicklung des Haftungsrechts gesetzt. Dies betrifft insbesondere die dogmatische Einordnung der „dreifachen Art der Schadensberechnung“ und damit verbunden das Konzept der „Gewinnabschöpfung“. Auf der Grundlage der europäischen Vorgaben stellt sich für diese Materie spanischen und deutschen Juristen gleichermaßen die Aufgabe ihrer begrifflichen Erfassung und systematischen Einordnung. Zu berücksichtigen ist dabei freilich, dass auf weiteren Gebieten neben dem Immaterialgüterrecht entsprechende Fragen zur Begrifflichkeit und rechtssystematischen Stellung von Ansprüchen auf unzulässigerweise erlangte Gewinne ebenfalls klärungsbedürftig sind, insbesondere für die

16 Richtlinie (EU) 2019/2161 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. November 2019 zur Änderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinien 98/6/EG, 2005/29/EG und 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union, ABl. L 328 S. 7, Celex-Nr. 3 2019 L 2161.

17 Beate Gsell, Schadensersatzansprüche von Verbrauchern bei Wettbewerbsverstößen im deutschen Recht; in diesem Band.

Haftung wegen Verletzungen des Persönlichkeitsrechts und für die bereits erwähnte deliktische Haftung im Kartellrecht.

In der Gesamtschau dieser Materien zeichnen sich in der neueren rechtswissenschaftlichen Diskussion übergreifende Kennzeichen einer sowohl kompensatorischen als auch präventiven Gewinnabschöpfung ab.¹⁸ Aus dieser Perspektive ordnet sich die Gewinnabschöpfung nicht lediglich einem spezifischen Rechtsgebiet zu, sondern kann als ein Rechtsinstitut von allgemeiner Bedeutung für das Zivilrecht gelten. In systematischer Hinsicht gilt es damit zu überdenken, ob sich dieses Rechtsinstitut generell dem Deliktsrecht oder dem Bereicherungsrecht zuordnen lässt (und gegebenenfalls dessen überkommene Charakteristik verändert) oder ob es sogar diese herkömmliche Einteilung grundsätzlich infrage stellt.¹⁹

b) Vor diesem Hintergrund bedarf es für Spanien vor allem die Klärung, ob Klagen aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen über die „dreifache Schadensberechnung“ als Klagen auf Schadensersatz oder als Klagen auf einen Gegenstand *sui generis* zu betrachten sind.²⁰ Die dogmatische Zuordnung in dieser Hinsicht ist keineswegs eine rein theoretisch bedeutsame Frage, sondern hat beträchtliche Bedeutung für die Rechtspraxis: Die Einordnung als ein spezieller Anspruch eigener Art könnte die Möglichkeit ausschließen, daneben einen Anspruch auf anderer rechtlicher Grundlage geltend zu machen. Dagegen bliebe bei der Klassifizierung als Schadensersatzanspruch aufgrund der bisherigen Rechtsprechung des Tribunal Supremo die Möglichkeit offen, neben dem Schadensersatzverlangen auf bereicherungsrechtlicher Grundlage vorzugehen.²¹

c) Für Deutschland hat zwar die Rechtsprechung in einer mehr als hundertjährigen Tradition²² – und damit lange vor dem Erlass der heute für das deutsche wie das spanische Recht maßgeblichen europäischen Richtlinie zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums²³ – die „dreifa-

18 Grundlegend dazu *André Janssen*, Präventive Gewinnabschöpfung, Tübingen 2016.

19 Näher dazu mit weiteren Nachweisen ebd.

20 Dazu *Xabier Basozabal Arrue*, Danos y enriquecimiento injustificado en Derecho español, in diesem Band.

21 Ebd.

22 Grundlegend Reichsgericht (RG) Urteil vom 8. Juni 1895 – I 13/95, RGZ 35,63.

23 Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl. L 157 S. 45, Celex-Nr. 3 2004 L 0048.

che Schadensberechnung“ in der Praxis ermöglicht. In dieser Tradition ist anerkannt, dass Inhaber von Immaterialgüterrechten statt ihres konkret eingetretenen Schadens die übliche Lizenzgebühr oder den erzielten Gewinn des Verletzers beanspruchen können. Gleichwohl stellt sich aber für das deutsche Recht nach wie vor die Frage nach der dogmatischen Einordnung des Anspruchs auf Auskehr des erzielten Gewinns. In Betracht steht insbesondere, ob einer Zuordnung zum Schadensersatz der Kompensationsgedanke entgegensteht und/oder inwieweit der Präventionsgedanke auf diesem Gebiet anzuerkennen und für die Gewinnabschöpfung tragfähig ist oder ob statt einer schadensrechtlichen Betrachtung die Zuwendung zum Bereicherungsrecht oder gar zum Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag angebracht ist.

Im Spannungsfeld von Schadensersatzanspruch und Bereicherungsanspruch muss sich die Aufmerksamkeit besonders auf § 852 BGB richten. Für den Fall der Verjährung eines Schadensersatzanspruchs aus unerlaubter Handlung sieht diese Vorschrift hilfsweise die Herausgabe einer Bereicherung vor, die der Ersatzpflichtige durch die unerlaubte Handlung auf Kosten des Verletzten erlangt hat. Wie in diesem Band näher dargelegt,²⁴ lässt sich daraus schließen, dass generell ein derartiger Herausgabeanspruch auf die erzielte Bereicherung als Alternative zum Recht auf Ausgleich der eingetretenen Schäden besteht. Auch aus diesem Blickwinkel ist somit der Anspruch auf die Auskehr eines unrechtmäßig erzielten Gewinns „kein Spezifikum der Immaterialgüterrechte“.²⁵ Vielmehr erstreckt sich sein Anwendungsbereich grundsätzlich auf alle unerlaubten Handlungen.²⁶

d) Für das spanische wie das deutsche Haftungsrecht wird somit seitens der Rechtslehre, der Rechtsprechung und der Gesetzgebung weiter zu überdenken sein, wie sich neue Entwicklungen wie die zunehmende Bedeutung der Gewinnabschöpfung – und auch der deliktsrechtliche Schutz von Verbraucherbelangen im Wettbewerbsrecht – auf die herkömmliche Begrifflichkeit und Systematik des Haftungsrechts auswirken. Diese Entwicklungen zeigen sich besonders signifikant in wirtschaftsrechtlichen „Sondergebieten“. Sie werden aber nicht ohne Folgen bleiben können für das Verständnis der grundlegenden Prinzipien und allgemeinen Bestim-

24 Jan Dirk Harke, Bereicherungsauskehr als Schadensersatz – ein Grenzfall, in diesem Band.

25 Ebd., Kap. IV.

26 Ebd.

mungen für das Haftungsrecht, die in den Zivilgesetzbüchern verankert sind, wenn die „Einheit des Privatrechts“ gewahrt und eine Aufspaltung in eine Vielzahl von „Sonderprivatrechten“ vermieden werden soll.

IV. Ausweitung der objektiven Haftung

1. Überblick

Als ein weiterer gemeinsamer Grundzug der derzeitigen Entwicklung erweist sich im Vergleich des spanischen und des deutschen Haftungsrechts die Tendenz, die objektive (also verschuldensunabhängige) Haftung auszuweiten. In der Folge zeichnet sich ein Bedeutungsverlust für das Verschuldensprinzip ab, der letztlich zu einem tiefgreifenden Paradigmenwechsel im Haftungsrecht führen könnte.

Zwar kommt dem Verschuldensprinzip – in einer kontinentaleuropäischen Tradition, die im frühen 19. Jahrhundert bereits den französischen Code civil geprägt hat²⁷ – für das Haftungssystem sowohl des spanischen Zivilgesetzbuchs als auch des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs eine beherrschende Stellung zu. Im spanischen Zivilgesetzbuch stellen bereits die Überschrift des maßgeblichen Kapitels und ebenso der Wortlaut der Generalklausel am Beginn dieses Kapitels (Art. 1902 Cc) die grundlegende Bedeutung von „culpa“ und „negligencia“ für das Haftungsrecht heraus. Im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch bindet das Kapitel über „Unerlaubte Handlungen“ alle Ansprüche auf Schadensersatz an das Erfordernis eines Verschuldens (zum Teil allerdings in Form einer widerlegbaren Verschuldensvermutung) mit der einzigen Ausnahme der Tierhalterhaftung (und sogar diese wird eingeschränkt durch die Gegenausnahme für Nutztiere; § 833 BGB).

Jedoch trägt der Schein, der im Blick auf die Haftungsregimes der Zivilgesetzbücher entsteht, insofern, als das Haftungsrecht seit dem späten 19. Jahrhundert mehr und mehr aus diesen Kodifikationen herausgewachsen ist und daneben auf Vorschriften ohne Verschuldenserfordernis in anderen Gesetzen beruht. Wie verschiedentlich dargelegt,²⁸ haben

27 Manuel Angel Bermejo Castrillo, Del delito privado a la responsabilidad civil proveniente del delito o de la culpa, Kap. 6, in diesem Band.

28 Beispielsweise Hein Kötz/Gerhard Wagner, Deliktsrecht, 14. Auflage, München 2021, Kap. 3 Rn. 1 ff., Kap. 8 Rn. 4 ff.; Sebastian Lohsse/Reiner Schulze/Dirk Staudenmayer, Liability for Artificial Intelligence, in dies. (Hg.), Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things, Baden-Baden 2019, S. 11, 14.

dazu insbesondere die Antworten der Gesetzgebung auf technologische Entwicklungen beigetragen, durch die neue Risikopotenziale entstanden sind – von der Eisenbahn über Kraftfahrzeuge bis hin zu Kernkraftwerken und gentechnischen Anlagen. Oft sind die Bestimmungen, die eine objektive Haftung für derartige Gegenstände vorsehen, verbunden mit der Verpflichtung zu einer Versicherung der Risiken sowie mit der Festlegung von Haftungshöchstgrenzen, die die Versicherbarkeit gewährleisten sollen. Insofern haben sich gerade im Rahmen der verschuldensunabhängigen Haftung neuartige Regelungszusammenhänge ausgebildet, die über die herkömmlichen individualistischen Haftungskonzepte hinausgehen und haftungs- und versicherungsrechtliche Instrumente (sowie zuweilen auch öffentlich-rechtliche Bestimmungen) miteinander verknüpfen.

Mit der Digitalisierung erreicht nunmehr nicht nur die technologische Entwicklung selbst eine neue Stufe. Vielmehr ist damit ein wirtschaftlicher und sozialer Wandel verbunden, der häufig als Übergang vom industriellen in das digitale Zeitalter charakterisiert wird und es erforderlich macht, auch für das Haftungsrecht Prinzipien und Regelungsinstrumente in Hinblick auf die neuen Risiken und Schutzerfordernisse zu überdenken. Ein Grundzug dieses Wandels infolge der Digitalisierung scheint ein „Wachstumssprung“ der verschuldensunabhängigen Haftung und eine entsprechende Bedeutungseinbuße der Verschuldenshaftung im Gesamtspektrum der Haftungstatbestände zu sein, wie die Einführung der objektiven Haftung oder zumindest die Abschwächung des Verschuldensprinzips auf Rechtsgebieten zeigt, deren Entwicklung eng mit der Digitalisierung und ihren sozialen Folgen verbunden ist.

2. Datenschutz

Ein signifikantes Beispiel dafür bietet das Datenschutzrecht, das durch die EU weithin vereinheitlicht wurde und insoweit gemeinsames Recht für Spanien und Deutschland geworden ist. Im Recht der EU ist der Schutz persönlicher Daten durch Art. 8 Grundrechte-Charta grundrechtlich gewährleistet und zudem in Art. 16 AEUV verankert. Auf dieser Grundlage schützt die Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) natürliche Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten (vgl. Art. 1 Abs. 1 DS-GVO) auch durch den Anspruch auf Schadensersatz (Art. 82 DS-GVO). Dieser Anspruch besteht bei Verstößen gegen Bestimmungen der Verordnung (beispielsweise bei Verstößen gegen Auskunftspflichten gem. Art. 15 DS-GVO oder gegen die Anforderungen an die Sicherheit der Datenverarbeitung aus Art. 32 DS-GVO) und erstreckt sich auf den materiellen und

immateriellen Schaden.²⁹ Die Voraussetzungen dieses Anspruchs sind im Grundtatbestand des Art. 82 Abs. 1 DS-GVO objektiv gefasst. Art. 82 Abs. 3 DS-GVO enthält sodann zwar für Schäden, die durch eine nicht der Verordnung entsprechende Verarbeitung verursacht werden, eine Haftungsbe freiung, wenn der in Anspruch Genommene nachweist, dass er nicht „verantwortlich“ ist für den Umstand, durch den der Schaden eingetreten ist. Diese Entlastungsmöglichkeit ist aber schon vom Wortlaut der Vorschrift her betont eng gefasst („... in keinerlei Hinsicht für den Umstand... verantwortlich“) und beschränkt die Möglichkeit der Entlastung zweifellos mehr als beispielsweise das (parallel anwendbare) Deliktsrecht des BGB.³⁰ Vor allem stützt sie sich gar nicht auf den Nachweis hinreichender Sorgfalt oder einen sonstigen Gesichtspunkt, der das Verschulden ausschließen könnte.³¹ Vielmehr richtet sich der Nachweis fehlender Verantwortlichkeit „für den Umstand, durch den der Schaden eingetreten ist“, auf einen Aspekt der Zurechenbarkeit. Die in Anspruch genommene Partei kann sich daher entlasten, wenn sie nachweist, dass der Verstoß gegen die Verordnung einem Ereignis außerhalb ihrer Kontrollmöglichkeiten geschuldet ist (insbesondere „höherer Gewalt“ oder dem Handeln des Geschädigten selbst).³² Insofern hat sich die Haftung für Verstöße gegen den Datenschutz nach der europäischen DS-GVO – anders als zuvor und heute noch parallel dazu der mitgliedstaatliche Datenschutz etwa durch das Deliktsrecht des BGB – vom Verschuldensprinzip gelöst.

3. Künstliche Intelligenz

a) Besondere Beachtung verdient die Ausweitung der verschuldensunabhängigen Haftung in Hinblick auf die Herstellung und Verwendung Künstlicher Intelligenz angesichts der herausragenden Bedeutung dieses Bereichs im digitalen Zeitalter. Die vielfältigen Arten und Nutzungsmöglichkeiten Künstlicher Intelligenz erstrecken sich vom Smartphone über das „smart home“ und das „selbststeuernde“ Fahrzeug bis hin zu komplex vernetzten autonomen Systemen in der Verwaltung, der Forschung oder

29 Näher dazu *Rodrigo Pontes Araldi*, Schadensersatzhaftung im digitalen Umfeld: Konkurrierende Ansprüche aus dem BGB und der DS-GVO im Fall von Datenschutzverstößen, in diesem Band.

30 Ebd., Kap. C I.

31 *Maria José Santos Moron*, La responsabilidad por incumplimiento de la normativa de datos personales (Art. 82 RGPD), Kap.2, in diesem Band.

32 Ausführlicher dazu ebd.

beim Betrieb von Großanlagen. Entsprechend vielgestaltig nach Art und Umfang sind die Risiken, auf die das Haftungsrecht reagieren muss – von minimalen Beeinträchtigungen im Alltag über schwerwiegende Körper- und Sachschäden bis hin zu Katastrophen (wenn Künstliche Intelligenz beispielsweise ein Flugzeug oder eine Großanlage falsch steuert oder in einem pharmazeutischen Labor die Zusammensetzung eines Medikaments fehlerhaft berechnet). Die Bandbreite der zu regelnden Gegenstände wird auf diesem Feld zwar differenzierte rechtliche Antworten erfordern. Verschuldensunabhängigen Ansprüchen dürfte dabei aber für die außervertragliche und auch für die vertragliche Haftung künftig eine herausragende Rolle zukommen.

b) Was die Entwicklung der außervertraglichen Haftung im Bereich der Künstlichen Intelligenz betrifft, spricht gegenwärtig vieles dafür, dass auch hier für das spanische und das deutsche Recht bald europäische Rechtsakte eine gemeinsame Grundlage bilden werden. Die Konturen der europäischen Gesetzgebung auf diesem Gebiet sind zwar derzeit noch nicht festgelegt. Die europäische Kommission und das Europäische Parlament haben aber bereits mit der Vorbereitung von Rechtsakten begonnen. Einige Ausgangspunkte für das künftige Recht zeichnen sich in Dokumenten wie dem Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Verordnung über Künstliche Intelligenz³³ und der Resolution des Europäischen Parlaments über ein zivilrechtliches Haftungsregime für Künstliche Intelligenz³⁴ sowie der darauf bezogenen politischen und rechtswissenschaftlichen Diskussion ab.

Die Regelung dieser Materien nicht allein dem mitgliedstaatlichen Recht zu überlassen, dürfte schon insofern angebracht sein, als isolierte nationale Lösungen angesichts des grenzüberschreitenden – oder in gewisser Weise sogar „grenzenlosen“ – Charakters nicht nur des Internets und des Datenflusses, sondern auch der damit verbundenen Risiken unzulänglich wären.³⁵ Es ist zudem absehbar, dass der Anteil der Produkte, die Künstliche Intelligenz beinhalten, und der Dienstleistungen, die mithilfe

33 Vorschlag der EU-Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rats zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für Künstliche Intelligenz (Gesetz über Künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union vom 21.4.2021 COM (2021) 206 final.

34 Resolution des Europäischen Parlaments vom 20.10.2020 (2020/2014 (INL)).

35 Hierzu und zum Folgenden *Sebastian Lohsse/Reiner Schulze/Dirk Staudenmayer*, Liability for Artificial Intelligence, in dies. (Hg.), *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*, Baden-Baden 2019, S. 17 f.

Künstlicher Intelligenz erbracht werden oder Künstliche Intelligenz zum Gegenstand haben, am grenzüberschreitenden Verkehr im europäischen Binnenmarkt weiter erheblich zunehmen wird. Substantielle Unterschiede der nationalen Regelungen für den Handel mit Künstlicher Intelligenz und für die Haftung bei ihrer Herstellung oder Verwendung könnten sich jedoch als hinderlich für den grenzüberschreitenden Verkehr gerade in diesen Wachstumsbereichen des Binnenmarktes erweisen, so dass ein großes Interesse der Union an Rechtsangleichung oder Rechtsvereinheitlichung besteht.

c) Die künftigen europäischen Regelungen, die das Haftungsrecht auf diesem Gebiet harmonisieren oder vereinheitlichen sollen, werden allerdings nicht durchweg Neuland betreten, sondern können in den nationalen Rechten in verschiedener Hinsicht Anregungen und Anknüpfungspunkte finden. Wie in diesem Band näher ausgeführt wird,³⁶ hat sich so im spanischen Deliktsrecht vor allem in Hinblick auf die „unbekannten Risiken“ ein begriffliches und regulatorisches Instrumentarium ausgebildet, das in hohem Maße kompatibel ist mit den Ansätzen, die bei den Vorarbeiten der Europäischen Kommission hinsichtlich der Haftung für Künstliche Intelligenz in Betracht stehen. Diese Übereinstimmung beruht nicht zuletzt darauf, dass die besonderen Risiken von autonomen Systemen auf der Grundlage Künstlicher Intelligenz („KI-basierte autonome Systeme“) in diesen europäischen Vorarbeiten auf ganz ähnliche Weise charakterisiert werden wie die „unbekannten Risiken“ im spanischen Deliktsrecht (insbesondere in Hinblick auf die Komplexität und mangelnde Transparenz, die Verletzlichkeit durch Cyberangriffe sowie vor allem die Unvorhersehbarkeit des Verhaltens).³⁷ Die Unvorhersehbarkeit des Verhaltens derartiger autonomer Systeme resultiert vornehmlich aus ihrer Lernfähigkeit. Diese versetzt sie in die Lage, ihre Verhaltensweisen in vorher nicht festgelegter Weise fortzuentwickeln, und unterscheidet sie von herkömmlicher „deterministischer“ Software.³⁸ In Zusammenhang mit den besonderen Risiken aufgrund der Unvorhersehbarkeit des Verhaltens Künstlicher Intelligenz stehen als weiteres erhebliches Risikopotenzial die Gefährdungen, die sich aus der Vernetzung autonomer Systeme ergeben können – von der Gefahr der Störung und „Fremdsteuerung“ von außen bis hin zu der zusätzlichen

36 *Pedro del Olmo*, Responsabilidad civil y riesgos desconocidos: el caso de las nuevas tecnologías, in diesem Band.

37 Ebd.

38 Dazu und zum Folgenden mit weiteren Nachweisen *Gerald Spindler*, Haftung für autonome Systeme, Kap. 2.1, in diesem Band.

Minderung der Vorhersehbarkeit des Verhaltens mehrerer Systeme infolge ihrer Interaktion („Schwarmverhalten“). Zumindest hinsichtlich eines großen Teiles derartiger Problemlagen scheinen sich das Konzept der „unbekannten Risiken“ im spanischen Recht und die Ansätze zur Entwicklung der Haftung für Künstliche Intelligenz nahe zu stehen und insofern nationales und europäisches Recht sich wechselseitig inspirieren zu können.

d) Für das deutsche Recht ist zunächst zu berücksichtigen, dass sich auch im Rahmen der verschuldensabhängigen Haftung eine Reihe von Ansätzen herausgebildet hat, die bei der Bewältigung der neuen Risiken infolge des Einsatzes Künstlicher Intelligenz hilfreich sein können. Hervorzuheben sind hier die Ausgestaltung der Verkehrssicherungspflichten für Betreiber und Hersteller von Gefahrenquellen und insbesondere der Ausbildung einer weitgespannten und zugleich engmaschigen Produkthaftung im Rahmen des Deliktsrechts des BGB.³⁹ Wichtige Komponenten dieser Produkthaftung – die auf die Vorschriften des BGB gestützt wird, aber über deren traditionelle Anwendungsweise und Anwendungsbereiche hinausführt – sind die Beweislastumkehr zugunsten des Geschädigten und die Lehren über die Kausalität. Die Grundsätze, die Rechtsprechung und Rechtslehre zur Beweislastumkehr entwickelt haben, sind im Hinblick auf Künstliche Intelligenz beispielsweise auch auf die Haftung der Hersteller von Robotern anwendbar (und möglicherweise auch darüber hinaus auf die Betreiber von Robotern⁴⁰). Ebenso können die Lehren über die Kausalität bei multikausalen Schädigungsverläufen in Hinblick auf die neuen Fragen der Haftung für autonome Systeme zur Klärung von Zurechnungsfragen beitragen, die sich aus der Vernetzung derartiger Systeme ergeben.⁴¹

Die verschuldensunabhängige Haftung ist in Deutschland einerseits als Produkthaftung auf der Grundlage der europäischen ProdukthaftungsRL außerhalb des BGB in einem Spezialgesetz geregelt (dem Produkthaftungsgesetz von 1989) und kann sich zum Beispiel auf Ansprüche gegen den Hersteller von selbststeuernden Fahrzeugen oder von Robotern erstrecken. Nach überwiegender Auffassung erfasst der Begriff des „Produkts“ in der europäischen Richtlinie und in dem darauf beruhenden deutschen Produkthaftungsgesetz jedoch Software nicht generell, sondern nur soweit sie auf einem Datenträger verkörpert ist,⁴² so dass die Herstellerhaftung für

39 Übersichten dazu in HK-BGB/Staudinger, § 823 Rn. 157 ff.; bei Ulrich Magnus, in Dannemann/Schulze, German Civil Code (BGB), § 823 mn. 60 ss.

40 Gerald Spindler, Kap. 3.1.1.6, in diesem Band.

41 Ebd., Kap. 3.1.3.

42 HK-BGB/Staudinger, § 823 Rn. 196.

rein virtuelle Systeme regelungsbedürftig bleibt. Andererseits – und vor allem – hat sich die verschuldensunabhängige Haftung als Gefährdungshaftung von Betreibern potentieller Gefahrenquellen in einer Reihe von Spezialgesetzen immer weiter ausgedehnt (unter anderem für den Betrieb von Eisenbahnen früher im Eisenbahnhaftpflichtgesetz, nunmehr im Eisenbahngesetz von 2010; für Kraftfahrzeug-Halter im Straßenverkehrsgesetz (StVG), für Luftfahrzeuge einschließlich Drohnen im Luftverkehrsgesetz; für Kernkraftwerke im Atomgesetz; für die technische Anlage im Gentechnikgesetz). In dieser legislativen Tradition hat sich die deutsche Gesetzgebung nunmehr mit den neuen Bestimmungen in §§ 1a ff. StVG auch unmittelbar einem Teilbereich der KI-basierten autonomen Systeme durch spezialgesetzliche Bestimmungen mit Relevanz für die Haftung zugewandt: den autonom fahrenden Kraftfahrzeugen (im Unterschied zu lediglich hoch- und vollautomatisierten Kraftfahrzeugen gem. § 1a Abs. 1 StVG).⁴³

e) Nur kurz bleibt schließlich darauf hinzuweisen, dass sich die Frage einer Ausweitung der objektiven Haftung und letztlich möglicherweise eines Paradigmenwechsels von der verschuldensabhängigen hin zur verschuldensunabhängigen Haftung nicht nur für außervertragliche Ansprüche, sondern auch für die vertragliche Haftung auf Schadensersatz stellt. Die Abkehr vom Verschuldensprinzip zugunsten der objektiven Haftung ist jüngst in der wissenschaftlichen Diskussion über die Fortentwicklung des Vertragsrechts als eine sachgerechte Konsequenz der zunehmenden Verwendung von Künstlicher Intelligenz in der Vertragspraxis charakterisiert worden.⁴⁴ Die Unvorhersehbarkeit des Verhaltens Künstlicher Intelligenz beim Vertragsschluss und bei der Vertragsdurchführung schließt es nach dieser Auffassung aus, in der bisher üblichen Weise die Verletzung von Sorgfaltspflichten als Voraussetzung für die Haftung des Schuldners anzusehen. Folgt man diesem Ansatz, würde sich das Haftungsrecht kontinentaleuropäischer Länder im digitalen Zeitalter den objektiven Maßstäben annähern, die das Common Law seit Langem anwendet und die in letzter Zeit auch schon verschiedentlich – vor allem über das Vorbild des UN-Kaufrechts – Einfluss auf kontinentaleuropäische Rechte gewonnen haben (beispielsweise bei der Modernisierung des Schuldrechts 2002 in Gestalt

43 Ausführlich dazu *Gerald Spindler*, Kap. 3.2.2.2, in diesem Band.

44 *André Janssen*, Performance by Artificial Intelligence: the end of contract law as we know it?, Formal Francqui-Lecture an der Universität Leuven/Kortrijk am 20.4.2022, zur Veröffentlichung vorgesehen in ERPL 2023.

der Abschwächung des Verschuldensprinzips durch das „vermutete Verschulden“ gem. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB).

V. Ausblick: Europäisches Haftungsrecht

Vor dem Hintergrund dieser Herausforderungen für das Haftungsrecht durch die immense Bedeutung der Künstlichen Intelligenz im digitalen Zeitalter müssen besonders die Gesetzgebungsprojekte, die dazu auf europäischer Ebene jetzt anstehen und die künftig für das Haftungsrecht in Spanien und Deutschland gleichermaßen maßgeblich sein werden, die Aufmerksamkeit spanischer und deutscher Juristen auf sich ziehen. Einige der Fragen, die der europäische Gesetzgeber in nächster Zeit zu beantworten haben wird, bleiben daher abschließend thesenartig in knappen Umrissen als Gegenstand auch des künftigen Gedankenaustauschs zwischen den Juristen beider Länder anzusprechen.

(1) Die Frage, wer für Schäden haftet, die beim Einsatz Künstlicher Intelligenz auftreten, erfordert zunächst eine Bewertung von Vorschlägen, die sich darauf richten, Künstlicher Intelligenz Rechtssubjektivität als „ePerson“ oder zumindest Teilrechtsfähigkeit zuzusprechen. Begründet wird dies u.a. mit den sich andernfalls stellenden Zurechnungsproblemen und mit Ähnlichkeiten zwischen menschlicher Willensbildung und eigenständiger Entscheidungsfindung in autonomen Systemen.⁴⁵ Zweifelhaft erscheinen diese Konzepte allerdings schon deshalb, weil die eigene Rechtssubjektivität der Künstlichen Intelligenz zwar deren Verwender von Haftungsrisiken entlasten kann, dem Geschädigten aber regelmäßig keine gleichwertige Haftungsmasse bietet und wohl auch präventiv die Anreize zur Schadensminimierung eher vermindert. Angesichts dieser und weiterer Bedenken⁴⁶ erscheint es weder wahrscheinlich noch erstrebenswert, dass die derzeit vorbereiteten EU-Rechtsakte eine Rechtssubjektivität Künstlicher Intelligenz anerkennen werden.

45 Dazu für andere mehr *Andreas Matthias*, Automaten als Träger von Rechten, Berlin 2008; *Gunther Teubner*, Digitale Rechtssubjekte?, AcP 218 (2018), S. 155 ff.

46 Weitere Argumente gegen die Zuerkennung der Rechtssubjektivität bei *Gerald Spindler*, Haftung für autonome Systeme, Kap. 4.1, in diesem Band.

(2) In der Frage, ob künftige Bestimmungen über die Haftung für Künstliche Intelligenz verschuldensunabhängige Ansprüche einschließen sollten, sprechen gute Gründe für eine positive Antwort des europäischen Gesetzgebers (die sich auch bereits in den Vorarbeiten abzeichnet).⁴⁷ So entspräche die Einführung derartiger Ansprüche der aus dem mitgliedstaatlichen Recht vertrauten Logik der schrittweisen Ausdehnung der Gefährdungshaftung auf neu entstehende Gefahrenquellen in der Folge technologischer Entwicklungen. Aus der Sicht der institutionellen Ökonomie ist sie unter den Gedanken des „günstigsten Kostenvermeiders“ der Verschuldenshaftung vorzuziehen, wenn der Hersteller oder Betreiber hohe Risiken aus der Gefahrenquelle tatsächlich gar nicht oder nicht hinreichend beeinflussen kann,⁴⁸ wie es bei Künstlicher Intelligenz wegen der Unvorhersehbarkeit ihres Verhaltens häufig der Fall ist.⁴⁹

(3) Die Frage, welcher Akteur im Bereich der Künstlichen Intelligenz für Schäden haftbar zu machen sind, stellt sich insbesondere einerseits im Hinblick auf die Hersteller, andererseits im Hinblick auf die Betreiber und Nutzer von KI-basierten autonomen Systemen. Die Herstellerhaftung hat sich für andere Sachbereiche bereits im europäischen Rahmen aufgrund der Produkthaftungs-Richtlinie bewährt. Für die Gefährdungshaftung von Betreibern risikobehafteter Anlagen kann auch auf die erwähnten Erfahrungen in Mitgliedstaaten⁵⁰ zurückgegriffen werden. Da jeder der beiden Ansätze trotz gewisser Überschneidungen unterschiedliche Risikolagen abdeckt, kann keiner von ihnen generell für die Ausgestaltung des künftigen Haftungsrechts außer Betracht bleiben. Vielmehr ist von jedem der beiden Ansätze her konkret zu prüfen, welche Schäden auf seiner Grundlage auszugleichen angemessen ist und welche Schadensrisiken jeweils erfolversprechend präventiv gemindert werden können. Insofern steht nicht ein „Entweder – Oder“ in Betracht, sondern die sachgerechte Kombination beider Ansätze.

(4) Für die Herstellerhaftung hinsichtlich KI-basierter autonomer Systeme steht insbesondere infrage, ob sie in das Regime der Produkthaftungs-Richtlinie einzubeziehen oder ein zusätzliches spezifisches Instrumentarium zu schaffen ist. Im ersteren Fall ist zwar zweifelhaft, ob eine Einbezie-

47 *Pedro del Olmo*, Responsabilidad civil y riesgos desconocidos: el caso de las nuevas tecnologías, in diesem Band.

48 Vgl. Gerhard Spindler, Haftung für autonome Systeme, Kap. 4.1, in diesem Band.

49 Siehe oben IV. 3 c.

50 Oben IV. 3 d.

hung de lege lata durch eine weite Auslegung des Produkt-Begriffs dieser Richtlinie oder eine analoge Anwendung ihrer Vorschriften möglich ist. Denkbar wäre aber eine gesetzgeberische Ausweitung oder Ergänzung des Produkts-Begriffs. Auch bei dieser Variante bliebe allerdings fraglich, ob die ursprünglich auf bewegliche Sachen zugeschnittene Ausgestaltung der Haftung in der Richtlinie sich auf KI-basierte autonomen Systeme übertragen lässt – oder zugespitzt: ob die bisherige Ausgestaltung dieser Haftung aus dem industriellen Zeitalter hinreichend ist für die Haftung von Herstellern Künstlicher Intelligenz im digitalen Zeitalter.⁵¹ Diese Problematik zeigt sich beispielsweise – um nur einen Aspekt anzuführen⁵² – in Hinblick auf das Konzept des Herstellers, weil Künstliche Intelligenz oft gar nicht als ein eigenständiges Gesamtprodukt, sondern „entbündelt“ vermarktet wird und auch nach der Inverkehrgabe Änderungen an Online-Diensten und Software üblich sind.⁵³

(5) Für die Betreiberhaftung lässt sich die Frage nach ihrer grundsätzlichen Berechtigung im Bereich der Künstlichen Intelligenz leichter beantworten als die zahlreichen Fragen ihrer Ausgestaltung im Einzelnen. Für die Einführung einer derartigen Haftung neben der Herstellerhaftung spricht schon, dass vielerlei Risiken KI-basierter autonomer Systeme von der Art und dem Umfang der Verwendung dieser Systeme abhängen und darüber die Betreiber entscheiden.⁵⁴ Bei der Ausgestaltung stellt sich vor allem die Frage, ob allgemeine Regeln in der Art von Generalklauseln oder sektorspezifische Regelungen oder Kombinationen beider Methoden vorzugswürdig sind (möglicherweise auch in Verbindung mit einer Differenzierung nach typisierten Fachkenntnissen der Betreiber).⁵⁵ Generalklauseln könnten den Vorteil bieten, auch auf neue Risikolagen angesichts

51 Dazu Sebastian Lohsse/Reiner Schulze/Dirk Staudenmayer, Liability for Artificial Intelligence, in dies. (Hg.), Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things, Baden-Baden 2019, S. 18.

52 Weitere Gesichtspunkte bei *Cristina Amato*, Product Liability and Product Security, in Sebastian Lohsse/Reiner Schulze/Dirk Staudenmayer (Hg.), Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things, Baden-Baden 2019, S. 77 ff.; *Bernhard Koch*, Product Liability 2.0 – Mere Update or New Version?, ebd., S. 99 ff.; *Herbert Zech*, Liability for Autonomous Systems, ebd., S. 187 ff.

53 Näher dazu *Gerald Spindler*, Haftung für autonome Systeme, Kap. 4.5, in diesem Band.

54 Ebd.; *Sebastian Lohsse/Reiner Schulze/Dirk Staudenmayer*, Liability for Artificial Intelligence, in dies. (Hg.), Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things, Baden-Baden 2019, S. 19.

55 *Herbert Zech*, Deutscher Juristentag 2020 Gutachten A, S. 61.

der raschen Weiterentwicklung der Technologien und Anwendungsgebiete im Bereich der Künstlichen Intelligenz sofort anwendbar zu sein. Sie wären aber mit den Nachteilen verbunden, die derartigen Klauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen hinsichtlich der Vorhersehbarkeit ihrer Anwendung im Einzelfall und damit der Rechtssicherheit anhaften. Gerade angesichts der Vielfalt von Arten und Verwendungsweisen Künstlicher Intelligenz dürfte es sich zudem als äußerst schwierig erweisen, die Merkmale und den erforderlichen Grad von Risiken, für die die verschuldensunabhängige Haftung greifen soll, in allgemeiner Weise, aber hinreichend präzise zu beschreiben (so dass nur die regelungsbedürftigen Sachlagen, aber beispielsweise nicht jede Verwendung von Künstlicher Intelligenz in Smartphones einbezogen wird).⁵⁶ Sektorspezifische Regelungen sind hingegen mit dem Nachteil verbunden, dass zur Einbeziehung neuer technologischer Entwicklungen häufig ein Gesetzgebungsverfahren erforderlich sein kann und damit die Anpassung des Rechts an den Wandel der tatsächlichen Verhältnisse nur mit Verzögerung möglich ist. Sie bieten allerdings den Vorteil, dass sich die Gesetzgebung schärfer auf die Gefahrenlage und die Schutzbedürfnisse in dem betreffenden Bereich fokussieren kann. Zudem kann sie sich auf einer Reihe vordringlich regelungsbedürftiger Sachgebiete an schon bestehende Muster anlehnen und dadurch die rechtliche Kohärenz auf diesen Gebieten wahren (beispielsweise für „selbststeuernde“ Fahrzeuge an die Gefährdungshaftung für herkömmliche Fahrzeuge oder für die Verwendung Künstlicher Intelligenz in der pharmazeutischen Industrie an bereits geltende Haftungsvorschriften für Medizinprodukte). Für die Abfassung der künftigen europäischen Bestimmungen über die verschuldensunabhängige Haftung könnte daher zumindest in einer ersten Phase ein sektorspezifischer Bezug nahe liegen.

(6) Die Einführung verschuldensunabhängiger Haftungstatbestände bliebe unzulänglich, wenn sie nicht von gesetzgeberischen Antworten auf die Fragen des Verhältnisses der unterschiedlichen Anspruchsgrundlagen zueinander und der Haftung mehrerer Beteiligter sowie der „Vergemeinschaftung“ von Risiken durch Versicherungen begleitet würde. In der erstgenannten Hinsicht ist bei einer Kombination von Hersteller- und Betreiberhaftung in europäischen Rechtsvorschriften insbesondere das Verhältnis zwischen diesen beiden Haftungsgrundlagen festzulegen. In

56 Sebastian Lohsse/Reiner Schulze/Dirk Staudenmayer, Liability for Artificial Intelligence, in dies. (Hg.), Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things, Baden-Baden 2019, S. 21.

Betracht stehen müssen aber darüber hinaus auch vertragliche und außervertragliche Verpflichtungen zum Schadensersatz, die bei der Interaktion mit anderen Beteiligten aufgrund der (häufig komplexen) Vernetzung KI-basierter autonomer Systeme entstehen können (vor allem von und gegenüber Intermediären, aber auch Cloud Providern und sonstigen involvierten Herstellern und Vertriebern digitaler Produkte und Dienstleistungen).⁵⁷ Gleichmaßen erforderlich sind Bestimmungen, die die Versicherbarkeit der Risiken, für die verschuldensunabhängig gehaftet werden soll, gewährleisten (etwa durch Begrenzung des Haftungsumfangs und gegebenenfalls ergänzt durch Ausgleichsfonds).⁵⁸ Ihre Integration in die künftige europäische Gesetzgebung zur Haftung für Künstliche Intelligenz wird zudem eine sachgerechte Abstimmung mit dem mitgliedstaatlichen Versicherungssystemen und Versicherungsrechten erfordern.

(7) Mit dem Anwachsen des haftungsrechtlichen *Acquis communautaire* durch die geplanten Bestimmungen zur Künstlichen Intelligenz gewinnt schließlich die Frage an Bedeutung, wie sich die Begrifflichkeit und die Wertungsmaßstäbe für die verschiedenen Haftungsregime im Unionsrecht aufeinander abstimmen und möglichst widerspruchsfrei gestalten lassen. Die Haftung im Bereich der Künstlichen Intelligenz tritt zu einem umfangreichen Bestand bereits existierender Bestimmungen der EU über die außervertragliche Haftung⁵⁹ hinzu. Unter diesen Bestimmungen sticht die Amtshaftung gem. Art. 43 Abs. 2 AEUV insofern hervor, als ausschließlich das Unionsrecht ihre Voraussetzungen und Rechtsfolgen festgelegt (freilich mithilfe eines Verweises auf die „Rechtsgrundsätze, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind“). Insofern kann sie als ein „geschlossenes“ Haftungssystem bezeichnet werden.⁶⁰ Daneben erstreckt sich das Haftungsrecht der Union aber im Zusammenspiel mit nationalen Bestimmungen nicht nur auf die oben bereits erwähnten Materi-

57 Ebd., S. 22; *Gerald Spindler*, Haftung für autonome Systeme, Kap. 4.6, in diesem Band.

58 *Georg Borges*, New Liability Concepts: the Potential of Insurance and Compensation Fonds, in Sebastian Lohsse/Reiner Schulze/Dirk Staudenmayer (Hg.), *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*, Baden-Baden 2019, S. 145 ff.; *Gerald Spindler*, User Liability and Strict Liability in the Internet of Things and for Robots, ebd., S. 125, 134, 141; *ders.*, Haftung für autonome Systeme, in diesem Band, Kap. 4.6, insbesondere zur Frage der kollektiven Absicherung von Schadensfällen, die sich aufgrund der Vernetzung nur schwer zuordnen lassen).

59 Helmut Koziol/Reiner Schulze (Hg.), *Tort Law of the European Community*, Wien, New York 2008.

60 Helmut Koziol/Reiner Schulze (Hg.), *Conclusio*, ebd., S. 589, 591.

en im Wettbewerbsrecht und im Recht des geistigen Eigentums, im Bereich der Produkthaftung und Produktsicherheit sowie im Datenschutz, sondern erfasst auch eine Vielzahl weiterer, weit gestreuter Bereiche von der Umwelthaftung⁶¹ bis hin beispielsweise zur Haftung von Luftfahrtunternehmen bei Unfällen.⁶² Für diese Bereiche sind die Haftungsnormen teils verschuldensabhängig und teils verschuldensunabhängig ausgestaltet. In ihrem Vergleich ist beispielsweise zu fragen, ob der Wahl der einen oder der anderen Haftungsform übereinstimmende Kriterien zu Grunde liegen und ob für die Kausalität⁶³ und die Zurechnung von Schäden die gleichen Wertungsmaßstäbe verwandt werden. Ebenso stellt sich die Frage, inwieweit die haftungsrechtliche Terminologie in den verschiedenen Bereichen übereinstimmt⁶⁴ oder möglicherweise terminologische Divergenzen die Rechtsklarheit innerhalb des haftungsrechtlichen *Acquis communautaire* mindern. Die rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung mit diesen Fragen könnte dazu beitragen, dass sich die fortschreitende Ausdehnung des europäischen Haftungsrechts mit einer Stärkung der Konsistenz seiner Begrifflichkeit und Prinzipien verbindet – oder anders ausgedrückt: dass nicht nur die Quantität der europäischen Haftungsbestimmungen zunimmt, sondern dass sich zugleich die Qualität des europäischen Haftungsrechts hinsichtlich seiner inneren Stimmigkeit, Klarheit und gleichmäßigen Anwendung erhöht. Auch insofern stellt das gemeinsame europäische Recht die Juristen Spaniens, Deutschlands und anderer europäischer Länder vor eine neue Herausforderung.

61 Überblick bei *Ludwig Krämer/Gerhard Winter*, Umweltrecht, in Reiner Schulze/André Janssen/Stefan Kadelbach (Hg.), *Europarecht*, 4. Aufl., Baden-Baden 2020, S. 1755, 1791 ff.

62 Verordnung (EG) Nr. 889/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Mai 2002 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2027/97 des Rates über die Haftung von Luftfahrtunternehmen bei Unfällen, ABl. L 140 vom 30. Mai 2002, S. 2-5, Celex-Nr.: 32002R0889.

63 Dazu *Martin Weitenberg*, Der Begriff der Kausalität in der haftungsrechtlichen Rechtsprechung der Unionsgerichte, Baden-Baden 2014.

64 *Martin Weitenberg*, Terminology, in Helmut Koziol/Reiner Schulze (Hg.), *Tort Law of the European Community*, Baden-Baden 2008, S. 309 ff.