



§ 1 Einführung

A. Problemstellung

Wirtschaftswachstum und Wohlstand moderner Gesellschaften erfordern technischen Fortschritt. Die Unternehmen treiben ihn mit dem Ziel voran, sich auf dem Markt durchzusetzen oder einen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen, um Konkurrenz- und damit existenzfähig zu bleiben: durch Steigerung der Produktivität mittels Einführung und Anwendung neuer, ressourcensparender Verfahren, welche (meist) die Qualität und Sicherheit einzelner Waren nicht berühren (sog. Prozessinnovation), oder durch die Entwicklung und Produktion neuartiger oder verbesserter Produkte und Materialien, von denen sich die Unternehmen die Erschließung von Marktanteilen versprechen (sog. Produktinnovation). Die Kehrseite von Produktinnovationen ist – neben sog. Entwicklungsrisiken¹ – eine schleichende „*schöpferische Zerstörung*“:² Die Entwicklung, Einführung und Ausbreitung neuer Technologien führen zu einer kontinuierlichen Ausschaltung veralteter Produkte, Produktionsmittel und Produktionsprozesse. Durch das hohe Tempo technologischer Veränderungen und die ständig steigenden Kosten für Forschung und Entwicklung drohen viele Unternehmen, besonders Klein- und Mittelbetriebe, hinter neuesten Entwicklungen zurückzubleiben und werden, zumindest in einer Übergangsphase, nach alten Standards produzieren; anders gewendet: „Ständig ist das Bessere von heute der Feind des Guten von gestern.“³ Zwingende Folge ist eine „Mehrklassengesellschaft“, weil technische Produkte unterschiedlichen Innovationsstandes und Sicherheitsstandards in den Verkehr gelangen, solange die Produktionsmittel und -prozesse an die neuen Gegebenheiten (noch) nicht angepasst wurden und nach al-

¹ Entwicklungsrisiken sind Schadensfolgen, deren Eintritt nach dem Stand der Wissenschaft zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens des Produkts nicht erkannt werden konnten. Die notwendigen Erkenntnisquellen waren also noch nicht verfügbar und wurden erst später durch wissenschaftlich-technischen Fortschritt gewonnen. Die Behandlung dieser Entwicklungsrisiken soll hier überwiegend außer Acht bleiben – sie werden allerdings nach Entdeckung (mittelbar) für die Entscheidungen des Herstellers relevant, der das erlangte Wissen für die zukünftige Produktion zugrunde legen muss.

² Schumpeter, Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, S. 134 ff., 137: „Der fundamentale Antrieb, der die kapitalistische Maschine in Bewegung setzt und hält, kommt von den neuen Konsumgütern, den neuen Produktions- oder Transportmethoden, den neuen Märkten, den neuen Formen der industriellen Organisation, welche die kapitalistische Unternehmung schafft.“

³ Dunz/Kraus, Haftung für schädliche Ware, S. 84.



tem Standard produziert wird. Das wirft die – titelgebende – Frage auf, wie sich das resultierende Sicherheitsgefälle niederschlägt, welche Anforderungen an die Produktsicherheit bei späterem Fortschritt von Wissenschaft und Technik zu stellen sind bzw. ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen Herstellern Haftung droht, weil sie technologisch nicht Schritt halten (können). Das Problem ist nicht nur theoretischer Natur, sondern stellt sich immer wieder in der (produkt)haftungsrechtlichen Praxis. Als Beispiel hierfür seien einige Fälle aus der Rechtsprechung wiedergegeben. Diese sind so gewählt, dass sie repräsentativ in wichtige Problemstellungen und deren haftungsrechtliche Auswirkungen einführen.

*Fall 1:*⁴

Die Klägerin, Betreiberin einer Hühnerfarm, ließ ihre Hühner von einem Tierarzt gegen Hühnerpest impfen. Der Tierarzt verwendete einen von der verklagten Herstellerin produzierten Impfstoff, der noch aktive Hühnerpest-Viren enthielt. Einige Tage nach der Impfung brach die Hühnerpest aus, tausende Hühner verendeten. Das sachverständig beratene Berufungsgericht ging davon aus, dass es bei der Abfüllung des Impfstoffs im Betrieb der Beklagten zu einer bakteriellen Verunreinigung gekommen sei, die zu einer Reaktivierung der Viren geführt hat. Wie es genau zu der Verunreinigung kam, blieb unklar. Ein von der Beklagten beauftragter Gutachter bezeichnete das Abfüllverfahren, das „mit bescheidener apparativer Ausstattung“ durchgeführt wurde, als „ältere Methode“, die zwar noch „tragbar“, aber „verbesserungswürdig“ gewesen sei; die Herstellungsmethoden seien dennoch „nicht unzulänglich“ und „erfüllten die Normalanforderungen“. Der Bundesgerichtshof qualifizierte diesen – durchaus ambivalenten – Produktionsstandard ohne weitere Feststellungen als pflichtwidrig, denn Änderungen des Produktionsverfahrens seien nicht fernliegend und für die Beklagte weder technisch noch finanziell unzumutbar gewesen.

Die – erfolglose – Verteidigung der Beklagten gegen den Vorwurf rückständiger Fabrikationsmethoden mit der Notwendigkeit einer „Übergangsphase“ ist exemplarisch für das Dilemma, in dem sich Produzenten bei späterem Fortschritt von Wissenschaft und Technik befinden. Dieser zeigt sich meist in folgenden (simplifizierten) Konstellationen: Durch Änderung der Fertigungsverfahren, Einsatz neuer Instrumente oder die Nachrüstung des Maschinenparks ließe sich die Quote von Fehlfabrikaten verringern, zum Beispiel die Gefahr bakterieller Verunreinigungen eines Impfstoffs bei der Abfüllung senken, indem Arbeitsbereiche mit UV-Licht ausgeleuchtet, Trockensterilisatoren oder Temperatur- und Druckschreiber verwendet

⁴ BGHZ 51, 91 ff. – „Hühnerpest“.



§ 1 Einführung

werden.⁵ Ein Hersteller könnte auch das Produkt selbst ändern und so einen höheren Sicherheitsstandard erreichen, indem er eine andere Produktkonzeption zugrunde legt, etwa einzelne Materialien oder Produktteile austauscht (Beispiel: Nutzung geschlossener Abschlüsse einer Pferdebox, anstatt langjährig verwendeter offen scharfkantiger U-Eisen)⁶ oder einzelne Sicherheitskomponenten, die sich auf die Gesamtsicherheit des Produkts günstig auswirken, nachrüstet (Beispiel: serienmäßiger Einbau neuester Sicherheitstechnik in Pkw).⁷ Eine umgehende Reaktion ist Unternehmen freilich selten möglich, denn Wissenschaft und Technik entwickeln sich kontinuierlich fort, Konstruktionspläne müssen aber angepasst, Maschinen erworben, Mitarbeiter instruiert werden usw. Ein technologischer „design freeze“ ist also schon aus praktischen Gründen unumgänglich.⁸ Meist streben Produzenten (sofortige) Änderungen nicht einmal an. Auch das ist verständlich: (1) Der Freigabe eines Produkts zum Serienvertrieb gehen eine Vielzahl von Entscheidungen voraus, vor allem konstruktiver, fertigungstechnischer und finanzieller Art.⁹ Bereits vor Aufnahme der Produktion werden sich zahlreiche Änderungen deshalb nicht (mehr) zeitnah umsetzen lassen, ohne die Sicherheit des Produkts zu gefährden, denn fortschrittliche(re) Technologien eines Konkurrenten lassen sich häufig gar nicht, zumindest nicht ohne Hindernisse in die eigenen Produkte integrieren. Das geänderte oder neu konstruierte Produkt muss schließlich hinreichend getestet werden, sollen nicht unüberschaubare Haftungsrisiken drohen – das kostet Zeit und Geld. Ändert sich der Stand der Wissenschaft und Technik, nachdem die Serienreife erreicht oder die Serienproduktion bereits angelaufen ist, erlangt die Entscheidung für Hersteller ohnehin eine neue Dimension: Bei Forderung höchstmöglicher Sicherheit droht Existenzverlust, denn oft sind vertragliche Beziehungen zu Zulieferern geknüpft, ein neuer Maschinenpark erworben, der unter Umständen nur geringfügig hinter neuestem Standard zurückbleibt, (zusätzliche) Arbeitskräfte eingestellt, Marketingmaßnahmen ergriffen oder Produkte bereits „auf Vorrat“ produziert, um einen geordneten Markteintritt zu garantieren und spätere Engpässe zu umgehen – diese Kosten muss der Produzent wieder einbringen. (2) Sie sind oft derart hoch, dass sie sich nur bedingt amortisieren, denn häufig lässt sich ein höheres Sicherheitsniveau nicht über den Preis auf die Konsumenten abwälzen: Gewisse Produkte lassen sich nicht belie-

⁵ BGHZ 51, 91, 107 f. – „Hühnerpest“.

⁶ BGH NJW 1990, 906 ff. – „Pferdeboxen“: Diese Konstellation ist besonders bedeutsam, wenn mangels verfügbarer Alternativkonstruktion unvermeidbare Risiken hingenommen werden, nun aber sicherheitstechnisch überlegene Substitutionsprodukte oder Werkstoffe in den Verkehr gelangen.

⁷ Vgl. hierzu BGHZ 181, 253 ff. – „Airbag“; *Anders*, PHi 2009, 230 ff.

⁸ *Klindt/Handorn*, NJW 2010, 1105, 1106.

⁹ Anschaulich *Klindt/Handorn*, NJW 2010, 1105, 1106; *Schmidt-Salzer*, BB 1988, 349, 351.



§ 1 Einführung

big verteuern, ohne dass Nutzer auf sie verzichten.¹⁰ Hersteller müssen aber ihrer Marktposition Rechnung tragen, für die Preissteigerungen entscheidend sein können. Dass sich die Absatzchancen und der Preis auf die zu fordernde Produktsicherheit auswirken müssen, ist deshalb heute auch weitgehend anerkannt.¹¹ (3) Diese herstellerepezifischen Erwägungen finden – idealerweise – eine Entsprechung auf Seiten der Produktnutzer, die ebenfalls über begrenzte Ressourcen verfügen und aus diesem Grunde oftmals auf ältere, meist kostengünstigere Technik zurückgreifen möchten oder aus Bequemlichkeit, Praktikabilität oder irrationalen Gründen – man denke nur an die Ablehnung von Sicherheitsgurten in den 1970er Jahren – auf neueste Errungenschaften der Technik verzichten. Diese Entscheidungen sind als Ausdruck verfassungsrechtlich verbürgter Selbstverantwortung (Art. 2 Abs. 1 GG) grundsätzlich zu respektieren.¹² (4) Die Bestimmung des notwendigen Sicherheitsstandards hat darüber hinaus auch eine wirtschaftspolitische Relevanz: Die Verschärfung von Anforderungen erhöht die Produktionskosten, was zu Nachfragerückgang und zu Marktverlagerungen führen kann, weil kleinere Unternehmen diese Kosten nicht mehr tragen können und vom Markt gedrängt werden oder eine Produktion schon nicht aufnehmen. Das schlägt, mit gewisser zeitlicher Verzögerung, auf die Produktnutzer durch, die Nachteile dieser Marktverengungen (steigende Kosten, fehlende Innovationsbereitschaft des Monopolisten) zu tragen haben.¹³

Diesen wirtschaftlichen und praktischen Zwängen vermochte sich der Bundesgerichtshof im „Hühnerpest“-Urteil (noch) nicht zu öffnen,¹⁴ später betonte er zunehmend, dass Anforderungen an die Produktsicherheit (auch) durch Zumutbarkeitserwägungen des Herstellers beeinflusst sind. Das hat er jüngst noch einmal bekräftigt und einen Kanon herstellerbezogener Zumutbarkeitskriterien aufgestellt,¹⁵ dadurch allerdings auch gewisse Ratlosigkeit in der Industrie ausgelöst.¹⁶ Es ist verständlich,

¹⁰ *Schmidt-Salzer*, Produkthaftung, Bd. III/1, Rn. 4.825; *Simitis*, Gutachten 47. DJT., C 48.

¹¹ Vgl. nur BGH NJW 1990, 906, 907 – „Pferdeboxen“; *Foerste*, in: *Foerste/Graf v. Westphalen*, § 24 Rn. 11; *J. Hager*, in: *Staudinger-BGB*, § 823 F 8.

¹² Das gilt nicht grenzenlos, gerade Produkte drohen oft Unbeteiligte zu verletzen, die von „Abreden“ zwischen Produktnutzer und Hersteller keine Kenntnis haben; diese divergierenden Interessen muss der Gesetzgeber bzw. Rechtsanwender – durch das Haftungsrecht – in Einklang bringen.

¹³ *Brendel*, Qualitätsrecht, S. 82 f.; *Canaris*, JZ 1968, 494, 506; *Mertens*, VersR 1980, 397, 404.

¹⁴ Das soll nicht heißen, dass das Verfahren der Beklagten nicht als pflichtwidrig eingeordnet werden konnte, es hätte aber weiterer Feststellungen bedurft. Der BGH begnügte sich letztlich mit der Feststellung, dass der Schaden durch einen Fehler des Produkts verursacht worden war (S. 102 sub 1.); so auch *Leßmann*, JuS 1978, 433, 435 Fn. 49; *Stoll*, AcP 176 (1976), 145, 168.

¹⁵ BGHZ 181, 253 Rn. 15, 18 – „Airbag“: „Maßgeblich für die Zumutbarkeit [einer Sicherheitsmaßnahme] sind [...] die wirtschaftlichen Auswirkungen der Sicherungsmaßnahme, im Rahmen derer insbesondere die Verbrauchergewohnheiten, die Produktionskosten, die Absatzchancen für ein entsprechend verändertes Produkt sowie die Kosten-Nutzen-Relation.“

¹⁶ *Burckhardt*, VersR 2009, 1592 („Anlass zur Sorge“); *Helmig*, QZ 2013, 22, 23 („aufgrund einer hohen Abstraktion in der Praxis bislang ohne durchgreifende Wirkung“); *Lenz*,



§ 1 Einführung

dass die Hersteller Rechtssicherheit verlangen und wissen möchten, wann ein Produktionsverfahren (noch) den rechtlichen Bestimmungen entspricht, um zivilrechtliche – und auch straf- und ordnungsrechtliche – Haftungsfolgen zu vermeiden. Die zentralen Fragen lauten daher: Wann ist es nicht mehr vertretbar, nach einer älteren, risikoreicheren Fabrikationsmethode zu produzieren, bis zu welchem Zeitpunkt können Hersteller von Änderungen des Produktionsverfahrens absehen und ihre Produkte unverändert weitervertrieben, welchen Sicherheitsabfall müssen Produktnutzer oder Dritte hinnehmen – kurz: Wie viel Sicherheit ist „gerade noch“ ausreichend?

*Fall 2:*¹⁷

Die Klägerin nahm unter anderem ihren behandelnden Arzt und die Trägerin einer Klinik wegen einer Darmverletzung in Anspruch, die bei einer Operation entstanden ist. Die Klägerin wurde in der Klinik der Beklagten mit sog. monopolarer Frequenzstrom behandelt, obwohl dieses Verfahren in Fachkreisen nicht länger empfohlen und stattdessen mit risikoärmerer bipolarer Frequenztechnik behandelt wurde; die Anschaffung eines solchen Geräts hatte die Beklagte zum Behandlungszeitpunkt bereits in die Wege geleitet. Über die Möglichkeit einer weniger risikoreichen Behandlung zu einem späteren Zeitpunkt oder aber in einer anderen Klinik klärte der Beklagte die Klägerin nicht auf. Der Bundesgerichtshof sah das Absehen von einer Behandlung mit monopolarer Frequenzstrom nicht als notwendig und das Handeln des Arztes somit nicht als haftungsbegründenden Behandlungsfehler an, denn „schon aus Kostengründen, anfangs möglicherweise auch wegen eines noch unzureichenden Angebotes auf dem Markt, [könne] nicht sofort jede technische Neuerung, die den Behandlungsstandard verbessern kann, von den Kliniken angeschafft werden“. „Es [müsse] für eine gewisse Übergangszeit ferner gestattet sein, nach älteren, bis dahin bewährten Methoden zu behandeln“. Eine Aufklärung über die Verfügbarkeit risikoärmerer Behandlungsmethoden könne die Klägerin ebenfalls nicht erwarten, weil der „Eingriff mit dem vorhandenen Gerät ärztlich noch zu verantworten war“ und keine „neue Therapiemöglichkeit“ entwickelt worden sei, sondern eine vorhandene Technik „nur durch technische Verbesserung unter Herabsetzung gleichgearteter Risiken fortentwickelt worden“ ist.¹⁸

Anders als in der „Hühnerpest“-Entscheidung stellt der Bundesgerichtshof also die Zumutbarkeitserwägungen des Schädigers in den Mittelpunkt seiner Entscheidung,

PHi 2009, 96 („Kopferbrechen“); *Klindt/Handorn*, NJW 2010, 1105, 1108 („Unruhe“ bei Herstellern, weil „handhabbare Kriterien fehlen“).

¹⁷ BGHZ 102, 17 ff.

¹⁸ Die Verringerung der Komplikationsrate lag, so BGHZ 102, 17, 27, „ohnehin [nur] im Promillebereich“.

berücksichtigt eine (offenbar) notwendige Übergangsphase, ein unzureichendes Marktangebot sowie ökonomische Zwänge und urteilt – aus Nutzersicht – deshalb eher streng. Die Begleitumstände mögen für die fehlende Notwendigkeit einer raschen Nachrüstung und die Zulässigkeit der Behandlung mit rückständiger Technik sprechen, wenngleich an der Nachvollziehbarkeit der Argumentation *in casu* durchaus Zweifel angemeldet werden können.¹⁹ Überraschender ist freilich, dass zwar eine Aufklärung über die spezifischen Risiken der gewählten (älteren) Behandlungsmethode, aber nicht jene über die Verfügbarkeit einer *deutlich* risikoärmeren Behandlungsalternative geschuldet sein soll,²⁰ wenn dem Patienten die Kenntnis divergierender Standards offenkundig fehlt; das lässt sich kaum mit arzt haftungsrechtlichen Besonderheiten erklären.²¹ Das methodische Grundproblem ist deshalb auch auf produkthaftungsrechtliche Fragestellungen übertragbar:²² Muss der Hersteller den Produktnutzer vor Gefahren seines Produkts warnen, wenn er das „veraltete“ Produkt noch in den Verkehr bringen darf? Muss er gar selbst darauf hinweisen, dass sein Produkt nicht mehr neuestem, „goldenen“ Standard entspricht,²³ Konkurrenten einen höheren Standard erreichen – und so eigene Absatzchancen gefährden?

Fall 3:²⁴

Der Klägerin wurde 1999 ein Herzschrittmacher implantiert, der von der deutschen Vertriebsgesellschaft einer US-amerikanischen Herstellerin bezogen wurde. Für die Produktion verwendete die US-amerikanische Herstellerin ein „Bauteil zur hermetischen Versiegelung“, das nicht mehr dem damals üblichen und offenbar notwendigen Sicherheitsstandard entsprach, also „veraltet“ war. Der Herzschrittmacher unter-

¹⁹ Dazu ausf. unter § 7, S. 243 ff.

²⁰ BGHZ 102, 17, 21 (Hervorhebung durch den Verfasser).

²¹ Angesichts der persönlichen Beziehung zwischen Patient und behandelndem Arzt und der – ohnehin – notwendigen Aufklärung über Risiken der Behandlung liegt das Gegenteil nahe: Aufklärung über Sicherheitsdefizite rückständiger Technik scheint hier eher geschuldet als i.R.d. Produkthaftungsrechts.

²² Produktnutzer und Patient befinden sich in vergleichbaren Konfliktsituationen: Sie können, im arzt haftungsrechtlichen Bereich mangels Expertise, im produkthaftungsrechtlichen Bereich (auch) mangels Einblick in Forschungsergebnisse und/oder Produktionsprozesse des Herstellers, Risikosituationen nicht bzw. nur begrenzt beurteilen und erweisen sich deshalb als besonders schutzbedürftig.

²³ Der „Goldstandard“ bezeichnet das jeweils genaueste oder beste verfügbare Verfahren, einen Krankheitszustand festzustellen oder zu therapieren. Das Absehen von diesem Standard begründet i.d.R. einen ärztlichen Behandlungsfehler (vgl. nur OLG Hamm BeckRS 2014, 06218).

²⁴ Angelehnt an BGH NJW 2015, 3096 ff. – „Herzschrittmacher“; LG Stendal BeckRS 2013, 14604; AG Stendal BeckRS 2013, 14605; OLG Hamm BeckRS 2010, 28859 (Parallelverfahren). Siehe auch BGH NJOZ 2014, 567 ff. (Vorlage zur Vorabentscheidung) und die anschließende Entscheidung des EuGH (NJW 2015, 1163 ff.). Den Urteilen lagen jeweils Regressklagen der Krankenversicherer zugrunde; zwecks einfacher Darstellung und mangels Relevanz für die hier behandelten Fragestellung wird auf diese Besonderheit (auch im Folgenden) nicht weiter eingegangen.

lag deshalb einem „sukzessiven Verfall“ und wies eine 17 bis 20-mal höhere Ausfallwahrscheinlichkeit als andere Modellgruppen desselben Herstellers sowie anderer Hersteller auf.²⁵ Ein Testverfahren, um künftiges Versagen zu prognostizieren, ließ sich nicht entwickeln; Signale, die rechtzeitig auf einen Ausfall hindeuteten, gab das Implantat nicht.²⁶ Durch Hinweise im Rahmen einer Rückrufaktion wurde die Klägerin auf das Sicherheitsdefizit aufmerksam, ließ ihren Herzschrittmacher austauschen und verlangte von der deutschen Vertriebsgesellschaft unter anderem die angefallenen Kosten.²⁷

Ob sich die rückständige Technik tatsächlich in einem lebensbedrohlichen Sicherheitsdefizit niederschlug, blieb in diesem Fall unklar; gleiches gilt in Fällen, in denen rückständige Fabrikationsmethoden oder „veraltete“ Produktionsmaschinen die Gefahr von Fehlfabrikaten „nur“ erhöhten, aber (noch) nicht festzustellen ist, ob und gegebenenfalls welches Produkt deshalb hinter dem vorgesehenen Sicherheitsstandard zurückbleibt. Offenkundig ist deshalb die Frage, ob bereits ein sog. Fehlerverdacht²⁸ haftungsbegründend sein kann und Betroffenen wegen eigener, in ihrer Notwendigkeit gerade zweifelhafter Gefahrabwendungsmaßnahmen, etwa dem Austausch des Herzschrittmachers, Ersatzansprüche zustehen. Glücklicherweise ließ sich *in concreto* ein Versagen des Implantats und damit der – wenngleich wenig wahrscheinliche – Tod seines Trägers noch durch Warnung und späteren operativen Austausch abwenden. Im Regelfall wird der Hersteller nach Inverkehrbringen des Produkts, aber vor Schadenseintritt, nicht auf Sicherheitsdefizite hinweisen, die er, möglicherweise auch im Glauben fehlender Pflichtwidrigkeit, gerade bewusst in Kauf genommen hat – wie beispielsweise in

²⁵ Die Herstellerin ging zunächst von einer Fehlerquote von mindestens 0,17% bis 0,51%, in einem späteren Hinweisschreiben von 0,31% bis 0,88% aus. Unklar blieb, ob sie das „veraltete“ Bauteil im Glauben verwendete, dass es kein Sicherheitsdefizit begründen würde, bewusst (aus Kostengründen?) „unsichere“ Produkte in den Verkehr brachte oder irrtümlich darauf zurückgriff, vgl. AG Stendal BeckRS 2013, 14605.

²⁶ Anders offenbar BGH NJW 2015, 2507 ff. – „Defibrillatoren“.

²⁷ Die Gerichte entschieden über Haftung aus ProdHaftG (diese bleibt nach § 6 Abs. 4 MPG möglich), nicht aus unerlaubter Handlung nach § 823 Abs. 1 BGB, weil die Beklagte nur Vertriebshändlerin (und zugleich alleinige EU-Importeurin) war und mangels Kenntnis von Konstruktions- und Fabrikationsprozessen des Produzenten nicht für in diesen Stadien unterlaufende Pflichtverletzungen haftet (so – zu Recht – die ganz h.M., vgl. BGH NJW 1989, 1219 ff. – „Klapprad“; LG Köln NJW-RR 1987, 864 f.; Wagner, in: MüKo-BGB, § 823 Rn. 794 m.w.N.). Anhaltspunkte für eine eigenständige, ggf. haftungsbegründende Untersuchungspflicht (vgl. OLG Celle NJW-RR 2006, 526, 527 – „Pendelrollenlager“) bestand nicht. Weiter geht die strenge, lediglich fehlerabhängige Haftung aus § 4 Abs. 2 ProdHaftG für die Vertriebshändler, die in den europäischen Wirtschaftsraum importieren.

²⁸ Streng genommen ist es nicht präzise, in diesem Fall von einem Fehlerverdacht zu sprechen, schließlich steht fest, dass jedes Produkt der betroffenen Charge fehlerhaft ist, nämlich unter einer erhöhten Ausfallwahrscheinlichkeit leidet und lediglich offenbleibt, ob sich das erhöhte Ausfallrisiko realisiert. Nicht anders ist es in Fällen, in denen z.B. rückständige Fabrikationsmethoden zu einer erhöhten Quote von Fehlfabrikaten führen, bis zum Schadensfall allerdings nicht feststellbar ist, welches Produkt fehlerhaft ist (siehe dazu auch *Fall 4*).

*Fall 4.*²⁹

Die Beklagte stellte kohlenensäurehaltige Limonaden her, die sie in Einheits-Mehrwegflaschen abfüllte und in den Handel brachte. Als der Kläger eine solche Flasche aus einem Getränkekasten nahm, zerbarst sie und ein Splitter traf ihn im Gesicht, wodurch er sein rechtes Auge verlor und einen Teil der Sehkraft des linken Auges einbüßte. Zu derartigen Explosionen neigen insbesondere Flaschen, die mit kohlenensäurehaltigen Getränken befüllt werden und durch kleine Risse im Glas bereits geschädigt sind. Die genaue Ursache der Explosion blieb unklar: Einerseits blieben die Vorkehrungen, welche die verklagte Herstellerin zur Aussonderung beschädigter Flaschen bzw. älterer und damit eher zu Rissen neigender Flaschen³⁰ traf (zum Beispiel Auffinden stark beanspruchter Flaschen durch Sichtprüfungen, Befüllung mit erhöhtem Vorspanndruck), hinter dem erforderlichen und zumutbaren Standard zurück. Andererseits konnte die Flasche aber auch erst auf dem Transportwege beschädigt worden sein oder gar durch unachtsames Hantieren des Geschädigten selbst³¹ oder sie litt aus anderen Gründen an einem kleinen Haarriss auf atomarer Ebene, der nach damals neuesten Erkenntnissen nicht einmal mit dem Mikroskop erkennbar gewesen wäre.³² Dann hätte nicht einmal fortschrittlichste Sicherheitstechnik den Schadensfall verhindert.

Das wirft Zweifel an der notwendigen Kausalität auf, schließlich gilt der „Grundsatz, dass auf den Verkehrspflichtigen nicht das allgemeine Lebensrisiko abgewälzt werden darf.“³³ Verbleiben aber Risiken, die sich durch eine rückschrittliche Konstruktions- oder Fabrikationsweise „nur“ potenzieren, bleibt offen, welches Risiko sich im Schadensfall verwirklicht: Bei Ausfall des Herzschrittmachers hätte sich nicht aufklären lassen, ob sich das erlaubte oder das erhöhte Risiko des „veralteten“ Bauteils realisierte, bei der Behandlung mit monopolarer statt bipolarer Frequenzstrom wäre unklar geblieben, ob sich eine ohnehin bestehende Komplikationsrate oder die erhöhten Risiken der älteren Behandlungsmethode verwirklichten, und bei berstenden Mehrwegglasflaschen, ob die schadenstiftende Flasche durch Verwendung neuester Abfüllmethoden ausgesondert worden wäre; der Produktnutzer würde beweisfällig bleiben – und ohne Schutz. Dass sich das Ausfallrisiko im „Herzschrittmacher“-Fall als 20-mal höher darstellte, mag den (nachvollziehbaren)

²⁹ Angelehnt an BGHZ 104, 323 ff. – „Limonadenflasche I“.

³⁰ Vgl. OLG Frankfurt VersR 1993, 845, 847 (Gefahr des Zerberstens von Flaschen mit vierjähriger Umlaufzeit signifikant höher als bei einjährigen Flaschen).

³¹ *In concreto* ließ sich ein Anstoß oder ein Herabfallen der Flasche durch den Kläger als einzige Schadensursache durch Sachverständigenbeweis ausschließen.

³² OLG München BeckRS 2011, 10312 – „Piccoloflasche“; OLG Koblenz NJW-RR 1999, 1624, 1626.

³³ OLG Koblenz BeckRS 1998, 11400; siehe auch *Steffen*, in: RGRK, § 823 Rn. 139.



Wunsch auslösen, dem Produktnutzer mit Beweislastumkehr zu helfen – mit der Konsequenz, dass der Hersteller zumindest im exemplarischen 21. Schadensfall über Gebühr haftet, denn er kann den Gegenbeweis nicht führen. Wie verhält es sich aber bei „nur“ 2-mal, 5-mal oder 10-mal höherem Risiko?

B. Gang der Darstellung

Die Beantwortung der aufgeworfenen Fragestellungen bestimmt den Gang dieser Arbeit. Übergeordnetes Ziel ist die Bestimmung der notwendigen Produktsicherheit bei späterem Fortschritt von Wissenschaft und Technik, insbesondere bei der Serienproduktion. Die sog. Nachmarktkontrolle, vor allem die allgegenwärtige Rückrufdiskussion, soll hingegen weitgehend ausgeblendet werden, vielmehr bildet die Entscheidung über progressive Maßnahmen, zum Beispiel eine Änderung der Produktkonzeption, eine Nachrüstung des Maschinenparks oder eine ergänzende Instruktion, den Schwerpunkt dieser Untersuchung.³⁴ Die Arbeit gliedert sich in zwei Kapitel: Im ersten Kapitel werden die Grundlagen der Produktionsentscheidung des Herstellers geschildert. § 2 dient der Einführung in die wichtigsten Haftungstatbestände, vor allem der verschiedenen produkthaftungsrechtlichen Verkehrspflichten. Erläutert werden die dogmatischen Grundzüge und die einzelnen Ausprägungen, insbesondere Konstruktions-, Instruktions- und Warnpflichten sowie die Möglichkeit der Berücksichtigung wirtschaftlicher Zwänge im Rahmen der Zumutbarkeitsabwägungen als pflichtbegrenzendes Moment. Die Darstellung beschränkt sich indes nicht allein auf die Produzentenhaftung nach § 823 Abs. 1 BGB, sondern nimmt auch jene nach dem Produkthaftungsgesetz in den Blick. Denn auch wenn Rechtsprechung und Literatur seit geraumer Zeit annehmen, dass die produktspezifischen Verkehrspflichten eines Herstellers und der Fehlerbegriff des § 3 Abs. 1 ProdHaftG nach denselben Kriterien zu bestimmen sind, handelt es sich um zwei voneinander unabhängige Haftungsregime, was auch eine unterschiedliche Haftung im Einzelfall nahelegt. Zwar mag die Unterschreitung des einen Fehler begründenden Sicherheitsstandards im Sinne des § 3 Abs. 1 ProdHaftG mit einer haftungsbegründenden Verkehrspflichtverletzung gemäß § 823 Abs. 1 BGB oft identisch sein – zwingend ist dieser Schluss, gerade in den hier zu behandelnden Grenzfällen, allerdings keineswegs. Für die Strukturierung der deliktischen Herstellerpflichten und vor allem zur Bestimmung der notwendigen Produktsicherheit ist es deshalb unumgänglich, die dogmatischen Unterschiede zwischen beiden Haftungstatbeständen herauszuar-

³⁴ Eine Beobachtung des Marktes ist freilich mittelbar geschuldet, schließlich muss ein Hersteller Entwicklungen der Technik und Fortschritt der Wissenschaft verfolgen, um zu erkennen, ob sein eigenes Produkt noch hinreichend sicher erscheint und in unveränderter Form weiterhin in den Verkehr gebracht werden darf.



§ 1 Einführung

beiten, soll die Kumulierung der Haftungssysteme nicht zu einer überobligatorischen Haftung des Herstellers oder zu Schutzlosigkeit der Nutzer führen.

§ 3 behandelt die Pflichten des Herstellers zur Ermittlung wissenschaftlich-technischen Fortschritts als Grundlage einer produktspezifischen Risikoanalyse. Dies umfasst Gegenstand, Umfang und Grenzen der Produktbeobachtung, die verschiedenen haftungsrechtlich relevanten technischen Standards, die Forschungsanstrengungen bei einem Gefahrenverdacht sowie zusammenhängende Beweisfragen: Das Erkennen und gegebenenfalls die Erforschung einer Gefahrenlage ist unabdingbare Voraussetzung einer Risikoanalyse und damit adäquater Reaktion. Neben technischen Standards bestimmt sich die Erforderlichkeit der Gefahrabwendung nach allgemeiner Ansicht auch nach der Sicherheitserwartung der betroffenen Verkehrskreise, die bestimmt werden muss, soll sie nicht zu einem Instrument der (nachträglichen) Haftungsbegründung verkehrt werden.

Der Klärung von Schutzbereich und Zurechnungszusammenhang bei den Verkehrspflichten dient § 4. Bei der Bestimmung des „gerade noch“ ausreichenden Sicherheitsniveaus darf eine umfassende Untersuchung nicht Halt machen, sondern muss auch „Fehlsteuerungen“ einbeziehen, die drohen, wenn Hersteller trotz Verletzung ihrer Pflichten nicht haften. Problematisch ist die Zurechenbarkeit späterer Schäden, wenn Nutzer (mittelbare) Selbstverletzungen herbeiführen, weil sie fehlerhafte Produkte in Kenntnis der Risiken weiterhin nutzen oder die Schadensabwendung selbst vornehmen, da sie den Eintritt eines Schadens fürchten, zum Beispiel bei einem Fehlerverdacht. Anknüpfungspunkt ist die in *Fall 3* geschilderte Konstellation, die sich in ähnlicher Form auch bei (drohenden) Sachschäden ergeben kann, wenn also ein Unternehmer (möglicherweise) fehlerhafte Stoffe in eine Gesamtsache einbringt und dadurch deren Nutzbarkeit beeinträchtigt. Angesichts der jahrzehntelangen Diskussion um die deliktsrechtliche Einordnung dieser sog. Produktionsschäden soll hier allerdings die Frage im Vordergrund stehen, unter welchen Voraussetzungen selbstverletzende Handlungen des Nutzers den Zurechnungszusammenhang unterbrechen; ihre Beantwortung muss auch die Reichweite eines gegebenenfalls geschuldeten Rückrufs einbeziehen.

Die Anforderungen an die Produktsicherheit in technologischen Übergangsphasen festzustellen, ist Ziel des zweiten Kapitels dieser Arbeit. Die „notwendige“ Produktsicherheit lässt sich bei der verschuldensabhängigen deliktischen Haftung freilich nicht abstrakt bestimmen, sondern richtet sich nach den Sicherheitsanstrengungen, die von einem Hersteller zur Erfüllung seiner Verkehrspflichten gefordert werden. Entscheidend ist deshalb die Konkretisierung der deliktischen Verkehrspflichten (*Fall 1 und 2*). Eine solche Konkretisierung ist für die Produzentenhaftung nach