

E. Smarte Reaktionspflichten des Herstellers

Wurde im vorangegangenen Kapitel festgestellt, dass ein durch die Digitalisierung zur Verfügung stehender erhöhter Datenbestand auch mit einer verstärkten Verantwortung des Herstellers im Rahmen seiner Produktbeobachtungspflicht einhergeht, sollen nun die durch die Digitalisierung der Produktlandschaft erweiterten Reaktionsmöglichkeiten auf eine erkannte Produktgefahr und sich daraus ergebenden Verantwortlichkeiten des Herstellers untersucht werden. Da smarte Produkte aufgrund ihrer Vernetzung die Möglichkeit einer unmittelbaren Kommunikation und Interaktion zwischen Hersteller und Nutzer ermöglichen, können die entsprechenden Maßnahmen individuell und zielgerichtet erfolgen, sodass von smarten Reaktionsmaßnahmen bzw. Reaktionspflichten gesprochen werden kann.

I. Bedeutung der Reaktionspflichten

Die bloße Produktbeobachtung i.e.S. verhindert noch keinen Schadensfall und würde für sich genommen der Verantwortung des Herstellers nach der Inverkehrgabe nicht gerecht. Umgekehrt führt eine Verletzung der Produktbeobachtung i.e.S. zu keiner Haftung des Herstellers, sollte dieser, weil er etwa zufällig von der Gefahr Kenntnis genommen hat, angemessen reagieren.¹¹¹⁷ Mit Blick auf die Haftungsbegründung kommt damit den Reaktionspflichten maßgebliche Bedeutung zu. Diese schließen sich an die gewonnenen Erkenntnisse des Herstellers an und sollen eine effektive Gefahrenabwehr und den Schutz des Nutzers und Dritter sicherstellen.

Dabei ist zwischen noch nicht ausgelieferten und bereits in Verkehr gebrachten Produkten zu unterscheiden. Von den noch nicht in den Verkehr gebrachten Produkten gehen keine Gefahren für Dritte aus, sodass es hier ausreichend ist, die Auslieferung zu stoppen und abhängig vom konkreten Sicherheitsdefizit die Konstruktion, Fabrikation oder Instruktion anzupassen.¹¹¹⁸ Denn aufgrund der auf den Zeitpunkt des Inverkehrbrin-

1117 Dazu *Wagner*, VersR 2014, 905 (907).

1118 *Förster*, in: BeckOK, BGB, § 823, Rn. 743; BGH, NJW 1994, 3349 (3350); BGH, NJW 1990, 906 (908).

gens konkretisierten Sorgfaltspflichtbestimmung führt eine erkannte Gefahr zur Fehlerhaftigkeit der später noch in Verkehr gebrachten Produkte. Mit der Anpassung des Herstellungsprozesses soll einem diesbezüglichen Fehlervorwurf entgegengewirkt werden.¹¹¹⁹ Dagegen erweist sich die Gefahrenabwehr bei bereits ausgelieferten Produkten als schwieriger, da diese die unmittelbare Einwirkungssphäre des Herstellers verlassen haben und im Feld eine fortwährende Gefahr für Dritte darstellen.¹¹²⁰ Im Ausgangspunkt muss es darum gehen, den Wissensvorsprung, den der Hersteller aufgrund der erlangten Informationen über den Sicherheitszustand des Produkts hat, an den nichtsahnenden und folglich ungeschützten Produktnutzer heranzutragen.¹¹²¹ Die bisherige Fokussierung der Gefahrenabwendungsmaßnahmen auf die Warnung und den Rückruf, beruht dabei weniger auf rechtlichen Erwägungen als mehr auf den tatsächlichen Gegebenheiten analoger Produkte.¹¹²² Auch hier muss gelten, dass die Produktbeobachtungspflicht die Weiterentwicklung des Standes von Wissenschaft und Technik zu berücksichtigen hat.¹¹²³ So sind aufgrund der Vernetzung der Produkte Maßnahmen wie zielgerichtete Warnungen, fehlerbehebende Updates oder gar die Deaktivierung eines Produkts per Fernzugriff möglich.¹¹²⁴

II. Herkömmliche Reaktionspflichten

Um beurteilen zu können, unter welchen Voraussetzungen diese neuartigen Reaktionsmöglichkeiten in Betracht kommen und in welchem Verhältnis sie zueinanderstehen, müssen zunächst die herkömmlichen bzw. analogen Reaktionspflichten beleuchtet werden. Allerdings fehlt es bereits bei einer begrifflichen Abgrenzung der Gefahrenabwendungsmaßnahmen an einer

1119 Ausführlich zur Auswirkung wissenschaftlich-technischen Fortschritts für die Herstellerpflichten bereits aufgelegter Produkte *Helte*, Anforderungen an die Produktsicherheit, S. 167 ff.

1120 So auch *Förster*, in: BeckOK, BGB, § 823, Rn. 744.

1121 *Klindt*, DAR 2023, 7 (7).

1122 Vgl. auch *Meents/Obradovic*, ZfPC 2022, 13 (14) und *Meents*, in: FS Taeger, S. 13 (19).

1123 Vgl. nochmals *Wende*, in: Sassenberg/Faber (Hg.), Industrie 4.0 und Internet of Things, § 4, Rn. 22 und *Piovano/Schucht/Wiebe*, Produktbeobachtung in der Digitalisierung, S. 70.

1124 Vgl. *Hartmann*, in: Knappertsbusch/Gondlach (Hg.), Arbeitswelt und KI 2030, S. 63 (68 f., 71); *Klindt*, DAR 2023, 7 (8).

einheitlichen Terminologie.¹¹²⁵ Für eine leichtere Unterscheidung bietet es sich aber an, zwischen der Warnung auf der einen Seite und den Reaktionspflichten jenseits der Warnung auf der anderen Seite zu unterscheiden.¹¹²⁶ Während bei einer Warnung lediglich Informationen übermittelt werden, zielen weitergehende Reaktionsmaßnahmen auf die herstellerseitige Einwirkung auf das Produkt ab.¹¹²⁷

1. Ausgangspunkt: Pflegebetten-Entscheidung des BGH

Gerade der Umfang und die Reichweite der herstellerseitigen Reaktionspflichten gehört aber zu den strittigsten Bereichen der Produkthaftung. In den „Apfelschorf“-Fällen¹¹²⁸, in denen die Produktbeobachtungspflicht gewissermaßen aus der Taufe gehoben wurde, schwieg der BGH noch hinsichtlich der Reaktionspflichten des Herstellers, die über eine Warnung der Verbraucher hinausgehen.¹¹²⁹ Ergangene Entscheidungen der Instanzgerichte divergierten in der Sache oder ließen eine Auseinandersetzung mit den Voraussetzungen und dem Verhältnis der jeweiligen Reaktionsmaßnahmen vermissen.¹¹³⁰ Zwar hat der BGH bereits in der strafrechtlichen „Lederspray“-Entscheidung eine Rückrufflicht des Herstellers bejaht,¹¹³¹ jedoch offengelassen, welche Maßnahmen als „Rückruf“ in Betracht kommen, wie sich dieser zur Warnung verhält und wie die Frage der Kostentragung zu beurteilen ist.¹¹³² Bereits aufgrund der fehlenden Herleitung und

1125 Teilweise wird der Begriff „Rückruf“ ohne weitere Differenzierung als Maßnahmen zur Gefahrenabwehr jeglicher Art verstanden, welcher auch die Warnung umfassen soll, so *Lenz*, in: *Lenz*, Produkthaftung, § 4, Rn. 2 und *Stöhr*, in: FS Müller, S. 173 (Fn. 1).

1126 Eine Differenzierung zwischen Warnung und weitergehenden Sicherungspflichten wird auch vom BGH in der Pflegebetten-Entscheidung vorgenommen, vgl. BGH NJW 2009, 1080 (1081, Rn. 11).

1127 Vgl. *Lüftenegger*, Die Rückrufflicht des Herstellers, S. 26 f.; *Lüftenegger*, DAR 2016, 122 (122); *Xylander*, Die Verantwortlichkeit des Herstellers automatisierter PKW, S. 162; ähnlich auch *Huber*, Rechtsfragen des Produktrückrufs, S. 12.

1128 BGH, NJW 1981, 1606 und BGH, NJW 1981, 1603.

1129 So auch *Wagner*, in: MüKo, BGB, § 823, Rn. 1122.

1130 Vgl. die Auflistung bei *Lenz*, in: *Lenz*, Produkthaftung, § 4, Rn. 5 ff. und *Lüftenegger*, Die Rückrufflicht des Herstellers, S. 169 ff. sowie *Stöhr*, in: FS Müller, S. 173 (175 ff.); *Burckhardt*, VersR 2007, 1601 „Die bisherige Rechtsprechung [...] zeigt keine einheitliche Linie“.

1131 BGH, NJW 1990, 2560.

1132 Vgl. *Wagner*, in: MüKo, BGB, § 823, Rn. 1122; *Foerste*, in: *Foerste/Graf v. Westphalen* (Hg.), Produkthaftungshandbuch, § 24, Rn. 331 „auf geradezu irritierende

der generellen Schwierigkeit der Übertragung auf die zivilrechtliche Dogmatik musste eine Bezugnahme auf diese Entscheidung zur Begründung einer zivilrechtlichen Rückrufpflicht als Überinterpretation angesehen werden.¹¹³³ Ebenso zeichnete sich in der juristischen Literatur ein breites und uneinheitliches Meinungsspektrum ab.¹¹³⁴ Mit der Pflegebetten-Entscheidung aus dem Jahr 2008 bezog der BGH erstmalig in der Sache Stellung zu den deliktsrechtlichen Warn- und Rückrufpflichten der Hersteller.¹¹³⁵ Auch wenn in der Entscheidung die Frage nach dem Umfang der Reaktionspflichten nicht abschließend beantwortet wurde,¹¹³⁶ hat der BGH doch Leitplanken für eine entsprechende Prüfung vorgegeben. Im Folgenden sollen daher die höchstrichterlichen Aussagen aus der Pflegebetten-Entscheidung dargestellt und untersucht werden, inwieweit sie einer kohärenten Dogmatik folgen und daher auch auf die smarten Reaktionspflichten übertragbar sind.

2. Effektivität der Gefahrenabwehr als Maxime

Bei den Reaktionspflichten handelt es sich wie bei den übrigen Herstellerpflichten um eine Konkretisierung der allgemeinen Verkehrspflichten, sodass sich der Pflichtenumfang danach richtet, was zur Gefahrenabwehr objektiv erforderlich und zumutbar ist.¹¹³⁷

Auch der BGH geht in seiner Pflegebetten-Entscheidung im Sinne dieses Zweiklangs vor,¹¹³⁸ rückt aber das Kriterium der Erforderlichkeit in den Mittelpunkt.¹¹³⁹ Bei der Auslegung des Kriteriums der Erforderlichkeit ist indes zu berücksichtigen, dass bei den Reaktionspflichten eine andere Ausgangslage als bei den übrigen Produzentenpflichten besteht. Denn es geht nicht um die präventive Vermeidung einer Gefahr im Rahmen des Produktionsprozesses, sondern um die Abwehr einer bereits bestehenden Produktgefahr im Feld. In dieser Konstellation liegt aber eine „rechtsdog-

Weise übergangen“ und „daher wenig hilfreich bei der Klärung der Rückruf-Problematik“; *Lüftenegger*, Die Rückrufpflicht des Herstellers, S. 168.

1133 So *Molitoris*, NJW 2009, 1049 (1051).

1134 Vgl. die Nachweise bei *Lenz*, in: *Lenz*, Produkthaftung, § 4, Rn. 39.

1135 BGH, NJW 2009, 1080.

1136 Vgl. dazu *Wagner*, in: *MüKo*, BGB, § 823, Rn. 1122; *Lüftenegger*, Die Rückrufpflicht des Herstellers, S. 206.

1137 *Lüftenegger*, Die Rückrufpflicht des Herstellers, S. 154.

1138 BGH, NJW 2009, 1080 (1081, Rn. 12; 1082, Rn. 20).

1139 So auch *Lüftenegger*, Die Rückrufpflicht des Herstellers, S. 212.

matische Grenzsituation¹¹⁴⁰ vor, denn der deliktsrechtliche Schutz ist auf die in § 823 Abs. 1 BGB aufgezählten Rechte und Rechtsgüter beschränkt. Damit sind primäre Vermögensschäden nur ausnahmsweise im Falle einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung nach § 826 BGB oder nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. einem vermögensschützenden Schutzgesetz ersatzfähig. Es entspricht dem Sinn und Zweck des Deliktsrechts, den Interessen des Geschädigten am Erhalt der Unversehrtheit seiner Rechtsgüter (status quo) Rechnung zu tragen und dort eingetretene Schäden zu kompensieren (Integritätsinteresse). Dagegen soll es keinen Ausgleich für das durch eine mangelhafte Lieferung gestörte Austauschverhältnis zwischen Sachleistung und Kaufpreiszahlung schaffen (Äquivalenzinteresse). Dies ist dem vertraglichen Gewährleistungsrecht vorbehalten.¹¹⁴¹ Qualitätsmängel am Produkt ohne Sicherheitsrelevanz können dem Hersteller deliktsrechtlich daher nicht entgegengehalten werden.¹¹⁴²

Da das Deliktsrecht nicht das Nutzungs- oder Äquivalenzinteresse, sondern ausschließlich das Integritätsinteresse schützt, kann im Rahmen der Erforderlichkeit aber nicht maßgeblich auf die objektive Verkehrserwartung abgestellt werden, sondern muss das Kriterium eigenständig ausgelegt werden.¹¹⁴³ Maßgebliche Bedeutung erlangt dabei die Effektivität der Gefahrenabwehr.¹¹⁴⁴ Vor diesem Hintergrund bestimmt sich die Erforderlichkeit daher ergebnisorientiert danach, wie die Gefahr tatsächlich abgewehrt werden kann und weniger nach dem dafür eingesetzten Mittel.¹¹⁴⁵

In diesem Sinne stellt der BGH gleich zu Beginn seiner Pflgebetten-Entscheidung klar, dass die „Sicherungspflichten des Herstellers nach Inverkehrbringen seines Produkts [...] nicht notwendig auf die Warnung vor etwaigen Gefahren beschränkt“ sind und erkennt damit erstmalig ausdrücklich¹¹⁴⁶ die Existenz weitergehender deliktsrechtlicher Sicherungspflichten an.¹¹⁴⁷ Dies gilt jedenfalls für Fälle, in denen eine solche Maßnahme „im konkreten Fall erforderlich ist, um Produktgefahren [...] effektiv abzuwehren“.¹¹⁴⁸ Maßgeblich für die Annahme solcher weitergehender Si-

1140 So Kettler, VersR 2009, 272 (275).

1141 Vgl. nur BGH NJW 2009, 1080 (1082, Rn. 19) m.w.N.

1142 Wagner, Deliktsrecht, Kap. 9, Rn. 4.

1143 Feststellung bei Lüftenegger, Die Rückrufflicht des Herstellers, S. 154.

1144 BGH, NJW 2009, 1080 (1081 f., Rn. 11 f., 16 ff.).

1145 Lüftenegger, Die Rückrufflicht des Herstellers, S. 213.

1146 Zur Bedeutung vorangegangener Nichtannahmebeschlüsse des BGH im Zusammenhang mit Rückruf-Entscheidungen vgl. Stöhr, in: FS Müller, S. 173 (179 f.).

1147 BGH, NJW 2009, 1080 (1081, Rn. 11).

1148 BGH, NJW 2009, 1080 (1081, Rn. 12).

cherungspflichten ist damit die Effektivität der Gefahrbeseitigung für die bedrohten Rechtsgüter sowie das Vorhandensein gleich effizienter Alternativenmaßnahmen.¹¹⁴⁹ Die Reichweite der Gefahrenabwehrungsmaßnahmen kann daher immer nur unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls entschieden werden.¹¹⁵⁰ Auch wenn der BGH in der Pflegebetten-Entscheidung dezidiert offen ließ, welche Konsequenzen sich aus seinen Grundsätzen für die Reaktionspflichten der Hersteller im Allgemeinen ergeben,¹¹⁵¹ lassen sich doch Orientierungen entnehmen, wann eine bloße Warnung nicht mehr ausreichend ist.

3. Verhältnis von Warnung und Rückruf

a) Ausgangslage

Die Warnung der Produktnutzer kann als Mindeststandard der Reaktion angesehen werden.¹¹⁵² Hierdurch wird die eingangs beschriebene Informationsasymmetrie zwischen Hersteller und Nutzer ausgeglichen und Letzterer zur eigenen Gefahrensteuerung befähigt. Dies gilt insbesondere bei einem anfänglichen Instruktionsfehler. Versäumnisse im Rahmen der Instruktionspflicht können durch weitere Warnungen, Ergänzungen oder den Austausch der Betriebsanleitung korrigiert werden.¹¹⁵³ Weitergehende Sicherungsmaßnahmen scheiden hier schon deshalb aus, weil bei angemessener Handhabung vom Produkt selbst keine Gefahren ausgehen.¹¹⁵⁴ Aber auch im Übrigen befähigt die Warnung den Produktnutzer im Ausgangspunkt zu einer eigenverantwortlichen Gefahrensteuerung. Es verwundert daher nicht, dass der BGH in seiner Pflegebetten-Entscheidung gleich zu Beginn seiner Ausführungen die Warnung in den Vordergrund rückt.¹¹⁵⁵ Aus Gründen der Effektivität der Gefahrenabwehr kann der Hersteller aber über die Warnung hinaus verpflichtet sein, dafür Sorge zu tragen, dass

1149 Burckhardt, VersR 2007, 1601.

1150 BGH, NJW 2009, 1080 (1081, Rn. 13).

1151 Vgl. BGH, NJW 2009, 1080 (1082, Rn. 20).

1152 Wagner, VersR 2014, 905 (907 f.).

1153 Allgemeine Meinung, vgl. nur BGH NJW 1986, 1863 (1864); Ackermann, in: NK-ProdR, § 823 BGB, Rn. 131; Schwenger, JZ 1987, 1059 (1061); Klindt, BB 2009, 792 (795); Michalski, BB 1998, 961 (965).

1154 Schwenger, JZ 1987, 1059 (1061).

1155 BGH, NJW 2009, 1080 (1081, Rn. 10): „insbesondere Reaktionspflichten zur Warnung“.

ein bereits ausgeliefertes gefährliches Produkt aus dem Verkehr gezogen wird oder nicht mehr benutzt wird.¹¹⁵⁶ In diesem Sinne wird die Warnung vom Rückruf abgegrenzt.¹¹⁵⁷ Der Rückruf zielt gerade auf die Erwirkung der Rückgabe eines bereits in den Verkehr gebrachten Produkts ab, vgl. § 2 Nr. 24 ProdSG.¹¹⁵⁸

b) Fallgruppen einer Rückrufflicht

Wurde festgestellt, dass ein Rückruf neben der Warnung in Betracht kommt, ist zu untersuchen, in welchen Fallgruppen dies möglich ist. Die Marschroute ist dabei nach oben Gesagtem bereits vorgegeben. Erst wenn eine Warnung im Einzelfall aus Gründen der Effektivität der Gefahrenabwehr nicht ausreichend ist, das Integritätsinteresse zu schützen, kommt ein Rückruf als ultima ratio in Betracht.¹¹⁵⁹ Die zu diesem Zweck vom BGH vorgenommene Fallgruppenbildung, die sich allerdings nicht als abschließend versteht, soll im Folgenden untersucht werden.¹¹⁶⁰

aa) Warnung nicht ausreichend zur Gefahren einschätzung und Verhaltensanpassung

Voraussetzung einer hinreichend effektiven Warnung muss sein, dass diese beim Produktnutzer eine ausreichende Gefahrenkenntnis schafft und ihm die Gefahrensteuerung ermöglicht. Daher können Sicherungspflichten des Herstellers dann über eine Warnung hinausgehen, wenn Grund zur Annahme besteht, dass auch eine hinreichend deutliche und detaillierte

1156 BGH, NJW 2009, 1080 (1081, Rn. 11).

1157 BGH, NJW 2009, 1080 (1081, Rn. 11); vgl. auch *Handorn*, MPR 2009, 37 (39).

1158 Der BGH verweist noch auf die Vorgängernorm des § 2 Abs. 17 GPSG.

1159 Vgl. *Voigt*, in: BeckOGK, BGB, § 823, Rn. 682; *Förster*, in: BeckOK, BGB, § 823, Rn. 751; *Kettler*, VersR 2009, 272 (275); *Pieper*, BB 1991, 985 (988); *Xylander*, Die Verantwortlichkeit des Herstellers automatisierter PKW, S. 166; in der Wortwahl zurückhaltender, in der Sache aber wohl identisch *Lenz*, in: *Lenz*, Produkthaftung, § 4, Rn. 52; *Xia*, Die Pflicht zum Produktrückruf, S. 46 weist darauf hin, dass die Argumentation juristisch zu verstehen ist und sich in der Praxis ein umgekehrtes Bild zeigen kann; in tatsächlicher Hinsicht anders auch *Bodewig*, Der Rückruf fehlerhafter Produkte, S. 280.

1160 BGH, NJW 2009, 1080 (1081, Rn. 11): „können etwa dann weiter gehen“.

Warnung den Produktnutzern nicht ausreichend ermöglicht, die Gefahr einzuschätzen und ihr Verhalten darauf einzurichten.¹¹⁶¹

Schon im Ausgangspunkt kann eine Warnung beim Verwender kein Gefahrenbewusstsein schaffen, wenn der Hersteller bereits weder die Gefahr noch wirksame Maßnahmen zu ihrer Beseitigung darstellen kann, etwa weil er selbst den Produktfehler und seine Auswirkungen noch nicht hinreichend beurteilen kann.¹¹⁶² Eine Warnung, die aufgrund mangelnden Erkenntniswissens beim Hersteller über die Gefahr nicht hinreichend deutlich und detailliert erfolgen kann, versetzt den Produktnutzer schon nicht in die Lage, die drohenden Gefahren und mögliche Folgen zu erkennen und sein Verhalten daran auszurichten.¹¹⁶³

Welche Konstellationen der BGH darüber hinaus selbst im Blick hatte, ergibt sich aus den in den Entscheidungsgründen angeführten Belegen. Dabei sind zunächst Sonderfälle gemeint, in denen die bloße Warnung die zunächst bestehende Informationsasymmetrie hinsichtlich der Gefahrenträchtigkeit des Produkts zwischen Hersteller und Nutzer nicht hinreichend effizient ausgleichen kann. Dies ist zum einen dann der Fall, wenn bereits aufgrund konstruktiver Schwächen des Produkts Gefahren trotz deutlicher und wahrgenommener Warnung leicht und immer wieder in der Verwendung übersehen werden können,¹¹⁶⁴ das Produkt also so beschaffen ist, dass die Warnung nur schwer Gefahrenbewusstsein schaffen kann.¹¹⁶⁵ Zum anderen wird die gefährdete Personengruppe in den Fokus genommen und weitergehende Pflichten für möglich gehalten, sollten diese – man denke an Kinder, welche die Produkte nutzen – nur eingeschränkt in der Lage sind, die Gefahr auf die Warnung hin selbst zu steuern.¹¹⁶⁶

1161 BGH, NJW 2009, 1080 (1081, Rn. 11).

1162 Zwar vom BGH nicht aufgegriffen, so aber *Lüftenegger*, Die Rückrufpflicht des Herstellers, S. 219.

1163 Dies entspricht der Linie des BGH zur komplementär zu beurteilenden Instruktionspflicht (vgl. dazu *Ackermann*, in: NK-ProdR, § 823 BGB, Rn. 133), wo „jedenfalls in den Fällen, in denen erhebliche Körper- oder Gesundheitsschäden durch eine Fehlanwendung des Produkts entstehen können, auch die Funktionszusammenhänge klar gemacht werden [müssen], so daß erkennbar wird, warum das Produkt gefährlich ist“ (BGH, NJW 1992, 560 (561)); vgl. auch *Bodewig*, Der Rückruf fehlerhafter Produkte, S. 255 f.

1164 Insoweit wird auf BGH NJW 1994, 3349 verwiesen, wo konstruktiv ein Stecker versehentlich leicht in eine falsche Steckdose gesteckt werden konnte.

1165 Dazu *Lüftenegger*, Die Rückrufpflicht des Herstellers, S. 220.

1166 Ein Hinweis hierzu findet sich auch in der zitierten Rspr. BGH NJW 1994, 3349 (351), ergibt sich aber v.a. aus den zitierten Literaturfundstellen, insbesondere

Ferner soll es Konstellationen geben, in denen eine Warnung zwar die Informationsasymmetrie ausgleichen kann, der Benutzer aber trotzdem nicht in der Lage ist, die Gefahr zu vermeiden oder zu entscheiden, ob er sich ihr aussetzt.¹¹⁶⁷ In der Literatur wird versucht, diese Konstellation mit Leben zu füllen, indem auf Fälle abgehoben wird, in denen die Gefahr trotz Nichtbenutzens des Produkts fortbesteht oder das Nichtbenutzen als Selbstschutzmaßnahme schlicht nicht möglich ist und der Produktnutzer der Gefahr daher nicht ausweichen kann.¹¹⁶⁸ Bereits hier zeigt sich aber eine schwierige Grenzziehung. Denn dass eine Nichtbenutzung die Gefahr nicht beseitigt, dürfte in den allerseltensten Konstellationen der Fall sein.¹¹⁶⁹ Regelmäßig kann der ausreichend gewarnte Nutzer durch die schlichte Nichtnutzung selbst verhindern, dass sich das identifizierte Risiko im Schadensereignis realisiert.¹¹⁷⁰ In diesem Zusammenhang wird etwa angeführt, dass man nicht aus seiner Wohnung ausziehen könne, wenn von der Baustoffsubstanz aufgrund verwendeter giftiger Materialien Gefahren ausgingen.¹¹⁷¹ Allerdings ist es auch hier möglich, seinem Grundstück schlicht fernzubleiben, um einen Schadenseintritt zu verhüten.¹¹⁷² Ein aus der Nichtbenutzung für den Nutzer resultierender Schaden ist nämlich unbeachtlich, da dieser allein auf die Mangelhaftigkeit des Produkts bei Erwerb zurückzuführen ist und daher allein die enttäuschte Vertragserwartung betrifft.¹¹⁷³ Damit rücken aber Fallkonstellationen in den Vordergrund, in denen die Nichtbenutzung des gefährlichen Produkts zwar möglich, für den Gewarnten aber unzumutbar erscheint. Indes hat die Warnung in diesen Fällen in tatsächlicher Hinsicht für eine hinreichende Gefahrenkenntnis und Gefahrensteuerungsmöglichkeit gesorgt. Damit ist die Warnung aber nicht aus sich heraus als Informationsmedium unzureichend, vielmehr ergibt sich ihre Ineffektivität aus Gründen, die in der Sphäre des Nutzers liegen. Die

Bodewig, Der Rückruf fehlerhafter Produkte, S. 268, vgl. *Lüftenegger*, Die Rückrufflicht des Herstellers, S. 220.

1167 Auch diese Fallgruppe ergibt sich aus einem Verweis auf *Bodewig*, Der Rückruf fehlerhafter Produkte, S. 257, 268.

1168 *Bodewig*, Der Rückruf fehlerhafter Produkte, S. 257; *Lüftenegger*, Die Rückrufflicht des Herstellers, S. 220; *Voigt*, in: BeckOGK, BGB, § 823, Rn. 681; *Reusch*, BB 2017, 2248 (2252) sieht sogar allein hier eine Warnung für nicht ausreichend an.

1169 Vgl. ausführlicher unter E.II.6.a).

1170 *Klindt*, BB 2009, 792 (793).

1171 So *Hager*, in: Staudinger, BGB, § 823, Rn. F 25.

1172 Krit. daher *Foerste*, in: *Foerste/Graf v. Westphalen* (Hg.), Produkthaftungshandbuch, § 24, Rn. 336, 346.

1173 BGH, NJW 2009, 1080 (1083, Rn. 25).

für den Nutzer unzumutbare Gefahrensteuerung kann damit nicht mit Fällen der tatsächlich unmöglichen Gefahrensteuerung gleichgestellt werden.¹¹⁷⁴ Gleichwohl kann die unzumutbare Gefahrensteuerung als eigene Fallgruppe unter weiteren Voraussetzungen Berücksichtigung finden.

bb) Hinwegsetzen über eine Warnung

Auch wenn eine Warnung ausreichende Gefahrenkenntnis schafft und dem Nutzer die Gefahrensteuerung ermöglicht, kann sie zur Gefahrenabwehr nicht hinreichend effektiv sein. Denn es kann Konstellationen geben, in denen sich der informierte Produktnutzer über eine Warnung hinwegsetzt, sodass weiterhin Gefahren von dem Produkt und seiner Verwendung ausgehen. So kommen weitergehende Sicherungspflichten in Betracht, wenn Grund zur Annahme besteht, dass sich die Produktnutzer – auch bewusst – über die Warnung hinwegsetzen und dadurch Dritte gefährden.¹¹⁷⁵

Allerdings ist zum einen die Tragweite dieser Konstellation schwer zu ermessen,¹¹⁷⁶ da offen bleibt, anhand welcher Kriterien zu beurteilen ist, in welchen Situation sich ein Produktnutzer nachvollziehbarerweise über eine verstandene Warnung hinwegsetzen wird. Zum anderen bestehen auch dogmatische Bedenken, bei einem solchen Fehlverhalten des Nutzers von einer weitergehenden Verantwortung des Herstellers auszugehen.¹¹⁷⁷

(1) Drittgefährdung als zentrale Voraussetzung

Zunächst kommt bei einem Hinwegsetzen über eine Warnung der Drittgefährdung maßgebliche Bedeutung zu.

1174 So wohl auch der BGH, der das Hinwegsetzen über eine Warnung als eigene Fallgruppe bei vorhandener Gefahrensteuerungsmöglichkeit diskutiert, vgl. BGH, NJW 2009, 1080 (1081, Rn. 11).

1175 BGH, NJW 2009, 1080 (1081, Rn. 11); anders noch LG Frankfurt a.M., BeckRS 2008, 2795, wonach „die aus der Weiternutzung resultierende Gefährdungshaftung aufgrund der von der Klägerin [=Herstellerin] ergriffenen Maßnahmen auf den Nutzer übergehen“, zustimmend *Handorn*, MPR 2009, 37 (42).

1176 So *Foerste*, in: *Foerste/Graf v. Westphalen* (Hg.), *Produkthaftungsbandbuch*, § 24, Rn. 338.

1177 *Lüftenegger*, *Die Rückrufpflicht des Herstellers*, S. 230 nennt dies „[b]emerkenswert“.

Denn in Fällen der Drittgefährdung bestehen gerade unzureichende Selbstschutzmöglichkeiten der Dritten. Hierin besteht der Grund der erweiterten Sicherungspflichten. Denn Dritte werden von einer Warnung regelmäßig nicht erreicht bzw. haben auch bei einer öffentlichen Warnung¹¹⁷⁸ regelmäßig keinen Einfluss darauf, die Gefahr zu verhindern oder ihr auszuweichen.¹¹⁷⁹ Die Annahme weitergehender Sicherungspflichten steht in diesem Fall ganz im Zeichen der Effektivität der Gefahrenabwendung. Zwar mag auch der über die Produktgefahren informierte Nutzer eigene Pflichten der Allgemeinheit gegenüber haben. Ein solch nachträglicher Haftungsübergang kann allerdings bei der Beurteilung präventiver Gefahrenabwehrmaßnahmen nur nachgelagerte Bedeutung zukommen.¹¹⁸⁰ Ein dem unbeteiligten Geschädigten gegen den Nutzer zugebilligter Schadensersatz verhindert den Schaden nämlich nicht, sondern liquidiert ihn lediglich.¹¹⁸¹ In diesen Fällen darf sich der Hersteller nicht auf die Gefahrensteuerung durch den Nutzer verlassen, sondern muss unmittelbar selbst auf den Gefahrenherd einwirken.¹¹⁸² Mit einem größeren – weil über das alleinige Integritätsinteresse des Produktnutzers hinausgehenden – Gefährdungspotential geht auch ein erweiterter Pflichtenumfang des Herstellers einher.¹¹⁸³

Von einer Unterbrechung des Kausal- bzw. Zurechnungszusammenhangs durch die weitere Verwendung des gefährlichen Produkts durch den gewarnten Produktnutzer ist damit nicht auszugehen.¹¹⁸⁴ Andernfalls bliebe eine Verletzung der über die Warnung hinausgehenden Sicherungspflicht des Herstellers unberücksichtigt.¹¹⁸⁵ Dies stellt sich auch vor dem Hinter-

1178 Eine solche aber hält *Handorn*, MPR 2009, 37 (42) in dieser Konstellation für ausreichend.

1179 *Lüftenegger*, Die Rückrufpflicht des Herstellers, S. 222; *Lüftenegger*, NJW 2018, 2087 (2090); *Bodewig*, Der Rückruf fehlerhafter Produkte, S. 266 f.; *Meents/Obradovic*, ZfPC 2022, 13 (17 f.); auch *Foerste*, in: *Foerste/Graf v. Westphalen* (Hg.), *Produkthaftungshandbuch*, § 24, Rn. 358 hält daher in dieser Konstellation eine Rückrufpflicht für „am ehesten denkbar“; ähnlich *Burckhardt*, VersR 2007, 1601 (Fn. 40).

1180 *Burckhardt*, VersR 2007, 1601.

1181 In diese Richtung auch *Bodewig*, Der Rückruf fehlerhafter Produkte, S. 267; diesem Umstand schenken *Pieper*, BB 1991, 985 (989) und *Molitoris*, NJW 2009, 1049 (1051) indes zu wenig Bedeutung.

1182 So schon v. *Bar*, in: *Lieb* (Hg.), *Produktverantwortung und Risikoakzeptanz*, S. 29 (41).

1183 *Lüftenegger*, NJW 2018, 2087 (2090).

1184 Sehr krit. *Klindt*, BB 2009, 792 (794, Fn. 21).

1185 Konsequente Folgerung bei *Kettler*, VersR 2009, 272 (275).

grund der allgemeinen Dogmatik als konsequent dar.¹¹⁸⁶ Denn durch das Inverkehrbringen eines gefährlichen Produkts schafft der Hersteller erst die entscheidende Ursache für den Schadensverlauf, auf den der unbeteiligte Dritte keinen Einfluss nehmen kann, sodass eine gänzliche Verlagerung der Verantwortung auf den Produktnutzer ausscheiden muss.¹¹⁸⁷ Es lässt sich eben von einer besonderen Gefahrenlage sprechen, die der Hersteller geschaffen hat und die es dem Produktnutzer erst ermöglicht, eine nachträgliche Warnung in den Wind zu schlagen. Hinzu kommt, dass beim Hinwegsetzen über die Warnung ohnehin nur solche Fälle berücksichtigt werden, bei denen dieses Verhalten noch dem entspricht, was nach der allgemeinen Lebenserfahrung vorhersehbar ist.

Dagegen kommt dem Kriterium des Hinwegsetzens über eine Warnung bei alleiniger Gefährdung des Produktnutzers keine Bedeutung zu.¹¹⁸⁸ Der entscheidende Unterschied bei der Beurteilung der Frage nach der Unterbrechung des Kausalzusammenhangs liegt dabei in der Perspektive. Während sich das Hinwegsetzen des Nutzers über eine Warnung aus der Sicht anderer Geschädigter als Fehlverhalten eines Dritten darstellt, handelt es sich gegenüber dem Nutzer selbst um einen vorsätzlichen – wenn auch häufig vorhersehbaren – Missbrauch.¹¹⁸⁹ Nach allgemeinen Grundsätzen sind Sicherungsmaßnahmen gegenüber sich selbst schädigenden Personen allerdings nur zur Abwendung eines vorhersehbaren und nahe liegenden Fehlverhaltens geboten, während zum Schutz unbeteiligter Dritter auch vorsätzlich-missbräuchliches Fehlverhalten zu berücksichtigen ist.¹¹⁹⁰ Eben diese unterschiedlichen Sorgfaltsanforderungen zeichnet auch der BGH bei seiner Fallgruppenbildung hinsichtlich der Rückruffpflichten nach. Er differenziert zwischen Rückruffpflichten zu Gunsten des Nutzers bei fehlender Möglichkeit zur Gefahreinschätzung und Verhaltensanpassung durch eine Warnung einerseits und Rückruffpflichten zu Gunsten Dritter beim Hinwegsetzen über eine Warnung durch den Produktnutzer anderer-

1186 Anders Foerste, in: Foerste/Graf v. Westphalen (Hg.), Produkthaftungshandbuch, § 24, Rn. 360 f.

1187 Stöhr, in: FS Müller, S. 173 (185); Lüftenegger, NJW 2018, 2087 (2090); in diese Richtung auch Schwenzer, JZ 1987, 1059 (1061); i.E. auch Huber, Rechtsfragen des Produktrückrufs, S. 47 ff. und Xia, Die Pflicht zum Produktrückruf, S. 37.

1188 Dogmatisch stellt sich dabei die Frage, ob die entsprechende Selbstschutzmöglichkeit des Nutzers die Verkehrspflicht entfallen lässt oder lediglich im Rahmen des Mitverschuldens nach § 254 BGB zu berücksichtigen ist, vgl. allgemein Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts II/2, S. 414 f.

1189 Dies gerade aber verkennt Schmidt, Produktrückruf und Regress, S. 80.

1190 Vgl. oben C.III.2.d)bb)(2)α).

seits.¹¹⁹¹ Dass allein das Hinwegsetzen über eine Warnung für die Annahme von Rückruffpflichten nicht ausreichend ist, macht der BGH sprachlich deutlich, indem er die Gefährdung Dritter gerade als kumulative Voraussetzung („und dadurch Dritte gefährden“) formuliert.¹¹⁹² Hier bestehen die weitergehenden Sicherungspflichten nicht zum Schutz des selbst zur Gefahrensteuerung in der Lage befindlichen Produktnutzers, sondern mit dem Ziel, unbeteiligte Dritte zu schützen. Umgekehrt entstehen folglich weitergehende Pflichten des Herstellers regelmäßig nicht, wenn der Produktnutzer sich durch das Hinwegsetzen über die Warnung alleinig selbst gefährdet.¹¹⁹³ Hierin spiegelt sich der produkthaftungsrechtliche Grundsatz wider, dass der Produktnutzer grundsätzlich für die Beherrschung der Gefahren in der Nutzungsphase gegenüber sich selbst verantwortlich ist.¹¹⁹⁴

(2) Übereinstimmung mit Systematik des Produkthaftungsrechts

Damit hat der Hersteller im Rahmen seiner Reaktionspflichten ein voraussichtlich nicht konformes Verhalten des Produktnutzers zu berücksichtigen. Inwieweit sich dies in die Systematik des Produkthaftungsrechts einfügt, soll im Folgenden untersucht werden.

α) Vergleich mit Instruktionspflicht

Betrachtet man die Warnung, so drängt sich ein struktureller Vergleich mit der Instruktionspflicht vor der Inverkehrgabe auf. In beiden Fällen geht von dem Produkt eine Gefahr aus und besteht hinsichtlich der Gefahrenkenntnis eine Informationsasymmetrie zwischen Hersteller und Nutzer, die durch die Warnung bzw. Instruktion ausgeglichen werden soll. Der Pro-

1191 Vgl. BGH, NJW 2009, 1080 (1081, Rn. 11).

1192 BGH, NJW 2009, 1080 (1081, Rn. 11).

1193 So bereits *Tamme*, Rückrufkosten, S. 77 ff.; anders noch *Bodewig*, Der Rückruf fehlerhafter Produkte, S. 257, 268 ff., der nachfolgende Fallgruppen auch bei der bloßen Gefährdung des Nutzers für relevant hält; wie hier *Lüftenegger*, Die Rückruffpflicht des Herstellers, S. 215; wohl auch *Stöhr*, in: FS Müller, S. 173 (184); anders, allerdings ohne Auseinandersetzung mit dem Wortlaut des BGH *Schmidt*, Produktrückruf und Regress, S. 83 und *Xia*, Die Pflicht zum Produktrückruf, S. 81 f., die im Fall der Drittgefährdung zwar eher zu Rückruffpflichten kommen, diese aber nicht als fallentscheidend ansehen.

1194 Vgl. *Lüftenegger*, Die Rückruffpflicht des Herstellers, S. 215.

duktnutzer wird dabei durch die Information zur eigenverantwortlichen Gefahrensteuerung befähigt.¹¹⁹⁵

Auch im Rahmen der Instruktionspflicht erweitert sich der Pflichtenkreis des Herstellers mit Blick auf ein Fehlverhalten des Nutzers bei der Verwendung. So hat der Hersteller den Nutzer auch hinsichtlich eines naheliegenden Fehlgebrauchs – sollte dieser nicht schon (zumutbar) konstruktiv ausgeschlossen werden können – zu instruieren. Eine Ausnahme vom Prinzip, dass der Produktnutzer nicht vor selbstverschuldeten Gefahren geschützt werden muss, ist also keine Neuschöpfung der Pflegebetten-Entscheidung.¹¹⁹⁶ Allerdings sind die Herstellerpflichten beim bestimmungswidrigen Gebrauch begrenzt. Der Hersteller hat weder vor Schadensrisiken zu warnen, die so offensichtlich zu Tage treten, dass sie zum allgemeinen Gefahrenwissen der Produktnutzer gehören, noch vor missbräuchlicher Verwendung des Produkts. Nach oben hin endet damit die Herstellverantwortung bei der Überschreitung des naheliegenden Fehlgebrauchs. Stellt sich der Fehlgebrauch als äußert leichtfertig oder vorsätzlich dar,¹¹⁹⁷ wird der Hersteller nicht mehr als Verantwortlicher betrachtet, sondern wird die eigentliche Gefahrenquelle im Verhalten des Produktnutzers gesehen.¹¹⁹⁸ Erst recht missbräuchlich handelt ein Nutzer, der sich über eine Warnung hinsichtlich des naheliegenden Fehlgebrauchs hinwegsetzt und das Produkt instruktionswidrig verwendet. Auch hier trifft den Hersteller keine Verantwortlichkeit. Anders geht der BGH in seiner Pflegebetten-Entscheidung vor, indem er bei einem bewussten Hinwegsetzen über eine Warnung dem Hersteller weitere Sicherungspflichten aufgibt, obwohl dieses Fehlverhalten des Nutzers die anfängliche herstellenseitige Instruktionsverantwortung nicht auslösen würde, sondern als missbräuchliches Verhalten gewertet werden würde.¹¹⁹⁹ Insoweit wirkt sich ein missbräuchliches Fehlverhalten des Nutzers trotz der strukturellen Vergleichbarkeit von anfänglicher Instruktion und Warnung als Reaktionspflicht unterschiedlich auf den Pflichtenkreis des Herstellers aus. Eine Widersprüchlichkeit mag man auch mit Blick auf einen anfänglichen Instruktionsfehler ausmachen. Dieser kann

1195 Zur Vergleichbarkeit *Lüftenegger*, Die Rückruffpflicht des Herstellers, S. 232.

1196 *Xia*, Die Pflicht zum Produktrückruf, S. 53; vgl. auch *Lüftenegger*, Die Rückruffpflicht des Herstellers, S. 231.

1197 Vgl. BGH, NJW 1999, 2815 (2816).

1198 *Oechsler*, in: Staudinger, BGB, § 3 ProdHaftG, Rn. 64; OLG Bamberg, NJW-RR 2010, 902 (903).

1199 Plakativ *Klindt*, BB 2009, 792 (794 f.); *Lüftenegger*, Die Rückruffpflicht des Herstellers, S. 232 ff.

durch die schlichte Nachholung der Information korrigiert werden, ohne dass ein mögliches Hinwegsetzen über eine solche nachgelieferte Warnung überhaupt diskutiert wird.¹²⁰⁰ Schon gar nicht werden in diesem Fall weitergehende Reaktionsmaßnahmen in Betracht gezogen, sondern reicht es aus, dass eine Warnung deutlicher erfolgt oder prominenter platziert wird.¹²⁰¹ Indes war bei einem Instruktionsfehler anfänglich eben auch nur die Instruktion geschuldet, sodass ein nachträgliches Mehr an Reaktion nicht sachgerecht wäre.

Aber auch im Übrigen greift es zu kurz, einen Bruch mit der Systematik des Produkthaftungsrechts auszumachen.¹²⁰² Denn die Vergleichbarkeit dürfte sich gerade auf die strukturelle Natur erschöpfen. Hinsichtlich der unterschiedlichen Berücksichtigung des Missbrauchs durch den Produkt-nutzer divergieren schon die Ausgangslagen. Eine anfängliche Instruktion gibt dem Nutzer zumindest die Möglichkeit, einen erfolgten Warnhinweis in seine Kaufentscheidung einzubeziehen und vom Erwerb abzusehen, sollte sich die von ihm beabsichtigte Verwendung nicht innerhalb der Grenzen der allgemeinen Zweckbestimmung des Produkts halten und daher gefährlich sein.¹²⁰³ Dagegen soll eine nachträgliche Warnung den Nutzer gerade davon abhalten, das Produkt entsprechend seiner allgemeinen Zweckbestimmung zu benutzen. Aufgrund seiner Gefährlichkeit soll der Nutzer das Produkt gar nicht mehr benutzen. Selbst im Rahmen der anfänglichen Instruktion ist die Herstellerverantwortung umso eher angesprochen, je näher der Fehlgebrauch am eigentlichen bestimmungsgemäßen Gebrauch erfolgt.¹²⁰⁴ Zudem wird die psychologische Hemmschwelle, ein bereits erworbenes Produkt ersatzlos nicht mehr zu benutzen, regelmäßig höher sein, als ein Produkt von vorneherein gar nicht zu erwerben.¹²⁰⁵ Darüber hinaus ist auch die Schutzrichtung, warum der Hersteller ein pflichtwidriges Verhalten des Nutzers berücksichtigen muss, eine Unterschiedliche. Die Instruktion beim naheliegenden Fehlgebrauch dient in erster Linie dem

1200 Vgl. *Klindt*, BB 2009, 792 (795).

1201 Vgl. *Lüftenegger*, Die Rückruffpflicht des Herstellers, S. 233.

1202 So aber *Lüftenegger*, Die Rückruffpflicht des Herstellers, S. 234.

1203 *Xia*, Die Pflicht zum Produktrückruf, S. 54; *Klindt*, BB 2009, 792 (Fn. 18) weist dagegen darauf hin, dass nachträgliche Warnungen (wenn denn gelesen) sogar wohl eine größere Wahrnehmungsintensität als eine beigelegte Instruktion haben.

1204 Vgl. dazu mit Beispielen aus der Rspr. *Taeger*, in: NK-ProdR, § 3 ProdHaftG, Rn. 42.

1205 *Xia*, Die Pflicht zum Produktrückruf, S. 54; auf der anderen Seite weist *Klindt*, BB 2009, 792 (Fn. 18) darauf hin, dass nachträgliche Warnungen wohl sogar eine größere Wahrnehmungsintensität als eine beigelegte anfängliche Instruktion haben.

Schutz des Produktnutzers bei der Verwendung des Produkts und schützt die Allgemeinheit nur reflexartig dadurch, dass der Nutzer das Produkt auch nicht in drittgefährdender Weise verwendet. Dagegen zielen die weitergehenden Reaktionspflichten des Herstellers bei einem vermuteten Hinwegsetzen über eine Warnung gerade ausschließlich auf den Schutz Dritter ab,¹²⁰⁶ wo eben auch vorsätzlich-missbräuchliches Fehlverhalten zu berücksichtigt ist (s.o.). Vor diesem Hintergrund lässt sich eine Ausweitung der Herstellerverantwortung auch bei einem missbräuchlichen Hinwegsetzen des Nutzers über eine Warnung rechtfertigen.

β) Objektiv zu bestimmende Sorgfaltsanforderungen

Dem Kriterium des Hinwegsetzens über eine Warnung Bedeutung bei der Bemessung des Pflichtenumfangs zukommen zu lassen, wird eine systemwidrige Subjektivierung objektiver Sorgfaltsanforderungen nachgesagt.¹²⁰⁷ Zu einer solchen Subjektivierung mag es zwar kommen, wenn man die Sorgfaltspflicht des Herstellers tatsächlich an der subjektiven Lustlosigkeit oder Ignoranz des individuellen Produktnutzers ausrichtet, eine nachträgliche Warnung zu befolgen.¹²⁰⁸ Einer Subjektivierung kann indes dadurch begegnet werden, dass die Fälle, in denen ein „Grund zu der Annahme besteht“, nach objektivierten Kriterien bestimmt werden. Insoweit ist die richtige Perspektive einzunehmen. Es kommt nicht maßgeblich auf ein möglicherweise unvernünftiges Verhalten eines individuellen Nutzers an, sondern darauf, ob der Hersteller anhand objektiver Kriterien damit rechnen muss, dass eine Warnung missachtet wird.¹²⁰⁹ Insoweit ist es auch

1206 Diese unterschiedliche Schutzrichtung sieht auch *Lüftenegger*, Die Rückrufpflicht des Herstellers, S. 234, ohne aber daraus eine Rechtfertigung für eine unterschiedliche Behandlung der Konstellationen zu ziehen.

1207 Deutlich *Klindt*, BB 2009, 792 (795) bei der „richterrechtlich entwickelte Figur der Verkehrssicherungspflicht – geht es immer um verobjektivierbare Pflichten, nicht um subjektive Bequemlichkeiten“; ähnlich *Lüftenegger*, Die Rückrufpflicht des Herstellers, S. 236 f.

1208 Dies unterstellt jedenfalls *Klindt*, BB 2009, 792 (794 f.) der Pflegebetten-Entscheidung; auch *Handorn*, MPR 2009, 37 (42) lehnt die Fallgruppe des BGH dagegen ab; dagegen aber *Lüftenegger*, Die Rückrufpflicht des Herstellers, S. 223 und *Lüftenegger*, NJW 2018, 2087 (2090).

1209 In diese Richtung auch *Xylander*, Die Verantwortlichkeit des Herstellers automatisierter PKW, S. 168 und *Xia*, Die Pflicht zum Produktrückruf, S. 55.

gerade Aufgabe der objektiv zu bestimmenden Sorgfaltspflichten, einer in der Praxis eingerissenen Nachlässigkeit entgegenzuwirken.¹²¹⁰

Entscheidend ist damit, in welchem Ausmaß sich der Hersteller berechtigterweise auf die Gefahrensteuerung durch andere verlassen darf.¹²¹¹ Mit der Wahl dieser Perspektive kann auch dem Argument begegnet werden, dass im Ergebnis unvernünftiges Verhalten prämiert werde, indem Nutzer, die eine Warnung bewusst ignorieren, besser gestellt werden als diejenigen, die einer Warnung Folge leisten und die Nutzung einstellen.¹²¹² Nicht die Gruppe der Nutzer, die sich irrational und ignorant darstellt, soll mit einem Rückruf bedacht werden, sondern die Gruppe, bei der aufgrund objektiver Kriterien davon auszugehen ist, dass sie sich über eine Warnung hinwegsetzt.¹²¹³ So verstanden wird es auch weniger um Ignoranz als vielmehr um aner kennenswerte Gründe gehen, einer Warnung nicht Folge zu leisten. Mit der hier dargestellten Auslegung entsteht auch kein Missbrauchspotential oder eine Anreizwirkung dahingehend, dass Nutzer bewusst eine Weiternutzung anstreben könnte, um den Pflichtenkreis des Herstellers hin zu einem Rückruf zu erweitern.¹²¹⁴ Die Objektivität der Verkehrspflichten anzuerkennen, bedeutet demnach nicht, die Geeignetheit des vom BGH gewählten Maßstabs generell in Zweifel zu ziehen, sondern ist lediglich bei der Ausfüllung zu berücksichtigen.

(3) „Grund zu der Annahme“

Bereits aufgezeigt wurde, dass irrationale Motive der Produktnutzer, die Warnung zu ignorieren, nicht zu weitergehenden Handlungspflichten des Herstellers führen können. Insoweit ist es nicht Sache des Herstellers, seine Gefahrenabwehrmaßnahme so attraktiv wie möglich auszugestalten, um einem bewussten Fehlverhalten des Nutzers entgegenzuwirken.¹²¹⁵ Es stellt sich daran anschließend aber die Frage, nach welchen objektiven Kriterien

1210 Allgemein *Grundmann*, in: MüKo, BGB, § 276, Rn. 38.

1211 So auch *v. Bar*, in: Lieb (Hg.), Produktverantwortung und Risikoakzeptanz, S. 29 (42).

1212 So aber *Wagner*, JZ 2009, 905 (910); angedeutet auch bei *Thürmann*, NVersZ 1999, 145 (146).

1213 In diese Richtung auch *Lüftenegger*, NJW 2018, 2087 (2091).

1214 Aufgeworfen, wenn gleich in der Sache relativiert von *Eichelberger*, in: *Ebers et al.*, (Hg.), Künstliche Intelligenz und Robotik, S. 190 und *Lüftenegger*, Die Rückrufpflicht des Herstellers, S. 238 ff.

1215 So auch *Lüftenegger*, Die Rückrufpflicht des Herstellers, S. 222 f.

zu bestimmen ist, ob sich ein Produktnutzer über eine Warnung hinwegsetzen wird. Denn jedenfalls im Ausgangspunkt wird ein Eigeninteresse des Nutzers bestehen, sich durch die Verwendung eines gefährlichen Produkts nicht eigenen Schadensrisiken auszusetzen und sich nicht durch eine gefährliche Weiterverwendung Dritten gegenüber schadensersatzpflichtig zu machen.¹²¹⁶

Erkennt man mit dem BGH an, dass das Hinwegsetzen über eine Warnung als Missbrauch durch den Produktnutzer die Reaktionspflichten des Herstellers erweitert, liegt es nahe, dies jedenfalls nur bei einem naheliegenden bzw. vorhersehbaren Hinwegsetzen über die Warnung zu tun. Das Kriterium der Vorhersehbarkeit wird auch im Rahmen des bestimmungswidrigen Gebrauchs herangezogen, um eine Ausnahme von dem Prinzip, dass der Produktnutzer vor selbstverschuldeten Gefahren nicht geschützt werden muss, zu begründen. Es liegt daher nahe, die Herstellerverantwortung beim Missbrauch als gesteigerter Form des Fehlgebrauchs auch davon abhängig zu machen, ob mit diesem billigerweise noch gerechnet werden muss, er also vorhersehbar oder üblich ist.¹²¹⁷ Mit der Warnung nimmt der Hersteller zwar eine Entwidmung des Produkts für den allgemeinen Verwendungszweck vor, sodass eine Weiternutzung als Missbrauch einzuordnen ist.¹²¹⁸ Dies sagt aber noch nichts darüber aus, ob eine Weiternutzung und damit ein Missbrauch aufgrund bestimmter Faktoren naheliegend sein kann und daher mit Blick auf die Drittfährdung eine Warnung nicht mehr ausreichend ist.

α) Verkenntung der Produktgefahr

Ein vorhersehbares Hinwegsetzen über eine Warnung kommt zunächst bei einer drohenden Verkenntung der Produktgefahr in Betracht.¹²¹⁹ Gemeint sind Fälle, in denen die Warnung zwar die bestehende Informationsasymmetrie hinreichend ausgleicht und den Nutzer zur eigenen Gefahrensteue-

1216 Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“, Bericht vom 15. April 2019, S. 198.

1217 Dass sich Missbrauch und Vorhersehbarkeit nicht zwangsläufig ausschließen, zeigt die Sniffing-Entscheidung des BGH, vgl. BGH, NJW 1981, 2514 (2516); vgl. zum naheliegenden Missbrauch auch BGH, NJW 1972, 2217 (2221).

1218 Ähnlich *Foerste*, in: *Foerste/Graf v. Westphalen* (Hg.), *Produkthaftungshandbuch*, § 24, Rn. 345, 361.

1219 *Lüftenegger*, Die Rückrufflicht des Herstellers, S. 224 f.; *Foerste*, in: *Foerste/Graf v. Westphalen* (Hg.), *Produkthaftungshandbuch*, § 24, Rn. 360.

rung befähigt, in denen es gleichwohl zu befürchten gilt, dass der Produkt-nutzer die Gefahr herunterspielen wird.¹²²⁰

Ein solches Verhalten liegt insbesondere dann nahe, wenn für den Nutzer keine Anhaltspunkte gegeben sind, dass gerade sein individuelles Produkt fehlerhaft ist.¹²²¹ Dies ist insbesondere bei Produkten möglich, die bereits über längere Zeit einwandfrei funktioniert haben und bei denen zudem kein Konstruktions-, sondern ein Fabrikationsfehler vorliegt.¹²²² Ob einem solchen Herunterspielen der Gefahr tatsächlich mit einer deutlich oder gar drastisch formulierten Warnung entgegengewirkt werden kann, darf bezweifelt werden.¹²²³ Insoweit ist nämlich zwischen dem vorhandenen Gefahrenbewusstsein und der falschen Gefahreinschätzung zu trennen. Ein Gefahrenbewusstsein liegt bei den Nutzern in diesen Fällen vor. Allerdings schätzen sie die individuelle Eintrittswahrscheinlichkeit einer Rechts-gutsverletzung als gering ein. Einem solchen Verständnis wird aber auch mit einer noch so drastischen Warnung nicht begegnet werden können, da der Hersteller schon darlegen müsste, warum gerade das Produkt des individuellen Nutzers betroffen sein sollte und er daher gerade bei sich mit einer Verwirklichung der Produktgefahr zu rechnen hat. Eine solch eindeutige Identifizierung der fehlerhaften Produkte ist ihm aber gerade bei einem Fabrikationsfehler regelmäßig nicht möglich.

β) Unzumutbare Gefahrensteuerung

In diesem Zusammenhang ist auch eine für den Produktnutzer unzumut-bare Gefahrensteuerung zu diskutieren. Kommt für den Nutzer im Rahmen der Gefahrensteuerung lediglich die Nichtbenutzung des Produkts in Be-tracht und stellt sich diese für den Nutzer als unzumutbar heraus, mag er geneigt sein, sich über eine Warnung hinwegzusetzen.¹²²⁴ Die entscheidende Frage wird daher sein, anhand welcher Kriterien die Unzumutbarkeit der Nichtnutzung objektiviert werden kann, um eine Weiternutzung als naheliegend einstufen zu können, mit der der Hersteller rechnen muss.

1220 Vgl. auch Bodewig, Der Rückruf fehlerhafter Produkte, S. 271.

1221 Lüftenegger, Die Rückruffpflicht des Herstellers, S. 224.

1222 Stöhr, in: FS Müller, S. 173 (183); Lüftenegger, Die Rückruffpflicht des Herstellers, S. 224; Foerste, in: Foerste/Graf v. Westphalen (Hg.), Produkthaftungshandbuch, § 24, Rn. 360.

1223 So aber Foerste, in: Foerste/Graf v. Westphalen (Hg.), Produkthaftungshandbuch, § 24, Rn. 360.

1224 Vgl. auch Bodewig, Der Rückruf fehlerhafter Produkte, S. 271.

Ausgangspunkt der Überlegung ist, dass es Fälle geben kann, in denen dem Nutzer eine eigenständige Behebung der Produktgefahr kaum oder nur äußerst schwierig möglich ist, er also bei der Fehlerbehebung auf Angebote des Herstellers angewiesen ist. Lässt sich die Sicherheit des Produkts aber auf eine Warnung des Herstellers hin nicht durch den Nutzer selbst und auch nicht unter Zuhilfenahme Dritter als Fachleute herstellen, lässt sich der Warnung eine Ineffektivität attestieren, wenn das Produkt in Betrieb bleiben soll.¹²²⁵ Denn in solchen Konstellationen verbleibt dem Nutzer keine andere Möglichkeit, als im Rahmen der Gefahrensteuerung auf die Nutzung des Produkts zu verzichten. Ist das Produkt aber gleichermaßen von zentraler Bedeutung für die Lebensführung¹²²⁶ und eine Ersatzbeschaffung aufgrund eines hohen Produktpreises für die Nutzer nicht tragbar, ist es für den Hersteller erwartbar, dass eine Vielzahl der Nutzer den Gebrauch nicht einstellen werden.¹²²⁷ Ein Hinwegsetzen über die Warnung kommt dann nicht unter dem Aspekt der als gering eingestuft individuellen Eintrittswahrscheinlichkeit in Betracht, sondern aufgrund einer ausgeblendeten Eintrittswahrscheinlichkeit.¹²²⁸ Die Angewiesenheit bei der Fehlerbeseitigung auf den Hersteller sowie die Angewiesenheit auf die Nutzung des Produkts und ein hoher Produktpreis sind demnach Faktoren, die ein Hinwegsetzen über eine Warnung als naheliegend erscheinen lassen. Dabei ist es dem Produkthaftungsrecht nicht fremd, die überlegenen Gefahrensteuerungsmöglichkeiten des Herstellers im Vergleich zum Produktnutzer als Rechtfertigung für weitergehende Pflichten anzunehmen; dies geschieht auch im Rahmen des bestimmungswidrigen Gebrauchs.¹²²⁹ Außerdem wird die typische Angewiesenheit für die eigenwirtschaftliche Lebensführung in der Rechtsprechung bereits herangezogen; nämlich bei der Anerkennung einer abstrakten Nutzungsausfallentschädigung.¹²³⁰ Auch im hiesigen Kontext trägt das Kriterium zur notwendigen Objektivierung bei.

1225 Vgl. *Gomille*, JZ 2016, 76 (80); *Lüftenegger*, NJW 2018, 2087 (2090).

1226 Diesen Aspekt betonen auch *Rudkowski*, VersR 2018, 65 (72) und *Lüftenegger*, NJW 2018, 2087 (2090); *Bodewig*, Der Rückruf fehlerhafter Produkte, S. 271.

1227 *Hammel*, Haftung und Versicherung bei Pkw, S. 440; *Xyländer*, Die Verantwortlichkeit des Herstellers automatisierter PKW, S. 166.

1228 So auch *Huber*, Rechtsfragen des Produktrückrufs, S. 258 f.

1229 Vgl. *Lüftenegger*, NJW 2018, 2087 (2090; Fn. 28).

1230 Hierauf weisen *Rudkowski*, VersR 2018, 65 (72, Fn. 79) und *Hammel*, Haftung und Versicherung bei Pkw, S. 440 (Fn. 2245) hin; vgl. zur Nutzungsausfallentschädigung *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, BGB, § 249, Rn. 49.

4. Ausgestaltung der Rückrufpflicht

Steht anhand der dargestellten Kriterien fest, dass eine Warnung zur Gefahrenabwehr nicht ausreichend ist, stellt sich die Frage, wie der Rückruf des Produkts auszugestalten ist.

Nun kommt der bloßen Rückführung des Produkts an den Hersteller jedenfalls bei herkömmlichen Reaktionsmaßnahmen kaum eigenständige Bedeutung zukommt.¹²³¹ Denn sowohl bei der Erwirkung der Rückgabe als auch bei der Stilllegung ist der Hersteller herkömmlicherweise auf die Mitwirkung des Produktnutzers angewiesen. Sie sind beide nicht gegen oder ohne den Willen des Nutzers möglich. Es ist aber nicht ersichtlich, warum der Nutzer eine Warnung nicht befolgen sollte, wohl aber eine Aufforderung das Produkt zurückzugeben oder stillzulegen. Der eng verstandene Rückruf wäre damit kaum einmal effektiver als die Warnung.¹²³² Es verwundert daher nicht, dass der BGH gleich im nächsten Absatz darauf eingeht, dass es auch zum deliktsrechtlich geschuldeten Pflichtenumfang des Herstellers gehören kann, die Produkte nicht nur im eng verstandenen Sinne zurückzurufen, sondern das Sicherheitsrisiko durch Nachrüstung oder Reparatur zu beseitigen.¹²³³ In diesem Zusammenhang sind künftig auch die in Art. 37 GPSR eingeführten Abhilfemaßnahmen zu sehen. Sie sollen den Verbraucher gerade dazu bringen, auf einen Rückruf zu reagieren, vgl. Erwägungsgrund (88) GPSR. Daher kann ein Rückruf nicht für sich alleinstehen, sondern zieht nach Art. 37 Abs. 1 GPSR weitere Abhilfemaßnahmen nach sich.

1231 Vgl. *Huber*, Rechtsfragen des Produktrückrufs, S. 12.

1232 Vgl. auch *Klindt*, NVwZ 2008, 1073 (1074 f.).

1233 BGH, NJW 2009, 1080 (1081, Rn. 12); in der Literatur wird der Begriff des Rückrufs ohnehin regelmäßig weitergehend verwendet und soll sämtliche Maßnahmen zur Rückführung des Produkts an den Hersteller, den Austausch oder die Ersatzlieferung eines fehlerfreien Produkts sowie Reparaturen umfassen, vgl. *Lüftenegger*, Die Rückrufpflicht des Herstellers, S. 26 f.; *Lüftenegger*, DAR 2016, 122 (122); *Xylander*, Die Verantwortlichkeit des Herstellers automatisierter PKW, S. 162; *Huber*, Rechtsfragen des Produktrückrufs, S. 12.

a) Abgrenzung des Äquivalenz- vom Integritätsinteresse

Insgesamt lässt sich die Entscheidung jedoch dahingehend, dass weitergehende Sicherungspflichten Ausnahmecharakter haben sollen.¹²³⁴ Dieses Verständnis wird vor dem Hintergrund der Abgrenzung des Äquivalenz- vom dem Integritätsinteresse entwickelt¹²³⁵ und ist angesichts des Ziels der deliktsrechtlichen Verkehrspflichten nur konsequent. Denn diese haben nicht zum Inhalt, die Vertragserwartung des Nutzers an einem mangelfreien und in jeder Hinsicht gebrauchstauglichen Produkt sowie sein Interesse an einer ungestörten Nutzung und seine Werterwartung zu schützen (Nutzungs- und Äquivalenzinteresse). Vielmehr sind sie einzig auf das Interesse gerichtet, dass die absoluten Rechtsgüter i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB nicht durch das vom Hersteller in den Verkehr gegebenen Produkt verletzt werden (Integritätsinteresse).¹²³⁶ Die Produkthaftung dient eben nur dem Schutz der Sicherheitserwartungen an das Produkt und nicht der Gebrauchstauglichkeit.¹²³⁷ Gelingt es dem Hersteller, dieses Ziel der deliktsrechtlichen Verkehrspflichten zu erreichen, sind seine Pflichten erfüllt. Über diese rechtliche Obergrenze des Pflichtenkatalogs beginnt dann das Kulanzverhalten.¹²³⁸ Wehrt ein Hersteller nun aber eine von seinem Produkt ausgehende Gefahr für diese absoluten Rechtsgüter durch Austausch bzw. Ersatzlieferung eines fehlerfreien Produkts oder Reparatur ab, dient dies nicht nur dem Integritätsinteresse des Nutzers, sondern auch seinem Äquivalenzinteresse.¹²³⁹

Eine entsprechende Verpflichtung des Herstellers aber nur deshalb auszuschließen, weil andernfalls das Gewährleistungsrecht und damit das Recht des Herstellers (als Verkäufer), nur während der Gewährleistungsfrist

1234 So auch *Lüftenegger*, Die Rückruffpflicht des Herstellers, S. 211; *Xia*, Die Pflicht zum Produktrückruf, S. 46; *Wagner*, JZ 2009, 905 (909) spricht daher davon, dass „die Anhänger deliktischer Rückruffpflichten einen herben Dämpfer bekommen“ haben.

1235 Vgl. BGH, NJW 2009, 1080 (1081 f., Rn. 12; 1082, Rn. 19 f.).

1236 Auch außerhalb der Rückruf-Problematik allg. Meinung, vgl. *Sprau*, in: Gröneberg, BGB, § 823, Rn. 181; *Förster*, in: BeckOK, BGB, § 823, Rn. 674; speziell zum Rückruf: *Stöhr*, in: FS Müller (2009) und *Klindt*, BB 2009, 792 (793).

1237 Plakativ *Müller*, VersR 2004, 1073.

1238 *Klindt*, BB 2009, 792 (793); ähnlich *Wagner*, JZ 2009, 905 (910); gerade im Automobilsektor wird die Reparatur regelmäßig freiwillig als Marketinginstrument eingesetzt, auch wenn keine gesetzliche Verpflichtung dazu besteht, vgl. *Lüftenegger*, DAR 2016, 122 (122).

1239 Vgl. *Xylander*, Die Verantwortlichkeit des Herstellers automatisierter PKW, S. 163.

nach § 438 BGB für das Äquivalenzinteresse einzustehen, konterkariert werden könnte, überzeugt nicht.¹²⁴⁰ Denn deliktsrechtliche und vertragliche Ansprüche stehen schon aufgrund ihrer unterschiedlichen Zielrichtungen in echter Anspruchskonkurrenz nebeneinander und sind in Voraussetzungen, Inhalt und Durchsetzung eigenständig zu beurteilen.¹²⁴¹ Besteht die Produktgefahr neben dem Erwerber und Nutzer auch gegenüber Dritten, greift das Argument des Vorrang des Vertragsrechts ohnehin nicht, da in diesem Verhältnis weitergehende Sicherungsmaßnahmen nicht der Kompensation eines Mangels, sondern der Gefahrenabwehr dienen.¹²⁴² Ferner lässt sich nicht der Schluss ziehen, dass es keine deliktsrechtliche Pflicht geben kann, die identisch mit dem Erfüllungsinteresse ist.¹²⁴³

Richtig ist allerdings, dass sich eine weitergehende Sicherungspflicht nie allein aus dem Äquivalenzinteresse des Nutzers ergeben kann, sondern immer nur daraus, dass die von einem Produkt ausgehenden Gefahren für die von § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechte und Rechtsgüter effektiv und zumutbar auszuschalten sind.¹²⁴⁴ Führt nun die deliktsrechtliche Pflicht zum Schutz des Integritätsinteresses dazu, dass auch das Äquivalenzinteresse (teilweise) gewahrt wird, ist dies zwar nicht Sinn der Pflicht, aber eine hinzunehmende Reflexwirkung.¹²⁴⁵ Geht damit von einem Produkt auch eine Gefahr für das Integritätsinteresse aus, ist eine weitergehende Sicherungspflicht zumindest nicht von vorneherein ausgeschlossen.¹²⁴⁶ Stellt andererseits ein Hersteller bereits mit einer Warnung oder Rückgabeaufforderung sicher, dass das gefahrenträchtige Produkt keine absolut geschützten Rechtsgüter der Nutzer oder Dritter mehr verletzen kann, sind weiter-

1240 Vgl. Stöhr, in: FS Müller, S. 173 (181 f.); Staudinger/Czaplinski, JA 2008, 401 (404); anders aber Foerste, in: Foerste/Graf v. Westphalen (Hg.), Produkthaftungshandbuch, § 24, Rn. 349 f.

1241 St. Rspr., vgl. nur BGH, NJW 1977, 379 (380); BGH, NJW 1992, 1039 (1041); Wagner, in: MüKo, BGB, § 823, Rn. 1035 f.

1242 Stöhr, in: FS Müller, S. 173 (182); Xylander, Die Verantwortlichkeit des Herstellers automatisierter PKW, S. 164.

1243 So auch Hager, in: Staudinger, BGB, § 823, Rn. F 2.

1244 Dies wird gerade von BGH, NJW 2009, 1080 (1082, Rn. 19) herausgestellt.

1245 Faust, JuS 2009, 377 (379); Eichelberger, in: Ebers et al. (Hg.), Künstliche Intelligenz und Robotik, S. 190; ähnlich Produkthaftung Reusch, in: Kaulartz/Braegelman (Hg.), Artificial Intelligence und Machine Learning, S. 146.

1246 Dies erkennt auch der BGH an, vgl. BGH, NJW 2009, 1080 (1081, Rn. 12); Staudinger/Czaplinski, JA 2008, 401 (404); Xylander, Die Verantwortlichkeit des Herstellers automatisierter PKW, S. 163 f.; vgl. auch Wagner, JZ 2009, 905 (909); a.A. Foerste, in: Foerste/Graf v. Westphalen (Hg.), Produkthaftungshandbuch, § 24, Rn. 350 (Fn. 1156).

gehende Maßnahmen nach den deliktsrechtlichen Verkehrspflichten nicht geschuldet. Denn wird ein gefährliches Produkt eigenverantwortlich nicht mehr benutzt oder der Rückgabeaufforderung Folge geleistet, kann dieses Produkt das Integritätsinteresse ebenso wenig berühren wie ein nachgerüstetes Produkt.¹²⁴⁷ Ein hieraus für den Nutzer resultierender Schaden wäre allein auf die Mangelhaftigkeit des Produkts bei Erwerb zurückzuführen und betrifft daher allein die enttäuschte Vertragserwartung.¹²⁴⁸

b) Relevante Kriterien des Einzelfalls

Vor diesem Hintergrund kommen weitergehende Pflichten des Herstellers, das bereits im Verkehr befindliche fehlerhafte Produkte nicht nur zurückzurufen, sondern das Sicherheitsrisiko durch Nachrüstung oder Reparatur zu beseitigen nur in Betracht, wenn eine solche Maßnahme im konkreten Fall erforderlich ist, um Produktgefahren, die den in § 823 Abs.1 BGB geschützten Rechtsgütern der Benutzer oder unbeteiligter Dritter drohen, effektiv abzuwehren.¹²⁴⁹ In diesem Sinne benennt der BGH mit der Identifikationsmöglichkeit der Produktnutzer und dessen eigenen Pflichten gegenüber Dritten weitere Einflussfaktoren auf die Effektivität der Gefahrenabwehr und nimmt neben der nachgezeichneten Fallgruppenbildung weiter zum Verhältnis der Sicherungspflichten Stellung.¹²⁵⁰ Gerade bei diesen Faktoren handelt es sich aber nicht um absolute Kriterien, sondern um Tendenzen in der Einzelfallentscheidung.¹²⁵¹

Bereits das Kriterium des Hinwegsetzens über eine Warnung lässt sich darauf zurückführen, dass in diesen Fällen eine zuverlässige Gefahrensteuerung nicht gewährleistet ist und aus Gründen der Effektivität der Gefahrenabwehr bei Gefährdung für die Allgemeinheit eine weitreichendere Pflicht des Herstellers besteht. Umgekehrt scheiden damit aber weitergehende Sicherungsmaßnahmen des Herstellers aus, wenn hinreichende Gewähr

1247 So schon LG Frankfurt a.M., BeckRS 2008, 2795.

1248 BGH, NJW 2009, 1080 (1083, Rn. 25).

1249 So BGH, NJW 2009, 1080 (1081, Rn. 12).

1250 BGH, NJW 2009, 1080 (1081, Rn. 13; 1082, Rn. 16).

1251 Für beide Kriterien weist der BGH explizit darauf hin, dass die Umstände des jeweiligen Falles zu beachten sind; vgl. auch *Lüftenegger*, Die Rückrufpflicht des Herstellers, S. 279.

dafür besteht, dass die Nutzer eine entsprechende Produktwarnung oder Rückgabeaufforderung nicht in den Wind schlagen werden.¹²⁵²

aa) Eigene Pflichten des Nutzers zum Schutz Dritter

Fortgezeichnet sollen eigene Pflichten des Nutzers zum Schutz Dritter die Erforderlichkeit und damit die Effektivität der Gefahrenabwehr beeinflussen.¹²⁵³ Im konkreten Fall waren die Pflegekassen als Nutzer der gefährlichen Betten aufgrund ihrer sozialversicherungsrechtlichen Leistungsverpflichtungen angehalten, die Pflegebedürftigen zu versorgen und vor drohenden Gefahren zu schützen. Dies umfasst nach § 40 Abs. 3 S. 3 SGB XI auch einen Anspruch der Pflegebedürftigen hinsichtlich notwendiger Änderungen, Instandsetzungen und Ersatzbeschaffungen von Pflegehilfsmitteln und betrifft damit auch die fehlerbehafteten Pflegebetten.¹²⁵⁴ Vor dem Hintergrund ihrer öffentlich-rechtlichen Rechtspflichten waren die Pflegekassen zu einem rechtskonformen und sicherheitsbewussten Verhalten gezwungen,¹²⁵⁵ sodass der BGH eine hinreichende Gewähr für ein rechtskonformes Verhalten annahm. Wenn der BGH weiter darauf abstellt, dass im konkreten Fall keine Anhaltspunkte dafür vorlagen, dass die Pflegekassen ihren Pflichten nicht nachkommen würden,¹²⁵⁶ wird deutlich, dass das Bestehen eigener gesetzlicher Pflichten aber kein absoluter Maßstab für die Beurteilung der Gewährleistung einer zuverlässigen Gefahrenabwehr ist.¹²⁵⁷ Vielmehr ist hierin ein Indiz dafür zu sehen, dass der Produktnutzer eine Warnung oder Rückgabeaufforderung befolgen wird, dem aber im Sinne einer effektiven Gefahrenabwehr keine gegenteiligen Anhaltspunkte entgegenstehen dürfen.¹²⁵⁸

1252 Vgl. auch *Wagner*, JZ 2009, 905 (910); *Foerste*, in: *Foerste/Graf v. Westphalen* (Hg.), *Produkthaftungshandbuch*, § 24, Rn. 359.

1253 BGH, NJW 2009, 1080 (1081, Rn. 16).

1254 BGH, NJW 2009, 1080 (1081, Rn. 16).

1255 So auch *Klindt*, BB 2009, 792 (794).

1256 BGH, NJW 2009, 1080 (1081, Rn. 16).

1257 Strenger aber *Klindt*, BB 2009, 792 (794) „Eine herstellerseitige Warnung muss immer dort ausreichen dürfen, wo ihr auf Betreiberseite eine genuine Rechtspflicht korrespondierend gegenübersteht, die eine Ignoranz der Sicherheitswarnung eigenständig sanktioniert“.

1258 Zu Recht *Lüftenegger*, Die Rückruffpflicht des Herstellers, S. 214 f.; ähnlich *Xia*, Die Pflicht zum Produktrückruf, S. 62; auch *Burckhardt*, BB 2009, 630 (630); *Wagner*, JZ 2009, 905 (910) misst dagegen eigenen gesetzlichen Pflichten keine tragende Rolle im System des BGH bei.

(1) Indizwirkung bei kodifizierten Pflichten

Eine solche Indizwirkung dürfte dabei aber lediglich bei genuin kodifizierten Pflichten bestehen.¹²⁵⁹ Zwar treffen alle Nutzer eines Produkts gegenüber Dritten aufgrund der Ausübung der tatsächlichen Sachherrschaft die allgemeinen deliktsrechtlichen Verkehrspflichten aus § 823 Abs. 1 BGB.¹²⁶⁰ Sie haben bei hinreichenden Anhaltspunkten für einen Sicherheitsmangel des Produkts – was insbesondere nach einer Produktwarnung des Herstellers der Fall ist – alle erforderlichen und zumutbaren Maßnahmen zu ergreifen, um eine Gefährdung Dritter durch das Produkt zu verhindern.¹²⁶¹ Eine herstellerseitige Warnung oder Rückgabeaufforderung aktiviert damit auch ohne das Bestehen spezieller kodifizierter Pflichten eigene (Verkehrs)plichten der Nutzer.¹²⁶² Der BGH stellt indes nicht entscheidend auf das Bestehen einer eigenen Pflicht des Nutzers ab, sondern zieht diese lediglich zur Begründung einer hinreichenden Gewähr für eine zuverlässige Gefahrenabwehr heran. Im Sinne der Effektivität der Gefahrenabwehr ist es eben entscheidend, in welchem Ausmaß sich der Hersteller auf die Gefahrenabwehr durch andere verlassen darf,¹²⁶³ mithin wie der Erfolg der Gefahrenabwehrmaßnahme zu beurteilen ist.¹²⁶⁴ Mit der Annahme, dass sich Nutzer gerade auch bewusst über eine Warnung hinwegsetzen können,¹²⁶⁵ zeigt der BGH aber Skepsis, dass jenseits von sonderrechtlich kodifizierten Pflichten die allgemeinen Verkehrspflichten der Endabnehmer eine hinreichend zuverlässige Gefahrenabwehr gewährleisten.¹²⁶⁶ Für den Hersteller lassen erst kodifizierte Schutzpflichten des Nutzers erwarten, dass dessen Gefahrensteuerung auf sachgerechter Bewertung und pflichtgemäß erfolgt.¹²⁶⁷ Andernfalls ist aus Sicht des Herstellers eine effektive Gefahrenabwehr nicht gewährleistet. Insoweit kann eine hohe Produktver-

1259 So auch *Huber*, Rechtsfragen des Produktrückrufs, S. 234.

1260 *Foerste*, in: *Foerste/Graf v. Westphalen* (Hg.), *Produkthaftungshandbuch*, § 24, Rn. 340; speziell in Bezug auf IT-Produkte *Riehm/Meier*, MMR 2020, 571 (573 f.).

1261 *Foerste*, in: *Foerste/Graf v. Westphalen* (Hg.), *Produkthaftungshandbuch*, § 27, Rn. 17 f.

1262 *Molitoris*, NJW 2009, 1049 (1050 f.); *Klindt*, BB 2009, 792 (795); *Handorn*, MPR 2009, 37 (43).

1263 Vgl. nochmals *v. Bar*, in: *Lieb* (Hg.), *Produktverantwortung und Risikoakzeptanz*, S. 29 (42); so wohl auch *Wagner*, JZ 2009, 905 (910).

1264 *Kettler*, VersR 2009, 272 (275).

1265 BGH, NJW 2009, 1080 (1081, Rn. 11).

1266 In diese Richtung auch *Kettler*, VersR 2009, 272 (275); ähnlich *Stöhr*, in: FS Müller, S. 173 (180); krit. aber *Klindt*, BB 2009, 792 (795).

antwortung des Nutzers beim Gebrauch zu einem verringerten Pflichten-
umfang des Herstellers führen.¹²⁶⁸

(2) Bedeutung der Adressatenkreise

Diese Betrachtung führt aber fast zwangsläufig zu einer Differenzierung nach Adressatenkreisen.¹²⁶⁹ Bei gewerblicher Nutzung der Produkte (B2B-Belieferungen) wird der Hersteller regelmäßig davon ausgehen dürfen, dass die Warnung auch beachtet oder der Rückgabebeforderung nachgekommen wird.¹²⁷⁰ Dies sollte dabei weniger an der Fachkunde des gewerblichen Nutzers festgemacht werden als mehr an eigenen Gefahrenbeseitigungspflichten. Das Argument, dass Fachkräften eher der ordnungsgemäße Umgang mit einer Gefahr zugetraut werden darf als Laien,¹²⁷¹ verfängt in diesem Zusammenhang nicht. Denn sofern eine Warnung ausreichend Gefahrenbewusstsein schafft – und dies ist Grundvoraussetzung, dass eine Warnung überhaupt als ausreichend in Betracht gezogen werden kann – bedarf es für das Befolgen der Warnung und die Nichtbenutzung des Produkts keines weiteren technischen Fachwissens.¹²⁷² Dagegen bestehen sonderrechtliche Pflichten¹²⁷³ oder eigene vertragliche Verantwortlichkeiten¹²⁷⁴

1267 Huber, Rechtsfragen des Produktrückrufs, S. 234 „aktive Schutzpflicht“; wohl auch Foerste, in: Foerste/Graf v. Westphalen (Hg.), Produkthaftungshandbuch, § 24, Rn. 359.

1268 Vgl. Lüftenegger, NJW 2018, 2087 (2089).

1269 So Lenz, in: Lenz, Produkthaftung, § 4, Rn. 49; für eine Gleichbehandlung von professionellen und privaten Endnutzern aufgrund gleichermaßen bestehender allgemeiner Verkehrspflichten aber Molitoris, NJW 2009, 1049 (1050 f.); Klindt, BB 2009, 792 (795); Handorn, MPR 2009, 37 (43).

1270 Klindt, BB 2009, 792 (794); Kettler, VersR 2009, 272 (275); Burckhardt, VersR 2007, 1601; insoweit werden in der Pflegebetten-Entscheidung (BGH, NJW 2009, 1080 (1081; Rn. 13) für das Ausreichen von Sicherungsmaßnahmen unterhalb der Schwelle des Rückrufs mit kostenloser Reparatur durchgängig Entscheidungen zitiert, in denen der Adressat der Warnung kein privater Endverbraucher war, vgl. dazu Kettler, VersR 2009, 272 (275).

1271 So v. Bar, in: Lieb (Hg.), Produktverantwortung und Risikoakzeptanz, S. 29 (42); Voigt, in: BeckOGK, BGB, § 823, Rn. 683.

1272 Eine Parallele mit den anfänglichen Instruktionspflichten, die bei Fachkräften reduziert sein können, besteht folglich schon von der Interessenlage her nicht, daher zu Recht krit. Klindt, BB 2009, 792 (794; Fn. 18).

1273 Klindt, BB 2009, 792 (794) und Lüftenegger, Die Rückruffpflicht des Herstellers, S. 280 ff. listen einige Betreiberpflichten in Spezialgesetzen auf.

1274 Hierauf weist zu Recht Stöhr, in: FS Müller, S. 173 (180) hin.

regelmäßig nur bei professionell fachkundigen Nutzern, nicht aber bei privaten Endverbrauchern.¹²⁷⁵ Daneben ist auch bei Behörden oder staatlich beaufsichtigten Stellen eine zuverlässige Gefahrenabwehr nach einer Warnung oder Rückgabeaufforderung zu erwarten.¹²⁷⁶ Bei gewerblichen Nutzern wird daher, insbesondere beim Bestehen sonderrechtlicher Pflichten, eine Warnung oder Rückgabeaufforderung eher ausreichend sein. Dass dies aber keinesfalls immer so sein muss, zeigt eine dem Pflegebetten-Fall des BGH zeitlich nachfolgende Entscheidung des OLG Nürnberg.¹²⁷⁷ Der Senat nahm trotz des Bestehens entsprechender öffentlich-rechtlicher Pflichten weitergehende Sicherungspflichten an, da insbesondere bei privaten Betreibern, anders als bei öffentlicher Trägerschaft weder die Kenntnis noch die Einhaltung der Verpflichtung zwingend erwartet werden könne.¹²⁷⁸ Die Zurückhaltung hinsichtlich der Gewähr für eine zuverlässige Gefahrenabwehr trotz bestehender Sonderpflichten wird nicht weiter begründet,¹²⁷⁹ dürfte aber der besonderen Fallkonstellation geschuldet sein. Denn während die spezifische Produktgefahr durch einfache Nichtbenutzung beseitigt werden konnte, bedeutete diese Stilllegung die Schaffung neuer Gefahren, da das Produkt eine Sicherungsfunktion erfüllte und daher zwingend nachgerüstet werden musste. Diesen über die Nichtbenutzung hinausgehenden Schritt der Nachrüstung traute der Senat den Betreibern im Sinne eines effektiven Drittschutzes wohl nicht zu.

b) Identifizierbarkeit der Produktnutzer

Der BGH weist darauf hin, dass auch in Fällen erheblicher (!) Gefahren für Dritte (!) vielfach Maßnahmen unterhalb einer kostenfreien Nachrüstung ausreichen, sofern die Produktnutzer bekannt oder zumindest ermittelbar sind.¹²⁸⁰ Dem dürfte zunächst die Überlegung zu Grunde liegen, dass bei einem identifizierbaren Abnehmerkreis die Warnung oder die Rückgabeaufforderung jeden Produktnutzer erreichen kann und die Rücklaufquote,

1275 So *Kettler*, VersR 2009, 272 (275), der zusätzlich darauf hinweist, dass Unternehmen einem „Geflecht von (Compliance-)Regeln und Strukturen zur wechselseitigen Kontrolle der Einhaltung dieser Regeln“ unterliegen.

1276 *Foerste*, in: *Foerste/Graf v. Westphalen* (Hg.), *Produkthaftungshandbuch*, § 24, Rn. 359.

1277 So auch *Huber*, *Rechtsfragen des Produktrückrufs*, S. 231.

1278 OLG Nürnberg, BeckRS 2013, 6837.

1279 Krit. insoweit auch *Lüftenegger*, *Die Rückrufpflicht des Herstellers*, S. 260 f.

1280 BGH, NJW 2009, 1080 (1081, Rn. 13).

also das Verhältnis der von der Aktion erreichten Nutzer und der Gesamtzahl der betroffenen Produkte,¹²⁸¹ nahezu 100 % erreichen kann.¹²⁸² Vor diesem Hintergrund normiert auch Art. 35 Abs. 1 GPSR künftig die Pflicht, dass alle ermittelbaren Nutzer direkt und unverzüglich zu unterrichten sind und hierzu auch alle erhobenen Kundendaten zu nutzen sind. Der direkte Kontakt sei nach Erwägungsgrund (85) GPSR die wirksamste Methode, das Bewusstsein des Nutzers zu erhöhen und ihn zum Handeln zu ermutigen.¹²⁸³ Indes ist die Erreichbarkeit des Produktnutzers noch nicht mit einer effektiven Gefahrenabwehr gleichzusetzen.¹²⁸⁴ Denn ob der gezielt erreichte Produktnutzer der Warnung oder der Rückgabeaufforderung tatsächlich Folge leisten wird, ist eine andere Frage.¹²⁸⁵

(1) Bedeutung des marktüberwachungsrechtlichen Tätigwerdens

Gleichwohl scheint der BGH in diesen Fällen die Effektivität der Gefahrenabwehr vor dem Hintergrund für gewährleistet zu halten, dass bei identifizierbaren Produktnutzern die zuständigen Behörden eingeschaltet werden können und ihrerseits die notwendigen Maßnahmen ergreifen können.¹²⁸⁶ Dabei dürften allerdings die Eingriffsbefugnisse der Marktüberwachungsbehörden überschätzt worden sein. Denn das Marktüberwachungsrecht sieht vor, dass behördliche Maßnahmen gegen andere Personen als die Wirtschaftsakteure und damit auch gegen den Verwender¹²⁸⁷ nur bei einem gegenwärtig ernstem Risiko, das nicht auf andere Weise abgewehrt werden kann, zulässig sind (vgl. § 9 S. 2 Marktüberwachungsgesetz, im Folgenden „MüG“). Bevor es zu einem marktüberwachungsrechtlichen Tätigwerden gegen die Nutzer kommen kann, dürfen also keine anderen erfolgsversprechenden Gefahrenabwehrmöglichkeiten existieren und haben sich die

1281 Vgl. auch zur Bedeutung der Rücklaufquote *Klindt/Wende*, Rückrufmanagement, S. 95 ff.

1282 Vgl. auch *Lüftenegger*, NJW 2018, 2087 (2089); zustimmend daher *Voigt*, in: BeckOGK, BGB, § 823, Rn. 683.

1283 Krit. *Hartmann/Klindt*, ZfPC 2022, 73 (75).

1284 Hierauf weist *Lüftenegger*, RDt 2021, 293 (294 f.) hin.

1285 Zu Recht *Xia*, Die Pflicht zum Produktrückruf, S. 58.

1286 BGH, NJW 2009, 1080 (1081, Rn. 13); so auch *Burckhardt*, VersR 2007, 1601.

1287 Vgl. noch zur Vorgängernorm des § 27 Abs. 1 S. 2 ProdSG LAsi LV 46, S. 32 und *Schucht*, in: *Klindt*, ProdSG, § 27, Rn. 25.

Marktüberwachungsbehörden vorrangig an den Hersteller zu wenden.¹²⁸⁸ Insofern ist eher zu erwarten, dass eine Behörde den Hersteller zur Ergreifung von Korrekturmaßnahmen nach Art. 16 Abs. 2 Marktüberwachungsverordnung (im Folgenden „MÜ-VO“)¹²⁸⁹ auffordert oder den Rückruf nach Art. 16 Abs. 5 MÜ-VO anordnet.¹²⁹⁰ Ein direktes marktüberwachungsrechtliches Vorgehen gegen einen sich der Maßnahme verweigernden Nutzer kommt nur in Ausnahmefällen in Betracht.¹²⁹¹ Die maßgebliche Verantwortung für das Ergreifen der effektiven Reaktionsmaßnahmen verbleibt beim Hersteller.¹²⁹²

(2) Geringe Bedeutungskraft des Kriteriums

Allerdings führt die Identifizierbarkeit der Nutzer dazu, dass bei einer Verweigerung der Mitwirkung weitere, individualisierte Maßnahmen des Herstellers getroffen werden können.¹²⁹³ Insbesondere im Rahmen einer zweiten Maßnahmenaktion kann der Hersteller versuchen, durch individuelle und drastische Warnungen und gezielte Anreize¹²⁹⁴ ein Umdenken beim Nutzer zu erreichen. Ob die durch die Identifizierbarkeit mögliche Individualisierung der Ansprache die Compliance des Produktnutzers aber tatsächlich erhöht, ist zu bezweifeln.¹²⁹⁵ Es drängt sich der Verdacht auf,

1288 Zur Subsidiarität *Schucht*, in: Klindt, ProdSG, § 27, Rn. 26; *Giesberts/Gayger*, in: NK-ProdR, § 9 MüG, Rn. 46.

1289 Verordnung (EU) 2019/1020.

1290 So auch im hiesigen Kontext *Stöhr*, in: FS Müller, S. 173 (182 f.); vgl. auch *Lenz*, in: *Lenz*, Produkthaftung, § 4, Rn. 53, welcher darauf hinweist, dass in produktsicherheitsrechtlicher Hinsicht für den Hersteller stets die Anordnung eines belastenden Verwaltungsakts drohe.

1291 Vgl. *Foerste*, in: *Foerste/Graf v. Westphalen* (Hg.), Produkthaftungshandbuch, § 24, Rn. 324 f. mit Verweis auf die Fallkonstellation in BGH, VersR 1960, 856; anders hat die Kfz-Zulassungsbehörde die Möglichkeit, eine Betriebsuntersagung für betroffene Fahrzeuge zu erlassen, wenn der Halter einem Sicherheitsaufruf nicht nachkommt (§ 5 Abs. 1 FZV), vgl. *Klindt/Wende*, Rückrufmanagement, S. 97 und *Lüftenegger*, NJW 2018, 2087 (2089 f.); *Wiesemann/Mattheis/Wende*, MMR 2020, 139 (141); *Schrader*, NZV 2018, 489 (493).

1292 I.E. auch *Xia*, Die Pflicht zum Produktrückruf, S. 58; *Stöhr*, in: FS Müller, S. 173 (182).

1293 *Burckhardt*, BB 2009, 630 (630).

1294 Vgl. hierzu *Klindt/Wende*, Rückrufmanagement, S. 97; *Lenz*, in: *Lenz*, Produkthaftung, § 4, Rn. 51 spricht von „Draufgaben“ und „goodies“.

1295 Skeptisch auch *Klindt/Wende*, Rückrufmanagement, S. 97; *Lenz*, in: *Lenz*, Produkthaftung, § 4, Rn. 51, 71.

dass der BGH bei der Identifizierbarkeit der Nutzer gerade Fallkonstellationen der B2B-Belieferung professioneller Nutzer mit spezialisierten Produkten vor Augen hatte, bei denen der Abnehmerkreis übersichtlich ist oder ohnehin eine Auftragsdokumentation stattfindet bzw. eine Kundendatei vorliegt.¹²⁹⁶ Innerhalb einer solchen individuellen Geschäftsbeziehung mag das Befolgen einer Maßnahme tatsächlich eher angenommen werden können als bei einem anonymisierten Massengeschäft. Für sich allein genommen mag das Kriterium der Identifizierbarkeit aber nicht recht überzeugen. Ausgehend von dieser vom BGH vorgenommenen negativen Abgrenzung – nämlich wann eine kostenlose Nachrüstung nicht in Betracht kommt – lässt sich daher auch ein Umkehrschluss für Massenprodukte, bei denen die Nutzer kaum zu identifizieren sind, schwerlich ziehen.¹²⁹⁷

Selbst wenn man die Identifizierbarkeit der Produktnutzer als Kriterium für die Beurteilung der Effektivität der Gefahrenabwehr anerkennt, muss berücksichtigt werden, dass der BGH diese Frage gerade im Kontext der Kostentragungspflicht behandelt. Bei einem identifizierbaren Abnehmerkreis könne es vielfach genügen, dass der Hersteller seine Hilfe anbietet, um die Nutzer in die Lage zu versetzen, die erforderlichen Nachrüstungs- oder Reparaturmaßnahmen auf ihre Kosten durchzuführen.¹²⁹⁸ Insoweit kann aber auch bei einem identifizierbaren Abnehmerkreis eine bloße Warnung oder Rückgabeaufforderung zur effektiven Gefahrenabwehr nicht ausreichen, sondern wird ein Rückrufangebot des Herstellers erforderlich sein.

cc) Fehlertypen

Nach einer verbreiteten Ansicht im Schrifttum sollen weitergehende Pflichten des Herstellers nur dann bestehen, wenn der Hersteller im Zeitpunkt der Inverkehrgabe des Produkts bereits sorgfaltswidrig gehandelt hat und folglich ein Konstruktions- oder Fabrikationsfehler vorliegt, nicht aber bei

1296 Solche Konstellationen nennt auch *Lüftenegger*, Die Rückruffpflicht des Herstellers, S. 279 als Beispiele; einen ähnlichen Konnex nimmt *Lenz*, in: *Lenz*, Produkthaftung, § 4, Rn. 71 vor; auch der BGH verweist in der an dieser Stelle (Rn. 13) zitierten Rechtsprechung allein auf B2B-Konstellationen.

1297 Ähnlich zurückhaltend auch *Burckhardt*, BB 2009, 630 (631) und *Lüftenegger*, Die Rückruffpflicht des Herstellers, S. 226.

1298 Vgl. BGH, NJW 2009, 1080 (1081, Rn. 13).

Entwicklungsrisiken.¹²⁹⁹ Dogmatisch wird dies damit begründet, dass ohne Pflichtverletzung im Zeitpunkt der Inverkehrgabe der Unrechtstatbestand des § 823 Abs. 1 BGB nicht erfüllt sein könne, da die Rechtsgutsgefährdung nicht auf ein rechtswidriges Verhalten des Herstellers zurückgeführt werden könne.¹³⁰⁰ Zudem sei es in diesem Fall inkonsistent, einem Hersteller, der seine Sorgfaltspflichten bei der Konstruktion verletzt hat, zu gestatten, sich durch eine nachträgliche Warnung seiner Haftung zu entziehen und die Verantwortung auf den Produktnutzer abzuwälzen. Denn dadurch könnten Fehlanreize entstehen und Fehler beim Inverkehrbringen in Kauf genommen werden, von denen der Hersteller letztlich sogar profitiert, wenn er eine kostenpflichtige Reparatur anbieten kann.¹³⁰¹

Indes dürften diese Fehlanreize wohl nur theoretischer Natur sein und nicht der wirtschaftlichen Realität entsprechen. Hersteller haben auch andere Anreize – nicht zuletzt den drohenden Imageverlust –, ihren Kunden kein fehlerbehaftetes Produkt bereitzustellen.¹³⁰² Hinzu kommt, dass der Hersteller zumindest im Rahmen der Gewährleistungsfristen von seinem Vertragspartner (ggf. im Regresswege, vgl. § 445a BGB ggf. i.V.m. § 478 BGB) in Anspruch genommen werden kann.¹³⁰³ Im Übrigen mag auch die dogmatische Begründung nicht zu verfangen. Denn das Unterlassen des nachträglich gebotenen Einschreitens begründet unabhängig von einer vorgelagerten Sorgfaltspflichtverletzung für sich ein rechtswidriges Verhalten.¹³⁰⁴ Insoweit stellt die Pflicht weitergehender Sicherungspflichten im Rahmen der Produktbeobachtungspflicht eine eigene Verkehrspflicht dar, die bei rechtswidriger Nichtbeachtung zu einem Schadensersatz führen kann und nicht eine bloße Rechtsfolge einer vorangegangenen rechtswidrigen Verletzung einer eigenen Verkehrspflicht ist.¹³⁰⁵ Folglich ist schon die eingenommene Perspektive unzutreffend. Bei der Produktbeobachtungs-

1299 Vgl. *Wagner*, in: MüKo, BGB, § 823, Rn. 1124; *Foerste*, in: *Foerste/Graf v. Westphalen* (Hg.), *Produkthaftungshandbuch*, § 24, Rn. 341; *Schwenzer*, JZ 1987, 1059 (1061); ähnlich auch *Hager*, in: *Staudinger*, BGB, § 823, Rn. F 26.

1300 *Wagner*, in: MüKo, BGB, § 823, Rn. 1124; *Schwenzer*, JZ 1987, 1059 (1061).

1301 *Hager*, VersR 1984, 799 (800); *Schwenzer*, JZ 1987, 1059 (1061); *Hager*, in: *Staudinger*, BGB, § 823, Rn. F 26; *Wagner*, JZ 2009, 905 (911).

1302 *Lenz*, in: *Lenz*, *Produkthaftung*, § 3, Rn. 231; *Xylander*, *Die Verantwortlichkeit des Herstellers automatisierter PKW*, S. 171f; *Xia*, *Die Pflicht zum Produktrückruf*, S. 66.

1303 *Faust*, JuS 2009, 377 (379).

1304 So v. *Bar*, in: *Lieb* (Hg.), *Produktverantwortung und Risikoakzeptanz*, S. 29 (41).

1305 So *Schmid*, *IT- und Rechtssicherheit automatisierter und vernetzter cyber-physischer Systeme*, S. 236; ähnlich auch *Wilhelmi*, in: *Erman*, BGB, § 823, Rn. 119.

pflcht steht eben die Gefahrenabwehr im Vordergrund und nicht die Verschuldensverursachung.¹³⁰⁶ Die Frage des Verschuldens bei der Gefahrenschaffung ändert weder etwas am nunmehrigen Vorhandensein der vom Hersteller veranlassten objektiven Gefahr noch an einer möglichen Erforderlichkeit eines Rückrufs.¹³⁰⁷

Auch der BGH hat einer vorgeschlagenen Differenzierung nach der Fehlerhaftigkeit bei Inverkehrgabe eine Absage erteilt.¹³⁰⁸ Denn eine pauschale Nachrüstungspflicht bei Konstruktions- oder Fabrikationsfehlern könnte über das erforderliche Maß zur effektiven Gefahrenabwehr hinausgehen und das Äquivalenzinteresse betreffen, sollte nämlich eine Warnung ausreichen. Umgekehrt kann bei Entwicklungsrisiken eine Nachrüstungspflicht aber auch nicht pauschal ausgeschlossen werden. Es kommt insoweit immer auf die Erforderlichkeit im Einzelfall an.¹³⁰⁹

dd) Gefährlichkeit

Teilweise wird in der juristischen Literatur die erforderliche Reaktionsmaßnahme vom jeweils gefährdeten Rechtsgut und der Größe der Gefahr abhängig gemacht.¹³¹⁰ Dies dürfte seinen Grund darin haben, dass die Gefährlichkeit im Rahmen der Verkehrspflichten allgemein zur Bestimmung der Erforderlichkeit und Zumutbarkeit herangezogen wird und die Intensität der zu ergreifenden Sicherungspflichten beeinflusst.

Die Auswahl der richtigen Reaktionsmaßnahme folgt indes der Maxime der Effektivität der Gefahrenabwehr. Weitergehende Sicherungspflichten sind nur dort erforderlich, wo eine Warnung oder Rückgabeaufforderung eine effektive Gefahrenabwehr nicht gewährleistet.¹³¹¹ Gerade bei Gefahren für Leib und Leben bei einer hohen Eintrittswahrscheinlichkeit der Rechts-

1306 Lenz, in: Lenz, Produkthaftung, § 3, Rn. 231; § 4, Rn. 39, 54; vgl. auch Sommer, Haftung für autonome Systeme, S. 284.

1307 Förster, in: BeckOK, BGB, § 823, Rn. 751.

1308 BGH, NJW 2009, 1082 (1081, Rn. 18, 19).

1309 Vgl. auch Lüftenegger, Die Rückruffpflicht des Herstellers, S. 244; Xylander, Die Verantwortlichkeit des Herstellers automatisierter PKW, S. 172; Xia, Die Pflicht zum Produktrückruf, S. 66, 70.

1310 Xylander, Die Verantwortlichkeit des Herstellers automatisierter PKW, S. 170; Burckhardt, BB 2009, 630 (631); gerade bei Personengefahren wird regelmäßig eher eine Rückruffpflicht angenommen, vgl. Voigt, in: BeckOGK, BGB, § 823, Rn. 682 und Wagner, AcP 217 (2017), 707 (754).

1311 Vgl. auch Tamme, Rückrufkosten, S. 179.

gutsverletzung dürfte aber schon aus dem Eigeninteresse eher damit zu rechnen sein, dass der Produktnutzer der Maßnahme des Herstellers Folge leistet.¹³¹² Der BGH geht in seiner Pflegebetten-Entscheidung zwar auch auf das jeweils gefährdete Rechtsgut und die Größe der Gefahr ein,¹³¹³ allerdings nicht um die Maßnahmen voneinander abzugrenzen, sondern um innerhalb der Reaktionsmaßnahme der Warnung dessen Inhalt und Umfang zu bestimmen.¹³¹⁴ Allein das Vorliegen einer großen Gefahr zwingt nicht zu weitergehenden Sicherungspflichten, es sei denn, dieser ist zur effektiven Gefahrenabwehr erforderlich.¹³¹⁵ Dieses Verständnis wird auch unmittelbar aus der Pflegebetten-Entscheidung deutlich, wenn der BGH anführt, dass selbst in Fällen erheblicher (!) Gefahren eine kostenlose Nachrüstung vielfach nicht erforderlich sei.¹³¹⁶ Vor diesem Hintergrund und der stets angeführten Einzelfallabhängigkeit kann eine Nachrüstungsspflicht auch bei anzunehmenden bloßen Sachgefahren nicht von vorneherein ausgeschlossen werden.¹³¹⁷ Hinzu kommt, dass eine Differenzierung nach dem Umfang der Gefahr oder der geschützten Rechtsgüter aufgrund fließender Grenzen angesichts der Vielzahl praktischer Kombinationsmöglichkeiten letztendlich zusätzliche Bewertungsschwierigkeiten schafft.¹³¹⁸ Gleichwohl kann unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit eine Rückrufflicht bei bloßen drohenden Sachschäden aufgrund des im Vergleich zum Integritätsinteresse hohen wirtschaftlichen Aufwands des Herstellers abzulehnen sein.¹³¹⁹ Dies betrifft aber eine der Erforderlichkeit nachgelagerte Frage.

1312 In diese Richtung in anderem Zusammenhang *Rudkowski*, VersR 2018, 65 (71).

1313 BGH, NJW 2009, 1080 (1081, Rn. 10).

1314 Dies verkennen *Ackermann*, in: NK-ProdR, § 823 BGB, Rn. 136 und *Xylander*, Die Verantwortlichkeit des Herstellers automatisierter PKW, S. 170, wenn sie insoweit den BGH zitieren; mindestens missverständlich *Wagner*, AcP 217 (2017), 707 (754).

1315 So auch *Thöne*, Autonome Systeme, S. 214; ähnlich *Hager*, in: Staudinger, BGB, § 823, Rn. F 25.

1316 BGH, NJW 2009, 1080 (1081, Rn. 13).

1317 So aber *Schwenzer*, JZ 1987, 1059 (1062); in diese Richtung auch *Bodewig*, Der Rückruf fehlerhafter Produkte, S. 274 ff.; zurückhaltender: *Michalski*, BB 1998, 961 (964); *Lenz*, in: Lenz, Produkthaftung, § 4, Rn. 46; *Lüftenegger*, Die Rückrufflicht des Herstellers, S. 244; *Xia*, Die Pflicht zum Produktrückruf, S. 84; *Schmidt*, Produktrückruf und Regress, S. 74; *Tamme*, Rückrufkosten, S. 178 f.

1318 So *Förster*, in: BeckOK, BGB, § 823, Rn. 751.

1319 *Huber*, Rechtsfragen des Produktrückrufs, S. 214 ff.

5. Kostentragung

Kommt man anhand der dargelegten Kriterien zu dem Ergebnis, dass eine Warnung oder Rückgabeaufforderung zur effektiven Gefahrenabwehr nicht mehr ausreichend ist und den Hersteller eine Nachrüstungspflicht trifft, stellt sich die anschließende Frage, wer die Kosten hierfür zu tragen hat. Dadurch dass die Rückrufrkosten mit einer hohen finanziellen Belastung einhergehen können und den Kern der Abgrenzung des Äquivalenz- vom Integritätsinteresse betreffen, kommt dieser Frage zentrale Bedeutung bei der Bewertung der Reaktionsmaßnahmen zu.¹³²⁰ Dabei ist sich aber stets zu vergegenwärtigen, dass den Hersteller eine Nachrüstungspflicht nur unter den oben genannten strengen Voraussetzungen trifft und sich auch nur dann die Frage nach der Kostentragung des Rückrufs stellt.

a) Effektivität der Gefahrenabwehr als Maxime

In der juristischen Literatur wird bei Vorliegen der nach der jeweiligen Ansicht erforderlichen Voraussetzungen für eine Nachrüstung regelmäßig auch von einer Kostentragungspflicht des Herstellers ausgegangen.¹³²¹ Begründet wird dies auch mit der sonst fehlenden Abgrenzbarkeit von Warnung, Rückgabeaufforderung und Nachrüstung. Bei einem Rückruf ist der Hersteller herkömmlicherweise auf die Mitwirkung des Nutzers angewiesen, er kann ihn nicht zur Rückgabe des Produktes zwingen.¹³²² Erfolgt ein Rückruf dann aber ohne Übernahme der Kosten durch den Hersteller, wird argumentiert, dass der Nutzer nicht anders stünde als im Rahmen einer Warnung. Er werde über die Gefahrenträchtigkeit des Produkts informiert, müsse aber in beiden Fällen eine Gefahrensteuerung auf eigene Kosten unternehmen.¹³²³ Dies werde der Effektivität der Gefahrenabwehr regelmäßig nicht gerecht, da nicht genügend Anreize für den Nutzer bestünden, das

1320 Vgl. auch Xia, Die Pflicht zum Produktrückruf, S. 89.

1321 Hager, in: Staudinger, BGB, § 823, Rn. F 26; Hager, VersR 1984, 799 (804); Schwenzer, JZ 1987, 1059 (1063); im Ausgangspunkt auch Foerste, in: Foerste/Graf v. Westphalen (Hg.), Produkthaftungshandbuch, § 24, Rn. 326 „der echte Rückruf ist das lockende Versprechen kostenloser Abhilfe“.

1322 Vgl. Xia, Die Pflicht zum Produktrückruf, S. 95; Bodewig, Der Rückruf fehlerhafter Produkte, S. 281.

1323 Dazu Xylander, Die Verantwortlichkeit des Herstellers automatisierter PKW, S. 165; Bodewig, Der Rückruf fehlerhafter Produkte, S. 283.

schlichte Rücknahmeangebot des Herstellers zu befolgen.¹³²⁴ Ablehnende Stimmen sehen dagegen mit einem kostenfreien Rückruf die Grenze des vom Deliktsrecht geschützten Integritätsinteresses überschritten.¹³²⁵

Indes kann auch die Frage der Kostentragungspflicht nur vor dem Hintergrund der Effektivität der Gefahrenabwehr gesehen werden. Eine Kostenübernahme des Herstellers ist nur dort geschuldet, wo die Umstände des Einzelfalls dies aus Gründen der Effektivität der Gefahrenabwehr fordern.¹³²⁶ In diesem Zusammenhang listet auch der BGH Maßnahmen auf, die je nach Einzelfall unterhalb der Schwelle eines kostenlosen Rückrufs ausreichend sein können. So mag es vielfach genügen, dass die Abnehmer über die Notwendigkeit der Nachrüstung oder Reparatur informiert werden und der Hersteller seine Hilfe anbietet, sodass die Nutzer diese Maßnahmen auf eigene Kosten durchführen können. Auch eine Stilllegungsaufforderung unter Einschaltung der zuständigen Behörden wird dabei angesprochen.¹³²⁷ Die Frage der Kostentragung hat sich auch am Kriterium der Effektivität der Gefahrenabwehr auszurichten. Ist die völlige Kostenübernahme durch den Hersteller daher mit Blick auf die Gefahrenabwehr erforderlich, kann diese nicht mit Verweis auf das zugleich gewährte Äquivalenzinteresse abgelehnt werden.¹³²⁸ Andererseits erfordert eine effektive Gefahrenabwehr auch nicht immer einen kostenfreien Rückruf. Zwischen der Warnung und dem kostenlosen Rückruf gibt es Maßnahmen, die je nach Einzelfall genügend Anreiz für die Produktnutzer bieten, das Sicherheitsniveau des Produkts wiederherzustellen und damit auch eine effektive Gefahrenabwehr gewährleisten.¹³²⁹

1324 Xia, Die Pflicht zum Produktrückruf, S. 96, 99; für den Regelfall auch Foerste, in: Foerste/Graf v. Westphalen (Hg.), Produkthaftungshandbuch, § 24, Rn. 367 und Bodewig, Der Rückruf fehlerhafter Produkte, S. 283 f.

1325 Förster, in: BeckOK, BGB, § 823, Rn. 752; Dietborn/Müller, BB 2007, 2358 (2361); tendenziell auch Burckhardt, VersR 2007, 1601.

1326 BGH, NJW 2009, 1080 (1081, Rn. 12 f.); vgl. dazu auch Lüftenegger, Die Rückrufflicht des Herstellers, S. 246; so schon Staudinger/Czaplinski, JA 2008, 401 (405 f.).

1327 BGH, NJW 2009, 1080 (1081, Rn. 13).

1328 Vgl. die Argumentation unter E.I.3.a); daneben Xia, Die Pflicht zum Produktrückruf, S. 99; Huber, Rechtsfragen des Produktrückrufs, S. 273; Rosenberger, Die außervertragliche Haftung für automatisierte Fahrzeuge, S. 425.

1329 Foerste, in: Foerste/Graf v. Westphalen (Hg.), Produkthaftungshandbuch, § 24, Rn. 367 spricht von einem „bedingte[n] Rückruf“; vgl. auch Ackermann/Golling, ZfPC 2022, 67 (71).

b) Bedeutung für die Fallgruppen der Rückrufflicht

So sind Fälle denkbar, in denen bereits das bloße Reparaturangebot auch ohne Kostenübernahme durch den Hersteller einen erheblichen Mehrwert für den Nutzer haben kann.¹³³⁰ Dabei ist gerade die Fallgruppe des Hinwegsetzens über eine Warnung aufgrund der Unzumutbarkeit der Gefahrensteuerung angesprochen. Ist der Nutzer bei der Fehlerbehebung vom Hersteller abhängig und gleichzeitig auf das Produkt angewiesen, ist ihm oft schon geholfen, wenn der Hersteller ihm die Reparatur auf eigene Kosten ermöglicht, so dass er nicht vor der Wahl steht, das gefährliche Produkt weiter zu benutzen oder ein teures Ersatzprodukt kaufen zu müssen.¹³³¹

Anders ist dies, wenn die individuelle Eintrittswahrscheinlichkeit einer Rechtsgutsverletzung als gering eingeschätzt und die Produktgefahr verkannt wird. Ein kostenpflichtiges Reparaturangebot mag hier aus den gleichen Gründen in den Wind geschlagen werden wie die Warnung.¹³³² Da es sich aber regelmäßig um Fabrikationsfehler handeln wird, ist es denkbar, dass der Hersteller eine kostenlose Überprüfung des einzelnen Produkts auf Fehlerhaftigkeit anbietet, die Kosten einer eventuellen Reparatur aber vom Nutzer zu tragen sind.¹³³³

Kann eine Warnung nicht ausreichend Gefahrenbewusstsein schaffen und wird ein Rückruf deshalb erforderlich, muss einzelfallabhängig entschieden werden, ob ein bloßes Reparaturangebot genügend Anreiz beim Produktnutzer schaffen kann, sich an der Rückrufaktion zu beteiligen.

Interessant sind die Fälle, in denen eine Warnung nicht ausreicht, also ein Rückruf erforderlich ist, der Hersteller dem Nutzer aber nicht einmal ein Reparaturangebot machen kann, weil die Reparatur schlicht unmöglich ist. Dass eine Warnung hier gerade keine wirksame Maßnahme zur Gefahrenabwehr darstellt,¹³³⁴ steht außer Frage, denn sonst würde ein Rückruf gar nicht in Betracht kommen. Ist das Produkt dagegen allein wegen seiner Gefährlichkeit wertlos oder wegen des Sicherheitsmangels nicht mehr funktionsfähig, stellt sich die Frage eines Rückrufs regelmäßig nicht, weil eine gefährliche Weiterbenutzung nicht in Betracht kommt und

1330 In diese Richtung auch *Huber*, Rechtsfragen des Produktrückrufs, S. 274f. „erhöhte[r] Motivationsdruck“ im Vergleich zur Warnung.

1331 Dies verkennt aber gerade *Xia*, Die Pflicht zum Produktrückruf, S. 96 f.

1332 Vgl. *Xylander*, Die Verantwortlichkeit des Herstellers automatisierter PKW, S. 165.

1333 So *Bodewig*, Der Rückruf fehlerhafter Produkte, S. 284.

1334 Anders aber *Lüftenegger*, NJW 2018, 2087 (2090), der die einzig effektive Gefahrenabwehr darin sieht, auf den Gebrauch zu verzichten.

eine Warnung ausreicht.¹³³⁵ Vor diesem Hintergrund wird in diesen Fällen eine effektive Gefahrenbeseitigung nur durch eine Rückgabe des Produkts gegen Erstattung des Kaufpreises oder das Angebot eines Ersatzprodukts gewährleistet werden können.¹³³⁶

c) Weitere Differenzierungsansätze

In der juristischen Literatur werden daneben weitere Differenzierungskriterien vertreten. Insbesondere soll der Hersteller die Kosten für den Ausbau gefährlicher Teile, nicht aber die Materialkosten und die Kosten für den Einbau neuer Teile zu tragen haben.¹³³⁷ Teilweise soll diese Einschränkung nur für Sach-, nicht aber für Personengefahren Dritter gelten, sondern dort insgesamt eine hälftige Kostenteilung erfolgen.¹³³⁸ Die Beschränkung auf die Ausbaukosten soll eine schärferer Abgrenzung des Integritäts- vom Äquivalenzinteresse ermöglichen.¹³³⁹ Denn die Produktsicherheit werde bereits mit dem Ausbau der gefährlichen Teile sichergestellt, während der Einbau neuer Teile lediglich der Wiederherstellung der Gebrauchstauglichkeit diene und daher dem Nutzer auferlegt werden sollte.¹³⁴⁰ Daneben wird mit Erwägungen der Verhältnismäßigkeit angesichts der eigenen Produktverantwortung des Nutzers argumentiert.¹³⁴¹ Zwar wird mit dem Ausbau der fehlerhaften Teile die Gefahr rein technisch beseitigt. Zu dieser Gefahrenbeseitigung kommt es allerdings nur, wenn der Nutzer dem Hersteller das Produkt dafür zur Verfügung stellt.¹³⁴² Werden aber lediglich die Ausbaukosten vom Hersteller übernommen, die angesichts der Materialkosten des Ersatzteils und den Einbaukosten regelmäßig eher einen kleinen Teil der Gesamtkosten ausmachen dürften, ist der Anreiz für den Nutzer kaum einmal größer als bei einer gänzlich eigenen Kostentragung

1335 Vgl. dazu Hager, VersR 1984, 799 (804 f.); Hager, in: Staudinger, BGB, § 823, Rn. F 25; Tamme, Rückruftkosten, S. 157 f.

1336 Schwenger, JZ 1987, 1059 (1063 f.); Huber, Rechtsfragen des Produktrückrufs, S. 277; Bodewig, Der Rückruf fehlerhafter Produkte, S. 286 f.

1337 So Voigt, in: BeckOGK, BGB, § 823, Rn. 684; Staudinger/Czaplinski, JA 2008, 401 (405); Pieper, BB 1991, 985 (988).

1338 Staudinger/Czaplinski, JA 2008, 401 (405 f.).

1339 Voigt, in: BeckOGK, BGB, § 823, Rn. 684; Staudinger/Czaplinski, JA 2008, 401 (405).

1340 Staudinger/Czaplinski, JA 2008, 401 (405).

1341 Staudinger/Czaplinski, JA 2008, 401 (405).

1342 So auch Xia, Die Pflicht zum Produktrückruf, S. 96 f.

der Reparatur.¹³⁴³ Aus diesem Grund hat die Kostenverteilung zwischen Hersteller und Nutzer so zu erfolgen, dass noch ausreichend Anreize für den Nutzer bestehen, an der Rückrufaktion des Herstellers mitzuwirken.¹³⁴⁴ Dass im Rahmen der Gefahrenabwehr auch das Äquivalenzinteresse mitverwirklicht wird, ist unerheblich, wenn dies aus Gründen der Effektivität erforderlich ist. Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkte spielen dagegen bei der Gefahrenabwehr von vornherein keine Rolle, da diese allein auf die Effektivität im Hinblick auf den Rechtsgüterschutz ausgerichtet ist. Eine Beschränkung der herstellerseitigen Kostentragung auf die Ausbaukosten verliert aber die Effektivität der Gefahrenabwehr aus den Augen und ist daher nicht überzeugend.

Die Kostentragungspflicht des Herstellers dagegen durch den Abzug „neu für alt“ zu begrenzen, entspricht einem allgemeinen schadensrechtlichen Grundsatz und dürfte die Effektivität der Gefahrenabwehr regelmäßig nicht in Frage stellen und auch vom Produktnutzer mitgetragen werden.¹³⁴⁵

6. Bedeutung der Boston Scientific-Entscheidung

Auf Vorlage des BGH äußerte sich der EuGH in seiner Boston Scientific-Entscheidung zu der Frage, ob die mit dem Austausch verbundenen Kosten implantierter und fehleranfälliger Herzschrittmacher bzw. Kardioverter-Defibrillatoren (ICD) nach § 1 Abs. 1 S. 1 ProdHaftG erstattungsfähig sind.¹³⁴⁶ Da die implantierten Herzschrittmacher selbst noch keine Körper- oder Gesundheitsverletzung verursacht haben und Streitgegenstand ausschließlich die Ausbaukosten des alten und die Einbaukosten des neuen Geräts sind,¹³⁴⁷ ist die Entscheidung auch im Zusammenhang mit der Rückrufproblematik zu sehen.

1343 Xia, Die Pflicht zum Produktrückruf, S. 96 f.

1344 Xia, Die Pflicht zum Produktrückruf, S. 95 f.

1345 Hierfür auch *Schwenzer*, JZ 1987, 1059 (1063); *Tamme*, Rückrufkosten, S. 144 f.; *Xia*, Die Pflicht zum Produktrückruf, S. 98 f.; *Bodewig*, Der Rückruf fehlerhafter Produkte, S. 287.

1346 EuGH, NJW 2015, 1163. Die Vorgaben der Vorabentscheidung setzte der BGH dann in zwei Entscheidungen um, BGH, NJW 2015, 3096 und BGH, NJW 2015, 2507.

1347 Vgl. *Brüggemeier*, MedR 2014, 537 (538).

a) Berücksichtigung der Pflegebetten-Entscheidung

Wendet man die Rückrufrechtsprechung des BGH nach den in der Pflegebetten-Entscheidung aufgestellten Grundsätzen auf den vorliegenden Fall an, ist zweifelhaft, ob sich eine Rückrufpflicht des Herstellers ergibt. Im vorliegenden Fall kann zwar eine auf die Warnung des Herstellers vorgenommene nutzerseitige Stilllegung des Geräts die unmittelbar von ihm ausgehende Gefahr beheben, dies kann aber zugleich dazu führen, dass der auf den Herzschrittmacher angewiesene Patient Gesundheitsschäden erst erleidet. Gerade wenn ein Produkt eine Sicherheitsfunktion erfüllt, können durch seine Außerbetriebnahme oder Nichtnutzung neue Gefahren entstehen, nämlich genau die, vor denen das Produkt eigentlich schützen soll. Teilweise wird in solchen Fallkonstellationen das Paradebeispiel dafür gesehen, dass ein Nutzungsverzicht nicht möglich und eine Warnung daher nicht ausreichend ist.¹³⁴⁸

Indes kann zwar die Nutzung des Produkts nicht einfach eingestellt werden, da sich hieraus gerade eine Rechtsgutsverletzung ergeben kann. Allerdings ist davon auszugehen, dass sich die Nutzer auf eine Warnung des Herstellers hin bei einem so lebenswichtigen Produkt wie einem Herzschrittmacher umgehend eigenständig um dessen Überprüfung und gegebenenfalls um dessen Austausch bemüht hätten.¹³⁴⁹ Ist der Nutzer daher bei der Fehlerbehebung nicht auf die Mitwirkung des Herstellers angewiesen, kann von einer fehlenden Möglichkeit zur Gefahrensteuerung regelmäßig keine Rede sein.¹³⁵⁰ Versetzt eine Warnung den Produktnutzer damit in die Lage hinreichender Gefahrenkenntnis und hat dieser auch die tatsächliche Möglichkeit der Gefahrensteuerung, ist nicht ersichtlich, warum eine Warnung nicht zur effektiven Gefahrenabwehr ausreichen soll. Anders kann dies in Fällen sein, in denen die fehlende Sicherungsfunktion des Produkts durch die Stilllegung auch zu einer Gefährdung Dritter führen kann. Hier ist eine Warnung nur ausreichend, wenn vom Nutzer nicht nur die Außerbetriebnahme des Produkts erwartet werden kann, sondern auch die Nachrüstung, dass die ursprüngliche Sicherungsfunktion des Pro-

1348 Lüftenegger, Die Rückrufpflicht des Herstellers, S. 260, 262; vgl. auch Hager, VersR 1984, 799 (806).

1349 So Rudkowski, VersR 2018, 65 (71).

1350 Handorn, MPR 2009, 37 (42) schränkt daher hier wohl die Rückrufpflicht auf Fallkonstellationen ein, in denen „der Betreiber in absehbarer Zeit kein Ersatzgerät anderweitig anschaffen kann“.

dukts wieder erfüllt wird.¹³⁵¹ Die Fallgruppe des Hinwegsetzens über eine Warnung durch die möglicherweise ausfallenden Herzschrittmacher war mangels Drittfährdung aber schon nicht einschlägig.

b) Argumentationslinien des EuGH

In der Boston Scientific-Entscheidung stellte der EuGH fest, dass der Schadensersatz im Rahmen von § 1 Abs. 1 ProdHaftG auch den Austausch der fehlerhaften Produkte beinhalten könne. Denn der Schadensersatz umfasse alles, was erforderlich sei, um die Schadensfolgen zu beseitigen und das notwendige Sicherheitsniveau wiederherzustellen.¹³⁵² Auch wenn die Produkthaftungsrichtlinie eine Haftung des Herstellers an einen Produktfehler im Zeitpunkt der Inverkehrgabe knüpft und den Hersteller nicht zu einer Produktbeobachtung nach diesem Zeitpunkt und damit auch nicht zur Wiederherstellung eines bestimmten Sicherheitsniveaus verpflichtet, wird die Ersatzfähigkeit der Austauschkosten vom EuGH als Schaden hergeleitet.¹³⁵³ Allerdings haftet der Hersteller nicht für jeden Schaden, der durch sein fehlerhaftes Produkt verursacht wurde, sondern nur bei einer Verletzung der tatbestandlich geschützten Rechtsgüter. Reine Vermögensschäden sind insoweit nicht ausreichend. Gerade bei der Benennung der relevanten Rechtsgutsverletzung blieb der EuGH aber vage.¹³⁵⁴ Insoweit argumentierte die Kammer, „dass es sich bei dem durch eine chirurgische Operation zum Austausch eines fehlerhaften Produkts [...] verursachten Schaden um einen „durch Tod und Körperverletzungen verursachten Schaden“ handelt, für den der Hersteller haftet, wenn diese Operation erforderlich ist, um den Fehler des betreffenden Produkts zu beseitigen.“¹³⁵⁵ Abgestellt wird damit weder auf einen durch die Operationskosten verursachten reinen Vermögensschaden noch auf eine bloße Rechtsgutsgefährdung¹³⁵⁶ durch die Implantation eines potenziell fehlerbehafteten Geräts, sondern auf die durch die Austauschoperation verursachte Körperverletzung.¹³⁵⁷

1351 So die Fallkonstellation in OLG Nürnberg, BeckRS 2013, 6837.

1352 EuGH, NJW 2015, 1163 (1164 f., Rn. 49 f.).

1353 Vgl. Wagner, JZ 2016, 292 (300 f.).

1354 Mäsch, JuS 2015, 556 (558); Oeben, Der potenzielle Produktfehler, S. 140, 143.

1355 EuGH, NJW 2015, 1163 (1165, Rn. 55).

1356 Krit. hierzu schon BGH, NJW 2009, 1080 (1083, Rn. 23).

1357 Krit. Brügge-meier, MedR 2014, 537 (538) und Mäsch, JuS 2015, 556 (558); zustimmend Oeben, Der potenzielle Produktfehler, S. 144 f.; argumentativ Wagner, JZ 2016, 292 (300) und Reich, EuZW 2014, 898 (899).

Dabei kommt die Anerkennung eines solchen Ersatzanspruchs im Rahmen des ProdHaftG „der Selbsterfüllung von Rückruffpflichten des Herstellers gefährlich nahe“.¹³⁵⁸ Prima facie geht die Entscheidung mit der Anerkennung der Austauschoperation als durch den Fehler verursachte Körperverletzung über die Grundsätze der Pflegebetten-Entscheidung des BGH hinaus. Ein über das Integritätsinteresse hinausgehender Schutz des Äquivalenzinteresses, welcher auch der Produkthaftungsrichtlinie fremd ist, klingt auch durch die Formulierung an, wonach der Hersteller „das Sicherheitsniveau wiederherzustellen [hat], das man nach Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie zu erwarten berechtigt ist.“¹³⁵⁹ Indes verdeutlicht auch der EuGH, dass das Produkthaftungsrecht allein dem Schutz des Integritätsinteresses dient. Denn die Kammer führt aus, dass ein Schadensersatz nicht verlangt werden kann, falls das vom Hersteller empfohlene Ausschalten des Magnetschalters geeignet gewesen wäre, den potenziellen Produktfehler der ICDs und damit das mit dem Ausfall verbundene Schadensrisiko zu beseitigen.¹³⁶⁰ Dann nämlich wären die Kosten der präventiven Austauschoperation nicht erforderlich gewesen und damit als Äquivalenzschaden nicht ersatzfähig.¹³⁶¹ Die Tatsache, dass nicht mehr alle Funktionen des Geräts hätten genutzt werden können, ist dem Äquivalenzinteresse zuzuordnen und kann demnach keine Rolle spielen.¹³⁶² Folglich scheidet die Ersatzfähigkeit von Fehlerbeseitigungskosten aus, sollten weniger einschneidende Maßnahmen zur Verfügung stehen, die keine Rechtsgutsverletzung beim Produktnutzer erfordern und das von dem Produkt ausgehende Risiko beseitigen.¹³⁶³

c) Bewertung der Boston Scientific-Entscheidung

Eine Erweiterung der Rückruffpflichten und die Anerkennung der Kostentragung bei Austausch, Reparatur oder Ersatzlieferung geht mit der Boston Scientific-Entscheidung damit nur in eng umgrenzten Fallgruppen einher. Denn regelmäßig wird sich die Gefährdung der Produktnutzer auf andere

1358 So *Wagner*, JZ 2016, 292 (300 f.).

1359 So EuGH, NJW 2015, 1163 (1164, Rn. 49); dazu *Handorn*, MPR 2015, 91 (96 f.); *Moelle/Dockhorn*, NJW 2015, 1163 (1165); *Wagner*, JZ 2016, 292 (300 f.); *Oeben*, Der potenzielle Produktfehler, S. 140.

1360 EuGH, NJW 2015, 1163 (1164, Rn. 54 f.).

1361 *Handorn*, MPR 2015, 91 (97); *Oeben*, Der potenzielle Produktfehler, S. 144.

1362 *Moelle/Dockhorn*, NJW 2015, 1163 (1165).

1363 *Handorn*, MPR 2015, 91 (97); *Wagner*, JZ 2016, 292 (301); *Oeben*, Der potenzielle Produktfehler, S. 144.

Weise als durch Eingriff in deren Rechtsgüter beseitigen lassen, insbesondere durch eine Warnung verbunden mit der Aufforderung, den Gebrauch des Produkts einzustellen.¹³⁶⁴ Bei einem Herzschrittmacher, sollte dieser nicht durch technische Maßnahmen von außen deaktiviert werden können – und hier liegt die Besonderheit des Falles – kommt eine Stilllegung ohne rechtsgutsverletzende Operation aber gerade nicht in Betracht. Auch eine Warnung zieht hier eine Operation und damit eine Körperverletzung mit entsprechendem Schaden nach sich. Die Produktgefahr lässt sich in jedem Fall nur durch die Verletzung der körperlichen Integrität des Nutzers beheben.¹³⁶⁵ Anders als im Rahmen der Produktbeobachtungspflicht spielt es keine Rolle, ob der Produktnutzer einer Warnung Folge leisten wird und diese damit aus Gründen der Effektivität der Gefahrenabwehr also gerade ausreichend ist. Es kommt allein auf die eingetretene Rechtsgutsverletzung und den daraus resultierenden Schaden an. Insoweit sind die Anknüpfungstatsachen bei der Produktbeobachtungspflicht und beim Schadensersatzanspruch aus § 1 Abs. 1 S. 1 ProdHaftG andere. Dass Gefahrenabwendungsmaßnahmen aber zwangsläufig zu Rechtsgutsverletzungen des Nutzers mit einhergehendem Schaden führen, ist bei kaum einer anderen Produktgattung als bei implantierten Medizinprodukten denkbar.¹³⁶⁶ Die Haftung des Herstellers für solche Ausbaukosten wird sich folglich nur dort stellen, wo die Gefahrenabschirmung des Nutzers allein und notwendigerweise mit einer Rechtsgutsverletzung einhergeht.¹³⁶⁷ Insofern sollte die Boston Scientific-Entscheidung des EuGH im Hinblick auf die Rückrufproblematik nicht als Widerspruch zur Pflegebetten-Entscheidung des BGH begriffen, sondern als spezieller Teilaspekt aufgegriffen werden.

III. Smarte Reaktionspflichten

Nachdem die Reichweite der herkömmlichen Reaktionspflichten analysiert wurde, ist nun zu untersuchen, inwieweit diese Grundsätze auch auf die smarten Reaktionsmöglichkeiten übertragen werden können.

1364 So auch *Wagner*, in: MüKo, BGB, § 3 ProdHaftG, Rn. 59.

1365 Vgl. *Wagner*, JZ 2016, 292 (301); *Mayrhofer*, Außervertragliche Haftung für fremde Autonomie, S. 289.

1366 *Handorn*, MPR 2015, 91 (96); *Wagner*, JZ 2016, 292 (301).

1367 *Moelle/Dockhorn*, NJW 2015, 1163 (1165).

1. Updatepflichten

Zunächst soll der Frage nachgegangen werden, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen den Hersteller smarter Produkte Updatepflichten zur Gefahrenabwehr treffen können.

a) Gefahrenabwehr durch Updates

Dabei muss zunächst geklärt werden, in welchen unterschiedlichen Ausprägungen Gefahrenabwehrmaßnahmen als Updates möglich sind.

In Betracht kommt zunächst die bloße Bereitstellung eines Updates, das die bestehende Sicherheitsgefahr behebt. Ein solches müsste der Nutzer dann nach einem entsprechenden Hinweis des Herstellers eigenverantwortlich durchführen. Daneben kann die Behebung einer Sicherheitslücke oder eines sonstigen Softwarefehlers auch durch ein automatisches Sicherheitsupdate erfolgen; dies beispielsweise, wenn die automatische Installation von Updates als Standardkonfiguration voreingestellt ist oder ein solches Vorgehen vom Nutzer gewünscht wird. Dabei kann der Nutzer eine (voreingestellte) automatische Update-Funktion jederzeit deaktivieren.¹³⁶⁸ Daneben ist aber auch möglich, dass eine entgegenstehende Willensäußerung des Nutzers durch ein Zwangsupdate „überspielt“ wird.¹³⁶⁹ In allen Fällen sind solche Sicherheitsupdates möglich, wenn nicht die physischen Komponenten eines Produkts betroffen sind, sondern Gefahren von der verwendeten Software ausgehen.¹³⁷⁰ Ist dagegen die Hardware betroffen, bleibt es regelmäßig bei den beschriebenen Kriterien, da sich solche Mängel kaum einmal mittels eines Softwareupdates beheben lassen.¹³⁷¹ Der Unterschied zu einer herkömmlichen Nacherfüllung oder Reparatur liegt nun darin, dass Updates regelmäßig „Over-the-Air“ („OTA“) erfolgen und so der Gang in die Werkstatt zur Fehlerbehebung entfällt;¹³⁷² dies freilich nur wenn das Produkt dafür ausgelegt ist, also über eine Internetanbindung verfügt und von seiner Hard- und Software für OTA-Updates ausgerüstet

1368 Vgl. *Riehm*, in: Schmidt-Kessel/Kramme (Hg.), *Geschäftsmodelle in der digitalen Welt*, S. 201 (221).

1369 Vgl. *Duden*, *Digitale Sachherrschaft*, S. 59.

1370 Vgl. *Sommer*, *Haftung für autonome Systeme*, S. 279.

1371 *Thöne*, *Autonome Systeme*, S. 215 (Fn. 127).

1372 *Wittig*, *Die produzentenrechtlichen Verkehrssicherungspflichten von Softwareproduzenten*, S. 236.

ist („updatable“)¹³⁷³ sowie die Sicherheitsgefahr durch Software beseitigt werden kann.

Ferner ist über ein Update und die darin enthaltenen Steuerbefehle auch die vollständige oder teilweise Deaktivierung der Geräte aus der Ferne möglich. Daneben kommt eine faktische Deaktivierung durch die Einstellung notwendiger Serverdienste in Betracht, auf die das Produkt angewiesen ist.¹³⁷⁴ Gerade bei Geräten, deren Funktionalität in hohem Maße von solchen externen Diensten abhängt, führt die Einstellung dieser Dienste dazu, dass das Produkt nur noch eine „nutzlose Hülle“ darstellt und aufgrund der Funktionslosigkeit vom Nutzer nicht mehr verwendet wird.¹³⁷⁵ In beiden Fällen weist die Fernstilllegung des Produkts durch den Hersteller eine inhaltliche Parallele zum Produktrückruf als Maßnahme auf, mit der das gefährliche Produkt aus dem Verkehr gezogen wird.¹³⁷⁶ Zwar geht es nicht um die Rückgabe des Produkts an den Hersteller, sondern um die direkte Stilllegung beim Nutzer.¹³⁷⁷ Allerdings dient auch die Rückführung an den Hersteller keinem Selbstzweck, sondern ist darauf

1373 Zu dieser Anforderung als Konstruktionspflicht nach Deliktsrecht schon *Reusch*, BB 2019, 904 (906); *Hartmann*, PHi 2017, 42 (46); *Wiesner*, in: Leupold/Wiebe/Glossner (Hg.), IT-Recht, Teil 10.6, Rn. 41; *Wagner*, in: MüKo, BGB, § 823, Rn. 1130; ausführlich *Brenner et al.*, RDt 2024, 252 (254 ff.).

1374 Vgl. die einleitend genannte Schlagzeile, wonach Samsung im Jahr 2017 bei seinem Galaxy Note 7 ein Softwareupdate durchführte, wodurch die Batteriekapazität auf Null gesetzt wurde und ein Aufladen des Akkus nicht mehr möglich war, damit Nutzer, die einem herkömmlichen Rückruf nicht nachkamen, das explosionsgefährdete Gerät nicht mehr nutzen konnten, vgl. den Bericht der EU-Kommission über die Auswirkungen Künstlicher Intelligenz, des Internets der Dinge und der Robotik im Hinblick auf Sicherheit und Haftung, COM (2020) 64 final, S. 3 und <https://www.golem.de/news/samsung-galaxy-note-7-wird-per-update-endgueltig-lahmgelegt-1703-126934.html> (zuletzt abgerufen am 23.09.2024); vgl. zum Ganzen nur *Regenfus*, JZ 2018, 79 (79); *Grünvogel/Dörrenbächer*, ZVertriebsR 2019, 87 (90); *Schrader*, DAR 2018, 314 (317); *Wittig*, Die produzentenrechtlichen Verkehrssicherungspflichten von Softwareproduzenten, S. 231 f.; *Wagner*, in: MüKo, BGB, § 823, Rn. 320, 1133; *Piovano/Schucht/Wiebe*, Produktbeobachtung in der Digitalisierung, S. 102; *Ackermann*, in: NK-ProdR, § 823 BGB, Rn. 138; *Sedlmaier*, in: Kühne/Nack (Hg.), Connected Cars, S. 44; *Fida*, Updates, Patches & Co, S. 162; *Burrer*, in: Bräutigam/Kraul (Hg.), Internet of Things, § 8, Rn. 101.

1375 *Solmecke/Vondrlík*, MMR 2013, 755 (758); vgl. auch *Kuschel*, AcP 220 (2020), 98 (102).

1376 *Piovano/Schucht/Wiebe*, Produktbeobachtung in der Digitalisierung, S. 103; *Regenfus*, JZ 2018, 79 (82); *Sommer*, Haftung für autonome Systeme, S. 284.

1377 Daher spricht *Sedlmaier*, in: Kühne/Nack (Hg.), Connected Cars, S. 44 von „Vorstufe zum Produktrückruf“.

angelegt, das Produkt aus dem Verkehr zu ziehen.¹³⁷⁸ Die Deaktivierung durch den Hersteller ist im Gegensatz zu der bei herkömmlichen Produkten erforderlichen Rückgabeaufforderung an den Benutzer aber jedenfalls technisch nur insoweit von der Mitwirkung des Nutzers abhängig, dass er die Schnittstellenkonnektivität nicht unterbindet oder die Schnittstelle selbst nicht blockiert. Vor diesem Hintergrund erlangt diese Maßnahme als Mittel der Gefahrenabwehr gerade neben der Warnung eigenständige Bedeutung.

Damit lassen sich Updates unterscheiden, die zum einen eine durch einen Softwarefehler oder eine Sicherheitslücke ausgelöste Gefahr beheben (Sicherheitsupdates), und Updates, die zum anderen das Produkt über enthaltene Steuerbefehle oder die Einstellung notwendiger Serverdienste ganz oder teilweise deaktivieren (Fernstilllegung).

b) Verhältnis von Warnung und Updates

In Anknüpfung an die Pflegebetten-Entscheidung kommen Updatepflichten – ungeachtet ihrer konkreten Ausgestaltung – als weitergehende Sicherungsmaßnahmen aber erst in Betracht, wenn eine Warnung zur Gefahrenabwehr nicht hinreichend effektiv ist.

Eine Updatepflicht aber allein aus der im Vergleich zur Warnung größeren Effektivität bei der Gefahrenabwehr herzuleiten, greift jedoch zu kurz.¹³⁷⁹ Zwar stellt sich ein Sicherheitsupdate als effizienteres Mittel der Gefahrenabwehr dar, da es mit einer flächendeckenden Ursachenbekämpfung einhergeht, während eine Warnung lediglich auf eine Gefahr hinweist, diese aber noch nicht beseitigt.¹³⁸⁰ Indes ist die Ausgangslage bei der klassischen Reparatur oder Nachrüstung keine andere.¹³⁸¹ Auch eine Fernstilllegung des Geräts durch den Hersteller unter Umgehung des Nutzers ist prima facie effektiver als eine Warnung. Immerhin können von einem derart stillgelegten Gerät regelmäßig keine Gefahren mehr für die Rechte und Rechtsgüter der Nutzer oder Dritten ausgehen, sodass der Hersteller da-

1378 Dazu BGH, NJW 2009, 1080 (1081, Rn. 11).

1379 In diese Richtung aber *Reusch*, BB 2019, 904 (909); ähnlich *Eichelberger*, in: Ebers et al., (Hg.), Künstliche Intelligenz und Robotik, S. 189.

1380 Vgl. *Hinze*, Haftungsrisiken des automatisierten und autonomen Fahrens, S. 162; *Eichelberger*, in: Ebers et al. (Hg.), Künstliche Intelligenz und Robotik, S. 189.

1381 *Huber*, Rechtsfragen des Produktrückrufs, S. 204; *Hinze*, Haftungsrisiken des automatisierten und autonomen Fahrens, S. 162.

mit seiner Gefahrensteuerungspflicht in vollem Umfang nachkäme.¹³⁸² Allerdings lässt sich aus der Maxime der Effektivität der Gefahrenabwehr nicht folgern, dass der Hersteller gerade die bestmögliche Maßnahme zur Gefahrenabwehr umzusetzen hat.¹³⁸³ Denn seine Verantwortung ist durch die Verantwortung des Produktnutzers begrenzt.¹³⁸⁴ Damit bestehen weitergehende Sicherungspflichten über die Warnung hinaus nur, wenn die Gefahr nicht auf anderem Wege effektiv beseitigt werden kann.¹³⁸⁵ Folglich kann eine Warnung auch dann ausreichend sein und die Produktbeobachtungspflicht erfüllt werden, wenn technisch die Möglichkeit besteht, die Gefahr durch Updates abzuwenden.¹³⁸⁶

Bei der Abgrenzung, ob Updatepflichten bei smarten Produkten zur Gefahrenabwehr erforderlich sein können, soll an die vom BGH entwickelten Fallgruppen angeknüpft werden, in denen eine Warnung nicht mehr ausreichend ist und eine Rückrufpflicht in Betracht kommt.

aa) Geeignetheit der Warnung

Hinsichtlich einer Warnung ist bei smarten Produkten eine Besonderheit zu beachten, die bereits die Geeignetheit einer Warnung als Gefahrenabwehrmaßnahme in Frage stellen kann. Führen Softwarefehler zu Sicherheitslücken, kann eine öffentliche Warnung vor der Schwachstelle gerade zu einer Erhöhung der Gefahr für die betroffenen Rechtsgüter führen. Denn durch die Warnung werden nicht nur die Produktnutzer über die Schwachstelle informiert, sondern auch potenzielle Angreifer. Diese könnten durch eine öffentliche Warnung erst auf die Schwachstelle aufmerksam gemacht werden, sodass eine solche Warnung die Gefahr birgt, dass An-

1382 *Regenfus*, JZ 2018, 79 (83) auch mit dem Hinweis in Fn. 41 auf die Boston-Scientific-Entscheidung, in der der EuGH die Deaktivierung des Geräts bzw. einer gefährlichen Funktion als grundsätzlich ausreichend angesehen hat, vgl. EuGH, NJW 2015, 1163 (1164 f., Rn. 54); ähnlich *Wittig*, Die produzentenrechtlichen Verkehrssicherungspflichten von Softwareproduzenten, S. 232.

1383 Allgemein schon *Lüftenegger*, Die Rückrufpflicht des Herstellers, S. 242; im hiesigen Kontext *Meents*, in: FS Taeger, S. 13 (19 f.) und *Meents/Obradovic*, ZfPC 2022, 13 (15 f.); *Lüftenegger*, RD i 2021, 293 (300).

1384 *Lüftenegger*, Die Rückrufpflicht des Herstellers, S. 242; anmahndend auch *Klindt*, BB 2009, 792 (795).

1385 *Kipker/Walkusz*, DuD 2019, 513 (517).

1386 *Meents*, in: FS Taeger, S. 13 (20) und *Meents/Obradovic*, ZfPC 2022, 13 (16).

griffswellen erst hervorgerufen oder vergrößert werden.¹³⁸⁷ Anders ist dies freilich, wenn die Schwachstelle ohnehin bereits breiten Kreisen bekannt geworden ist.¹³⁸⁸

Allerdings ermöglichen smarte Produkte vielfach eine individuelle Kommunikation mit dem Nutzer.¹³⁸⁹ Eine Warnung kann zielgerichtet bspw. über ein Bediendisplay am Produkt via Datenverbindung eingespielt werden und den Nutzer individuell auf die Gefahr aufmerksam machen.¹³⁹⁰ Vergleichbares gilt bei Produkten ohne Display, die über eine zugehörige App verfügen und mit dem Smartphone verbunden sind.¹³⁹¹ Besteht die Möglichkeit einer derart individuellen und zielgerichteten Warnung, ist sie jedenfalls bei von Hackern ausnutzbaren Sicherheitslücken einer öffentlichen Warnung vorzuziehen.¹³⁹² Aber auch eine individuelle und zielgerichtete Warnung des Nutzers kann Hacker über Umwege erreichen. Spätestens wenn sich Nutzer in Internet-Foren über die Sicherheitslücke austauschen oder beschweren, ist die Information öffentlich. Ist eine gezielte Warnung der Nutzer dagegen schon nicht möglich, sind Updates aber technisch möglich, ist von einer öffentlichen Warnung vor der Sicherheitslücke abzugehen, da diese sonst die Gefahrenlage verschärfen würde. Insoweit ist nämlich zu berücksichtigen, dass eine öffentliche Warnung mit einer erheblichen zeitlichen Verzögerung beim Nutzer ankommen kann, wenn sie ihn denn überhaupt erreicht und Angreifer diese Zeitspanne bereits ausgenutzt haben können. Vor diesem Hintergrund ist auch bei einer Warnung ledig-

1387 Vgl. nur *Raue*, NJW 2017, 1841 (1844); *Wittig*, Die produzentenrechtlichen Verkehrssicherungspflichten von Softwareproduzenten, S. 229 f.; *Foerste*, in: *Foerste/Graf v. Westphalen* (Hg.), *Produkthaftungshandbuch*, § 24, Rn. 175; *Spindler*, NJW 2004, 3145 (3147); *Wiebe*, NJW 2019, 625 (629); *Rockstroh/Kunkel*, MMR 2017, 77 (81); *Wiesemann/Mattheis/Wende*, MMR 2020, 139 (140); *May/Gaden*, InTer 2018, 110 (113); *Droste*, CCZ 2015, 105 (108).

1388 *Foerste*, in: *Foerste/Graf v. Westphalen* (Hg.), *Produkthaftungshandbuch*, § 24, Rn. 175.

1389 *Klindt*, DAR 2023, 7 (8) „Target-genaue Ansprache“.

1390 Vgl. *Hartmann*, DAR 2015, 122 (124 f.); *Chibanguza/Schubmann*, GmbHR 2019, 313 (316); *Xylander*, Die Verantwortlichkeit des Herstellers automatisierter PKW, S. 162; *Lüftenegger*, RDt 2021, 293 (294).

1391 *Lüftenegger*, RDt 2021, 293 (294).

1392 *Spindler*, NJW 2004, 3145 (3147); *Spindler*, in: *Hornung/Schallbruch* (Hg.), *IT-Sicherheitsrecht*, § 11, Rn. 31; *Raue*, NJW 2017, 1841 (1844); *Hey*, Die außervertragliche Haftung des Herstellers autonomer Fahrzeuge, S. 94; allgemein *Dötsch*, Außervertragliche Haftung für KI, S. 258 „für den passenden Kommunikationsweg entscheiden“; *Piovano/Schucht/Wiebe*, *Produktbeobachtung in der Digitalisierung*, S. 101 weisen darauf hin, dass kein besonderes Formerfordernis existiert.

lich über eine zugehörige App oder ein entsprechendes Nutzerkonto im Einzelfall abzuwägen, ob diese den Nutzer erreichen wird.¹³⁹³

Insgesamt birgt bei ausnutzbaren Sicherheitslücken eine Warnung stets die Gefahr, Angriffe erst zu ermöglichen. Im Regelfall werden Updates daher schon aufgrund der mangelnden Eignung einer Warnung zur Gefahrenabwehr Vorrang haben.

bb) Warnung nicht ausreichend zur Gefahreneinschätzung und Verhaltensanpassung

Daneben versetzt eine Warnung den Produktnutzer bei Softwaregefahren möglicherweise nicht ausreichend in die Lage, die Gefahr einzuschätzen und sein Verhalten dementsprechend auszurichten. Immerhin sind softwarebedingte Sicherheitsmängel für die Produktnutzer kaum erkennbar, weil sie weder haptisch noch visuell greifbar sind.¹³⁹⁴

Es greift aber zu kurz, weitergehende Sicherungspflichten allein deshalb anzunehmen, weil Software für den Massenmarkt, aber auch smarte Produkte häufig von Nutzern mit begrenzten IT-Kenntnissen genutzt werden, die regelmäßig nicht das gesamte Gefahrenpotential einer Schwachstelle einschätzen können und daher ein geringes Gefahrenverständnis im Umgang mit dieser haben.¹³⁹⁵ Zum einen entwickelt sich zunehmend eine veränderte Beziehung der Nutzer zur Technik. Mit der zunehmenden Durchdringung des Alltags mit Technik und der immer leichteren Bedienbarkeit und Konfigurierbarkeit werden auch die IT-spezifischen Gefahren immer besser von den Nutzern einschätzbar und beherrschbar.¹³⁹⁶ Zum anderen spielt die eigene Fachkenntnis beim Befolgen einer Warnung nur eine untergeordnete Rolle.¹³⁹⁷ Es ist gerade Aufgabe der Warnung ein hinreichendes Gefahrenbewusstsein zu schaffen. Dabei ist es aber nicht

1393 Krit. *Xylander*, Die Verantwortlichkeit des Herstellers automatisierter PKW, S. 162, der die Einrichtung einer speziellen Empfangsvorrichtung nicht mehr von der Mitwirkungspflicht des Nutzers bei der Gefahrenabwehr umfasst sieht.

1394 *Wiebe*, NJW 2019, 625 (625); *Xylander*, Die Verantwortlichkeit des Herstellers automatisierter PKW, S. 176.

1395 So aber *Wittig*, Die produzentenrechtlichen Verkehrssicherungspflichten von Softwareproduzenten, S. 229; *Wiebe*, InTer 2020, 66 (69); *Grapentin*, Vertragsschluss und vertragliches Verschulden beim Einsatz von KI, S. 178; in diese Richtung auch *Piovano/Schucht/Wiebe*, Produktbeobachtung in der Digitalisierung, S. 98.

1396 Hierzu *Riehm/Meier*, MMR 2020, 571 (574).

1397 Vgl. schon E.II.4.b)aa)(2).

notwendig, dass der Nutzer die technischen Hintergründe im Einzelnen nachvollziehen kann. Dies wird ihm regelmäßig auch bei komplexeren analogen Produkten nicht möglich sein. Entscheidend ist vielmehr, dass er eine Vorstellung vom Gefährdungspotential erlangt und ausgehend von den potenziellen Schadensfolgen sein Verhalten darauf einstellen kann. Sicherlich kann sich ein Hersteller dabei nicht auf die Nennung des Sicherheitsproblems beschränken. Wird vor einem „buffer overflow“¹³⁹⁸ gewarnt, ist bei einem Laien nicht davon auszugehen, dass die Warnung bei ihm ein hinreichendes Gefahrenbewusstsein schafft. Anders verhält es sich aber, wenn der Zusatz erfolgt, dass hierdurch Hacker-Angriffe möglich sind und die weiteren Folgen dieser Angriffe verdeutlicht werden.¹³⁹⁹ Es wird daher nur selten Konstellationen geben, in denen das fehlende technische Verständnis der Nutzer dazu führt, dass auch eine hinreichend deutliche und detaillierte Warnung kein ausreichendes Gefahrenbewusstsein schaffen kann.

cc) Hinwegsetzen über eine Warnung

Weitere Sicherungspflichten in Form einer Updatepflicht könnten sich aber aus einem vorhersehbaren Hinwegsetzen der Nutzer über eine Warnung bei gleichzeitiger Drittgefährdung ergeben.

Da Software in smarten Produkten regelmäßige Steuerungsfunktionen zukommt, sind Drittgefährdungen bei softwarebedingten Sicherheitsmängeln ebenso denkbar wie bei physischen Teilprodukten.¹⁴⁰⁰ Daneben geht auch von Sicherheitslücken – gerade bei verbreiteter Standardsoftware – eine große Streuwirkung aus.¹⁴⁰¹ Zwar erfolgt der Zugriff der Hacker zunächst nur auf das System des individuellen Nutzers. Werden dann aber mehrere infizierte Systeme zusammengeschlossen, können über DDoS-Angriffe auch Dritte angegriffen und ganze Server zum Absturz gebracht werden.¹⁴⁰² Sicherheitslücken können sich damit auf die gesamte digitale Infrastruktur

1398 Bei einem „buffer overflow“ werden durch Fehler im Programm zu große Datenmengen in einen dafür zu kleinen reservierten Speicherbereich geschrieben. Diese Schwachstelle kann von Angreifern ausgenutzt werden.

1399 Ausführlich zu den Anforderungen *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 1824.

1400 Vgl. *Klindt*, DAR 2023, 7 (9) zur fußgängerbezogenen Schutzfunktion der Aufprall-Abbremsung im Vergleich zur softwaregesteuerten Auslösung des Fahrer-Airbags.

1401 *Raue*, NJW 2017, 1841 (1844).

1402 Im hiesigen Kontext *Grünvogel/Dörrenbächer*, ZVertriebsR 2019, 87 (89).

auswirken und haben das Potential, das Vertrauen in vernetzte IT-Systeme insgesamt zu beeinträchtigen.¹⁴⁰³

(1) Verkennung der Produktgefahr bei Sicherheitslücken

Zunächst scheint es möglich, dass die Gefahren von den Nutzern schlicht verkannt werden und die Nutzer trotz vorhandenen Gefahrenbewusstseins eine falsche Gefahreinschätzung vornehmen und sich deshalb über eine Warnung hinwegsetzen.

Dies drängt sich gerade bei Sicherheitslücken auf. Auch wenn bei den Nutzern ein abstraktes Problembewusstsein für Cybersicherheit vorhanden ist und durch die Warnung ein konkretes Gefahrenbewusstsein geschaffen wird, lässt sich ein Hinwegsetzen über entsprechende Warnungen beobachten. Prominentes Beispiel ist hier das veraltete Betriebssystem Windows XP. Auch ein Jahr nach der Ankündigung von Microsoft, keinen Support in Form von Sicherheitsupdates mehr zu leisten, hatte das Betriebssystem noch einen Marktanteil von knapp 15 %.¹⁴⁰⁴ Ob ein solches Hinwegsetzen über eine Warnung zu weitergehenden Sicherungspflichten führt, hängt nach den unter E.II.3.b)bb) gefundenen Ergebnissen entscheidend davon ab, ob sich dieses Nutzerverhalten nach objektiven Kriterien als naheliegend darstellt.

Eine individuell gering einzuschätzende Eintrittswahrscheinlichkeit der Rechtsgutsverletzung lässt sich aber nicht damit begründen, dass das eigene Produkt möglicherweise nicht von der Sicherheitslücke betroffen ist. Denn bei ausnutzbaren Sicherheitslücken handelt es sich um Konstruktionsfehler, die jedem der vertriebenen Softwareprodukte anhaften und somit auch die Software des Nutzers betreffen. Die Tatsache, dass die Software bisher einwandfrei funktionierte, lässt in diesem Zusammenhang auch keine anderen Schlüsse zu. Denn eine Sicherheitslücke wird regelmäßig erst mit ihrer Entdeckung gefährlich.

Die Tatsache, dass Warnungen trotz vorhandenen oder geschaffenen Problembewusstseins nicht befolgt werden, lässt sich aber regelmäßig auf eine rationale Abwägung der Nutzer zurückführen,¹⁴⁰⁵ bei der die Nutzer zu dem Ergebnis kommen, dass die Kosten der Nutzungsaufgabe im Ver-

1403 *Raue*, NJW 2017, 1841 (1844).

1404 Dieses Beispiel nennt *Raue*, NJW 2017, 1841 (1843).

1405 Aus techniksoziologischer Sicht *Herley*, NSPW 2009, 133 (134).

hältnis zu den Risiken überwiegen.¹⁴⁰⁶ Zum einen bedingen gefahrbe gründenden Sicherheitslücken in der Regel keine Nutzungsbeeinträchtigung.¹⁴⁰⁷ Zum anderen gingen bisher von Sicherheitslücken kaum physische Gefahren aus. Die Möglichkeiten der Datenkompromittierung oder des Datenverlusts sind den Nutzern zwar bewusst,¹⁴⁰⁸ dennoch handelt es sich um Rechtsgutverletzungen, die eher in Kauf genommen werden als physische Gefahren. Hinzu kommt, dass die Sicherheitslücke selbst noch nicht zu einer Rechtsgutverletzung führt, sondern es zusätzlich des vorsätzlichen Einschreitens eines Cyberkriminellen bedarf. Diese Aspekte treffen auf ein Phänomen, das in der Techniksoziologie als „security fatigue“ diskutiert wird. Die Vielzahl der Warnungen, mit denen ein Nutzer in seinem digitalen Alltag konfrontiert wird, führt zu einer gewissen Ermüdung, sich mit diesen Warnungen zu befassen und entsprechend zu handeln.¹⁴⁰⁹ Dies gilt insbesondere für Bedrohungen, vor denen zwar wiederholt gewarnt wird, von denen der Nutzer aber nach bisheriger eigener Erfahrung nicht betroffen war.¹⁴¹⁰ Gerade bzgl. Cyberbedrohungen besteht eine solche Diskrepanz zwischen der Häufigkeit von Warnungen und der subjektiv wahrgenommenen Realität.¹⁴¹¹ Diese subjektiv wahrgenommene Realität wurde auch durch in Unternehmen durchgeführte Cybersicherheitsschulungen der Mitarbeiter unterstützt. Diese Kampagnen haben zwar dazu beigetragen, das Risikobewusstsein der Arbeitnehmer auf Unternehmensebene zu schärfen, gleichzeitig führten sie aber auch dazu, dass aufgrund des Fehlens spezifischer Aufklärungsmaßnahmen im Alltag und im Privatleben der Eindruck entstanden ist, dass Unternehmen eher von Cyberangriffen betroffen sein werden als private Nutzer. Da es gerade im privaten Sektor nur wenige Daten über die Häufigkeit und Schwere der Angriffe gibt, ist auch objektiv das durch das Befolgen der Warnung verringerte Risiko spekulativ.¹⁴¹² Das von der Warnung adressierte Worst-Case-Szenario wird

1406 Piovano/Schucht/Wiebe, Produktbeobachtung in der Digitalisierung, S. 98.

1407 Meents, in: FS Taeger, S. 13 (17) weist darauf hin, dass gefahrbe gründende Sicherheitslücken meist keine Nutzungsbeeinträchtigung bedingen.

1408 Vgl. in Bezug auf Smartphones Benenson et al., FedCSIS 2012, 1179 (1181).

1409 Furnell, in: Jajodia/Samarati/Yung (Hg.), Encyclopedia of Cryptography, Security and Privacy, Kap. S.

1410 Herley, NSPW 2009, 133 (141).

1411 Furnell, in: Jajodia/Samarati/Yung (Hg.), Encyclopedia of Cryptography, Security and Privacy, Kap. S.

1412 Herley, NSPW 2009, 133 (134); auch das BSI spricht lediglich davon, dass aufgrund „der Verbreitung der schwachstellenbehafteten Produkte [...] von einer sehr großen Zahl von Betroffenen auszugehen“ ist, vgl. BSI, Sicherheitsbericht 2022, S. 11.

von der gefühlten und empirischen Realität damit nicht abgebildet und führt zu der Einstellung der Nutzer, dass sie schon nicht selbst Opfer eines solchen Angriffs werden. Damit aber haben Nutzer erkannt, dass das Ignorieren von Warnungen wenige Konsequenzen nach sich zieht, während die Nutzungsaufgabe für sie mit erheblichen Einbußen verbunden ist.¹⁴¹³ Bei der Entscheidung, eine Software trotz Warnung aufgrund der gering eingeschätzten eigenen Gefahren weiter zu nutzen, handelt es sich demnach um eine nachvollziehbare Abwägung, sodass auch nicht der Irrationalität des Produktnutzers und damit subjektiver Kriterien Berücksichtigung geschenkt wird.¹⁴¹⁴

Dieser Zusammenhang ändert sich aber, sobald die Gefahren auch auf Seiten des Produktnutzers größer werden. Dies wird aber bei allen CPS der Fall sein, da Cyberangriffe hier auch zu physischen Schäden führen können. Dann aber kann nicht mehr von einer nachvollziehbaren Abwägung gesprochen werden, sondern beruht das Hinwegsetzen über die Warnung auf irrationalen Gründen. Während also bei Sicherheitslücken reiner Software das Verkennen der Produktgefahr zu einem vorhersehbaren Hinwegsetzen über eine Warnung führen und Updatepflichten nach sich ziehen kann, wird dies bei CPS deutlich seltener der Fall sein.

(2) Unzumutbarkeit der Gefahrensteuerung jenseits von Sicherheitslücken und bei CPS

Auch jenseits von Sicherheitslücken bzw. auch bei CPS könnte sich ein Hinwegsetzen über eine Warnung aber unter dem Gesichtspunkt der für den Produktnutzer unzumutbaren Gefahrensteuerung ergeben.

α) Angewiesenheit auf den Hersteller

Bei softwarebedingten Sicherheitsmängeln sind die Reaktionsmöglichkeiten der Nutzer eingeschränkt. Denn eine eigenständige oder durch einen

1413 Vgl. auch Herley, NSPW 2009, 133 (141); allgemein Eckhardt/Feist/Herrmann, in: Jahrbuch Konsum und Verbraucherwissenschaften 2023 (im Erscheinen): „Menschen handeln genuin eigensinnig und aus Gründen, die für regulierende Akteure [...] nicht immer nachvollziehbar sind.“

1414 Vgl. allgemein zu dieser Fallkonstellation Lüftenegger, Die Rückrufpflicht des Herstellers, S. 223.

Dritten vorgenommene Behebung der Softwarefehler kommt in den seltensten Fällen in Betracht.¹⁴¹⁵ Zwar kann die zur Fehlerbehebung erforderliche Dekompilierung nach § 69d Abs. 1 UrhG entsprechend neuerer EuGH-Entscheidung auch ohne Zustimmung des Rechteinhabers i.S.d. § 69c Nr. 2 S.1 UrhG zulässig sein.¹⁴¹⁶ Allerdings versteht allein der Hersteller den Aufbau und die Konzeption der Software in Gänze, sodass er regelmäßig der einzige Akteur ist, der die Software fehlerärmer und sicherer machen kann.¹⁴¹⁷ Da der Kauf einer neueren oder alternativen Softwareversion bei älteren Computern oder insbesondere bei softwaregesteuerten Gegenständen nicht möglich ist, kann die eigene Gefahrensteuerung des Nutzers auf eine Warnung hin nur durch die Stilllegung des Produkts in Gänze erfolgen.¹⁴¹⁸ Bei der Gefahrenbeseitigung durch eine originäre Fehlerbehebung ist der Nutzer dagegen auf den Hersteller und von ihm bereitgestellte Sicherheitsupdates angewiesen.¹⁴¹⁹ Bleiben diese Updates aus, bestehen für den Nutzer nur zwei Möglichkeiten auf die Warnung zu reagieren. Entweder er befolgt die Warnung und stellt die Verwendung des gefährlichen Produkts ein oder er verwendet das Produkt trotz seiner Gefährlichkeit weiter.

β) Angewiesenheit auf das Produkt

Aufgrund der fehlenden Möglichkeit, die Sicherheitsmängel selbst zu beheben, stellt die Warnung in diesen Fällen ein wenig effektives Mittel der Gefahrenabwehr dar,¹⁴²⁰ jedenfalls bei Produkten, die für die Lebensführung von zentraler Bedeutung sind und bei denen ein Nutzungsverzicht daher nicht unbedingt zu erwarten ist. Genau das wird aber bei vielen smarten Produkten der Fall sein. Denn diese sind häufig keine Luxusgüter

1415 Huber, Rechtsfragen des Produktrückrufs, S. 204; Reusch, BB 2019, 904 (905); Wittig, Die produzentenrechtlichen Verkehrssicherungspflichten von Softwareproduzenten, S. 239; Oechsler, in: Staudinger, BGB, § 1 ProdHaftG, Rn. 60a.

1416 EuGH, GRUR 2021, 1508; zu Einschränkungen Kaboth, ZUM 2022, 126 (127 f.); vgl. zur alten Rechtslage Raue, NJW 2017, 1841 (1842) und Wittig, Die produzentenrechtlichen Verkehrssicherungspflichten von Softwareproduzenten, S. 239 f.

1417 Etzkorn, MMR 2020, 360 (365); Deusch/Eggendorfer, in: Taeger/Pohle (Hg.), Computerrechts-Handbuch, Teil 5, Rn. 460; Regenfus, JZ 2018, 79 (80).

1418 Raue, NJW 2017, 1841 (1842 f.).

1419 So auch Wittig, Die produzentenrechtlichen Verkehrssicherungspflichten von Softwareproduzenten, S. 241; Sommer, Haftung für autonome Systeme, S. 280.

1420 Gomille, JZ 2016, 76 (80); Raue, NJW 2017, 1841 (1842) sieht eine korrespondierende Verkehrspflicht des Nutzers zur Stilllegung gar als unzumutbar an.

oder Spielereien, sondern ersetzen herkömmliche Produkte, bei denen die zentrale Bedeutung der ständigen Verfügbarkeit für die eigenwirtschaftliche Lebensführung anerkannt ist. Dies gilt gerade für Geräte der Haushaltselektronik wie Waschmaschinen, Kühlschränke, Fernseher und ohnehin für PCs und Laptops.¹⁴²¹ Es gibt keinen Grund, von dieser Sichtweise abzuweichen, nur weil das Produkt nun noch „smart“ ist. Hinzu kommt, dass Software aufgrund ihrer erhöhten Fehleranfälligkeit regelmäßig auch kritische Softwarefehler aufweist und der Nutzer daher jederzeit und insbesondere vor Ablauf der mechanischen Lebensdauer des Produkts mit einer Warnung verbunden mit einer Stilllegungsaufforderung rechnen muss.¹⁴²² Da eine Annäherung der Lebensdauer von Software an die der Hardware gerade bei teureren Produkten nicht der Realität entspricht, wird es dem Nutzer unverständlich sein, ein Produkt, dessen Hardware noch eine beträchtliche Lebenszeit hätte, wegen sicherheitskritischer Softwarefehler auszusortieren.¹⁴²³ Dies gilt umso mehr, als sich der Produktnutzer aufgrund der Allgegenwärtigkeit von Softwarefehlern bei all seinen Produkten mit der Gefahr einer Stilllegungsaufforderung konfrontiert sieht und ihm dieses Schicksal auch bei der Vornahme einer Ersatzbeschaffung droht. Hinzu kommt, dass die Erwartung des Nutzers an ein in jeder Hinsicht ausgereiftes Produkt zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens durch die Erwartung abgelöst wurde, dass das einmal erworbene Produkt später mit Sicherheitsupdates versorgt wird.¹⁴²⁴

Einem Nutzer, der auf die Verwendung des Produkts angewiesen ist und nicht die Möglichkeit hat, das Sicherheitsrisiko ohne Hilfe des Herstellers selbst zu beseitigen, wird ein Nutzungsverzicht damit regelmäßig unzumutbar sein. Bei ihm ist daher zu erwarten, dass er die Eintrittswahrscheinlichkeit einer Rechtsgutsverletzung ausblenden und sich über eine Warnung hinwegsetzen wird.

1421 Vgl. die Auflistung m.w.N. von *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, BGB, § 249, Rn. 49; *Oechsler*, in: *Staudinger*, BGB, § 1 ProdHaftG, Rn. 60a „Gebrauchsgegenstand der Alltagswelt“.

1422 Ähnlich auch *Raue*, NJW 2017, 1841 (1842 f.).

1423 Anders aber *Schrader/Engstler*, MMR 2018, 356 (361); wie hier *Wiesemann/Mattheis/Wende*, MMR 2020, 139 (Fn. 20); *Raue*, NJW 2017, 1841 (1843) „weder aus individueller noch aus volkswirtschaftlicher Sicht eine gangbare Lösung“; *Oster*, in: *Foerste/Graf v. Westphalen* (Hg.), *Produkthaftungshandbuch*, § 57, Rn. 26 sieht in einer Updatepflicht gerade die „Kehrseite“ für die Fehleranfälligkeit von Software.

1424 Zu dieser im Tatsächlichen geänderten Erwartungshaltung *Riehm*, in: *Schmidt-Kessel/Kramme* (Hg.), *Geschäftsmodelle in der digitalen Welt*, S. 201 (204).

y) Erhöhte Einflussmöglichkeit des Herstellers

Außerdem korrespondiert die Angewiesenheit des Nutzers bei der Fehlerbehebung vom Hersteller mit gesteigerten Einflussmöglichkeiten des Herstellers auf das Produkt auch noch nach der Inverkehrgabe.¹⁴²⁵ Bei herkömmlichen Produkten knüpft die Abgrenzung der Risikosphären zwischen Hersteller und Nutzer gerade an den Kontrollverlust des Herstellers über das Produkt mit dem Zeitpunkt des Inverkehrbringens an.¹⁴²⁶ Zwar kann der Hersteller über eine Warnung oder einen Produktrückruf die Gefahrensteuerung initiieren, für weitergehende Sicherungsmaßnahmen ist allerdings die physische Zugriffsmöglichkeit auf das Produkt erforderlich, indem der Nutzer es zum Hersteller oder in eine Werkstatt bringt.¹⁴²⁷ Da smarte Produkte aber ständig über das Internet verbunden sind, können die Hersteller hier jederzeit aus der Ferne auf ihre Produkte zugreifen und auf die sicherheitsrelevanten Eigenschaften per Update Einfluss nehmen, sodass diese weiterhin der Kontrolle des Herstellers unterliegen.¹⁴²⁸

Der Hersteller ist damit im Vergleich zum Produktnutzer besser in der Lage, auf Produktfehler zu reagieren.¹⁴²⁹ Kann dies zudem mit geringem Aufwand und geringen Kosten erfolgen, spricht dies für eine Erweiterung des Pflichtenumfangs des Herstellers.¹⁴³⁰ Denn die Abgrenzung der Verantwortungssphären ist allgemein dadurch geprägt, dass die Risiken demjenigen zugewiesen werden, der sie am besten beherrschen kann.¹⁴³¹ Ungeachtet der konkreten Ausgestaltung ist die Bereitstellung von Updates im Vergleich zu großangelegten Rückrufaktionen mit einem geringeren

1425 Schrader, in: Buck-Heeb/Oppermann (Hg.), *Automatisierte Systeme*, S. 333 (334).

1426 Vgl. B.I.3.

1427 Vgl. Sedlmaier, in: Kühne/Nack (Hg.), *Connected Cars*, S. 45.

1428 Riehm, DJT 2022 Referat, K S. 56; Thöne, *Autonome Systeme*, S. 215; v. Bodungen, in: Chibanguza/Kuß/Steege (Hg.), *Künstliche Intelligenz*, § 3, I., Rn. 30; Beierle, *Die Produkthaftung im Zeitalter des Internet of Things*, S. 207 f.; Mayrhofer, *Außervertragliche Haftung für fremde Autonomie*, S. 291 f.; ansatzweise auch Haf-
tenberger, *Die Produkthaftung für künstlich intelligente Medizinprodukte*, S. 131; Sommer, *Haftung für autonome Systeme*, S. 280.

1429 So auch Oster, in: Foerste/Graf v. Westphalen (Hg.), *Produkthaftungshandbuch*, § 57, Rn. 25.

1430 So allgemein bzw. im Kontext von herkömmlichen Kfz-Rückrufen Lüftenegger, *NJW* 2018, 2087 (2090).

1431 Vgl. allgemein Spindler, *MMR* 2008, 7 (8); ähnlich Klindt et al., in: Bräutigam/Klindt (Hg.), *Digitalisierte Wirtschaft/Industrie 4.0*, S. 76 (89); im hiesigen Kontext Oster, in: Foerste/Graf v. Westphalen (Hg.), *Produkthaftungshandbuch*, § 57, Rn. 25.

Aufwand für den Hersteller verbunden.¹⁴³² Dabei sollen noch gar nicht die für das Update anfallenden Kosten in den Fokus genommen werden.¹⁴³³ Denn nach der hier vertretenen Auffassung ist die Frage der weitergehenden Sicherungspflichten von der Frage der Kostentragung zunächst zu trennen. Außerdem betonte der BGH in seiner Pflegebetten-Entscheidung, dass Rückrufpflichten nicht allein aus Zumutbarkeitsgesichtspunkten – ohne Rücksicht darauf, ob diese überhaupt erforderlich sind – hergeleitet werden können.¹⁴³⁴ Festzuhalten ist aber, dass für das Bereitstellen eines Updates keine Werkstatt-, sondern lediglich Serverkapazitäten bereitgestellt werden müssen.¹⁴³⁵ Speziell im Hinblick auf Sicherheitsupdates ist weiter zu konstatieren, dass diese ohnehin bereits mit Blick auf die weitere Vermarktung des Produkts oder seiner Nachfolgemodelle entwickelt werden müssen, um der Konstruktionspflicht gerecht zu werden und das Produkt so ohne Sicherheitsrisiken in den Verkehr zu bringen.¹⁴³⁶

Diese überlegenen Gefahrensteuerungsmöglichkeiten des Herstellers gegenüber dem Nutzer bei gleichzeitig geringem Mehraufwand führen dazu, dass bei einem naheliegenden Hinwegsetzen des Nutzers über eine Warnung Updatepflichten des Herstellers anzunehmen sind.¹⁴³⁷

1432 Grünvogel/Dörrenbächer, ZVertriebsR 2019, 87 (89); Oster, in: Foerste/Graf v. Westphalen (Hg.), ProdukthaftungsHandbuch, § 57, Rn. 25.

1433 In der Literatur wird die Nachrüstungspflicht z.T. jedoch maßgeblich mit den im Vergleich zur Reparatur geringen Kosten begründet, vgl. nur Wagner, AcP 217 (2017), 707 (756); Wagner, in: MüKo, BGB, § 823, Rn. 1130, 1132; Hinze, Haftungsrisiken des automatisierten und autonomen Fahrens, S. 162 f.; Leupold/Wiesner, in: Leupold/Wiebe/Glossner (Hg.), IT-Recht, Teil 9.6.4, Rn. 75; Eichelberger, in: Ebers et al. (Hg.), Künstliche Intelligenz und Robotik, S. 189; Haagen, Verantwortung für Künstliche Intelligenz, S. 276.

1434 BGH, NJW 2009, 1080 (1082, Rn. 20); im hiesigen Kontext Schmid, IT- und Rechtssicherheit automatisierter und vernetzter cyber-physischer Systeme, S. 241.

1435 Raue, NJW 2017, 1841 (1844); Wittig, Die produzentenrechtlichen Verkehrssicherungspflichten von Softwareproduzenten, S. 237.

1436 Wagner, AcP 217 (2017), 707 (756); Grünvogel/Dörrenbächer, ZVertriebsR 2019, 87 (89); Hinze, Haftungsrisiken des automatisierten und autonomen Fahrens, S. 162 f.; Eichelberger, in: Ebers et al. (Hg.), Künstliche Intelligenz und Robotik, S. 189; Wittig, Die produzentenrechtlichen Verkehrssicherungspflichten von Softwareproduzenten, S. 238; Lüftenegger, RD 2021, 293 (298).

1437 So auch Thöne, Autonome Systeme, S. 216 und Raue, NJW 2017, 1841 (1846).

dd) Identifizierbarkeit der Produktnutzer

Fraglich ist aber, wie sich auswirkt, dass im Rahmen einer Warnung über Displays etc. 100 % der Produktnutzer erreicht werden können.¹⁴³⁸ Immerhin wurde in der Pflegebetten-Entscheidung angemerkt, dass auch bei erheblichen Gefahren für Dritte bei bekanntem oder ermittelbarem Abnehmerkreis eine kostenfreie Nachrüstung oder Reparatur vielfach nicht erforderlich sei.¹⁴³⁹ Selbst wenn man aber die Identifizierbarkeit der Abnehmer als Kriterium für die Beurteilung der Effektivität der Gefahrenabwehr anerkennt, sollte die unmittelbare Erreichbarkeit der Produktnutzer nicht mit der Bekanntheit der Abnehmer gleichgesetzt werden. Die Tatsache, dass über das Produkt selbst ein Kommunikationskanal zu den Nutzern besteht, bedeutet nämlich noch nicht, dass dem Hersteller die Nutzer auch bekannt wären. Da die Identifizierbarkeit nämlich insbesondere dazu führen soll, dass der Hersteller bei Nichtbeachtung der Warnung durch die Produktnutzer die zuständigen Behörden einschalten kann, sind hierfür die Kundendaten erforderlich. Ist aber für die Nutzung des smarten Produkts nicht gerade die Erstellung eines individuellen Accounts erforderlich, führt die unmittelbare Kommunikationsmöglichkeit über das Produkt nicht zu einer diesbezüglichen herstellerseitigen Kenntnis.

Daneben spricht die Identifizierbarkeit der Produktnutzer allenfalls gegen die Kostenfreiheit der Updates, nicht aber gegen eine grundsätzliche Pflicht des Herstellers. Der BGH selbst weist darauf hin, dass bei einem identifizierbaren Abnehmerkreis der Hersteller erforderlichenfalls seine Hilfe anbieten muss, um die Nutzer in die Lage zu versetzen, eine Nachrüstung auf eigene Kosten vorzunehmen.¹⁴⁴⁰ Gerade Sicherheitsupdates scheinen der Paradefall für diese Konstellation zu sein. Denn wie kaum woanders ist hier der Nutzer auf die Hilfe des Herstellers angewiesen, um in der Lage zu sein, einen sicherheitsrelevanten Fehler überhaupt beheben zu können. Die bloße Information über die Notwendigkeit der Nachrüstung ist eben nicht ausreichend (s.o.).

1438 Hierzu *Lüftenegger*, RDi 2021, 293 (294); *Klindt*, DAR 2023, 7 (8).

1439 BGH, NJW 2009, 1080 (1081, Rn. 13).

1440 BGH, NJW 2009, 1080 (1081, Rn. 13).

c) Fazit

Anders als bei herkömmlichen Produkten wird die vorzunehmende Einzelfallbetrachtung bei Software und bei smarten Produkten regelmäßig zu einer Updateverpflichtung des Herstellers führen. Aufgrund der tatsächlichen Gegebenheiten wird hier vielfach ein Hinwegsetzen über eine Warnung erwartet werden müssen. Bei reiner Software folgt dies aus dem Verkennen des Gefahrenpotentials von Sicherheitslücken, bei smarten Produkten aus der unzumutbaren Gefahrensteuerung aufgrund der fehlenden eigenen Fehlerbeseitigungsmöglichkeit bei gleichzeitiger gesteigerter Einflussmöglichkeit des Herstellers in Kombination mit der Angewiesenheit auf das Produkt.

2. Ausgestaltung der Updatepflicht

Wurde geklärt, dass die Hersteller von Software und smarten Produkten regelmäßig Updatepflichten treffen, muss in einem zweiten Schritt das Verhältnis der unterschiedlichen Updatemaßnahmen, insbesondere von Sicherheitsupdates und Fernstilllegungen, untersucht werden.

a) Bedeutung der vertraglichen Aktualisierungspflicht aus § 327f BGB

Innerhalb einer Vertragsbeziehung mit einem Verbraucher ist eine Aktualisierungspflicht zum Erhalt der Vertragsmäßigkeit des digitalen Produkts mittlerweile nach § 327f Abs. 1 BGB¹⁴⁴¹ geltendes Recht. Erfasst sind insbesondere auch Sicherheitsaktualisierungen (S. 2). Diese Kodifizierung der Aktualisierungspflicht stellt aber die deliktsrechtliche Pflicht zur Vornahme von Sicherheitsupdates als solche nicht in Frage.¹⁴⁴² Bereits Erwägungsgrund (47) Digitale-Inhalte-RL stellt nämlich klar, dass sich aus anderen Gründen ergebende gesetzliche Aktualisierungspflichten unberührt blei-

1441 § 327f BGB beruht auf der Richtlinie (EU) 2019/770 über die Bereitstellung digitaler Inhalte.

1442 So aber *Gansmeier/Kochendörfer*, JuS 2022, 704 (707 f.); in diese Richtung wohl auch *Voigt*, in: BeckOGK, BGB, § 823, Rn. 782; *Haftenberger*, Die Produkthaftung für künstlich intelligente Medizinprodukte, S. 131 folgert dagegen einen Trend hin zur Update-Verpflichtung auch des Herstellers nach Inverkehrgabe; ähnlich *Oechsler*, NJW 2022, 2713 (2715), der von einem „Leitbildcharakter“ spricht.

ben.¹⁴⁴³ Darüber hinaus wäre ein auf Verbraucherverträge beschränkter Schutz des Integritätsinteresses vor durch Updates behebbaren Gefahren schlicht unzureichend. Weder Unternehmen noch am Vertrag nicht beteiligten Dritten stünden Schadensersatzansprüche zu, wenn sie aufgrund unterlassener Updates einen Schaden erlitten.¹⁴⁴⁴ Vielmehr muss es beim grundsätzlichen Nebeneinander von Vertrags- und Deliktsrecht bleiben.¹⁴⁴⁵

b) Abgrenzung zwischen Äquivalenz- und Integritätsinteresse

Gerade bei der Frage nach der konkreten Ausgestaltung der Updatepflicht im Rahmen der Produktbeobachtungspflicht setzt sich die Abgrenzung zwischen deliktsrechtlich geschütztem Integritätsinteresse und nicht geschütztem Äquivalenzinteresse fort.¹⁴⁴⁶

Allein vom Standpunkt der Gefahrenabwehr gehen von einem zwangsweise aus der Ferne deaktivierten Gerät regelmäßig keine Gefahren mehr für die Rechte und Rechtsgüter der Nutzer oder Dritten aus, sodass der Hersteller damit seiner Gefahrensteuerungspflicht in vollem Umfang nachkäme.¹⁴⁴⁷ Dass die Nutzer dann kein funktionsfähiges Produkt mehr haben, ist aus produkthaftungsrechtlicher Perspektive unerheblich, weil es insoweit nur darauf ankommt, dass von dem Produkt keine Gefahren für geschützte Rechtsgüter mehr ausgehen. Deliktsrechtlich geschützt ist eben nur das Integritäts- und nicht das Äquivalenzinteresse, weshalb der Verlust der weiteren Nutzungsmöglichkeit bei der Gefahrenabwehr keine Rolle spielt.¹⁴⁴⁸ Im Hinblick auf die mangelnde Funktionsfähigkeit müssen sich die Nutzer allein mit ihrem Vertragspartner auseinandersetzen und beispielsweise gewährleistungsrechtliche Rechtsbehelfe geltend machen, sofern diese noch nicht verjährt sind.

1443 Vgl. auch *Schmidt-Kessel*, ZfPC 2022, 117 (119); *Wagner*, JZ 2023, 1 (6).

1444 *Meents/Obradovic*, ZfPC 2022, 13 (16); *Piovano/Schucht/Wiebe*, Produktbeobachtung in der Digitalisierung, S. 98 f.

1445 *Wagner*, JZ 2023, 1 (6).

1446 *Lüftenegger*, RDt 2021, 293 (299).

1447 *Regenfus*, JZ 2018, 79 (83) auch mit dem Hinweis in Fn. 41 auf die Boston-Scientific-Entscheidung, in der der EuGH die Deaktivierung des Geräts bzw. einer gefährlichen Funktion als grundsätzlich ausreichend angesehen hat, vgl. EuGH, NJW 2015, 1163 (1164 f., Rn. 54); ähnlich *Wittig*, Die produzentenrechtlichen Verkehrssicherungspflichten von Softwareproduzenten, S. 232.

1448 Vgl. auch BGH, NJW 2009, 1080 (1083, Rn. 25).

Ebenso wenig wie bei der Rückruffrage überzeugt es jedoch auch bei der Updatepflicht nicht, Sicherheitsupdates pauschal mit dem Hinweis auf das lediglich vertraglich geschützte Äquivalenzinteresse abzulehnen.¹⁴⁴⁹ Eine deliktsrechtliche Nachrüstung durch Updates kommt freilich von vornherein nicht in Bezug auf lediglich funktionserhaltende Updates ohne Sicherheitsrelevanz in Betracht, da ansonsten tatsächlich nur das Äquivalenzinteresse betroffen wäre. Eine ständige Pflege der Software, um diese funktionell auf dem aktuellen Stand zu halten oder gar zu optimieren, ist deliktsrechtlich nicht geschuldet.¹⁴⁵⁰ Erwächst aus der unzureichenden Programmierung allein eine fehlerhafte oder fehlende Funktionalität, ergibt sich aus der deliktsrechtlichen Produktbeobachtungspflicht gerade keine Aktualisierungspflicht.¹⁴⁵¹ Zwar wird dem Nutzer auch bei der Bereitstellung von sicherheitsrelevanten Aktualisierungen wieder ein vertragsgemäßes Produkt zur Verfügung gestellt und somit ebenfalls seinem Äquivalenzinteresse entsprochen.¹⁴⁵² Allerdings beschränkt sich hier die Fehlerbeseitigung mittels Updates nicht auf das Äquivalenzinteresse, sondern berührt in gleicher Weise das Integritätsinteresse, wenn von dem Produkt Gefahren für die nach § 823 Abs.1 BGB geschützten Rechte und Rechtsgüter ausgehen.¹⁴⁵³ Insoweit bestehen keine Unterschiede zur Gefahrenbeseitigung bei analogen Produkten.

Auch die Möglichkeit, Aktualisierungen auf die rein deliktsrechtlich geschuldeten sicherheitsrelevanten Updates zu beschränken, führt nicht dazu, dass sich die Abgrenzungsfrage zwischen dem vertraglich geschützten Äqui-

1449 So aber *Schmid*, IT- und Rechtssicherheit automatisierter und vernetzter cyber-physischer Systeme, S. 241 f.; in diese Richtung auch *Rockstroh/Kunkel*, MMR 2017, 77 (81); *Spindler*, in: Hilgendorf (Hg.), Robotik im Kontext von Recht und Moral, S. 63 (75); *Spindler*, Verantwortlichkeiten von IT-Herstellern, Nutzern und Intermediären, Rn. 141; Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“, Bericht vom 15. April 2019, S. 197 f.; *Heydn* in: Schuster/Grützmaker (Hg.), IT-Recht, § 3 ProdHaftG, Rn. 23; zurückhaltend auch *Chibanguza*, in: Buck-Heeb/Oppermann (Hg.), Automatisierte Systeme, S. 407 (418) und *Wende*, in: Sassenberg/Faber (Hg.), Industrie 4.0 und Internet of Things, § 4, Rn. 59.

1450 Mindestens missverständlich aber *Ebers*, in: Oppermann/Stender-Vorwachs (Hg.), Autonomes Fahren, 1. Aufl., S. 93 (114); wie hier *Xylander*, Die Verantwortlichkeit des Herstellers automatisierter PKW, S. 174 und *Spindler*, in: Hornung/Schallbruch (Hg.), IT-Sicherheitsrecht, § 11, Rn. 41 f.

1451 *Reusch*, BB 2019, 904 (908).

1452 *Gless/Janal*, JR 2016, 561 (569 f.).

1453 *Hinze*, Haftungsrisiken des automatisierten und autonomen Fahrens, S. 163 und *Spindler*, in: Hornung/Schallbruch (Hg.), IT-Sicherheitsrecht, § 11, Rn. 42; vgl. auch *Sommer*, Haftung für autonome Systeme, S. 280.

valenzinteresse und dem deliktsrechtlich geschützten Integritätsinteresse weniger dringlich stellt.¹⁴⁵⁴ Gleiches gilt für die Tatsache, dass die Funktionalität eines Produkts von Softwarefehlern häufig zunächst gar nicht betroffen ist und Unsicherheiten vom Produktnutzer nicht wahrgenommen werden.¹⁴⁵⁵ Denn bei genauerer Betrachtung handelt es sich dabei um keine Besonderheiten smarter Produkte. Auch im Rahmen eines herkömmlichen Rückrufs ist eine Nachrüstung allein auf das sicherheitsgefährdende Teil beschränkt. Zudem wirken sich Produktfehler bei analogen Produkten regelmäßig auch erst mit Eintritt des Schadens funktionsbeeinträchtigend aus. Entscheidender Punkt – und dies gilt sowohl für analoge als auch für smarte Produkte – ist vielmehr, dass mit einer Einstellung der Nutzung des Produkts der Schutzfunktion des Deliktsrechts Genüge getan ist und weitergehende Maßnahmen, welche die weitere Nutzbarkeit des Produkts ermöglichen, jedenfalls auch dem Äquivalenzinteresse zuzuordnen sind.¹⁴⁵⁶ Bei der Überlegung, wie der Hersteller das Integritätsinteresse des Nutzers zu wahren hat, ist daher der Nachrüstung durch Updates nicht allein deshalb der Vorzug zu geben, weil dadurch die Nutzbarkeit des Gegenstandes erhalten werden kann.¹⁴⁵⁷

c) Effektivität der Gefahrenabwehr als Maxime

Die Verpflichtung, ein Produkt nicht nur zurückzurufen und damit aus dem Verkehr zu ziehen, sondern weitergehende Sicherheitsmaßnahmen zu ergreifen, kommt aber immer dann in Betracht, wenn dies aus Gründen einer effektiven Gefahrenabwehr erforderlich ist.¹⁴⁵⁸ Die zentrale Frage hinsichtlich der Ausgestaltung der Updatemaßnahme lautet demnach: Unter welchen Umständen erweist sich eine vom Hersteller aus der Ferne vorgenommene aufgedrängte Sicherheitsbereicherung, die eine weitere (gefährliche) Nutzung gerade ausschließt, dennoch als nicht hinreichend effektiv bei der Gefahrenabwehr?

1454 So aber Thöne, Autonome Systeme, S. 217 und Dötsch, Außervertragliche Haftung für KI, S. 261.

1455 In diese Richtung aber Reusch, BB 2019, 904 (908).

1456 Ähnlich auch Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“, Bericht vom 15. April 2019, S. 198; Spindler, in Hornung/Schallbruch (Hg.), IT-Sicherheitsrecht, § 11, Rn. 41 f.

1457 Meents, in: FS Taeger, S. 13 (20).

1458 BGH, NJW 2009, 1080 (1081, Rn. 12).

Anders als das in der Pflegebetten-Entscheidung zugrunde gelegte Verständnis eines Rückrufs als mitwirkungsbedürftiger Maßnahme, ist eine solche aufgedrängte Sicherheitsbereicherung dem Grunde nach nicht von der Mitwirkung des Nutzers abhängig.¹⁴⁵⁹ Unterbindet der Nutzer die Schnittstellenkonnektivität nicht, wozu er regelmäßig keinen Anlass haben wird, und blockiert er die Schnittstelle nicht, wozu dem Laien regelmäßig die hinreichende Sachkunde fehlen wird, kann die Maßnahme ohne weiteres Zutun durch den Hersteller erfolgen. Gerade deshalb ist die Maßnahme zwar sehr effektiv, indes führt dies dazu, dass nicht bei diesem Ergebnis stehen geblieben werden kann.¹⁴⁶⁰ Denn jeglicher nachträgliche Eingriff des Herstellers in das Produkt steht potenziell in Konflikt mit dem Eigentumsrecht des Nutzers. Diese Konfliktlage hat nun Rückwirkungen auf die Präventionspflichten des Herstellers: Eine Maßnahme zur Vermeidung von Rechtsgutsverletzungen genügt eben nur dann den Anforderungen der Produktbeobachtungspflicht, wenn sie auch praktisch wirksam ist.¹⁴⁶¹ Dies ist aber dann nicht der Fall, wenn eine Maßnahme das Eigentumsrecht des Nutzers verletzt, weil es an der Einwilligung zu der entsprechenden Maßnahme fehlt und auch kein anderer Rechtfertigungsgrund besteht. Dann ist die Maßnahme nicht geeignet, um Rechtsgutsverletzungen durch das Produkt effektiv zu verhindern. Maßgeblich für die Beurteilung der Effektivität der Gefahrenabwehr einer aufgedrängten Sicherheitsbereicherung ist damit die Frage, ob eine entsprechende Maßnahme das Eigentumsrecht des Nutzers in rechtswidriger Weise verletzt.

aa) Aufgedrängte Sicherheitsbereicherung als Rechtseingriff

Hierzu ist zunächst zu betrachten, inwiefern eine solche Maßnahme einen Rechtseingriff darstellt. Dabei ist nach der Art des digitalen Eingriffs¹⁴⁶² durch den Hersteller zu unterscheiden.¹⁴⁶³

1459 Vgl. *Duden*, Digitale Sachherrschaft, S. 59.

1460 Vgl. auch *Grünvogel/Dörrenbächer*, ZVertriebsR 2019, 87 (90); *Wittig*, Die produzentenrechtlichen Verkehrssicherungspflichten von Softwareproduzenten, S. 232.

1461 Vgl. BGH, NJW 2009, 1080 (1082, Rn. 19).

1462 Diesen Begriff verwendet *Kuschel*, AcP 220 (2020), 98 (102).

1463 So auch *Duden*, Digitale Sachherrschaft, S. 57 und S. 159.

(1) Schutz des softwarebasierten Gebrauchs

Ein Update – unabhängig davon, ob es lediglich einen Fehler behebt oder eine Sperre der integrierten Software auslöst und das Gerät damit stilllegt – geht mit einer Veränderung oder Löschung der Softwaredaten¹⁴⁶⁴ auf dem Produkt einher, sodass es zu einer Veränderung der Software kommt.¹⁴⁶⁵ Die Speicherung der Software erfolgt nämlich über Speicherzellen, in denen jeweils ein Bit des Programmcodes hinterlegt ist. Da diese Speicherung durch Magnetisierung oder durch Steuerung der elektronischen Leitfähigkeit mittels Transistoren dargestellt wird, schlägt sich diese auch körperlich nieder.¹⁴⁶⁶ Werden folglich durch die Löschung, Veränderung und Speicherung der Softwaredaten die materiellen Eigenschaften der einzelnen Speicherzellen beeinflusst, so wird auch auf den Körper des Datenträgers eingewirkt und damit eine Substanzverletzung durch die physikalische Veränderung des Produkts als Datenträger herbeigeführt, sodass eine Eigentumsverletzung vorliegt.¹⁴⁶⁷

Führt das Update bzw. die darin enthaltenen Steuerbefehle zu einer vollständigen Deaktivierung des Gerätes, liegt neben der Substanzverletzung zugleich eine Eigentumsverletzung in Form einer Nutzungsbeeinträchtigung vor.¹⁴⁶⁸ Die Nutzungsbeeinträchtigung erfolgt in diesem Fall durch eine Störung der Funktionsfähigkeit der Sache selbst (als Folge der Substanzverletzung) und nicht nur durch eine Beeinträchtigung von Faktoren der Umwelt, auf die die Sache angewiesen ist. Die letztere Fallgruppe entwickelten einschränkenden Kriterien zur Bestimmung einer relevanten

1464 Auch Softwareinstallationen bestehen aus gespeicherten Daten, welche den Objektcode der Software enthalten, vgl. Heydn in: Schuster/Grützmaker (Hg.), IT-Recht, § 823 BGB, Rn. 29.

1465 Duden, Digitale Sachherrschaft, S. 160.

1466 Ausführlich Duden, Digitale Sachherrschaft, S. 93 f.

1467 Im hiesigen Kontext Kuschel, AcP 220 (2020), 98 (103); Ausführlich Duden, Digitale Sachherrschaft, S. 161 f.; allgemein schon OLG Karlsruhe, NJW 1996, 200 (201); h.M. vgl. nur Wagner, in: MüKo, BGB, § 823, Rn. 286 und Hager, in: Staudinger, BGB, § 823, Rn. B 60 jeweils m.w.N.; Faustmann, VuR 2006, 260 (260); Riehm, VersR 2019, 714 (717).

1468 Einer vorprogrammierten Funktionssperre, die beim Eintritt einer vorgegebenen Bedingung eine weitere Ausführung der Software verhindert und damit ohne Update und Substanzverletzung eine Stilllegung des Geräts auslösen kann, kommt dagegen im Rahmen der Gefahrenabwehr keine praktische Bedeutung zu, da die Gefahr kaum einmal als Bedingung hinreichend antizipiert und in der Programmierung berücksichtigt werden kann; vgl. allgemein dazu Duden, Digitale Sachherrschaft, S. 59 f. und S. 169 ff.

Nutzungsbeeinträchtigung sind daher nicht einschlägig. Die Eigentumsverletzung ergibt sich bereits daraus, dass es sich um eine sachinterne Störung handelt und unmittelbar die Funktionsfähigkeit des Geräts selbst betroffen ist.¹⁴⁶⁹ Nichts anderes kann dann bei einer Abschaltung lediglich einzelner gefährlicher Gerätefunktionen¹⁴⁷⁰ gelten.¹⁴⁷¹

(2) Schutz des netzbasierten Gebrauchs

Anders könnte der Fall allerdings liegen, wenn der Hersteller lediglich Serverdienste oder Leistungen von außerhalb einstellt, auf die das Produkt angewiesen ist. Die entscheidende Frage ist hier, wie weit der Eigentumschutz außerhalb von Eingriffen in die Sachsubstanz bei Beeinträchtigungen der Gebrauchstauglichkeit des vernetzten Systems geht.¹⁴⁷²

α) Parallele zur Versorgungssperre

Im Ausgangspunkt stellt eine „Versorgungssperre“, bei der der Vermieter die Versorgung des Mieters mit Strom, Wasser und Wärme einstellt, keine Besitzstörung durch verbotene Eigenmacht i.S.d. § 858 Abs.1 BGB dar.¹⁴⁷³ Auch wenn der Zufluss von Versorgungsleistungen Voraussetzung für den vertragsgemäßen Gebrauch sein kann, wird durch deren Einstellung nicht die aus dem bloßen Besitz folgende Nutzungsmöglichkeit eingeschränkt.¹⁴⁷⁴ Denn Versorgungsleistungen führen lediglich dazu, dass die im Besitz liegende Gebrauchsmöglichkeit erweitert wird. Ein entsprechendes Recht auf zusätzliche Leistungen folgt aber nicht aus dem Besitz an einer Sache, sondern kann sich allenfalls unter vertraglichen Gesichtspunkten ergeben.¹⁴⁷⁵ Aus dem Besitz kann daher nicht die Verpflichtung anderer hergeleitet

1469 Duden, Digitale Sachherrschaft, S.170, S.202; ohne Weiteres auch Wagner, in: MüKo, BGB, § 823, Rn. 320; wohl auch Regenfus, JZ 2018, 79 (83).

1470 Vgl. das in der Einleitung erwähnte Beispiel von Tesla, Fn. 4.

1471 Magnus, Fernkontrolle im Internet der Dinge, S. 221 f.; a.A. Regenfus, JZ 2018, 79 (83), der sich bereits hier auf die Rechtsprechung zu den Auswirkungen von Beeinträchtigungen von Umweltfaktoren bezieht.

1472 Wiesner, in: Leupold/Wiebe/Glossner (Hg.), IT-Recht, Teil 10.6, Rn. 25.

1473 BGH NJW 2009, 1947 (1948).

1474 BGH NJW 2009, 1947 (1948).

1475 Vgl. BGH NJW 2009, 1947 (1948); dazu auch Riehm, in: Fries/Paal (Hg.), Smart Contracts, S. 85 (96).

werden, für den Eigentümer Aufwendungen zu tätigen, damit dieser die Sache nach Belieben gebrauchen kann.¹⁴⁷⁶ Da der Schutz des Eigentums nicht hinter dem Schutz des Besitzes zurücksteht,¹⁴⁷⁷ können die Aussagen über das Vorliegen einer Beeinträchtigung des Besitzes auch für eine mögliche Beeinträchtigung des Eigentums herangezogen werden.¹⁴⁷⁸ Damit berechtigt aber auch das Eigentum an einer Sache lediglich dazu, diese so zu nutzen, wie es die physischen Eigenschaften „aus sich heraus“ erlauben.¹⁴⁷⁹ Reichen diese Eigenschaften demnach nicht aus, um ein Produkt ordnungsgemäß zu nutzen, sondern sind hierfür weitere Leistungen von außen nötig, erstreckt sich der Zuweisungsgehalt des Eigentums aus § 903 S. 1 BGB nicht hierauf.¹⁴⁸⁰

Wird folglich ein notwendiger Server vom Hersteller eingestellt, liegt darin lediglich die Realisierung einer von Anfang an bestehenden Schwäche des Produkts und wird die deliktsrechtlich nicht geschützte Erwartung des Nutzers enttäuscht, dass die Serverdienste aufrechterhalten bleiben und das Produkt voll einsatzfähig bleibt.¹⁴⁸¹ Das Ausbleiben netzbasierter Gebrauchsvoraussetzungen bleibt damit für sich genommen deliktsrechtlich ohne Bedeutung.¹⁴⁸²

β) Bedeutung des Entzugs des gebrauchsnötigen Netzzugangs

Allerdings entspricht es der ständigen Rechtsprechung, dass eine Eigentumsverletzung auch durch eine die sonstigen Eigentümerbefugnisse betreffende tatsächliche Einwirkung auf die Sache selbst erfolgen kann,¹⁴⁸³ die zu einer nicht unerheblichen Beeinträchtigung der bestimmungsgemäßen Verwendung der betreffenden Sache führt.¹⁴⁸⁴ Wird die Benutzung der Sache objektiv verhindert, die Verwendungsfähigkeit also vorübergehend praktisch aufgehoben, wirkt eine derartige Beeinträchtigung der Eigentümerbefugnisse wie eine zeitweilige Wegnahme der Sache und ist als Eigen-

1476 Kuschel, AcP 220 (2020), 98 (123).

1477 Wagner, in: MüKo, BGB, § 823, Rn. 303; BGH, NJW 2015, 1174 (1175).

1478 Duden, Digitale Sachherrschaft, S. 254 f.

1479 Regenfus, JZ 2018, 79 (84).

1480 Regenfus, JZ 2018, 79 (84).

1481 Regenfus, JZ 2018, 79 (84); Wagner, in: MüKo, BGB, § 823, Rn. 320; Magnus, Fernkontrolle im Internet der Dinge, S. 225 f.

1482 Duden, Digitale Sachherrschaft, S. 259 f.

1483 Vgl. nur BGH, NJW-RR 2017, 219 (221).

1484 Stehende Formulierung, vgl. BGH, NJW 2015, 1174 (1175).

tumsverletzung zu qualifizieren.¹⁴⁸⁵ Handelt es sich um ein Cloud-basiertes Gerät, das in seiner Funktionsfähigkeit auf eine kontinuierliche Verbindung zur Cloud des Anbieters angewiesen ist, führt die Einstellung des Cloud-Servers oder die Verweigerung des Zugangs zu diesem dazu, dass die Nutzungsmöglichkeit des Geräts insgesamt aufgehoben ist. Vor diesem Hintergrund könnte die bestimmungsgemäße Verwendung des Produkts aufgehoben und eine Eigentumsverletzung gegeben sein.¹⁴⁸⁶ Prima facie liegt der Fall nicht anders als bei einem „Einsperren“ von Schiffen in einem Hafen.¹⁴⁸⁷ Dem Eigentümer wird das Einsatzpotential seiner Sache in Gänze genommen.¹⁴⁸⁸ Anders als bei der vollständigen Aufhebung der Verwendungsfähigkeit einer Sache liegt eine Eigentumsverletzung von vorneherein dagegen nicht vor, wenn lediglich eine bestimmte Verwendungsmodalität bzw. eine Mehrzahl von Verwendungszwecken, die das Einsatzpotential der Sache nicht erschöpfen, ausgeschlossen wird.¹⁴⁸⁹ Die zeitweilige Verhinderung lediglich einer spezifischen Verwendungsabsicht des Eigentümers führt nur zu einer vorübergehenden Einengung der wirtschaftlichen Nutzungsmöglichkeit¹⁴⁹⁰ und rechtfertigt daher keine Behandlung als Eigentumsverletzung.¹⁴⁹¹ Vor diesem Hintergrund liegt jedenfalls keine Eigentumsverletzung vor, wenn das Gerät lediglich hinsichtlich einzelner Funktionen nicht mehr auf einen Cloud-Server zugreifen kann, im Übrigen aber offline weiter bestimmungsgemäß nutzbar bleibt.¹⁴⁹² Vergleichbar mit einem „ausgesperrten“ Schiff, das ein bestimmtes Gewässer nicht mehr befahren kann,¹⁴⁹³ ist es dem vernetzten System lediglich nicht möglich, einen digitalen Ort anzusteuern.¹⁴⁹⁴ Insoweit eröffnet § 903 BGB dem Eigentümer

1485 BGH, NJW-RR 2017, 219 (221); zustimmend Förster, in: BeckOK, BGB, § 823, Rn. 132, mit Nachweisen zu krit. Stimmen in Rn. 131; im Wesentlichen auch Hager, in: Staudinger, BGB, § 823, Rn. B 97.

1486 Als eindeutig sehen dies etwa Solmecke/Vondrlík, MMR 2013, 755 (758) an.

1487 Vgl. den sog. „Fleet-Fall“ BGH, NJW 1971, 886 und BGH, NJW-RR 2017, 219; diesen Vergleich zieht auch Regenfus, JZ 2018, 79 (83).

1488 Vgl. Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts II/2, S. 388 f.

1489 Ständige Rspr., vgl. nur BGH, NJW-RR 2017, 219 (221) und h.M., vgl. Förster, in: BeckOK, BGB, § 823, Rn. 132; Voigt, in: BeckOGK, BGB, § 823, Rn. 137.

1490 Vgl. insbesondere BGH, NJW 2015, 1174 (1176).

1491 Vgl. Förster, in: BeckOK, BGB, § 823, Rn. 132; Voigt, in: BeckOGK, BGB, § 823, Rn. 137.

1492 Weiter aber Solmecke/Vondrlík, MMR 2013, 755 (759).

1493 Vgl. erneut BGH, NJW 1971, 886 (888).

1494 Vgl. Wiesner, in: Leupold/Wiebe/Glossner (Hg.), IT-Recht, Teil 10.6, Rn. 25; ähnlich Duden, Digitale Sachherrschaft, S. 237 f.

zwar das Recht, mit seiner Sache nach Belieben zu verfahren, nicht aber auch das Recht, dafür auf Sachen Dritter zurückzugreifen.¹⁴⁹⁵

Aber selbst wenn das Gerät seine bestimmungsgemäße Nutzungsmöglichkeit durch die Unterbrechung des Server-Zugangs gänzlich verliert, ist zu berücksichtigen, dass das Gerät – anders als bei einem im Hafen eingesperrten Schiff – zu keinem Zeitpunkt fähig war, ohne den externen Server zu funktionieren. Während es bei dem eingeschlossenen Schiff genügte, die Blockade zu beseitigen, ist ein solch vernetztes Produkt dauerhaft auf die Bereitstellung des externen Dienstes bzw. des externen Servers angewiesen.¹⁴⁹⁶ Die Möglichkeit der bestimmungsgemäßen Verwendung ist dem Produkt nicht inhärent, sondern ergibt sich erst aufgrund zusätzlicher Leistungen.¹⁴⁹⁷ Anders könnte dies zu beurteilen sein, wenn bereits der Zugang zu einem externen Server verhindert wird. Denn dies betrifft nicht lediglich die Versorgung der Sache, sondern bereits die Versorgungbarkeit der Sache.¹⁴⁹⁸ Die Versorgungbarkeit mit einer Leistung ist aber in der Sache angelegt und kann als Teil der in der Sache vorhandenen Gebrauchsmöglichkeiten angesehen werden.¹⁴⁹⁹ Während folglich die Verhinderung des Zugangs¹⁵⁰⁰ zum entsprechenden Server oder Dienst jedenfalls im Ausgangspunkt eigentumsrechtlich relevant sein könnte, ist dies dagegen bei der bloße Einstellung eines externen Servers oder Dienstes zweifelhaft.

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass der externe Server oder Dienst im Eigentum des Anbieters steht. Damit darf dieser frei darüber entscheiden, wer sein Eigentum nutzen darf. Auch wenn der Nutzer sein Gerät nur über den Zugang zum Server des Anbieters nutzen kann, ist der Anbieter nicht verpflichtet, diesem den Zugang auch zu gewähren. Insoweit endet der Zuweisungsgehalt des Eigentums des Nutzers am Zuweisungsgehalt des Eigentums des Serveranbieters.¹⁵⁰¹ Die Beeinträchtigung der bestimmungsgemäßen Nutzung stellt sich somit lediglich als Reflex der Ausübung des

1495 Vgl. *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts II/2, S. 388.

1496 *Magnus*, Fernkontrolle im Internet der Dinge, S. 224.

1497 Vgl. dazu in anderem Kontext *Riehm*, in: *Fries/Paal* (Hg.), *Smart Contracts*, S. 85 (96).

1498 *Duden*, Digitale Sachherrschaft, S. 263.

1499 *Duden*, Digitale Sachherrschaft, S. 239.

1500 Technisch kann dies durch sog. Blacklisting umgesetzt werden. Dabei wird die Identifikationsnummer des Geräts oder des Nutzers auf einer Sperrliste vermerkt. Diese Liste wird abgefragt, sobald sich ein Gerät für einen Serverzugriff authentifizieren möchte, dazu *Duden*, Digitale Sachherrschaft, S. 57 f.

1501 *Duden*, Digitale Sachherrschaft, S. 249, S. 266.

Eigentumsrechts des Serveranbieters dar.¹⁵⁰² Dabei spielt es keine Rolle, ob der Hersteller der Anbieter des Servers ist oder ob es sich um die Serverinfrastruktur eines Dritten handelt, der im Auftrag des Herstellers handelt.¹⁵⁰³ Solange der private Server keiner öffentlichen Regulierung unterliegt, kann der Anbieter aufgrund seines Eigentums frei über den Zugang des Nutzers entscheiden.

(3) Zwischenfazit

Updates – ob zur Fehlerbehebung, zur Deaktivierung einzelner Funktionen oder zur Fernstilllegung – führen stets zu einer Substanzverletzung am Produkt. Geht eine solche Substanzverletzung mit einer Nutzungsbeeinträchtigung einher, liegt hierin ein zweiter Anknüpfungspunkt für eine Eigentumsverletzung des Nutzers. Kommt es dagegen zu einer faktischen Stilllegung des Produkts, weil notwendige Serverdienste gesperrt oder nicht mehr bereitgestellt werden, verwirklicht sich lediglich ein im Produkt von vorneherein angelegtes Risiko, ohne dass dies eigentumsrechtlich relevant wäre.

bb) Interessenlage im Rahmen der aufgedrängten Sicherheitsbereicherung

Der Hersteller kann gerade an der Durchführung von Sicherheitsupdates – ungeachtet einer hierauf gerichteten deliktsrechtlichen Pflicht – ein erhebliches Eigeninteresse haben. Zum einen wächst der Hersteller gem. § 6 Abs. 2 S. 1 ProdHaftG bei einem anfänglichen Fehler seines Produkts auch dann in die Haftung gegenüber einem geschädigten Dritten hinein, wenn der Nutzer nicht in die Installation des bereitgestellten Updates einwilligt. Zwar ist es ihm hier möglich, im Innenverhältnis Regress beim Nutzer zu nehmen (§ 426 BGB), gleichwohl trägt er dessen Insolvenzrisiko.¹⁵⁰⁴ Wichtiger aus Sicht des Herstellers dürfte jedoch die negative Berichterstattung und der damit verbundene Vertrauensverlust sein, der nach einem Schadensfall aufgrund einer nicht geschlossenen Sicherheitslücke oder eines sonstigen

1502 Dazu *Raff*, in: MüKo, BGB, § 1004, Rn. 126.

1503 *Duden*, Digitale Sachherrschaft, S. 266.

1504 Dies übersieht *Meents*, in: FS Taeger, S. 13 (22); zu apodiktisch auch *Wagner*, AcP 217 (2017), 707 (757).

Softwarefehlers zu erwarten ist.¹⁵⁰⁵ Für den Imageverlust dürfte es im Ausgangspunkt unerheblich sein, ob der Schaden darauf zurückzuführen ist, dass der Nutzer ein bereitgestelltes Sicherheitsupdate nicht eingespielt hat. Der Schaden wird immer mit dem Namen des Herstellers in Verbindung gebracht werden. Während der Hersteller damit sein Risiko minimiert, liegt die Fehlerbehebung aber grundsätzlich auch im Interesse des Nutzers, der dadurch ein sichereres Produkt erhält.¹⁵⁰⁶ Dies jedenfalls dann, wenn die Durchführung der Updates auf die Behebung des Sicherheitsrisikos gerichtet ist. Gerade mit Blick auf Sicherheitsupdates kann darüber hinaus ein Interesse des Herstellers bestehen, diese ohne Kenntnis des Nutzers durchzuführen. Denn auf diese Weise kann die Gefährlichkeit des Produkts beseitigt werden, ohne dass der Nutzer davon erfährt und ohne dass der Hersteller allein durch diese Sicherheitsgefährdung einen Reputationsschaden erleidet. Auch in Fällen, in denen eine Warnung vor dem Produkt daher ausnahmsweise ausreichend sein kann, etwa weil eine Gefährdung allein des Nutzers droht, kann ein Hersteller daher geneigt sein, die Gefahr durch ein Sicherheitsupdate zu beseitigen.¹⁵⁰⁷ Dagegen wird eine Fernstilllegung für den Hersteller nur eine Notlösung in absoluten Ausnahmefällen sein, weil eine solche Komplettabschaltung für seine Reputation desaströs wäre.¹⁵⁰⁸

cc) Schuldvertragliche Gestattung der aufgedrängten Sicherheitsbereicherung

Möglicherweise kann sich der Hersteller vorab vertraglich das Recht einräumen lassen, Updates mit den damit verbundenen Rechtseingriffen vornehmen zu dürfen.¹⁵⁰⁹ Da eine schuldrechtliche Gestattung grundsätzlich

1505 Zu Recht *Meents*, in: FS Taeger, S. 13 (22).

1506 So auch *Wendehorst*, Besitz- und Eigentumsverhältnisse beim Internet der Dinge – Rechtsgutachten, S. 23.

1507 Es entspricht auch bisher – gerade im Automotive-Sektor – der gängigen Praxis, dass Fehler von Werkstätten im Rahmen eines planmäßigen Werkstattbesuchs behoben werden, ohne dass der Nutzer hiervon etwas mitbekommt (sog. stiller Rückruf), vgl. <https://www.zeit.de/auto/2010-10/auto-maengel-rueckruf> (zuletzt abgerufen am 23.09.2024).

1508 Vgl. auch *Riehm/Leithäuser/Brenner*, in: Raue (Hg.), Digitale Resilienz, S. 5 (10).

1509 *Wendehorst*, Besitz- und Eigentumsverhältnisse beim Internet der Dinge – Rechtsgutachten, S. 81 spricht von antizipierter Einwilligung.

unwiderruflich ausgestaltet sein kann,¹⁵¹⁰ würde sie dem Hersteller Rechtssicherheit bieten.¹⁵¹¹ Dabei können auch Eingriffe in das Eigentumsrecht grundsätzlich unwiderruflich gestattet werden.¹⁵¹² Dies zeigt bereits die gesetzlich breit angelegt Dispositionsbefugnis, die von der schuldrechtlichen und dinglichen Belastung bis hin zur unwiderruflichen Übertragung des Eigentums reicht.¹⁵¹³ Da ein Nutzer eine eigenständige Einwilligungserklärungen in Nutzungsbeeinträchtigungen aber kaum einmal abgeben wird und bereits eine entsprechende Anfrage des Herstellers zu Reputationsschäden führen dürfte, kommt einer formularmäßigen antizipierten Einwilligung erhebliche praktische Bedeutung zu.¹⁵¹⁴

(1) Vertragsverhältnis zwischen Hersteller und Eigentümer

Allerdings ist bereits die schuldrechtliche Begründung einer entsprechenden Gestattung mit Schwierigkeiten verbunden; dies jedenfalls, wenn der Nutzer das Produkt wie regelmäßig nicht unmittelbar vom Hersteller erwirbt. Der Hersteller muss folglich mit dem Eigentümer einen separaten Vertrag schließen. Problematisch ist dabei, inwieweit ein solcher Vertragsschluss durch konkludentes Verhalten angenommen werden kann. Dem Nutzer wird es dabei regelmäßig am Erklärungsbewusstsein fehlen. Dies gilt sowohl für das Aufreißen der Verpackung eines smarten Produkts, auf der die entsprechenden Vertragsbedingungen vom Hersteller aufgedruckt sind, als auch für das bloße Akzeptieren einer entsprechenden Vertragsbedingung, die vor der Inbetriebnahme auf einem Display angezeigt wird.¹⁵¹⁵ Auch muss sich der Nutzer eine entsprechende Erklärung nicht zurechnen lassen. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass der Nutzer darauf vertraut, durch den Abschluss des entgeltlichen Vertrags mit dem Händler eine umfassende Nutzungsmöglichkeit der Sache eingeräumt zu bekommen und ein obligatorischer zweiter Vertragsschluss mit dem Hersteller gar überraschend für diesen ist. Ohne einen Hinweis hierauf bereits bei Vertrags-

1510 Vgl. *Ohly*, GRUR 2012, 983 (986).

1511 Vgl. auch *Magnus*, Fernkontrolle im Internet der Dinge, S. 226.

1512 Anders bspw. im Hinblick auf eine Körperverletzung im Rahmen des ärztlichen Heileingriffs, vgl. dazu § 630d Abs. 3 BGB.

1513 Vgl. *Magnus*, Fernkontrolle im Internet der Dinge, S. 227.

1514 Dazu *Duden*, Digitale Sachherrschaft, S. 276.

1515 *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 999; *Redeker*, in: *Redeker*, IT-Recht, Rn. 605 f.

schluss mit dem Händler kann dieser Vertrauenstatbestand nicht zerstört werden und eine Zurechnung der Erklärung nicht erfolgen.¹⁵¹⁶ Einen Vertragsschluss mit dem Hersteller wird man daher regelmäßig nur bei einer eigens vorzunehmenden Registrierung annehmen können.¹⁵¹⁷ Problematisch bei der Einholung einer schuldrechtlichen Gestattung bereits bei der Registrierung ist indes, dass es bis zur tatsächlichen Vornahme des Updates zu einem Auseinanderfallen der registrierten Person und des Eigentümers kommen kann, insbesondere wenn das Produkt bis dahin weiterveräußert wurde.¹⁵¹⁸ Damit fallen aber Rechtsgutsinhaber und einwilligende Person auseinander.

(2) AGB-Kontrolle

Abgesehen von diesen tatsächlichen Unsicherheiten für den Hersteller muss eine entsprechende Klausel auch der AGB-Kontrolle standhalten und wirksam sein.

α) Fernstilllegung als überraschende Klausel

Gerade vor dem Hintergrund, dass der Vertrag mit dem Hersteller erst nach dem Erwerb des Geräts geschlossen wird, dürfte eine Fernstilllegung oder die Deaktivierung einzelner Funktionen durch ein Update eine überraschende Klausel i.S.d. § 305c Abs. 1 BGB darstellen.¹⁵¹⁹ Denn anders als bei einer Fernstilllegung zur technischen Bewehrung der Vertragsdurchführung rechnet der Eigentümer des Geräts nach dem Erwerb nicht mit einer

1516 Ausführlich zum Ganzen *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 1000 ff.; i.E. zu Verkaufsbedingungen, die der Hersteller seinen Geräten beilegt auch *Wiesemann/Mattheis/Wende*, MMR 2020, 139 (141); nach *Redeker*, in: *Redeker*, IT-Recht, Rn. 606 können durch einen entsprechenden Hinweis zwar dingliche Einschränkungen wirksam sein, aber keine eigenen Rechte des Herstellers abgeleitet werden.

1517 *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 1007; dazu auch *Wiesemann/Mattheis/Wende*, MMR 2020, 139 (141).

1518 So auch *Magnus*, Fernkontrolle im Internet der Dinge, S. 231.

1519 In diese Richtung auch *Duden*, Digitale Sachherrschaft, S. 297; auch das LG München I, DAR 2021, 633 (634) nannte ein Update (allerdings nicht im Zusammenhang mit einer AGB-Kontrolle), das im Rahmen einer Mangelbeseitigung zu einer Funktionseinschränkung führte, überraschend, sodass man hiermit nicht rechnen müsse.

Einschränkung der sich aus dem Gerät ergebenden Nutzungsmöglichkeit durch eine herstellerseitige Fernstilllegung. Insoweit wird es sich bei dem Vertrag mit dem Hersteller regelmäßig um einen Dienst- oder typen gemischten Vertrag handeln, der im Zusammenhang mit dem verkauften Gerät steht und deren Zweck auf die Erbringung von Serviceleistungen bzw. darauf gerichtet ist, den Betrieb des Produkts in tatsächlicher Hinsicht zu ermöglichen.¹⁵²⁰ Unter einem entsprechenden Service wird sich aber kaum die Deaktivierung verstehen lassen. Der Erwerber geht davon aus, dass er das, was er erlangt und bezahlt hat, behalten darf.¹⁵²¹ Anders ist damit aber die Situation hinsichtlich der Durchführung von Updates zur Fehlerbehebung zu beurteilen. Ein solcher Service entspricht möglicherweise sogar der Nutzererwartung. Gleichwohl darf die Klausel auch in diesem Zusammenhang nicht zu allgemein gehalten werden, da andernfalls ein Verstoß gegen § 307 Abs. 1 S. 2 BGB in Betracht kommt.¹⁵²²

β) Unangemessene Benachteiligung bei funktionsändernden Updates

Eine Klausel, die dem Hersteller das Recht einräumt, Sicherheitsupdates automatisch durchzuführen, könnte den Nutzer allerdings unangemessen benachteiligen und gem. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam sein. Zunächst soll der Fall betrachtet werden, dass das Sicherheitsupdate – wie regelmäßig in der Praxis – mit Funktionsänderungen verbunden wird.¹⁵²³ Dann aber kann das Produkt nach dem Update neue und von dem Verbraucher unerwünschte Eigenschaften aufweisen.¹⁵²⁴ Beispielsweise seien das Verbrauchen von Speicherplatz, eine neue Menüführung, veränderte Shortcuts für Eingabebefehle, ein neues Design der Bildschirmoberfläche, neues Kompatibilitäts- und Interoperabilitätsverhalten, neue Funktionalitäten

1520 Dazu *Wiesemann/Mattheis/Wende*, MMR 2020, 139 (141 f.); *Magnus*, Fernkontrolle im Internet der Dinge, S. 232 f.

1521 So LG Frankfurt a.M., MMR 2013, 645 (646) allerdings im Rahmen von § 308 Nr. 4 BGB.

1522 Dazu *Magnus*, Fernkontrolle im Internet der Dinge, S. 232.

1523 Vgl. dazu *Schreiber/Esser*, RD 2022, 317 (317); *Duden*, Digitale Sachherrschaft, S. 164 f.; *Riehm*, in: Schmidt-Kessel/Kramme (Hg.), Geschäftsmodelle in der digitalen Welt, S. 201 (219 f.).

1524 Die Gründe dafür, dass Nutzer Updates nicht immer von sich aus installieren, liegen insbesondere in der Zufriedenheit mit der aktuellen Softwareversion und in negativen Erfahrungen mit funktionsverändernden Updates, vgl. *Vaniea/Rader/Wash*, CHI 2014, 2671 (2671 ff.); ferner BR-Drs. 60/21, S. 85 bzgl. § 327r BGB.

oder Möglichkeiten der Verarbeitung personenbezogener Daten und damit verbundene Überwachungsmöglichkeiten genannt.¹⁵²⁵ Eine Klausel, die auch solche Funktionsänderungen erlaubt, könnte dem Rechtsgedanken des § 308 Nr. 4 BGB entsprechend unwirksam sein.¹⁵²⁶ Hiernach ist eine Klausel unzulässig, die es dem Verwender erlaubt, die versprochene Leistung zu ändern oder von ihr abzuweichen, wenn nicht die Vereinbarung der Änderung oder Abweichung unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für den anderen Vertragsteil zumutbar ist. Eine unmittelbare Anwendung des Klauselverbots scheitert allerdings, da eine antizipierte Einwilligung nicht dazu führt, dass der Hersteller sein Leistungsversprechen ändern kann. Vielmehr ermöglicht es ihm nach erfolgter Leistungserbringung in bereits gelieferte Inhalte einzugreifen.¹⁵²⁷ Während das Klauselverbot auf den Erhalt der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung abzielt,¹⁵²⁸ greift ein funktionsänderndes Update gar in das Integritätsinteresse des Eigentümers ein. Damit stellt sich die Frage der Zumutbarkeit aber sogar in verschärfter Form.¹⁵²⁹ Der Hersteller hat regelmäßig ein Interesse daran, Sicherheits- und Funktionsupdates miteinander zu verbinden, um nicht verschiedene Updatepfade für die unterschiedlichen im Feld befindlichen Versionen entwickeln zu müssen.¹⁵³⁰ Indes führt eine entsprechende Klausel dazu, dass dem Eigentümer automatisch und ohne sein Wissen Programmänderungen aufgespielt werden, deren Funktion er nicht kennt und gegen die er sich nicht wehren kann.¹⁵³¹ Damit aber stellt eine Klausel, die auch funktionsändernde Updates – ohne konkrete Beschreibung der möglichen Änderungen oder entsprechender Beschränkung – einer antizipierten Einwilligung unterstellt, eine unangemessene Benachteiligung des Verbrauchers dar.¹⁵³² Ferner würde eine entsprechende Klausel zumindest künftig auch vom gesetzlichen Leitbild abweichen und gem. § 307 Abs. 2

1525 Beispiele nach *Wendehorst*, Besitz- und Eigentumsverhältnisse beim Internet der Dinge – Rechtsgutachten, S. 23.

1526 So auch *Magnus*, Fernkontrolle im Internet der Dinge, S. 233; für eine direkte Anwendung bei einem App-Store für Smartphones LG Frankfurt a.M., MMR 2013, 645 (646).

1527 *Wendehorst*, Besitz- und Eigentumsverhältnisse beim Internet der Dinge – Rechtsgutachten, S. 23; *Duden*, Digitale Sachherrschaft, S. 294 (Fn. 92).

1528 Vgl. *Wurmnest*, in: MüKo, BGB, § 308, Rn. 1.

1529 Dazu auch *Magnus*, Fernkontrolle im Internet der Dinge, S. 233.

1530 Vgl. BR-Drs. 60/21, S. 85 bzgl. § 327r BGB.

1531 So LG Frankfurt a.M., MMR 2013, 645 (646).

1532 i.E. auch *Wendehorst*, Besitz- und Eigentumsverhältnisse beim Internet der Dinge – Rechtsgutachten, S. 123; *Magnus*, Fernkontrolle im Internet der Dinge, S. 233; wohl auch *Schreiber/Esner*, RD 2022, 317 (321).

Nr.1 BGB unwirksam sein. Denn Anhang I Teil 2 Abs.2 CRA sieht im Hinblick auf Cyberbedrohungen vor, dass neue Sicherheitsaktualisierungen getrennt von Funktionsaktualisierungen bereitgestellt werden müssen, soweit dies technisch machbar ist.

γ) Abweichung vom gesetzlichen Leitbild bei fehlerbehebenden Updates

Beschränkt sich eine Klausel dagegen auf fehlerbeseitigende Updates, ist nicht ohne weiteres von ihrer Unwirksamkeit auszugehen.¹⁵³³ Gleichwohl könnte sich die unangemessene Benachteiligung des Verbrauchers auch hier zumindest künftig unter dem Gesichtspunkt der Abweichung vom gesetzlichen Leitbild nach § 307 Abs.2 Nr.1 BGB ergeben. Insoweit sieht Anhang I Teil 1 Abs.2 lit.c CRA zwar vor, dass im Hinblick auf Cyberbedrohungen sicherzustellen ist, dass Schwachstellen durch Sicherheitsaktualisierungen behoben werden können und dies gegebenenfalls auch durch automatische Sicherheitsaktualisierungen erfolgen kann, die als Standardeinstellung innerhalb eines angemessenen Zeitrahmens installiert werden.¹⁵³⁴ Allerdings muss diese Standardkonfiguration der automatischen Updates über einen klaren und einfach zu bedienenden Opt-out-Mechanismus verfügen, bei dem die Nutzer über verfügbare Aktualisierungen informiert werden und sie vorübergehend verschieben können. Auch unter der Berücksichtigung von Cybersicherheitsaspekten und damit im Hinblick auf Sicherheitsgefahren geht das gesetzliche Leitbild folglich von einer Letztentscheidungskompetenz des Nutzers über die Durchführung von sicherheitsrelevanten Updates aus.¹⁵³⁵ Diese Letztentscheidungskompetenz des Nutzers wird indes mit einer antizipierten Einwilligung beschränkt. Ob dem Nutzer in der Praxis bei dem konkret durchzuführenden Sicherheitsupdate die Möglichkeit eingeräumt wird, dieses auch abzulehnen, ist bei der hier vorzunehmenden abstrakten AGB-Kontrolle ohne Bedeutung.¹⁵³⁶

1533 Schreiber/Esner, RDt 2022, 317 (321); für eine entsprechende Zulässigkeit (allerdings noch ohne Berücksichtigung des CRA), Wiesemann/Mattheis/Wende, MMR 2020, 139 (142).

1534 Das Verhandlungsmandat des Rates (Nr. 11726/23) sah dagegen automatische Updates noch als Standardkonfiguration lediglich für den Fall vor, dass ein Update nicht innerhalb eines bestimmten Zeitraums installiert wird.

1535 Bereits nach Erwägungsgrund (30) der Warenkaufrichtlinie soll es den Verbrauchern freistehen, die bereitgestellten Aktualisierungen zu installieren, zur Bedeutung im hiesigen Kontext Wiesemann/Mattheis/Wende, MMR 2020, 139 (142).

1536 LG Frankfurt a.M., MMR 2013, 645 (646).

Damit ist auch eine Klausel, die eine antizipierte Einwilligung lediglich in Sicherheitsupdates vorsieht, jedenfalls künftig ebenfalls unwirksam.

dd) Rechtmäßigkeit aufgrund Einwilligung

Der mit einem Update verbundene Rechtseingriff kann jedoch durch die Einwilligung des Eigentümers gerechtfertigt sein.

(1) Voreingestellter Opt-out-Mechanismus

Zunächst sei auf die bereits erwähnte und vom CRA vorgezeichnete Möglichkeit eingegangen, automatische Updates als Standardeinstellung vorzugeben, die aber vom Nutzer jederzeit deaktiviert werden kann (Opt-out). Auch wenn der Nutzer hier keine ausdrückliche Erklärung abgibt, könnte in der unterlassenen Deaktivierung automatischer Updates eine konkludente Einwilligung gesehen werden. Da die Möglichkeit des Opt-out auch dauerhaft zur Verfügung steht, sodass auch ein neuer Eigentümer die automatischen Updates jederzeit deaktivieren kann, schadet ein nachgelagerter Erwerb nicht. Auch für die konkludente Einwilligung ist jedoch zu verlangen, dass diese eindeutig als solche erkennbar und auch die Art der Verwendung bzw. der Verwendungszweck bekannt ist.¹⁵³⁷ Dementsprechend setzt die Einwilligung die Erkenntnis des Eingriffs in das Rechtsgut sowie das Erkennen der Sachlage voraus.¹⁵³⁸ Der Einwilligende muss sich der potentiellen Rechtsgutsverletzung bewusst sein.¹⁵³⁹

α) Konkludente Einwilligung in Datenveränderung

Zwar wird sich der Nutzer regelmäßig keine Gedanken hinsichtlich der mit dem Update einhergehenden Datenveränderung machen, indes entspricht es gerade der gegenwärtigen Nutzererwartung, dass ein smartes Produkt bei Inverkehrgabe nicht in jeder Hinsicht fehlerfrei ist, aber jedenfalls

¹⁵³⁷ Voigt, in: BeckOGK, BGB, § 823, Rn. 87.

¹⁵³⁸ BGH, NJW 1964, 1177 (1177); Förster, in: BeckOK, BGB, § 823, Rn. 34.

¹⁵³⁹ Voigt, in: BeckOGK, BGB, § 823, Rn. 83.; Förster, in: BeckOK, BGB, § 823, Rn. 34.

Sicherheitslücken durch spätere Updates geschlossen werden.¹⁵⁴⁰ Die entsprechende Nutzererwartung und die Alltäglichkeit, mit der Updates vorgestellt im Hintergrund durchgeführt werden, bedingen sich dabei gegenseitig. Normativ findet sich dieses Verständnis künftig in Anhang I Teil 1 Abs. 2 lit. c CRA. Gerade bei reinen Sicherheitsaktualisierungen wird man die Schwelle für die konkludente Zustimmung des Eigentümers daher nicht zu hoch ansetzen dürfen, liegen diese doch auch in seinem Interesse.¹⁵⁴¹ Da die Datenveränderung zur Erreichung dieses Fernziels ein notwendiges Durchgangsstadium darstellt und insgesamt als lediglich werterhöhender Eingriff zu werten ist, wird man sie als von der Einwilligung umfasst ansehen müssen, auch wenn sich der Eigentümer diesbezüglich keine konkreten Gedanken macht.

β) Keine konkludente Einwilligung in Nutzungsbeeinträchtigung

Fraglich ist dagegen, ob mit der Einwilligung in die Datenveränderung gleichzeitig eine Einwilligung in eine mögliche Nutzungsbeeinträchtigung und damit in eine Deaktivierung einzelner Funktionen oder die vollständige Stilllegung einhergeht. Auch wenn die Beeinträchtigungen regelmäßig unmittelbar zeitlich zusammenfallen, stellen sie doch unterschiedliche und jeweils eigenständig relevante Beeinträchtigungen dar, sodass auch deren Rechtmäßigkeit eigenständig zu beurteilen ist.¹⁵⁴² Dies ergibt sich schon daraus, dass sich die Einwilligung und das Bewusstsein der Rechtsgutsverletzung immer auf das konkret geschützte Rechtsgut beziehen müssen. Insofern bedarf es auch des Bewusstseins hinsichtlich der inhaltlichen Veränderung der Software. Eine Nutzungsbeeinträchtigung ist damit nicht von der Einwilligung in die Substanzverletzung gedeckt.¹⁵⁴³ Bei der Einwilligung in ein Sicherheitsupdate wird den Nutzern aber regelmäßig nicht bewusst sein, dass damit auch die Möglichkeit der Deaktivierung einzelner Funktio-

1540 Dazu *Riehm*, in: Schmidt-Kessel/Kramme (Hg.), Geschäftsmodelle in der digitalen Welt, S. 201 (204 f.).

1541 Im Vertragsrechtlichen Kontext *Metzger*, in: MüKo, BGB, § 327f, Rn. 16; *Schreiber/Esser*, RD 2022, 317 (320); *Hey*, Die außervertragliche Haftung des Herstellers autonomer Fahrzeuge, S. 94 f. sieht eine Zustimmung des Nutzers gar als entbehrlich an.

1542 *Duden*, Digitale Sachherrschaft, S. 275.

1543 Vgl. auch LG München I, DAR 2021, 633 (634), wonach innerhalb einer Vertragsbeziehung die Einwilligung in ein Update zur Mangelbeseitigung nicht auch eine mit dem Update verbundene Nutzungsbeeinträchtigung erlaubt.

nen oder gar die vollständige Stilllegung des Geräts einhergeht.¹⁵⁴⁴ Damit aber besteht eine Informationsasymmetrie zwischen dem Hersteller und dem Eigentümer des Geräts. Bei einem typischerweise überlegenen Wissen ist anerkannt, dass dem Eingreifenden Aufklärungspflichten obliegen.¹⁵⁴⁵ Insoweit hat auch das LG München I im Rahmen einer vertragsrechtlichen Konstellation eine Aufklärungspflicht des Vertragspartners angenommen, sollte ein Update nicht lediglich einen Mangel beseitigen, sondern gleichzeitig mit der Deaktivierung einzelner Funktionen einhergehen.¹⁵⁴⁶ Erst durch eine umfassende und transparente Information über die Auswirkungen eines Updates kann der Eigentümer die Bedeutung und Tragweite seiner Einwilligung erkennen und ist ihm der Verwendungszweck seiner Einwilligung bekannt.¹⁵⁴⁷ Der bloßen Nichtdeaktivierung automatischer Updates kommt damit mangels vorheriger Aufklärung jedenfalls hinsichtlich der Deaktivierung einzelner Funktionen bzw. der vollständigen Stilllegung des Geräts keine rechtfertigende Wirkung als Einwilligung zu.

γ) Konkludente Einwilligung in Funktionsänderungen

Anders könnte die Situation bei Updates sein, die neben der Fehlerbehebung auch funktionale Änderungen mit sich bringen. Die Vornahme von Funktionsänderungen geht dabei auf das Interesse des Herstellers zurück, die Software an aktuelle Marktentwicklungen anzupassen. Dieses Interesse an der Weiterentwicklung der Software wird regelmäßig von einem beträchtlichen Nutzerkreis geteilt, während eine konservative Nutzererwartung dahin geht, dass zwar Fehler und Sicherheitsrisiken beseitigt werden, die Benutzeroberfläche und damit die Bedienungsweise aber unverändert bleiben soll.¹⁵⁴⁸ Gleichzeitig besteht das Interesse des Herstellers, nur eine Version eines digitalen Produkts für alle Nutzer anbieten zu müssen. Da-

1544 *Duden*, Digitale Sachherrschaft, S. 164; auch LG München I, DAR 2021, 633 (634): Greift ein Update in bestehende Funktionen ein und setzt diese weitgehend außer Kraft ist dies „überraschend“ und „nicht mit einem routinemäßigen Update [...] zu vergleichen“; Metzger, in: MüKo, BGB, § 327f, Rn. 16 lehnt im vertragsrechtlichen Kontext daher eine konkludente Einwilligung ab.

1545 *Sprau*, in: Grüneberg, BGB, § 823, Rn. 39.

1546 LG München I, DAR 2021, 633 (634).

1547 i.E. auch *Wendehorst*, Besitz- und Eigentumsverhältnisse beim Internet der Dinge – Rechtsgutachten, S. 124.

1548 Dazu *Riehm*, in: Schmidt-Kessel/Kramme (Hg.), Geschäftsmodelle in der digitalen Welt, S. 201 (205, 221).

bei spiegelt ein solches Vorgehen auch die tatsächliche Praxis bei der Durchführung von Updates wider. Aufgrund dieser tatsächlichen Praxis herrscht bei den Eigentümern der Geräte aber auch ein Bewusstsein dafür, dass Updates mit einer Veränderung der Produkteigenschaften einhergehen können.¹⁵⁴⁹ Dies gilt jedenfalls solange diese Änderungen nicht die Schwelle zur Deaktivierung einzelner Funktionen überschreiten, etwa weil eine Funktion als solche nicht mehr erkennbar ist. Da die Eigentümer diese Sachlage im Hinblick auf automatisch durchgeführte Updates kennen, sind sie sich auch der Bedeutung und Tragweite einer unterlassenen Deaktivierung automatischer Updates bewusst. Aufgrund einer fehlenden Informationsasymmetrie ist daher auch keine entsprechende Aufklärung des Herstellers erforderlich. Insoweit stellt die Nichtdeaktivierung automatischer Updates auch eine konkludente Einwilligung in funktionsändernde Updates dar.¹⁵⁵⁰ Voraussetzung für die Wirksamkeit der Einwilligung ist allerdings, dass diese freiwillig und ohne Zwang abgegeben wurde.¹⁵⁵¹ Im hiesigen Kontext bedeutet dies, dass sich aus der Deaktivierung der automatischen Updates keine Nachteile für den Eigentümer ergeben dürfen.¹⁵⁵² Insbesondere darf dies nicht dazu führen, dass er von zukünftigen Sicherheitsupdates abgeschnitten wird, die ihm aufgrund seiner nicht aktuellen Version gar nicht mehr zur Verfügung gestellt werden.¹⁵⁵³

Gleichwohl dürfte sich dieses Verständnis künftig drehen. Denn Anhang I Teil 2 Abs. 2 CRA sieht künftig im Hinblick auf Cyberbedrohungen vor, dass neue Sicherheitsaktualisierungen getrennt von Funktionsaktualisierungen bereitgestellt werden müssen, zumindest soweit dies technisch machbar ist. Damit aber wird sich bei den Nutzern auch eine entsprechende Updateerwartung einstellen. Sie werden bei automatischen Updates lediglich die Durchführung von Sicherheitsupdates erwarten. Ein Bewusstsein auch für funktionsändernde Updates besteht dann gerade nicht mehr, sodass diese auch nicht mehr von einer entsprechenden Einwilligung gedeckt sein werden.

1549 Vgl. dazu *Vaniae/Rader/Wash*, CHI 2014, 2671 (2671 ff.).

1550 So auch *Riehm*, in: Schmidt-Kessel/Kramme (Hg.), *Geschäftsmodelle in der digitalen Welt*, S. 201 (221); tendenziell zurückhaltender *Wendehorst*, *Besitz- und Eigentumsverhältnisse beim Internet der Dinge – Rechtsgutachten*, S. 124.

1551 Allg. Meinung, vgl. nur BGH, NJW 1964, 1177 (1178); *Sprau*, in: Grüneberg, BGB, § 823, Rn. 39.

1552 Vgl. *Wendehorst*, *Besitz- und Eigentumsverhältnisse beim Internet der Dinge – Rechtsgutachten*, S. 124.

1553 Vgl. auch *Duden*, *Digitale Sachherrschaft*, S. 165.

(2) Aufrechterhaltung der Schnittstellenkonnektivität

Ferner wird man in der bloßen Aufrechterhaltung der für das Update erforderlichen Schnittstellenkonnektivität – etwa der Internet- oder Bluetooth-Verbindung – des Geräts keine konkludente Einwilligung sehen können. Hier kann von einem abstrakt bei dem Eigentümer vorhandenen Wissen, dass die Konnektivität Voraussetzung für die Durchführung des Updates ist, nicht auch auf ein Bewusstsein hinsichtlich des konkreten Eingriffs geschlossen werden. Denn die Beibehaltung der Konnektivität erfolgt regelmäßig, um das Produkt funktionsgemäß nutzen zu können. In diesem Bewusstsein wird der Eigentümer die Konnektivität herstellen oder beibehalten. Es fehlt damit schon an der eindeutigen Erkennbarkeit einer entsprechenden Einwilligung. Um nicht Gefahr zu laufen, dass in seinem Verhalten eine konkludente Einwilligung gesehen wird, müsste ein Eigentümer andernfalls die Konnektivität aktiv unterbinden und folglich regelmäßig auf Funktionen seines smarten Produkts verzichten. Diese Überlegung zeigt, dass neben der fehlenden Erkennbarkeit der Einwilligung eine solche auch mit unzulässigem Zwang verbunden wäre, da die Folge einer fehlenden Einwilligung Funktionseinbußen am Produkt wären. Dies gilt auch nach vorheriger Aufklärung über die mit dem Update verbundenen Rechtseingriffe. Zwar kann durch einen entsprechenden Hinweis dem Eigentümer bewusst gemacht werden, dass bei weiterer Aufrechterhaltung der Konnektivität ein Update erfolgt und in seine Rechtspositionen eingegriffen wird. Sofern mit der Abschaltung der Konnektivität jedoch funktionale Beeinträchtigungen einhergehen, ist eine erteilte (konkludente) Einwilligung nicht mehr freiwillig.

(3) Ausdrückliche Einwilligung

Die eben dargestellten Erwägungen lassen sich auch auf eine ausdrücklich erteilte Einwilligung übertragen. Der Hersteller kann den Nutzer auch vor jedem Update gesondert und individuell um eine Einwilligungserklärung bitten. Auch dann gilt es zu beachten, dass eine entsprechende Einwilligung nicht durch unzulässigen Zwang eingeholt werden darf. Weiter ist vor Updates, die Funktionen beeinträchtigen oder gar zur Stilllegung des Geräts führen, entsprechend darüber aufzuklären. Dies zeigt, warum der ausdrücklichen Einwilligung kaum praktische Relevanz zukommt.

ee) Zwischenfazit

Neben den tatsächlichen Schwierigkeiten bei der Begründung eines Vertragsschlusses zwischen Hersteller und Eigentümer wird eine Klausel, die dem Hersteller das Recht einräumt, die mit einem Update verbundenen Rechtseingriffen vornehmen zu dürfen, regelmäßig im Rahmen der AGB-Kontrolle unwirksam sein. Eine Einwilligung in die konkrete Rechtsgutsverletzung rechtfertigt dagegen den Eingriff. Eine solche liegt konkludent in der unterlassenen Deaktivierung automatischer Updates. Dies allerdings nur in Bezug auf die Datenveränderung der Software. Damit kann der Hersteller fehlerbehebende Updates durchführen. Die Frage, ob die Einwilligung auch Funktionsänderungen umfasst, die die Schwelle zur Einschränkung von Funktionen nicht überschreiten, unterliegt angesichts der Regelungen im CRA einem Wandel. Jedenfalls künftig wird man hiervon nicht mehr ausgehen können. Hinsichtlich der Deaktivierung einzelner Funktionen oder gar der vollständigen Stilllegung des Geräts fehlt es schon am erforderlichen Bewusstsein der Rechtsgutsverletzung. Daher wäre eine vorherige Aufklärung über den Rechtseingriff erforderlich. In der bloßen Aufrechterhaltung der Schnittstellenkonnektivität kann keine konkludente Einwilligung gesehen werden. Ohne entsprechende Aufklärung erkennt der Eigentümer die Einwilligung schon nicht als solche und nach entsprechendem Hinweis fehlt es an der Freiwilligkeit der Einwilligung, führt die Unterbrechung der Konnektivität doch zu Funktionseinbußen am Gerät.

ff) Weitere gesetzliche Rechtfertigungsgründe

Aufgrund der unter E.III.2.b)bb) dargestellten Interessenlage kann der Hersteller gleichwohl ein Interesse daran haben, ein Update auch ohne Einwilligung des Nutzers durchzuführen. Möglicherweise stehen ihm in diesem Fall des Zwangsupdates gesetzliche Rechtfertigungsgründe zur Seite.

(1) Nothilfe, gem. § 227 BGB

Zunächst kommt eine Rechtfertigung unter dem Gesichtspunkt der Nothilfe nach § 227 Abs. 1 BGB zur Abwehr eines gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriffs (§ 227 Abs. 2 BGB) in Betracht. Dabei ist danach zu differenzieren, ob der Hersteller das Update unvermittelt durchführt oder erst nachdem eine Warnung vom Nutzer ignoriert oder die Einwilligung in ein bereitge-

stelltes Update nicht erteilt wurde bzw. dieses nicht eigenverantwortlich durchgeführt wurde.

Im ersten Fall erfolgt das Zwangsupdate sowohl zu Gunsten des Produkt-nutzers als auch zu Gunsten der innocent bystander. Allerdings ist bereits bei der Prüfung der Notwehrlage das Vorliegen eines Angriffs problematisch. Denn dieser setzt ein menschliches Verhalten voraus und kann nicht von einer Sache ausgehen.¹⁵⁵⁴ Ein menschliches Verhalten kann freilich beim Ausnutzen einer Sicherheitslücke durch einen Hacker angenommen werden. Allerdings entfaltet die Notwehr oder Nothilfe keine Drittwirkung, sodass eine Nothilfehandlung allein gegen die Rechtsgüter des Angreifers gerechtfertigt ist, nicht aber gegen die Rechtsgüter Dritter, auch wenn eine solche Einwirkung mit der gegen den Angreifer erforderlichen Verteidigungshandlung einhergehen sollte.¹⁵⁵⁵ Damit aber wäre in dieser Konstellation allein eine Einwirkung gegen den Hacker als Angreifer, nicht aber gegen den Nutzer als Dritten gerechtfertigt. Geht die Gefahr dagegen – ohne dass ein weiteres menschliches Einschreiten erforderlich wäre – von der Fehlerhaftigkeit des Produkts aus, fehlt es schon an einem menschlichen Verhalten, das als Angriff qualifiziert werden könnte und liegt eine bloße Sachgefahr vor.

Anders könnte die Situation zu beurteilen sein, wenn das Zwangsupdate durch den Hersteller erst nach erfolgloser Warnung des Nutzers oder nach Bereitstellung des Updates zur eigenverantwortlichen Durchführung erfolgt und der Nutzer das Produkt gleichwohl unter Gefährdung weiterverwendet. In diesen Fällen ist der Nutzer mitverantwortlich für die Gefährdung und das Unterlassen der entsprechenden Gefahrenabwehrmaßnahme könnte als notstandsfähiger Angriff angesehen werden. Das Zwangsupdate erfolgte dann allein zu Gunsten der innocent bystander.¹⁵⁵⁶

Unabhängig von der Frage, ob für einen Angriff bei § 227 Abs.1 BGB auch ein pflichtwidriges Unterlassen ausreichend ist,¹⁵⁵⁷ fehlt es aber jedenfalls an der Gegenwärtigkeit eines solchen Angriffs im Sinne einer unmittelbar bevorstehenden oder gerade andauernden Verletzung rechtlich

1554 Allg. Meinung, vgl. nur *Grothe*, in: MüKo, BGB, § 227, Rn. 4; *Ellenberger*, in: *Grüneberg*, BGB, § 227, Rn. 2.

1555 Vgl. *Rövekamp*, in: BeckOGK, BGB, § 227, Rn. 44.

1556 Zugunsten unbestimmter Dritter kann ebenfalls Nothilfe geübt werden, vgl. *Grothe*, in: MüKo, BGB, § 227, Rn. 15.

1557 Str., ablehnend *Ellenberger*, in: *Grüneberg*, BGB, § 227, Rn. 2 und *Grothe*, in: MüKo, BGB, § 227, Rn. 5 m.w.N.; bejahend dagegen *Rövekamp*, in: BeckOGK, BGB, § 227, Rn. 17.

geschützter Güter.¹⁵⁵⁸ Eine ausnutzbare Sicherheitslücke hat nämlich noch keine direkten negativen Auswirkungen auf die Nutzer anderer Geräte. Selbst die Infektion des Geräts des Nutzers dient lediglich der Vorbereitung entsprechender Handlungen.¹⁵⁵⁹ Die Rechtsgutsverletzung Dritter durch das Unterlassen des Nutzers steht damit aber nicht unmittelbar bevor. Auch bei einem sonstigen Produktfehler steht eine Beeinträchtigung nicht unmittelbar bevor. Denn in diesem Fall lässt sich der voraussichtliche Zeitpunkt der Realisierung der Gefahr nicht vorhersagen. Es ist eine permanente Gefahr gegeben, die jederzeit in einen Schaden umschlagen kann. Eine solche Dauergefahr ist aber im Gegensatz zur Augenblicksgefahr nicht von der Notwehrregelung des § 227 Abs. 1 BGB erfasst.¹⁵⁶⁰

(2) Defensivnotstand, gem. § 228 S. 1 BGB

α) Notstandslage

Im Rahmen des Defensivnotstands ist die Beschädigung oder Zerstörung einer gefahrdrohenden Sache nach § 228 S. 1 BGB nicht widerrechtlich. Dabei braucht die von der Sache ausgehende Gefahr nicht gegenwärtig zu sein, sondern es reicht aus, wenn nach den tatsächlichen Umständen der Eintritt eines schädigenden Ereignisses wahrscheinlich ist.¹⁵⁶¹ So liegt aber der Fall, wenn die Fehlerhaftigkeit eines Produkts eine konkrete Gefahr begründet.¹⁵⁶²

Weiter müsste die Sache selbst aber auch als unmittelbare Gefahrenquelle anzusehen sein.¹⁵⁶³ Dies scheint aber gerade in der Konstellation der ausnutzbaren Sicherheitslücke fraglich, da hier die Gefahr erst durch die

1558 Vgl. *Ellenberger*, in: *Grüneberg*, BGB, § 227, Rn. 4; *Rövekamp*, in: *BeckOGK*, BGB, § 227, Rn. 29.

1559 *Regenfus*, JZ 2018, 79 (85); *Grünvogel/Dörrenbächer*, ZVertriebsR 2019, 87 (90); allgemein keine Nothilfe gegen Angriffsvorbereitungshandlungen, vgl. nur *Grothe*, in: *MüKo*, BGB, § 227, Rn. 9.

1560 So zur parallelen Bewertung im Strafrecht, *Neumann*, in: *NK-StGB*, § 34, Rn. 56.

1561 *Ellenberger*, in: *Grüneberg*, BGB, § 228, Rn. 4; *Rövekamp*, in: *BeckOGK*, BGB, § 228, Rn. 13; *Grothe*, in: *MüKo*, BGB, § 228, Rn. 7.

1562 Ausführlich noch unter E.III.5.c)bb)(1)α).

1563 Andernfalls wäre eine Rechtfertigung über den Angriffsnotstand nach § 904 S. 1 BGB zu prüfen, in dem auch die Beeinträchtigung unbeteiligter Sachen gerechtfertigt ist, der Handelnde aber im Gegensatz zu § 228 S. 2 nach § 904 S. 2 BGB verschuldensunabhängig für Schäden einzustehen hat, vgl. *Rövekamp*, in: *BeckOGK*, BGB, § 228, Rn. 17.

deliktische Handlung des Hackers begründet wird. Ob § 228 S. 1 BGB auch bei einer lediglich mittelbar von der beschädigten Sache ausgehenden Kausalität Anwendung findet, ist streitig.¹⁵⁶⁴ Es wird beispielhaft angeführt, dass der in einem Haus lagernde Tabak, der Plünderer anlockt, nicht selbst eine Gefahr begründe, sondern allein die Plünderer gefährlich seien.¹⁵⁶⁵ Jedenfalls für Fälle, in denen die Sache als Angriffsmittel von einem Dritten benutzt wird, ist ein Defensivnotstand aber ausgeschlossen.¹⁵⁶⁶ Indes liegt bei einem mit einer Sicherheitslücke behafteten Produkt eine besondere Konstellation vor. Denn weist ein Produkt eine ausnutzbare Sicherheitslücke auf, handelt es sich bei einem Hackerangriff gerade um eine spezifische Gefahr, die in der Sache angelegt ist.¹⁵⁶⁷ Damit aber kann keine Rede davon sein, dass die Sache die Gefahr nur mittelt und weiterleitet,¹⁵⁶⁸ vielmehr droht die Gefahr von der Sache selbst.¹⁵⁶⁹ Die Sache ist aus sich heraus gefährlich, auch wenn es zur Aktivierung der Gefahr einer hinzutretenden Handlung bedarf.

Zu differenzieren ist dann allerdings danach, ob die Gefahr allein dem Produktnutzer oder zumindest auch Dritten droht. Droht die Gefahr allein dem Nutzer und führt der Hersteller das Zwangsupdate nicht unvermittelt durch, sondern erst nachdem eine Warnung vom Nutzer ignoriert oder ein bereitgestelltes Update nicht installiert wurde, entfällt die Nothilfebefugnis. Denn die Abwehr einer drohenden Gefahr setzt den Abwehrwillen des Gefahrbedrohten voraus.¹⁵⁷⁰ Setzt der Nutzer aber trotz erfolgter Warnung oder bereitgestelltem Update in Kenntnis der ihm drohenden Gefahr den Gebrauch des Produkts fort, willigt er konkludent jedenfalls in seine Rechtsgutsgefährdung ein.¹⁵⁷¹ Eine gegen den erklärten Willen des Gefahrbedrohten aufgedrängte Hilfe kann aber grundsätzlich nicht geleistet wer-

1564 Vgl. die Nachweise bei Rövekamp, in: BeckOGK, BGB, § 228, Rn. 18.

1565 Vgl. zu diesem Beispiel Grothe, in: MüKo, BGB, § 227, Rn. 8; Ellenberger, in: Grüneberg, BGB, § 228, Rn. 6.

1566 Vgl. Grothe, in: MüKo, BGB, § 227, Rn. 8; Ellenberger, in: Grüneberg, BGB, § 228, Rn. 6; Rövekamp, in: BeckOGK, BGB, § 228, Rn. 15; AG Riesa, MMR 2019, 548 (579).

1567 Dazu allgemein Rövekamp, in: BeckOGK, BGB, § 228, Rn. 18.

1568 Zum Ausschluss von § 228 BGB, wenn die Sache nur ein „Medium“ bildet, Grothe, in: MüKo, BGB, § 228, Rn. 8.

1569 Hierzu Dennhardt, in: BeckOK, BGB, § 228, Rn. 5.

1570 Rövekamp, in: BeckOGK, BGB, § 228, Rn. 29; Dennhardt, in: BeckOK, BGB, § 228, Rn. 11.

1571 So auch Regenfus, JZ 2018, 79 (84).

den.¹⁵⁷² Wurde der Nutzer verständlich, deutlich und zuverlässig gewarnt, stellte sich eine dennoch durch den Hersteller erfolgtes Zwangsupdate als „Schutz des Nutzers vor sich selbst“ dar und widerspräche dem Prinzip der Eigenverantwortung.¹⁵⁷³ Etwas anderes kann nur dort gelten, wo es eine hinreichend deutliche und detaillierte Warnung dem Produktnutzer nicht ausreichend ermöglicht, die Gefahr einzuschätzen und sein Verhalten darauf einzurichten. Ein entgegenstehender Wille des Gefahrbedrohten ist nämlich dann unbeachtlich, wenn er mangels hinreichender Kenntnis gar nicht in der Lage ist, über das jeweilige Rechtsgut zu disponieren.¹⁵⁷⁴

β) Erforderlichkeit der Maßnahme

Die Notstandshandlung muss dann zur Abwendung der Gefahr erforderlich sein. Das ist der Fall, wenn die Maßnahme geeignet ist, die Gefährdung des Rechtsguts abzuwenden und kein weniger schädliches Mittel zur Verfügung steht. Nach dem Grundsatz des geringsten Eingriffs darf nur das mildeste der zur Verfügung stehenden geeigneten Mittel eingesetzt werden.¹⁵⁷⁵

Jedenfalls in den Fällen, in denen der Hersteller nach den oben dargestellten Grundsätzen keine Updatepflicht trifft, kommt eine Warnung als milderer Mittel gegenüber der Zwangsaktualisierung in Betracht. Gerade bei einem unvermittelten Zwangsupdate allein zum Schutz des Nutzers wird eine deutliche und unmissverständliche Warnung stets ein gleich geeignetes und erheblich milderer Mittel zur Abwehr des drohenden Schadens für seine Rechtsgüter darstellen.¹⁵⁷⁶ Ferner ist auch bei einer Drittgefährdung der Vorrang der Warnung, ggf. in Verbindung mit einer Stilllegungsaufforderung an den Nutzer, in Betracht zu ziehen.¹⁵⁷⁷ Allerdings ist bei Gefahren auch für Dritte nicht zu verkennen, dass eine Warnung des Geräteinhabers kein gleich wirksames Mittel darstellen könnte, da der

1572 Rövekamp, in: BeckOGK, BGB, § 228, Rn. 29.

1573 Regenfus, JZ 2018, 79 (84 f.); Wittig, Die produzentenrechtlichen Verkehrssicherungspflichten von Softwareproduzenten, S. 234.

1574 Rövekamp, in: BeckOGK, BGB, § 228, Rn. 29.

1575 Vgl. nur Grothe, in: MüKo, BGB, § 228, Rn. 9; Dennhardt, in: BeckOK, BGB, § 228, Rn. 8; Rövekamp, in: BeckOGK, BGB, § 228, Rn. 20.

1576 Grünvogel/Dörrenbächer, ZVertriebsR 2019, 87 (90 f.); Wittig, Die produzentenrechtlichen Verkehrssicherungspflichten von Softwareproduzenten, S. 234.

1577 So auch Piovano/Schucht/Wiebe, Produktbeobachtung in der Digitalisierung, S. 103.

Schutz des Dritten dem Wohlwollen des Nutzers unterstellt würde.¹⁵⁷⁸ Dies muss jedenfalls im Zusammenhang mit Software oder smarten Produkten gelten, bei denen regelmäßig damit zu rechnen ist, dass ein herstellerseitiger Warnhinweis ignoriert wird.¹⁵⁷⁹

Auch das bloße herstellerseitige Bereitstellen von Updates beseitigt die Gefahr ebenso wenig wie die reine Warnung. In beiden Fällen ist die Mitwirkung des Nutzers erforderlich. So liegt es gerade am Nutzer, die bereitgestellten Updates auch herunterzuladen und zu installieren, um so die Sicherheitsgefahr zu beseitigen. Die Gründe, warum dies in der Praxis nicht immer geschieht, sind vielfältig. Ausgemacht werden können dabei die Zufriedenheit mit der aktuellen Softwareversion, negative Erfahrungen mit früheren (nicht sicherheitsrelevanten) Updates, welche bspw. die Benutzeroberfläche verändert haben, die fehlende fachliche Expertise, um die Sinnhaftigkeit eines Updates beurteilen zu können sowie die Tatsache, dass mit der Sicherheitslücke keine Funktionsbeeinträchtigung einhergeht.¹⁵⁸⁰ Vor diesem Hintergrund sind viele Hackerangriffe gerade auf Sicherheitslücken zurückzuführen, für die zwar Updates zur Verfügung stehen, die aber von den Nutzern nicht installiert wurden.¹⁵⁸¹ Aus den gleichen Gründen kann auch die Einwilligung in Updates unterbleiben.

Damit bleiben aber sowohl die Warnung als auch das Bereitstellen eines Sicherheitsupdates bzw. die Einholung der entsprechenden Einwilligung aufgrund der erforderlichen Mitwirkung des Nutzers hinsichtlich der Geeignetheit der Gefahrenabwehr hinter der zwangsweisen Aktualisierung und Deaktivierung zurück. Allerdings muss der Verteidiger im Rahmen des Defensivnotstands zunächst auch weniger eingriffsintensive Abwehrmittel versuchen, auch wenn deren Wirkung nicht völlig sicher ist.¹⁵⁸² Dies muss jedenfalls dann gelten, wenn das Risiko eines Fehlschlags dem Angegriffen noch zugemutet werden kann.¹⁵⁸³ Sofern im Falle einer Sicherheitslücke oder eines sonstigen sicherheitsrelevanten Produktfehlers der Eintritt eines

1578 So Grünvogel/Dörrenbächer, ZVertriebsR 2019, 87 (91); i.E. auch Regenfus, JZ 2018, 79 (85 f.).

1579 Siehe oben E.III.1.b)cc).

1580 Ausführlich Vaniea/Rader/Wash, CHI 2014, 2671 (2671 ff.).

1581 Vgl. Vaniea/Rader/Wash, Betrayed By Updates, CHI 2014, 2671 (2671); 2019 wurden bei 60 Prozent der IT-Angriffe Schwachstellen ausgenutzt, für die ein Patch verfügbar gewesen wäre, vgl. <https://www.retarus.com/blog/de/alarmierende-zahlen-aktuelle-cybersecurity-statistiken/> (zuletzt abgerufen am 23.09.2024); Ritter, in: Raue (Hg.), Digitale Resilienz, S. 79 (87 f.).

1582 Rövekamp, in: BeckOGK, BGB, § 228, Rn. 21; Grothe, in: MüKo, BGB, § 228, Rn. 9.

1583 In diese Richtung BGH, NStZ-RR 2013, 105 (106).

Schadens nicht unmittelbar bevorsteht, etwa weil die Sicherheitslücke noch nicht öffentlich bekannt ist oder der Produktfehler sich erst im Laufe der Zeit auswirkt, sind weitergehende Maßnahmen als die bloße Bereitstellung des Sicherheitsupdates je nach Schwere und Ausmaß der bestehenden Gefahr erst dann erforderlich, wenn der Nutzer das bereitgestellte Update nicht innerhalb eines bestimmten Zeitraums durchgeführt hat.¹⁵⁸⁴

γ) Verhältnismäßigkeit der Maßnahme

Im Rahmen des Defensivnotstands nach § 228 S.1 BGB muss neben der Erforderlichkeit auch die Verhältnismäßigkeit der jeweiligen Maßnahme gewahrt sein. Der eintretende Schaden darf nicht außer Verhältnis zur abgewendeten Gefahr stehen.¹⁵⁸⁵ Dabei hat die Integrität der Schutzgüter Leib und Leben Vorrang vor dem Erhalt von Sachgütern.¹⁵⁸⁶ Bei einer entsprechenden Gefährlichkeit des Produkts, kann selbst eine Deaktivierung, durch die das Gerät wertlos wird, gerechtfertigt sein.¹⁵⁸⁷ Umgekehrt bedeutet dies aber auch, dass die vollständige Deaktivierung nur bei erheblichen Gefahren für bedeutende Rechtsgüter zulässig ist.¹⁵⁸⁸ Die vorübergehenden Deaktivierung hat dagegen keine gravierenden Auswirkungen – gerade im Verhältnis zu der von § 228 S.1 BGB selbst angesprochenen Beschädigung oder Zerstörung – und ist daher eher gerechtfertigt.¹⁵⁸⁹

1584 Vgl. *Fida*, Updates, Patches & Co, S.167; *Piovano/Schucht/Wiebe*, Produktbeobachtung in der Digitalisierung, S.103; ähnlich *Wiebe*, InTer 2020, 66 (69); vgl. auch *Schmid*, IT- und Rechtssicherheit automatisierter und vernetzter cyber-physischer Systeme, S.242.

1585 *Ellenberger*, in: Grüneberg, BGB, § 228, Rn.8; *Grothe*, in: MüKo, BGB, § 228, Rn.10.

1586 *Ellenberger*, in: Grüneberg, BGB, § 228, Rn.8; *Grothe*, in: MüKo, BGB, § 228, Rn.10.

1587 *Regenfus*, JZ 2018, 79 (86).

1588 *Grünvogel/Dörrenbächer*, ZVertriebsR 2019, 87 (91); *Piovano/Schucht/Wiebe*, Produktbeobachtung in der Digitalisierung, S.103; ähnlich auch *Sommer*, Haftung für autonome Systeme, S.284 f.; *Wiebe*, BB 2022, 899 (904); in anderem Kontext *Wiesemann/Mattheis/Wende*, MMR 2020, 139 (144) und *Meents/Obradovic*, ZfPC 2022, 13 (18); vgl. auch *Schmid*, IT- und Rechtssicherheit automatisierter und vernetzter cyber-physischer Systeme, S.242 f.

1589 *Regenfus*, JZ 2018, 79 (85).

δ) Drohender Schadensersatzanspruch nach § 228 S. 2 BGB

Der per Fernzugriff eingreifende Hersteller hat dann noch zu beachten, dass seine Einwirkungsbefugnis aus § 228 S. 1 BGB zu einer Schadensersatzpflicht nach § 228 S. 2 BGB führen kann, soweit er die Gefahr schuldhaft verursacht hat. Für die Beurteilung der Schadensersatzpflicht kommt es daher darauf an, ob der Auslöser für die Produktgefahr und seine daraus folgende Gefahrenabwehrmaßnahme ursprünglich in einem Konstruktions- oder Fabrikationsfehler lag.¹⁵⁹⁰ Nur in diesen Fällen liegt ein schuldhaftes Verhalten des Herstellers vor und es trifft ihn dadurch – anders als etwa bei einem Entwicklungsfehler – die Verantwortlichkeit für die Produktgefahr.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang allerdings, dass zugunsten des Handelnden ein etwaiges Mitverschulden des durch die Notstandshandlung Geschädigten nach § 254 BGB Berücksichtigung findet.¹⁵⁹¹ Gerade für den Fall, dass der Produktnutzer einer Updateaufforderung durch den Hersteller nicht nachkam, während der Hersteller seine Produktbeobachtungspflicht durch das Bereitstellen des Updates erfüllte, ist eine Anspruchskürzung bis auf Null denkbar. Daneben ist fraglich, inwieweit dem Nutzer durch eine Deaktivierung seines Produkts überhaupt ein Schaden entsteht, da er das Gerät wegen der Sicherheitsrisiken ohnehin nicht gefahrlos hätte benutzen können und ihn die Stilllegung nur zu dem Verhalten zwingt, das er sowohl aus Gründen der Eigenvernunft als auch zum Schutze Dritter ohnehin schuldet.¹⁵⁹² Hier wird im Einzelfall zu beurteilen sein, welchen Wert das gefährliche Produkt trotzdem noch hat. Auch wenn ein Schadensersatzanspruch daher im Einzelfall entfallen kann oder aufgrund Mitverschuldens des Nutzers sogar regelmäßig bis auf Null gekürzt sein wird, hängt dieser doch wie ein Damoklesschwert über dem Hersteller und seiner aufgedrängten Gefahrenabwehrmaßnahme. Dies und die Tatsache, dass auch aufgezwungene Maßnahmen zu negativer Presse und Vertrauensverlust führen können, dürfte dazu führen, dass sie trotz ihrer Einfachheit und Effektivität nur mit Bedacht vom Hersteller eingesetzt werden.

1590 So auch *Regenfus*, JZ 2018, 79 (86).

1591 *Grothe*, in: MüKo, BGB, § 228, Rn. 13; *Dennhardt*, in: BeckOK, BGB, § 228, Rn. 12; *Rövekamp*, in: BeckOGK, BGB, § 228, Rn. 34.

1592 *Regenfus*, JZ 2018, 79 (86).

d) Bedeutung für die Effektivität der Gefahrenabwehr und Ausgestaltung der Updatepflicht

Letztendlich ergibt sich aus dem Prinzip des geringsten Eingriffs ein „Stufenbau der Reaktionspflichten“.¹⁵⁹³ Hat der Eigentümer nicht bereits wirksam in einen entsprechenden Rechtseingriff eingewilligt, stellt die Grundmaßnahme nach hiesigem Verständnis regelmäßig das Bereitstellen eines Updates zur Behebung des Sicherheitsmangels dar. Nur wenn der Nutzer einer Updateaufforderung nicht nachkommt, diese von vornherein keinen Erfolg verspricht oder die zeitnahe Verwirklichung der Gefahr ein Zuwarten nicht zulässt, ist eine fehlerbehebendes Zwangsupdate in Betracht zu ziehen. Darüber hinaus ist dem Nutzer das Zwangsupdate grundsätzlich zunächst anzudrohen, damit er selbst über den Zeitpunkt des Updates – und damit über die vorübergehende Nichtnutzbarkeit seines Produkts während der Durchführung des Updates – entscheiden kann.¹⁵⁹⁴ Ob dabei Maßnahmen, die faktischen Zwang auf den Nutzer ausüben, um ihn zur Installation des bereitgestellten Updates zu bewegen,¹⁵⁹⁵ wie z.B. die Herbeiführung von Systeminstabilitäten oder die Deaktivierung einzelner Funktionen bis hin zu betriebsnotwendigen Funktionen oder gleich die Installation des Zwangsupdates, weniger eingriffsintensiv sind, kann nur im Einzelfall beantwortet werden. In diesem Zusammenhang sind auch Funktionseinschränkungen oder Veränderungen der Bedienung gerechtfertigt, sofern das Sicherheitsupdate unter technischen Gesichtspunkten nicht anders entwickelt werden kann. Denn der Nutzer wird durch ein auch erzwungenes Update des Herstellers weit weniger beeinträchtigt als bei einer kompletten Stilllegung des Produkts.¹⁵⁹⁶

Ist dagegen das vom Produkt ausgehende Schadensrisiko nicht oder nur mit unzumutbarem Aufwand durch ein Softwareupdate zu beheben,

1593 Sommer, Haftung für autonome Systeme, S. 284.

1594 Dazu Wendehorst, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud (Hg.), Das neue europäische Gewährleistungsrecht, S. III (125).

1595 Dazu Wendehorst, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud (Hg.), Das neue europäische Gewährleistungsrecht, S. III (125); vgl. auch Wittig, Die produzentenrechtlichen Verkehrssicherungspflichten von Softwareproduzenten, S. 234; Fida, Updates, Patches & Co, S. 167; Piovano/Schucht/Wiebe, Produktbeobachtung in der Digitalisierung, S. 103.

1596 Fida, Updates, Patches & Co, S. 167; Wittig, Die produzentenrechtlichen Verkehrssicherungspflichten von Softwareproduzenten, S. 233 f.; Wiebe, BB 2022, 899 (904).

kommt die Deaktivierung des Produkts als ultima ratio in Betracht.¹⁵⁹⁷ Allerdings gilt es hier zu beachten, dass die Rechtfertigung einer vollständigen Deaktivierung dort ausscheidet, wo als mildere Maßnahme die bloße Deaktivierung einzelner Funktionen in Betracht kommt.¹⁵⁹⁸ Ferner muss das Gerät umgehend wieder freigegeben werden, nachdem die Gefahr beseitigt wurde.¹⁵⁹⁹ Eine ferngesteuerte Deaktivierung des Produktes kann somit insbesondere erfolgen, um eine Gefährdung bis zur Durchführung von Sicherheitsupdates oder Reparaturmaßnahmen auszuschließen.¹⁶⁰⁰

e) Zumutbarkeitsgesichtspunkte

Neben der Effektivität der Gefahrenabwehr stellt die Zumutbarkeit aber eine weitere zu beachtende Kenngröße bei der Beurteilung der Reaktionspflichten des Herstellers dar. So kann eine aus Gründen der Effektivität der Gefahrenabwehr erforderliche Maßnahme durch Erwägungen der Zumutbarkeit begrenzt sein.¹⁶⁰¹ Möglicherweise sind daher die faktischen Voraussetzungen für eine Verpflichtung zu Sicherheitsupdates für die Hersteller nicht realisierbar.¹⁶⁰²

Zunächst ist zu bedenken, dass Sicherheitsupdates ihrerseits zu keinen Gefahren führen dürfen.¹⁶⁰³ Es liegt auf der Hand, dass hinzugefügter Code selbst wieder neue Fehler aufweisen kann.¹⁶⁰⁴ Daneben ist zu berücksichtigen, dass es im Zuge steigender Komplexität und Vernetzung zunehmend

1597 So im Wesentlichen auch *Piovano/Schucht/Wiebe*, Produktbeobachtung in der Digitalisierung, S. 102 f. und *Wagner*, in: MüKo, BGB, § 823, Rn. 1133 allerdings ohne Thematisierung der Zwangsaktualisierung.

1598 *Grünvogel/Dörrenbächer*, ZVertriebsR 2019, 87 (91); dies wird gerade dort relevant, wo sich die Sicherheitsgefährdung auf eine bloße Zusatzfunktion beschränkt, vgl. *Regenfus*, JZ 2018, 79 (85).

1599 *Grünvogel/Dörrenbächer*, ZVertriebsR 2019, 87 (91); *Piovano/Schucht/Wiebe*, Produktbeobachtung in der Digitalisierung, S. 103.

1600 *Grünvogel/Dörrenbächer*, ZVertriebsR 2019, 87 (91); *Schmid*, IT- und Rechtssicherheit automatisierter und vernetzter cyber-physischer Systeme, S. 242; *Piovano/Schucht/Wiebe*, Produktbeobachtung in der Digitalisierung, S. 103; *Gomille*, JZ 2016, 76 (81); *Lüftenegger*, RDt 2021, 293 (300).

1601 BGH, NJW 2009, 1080 (1082, Rn. 18).

1602 Schon beim herkömmlichen Rückruf äußert *Klindt*, BB 2009, 792 (795) diese Bedenken.

1603 *Wiebe*, InTer 2020, 66 (69); vgl. auch *Piovano/Schucht/Wiebe*, Produktbeobachtung in der Digitalisierung, S. 100.

1604 *Reusch*, BB 2019, 904 (905).

zu einem Zusammenspiel verschiedener Komponenten und unterschiedlicher Programme kommt. Daher müssen auch nachteilige Auswirkungen des bereitgestellten Updates auf andere Anwendungen mitgedacht werden.¹⁶⁰⁵ Zudem befindet sich das Produkt gerade während der Updatephase in einem sicherheitskritischen Zustand, da je nach Art des Updates während der Installation sicherheitsrelevante Funktionen nicht verfügbar sein können.¹⁶⁰⁶ Daneben können für bestimmte Produktgattungen zulassungsrechtliche Fragestellung zu beachten sein.¹⁶⁰⁷ Bei diesen Herausforderungen handelt es sich jedoch weniger um Fragen der generellen Zumutbarkeit von Updatepflichten. Vielmehr geht es um Fragen der sorgfältigen Konstruktion der Updates selbst, der konkreten Ausgestaltung der Durchführung von Softwareupdates sowie der Folgen eines durchgeführten Updates. Nur en passant sei erwähnt, dass diesbezüglich speziell für den Automotive-Sektor durch die UN-Regelung Nr. 156 hinsichtlich der Softwareaktualisierung und des Softwareaktualisierungsmanagementsystems bereits Vorgaben entwickelt wurden (vgl. insbesondere Ziff. 7.2 und Ziff. 8).

Ferner ist für das Aufspielen der Updates eine entsprechende Netzabdeckung und Datenübertragungsrate erforderlich.¹⁶⁰⁸ Es überzeugt aber nicht, die Zumutbarkeit bereits aufgrund einer in Deutschland vorherrschenden lückenhaften Netzabdeckung in Zweifel zu ziehen.¹⁶⁰⁹ Bei IoT-Geräten besteht zumindest die Möglichkeit der Verbindung mit dem heimischen WLAN-Netzwerk – die ohnehin regelmäßig Voraussetzung ist, um über den vollen Funktionsumfang des jeweiligen Geräts zu verfügen.¹⁶¹⁰ Bei Produkten, die außerhalb der Reichweite des heimischen Netzwerks genutzt werden, kann die Bereitstellung des Updates mit dem Hinweis erfolgen, sich in einen Bereich ausreichender Netzabdeckung zu begeben.¹⁶¹¹ Ähnliches gilt für smarte Produkte, die nicht mit dem Internet verbunden wer-

1605 *Orthwein/Obst*, CR 2009, 1 (4) lehnen daher jedenfalls im „Nicht-PC-Bereich“ eine Updatepflicht ab; ähnlich, wenn auch zurückhaltender *Chibanguza*, in: Buck-Heeb/Oppermann (Hg.), *Automatisierte Systeme*, S. 407 (418).

1606 *May/Gaden*, InTer 2018, 110 (115); *Reusch*, BB 2019, 904 (905).

1607 Vgl. *Chibanguza*, in: Buck-Heeb/Oppermann (Hg.), *Automatisierte Systeme*, S. 407 (418); speziell für Kfz *Hartmann*, PHi 2017, 42 (47 ff.); *Geber*, NZV 2021, 14 (17 f.); *Schrader*, DAR 2018, 314 (317); *Xylander*, Die Verantwortlichkeit des Herstellers automatisierter PKW, S. 174 f.

1608 *Hartmann*, PHi 2017, 42 (45).

1609 So aber *May/Gaden*, InTer 2018, 110 (113).

1610 *Grünvogel/Dörrenbächer*, ZVertriebsR 2019, 87 (90).

1611 I.E. auch *Fida*, Updates, Patches & Co, S. 167.

den können, aber über eine andere Schnittstelle wie z.B. USB verfügen.¹⁶¹² Ein Update kann dann auf diesem Wege eingespielt werden.

Betrachtet man dann den anfallenden finanziellen Aufwand im Falle einer Kostentragungspflicht des Herstellers, lässt sich auch aus diesem regelmäßig nicht die Unzumutbarkeit der Updateverpflichtung folgern. Zum einen lässt sich der Aufwand über den Produktpreis auf die Nutzer abwälzen.¹⁶¹³ Da Softwarefehler eine gewisse Regelmäßigkeit aufweisen, dürften die über die Zeit anfallenden Updatekosten auch leichter zu kalkulieren sein als herkömmliche Reparaturkosten, die immer ein außerplanmäßiges Ereignis darstellen. Ferner ist zu berücksichtigen, dass ein Update nur einmal entwickelt werden muss, aber allen betroffenen Produkten und Nutzern zugutekommt. Die Entwicklungskosten des Updates verteilen sich daher auf alle betroffenen Installationen, für die Updates geschuldet sind. Erst anhand der so ermittelten Kosten ist zu beurteilen, ob diese im Hinblick auf den damit insgesamt erzielten Sicherheitsgewinn aller Nutzer für den Hersteller unzumutbar sind.¹⁶¹⁴ Zum anderen muss der Hersteller für den Zeitraum der weiteren Vermarktung des Produkts ohnehin Ressourcen bereithalten, um Updates zu entwickeln, sodass eine Updateverpflichtung eher zumutbar ist.¹⁶¹⁵ Die Frage der Zumutbarkeit stellt sich damit erst, wenn der Hersteller nicht mehr ohnehin aufgrund anderer Pflichten entsprechende Updates entwickeln muss.¹⁶¹⁶ Sie kann dann nur im jeweiligen Einzelfall beantwortet werden. Die Zumutbarkeitsgrenze könnte aber bei zugekaufter und verbauter Fremdsoftware, die nicht-standardisiert ist, erreicht sein,

1612 Eine angemessene Komplexität des Updatemechanismus stellt bereits eine anfängliche Produktanforderung dar, vgl. ausführlich Brenner et al., RD i 2024, 252 (254 ff.).

1613 Thöne, Autonome Systeme, S. 216 f.; krit. aber Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“, Bericht vom 15. April 2019, S. 198, welche gerade aufgrund dieser Überwälzung der Kosten und der damit verbundenen entgegenstehenden wirtschaftlichen Interessen der Beteiligten einer kostenlosen Updatepflicht skeptisch gegenübersteht.

1614 So zum Einwand der Unverhältnismäßigkeit im Vertragsrecht Riehm/Leithäuser/Brenner, in: Raue (Hg.), Digitale Resilienz, S. 5 (26).

1615 Vgl. erneut Lüftenegger, RD i 2021, 293 (298 f.); Wagner, AcP 217 (2017), 707 (756); Grünvogel/Dörrenbächer, ZVertriebsR 2019, 87 (89); Hinze, Haftungsrisiken des automatisierten und autonomen Fahrens, S. 162 f.; Eichelberger, in: Ebers et al. (Hg.), Künstliche Intelligenz und Robotik, S. 189; Wittig, Die produzentenrechtlichen Verkehrssicherungspflichten von Softwareproduzenten, S. 238.

1616 Schon herkömmlich zum Problem bei der Auslistung von Produkten Klindt, BB 2009, 792 (795); Wittig, Die produzentenrechtlichen Verkehrssicherungspflichten von Softwareproduzenten, S. 238; Wagner, AcP 217 (2017), 707 (757); Grünvogel/Dörrenbächer, ZVertriebsR 2019, 87 (89).

sofern der Hersteller über keine eigene Softwareabteilung verfügt und die Programmierung eines Updates für ihn daher einen erheblichen Aufwand bedeutet.¹⁶¹⁷ Trifft den Hersteller indes im Rahmen des „Unbundlings“ die Verantwortung für die Produktbeobachtung,¹⁶¹⁸ hat er sicherzustellen, dass er seinen sich daraus ergebenden Pflichten auch nachkommen kann. Er kann sich aufgrund fehlender eigener Fachkompetenzen oder Ressourcen daher nicht pauschal auf die Unzumutbarkeit berufen, sondern hat über vertragliche Abreden sicherzustellen, dass sein Zulieferer die entsprechenden Updates bereitstellt.¹⁶¹⁹

Nicht vernachlässigt werden darf indes, dass Softwareupdates zunächst entwickelt und getestet werden müssen.¹⁶²⁰ Die Herausforderung besteht gerade darin, dass sich Fehlfunktionen regelmäßig erst bei der Anwendung durch den Nutzer zeigen und Updates daher nicht auf „Vorrat“ entwickelt werden können.¹⁶²¹ Indes muss auch bei einer klassischen Reparatur zunächst ein konstruktiver Lösungsweg gefunden werden und Ersatzteile ggf. erst entwickelt und getestet werden.¹⁶²² Ist dem Hersteller eine umgehende Bereitstellung des Updates nicht möglich, obliegt es ihm als Minus, den Nutzer zu warnen und ihm einen Zeitplan für die Entwicklung und Bereitstellung des Updates zu präsentieren.¹⁶²³ Hinzu kommt, dass sich hier gerade die Stärke smarter Reaktionsmöglichkeiten zeigt. Denn vernetzte Maßnahmen ermöglichen angesichts zahlreicher Ausgestaltungsmöglichkeiten sowohl ein differenziertes Vorgehen als auch die Verschmelzung von Maßnahmen. So kann ein Produkt auch, um jegliche Gefährdung auszuschließen, ferngesteuert so lange deaktiviert werden, bis ein Update zur Verfügung steht.¹⁶²⁴

1617 So *Piovano/Schucht/Wiebe*, Produktbeobachtung in der Digitalisierung, S. 99.

1618 Vgl. oben C.III.3.

1619 Vgl. *Piovano/Schucht/Wiebe*, Produktbeobachtung in der Digitalisierung, S. 100; *Dötsch*, Außervertragliche Haftung für KI, S. 263; allgemein *Huber*, Rechtsfragen des Produktrückrufs, S. 275 f.

1620 *Hey*, Die außervertragliche Haftung des Herstellers autonomer Fahrzeuge, S. 95; *Gomille*, JZ 2016, 76 (81).

1621 *Hartmann*, PHi 2017, 42 (45 f.); vgl. auch *Thöne*, Autonome Systeme, S. 215.

1622 So schon *Klindt*, BB 2009, 792 (795) und *Handorn*, MPR 2009, 37 (41).

1623 *Grapentin*, Vertragsschluss und vertragliches Verschulden beim Einsatz von KI, S. 180.

1624 *Lüftenegger*, RDi 2021, 293 (300); *Grünvogel/Dörrenbächer*, ZVertriebsR 2019, 87 (91); *Dötsch*, Außervertragliche Haftung für KI, S. 263; *Piovano/Schucht/Wiebe*, Produktbeobachtung in der Digitalisierung, S. 103; *Wittig*, Die produzentenrechtlichen Verkehrssicherungspflichten von Softwareproduzenten, S. 234.

Im Rahmen der Zumutbarkeit bestehen damit keine grundsätzlichen Bedenken gegen eine Verpflichtung des Herstellers Sicherheitsupdates bereitzustellen. Freilich ist diese Frage stets im Einzelfall zu klären und die dargestellten Gesichtspunkte können im Einzelfall auch zu einem anderen Ergebnis führen. So ist es gerade bei autonomen Systemen, die auf neuronalen Netzen beruhen und nach dem Inverkehrbringen unerwünschte Lernergebnissen entwickeln, schwierig, diese wieder zu beseitigen. Denn das Verhalten neuronaler Netze kann nicht einfach durch Änderung oder Ergänzung des Programmcodes geändert werden, sondern bedarf des Umlernens. Sollte ein solches Umlernen nicht möglich sein, bleibt möglicherweise nur das Löschen oder Neuaufsetzen des gesamten Lernvorgangs.¹⁶²⁵

f) Fazit

Bei der Ausgestaltung der Updatepflicht hat der Hersteller den Stufenbau der Reaktionspflichten zu beachten. Fehlt es an einer entsprechenden Einwilligung, stellt das Bereitstellen eines Updates zur Behebung des Sicherheitsmangels die Grundmaßnahme und das Mittel der Wahl dar, um den Anforderungen des Produkthaftungsrechts zu genügen. Dies bedeutet jedoch keine systemwidrige deliktsrechtliche Ausweitung des Äquivalenzzinteresses, sondern ist Folge der auf den Integritätsschutz ausgerichteten effektiven Gefahrenabwehr. Die Folge dieser regelmäßigen Verpflichtung des Herstellers zur Bereitstellung von Sicherheitsupdates ist eine gewisse Dynamisierung des Zeitpunkts des Inverkehrbringens.¹⁶²⁶ Diese rechtfertigt sich aber durch die gesteigerten Zugriffs- und Einflussmöglichkeiten des Herstellers und der damit einhergehenden Kontrolle über das Produkt auch nach dem Zeitpunkt des Inverkehrbringens bei gleichzeitig abnehmenden Gefahrensteuerungsmöglichkeiten des Nutzers nach diesem Zeitpunkt.¹⁶²⁷

3. Kostentragungspflicht bei Sicherheitsupdates

Fraglich ist sodann, wer im Falle einer Updatepflicht die für die Sicherheitsupdates anfallenden Kosten zu tragen hat. Zwar mag das Aufspielen der

1625 Zum Ganzen Zech, DJT 2020 Gutachten, A S. 72 f.

1626 Wiesemann/Mattheis/Wende, MMR 2020, 139 (140) lehnen eine Updatepflicht des Herstellers daher ab.

1627 I.E. auch Thöne, Autonome Systeme, S. 218.

Software anders als eine klassische Reparatur kaum Kosten verursachen. Dies darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Entwicklung des Updates auch mit Kosten einhergehen kann.¹⁶²⁸ Insbesondere muss der Hersteller dauerhaft Unternehmensressourcen für die kurzfristige Programmierung von Updates bereithalten.¹⁶²⁹ Die Frage der Kostentragungspflicht stellt sich daher nicht weniger dringlich als bei klassischen Produktrückrufen.

Anknüpfend an die Effektivität der Gefahrenabwehr ist zu unterscheiden, ob der Produktnutzer sich über eine Warnung hinwegsetzen wird, weil er die Produktgefahr erkennt oder ihm die Gefahrensteuerung in Form der Nutzungsaufgabe unzumutbar ist. Bei einer falschen Gefahreinschätzung, insbesondere bei Sicherheitslücken ohne physische Gefahren für den Nutzer, wird die bloße Bereitstellung eines Updates mit der Aufforderung der Kostenübernahme die Nutzer kaum dazu bewegen, ihre Gefahreinschätzung zu überdenken und die Sicherheitslücke mittels kostenpflichtiger Updates zu schließen. Der Anreiz ist hier deutlich höher, wenn das Update kostenfrei zur Verfügung gestellt wird. Eine im Ausgangspunkt davon unabhängige Frage ist, wie es sich auswirkt, dass Nutzer auch kostenfrei bereitgestellte Sicherheitsupdates häufig nicht installieren.¹⁶³⁰ Hier könnte der Hersteller zu weitergehenden Sicherungspflichten gehalten sein.¹⁶³¹ Wird dagegen die Eintrittswahrscheinlichkeit einer möglichen Rechtsgutsverletzung ausgeblendet, weil der Nutzer auf die Verwendung des Produkts angewiesen ist, gleichzeitig aber die Gefahrenbeseitigung nicht ohne Hilfe des Herstellers leisten kann, stellt die bloße Bereitstellung eines fehlerbehebenden Updates auch ohne Kostenübernahme durch den Hersteller einen erheblichen Mehrwert für den Nutzer dar. Denn dadurch muss er sich bei der Nutzung nicht weiter der vom Produkt ausgehenden Gefahr aussetzen, sondern kann das Sicherheitsdefizit beseitigen, ohne ein Ersatzprodukt anschaffen zu müssen.

Die Bereitstellung von sicherheitsrelevanten Softwareupdates hat folglich nicht zwingend kostenlos zu erfolgen.¹⁶³² Bei CPS wird sich eine Up-

1628 Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“, Bericht vom 15. April 2019, S. 198; Dötsch, Außervertragliche Haftung für KI, S. 262.

1629 Raue, NJW 2017, 1841 (1844).

1630 Vgl. zu den Gründen erneut Vaniea/Rader/Wash, CHI 2014, 2671 (2671 ff.).

1631 Vgl. Wiesemann/Mattheis/Wende, MMR 2020, 139 (141).

1632 So auch Kipker/Walkusz, DuD 2019, 513 (517); Wittig, Die produzentenrechtlichen Verkehrssicherungspflichten von Softwareproduzenten, S. 242.

datepflicht sogar regelmäßig auf die Bereitstellung eines kostenpflichtigen Updates beschränken.¹⁶³³

4. Weitere gesetzliche Updatepflichten und deren Bedeutung

Updatepflichten der Hersteller könnten sich auch außerhalb der deliktsrechtlichen Produktbeobachtungspflicht aus weiteren Regelungen ergeben. Zu diesem Zweck sollen im Folgenden das öffentlich-rechtliche Produktsicherheits- und Marktüberwachungsrecht sowie die neue Produkthaftungsrichtlinie untersucht werden und sich daraus ergebende Updatepflichten in Bezug zur Produktbeobachtungspflicht aus § 823 Abs. 1 BGB gesetzt werden.

a) Bedeutung des ProdSG

Eine Pflicht zum Bereitstellen von Updates könnte sich aus § 6 Abs. 2 ProdSG ergeben. Hiernach hat der Hersteller Vorkehrungen für geeignete Maßnahmen zur Vermeidung von Risiken zu treffen, die mit dem Verbraucherprodukt, das sie auf dem Markt bereitgestellt haben, verbunden sein können. Dabei können die Maßnahmen bis zur Rücknahme, zu angemessenen und wirksamen Warnungen und zum Rückruf reichen.

Aufgrund der beispielhaften Nennung von Rücknahme, Rückruf und Warnung als konkret möglichen Gefahrenvermeidungsmaßnahmen könnte sich aus der Norm auch eine eigenständige Pflicht zur Ergreifung der jeweiligen Korrekturmaßnahmen – und in konsequenter Weiterentwicklung auch eine Updatepflicht – ergeben.¹⁶³⁴ Insoweit wird angeführt, dass angesichts des bezweckten Verbraucherschutzes eine reine Vorbereitungsspflicht ohne eine korrespondierende Pflicht zur Durchführung der Maßnahmen leerliefe.¹⁶³⁵ Dem wird allerdings entgegengehalten, dass die Pflicht den

1633 So auch *Lüftenegger*, RDt 2021, 293 (298).

1634 Die ganz herrschende Meinung lehnt ein solches Verständnis und damit eine Pflicht zur Durchführung von Risikovermeidungsmaßnahmen ab, vgl. nur *Schütte*, in: NK-ProdR, § 6 ProdSG, Rn. 41 m.w.N. auch zur gegenteiligen Auffassung.

1635 *Wiebe*, Unternehmerfreiheit versus Verbraucherschutz?!, S. 335 und *Wiebe*, NJW 2019, 625 (628), i.E. aber auch eine Ergreifungspflicht ablehnend. Einen Erstrecht-Schluss lehnt *Schütte*, in: NK-ProdR, § 6 ProdSG, Rn. 41, Fn. 88 mit der Begründung ab, dass ein *argumentum a minore ad maius* bei einem Verpflichtungstatbestand nicht verfängt.

Hersteller im Sinne des Vorsorgegrundsatzes immerhin dazu anhält, sich im Vorfeld schon mit potenziellen Gefahren und Abhilfemaßnahmen auseinanderzusetzen, um dann im Falle der tatsächlichen Ergreifung einer Maßnahme – sei es freiwillig, aufgrund behördlicher Anordnung oder aufgrund sonstiger Pflicht – vorbereitet zu sein. Dies entspricht auch dem Ziel, eine proaktive und präventive Verbraucherschutzpolitik in der Unternehmenskultur zu verankern.¹⁶³⁶ Eine darüberhinausgehende Pflicht, diese Maßnahmen auch aktiv zu ergreifen, besteht trotz der beispielhaften Auflistung einzelner Maßnahmen nicht. Vielmehr ist die Nennung als Merkposten für freiwillige Eigenmaßnahmen zu verstehen und soll die Ausgestaltung des Risikomanagementsystems verdeutlichen.¹⁶³⁷ Für dieses Ergebnis spricht auch der eindeutige Wortlaut, welcher gerade nur von „Vorkehrungen für geeignete Maßnahmen“ spricht.¹⁶³⁸ Zuletzt sieht Art. 5 Abs. 1 UAbs. 3 lit. b, UAbs. 5 der RL 2001/95/EG ausdrücklich vor, dass ein aktives Tätigwerden zur Gefahrenvermeidung allein freiwillig oder behördlich angeordnet erfolgt.¹⁶³⁹ Folglich handelt es sich lediglich um eine Organisationspflicht, zur Vorbereitung einer angemessenen Gefahrenabwehr,¹⁶⁴⁰ aus der keine Updatepflicht abgeleitet werden kann.

Auch aus § 6 Abs. 3 ProdSG lässt sich keine Updatepflicht folgern. Denn es werden lediglich Maßnahmen aufgelistet, die der Produktbeobachtungspflicht i.e.S. zugeordnet sind und der Gefahrerkenntnis dienen. Reaktionsmaßnahmen zur Gefahrenabwehr aufgrund von Erkenntnissen aus dieser Beobachtung sucht man dagegen vergeblich. Aufgrund der ratio legis dieser Norm lassen sich auch keine nachgeschalteten Maßnahmen zur Abwehr

1636 Hierzu *Klindt*, NJW 2004, 465 (468); *Kapoor*, in: *Klindt*, ProdSG, § 6, Rn. 50, 52.

1637 So *Wiebe*, NJW 2019, 625 (628), der zumindest einen „rechtliche[n] Appell zur Ergreifung unternehmereigener Schritte“ sieht.

1638 *Schütte*, in: NK-ProdR, § 6 ProdSG, Rn. 41; *Kapoor*, in: *Klindt*, ProdSG, § 6, Rn. 48; *Klindt*, NJW 2004, 465 (468).

1639 Art. 5 Abs. 1 UAbs. 5 der RL 2001/95/EG nimmt auf Maßnahmen (die Terminologie wurde hier dem § 6 Abs. 2 ProdSG angepasst, da insoweit eine Divergenz zu Art. 5 Abs. 1 UAbs. 3 besteht) wie den Rückruf in UAbs. 3 lit. b Bezug, vgl. auch *Wiebe*, NJW 2019, 625 (630).

1640 *Wilrich*, ProdSG, Rn. 439 ff.; *Becker/Ottinger*, in: Foerste/Graf v. Westphalen (Hg.), Produkthaftungshandbuch, § 62, Rn. 67; ähnlich auch *Wagner*, in: Eifert (Hg.), Produktbeobachtung durch Private, S. 115 (144): „[D]azu verpflichtet, sich für einen möglicherweise notwendig werdenden Produktrückruf bereitzuhalten und sich entsprechend vorzubereiten, insbesondere durch Aufbau eines Rückrufmanagementsystems“ und *Wagner*, VersR 2014, 905 (915).

einer konkreten Produktgefahr hineinlesen.¹⁶⁴¹ Denn die öffentlich-rechtliche Produktbeobachtungspflicht setzt vor der Entstehung der Gefahr an und dient der Risikoerkennung im Feld. Dieses Verständnis entspricht auch dem im ProdSG allgemein verwendeten Konzept eines „appellativen Verbraucherschutzrechts in jedweder kategorischen Ausprägung.“¹⁶⁴²

Die Kombination der Pflicht zur Produktbeobachtung i.e.S. nach § 6 Abs. 3 ProdSG mit der Pflicht zur Einrichtung eines Risikomanagementsystems nach § 6 Abs. 2 ProdSG soll also lediglich ermöglichen, Gefahren zu erkennen und in einer Produktkrise angemessen zu reagieren. Weder das „Ob“ der Reaktion noch das „Wie“ der Reaktion sind jedoch gesetzlich vorgeschrieben.

b) Künftige Bedeutung der GPSR

Die GPSR sieht dagegen eine gesetzliche Verpflichtung zum Ergreifen von Gefahrabwendungsmaßnahmen vor. Nach Art. 9 Abs. 8 UAbs. 1 lit. a GPSR sind die Hersteller verpflichtet, unverzüglich die erforderlichen Korrekturmaßnahmen zur Herstellung der Produktkonformität – wozu ggf. auch ein Rückruf gehören kann – zu ergreifen, wenn sie der Auffassung sind oder Grund zur Annahme besteht, dass ein von ihnen in Verkehr gebrachtes Produkt gefährlich ist.¹⁶⁴³ Außerdem ist in Art. 37 Abs. 1 GPSR geregelt, dass der Hersteller bei einem Rückruf dem Verbraucher eine wirksame, kostenfreie und zeitnahe Abhilfemaßnahme anbieten muss. Als mögliche Abhilfemaßnahme sieht Abs. 2 eine Reparatur, eine Ersatzlieferung des zurückgerufenen Produkts durch ein sicheres Produkt desselben Typs mit mindestens demselben Wert und derselben Qualität oder die Rückerstattung des Wertes vor. Dabei soll der Verbraucher grundsätzlich die Wahl zwischen mindestens zwei der Maßnahmen haben. Hinsichtlich Software wird nach Abs. 3 die zur Verfügungstellung von Softwareaktualisierungen im Rahmen der Reparatur als ausreichend erachtet.

1641 Vgl. zum Ganzen *Wiebe*, NJW 2019, 625 (627); auch *Kapoor*, in: *Klindt*, ProdSG, § 6, Rn. 57.

1642 *Klindt*, in: *Eifert* (Hg.), *Produktbeobachtung durch Private*, S. 55 (57); vgl. auch *Becker/Ottinger*, in: *Foerste/Graf v. Westphalen* (Hg.), *Produkthaftungshandbuch*, § 62, Rn. 69.

1643 Dies entspricht bereits jetzt der – für smarte Produkte regelmäßig einschlägigen – Regelung nach § 9 Abs. 5 S. 1, 2 Funkanlagengesetz.

aa) Das neue Recht auf Abhilfe nach Art. 37 GPSR

Näherer Betrachtung bedarf nun die Frage, welchen Einfluss das neue Recht auf Abhilfe auf die Maßnahmen zur Gefahrenabwehr des Herstellers haben wird. Das Recht auf Abhilfe besteht schon dem Wortlaut nach nur „im Falle eines Produktsicherheitsrückrufs“. Die Zulässigkeit und Ausgestaltung milderer Gefahrenabwehrmaßnahmen, wie z.B. der Warnung, bleiben hiervon folglich unberührt.¹⁶⁴⁴ Dies wird auch systematisch dadurch bestätigt, dass Art. 9 Abs. 8 UAbs. 1 lit. a GPSR vom Hersteller lediglich verlangt, die „erforderlichen“ Korrekturmaßnahmen zu ergreifen, zu denen „gegebenenfalls“ auch ein Rückruf gehören kann (und man mag hineinlesen „aber nicht gehören muss“). Auf die Bestimmung der Erforderlichkeit der jeweiligen Gefahrenabwehrmaßnahme hat das Recht auf Abhilfe damit keine Auswirkung.¹⁶⁴⁵ Einfluss hat das Recht auf Abhilfe dagegen auf die konkrete Ausgestaltung des Rückrufs. Denn nach der Maxime der Effektivität der Gefahrenabwehr reicht es zur Erfüllung der zivilrechtlichen Produktbeobachtungspflicht aus, dass die Rückrufmaßnahme die Produktgefahr ergebnisorientiert beseitigt. Mit dem Grundsatz der Effektivität der Gefahrenabwehr kann indes nicht mehr begründet werden, dass dem Verbraucher stets (!) und einzelfallunabhängig (!) das ursprünglich erworbene Produkt kostenfrei (!) erneuert oder ersetzt werden muss.¹⁶⁴⁶ Es ist daher nicht verwunderlich, dass die Abhilfemaßnahmen gemäß Erwägungsgrund (88) GPSR nicht nur dazu dienen sollen, den Verbraucher zu veranlassen, auf Rückrufe zu reagieren, sondern – eigentlich systemwidrig im primär auf Gefahrenabwehr angelegten öffentlich-rechtlichen Produktsicherheitsrecht¹⁶⁴⁷ – auch dazu, ihm eine angemessene Wiedergutmachung zu gewähren.

Art. 37 GPSR sieht damit zwar keine explizite Pflicht des Herstellers zu Sicherheitsupdates vor, sondern regelt die Bereitstellung von Updates nur als eine mögliche Option der Abhilfe. Die Interessenlage sowohl des Herstellers als auch des Verbrauchers dürfte jedoch in der Praxis im Vergleich zu den anderen Möglichkeiten der Abhilfe, nämlich des Austausches des Produkts und des Wertersatzes, regelmäßig diese Maßnahme nahelegen.

1644 So auch *Ackermann/Golling*, ZfPC 2022, 67 (71); *Thöne*, ZfPC 2024, 49 (52), wonach keine Verhaltenspflicht aufgestellt wird, sondern die Rechtsfolgende adressiert wird.

1645 Dies verkennt *Reusch*, RDt 2023, 152 (156), der eine diametrale Abkehr von den Grundsätzen der Pflegebetten-Entscheidung ausmachen will.

1646 So auch *Ackermann/Golling*, ZfPC 2022, 67 (71).

1647 Sehr krit. daher *Hartmann/Klindt*, ZfPC 2022, 73 (76); *Niermeier*, NJW 2024, 1463 (1466).

bb) Bedeutung für die zivilrechtliche Produktbeobachtungspflicht

Da sich nach hiesigem Verständnis die Bereitstellung von Sicherheitsupdates ohnehin regelmäßig als deliktsrechtlich geschuldete Gefahrenabwehrmaßnahme darstellt, führt das Recht auf Abhilfe insoweit nicht zu Erweiterung der Herstellerpflichten. Ist der Hersteller im Einzelfall aus Gründen der Effektivität der Gefahrenabwehr verpflichtet und berechtigt eine Fernstilllegung des Produkts vorzunehmen, hat er künftig nach der GPSR den Nutzer zu entschädigen. Auch hinsichtlich Sicherheitsupdates ist zu beachten, dass diese nach der GPSR zwingend für den Verbraucher kostenfrei zu erfolgen haben. Zwar mag ein Hersteller im Rahmen seiner zivilrechtlichen Produktbeobachtungspflicht nicht verpflichtet sein, seine Rückrufmaßnahme entsprechend Art. 37 GPSR auszugestalten, sondern hat sie nur an der Effektivität der Gefahrenabwehr zu orientieren. Allerdings wird er dies mit Blick auf das Sanktionsrisiko (vgl. Art. 44 GPSR)¹⁶⁴⁸ zur Erfüllung seiner öffentlich-rechtlichen Pflicht gleichwohl tun.¹⁶⁴⁹

Hinzu kommt, dass einer Verletzung des Rechts auf Abhilfe unter dem Gesichtspunkt der Schutzgesetzverletzung auch einen Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 2 BGB bedeuten könnte. Dann müsste es sich bei Art. 37 GPSR um ein Schutzgesetz handeln. Entscheidend ist dabei, dass die verletzte Einzelnorm – nicht das Gesetzeswerk, dessen Teil sie ist –¹⁶⁵⁰ zumindest auch dazu dienen soll, den Einzelnen gegen die Verletzung eines bestimmten Rechtsguts zu schützen. Dabei genügt es, dass die Norm auch das Interesse des Einzelnen schützen soll, mag sie auch in erster Linie dasjenige der Allgemeinheit im Auge haben. Nicht ausreichend ist aber, dass der Individualschutz durch Befolgung der Norm nur als ihr Reflex objektiv erreicht wird; er muss vielmehr im Aufgabenbereich der Norm liegen. Ein gesetzliches Gebot oder Verbot ist als Schutzgesetz nur geeignet, soweit das geschützte Interesse, die Art seiner Verletzung und der Kreis der geschützten Personen hinreichend klargestellt und bestimmt sind. Außerdem muss die Schaffung eines individuellen Schadensersatzanspruchs sinnvoll und im Lichte des haftungsrechtlichen Gesamtsystems tragbar erscheinen, wobei in umfassender Würdigung des gesamten Regelungszusammenhangs, in den

1648 Die konkrete Einführung von Sanktionsbestimmungen fällt in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten. Die genaue Ausgestaltung der Sanktionsbestimmungen durch die jeweiligen Mitgliedstaaten bleibt daher abzuwarten.

1649 Ein immer stärkeres Durchschlagen des öffentlich-rechtlichen Produktsicherheitsrechts prophezeit auch Lenz, in: Lenz, Produkthaftung, § 3, Rn. 231.

1650 Vgl. nur Wagner, VersR 2014, 905 (909).

die Norm gestellt ist, zu prüfen ist, ob es in der Tendenz des Gesetzgebers liegen konnte, an die Verletzung des geschützten Interesses die deliktische Einstandspflicht des dagegen Verstößenden mit allen damit zugunsten des Geschädigten gegebenen Haftungs- und Beweiserleichterungen zu knüpfen. Ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB setzt schließlich weiter voraus, dass sich im konkreten Schaden die Gefahr verwirklicht hat, vor der die betreffende Norm schützen sollte und der konkret Geschädigte vom persönlichen Schutzbereich der verletzten Norm erfasst ist.¹⁶⁵¹

Entstammt die Norm – wie im Falle des Art. 37 GPSR – dem Europarecht, ist neben dieser zweistufigen Prüfung nach dem Individualschutzzweck und der Tragbarkeit im haftungsrechtlichen Gesamtsystem aber auch insbesondere das Effektivitätsprinzip (*effet utile*) zu beachten. Danach muss für die Verletzung einer gemeinschaftsrechtlichen Rechtsnorm hinreichend abschreckende haftungsrechtliche Bewehrung vorgesehen sein, wenn nur auf diese Weise die praktische Wirksamkeit der Norm sichergestellt werden kann.¹⁶⁵²

In einer ersten Rechtsprechungsphase des EuGH¹⁶⁵³ konnte davon ausgegangen werden, dass nach dem Effektivitätsprinzip Verstöße gegen Unionsrecht stets Ersatzansprüche derjenigen auslösen müssen, die infolge eines solchen Verstößes einen Schaden erlitten haben.¹⁶⁵⁴ Dagegen ließ die zweite Rechtsprechungsphase¹⁶⁵⁵ Zurückhaltung bei der haftungsrechtlichen Bewehrung des Unionsrechts erkennen und mahnte an, dass selbst der Individualschutzzweck einer verletzten Verhaltensnorm nicht ohne Weiteres ausreicht, um eine Haftung auszulösen.¹⁶⁵⁶ Vielmehr schien es darauf anzukommen, ob in dem jeweiligen europäischen Rechtsakt selbst ein Schadensersatzanspruch anlegt ist oder ob es bei einer verwaltungsrechtlichen Durchsetzung und Sanktionierung sein Bewenden haben kann.¹⁶⁵⁷ Nunmehr stellt der EuGH¹⁶⁵⁸ dagegen Schutzweckerwägungen gerade in den Vordergrund, ohne dass vorhandene behördliche Durchsetzungsregime

1651 Insgesamt stehende Formulierung und ständige Rspr., vgl. nur BGH, NJW 2019, 3003 (3005).

1652 Dazu *Wagner*, in: MüKo, BGB, § 823, Rn. 627; *Riehm*, in: Langenbucher (Hg.), Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht § 3, Rn. 44.

1653 Vgl. EuGH, NJW 1984, 2021 (2022); EuGH, EuZW 2001, 715 (716); EuGH, BeckRS 2004, 75459.

1654 So *Wagner*, AcP 206 (2006), 352 (413 ff.).

1655 EuGH, EuZW 2013, 557; EuGH, NJW 2017, 1161 (1163).

1656 Dazu *Wagner*, in: MüKo, BGB, § 823, Rn. 630.

1657 Dazu *Wagner*, NJW 2023, 1761 (1763).

1658 EuGH, NJW 2023, 1111 (1114).

hieran etwas ändern könnten.¹⁶⁵⁹ Kohärente Kriterien für die Annahme subjektiver Rechte Privater auf Schadensersatz bei Verstößen gegen Unionsrecht konnten sich damit nicht ausbilden, sodass die entsprechenden Voraussetzungen weiterhin unklar bleiben.

Betrachtet man nur Art. 37 GPSR, so regelt dieser zwar nicht, unter welchen Voraussetzungen ein Produkt zurückzurufen ist, sondern die sich an einen Rückruf anschließenden Maßnahmen. Damit regelt die Norm zwar die Rechtsfolgen des Rückrufs, es wäre aber zu kurz gegriffen, hieraus bereits auf das Fehlen einer Verhaltenspflicht zu schließen und damit mangels entsprechenden Ge- oder Verbotscharakter der Norm eine Schutzgesetzeigenschaft zu verneinen.¹⁶⁶⁰ Eine entsprechende Verhaltenspflicht begründet nämlich auch die Rechtsfolge des Rückrufs, nämlich das Angebot von Abhilfemaßnahmen. Das Recht des Verbrauchers, Abhilfemaßnahmen zu verlangen, korrespondiert mit der Pflicht des Herstellers, solche Maßnahmen anzubieten. Daneben dienen Abhilfemaßnahmen im Falle eines Rückrufs ausweislich des Erwägungsgrunds (88) GPSR dazu, gefährliche Produkte vom Markt zu nehmen. Nach Art. 3 Nr. 3 i.V.m. Nr. 2 GPSR liegt ein gefährliches Produkt vor, wenn die von ihm ausgehenden Risiken nicht mit einem hohen Schutzniveau für die Gesundheit und Sicherheit der Verbraucher vereinbar sind. Insofern sind Abhilfemaßnahmen mit ihrer Anreizwirkung im Rahmen eines durchzuführenden Rückrufs unmittelbar auf den Schutz der Rechtsgüter Leib und Leben des durch das gefährliche Produkt bedrohten Verbrauchers gerichtet. Da die Abhilfemaßnahmen aber auch der Wiedergutmachung dienen, hat die Vorschrift auch einen Schutzzweck im Hinblick auf die Vermögensinteressen des Verbrauchers. Der dem Verbraucher zugute kommende Individualschutz ist damit von der Norm intendiert und geht über einen bloßen Reflex hinaus. Ein individueller Schadensersatzanspruch erscheint außerdem im Lichte des haftungsrechtlichen Gesamtsystems tragbar. Kommt im Falle eines Rückrufs der Hersteller einem Abhilfeverlangen des Verbrauchers nicht nach, unterminiert dies die mit den Abhilfemaßnahmen verbundene Anreizwirkung, sich an einem Rückruf zu beteiligen und verwehrt dem Verbraucher seine nach der Vorschrift zustehende Wiedergutmachung. Führt ein vom Hersteller ohne Abhilfemaßnahmen durchgeführter Rückruf – man denke an eine Zwangsdeaktivierung – zu einem Schaden bei dem Verbraucher oder beteiligt sich der Verbraucher mangels Anreizes durch entsprechende Abhilfemaßnahmen nicht an einem

1659 Dazu *Wagner*, NJW 2023, 1761 (1766).

1660 So aber *Thöne*, ZfPC 2024, 49 (52).

Rückruf und verletzt das Produkt seine Rechtsgüter, ist dem Einzelnen die Befugnis einzuräumen, den Geltungsanspruch der Norm im Zivilrechtsweg über einen Schadenersatzanspruch selbst durchzusetzen.¹⁶⁶¹ Ob dagegen die nach Art 44 GPSR vorgesehen Sanktionen hinreichend effektiv sind, um auf private Schadenersatzansprüche verzichten zu können, muss deren nationale Ausgestaltung zeigen.

Damit ist Art. 37 GPSR schon nach nationaler Auslegung als Schutzgesetz zu qualifizieren mit der Folge, dass ein nicht entsprechend Art. 37 GPSR ausgestalteter Rückruf im Falle des Eintritts eines Schadens ein erhebliches Haftungsrisiko für den Hersteller begründet. Ob eine entsprechende Einordnung darüber hinaus auch europarechtlich vor dem Hintergrund des Effektivitätsprinzips geboten ist, erscheint fraglich. Denn nach Erwägungsgrund (88) GPSR soll jegliche Abhilfe das Recht des Verbrauchers auf Schadenersatz nach nationalem Recht unberührt lassen. Insoweit normiert auch Art. 43 GPSR, dass die Entscheidung über einen Rückruf nicht die Bewertung über die Haftung nach nationalem Recht berührt.¹⁶⁶²

c) Bedeutung des Marktüberwachungsrechts

Kapitel V der MÜ-VO legt Befugnisse und Maßnahmen der Marktüberwachungsbehörden fest. Dabei regelt Art. 16 Abs. 1 MÜ-VO (i.V.m. § 8 Abs. 2 MüG) den Grundsatz des Tätigwerdens der Marktüberwachungsbehörden, wonach diese insbesondere dann geeignete Maßnahmen zu ergreifen haben, wenn ein Produkt die Gesundheit oder Sicherheit der Nutzer gefährden kann (lit. a). Es stellt sich daher die Frage, ob die Marktüberwachungsbehörde in diesem Fall ein Software-Sicherheitsupdate anordnen darf.

aa) Grundlagen der Marktüberwachung

Eine wirksame Marktüberwachung mit der Möglichkeit erforderliche Marktkorrekturen vorzunehmen, stellt einen Ausgleich für die liberalen und von wenig Regulierung geprägten Marktzugangsregelungen dar.¹⁶⁶³ Im öffentlichen Produktsicherheitsrecht entscheidet der Hersteller nämlich

1661 Zu dieser Formulierung BGH, NJW 1987, 1818 (1819).

1662 Vgl. auch Thöne, ZfPC 2024, 49 (52).

1663 Schucht, BB 2015, 654 (655).

grundsätzlich¹⁶⁶⁴ selbständig darüber, ob er seine Produkte als konform und damit als sicher betrachten kann und diese dann auf dem Markt bereitstellt. Um zu gewährleisten, dass sein Produkt im Anwendungsbereich einer speziellen Harmonisierungsvorschrift den dortigen Anforderungen entspricht, hat der Hersteller dies in einem Konformitätsbewertungsverfahren eigenverantwortlich zu überprüfen und nachzuweisen. Hierbei muss in Abhängigkeit des vom Produkt ausgehenden Risikos eine benannte Stelle hinzugezogen werden. Die Konformität des Produkts wird anschließend durch eine eigens ausgestellte Konformitätserklärung und das Anbringen der CE-Kennzeichnung als Eigenerklärung bestätigt.¹⁶⁶⁵ Auf ein staatliches Produktzulassungsverfahren wird dagegen verzichtet. Der Staat gibt folglich eigene Steuerungsmöglichkeiten hinsichtlich einer konkreten Gefahrenquelle auf und nimmt im Gegenzug einen privaten Wirtschaftsakteur in die Verantwortung.¹⁶⁶⁶

Die nachmarktliche öffentlich-rechtliche Produktbeobachtung ist dann gekennzeichnet durch ein Zusammenwirken der Produktverantwortlichen und der Verwaltung.¹⁶⁶⁷ Wurde die Produktbeobachtung aus Gründen der Effektivität insbesondere dem Hersteller aufgegeben, ruft die behördliche Notifikation (§ 6 Abs. 4 S. 1 ProdSG) im Falle eines möglichen Produkt-risikos im Feld die Marktüberwachungsbehörden wieder auf den Plan. Dieses präventive behördliche Vorgehen zur Gefahrenabwehr kann als Überwindung der Systemgrenze des Zivilrechtes angesehen werden.¹⁶⁶⁸ Denn auch wenn durch das Haftungsrecht präventive Anreize zur Gefahrenvermeidung geschaffen werden, ist als Rechtsfolge für den Verstoß gegen die Produktbeobachtungspflicht (genauer: die Reaktionspflicht) eine Schadensersatzpflicht vorgesehen. Klassischerweise setzt das Haftungsrecht damit kompensatorisch erst nach Eintritt eines Schadens an. Damit bleibt es dem Hersteller überlassen, zur Minimierung seines Schadensrisikos Maßnahmen zu ergreifen.¹⁶⁶⁹ Hinzu kommt, dass die zivilrechtlichen Ansprüche lediglich inter partes bestehen und damit nicht dazu führen können,

1664 Ausnahmen bilden hier bspw. die Erlaubnispflichtigkeit der Herstellung und des Inverkehrbringens von Arzneimitteln (§§ 13 ff., 21 AMG) oder die Genehmigungspflichtigkeit bei Kraftfahrzeugen (§§ 19 ff. StVZO).

1665 Vgl. hierzu *Krey/Kapoor*, Praxisleitfaden Produktsicherheitsrecht, S. 185 f.

1666 Vgl. *Klindt/Piovano*, NVwZ 2021, 1016 (1019).

1667 So auch *Schmidt am Busch*, in: Eifert (Hg.), Produktbeobachtung durch Private, S. 149 (150).

1668 *Oechsler*, in: Staudinger, BGB, § 3 ProdHaftG, Rn. 8.

1669 Vgl. *Appel*, in: Eifert (Hg.), Produktbeobachtung durch Private, S. 27 (30).

dass die Produktsicherheit auf dem Markt im Hinblick auf die übrigen gleichermaßen unsicheren Produkte insgesamt wiederhergestellt wird.¹⁶⁷⁰ Für den Fall also, dass der Hersteller trotz der drohenden deliktischen Haftung seinen Reaktionspflichten nicht nachkommt, entspricht es der staatlichen Letztverantwortungs- und Gewährleistungsfunktion, in Wahrnehmung der grundrechtlichen Schutzpflichten nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG einzugreifen und Schäden präventiv zu verhindern.¹⁶⁷¹ Gerade an der Notifikationspflicht als Bindeglied zwischen gebotener privater Produktbeobachtung und staatlichen Marktüberwachungsmaßnahmen zeigt sich der im Produktsicherheitsrecht besonders ausgeprägte Kooperationsgrundsatz.¹⁶⁷² Durch diesen soll nicht nur eine wirksame Marktüberwachung sichergestellt werden, sondern auch ein angemessener Ausgleich zwischen der staatlichen Schutzpflicht und den Unternehmensinteressen hergestellt werden.¹⁶⁷³

bb) Anordnungsbefugnis bzgl. Updates

Eine ausdrückliche Anordnungsbefugnis für Updates hat in den Kanon der Korrekturmaßnahmen nach Art. 16 Abs. 3 MÜ-VO keinen Eingang gefunden. Allerdings kann die Behörde nach Art. 16 Abs. 3 lit. a MÜ-VO den Hersteller auffordern, die Konformität des Produkts herzustellen, damit von ihm kein Risiko mehr ausgeht.¹⁶⁷⁴ Konkrete Vorgaben zur Erreichung

1670 Oechsler, in: Staudinger, BGB, § 3 ProdHaftG, Rn. 8.

1671 Klindt/Piovano, NVwZ 2021, 1016 (1019); allgemein zum Spannungsfeld aus der Übertragung der Produktbeobachtung an Private zwischen Effektivität und Wahrung der Gemeinwohlbelange Appel, in: Eifert (Hg.), Produktbeobachtung durch Private, S. 27 (passim).

1672 Vgl. Erwägungsgrund (21) der RL 2001/95/EG: „Sowohl die Hersteller als auch die Händler sollten mit den zuständigen Behörden im Rahmen von Maßnahmen zur Abwendung von Gefahren zusammenwirken und diese unterrichten, wenn sie zu dem Schluss kommen, dass bestimmte gelieferte Produkte gefährlich sind.“ Ebenso Erwägungsgrund (18) MÜ-VO: „Eine gute Zusammenarbeit zwischen den Herstellern und den Marktüberwachungsbehörden ist ein wichtiger Faktor, der ein unverzügliches Eingreifen und Korrekturmaßnahmen im Zusammenhang mit dem Produkt ermöglicht“; ausführlich hierzu Schucht, BB 2015, 654.

1673 Schmidt am Busch, in: Eifert (Hg.), Produktbeobachtung durch Private, S. 149 (150 f.).

1674 Es erschließt sich nicht, warum die Korrekturmaßnahme für Fälle, in denen von dem Produkt eine Gefahr für die Gesundheit und Sicherheit ausgeht, nicht greifen soll, so aber Giesberts/Gayger, in: NK-ProdR, Art. 16 MÜ-VO, Rn. 33. Denn Nichtkonformität, also eine Nichteinhaltung der Anforderungen gemäß den

dieses Ziels sieht der Wortlaut der Norm allerdings nicht vor. Die Standardmaßnahme ist daher als Merkposten für die Behörde zu verstehen, aus Gründen der Verhältnismäßigkeit in geeigneten Fällen dem Wirtschaftsakteur die Wahl der konkreten Maßnahme zu überlassen. Dem Hersteller bleibt demnach ein denkbar weiter Spielraum bei der Umsetzung der Aufforderung.¹⁶⁷⁵ Gerade das Bereitstellen eines Sicherheitsupdates stellt damit lediglich eine Möglichkeit dar, die der Hersteller eigenverantwortlich in Betracht ziehen und ergreifen kann.

Allerdings hat die Behörde nach Art. 16 Abs. 3 lit. c MÜ-VO die Befugnis, einen Rückruf des Produkts anzuordnen. Ausgehend von der Legaldefinition aus Art. 3 Nr. 22 MÜ-VO ist ein Rückruf jede Maßnahme, die auf die Erwirkung der Rückgabe eines dem Endnutzer bereits bereitgestellten Produkts abzielt. Der originäre Zweck des Rückrufs liegt damit in der Rückführung des Produkts an den Hersteller, um so die von ihm ausgehende Gefahr zu beseitigen.¹⁶⁷⁶ Das Ziel der Maßnahme ist demnach darauf gerichtet, das Produkt aus dem Verkehr zu ziehen.¹⁶⁷⁷ Da der Rückruf damit keinem Selbstzweck, sondern gerade der Gefahrenabwehr dient, kann die Behörde in Parallele der Rückführung des Produkts an den Hersteller auch die Fernstilllegung des Produkts anordnen, auch wenn dadurch das Produkt nicht physisch zurück zum Hersteller gelangt.

Möglicherweise lässt sich aber aus der Anordnungsbefugnis zum Rückruf auch eine Befugnis zur Anordnung von Sicherheitsupdates ableiten. Dem Wortlaut nach kann im Ausgangspunkt „jede Maßnahme“ angeordnet werden kann, die der Rückgabe des Produkts dient.¹⁶⁷⁸ Auch beim Austausch oder der Nachrüstung gelangt das gefährliche Produkt zurück

Harmonisierungsvorschriften (vgl. Art. 3 Nr. 7 MÜ-VO), kann ohne Weiteres auch Gefahren für Gesundheit und Sicherheit bedeuten; vgl. hierzu Bekanntmachung der EU-Kommission, Leitfaden für die Umsetzung der Produktvorschriften der EU 2022 (im Folgenden „Blue Guide“), ABl. 2022/C 247/01 (113): „Die Nichteinhaltung wesentlicher Anforderungen ist im Allgemeinen als erhebliche Nichtkonformität anzusehen, weil dies ein potenzielles oder tatsächliches Risiko für die Gesundheit und Sicherheit von Personen oder anderer schützenswerter Aspekte des öffentlichen Interesses durch das Produkt bedeuten kann“. Daneben hebt der Wortlaut der Vorschrift auch auf das vom Produkt ausgehende Risiko ab; zudem nimmt die Definition *des Produkts*, mit dem ein Risiko verbunden ist, die Gesundheit und Sicherheit ausdrücklich in Bezug (vgl. Art. 3 Nr. 19 MÜ-VO).

1675 So auch Giesberts/Gayger, in: NK-ProdR, Art. 16 MÜ-VO, Rn. 33.

1676 Vgl. Wiebe, NJW 2019, 625 (628).

1677 Giesberts/Gayger, in: NK-ProdR, Art. 16 MÜ-VO, Rn. 47.

1678 Dies konstatiert auch Foerste, in: Foerste/Graf v. Westphalen (Hg.), Produkthafungshandbuch, § 24, Rn. 365.

zum Hersteller und wird aus dem Verkehr gezogen. Nachgerüstet oder ersetzt entspricht das Produkt dann wieder den gesetzlichen Sicherheitsstandards und kann wieder in den Verkehr gelangen.¹⁶⁷⁹ Allerdings ist schon allein mit Erwirkung der Rückgabe die Gefahr beseitigt. Darüberhinausgehende Maßnahmen wie die Nachrüstung oder der Austausch des Produkts, die zusätzlich auf die erneute Inverkehrgabe des Produkts gerichtet sind, könnten daher überschießend und ihre Anordnung daher in diesem Teil rechtswidrig sein.¹⁶⁸⁰ Jedenfalls darf die Behörde keine dieser Maßnahmen mit dem Ziel anordnen, dem Nutzer ein wieder in jeder Hinsicht gebrauchstaugliches Produkt zu verschaffen. Die Rückführung des Produkts soll nämlich nicht zum Zwecke der Kostenerstattung, des Umtauschs oder der Instandsetzung stattfinden,¹⁶⁸¹ sondern zum Zwecke der Gefahrenabwehr. Besteht aber der Hauptzweck der Maßnahme in der Gefahrenabwehr, verbleibt der Behörde ein gewisser Spielraum bei der konkreten Ausgestaltung der Rückrufanordnung.¹⁶⁸² Dies ergibt sich zum einen daraus, dass Art. 16 Abs. 3 MÜ-VO ohnehin keine abschließende Liste an Maßnahmen, sondern vielmehr Regelbeispiele enthält und die Behörde gerade nicht daran gehindert ist, andere Korrekturmaßnahmen zu ergreifen.¹⁶⁸³ Zum anderen daraus, dass der Behörde zwar ein Auswahlermessen zukommt, die gewählte Korrekturmaßnahme aber schon dem Wortlaut des Art. 16 Abs. 2 MÜ-VO nach angemessen und verhältnismäßig sein muss.¹⁶⁸⁴ Bereits aufgrund dieses Verhältnismäßigkeitsgebots muss eine behördliche Auseinandersetzung mit den Möglichkeiten, dem Umfang

1679 In diese Richtung zur Vorgängernorm *Wiebe*, NJW 2019, 625 (628) und dem folgend *Giesberts/Gayger*, in: NK-ProdR, Art. 16 MÜ-VO, Rn. 47.

1680 So *Klindt/Schucht*, in: Klindt, ProdSG, § 2, Rn. 180; *Foerste*, in: Foerste/Graf v. Westphalen (Hg.), Produkthaftungsbandbuch, § 24, Rn. 365.

1681 So noch ein Vorschlag im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zur Vorgängerregelung, vgl. den Nachweis bei *Klindt/Schucht*, in: Klindt, ProdSG, § 2, Rn. 178.

1682 Zur Vorgängernorm *Wiebe*, NJW 2019, 625 (628); dem folgend *Giesberts/Gayger*, in: NK-ProdR, Art. 16 MÜ-VO, Rn. 47; i.E. wohl auch *Reusch*, BB 2017, 2248 (2250).

1683 Vgl. *Giesberts/Gayger*, in: NK-ProdR, Art. 16 MÜ-VO, Rn. 28.

1684 Vgl. daneben Art. 19 Abs. 1 S. 1 MÜ-VO (i.V.m. § 8 Abs. 2 S. 3 MüG), wonach die Marktüberwachungsbehörden im Fall eines ersten Produktrisikos dafür Sorge zu tragen haben, dass das Produkt zurückgerufen wird, sofern es keine andere wirksame Möglichkeit zur Beseitigung des ersten Risikos gibt. Aus dieser Regelung lässt sich ablesen, dass Rücknahme und Rückruf vornehmlich im Fall erster Risiken in Betracht kommen sollen, sich in diesem Fall aber auch das Auswahlermessen verkürzt, vgl. *Schucht*, in: Klindt, ProdSG, § 26, Rn. 157 „Sonderrecht für erste Risiken“.

und Aufwand von Nachrüstungsmaßnahmen stattfinden.¹⁶⁸⁵ Denn eine Maßnahme ist immer nur dann erforderlich, wenn nicht andere geeignete Mittel zur Verfügung stehen, die den Betroffenen und die Allgemeinheit weniger beeinträchtigen.¹⁶⁸⁶ Gerade mit Blick auf den Hersteller mag die Anordnung des Rückrufs oder der Fernstilllegung aber nicht stets die am wenigsten belastende Maßnahme darstellen. Gerade aus Reputationsgründen kann ein solches Vorgehen für ihn desaströs sein und die Anordnung eines Sicherheitsupdates trotz der damit verbundenen Kosten weniger belastend sein. Sofern eine entsprechende Anordnung damit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz folgt und die Gefahrenabwehr intendiert, kann ihr – auch vor dem Hintergrund der grundrechtlichen Schutzpflichten der öffentlichen Gewalt zum Schutz der Rechtsgüter Leben und Gesundheit (vgl. Art. 2 Abs. 2 GG) – nicht entgegengehalten werden, dass sie auch der Verwirklichung des Äquivalenzinteresses des Nutzers dient.¹⁶⁸⁷ Unter der Berücksichtigung der Eingriffsintensität und der Größe der drohenden Gefahr kann die Bereitstellung von Sicherheitsupdates im Einzelfall folglich behördlich angeordnet werden.

Hinsichtlich einer möglichen Vollstreckung im Rahmen des Art. 16 Abs. 5 MÜ-VO ist freilich zu berücksichtigen, dass allein der Hersteller in der Lage ist, das Sicherheitsupdate zu entwickeln und bereitzustellen und eine Durchführung als Ersatzvornahme durch die Behörde selbst von vornherein nicht in Betracht kommt.¹⁶⁸⁸

Mittelbar kann eine entsprechende behördliche Anordnung auch haftungsrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen. Zwar stellen die Bestimmungen über den Produktrückruf keine Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB dar, da sie nicht ipso iure gelten, sondern einer im Ermessen der Behörde stehenden hoheitlichen Anordnung bedürfen.¹⁶⁸⁹ Erlässt die Behörde aber einen entsprechenden Verwaltungsakt, kommt es zu einer

1685 So auch *Wiebe*, NJW 2019, 625 (628).

1686 *Schucht*, in: Klindt, ProdSG, § 26, Rn. 66.

1687 *Wiebe*, NJW 2019, 625 (629 f.).

1688 Dabei ist auch die dreistufige Ausgestaltung des Marktüberwachungsverfahrens in Art. 16 MÜ-VO zu berücksichtigen. Erst nach Feststellung des Verstoßes und der Aufforderung nach Abs. 2, 3, Korrekturmaßnahmen eigenständig zu ergreifen, können nach Abs. 5 – mit Befehl und Zwang – als ultima ratio Bekämpfungsmaßnahmen seitens der Behörde durchgeführt werden, vgl. *Giesberts/Gayger*, in: NK-ProdR, Art. 16 MÜ-VO, Rn. 3 und *Schucht*, EuZW 2020, 554 (559). Anders nur im Fall des ernststen Risikos nach Art. 19 MÜ-VO.

1689 *Wagner*, in: MüKo, BGB, § 823, Rn. 1157; *Wagner*, VersR 2014, 905 (914); *Wagner*, in: Eifert (Hg.), Produktbeobachtung durch Private, S. 115 (142).

Konkretisierung der Gesetzesnorm zu einem Schutzgesetz.¹⁶⁹⁰ Wird der Hersteller folglich von der Behörde zur Bereitstellung von Updates verpflichtet und kommt er der Inanspruchnahme nicht nach, macht er sich im Schadensfalle gem. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 19 Abs. 2, Abs. 3 lit. c MÜ-VO ersatzpflichtig.¹⁶⁹¹ Da die behördliche Anordnung aber dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen muss, dürfte sich in diesen Fällen ohnehin eine entsprechende Updatepflicht im Hinblick auf die Effektivität der Gefahrenabwehr aus der Produktbeobachtungspflicht nach § 823 Abs. 1 BGB ergeben.

d) Künftige Bedeutung der KI-VO

Vergleichbar zur GPSR trifft Anbieter nach Art. 20 Abs. 1 KI-VO eine gesetzliche Pflicht, bei einem begründeten Verdacht, dass ein im Verkehr befindliches Hochrisiko-KI-System nicht konform ist, auf Ebene der Risikoabwehr unverzüglich erforderliche Korrekturmaßnahmen zu ergreifen oder es gegebenenfalls zurückzurufen oder explizit auch zu deaktivieren. Den Anbietern kommt auch hier ein Ermessen bei der Auswahl der konkreten Korrekturmaßnahme zu.¹⁶⁹² Die Pflichten gehen damit nicht über die deliktsrechtlichen Gefahrenabwendungspflichten des § 823 Abs. 1 BGB hinaus.¹⁶⁹³ Nach Art. 74 Abs. 1 KI-VO gilt die MÜ-VO auch für KI-Systeme.

e) Künftige Bedeutung des CRA

Durch den CRA sollen nicht nur grundlegende Anforderungen an die Konzeption, Entwicklung und Herstellung von Produkten mit digitalen Elementen hinsichtlich der Cybersicherheit festgelegt werden, sondern auch grundlegende Anforderungen an die von den Herstellern festgelegten Verfahren zur Behandlung von Schwachstellen, um so die Cybersicherheit während der erwarteten Nutzungsdauer der Produkte zu gewährleisten, vgl. Art. 1 lit. b, lit. c CRA.¹⁶⁹⁴ Um dieses Ziel zu erreichen, verfolgt der CRA einen mehrstufigen Ansatz, bei dem Sicherheitsaktualisierungen im Mittelpunkt stehen.

1690 Wagner, VersR 2014, 905 (914).

1691 Vgl. Wagner, in: MüKo, BGB, § 823, Rn. 1157; Wagner, VersR 2014, 905 (914).

1692 Vgl. Wiebe, BB 2022, 899 (904).

1693 Anders aber Grützmacher, CR 2021, 433 (440).

1694 Vgl. auch Erwägungsgrund (2) CRA.

aa) Schwachstellenmanagement und Sicherheitsaktualisierungen

Zunächst muss das Produkt gem. Art. 13 Abs. 1 i.V.m. Anhang I Teil 1 Abs. 2 lit. c CRA bereits zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens so konstruiert sein, dass sichergestellt ist, dass auftretende Schwachstellen durch Sicherheitsaktualisierungen behoben werden können („Updatability“)¹⁶⁹⁵. Dabei soll unter einer Schwachstelle nach Art. 3 Nr. 40 CRA eine Schwäche, Anfälligkeit oder Fehlfunktion eines Produkts mit digitalen Elementen verstanden werden, die bei einer Cyberbedrohung ausgenutzt werden kann. Weiter haben die Hersteller gem. Art. 13 Abs. 8 UAbs. 1 CRA sicherzustellen, dass solche potenziellen Schwachstellen wirksam behandelt werden können. Dafür haben sie nach Anhang I Teil II CRA Mechanismen für die sichere Verteilung von Aktualisierungen vorzusehen (Abs. 7) und dafür zu sorgen, dass Sicherheitsaktualisierungen unverzügliche und kostenlose verbreitet werden können (Abs. 8).¹⁶⁹⁶

Neben diese organisatorisch geprägte Pflicht tritt eine die Hersteller betreffende Gefahrenabwendungspflicht aus Art. 13 Abs. 6 CRA. Danach muss der Hersteller, sobald er eine Schwachstelle feststellt, diese Schwachstelle gemäß den in Anhang I Teil II CRA festgelegten Anforderungen behandeln und beheben. Dies hat gem. Anhang I Teil II Abs. 2 CRA unverzüglich unter anderem durch die Bereitstellung von Sicherheitsaktualisierungen zu erfolgen. Das regelhafte Anführen von Updates ist dabei nur logisch, da Schwachstellen oft gar nicht anders behoben werden können.¹⁶⁹⁷ Die Abwehr der Cybersicherheitsgefahr soll folglich durch die Behebung der Schwachstelle erfolgen. Insoweit ist Art. 13 Abs. 6 CRA im Hinblick auf Schwachstellen als *lex specialis* zu Art. 13 Abs. 21 CRA zu sehen, wonach der Hersteller, wenn er Grund zu der Annahme hat, dass sein Produkt die grundlegenden Anforderungen an die Cybersicherheit nach Anhang I CRA nicht erfüllt, unverzüglich die erforderlichen Korrekturmaßnahmen bis hin zum Rückruf zu ergreifen hat. Bei der Behebung von Schwachstellen gibt der CRA indes die Behebung der Schwachstelle als Mittel der Gefahrenabwehr vor. In Konsequenz stellt die bloße Warnung des Nutzers vor der Schwachstelle von vorneherein keine geeignete Maßnahme dar. Durch den CRA wird demnach de facto eine öffentlich-rechtliche Updatepflicht der

1695 Vgl. erneut *Reusch*, BB 2019, 904 (906); *Hartmann*, PHi 2017, 42 (46); *Wiesner*, in: *Leupold/Wiebe/Glossner* (Hg.), IT-Recht, Teil 10.6, Rn. 41; *Wagner*, in: *MüKo*, BGB, § 823, Rn. 1130; ausführlich *Brenner et al.*, RD 2024, 252 (254 ff.).

1696 Erwägungsgrund (38) CRA spricht insoweit von Schwachstellenmanagement.

1697 *Wiebe/Daalen*, EuZW 2023, 257 (262).

Hersteller zur Behebung von Schwachstellen eingeführt. Softwarefehler, die lediglich zu internen sicherheitskritischen Fehlfunktionen führen können, fallen hingegen nicht darunter, da eine Schwachstelle definitionsgemäß gerade an ihre Ausnutzbarkeit im Falle einer Cyberbedrohung geknüpft ist, vgl. auch Erwägungsgrund (50) CRA.

Nach Art. 52 Abs. 1 KI-VO gilt die MÜ-VO auch für Produkte, die in den Anwendungsbereich des CRA fallen.

bb) Bedeutung für die zivilrechtliche Produktbeobachtungspflicht

Zwar mag der Hersteller in den Fällen, in denen ihn die Updatepflicht nach dem CRA trifft, nicht zwangsläufig auch nach seiner allein auf die Effektivität der Gefahrenabwehr ausgerichteten deliktsrechtlichen Produktbeobachtungspflicht zur Bereitstellung eines Sicherheitsupdates verpflichtet sein. Denn auch nach hiesigem Verständnis kann das Bereitstellen von Sicherheitsupdates im (seltenen) Einzelfall nicht erforderlich oder zumutbar sein. Zudem hat die Verbreitung von Sicherheitsaktualisierungen nach Anhang I Teil 2 Abs. 8 CRA zwingend für den Nutzer kostenlos zu erfolgen.

Wiederum könnte den Hersteller dann jedoch eine Haftung für die Verletzung der ihm nach dem CRA obliegenden Updatepflicht unter dem Gesichtspunkt der Schutzgesetzverletzung nach § 823 Abs. 2 BGB treffen. Dann müsste es sich bei Art. 13 Abs. 6 i.V.m. Anhang I Teil 2 Abs. 2 CRA um ein Schutzgesetz im bereits dargelegten Sinne handeln. Die Pflicht des Herstellers zur Behandlung von Schwachstellen soll ausweislich Art. 1 lit. c CRA die Cybersicherheit von Produkten während ihres gesamten Lebenszyklus gewährleisten. Der CRA selbst verweist zur Definition des Begriffs der Cybersicherheit in Art. 3 Nr. 3 CRA auf Art. 2 Nr. 1 CSA. Danach zielt Cybersicherheit aber nicht nur allgemein auf den Schutz der Netz- und Informationssysteme ab, sondern auch auf den Schutz der Nutzer und anderer von Cyberbedrohungen betroffener Personen. Damit umfasst diese Definition aber nicht nur die Vertraulichkeit, Integrität und Verfügbarkeit als übergeordnete Schutzziele, sondern betont auch, dass nicht nur IT-Systeme, sondern primär Personen vor Cyberbedrohungen geschützt werden sollen.¹⁶⁹⁸ Auch nach Erwägungsgrund (1) CRA sollen die hohen Kosten sowohl für die Gesellschaft als auch für den Nutzer angegangen werden, die durch ein geringes Maß an Cybersicherheit, insbesondere aufgrund

1698 Nolte/Schreitmüller, MPR 2024, 20 (23).

unzureichender und inkohärenter Bereitstellung von Updates, verursacht werden. Neben den Gefahren für die Wirtschaft und die Demokratie wird explizit auch auf die Sicherheit und Gesundheit der Verbraucher Bezug genommen. Damit aber versteht der CRA Cybersicherheit nicht nur gesamtgesellschaftlich, sondern auch in Bezug auf den einzelnen Nutzer. Folglich ist die Updatepflicht des CRA von ihrem Anwendungsbereich auch auf den Individualschutz der einzelnen Nutzer gerichtet. Da fehlende Sicherheitsupdates gerade dazu geeignet sind, privatrechtliche Schäden auszulösen, ist dem Einzelnen die Befugnis einzuräumen, den Geltungsanspruch der Norm im Zivilrechtsweg über einen Schadensersatzanspruch selbst durchzusetzen. Vor diesem Hintergrund ist erneut bereits bei nationaler Auslegung vom Schutzgesetzcharakter der Norm auszugehen. Den Hersteller trifft damit im Falle einer Nichtbereitstellung von Updates zur Behebung einer Schwachstelle nicht nur ein erhebliches Sanktionsrisiko (nach Art. 53 Abs. 3 CRA können Bußgelder bis zu 15 Mio. € oder bis zu 2,5 % des Jahresumsatzes fällig werden), sondern auch ein Haftungsrisiko.

f) Künftige Bedeutung der neuen Produkthaftungsrichtlinie

Auch die neue Produkthaftungsrichtlinie will künftig die Verantwortung des Herstellers für die Sicherheiten von Produkten über den gesamten Lebenszyklus stärker berücksichtigen, vgl. Erwägungsgrund (51) ProdHaftRL.

aa) Zeitliche Dynamisierung des Fehlerbegriffs

Anknüpfungspunkt für die Bestimmung der berechtigten Sicherheitserwartung und damit für die Beurteilung der Fehlerhaftigkeit eines Produkts bleibt zunächst das Inverkehrbringen. Da im digitalen Zeitalter viele Produkte aber auch nach dem Inverkehrbringen der Kontrolle des Herstellers unterliegen,¹⁶⁹⁹ tritt daneben („oder“) ein weiterer Anknüpfungspunkt, nämlich der Zeitpunkt, ab dem das Produkt nicht mehr der Kontrolle des Herstellers unterliegt, Art. 7 Abs. 2 lit. e ProdHaftRL. Eine solche Kontrolle des Herstellers nach dem Inverkehrbringen liegt nach Art. 4 Nr. 5 lit. b ProdHaftRL vor, wenn der Hersteller eines Produkts in der Lage ist, Software-Updates oder -Upgrades selbst bereitzustellen oder deren Bereit-

¹⁶⁹⁹ Vgl. Erwägungsgrund (32) ProdHaftRL.

stellung durch Dritte zu veranlassen.¹⁷⁰⁰ Demnach ist die grundsätzliche Updatefähigkeit eines Produkts ausreichend,¹⁷⁰¹ um die Kontrolle des Herstellers zu begründen. Allein die eigenmächtige Entscheidung des Herstellers, den Update-Support einzustellen, kann dagegen nicht beeinflussen, ob das Produkt weiterhin seiner Kontrolle unterliegt.¹⁷⁰² Dies steht auch in Einklang mit dem bereits angesprochenen gesetzgeberischen Ziel, dass die Verantwortung des Herstellers für die Sicherheit des Produkts über den gesamten Lebenszyklus gewährleistet werden soll. Entscheidend für die berechnete Verkehrserwartung ist damit der gesamte Zeitraum, in dem das Produkt unter der Kontrolle des Herstellers steht.¹⁷⁰³ Die entsprechende haftungsrechtliche Relevanz lässt sich dabei erst im Zusammenspiel mit den durch die ProdHaftRL verengten Entlastungsgründen ermitteln.

bb) Verengte Entlastungsgründe und produkthaftungsrechtliche Updatepflicht

Da das Inverkehrbringen des Produkts nicht mehr den allein maßgeblichen Zeitpunkt für die Beurteilung des Produktfehlers darstellt, wird auch der grundsätzlich nach Art. 11 Abs. 1 lit. c ProdHaftRL weiterhin bestehende Haftungsausschluss bei Fehlerfreiheit des Produkts im Zeitpunkt des Inverkehrbringens aufgeweicht. So greift der Haftungsausschluss gem. Art. 11 Abs. 2 ProdHaftRL dann nicht ein, wenn die Fehlerhaftigkeit des Produkts auf Software, einschließlich Software-Updates oder Upgrades (lit. b) oder das Fehlen eines solchen Updates oder -Upgrades, die zur Aufrechterhaltung der Sicherheit erforderlich sind (lit. c), zurückgeht.

Demnach haftet der Hersteller für Fehler, die durch ein aufgespieltes Update erst verursacht werden, aber auch für Fehler, die durch das Unterlassen eines entsprechenden Updates entstehen.¹⁷⁰⁴ Etwas versteckt ergibt sich damit eine produkthaftungsrechtliche Pflicht zur Durchführung von Updates, um die Produktsicherheit – nicht aber darüber hinausgehende

1700 Vgl. auch Erwägungsgrund (19) ProdHaftRL.

1701 Diese ist ohnehin normative Produktanforderung, vgl. Brenner et al., RD 2024, 252 (254 ff.).

1702 Anders noch Spindler CR 2022, 689 (694) zum insoweit definitorisch noch unklaren Kommissionsentwurf, COM(2022) 495 final.

1703 So auch *Haftenberger*, Die Produkthaftung für künstlich intelligente Medizinprodukte, S. 338.

1704 Vgl. Erwägungsgrund (51) ProdHaftRL.

Funktionalitäten – aufrechtzuerhalten.¹⁷⁰⁵ Im Zusammenspiel mit der zeitraumbezogenen Anknüpfung des Fehlerbegriffs wird der Hersteller verpflichtet, seine Produkte mittels Updates an nach dem Inverkehrbringen gestiegene Sicherheitserwartungen anzupassen. Dies ist insbesondere bei Entwicklungslücken von Bedeutung, wenn sich die Fehlerhaftigkeit eines Produkts erst nach dem Inverkehrbringen durch die Weiterentwicklung von Wissenschaft und Technik und den sich daraus ergebenden Möglichkeiten der Gefahrenabwehr zeigt.

Dem Wortlaut nach könnten daneben auch Fälle der bloßen Produktalterung erfasst sein. Denn Art. 7 Abs. 2 lit. e ProdHaftRL knüpft für die Verantwortlichkeit des Herstellers über den Zeitpunkt der Inverkehrgabe hinaus allein an eine weiter bestehende Kontrolle des Herstellers an. Damit kommt dem Kriterium der Gefahrenbeherrschung anders als bei der Produktbeobachtungspflicht nach § 823 Abs. 1 BGB maßgebliche Bedeutung zu. Dass eine entsprechende kontinuierlichen Teilhabe des Nutzers am technischen Fortschritt allein durch die Beibehaltung der Kontrolle des Herstellers intendiert ist, zeigt Erwägungsgrund (57) ProdHaftRL. Danach soll die Haftung des Herstellers nämlich lediglich zeitlich begrenzt werden, da es angesichts der Tatsache, dass Produkte im Laufe der Zeit altern und im Zuge des Fortschritts von Wissenschaft und Technik höhere Sicherheitsstandards entwickelt werden, nicht angemessen wäre, den Hersteller für einen unbegrenzten Zeitraum für die Fehlerhaftigkeit seiner Produkte haftbar zu machen. Demnach begründet eine Änderung der Sicherheitserwartungen erst nach dem Inverkehrbringen des betreffenden Produkts auch dessen Fehlerhaftigkeit.¹⁷⁰⁶ Um eine Haftung zu vermeiden, hat der Hersteller als Reaktion auf sich wandelnde Sicherheitserwartungen auftretende Fehler zu beheben.¹⁷⁰⁷

In diesem Sinne bleibt dem Hersteller nach Art. 11 Abs. 1 lit. e ProdHaftRL auch der Einwand des Entwicklungsfehlers verwehrt, solange sich das

1705 So auch *Wagner*, JZ 2023, 1 (7); *Spindler*, CR 2022, 689 (694); Erwägungsgrund (51) ProdHaftRL weist dagegen darauf hin, dass die Richtlinie keine Verpflichtung zur Bereitstellung von Updates oder Upgrades für ein Produkt vorsieht. Um einem Schadensersatzverlangen zu entgehen, bleibt dem Hersteller aber gar nichts anderes übrig, als Updates bereitzustellen, sodass sich eine Pflicht de facto ergibt.

1706 Vgl. Erwägungsgrund (51) ProdHaftRL; *Spindler*, CR 2022, 689 (693) spricht davon, dass „der Hersteller kontinuierlich für die Verkehrssicherheit der IT-Produkte bzw. des KI-Systems zu sorgen hat“.

1707 Einschränkung dagegen *Wagner*, JZ 2023, 1 (6): „Das sollte richtigerweise aber nur insoweit gelten, als es um die Sicherheitseigenschaften des letzten Updates oder Upgrades geht, nicht aber für das Produkt insgesamt“.

Produkt unter seiner Kontrolle befindet. Demnach ist die fehlende Erkennbarkeit des Produktfehlers zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens des Produkts unbeachtlich, wenn der Fehler durch ein Sicherheitsupdate hätte behoben werden können.¹⁷⁰⁸

Zur Aufrechterhaltung der Produktsicherheit ergibt sich daraus im Ergebnis eine produkthaftungsrechtliche Pflicht zur Durchführung von Updates. Ausgeschlossen ist die Haftung des Herstellers aber, wenn ein bereitgestelltes Update vom Nutzer nicht installiert wird.¹⁷⁰⁹ Dies unterliegt eben nicht mehr der Kontrolle des Herstellers. Aufgrund des explizit auf das Fehlen von Softwareupdates abstellenden Wortlauts der Norm, kann sich der Hersteller in diesen Fällen auch nicht auf eine Warnung zur Gefahrenabwehr zurückziehen.¹⁷¹⁰ Nach Erwägungsgrund (51) ProdHaftRL soll der Hersteller gerade auch für Schäden haftbar gemacht werden können, die durch die Nichtbereitstellung von Updates für die Softwaresicherheit entstehen. Bereits der CRA fordert öffentlich-rechtlich nicht nur eine einfache Gefahrenabwehr, sondern das Beheben der Schwachstelle. Hiermit in Einklang¹⁷¹¹ knüpft die ProdHaftRL zivilrechtlich an eine nicht durch Updates behobene Schwachstelle eine Schadensersatzpflicht gegenüber einem dadurch geschädigten Nutzer. Über die Reichweite des CRA hinaus gilt dies aber nicht nur bei Schwachstellen, sondern bei allen durch Updates behebbaren Sicherheitsgefahren. Dadurch dass der Hersteller sich einzelfallunabhängig weder auf eine Produktwarnung zurückziehen kann noch eine Fernstilllegung des Produkts in Betracht kommt, sieht die neue Produkthaftungsrichtlinie strengere Rechtsfolgen für auftretende Produktgefahren vor als dies im Rahmen der Produktbeobachtungspflicht nach § 823 Abs. 1 BGB der Fall ist. Zudem sind auch Gefahren, die sich allein aus der Produktalterung ergeben durch Sicherheitsupdates zu beheben.

g) Fazit

Während sich nach geltendem Recht außerhalb vertraglicher Beziehungen über die Produktbeobachtungspflicht nach § 823 Abs. 1 BGB hinaus keine

1708 Kapoor/Klindt, BB 2023, 67 (70); Kapoor/Sedlmaier, RAW 2023, 8 (12).

1709 Explizit Erwägungsgrund (51) ProdHaftRL.

1710 So i.E. auch Dötsch, Außervertragliche Haftung für KI, S. 406.

1711 Erwägungsgrund (46) ProdHaftRL betont allgemein, dass der enge Zusammenhang zwischen den Produktsicherheitsvorschriften und den Haftungsvorschriften gestärkt werden soll.

weitergehenden Anforderungen des Herstellers an die Gefahrenabwehr aus anderen Vorschriften ergeben, wird sich dies künftig ändern. Schon mit Geltungsbeginn der neuen GPSR am 13.12.2024 werden die Hersteller, falls ein Rückruf im Einzelfall erforderlich sein sollte, bei dessen Ausgestaltung das Recht des Verbrauchers auf Abhilfe zu berücksichtigen haben. In Bezug auf die Bereitstellung von Updates bedeutet dies insbesondere, dass diese kostenlos zur Verfügung gestellt werden müssen. Weitergehend sieht ein Entwurf eines CRA im Falle von Cyberbedrohungen sogar eine Pflicht vor, Schwachstellen (durch Sicherheitsupdates) zu beheben. Gleichzeitig sieht der Entwurf einer neuen Produkthaftungsrichtlinie vor, dass der Hersteller zur Vermeidung einer Haftung die Sicherheit des Produkts zwingend durch Sicherheitsupdates aufrechterhalten muss.

5. Updateansprüche

Unklar ist schließlich, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen im Einzelnen eine derartige Updatepflicht, die im Kern eine rein präventiv wirkende deliktische Verkehrspflicht ist, durch einen vorbeugenden Anspruch auf Sicherheitsupdates durchgesetzt werden kann.¹⁷¹² Im Regelfall werden deliktische Verkehrspflichten erst ex post relevant, wenn ein Schaden bereits eingetreten ist und sich die Frage stellt, ob dieser auf einer verkehrspflichtwidrigen Handlung eines Schädigers beruht.

Einen entsprechenden Anspruch allein mit Hinweis auf ein Zitat der Pflegebetten-Entscheidung zu verneinen, wonach eine deliktsrechtliche Verkehrspflicht „inhaltlich nicht auf die Nachrüstung“ gerichtet sein könne,¹⁷¹³ greift aber zu kurz.¹⁷¹⁴ Weder inhaltlich noch vom Kontext ist die Aussage auf Ansprüche des Nutzers bezogen. Es wird im Rahmen der Pflichtenbestimmung des Herstellers lediglich verdeutlicht, dass deliktsrechtlich nur das Integritätsinteresse geschützt ist und das Äquivalenzinteresse allein (!) keine Nachrüstung rechtfertigen kann.¹⁷¹⁵ Eine

1712 Grundlegend und allgemein dazu v. Bar, Karlsruher Forum 1983, S. 80 (80 ff.); ein solcher Automatismus wird ohne Weiteres von Michalski, BB 1998, 961 (964) und Hager, in: Staudinger, BGB, § 823, Rn. F 25 angenommen; dagegen Foerste, in: Foerste/Graf v. Westphalen (Hg.), Produkthaftungshandbuch, § 39, Rn. 1 „eine andere Frage“ und Sedlmaier, in: Kühne/Nack (Hg.), Connected Cars, S. 43.

1713 BGH, NJW 2009, 1080 (1082, Rn. 17).

1714 So aber Chibanguza/Schubmann, GmbHR 2019, 313 (317); Schrader/Engstler, MMR 2018, 356 (360); im Ansatz auch Raue, NJW 2017, 1841 (1845).

1715 In diese Richtung auch Lüftenegger, Die Rückrufpflicht des Herstellers, S. 211 f.

deliktsrechtliche Nachrüstungspflicht kann es nicht geben, wohl aber kann sich eine deliktsrechtliche Gefahrabwendungspflicht im Ergebnis mit ihr überschneiden. Bei der Ablehnung von korrespondierenden Gefahrabwendungsansprüchen schwingt regelmäßig mit, dass hiermit eine noch weitergehende Verwässerung der Abgrenzung zu den vertraglichen Gewährleistungsrechten einherginge.¹⁷¹⁶ Vor diesem Hintergrund soll nachfolgend untersucht werden, ob Gefahrenabwehransprüche des Nutzers gegenüber einem Hersteller bestehen können.

a) Praxisrelevanz

Die Praxisrelevanz dieser Frage lässt sich dabei schwer ermessen. Herkömmliche Rückrufansprüche haben die Gerichte bisher wenig beschäftigt.¹⁷¹⁷ Ob dies tatsächlich am Prozesskostenrisiko (§ 91 ZPO) oder an den Schwierigkeiten liegt, einen Antrag überhaupt hinreichend konkret (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) zu formulieren, darf bezweifelt werden,¹⁷¹⁸ stellen sich diese Fragen doch regelmäßig bei einer klageweisen Geltendmachung von Ansprüchen.¹⁷¹⁹ Zu berücksichtigen ist aber, dass ein Gefahrenabwehranspruch des Nutzers nur dort in Betracht kommt, wo er auch Kenntnis von der Gefährlichkeit seines Produkts hat.¹⁷²⁰ Diese Kenntnis wird aber häufig erst mit Verwirklichung der Gefahr und damit bei Eintritt der Rechtsgutsverletzung einsetzen. Ein Anspruch auf Abwehr der Gefahr geht dann fehl. Relevant können folglich nur Fälle sein, in denen der Produktnutzer von

1716 *Chibanguza/Schubmann*, GmbHR 2019, 313 (317); *Gless/Janal*, JR 2016, 561 (570); *Wittig*, Die produzentenrechtlichen Verkehrssicherungspflichten von Softwareproduzenten, S. 245; *Sedlmaier*, in: Kühne/Nack (Hg.), *Connected Cars*, S. 43; *Oster*, in: Foerste/Graf v. Westphalen (Hg.), *Produkthaftungshandbuch*, § 57, Rn. 29.

1717 Vgl. *Lenz*, in: *Lenz*, *Produkthaftung*, § 4, Rn. 73; skeptisch auch *Schmidt*, *Produktrückruf und Regress*, S. 121.

1718 So aber die Vermutung von *Lenz*, in: *Lenz*, *Produkthaftung*, § 4, Rn. 73.

1719 *Voß*, in: *Raue* (Hg.), *Digitale Resilienz*, S. 97 (98) spricht dagegen von der rationalen Apathie des Verbrauchers, weil Zeit- und Kostenaufwand eines Gerichtsprozesses außer Verhältnis zum Nutzen des Updates stünden. Ferner verschärften normative Unschärfen und damit einhergehende Rechtsunsicherheiten das Durchsetzungsdefizit (S. 101); vgl. auch *Riehm/Leithäuser/Brenner*, in: *Raue* (Hg.), *Digitale Resilienz*, S. 5 (26).

1720 Speziell im Kontext von möglichen Updateansprüchen *Voß*, in: *Raue* (Hg.), *Digitale Resilienz*, S. 97 (100).

der Gefährdung erfährt.¹⁷²¹ Dies wird häufig durch eine Herstellerwarnung geschehen, so dass Abwehransprüche gerade dann von Bedeutung sind. Da die Warnung den Produktnutzer aber lediglich vor die Wahl stellt, ein gefährliches Produkt weiter zu benutzen oder dieses vor Erreichen seiner erwarteten Lebensdauer auszusortieren, dürfte die Geltendmachung eines Gefahrabwendungsanspruchs vordergründig vom Interesse des Nutzers getragen sein, das Äquivalenzinteresse über die Hintertür des Deliktsrechts zu verwirklichen.¹⁷²² Während der Gewährleistungsfrist wird sich der Käufer zwar an den Verkäufer wenden und seine vertraglichen Rechte geltend machen. Hier mag es sein, dass dem Updateanspruch aufgrund der bestehenden Sekundärrechte nur untergeordnete Bedeutung zukommt.¹⁷²³ Nach Ablauf der Gewährleistungsfrist¹⁷²⁴ wäre ein deliktsrechtlicher Updateanspruch aber die einzige Möglichkeit, „selbst aktiv“ zu werden und die unattraktive Lösung des Nutzungsverzichts zu verhindern.¹⁷²⁵ Aufgrund des Bedeutungsgewinns der Produktbeobachtungspflicht und der regelmäßig anknüpfenden Updatepflicht könnten auch korrespondierende Updateansprüche an Bedeutung gewinnen.¹⁷²⁶ Nur kurz sei in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass durch das neue Verbraucherrecht durchsetzungsgesetz¹⁷²⁷ qualifizierte Verbände mit der Abhilfeklage die Möglichkeit erhalten sollen, individuelle Ansprüche von Verbrauchern und kleinen Unternehmen gebündelt geltend zu machen.¹⁷²⁸

Die eng mit dem Bestehen eines subjektiven Anspruchs verknüpfte Frage nach einem Aufwendungsersatzanspruch gegen den Hersteller bei erfolgter Selbstvornahme soll hier mangels besonderer Relevanz im Update-Kontext – der Nutzer wird hierzu kaum jemals in der Lage sein (s.o. unter

1721 Voß, in: Raue (Hg.), Digitale Resilienz, S. 97 (100) führt an, dass bei allgemein bekannten Sicherheitslücken der Hersteller ohnehin proaktiv ein Update bereitstellen wird oder ihn der Marktdruck hierzu regelmäßig motivieren wird.

1722 Gless/Janal, JR 2016, 561 (569 f.).

1723 In diese Richtung auch Voß, in: Raue (Hg.), Digitale Resilienz, S. 97 (99).

1724 Hierbei ist freilich zu beachten, dass § 327f Abs. 1 S. 3 Nr. 2 BGB eine Aktualisierungspflicht für den Zeitraum vorsieht, „den der Verbraucher aufgrund der Art und des Zwecks des digitalen Produkts und unter Berücksichtigung der Umstände und der Art des Vertrags erwarten kann“.

1725 Huber, Rechtsfragen des Produktrückrufs, S. 70.

1726 Freilich ist zu berücksichtigen, dass die Hersteller schon aus Imagegründen vielfach Updates bereitstellen werden.

1727 Regierungsentwurf, BT-Drs. 20/6520 in Umsetzung der Verbandsklagenrichtlinie (EU) 2020/1828.

1728 Ausführlich zur Bedeutung für Updateansprüche Voß, in: Raue (Hg.), Digitale Resilienz, S. 97 (104 ff.).

E.III.1.b)cc)(2α)) – ausgeklammert werden.¹⁷²⁹ Ebenso wird die Frage nach einem Anspruch auf die Vornahme einer Warnung kaum einmal relevant werden. Zwar mag die Feststellung, dass derjenige, der die Gefahr kennt, nicht gewarnt werden muss und derjenige, der die Gefahr nicht kennt, schon denklogisch keinen Anspruch geltend machen wird, in ihrer Apodiktik nicht immer zutreffen.¹⁷³⁰ Denn es kann Fälle geben, in denen die betroffene Person zwar über ein diffuses Gefahrenwissen verfügt, dieses aber nicht ausreicht, um die Gefahr konkret und realistisch einzuschätzen. Gleichzeitig ist das Wissen um eine Gefahr nicht immer mit dem Wissen um die Gefahrenvermeidung gleichzusetzen. Daher kann ein Auskunftsanspruch über den tatsächlichen Charakter der Gefahr und den Umgang mit dieser durchaus sinnvoll sein.¹⁷³¹ Allerdings geht ein solches Szenario davon aus, dass der Hersteller wesentliche Gefahreninformationen vorenthält und eine Rechtsgutsverletzung bei den Betroffenen sehenden Auges in Kauf nimmt.¹⁷³² Dies wird auch unter Berücksichtigung eines möglichen Imageschadens durch die Warnung kaum einmal der Fall sein, da der Imageschaden bei eingetretener Rechtsgutsverletzung gravierender zu bewerten sein wird.

b) Rückrufanspruch aufgrund des deliktsrechtlichen Beseitigungsanspruchs nach §§ 823 Abs. 1, 249 S. 1 BGB

Nach dem Grundsatz der Naturalrestitution ist im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs der gleiche wirtschaftliche Zustand herzustellen, der ohne das schädigende Ereignis bestünde.¹⁷³³ Der deliktsrechtliche Beseitigungsanspruch stellt insoweit eine besondere Ausprägung dieses Grundsatzes dar, indem die Folgen eines schuldhaften und rechtswidrigen Eingriffs beseitigt werden sollen.¹⁷³⁴ Problematisch ist allerdings, dass ein Rückruf- oder Updateanspruch auf die Beseitigung eines Gefahrenherds gerichtet wären, ohne dass eine Rechtsgutsverletzung oder ein Schaden bereits einge-

1729 Vgl. hierzu allgemein *Bodewig*, Der Rückruf fehlerhafter Produkte, S. 330; sehr wohl relevant dagegen ist der Regress innerhalb der Lieferkette.

1730 So indes *Schwenzer*, JZ 1987, 1059 (1063).

1731 Dazu *Bodewig*, Der Rückruf fehlerhafter Produkte, S. 352.

1732 Feststellung bei *Bodewig*, Der Rückruf fehlerhafter Produkte, S. 354.

1733 Vgl. statt aller *Flume*, in: BeckOK, BGB, § 249, Rn. 37.

1734 *Bodewig*, Der Rückruf fehlerhafter Produkte, S. 339; *Beck*, Die präventive Durchsetzung der Rückrufflicht, S. 135.

treten sind.¹⁷³⁵ In dieser Konstellation kann man § 823 Abs. 1 BGB für den deliktsrechtliche Beseitigungsanspruch nur fruchtbar machen, indem eine unmittelbare Rechtsgutsgefährdung der Rechtsgutsverletzung gleichgestellt wird.¹⁷³⁶

Hierfür wird angeführt, dass die Schadensverhütung der Schadensregulierung vorgehe.¹⁷³⁷ Weiter wird auf die Rechtsprechung zur Ersatzfähigkeit von Vorsorgeaufwendungen als Schadensabwehrkosten verwiesen,¹⁷³⁸ wonach Aufwendungen, die vor einem Schadensfall für Maßnahmen zur Abwendung einer unmittelbar bevorstehenden Verletzung eines der in § 823 Abs. 1 BGB genannten Rechtsgüter gemacht werden, als Schaden im Sinne dieser Vorschrift zu qualifizieren und zu ersetzen sein können.¹⁷³⁹ Konsequenterweise sei daher jedenfalls bei einer drohenden und auf andere Weise nicht zu verhindernden Verletzung von Rechtsgütern der deliktsrechtliche Beseitigungsanspruch gegeben.¹⁷⁴⁰ Der BGH hat in seiner Pflegebetten-Entscheidung ausdrücklich offen gelassen, ob er sich einer solchen Sichtweise anschließt.¹⁷⁴¹ Indes ist das Deliktsrecht auf den Schadensausgleich bei eingetretener Rechtsgutsverletzung und Schaden ausgelegt und entfaltet präventiven Rechtsschutz lediglich mittelbar über die Androhung eines Schadensersatzanspruchs.¹⁷⁴² Eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Deliktsrechts auch auf Rechtsgutsgefährdungen wäre insoweit systemwidrig, da der vorbeugende Rechtsschutz außerdeliktischen Normen wie bspw. §§ 862, 1004 BGB zugeordnet ist und bereits dadurch gewährleistet

1735 Dies räumt auch *Hager*, VersR 1984, 799 (802) ein; pauschal aber OLG Stuttgart, NJW 1967, 572 (573), vgl. auch *Lenz*, in: *Lenz*, Produkthaftung, § 4, Rn. 75.

1736 So *Schwenzer*, JZ 1987, 1059 (1060); *Hager*, VersR 1984, 799 (802).

1737 *Hager*, VersR 1984, 799 (800).

1738 In diese Richtung OLG Karlsruhe, VersR 1986, 1125; grundsätzlich auch *Tamme*, Rückrufkosten, S. 302 f.

1739 Allgemein zur Ersatzfähigkeit solcher Vorsorgeaufwendungen BGH, NJW 1960, 1339 (1339); *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, BGB, § 249, Rn. 62; vgl. auch BGH, NJW 2009, 1080 (1081, Rn. 24).

1740 *Foerste*, in: *Foerste/Graf v. Westphalen* (Hg.), Produkthaftungshandbuch, § 39, Rn. 3 ff.; *Tamme*, Rückrufkosten, S. 303; *Bodewig*, Der Rückruf fehlerhafter Produkte, S. 342.

1741 BGH, NJW 2009, 1080 (1081, Rn. 23 f.); insoweit wird die Entscheidung von *Mäsch*, JuS 2015, 556 (558) und übertragen auf den Kontext von Updateansprüchen von *Schrader/Engstler*, MMR 2018, 356 (360) zu apodiktisch verstanden, wie hier dagegen *Schmidt*, Produktrückruf und Regress, S. 139 und *Lüftenegger*, Die Rückrufflicht des Herstellers, S. 209.

1742 So *Bodewig*, Der Rückruf fehlerhafter Produkte, S. 341; *Huber*, Rechtsfragen des Produktrückrufs, S. 77; v. *Bar*, Karlsruher Forum 1983, S. 80 (80); vgl. auch *Pieper*, BB 1991, 985 (989) und *Lenz*, in: *Lenz*, Produkthaftung, § 4, Rn. 75.

ist, dass der Betroffene auch bei einer Rechtsgutsgefährdung nicht schutzlos gestellt ist.¹⁷⁴³

Während die Rückrufpflicht als Verkehrssicherungspflicht bei vorhandener Rechtsgutsgefährdung einen Schaden verhindern soll, knüpft der deliktsrechtliche Beseitigungsanspruch als Ausprägung eines Schadensersatzanspruchs an eine eingetretene Rechtsgutsverletzung und vorliegenden Schaden. Daher ist ein auf § 823 Abs.1 BGB gestützter Anspruch der Produktnutzer bei bloßer Rechtsgutsgefährdung zu verneinen. Insoweit handelt es sich bei der Produktbeobachtungspflicht um eine Handlungsanweisung,¹⁷⁴⁴ die bereits bei Gefährdung von Rechtsgütern durch die Androhung eines Schadensersatzanspruchs zu den erforderlichen Gefahrenabwehrmaßnahmen anhalten soll, während es in der Natur der Sache von Schadensersatzansprüchen liegt, dass ein Schaden bereits eingetreten sein muss.¹⁷⁴⁵

c) Rückrufanspruch nach 1004 Abs. 1 BGB (analog)

Während der Anspruch nach § 823 Abs.1 BGB eine Rechtsgutsverletzung voraussetzt, handelt es sich bei § 1004 Abs.1 BGB um eine Norm des vorbeugenden Rechtsschutzes. Dabei ist anerkannt, dass über den Wortlaut hinaus nicht nur das Eigentum, sondern in analoger Anwendung auch alle deliktsrechtlich geschützten Rechtsgüter erfasst sind.¹⁷⁴⁶ Voraussetzung des Beseitigungsanspruchs nach § 1004 Abs.1 S.1 BGB ist das Vorliegen einer gegenwärtigen Beeinträchtigung, während für den Unterlassungsanspruch nach § 1004 Abs.1 S.2 BGB eine (auch erstmals)¹⁷⁴⁷ drohende Beeinträchtigung ausreichend ist.¹⁷⁴⁸ Für ein in Verkehr gebrachtes gefährliches Produkt

1743 *Wagner*, in: MüKo, BGB, Vor § 823, Rn. 40; *Huber*, Rechtsfragen des Produktrückrufs, S. 77; *Bodewig*, Der Rückruf fehlerhafter Produkte, S. 342; *Schmidt*, Produktrückruf und Regress, S. 140; *Beck*, Die präventive Durchsetzung der Rückrufpflicht, S. 138 f.

1744 *So Lenz*, in: *Lenz*, Produkthaftung, § 3, Rn. 232.

1745 *Huber*, Rechtsfragen des Produktrückrufs, S. 78f.

1746 Vgl. nur *Wellenhofer*, Sachenrecht, § 24, Rn. 45; *Herrler*, in: *Grüneberg*, BGB, § 1004, Rn. 4; *Wagner*, in: MüKo, BGB, Vor § 823, Rn. 41.

1747 Einhellige Ansicht – entgegen dem Wortlaut „weitere Beeinträchtigungen“ – vgl. nur *Wellenhofer*, Sachenrecht, § 24, Rn. 34; *Herrler*, in: *Grüneberg*, BGB, § 1004, Rn. 32 m.w.N zur Rspr.

1748 Vgl. zu dieser Abgrenzung *Thole*, in: *Staudinger*, BGB, § 1004, Rn. 344; *Fritzsche*, in: *BeckOK*, BGB, § 1004, Rn. 56.

stellt sich daher zunächst die Frage, welcher der beiden Ansprüche in Betracht kommt.¹⁷⁴⁹

Die Differenzierung der beiden Ansprüche zeigt aber schon, dass das bloße Vorhandensein eines Produktfehlers als bereits bei Inverkehrbringen latent vorhandene Produktgefahr noch keine gegenwärtige Beeinträchtigung i.S.d § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB darstellen kann, sondern es hierfür entscheidend erst auf die Verwirklichung der dem Produktfehler innewohnenden Gefahr und die konkrete Rechtsgutsverletzung ankommen muss.¹⁷⁵⁰ Zwar setzt eine Beeinträchtigung nicht zwingend einen bereits eingetretenen Schaden voraus,¹⁷⁵¹ doch besteht im Hinblick auf den Unterlassungsanspruch nach § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB weder Raum noch Notwendigkeit, den Zeitpunkt der Beeinträchtigung auf den der drohenden Gefahr vorzuverlegen.¹⁷⁵² Auch kann nicht auf die eingeschränkte Nutzbarkeit des Produkts infolge seiner Gefährlichkeit als Beeinträchtigung des Eigentums abgestellt werden, da insoweit nie fehlerfreies Eigentum erlangt wurde.¹⁷⁵³ Folglich kommt ein Rückruf- oder Updateanspruch unter dem Gesichtspunkt eines Unterlassungsanspruchs nach § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB in Betracht.

aa) Anwendbarkeit des Unterlassungsanspruchs

Bevor auf die einzelnen Tatbestandsmerkmale eingegangen werden soll, muss zunächst die grundsätzliche Anwendbarkeit des Unterlassungsanspruchs auf diese Konstellation geklärt werden. Fraglich ist nämlich, ob präventiver Rechtsschutz auch gegen die sich abzeichnende Verletzung einer Verkehrspflicht möglich ist und damit, ob eine Rückruf- bzw. Updatepflicht in ihrer Eigenschaft als Verkehrspflicht überhaupt einklagbar

1749 Zur Relevanz der Abgrenzung *Tamme*, Rückrufkosten, S. 243 ff.; *Pieper*, BB 1991, 985 (989 f.) und *Foerste*, in: *Foerste/Graf v. Westphalen* (Hg.), *Produkthaftungs-handbuch*, § 39, Rn. 13 ff. lassen die Unterscheidung dagegen offen.

1750 *Bodewig*, Der Rückruf fehlerhafter Produkte, S. 344; *Beck*, Die präventive Durchsetzung der Rückrufpflicht, S. 81; a.A. *Hager*, VersR 1984, 799 (806 f.) und *Schwenzer*, JZ 1987, 1059 (1060); für eine Beeinträchtigung bei hinreichender Konkretisierung der Gefahr *Tamme*, Rückrufkosten, S. 256 ff. und *Huber*, Rechtsfragen des Produktrückrufs, S. 85; anders womöglich für den bei Produktgefahren kaum denkbaren Fall, dass die Gefahr zwangsläufig bald eine Beeinträchtigung herbeiführen muss, vgl. *Fritzsche*, in: *BeckOK*, BGB, § 1004, Rn. 56.

1751 *Hager*, VersR 1984, 799 (802).

1752 *Bodewig*, Der Rückruf fehlerhafter Produkte, S. 345; *Beck*, Die präventive Durchsetzung der Rückrufpflicht, S. 81; *Schmidt*, Produktrückruf und Regress, S. 125.

1753 *Huber*, Rechtsfragen des Produktrückrufs, S. 84; *Tamme*, Rückrufkosten, S. 276.

ist. Denn bei Verkehrspflichten handelt es sich im Ausgangspunkt um unselbständige Pflichten, die zwar zur Haftungsbegründung herangezogen werden, für die aber gesetzlich (abgesehen von §§ 907, 908 BGB) kein vorbeugender Rechtsschutz vorgesehen ist. Allerdings scheint über den Unterlassungsanspruch des § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB gerade eine Aufwertung der Verkehrspflichten hin zu selbständig einklagbaren Pflichten denkbar.¹⁷⁵⁴

Problematisch ist dabei aber schon, dass ein Unterlassungsanspruch seinem Wortlaut nach eben auf ein Unterlassen des Pflichtigen gerichtet ist, während eine Nachrüstung oder die Bereitstellung von Updates ein aktives Handeln des Herstellers erfordern.¹⁷⁵⁵ Allerdings ist der Unterlassungsanspruch nicht lediglich auf die Vermeidung eines bestimmten Tuns gerichtet, sondern zielt auch auf die Vermeidung eines bestimmten Erfolgs ab.¹⁷⁵⁶ Daher ist anerkannt, dass der zur Unterlassung Verpflichtete auch das erforderliche positive Tun schuldet, sollte sich die drohende Beeinträchtigung nur durch aktives Eingreifen verhindern lassen.¹⁷⁵⁷ Da durch die präventiv wirkenden Abwehransprüche sämtliche deliktsrechtlich geschützten Rechtspositionen vor drohenden Eingriffen abgesichert werden sollen,¹⁷⁵⁸ wird mit dieser Erfolgsbezogenheit des Unterlassungsanspruchs die Entwicklung im Deliktsrecht konsequent nachgezeichnet.¹⁷⁵⁹ Es wird abgebildet, dass eine Gefahr nicht nur durch aktives Tun entstehen kann, das durch einen Unterlassungsanspruch im wörtlichen Sinne abgewendet werden kann, sondern auch durch ein Unterlassen, für das ein „Verhinderungsanspruch“¹⁷⁶⁰ zur Prävention künftiger Störungen erforderlich ist.¹⁷⁶¹

Daneben ist problematisch, dass bei einer Beeinträchtigung durch ein aktives Tun sowohl die zu unterlassende Handlung als auch – aufgrund der erkennbaren Stoßrichtung – das gefährdete Rechtsgut und deren In-

1754 Grundlegend v. Bar, *Karlsruher Forum* 1983, S. 80 (80); vgl. auch Beck, *Die präventive Durchsetzung der Rückruffpflicht*, S. 94.

1755 Ausführlich zu dieser Ausgangslage Beck, *Die präventive Durchsetzung der Rückruffpflicht*, S. 86.

1756 Vgl. Bodewig, *Der Rückruf fehlerhafter Produkte*, S. 347 f.

1757 Vgl. BGH, *NJW* 2004, 1035 (1037); BGH, *NJW-RR* 2019, 1035 (1035); Herrler, in: Grüneberg, *BGB*, § 1004, Rn. 33; Thole, in: Staudinger, *BGB*, § 1004, Rn. 467; v. Bar, *Karlsruher Forum* 1983, S. 80 (82) „Anspruch auf Unterlassung einer Unterlassung, also auf ein positives Tun“.

1758 Vgl. hierzu Wagner, in: MüKo, *BGB*, Vor § 823, Rn. 41.

1759 Ausführlich Beck, *Die präventive Durchsetzung der Rückruffpflicht*, S. 89 ff.; v. Bar, *Karlsruher Forum* 1983, S. 80 (84).

1760 Dazu Larenz/Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts II/2*, S. 706.

1761 Bodewig, *Der Rückruf fehlerhafter Produkte*, S. 347 (Fn. 847).

haber ausreichend konkretisiert werden, während Verkehrspflichten Verhaltensgebote aufstellen, die gegenüber der Allgemeinheit gelten. Indes sieht § 908 BGB einen vorbeugenden Abwehranspruch für den Eigentümer eines Grundstücks gegen den nach § 836 Abs. 1 BGB zur Verkehrssicherung des gefährlichen Nachbargrundstücks Verpflichteten vor. Zwar zeigt die Tatsache, dass Verkehrspflichten als selbständig einklagbare Pflichten lediglich in den §§ 907, 908 BGB geregelt sind, dass die Gesetzssystematik grundsätzlich einen Schwerpunkt auf den repressiven Ausgleich von Schäden legt. Allerdings ergibt sich aus dem Zusammenspiel zwischen dem gesetzlich normierten Fall einer Haftung für eine Verkehrspflichtverletzung in § 836 Abs. 1 BGB und einem korrespondierenden gesetzlichen vorbeugenden Abwehranspruch auch die Intention des Gesetzgebers, dass Verkehrspflichten unter bestimmten Voraussetzungen präventiv einklagbar sein sollen.¹⁷⁶² Betrachtet man die Voraussetzungen des vorbeugenden Abwehranspruchs aus § 908 BGB, so steht ein Individualanspruch nicht jedem zu, der mit einiger Wahrscheinlichkeit Opfer einer nach § 836 BGB Schadensersatzpflichtigen unerlaubten Handlung werden könnte, sondern nur dem Nachbarn. Während die dem Haftungsstatbestand des § 836 BGB zugrundeliegende Verkehrspflicht jedermann schützt, kann nicht jedermann die Einhaltung der Verkehrspflicht verlangen und einklagen.¹⁷⁶³ Insoweit lassen sich die hinreichende Konkretisierung der Gefahr und die Unausweichlichkeit der Gefahr, als Voraussetzungen für die Individualisierung des Anspruchs ausmachen.¹⁷⁶⁴ Ein Individualanspruch auf Einhaltung einer Verkehrspflicht erfordert folglich, dass sich die Bedrohung durch eine unterlassene Sicherungsmaßnahme so sehr konkretisiert, dass sie qualitativ mit einer drohenden Beeinträchtigung durch ein aktives Handeln vergleichbar ist.¹⁷⁶⁵ Dann aber kann grundsätzlich jede Verkehrspflicht in eine selbständig einklagbare Pflicht umschlagen.¹⁷⁶⁶

1762 v. Bar, *Karlsruher Forum* 1983, S. 80 (84); Beck, Die präventive Durchsetzung der Rückrufpflicht, S. 100 f.

1763 Grundlegend v. Bar, *Karlsruher Forum* 1983, S. 80 (85).

1764 Grundlegend v. Bar, *Karlsruher Forum* 1983, S. 80 (84 f.); dem folgend Wagner, in: MüKo, BGB, Vor § 823, Rn. 44; Hager, in: Staudinger, BGB, Vor § 823, Rn. 64; Beck, Die präventive Durchsetzung der Rückrufpflicht, S. 101 ff.; Schmidt, Produktrückruf und Regress, S. 129 ff.; Bodewig, Der Rückruf fehlerhafter Produkte, S. 349.

1765 Dazu Bodewig, Der Rückruf fehlerhafter Produkte, S. 348 f.; Beck, Die präventive Durchsetzung der Rückrufpflicht, S. 94, 101.

1766 So schon v. Bar, *Karlsruher Forum* 1983, S. 80 (84); mittlerweile einhellige Meinung, vgl. Wagner, in: MüKo, BGB, Vor § 823, Rn. 44; Hager, in: Staudinger, BGB, Vor § 823, Rn. 64; Beck, Die präventive Durchsetzung der Rückrufpflicht, S. 101.

bb) Tatbestandsmäßigkeit des Unterlassungsanspruchs

Vorangestellt sei, dass ein individuell einklagbarer Anspruch nur dort in Betracht kommt, wo auch eine entsprechende Pflicht besteht. Denn ein Unterlassungsanspruch nach § 1004 Abs. 2 BGB ist nur gegeben, wenn der Betroffene nicht zur Duldung der Störung verpflichtet ist. Nicht zur Duldung verpflichtet ist der Betroffene, wenn die drohende Beeinträchtigung rechtswidrig ist. Rechtswidrig kann eine durch Untätigkeit drohende Beeinträchtigung aber nur sein, wenn eine entsprechende Handlungspflicht besteht.¹⁷⁶⁷

(1) Konkrete Gefahr

Droht erstmalig eine Beeinträchtigung, verlangt der vorbeugende Unterlassungsanspruch eine konkrete, unmittelbar bevorstehende und ernstliche Gefahr.¹⁷⁶⁸ Eine solche Konkretisierung einer Gefahr ist jedoch in Bezug auf gefährliche Produkte zwar nicht inhaltlich, wohl aber personell problematisch.¹⁷⁶⁹

α) Inhaltliche Konkretisierung

Ein Konstruktionsfehler haftet jedem Produkt einer Serie an, sodass auch jedes Produkt als gefährlich einzustufen ist.¹⁷⁷⁰ Dass sich die Gefahr auch erst nach langer Benutzungsdauer verwirklichen mag, lässt die Konkretheit der Gefahr nicht entfallen, da es jederzeit zu einer Beeinträchtigung kommen kann.¹⁷⁷¹ Ein Fabrikationsfehler betrifft dagegen nur einzelnen Exemplaren einer Serie, weshalb es nicht immer möglich sein wird, ein konkretes Produkt als fehlerhaft und gefährlich zu identifizieren, sodass

1767 Zum Ganzen *Bodewig*, Der Rückruf fehlerhafter Produkte, S. 349; *Beck*, Die präventive Durchsetzung der Rückruffpflicht, S. 120 f.

1768 Vgl. nur *Wellenhofer*, Sachenrecht, § 24, Rn. 34; *Fritzsche*, in: BeckOK, BGB, § 1004, Rn. 95 f. m.w.N.

1769 *Schmidt*, Produktrückruf und Regress, S. 130; *Tamme*, Rückrufkosten, S. 257; in der Sache findet sich diese Differenzierung auch bei *Bodewig*, Der Rückruf fehlerhafter Produkte, S. 358 ff.

1770 *Schmidt*, Produktrückruf und Regress, S. 131.

1771 *Schmidt*, Produktrückruf und Regress, S. 129; zurückhaltender *Bodewig*, Der Rückruf fehlerhafter Produkte, S. 361.

häufig nur ein Gefahrenverdacht gegeben sein wird.¹⁷⁷² Damit kann inhaltlich bei einem Fabrikationsfehler mit Blick auf die Eintrittswahrscheinlichkeit das Vorliegen einer konkreten Gefahr in Zweifel gezogen werden.¹⁷⁷³ Da Fabrikationsfehler bei Software und damit für die Zugänglichkeit von Sicherheitsupdates kaum eine Rolle spielen, soll hier aber nicht näher darauf eingegangen werden.

β) Personelle Konkretisierung

Um von einer konkreten Gefahr sprechen zu können muss die Gefahr folglich ihrer Eigenart nach einer von vornherein feststehenden Person drohen und der Bezugspunkt der Gefahr damit in personeller Hinsicht individualisiert sein.¹⁷⁷⁴ In Abgrenzung zur bloß abstrakten Gefährdung und in Anlehnung an das Nachbarschaftsbeispiel des § 908 BGB muss eine gewisse Nähe¹⁷⁷⁵ zwischen der Person und dem gefährdenden Produkt bestehen, sodass gerade bei dieser Person eine erhöhte Wahrscheinlichkeit¹⁷⁷⁶ einer Beeinträchtigung durch das gefährdende Produkt besteht und die Verwirklichung der Gefahr bei ihr nicht vom Zufall¹⁷⁷⁷ abhängt. Anders als beim Produktnutzer, dessen Rechtsgüter regelmäßig mit dem gefährlichen Produkt in Berührung kommen, wird diese individualisierte Gefahr bei allen anderen Personen, die auf irgendeine Weise zu irgendeinem Zeitpunkt an irgendeinem Ort zufällig mit dem Produkt in Kontakt kommen in der Regel nicht gegeben sein.¹⁷⁷⁸ Die Einräumung eines Beseitigungsanspruchs auch gegenüber den innocent bystandern würde damit nicht der Abwehr einer konkreten Gefahr, sondern entgegen dem Sinn und Zweck eines Individualanspruchs der allgemeinen Sicherheit im Sinne einer Popularklage

1772 Huber, Rechtsfragen des Produktrückrufs, S. 85; Schmidt, Produktrückruf und Regress, S. 131.

1773 Ablehnend daher Foerste, in: Foerste/Graf v. Westphalen (Hg.), Produkthaftungs-handbuch, § 39, Rn. 18; tendenziell auch Bodewig, Der Rückruf fehlerhafter Produkte, S. 362.

1774 v. Bar, Karlsruher Forum 1983, S. 80 (85).

1775 Schmidt, Produktrückruf und Regress, S. 130.

1776 Beck, Die präventive Durchsetzung der Rückrufpflicht, S. 118.

1777 Bodewig, Der Rückruf fehlerhafter Produkte, S. 359.

1778 So auch Schmidt, Produktrückruf und Regress, S. 130; Beck, Die präventive Durchsetzung der Rückrufpflicht, S. 118 f.; Bodewig, Der Rückruf fehlerhafter Produkte, S. 359.

dienen.¹⁷⁷⁹ Anderes kann nur dann gelten, wenn sich die Gefahr auch gegenüber einem unbeteiligten Dritten hinreichend konkretisiert, er also regelmäßig mit dem Produkt in Kontakt kommt und einem Produktnutzer vergleichbar ist.¹⁷⁸⁰

(2) Hersteller als Störer

Ferner ist die Störereigenschaft des Herstellers problematisch. Denn die eigentliche Gefährdung geht erst durch die (fortgesetzte) Verwendung des Produkts und daher vom Produktnutzer aus, der die Beeinträchtigung durch die Aufgabe der weiteren Nutzung beenden könnte.¹⁷⁸¹ Der Hersteller dagegen hat die Beeinträchtigung nur indirekt durch das Unterlassen des Rückrufs des Produktes verursacht.¹⁷⁸²

α) Allgemeine Erwägungen

Abhängig davon, ob der Schwerpunkt des unterlassenen Rückrufs darin gesehen wird, dass der Hersteller das Produkt entgegen einer entsprechenden Handlungspflicht in einem gefährlichen Zustand belassen hat, oder ob in dieser Verkehrspflichtverletzung die Veranlassung des Produktnutzers zur weiteren Verwendung des Produkts gesehen wird, kommt die Zustandsstörereigenschaft oder die mittelbare Handlungsstörereigenschaft in Betracht.¹⁷⁸³

1779 Bodewig, Der Rückruf fehlerhafter Produkte, S. 359; Pieper, BB 1991, 985 (990); Beck, Die präventive Durchsetzung der Rückruffpflicht, S. 119; v. Bar, Karlsruher Forum 1983, S. 80 (80) wirft die Frage auf, ob sich ein Verbraucher „zum Produktsicherheitspolizisten aufspielen“ kann.

1780 Bodewig, Der Rückruf fehlerhafter Produkte, S. 359 und Beck, Die präventive Durchsetzung der Rückruffpflicht, S. 119 jeweils mit Beispielen.

1781 Vgl. Foerste, in: Foerste/Graf v. Westphalen (Hg.), Produkthaftungshandbuch, § 39, Rn. 14; Huber, Rechtsfragen des Produktrückrufs, S. 88; Beck, Die präventive Durchsetzung der Rückruffpflicht, S. 122.

1782 Prägnant Beck, Die präventive Durchsetzung der Rückruffpflicht, S. 123.

1783 Allgemein Herrler, in: Grüneberg, BGB, § 1004, Rn. 18 f. und Fritzsche, in: BeckOK, BGB, § 1004, Rn. 19; Beck, Die präventive Durchsetzung der Rückruffpflicht, S. 123 geht vom mittelbaren Handlungsstörer aus; Foerste, in: Foerste/Graf v. Westphalen (Hg.), Produkthaftungshandbuch, § 39, Rn. 14 spricht vom „Untätigkeitsstörer“.

In beiden Fällen ist eine besondere Zurechnung dergestalt erforderlich, dass die Beeinträchtigung adäquat kausal verursacht wurde und hätte verhindert werden können.¹⁷⁸⁴ Hiervon ist aber gerade bei der Verletzung einer bestehenden Verkehrspflicht – hier zur Durchführung des Rückrufs – auszugehen. Insbesondere verliert der Hersteller mit dem Inverkehrbringen nicht die Einwirkungsmöglichkeit auf das Produkt, sondern behält diese gerade durch die Möglichkeit des Rückrufs – andernfalls bestünde schon gar keine entsprechende Verkehrspflicht.¹⁷⁸⁵

Dem § 908 BGB lässt sich der Gedanke entnehmen, dass ein individueller Abwehranspruch gerade deswegen besteht, weil für den Grundstücksnachbarn trotz Gefahrenkenntnis kraft seiner besonderen Nähe zum Gefahrenherd gerade keine Möglichkeit des Ausweichens besteht und er daher zur eigenverantwortlichen Schadensvorsorge mit zumutbaren Mitteln nicht in der Lage ist.¹⁷⁸⁶ Fehlt dem Betroffenen eine Ausweichmöglichkeit, kann er der Gefahr nur entgehen, wenn ihm vorbeugender Rechtsschutz gewährt wird, so dass für diesen Fall die Umwandlung einer unselbstständigen Pflicht in einen individuell einklagbaren Anspruch gerechtfertigt ist.¹⁷⁸⁷

β) Bedeutung für die individuellen Gefahrenabwehransprüche

Hinsichtlich der Bedeutung für die Frage nach individuellen Rückruf- bzw. Updateansprüchen ist nun die richtige Perspektive einzunehmen.

Kommt es zu einer Gefährdung auch unbeteiligter Dritter, kann der Produktnutzer keine eigenen Ansprüche geltend machen. Ihm gegenüber ist die Gefahr zwar hinreichend konkret, allerdings fehlt ihm zur Geltendmachung eines individuellen Anspruchs ein eigenes Schutzbedürfnis. Denn soweit Rückruffpflichten unter Berücksichtigung des Hinwegsetzens des Produktnutzers über eine Warnung angenommen werden, geschieht dies ausschließlich zu Gunsten der unbeteiligten Dritten wegen deren geringeren Möglichkeiten der Gefahrenkenntnis und -vermeidung. Auf dieses Schutzbedürfnis Dritter kann sich der Produktnutzer bei der Durchsetzung

1784 Vgl. nur Herrler, in: Grüneberg, BGB, § 1004, Rn. 18 f.

1785 Huber, Rechtsfragen des Produktrückrufs, S. 90; Beck, Die präventive Durchsetzung der Rückruffpflicht, S. 123 f.; anders wohl Foerste, in: Foerste/Graf v. Westphalen (Hg.), Produkthaftungshandbuch, § 39, Rn. 16.

1786 Grundlegend v. Bar, Karlsruher Forum 1983, S. 80 (85).

1787 v. Bar, Karlsruher Forum 1983, S. 80 (85); Beck, Die präventive Durchsetzung der Rückruffpflicht, S. 103.

entsprechender Rückruffpflichten aber nicht stützen.¹⁷⁸⁸ Die Gefährdung eigener Rechtsgüter kann er aber ohne Weiteres dadurch vermeiden, dass er den weiteren Gebrauch des Produkts einstellt.¹⁷⁸⁹ Mit anderen Worten ist der Nutzer sich selbst gegenüber in der Lage, die Gefahr durch Selbstschutzmaßnahmen auszuschließen.¹⁷⁹⁰ Insoweit kann niemand „von einem Hersteller die Reparatur oder den Austausch eines fehlerhaften Produkts mit dem Argument fordern, man werde sich andernfalls über die Warnung hinwegsetzen und trotz erkannter Gefahr den Gebrauch des Produkts fortsetzen“.¹⁷⁹¹ Dies gilt auch, wenn das Hinwegsetzen über die Warnung wegen der Unzumutbarkeit der Nichtbenutzung als naheliegend anzusehen ist. Auf den ersten Blick mag dabei zwar die Zumutbarkeit der Gefahrensteuerung bei der Frage nach der Gefahrabwendungspflicht anders beurteilt werden als bei der Frage nach einem entsprechenden individuellen Anspruch.¹⁷⁹² Die Unzumutbarkeit der Gefahrenbeherrschung führt bei der Bestimmung der Pflichten des Herstellers jedoch nicht dazu, dass der gebotene Selbstschutz des Nutzers zurücktritt, sondern dazu, dass der Hersteller gegenüber Dritten verpflichtet bleibt. Andernfalls wäre konsequenterweise auch eine Gefahrabwendungspflicht des Herstellers zu Gunsten des Produktnutzers anzunehmen. Mit der Ablehnung einer entsprechenden Pflicht zu Gunsten des Nutzers wird inzident aber auch die Zumutbarkeit des Selbstschutzes bejaht. Lediglich in Bezug auf unbeteiligte Dritte wird das Kriterium der Unzumutbarkeit der Gefahrensteuerung herangezogen, um ein Hinwegsetzen über eine Warnung nachvollziehbar zu machen, nicht aber, um den eigenen Selbstschutz als unzumutbar anzusehen. Insoweit sind also unterschiedliche Perspektiven einzunehmen.¹⁷⁹³

Ein individuell einklagbarer Anspruch des Produktnutzers kommt nur dort in Betracht, wo eine Rückruffpflicht ihm selbst gegenüber besteht.¹⁷⁹⁴

1788 Zum Ganzen überzeugend *Bodewig*, Der Rückruf fehlerhafter Produkte, S. 362.

1789 Ein hieraus resultierender Schaden wäre allein auf die Mangelhaftigkeit des Produkts bei Erwerb zurückzuführen und betrifft daher allein die enttäuschte Vertragserwartung, vgl. BGH, NJW 2009, 1080 (1083, Rn. 25).

1790 So speziell im Kontext von Updateansprüchen *Eichelberger*, in: Ebers et al. (Hg.), Künstliche Intelligenz und Robotik, S. 190.

1791 Prägnant *Wagner*, in: MüKo, BGB, § 823, Rn. 1128.

1792 Zum Gleichlauf *Beck*, Die präventive Durchsetzung der Rückruffpflicht, S. 120; *Schmidt*, Produktrückruf und Regress, S. 133; *Huber*, Rechtsfragen des Produktrückrufs, S. 90; im Grundsatz auch *Bodewig*, Der Rückruf fehlerhafter Produkte, S. 350.

1793 So i.E. auch *Bodewig*, Der Rückruf fehlerhafter Produkte, S. 362 ff.

1794 *Bodewig*, Der Rückruf fehlerhafter Produkte, S. 362 f.

Dies ist jedoch nur dann der Fall, wenn eine Warnung nicht ausreichend ist, um die Gefahr einzuschätzen und sich entsprechend zu verhalten. Dort aber, wo der Nutzer in der Lage ist, einen Gefahrenabwehranspruch ausreichend konkret zu formulieren und zu begründen (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO), wird die Gefahrenkenntnis regelmäßig auch ausreichen, um Selbstschutzmaßnahmen zu ergreifen.¹⁷⁹⁵ Folglich entfallen spätestens mit der Geltendmachung des Anspruchs die Anspruchsvoraussetzungen.¹⁷⁹⁶

Eigene Ansprüche unbeteiligter Dritter scheiden dagegen in der Regel schon mangels hinreichender (personeller) Konkretisierung der Gefahr aus. Wenn sich eine Gefahr hinsichtlich eines unbeteiligten Dritten ausnahmsweise hinreichend konkretisiert, wird mit dieser stärkeren Konkretisierung der Gefahr in der Regel auch eine verbesserte Möglichkeit bestehen, der Gefahr auszuweichen.¹⁷⁹⁷ Daher wird man vergleichbar zum gefährdeten Produktnutzer argumentieren müssen. Lediglich in Fällen der konkreten Drittgefährdung, bei der keine zumutbare Ausweichmöglichkeit in Betracht kommt, wird ein individueller Anspruch des Dritten anzuerkennen sein.¹⁷⁹⁸

d) Fazit

Auch wenn der Hersteller in der Regel verpflichtet ist, dem Nutzer im Rahmen der Produktbeobachtung Updates zur Verfügung zu stellen, hat der Nutzer keinen subjektiven Anspruch auf den Erhalt von Updates.¹⁷⁹⁹ Die in Bezug auf Software ausgemachten Besonderheiten haben lediglich Einfluss auf die Pflichtenbestimmung beim Hersteller, nicht aber auf den Anspruch des Nutzers.¹⁸⁰⁰ Nur ganz ausnahmsweise können individuelle Ansprüche von hinreichend konkret Gefährdeten Dritten geltenden gemacht werden, die über keine zumutbare Ausweichmöglichkeit vor dem gefährlichen Produkt verfügen. Bleiben deliktsrechtlich geschuldete Sicherheitsupdates

1795 Bodewig, Der Rückruf fehlerhafter Produkte, S. 364.

1796 Speziell im Kontext von Updateansprüchen Raue, NJW 2017, 1841 (1845).

1797 So Bodewig, Der Rückruf fehlerhafter Produkte, S. 359 f.

1798 Beck, Die präventive Durchsetzung der Rückrufflicht, S. 119; Bodewig, Der Rückruf fehlerhafter Produkte, S. 360 hält solche Fallkonstellationen zumindest für denkbar; im Kontext von Updateansprüchen Eichelberger, in: Ebers et al. (Hg.), Künstliche Intelligenz und Robotik, S. 190.

1799 Ohne nähere Begründung auch Thöne, Autonome Systeme, S. 218.

1800 So auch Wittig, Die produzentenrechtlichen Verkehrssicherungspflichten von Softwareproduzenten, S. 245.

gleichwohl aus, schwebt stets das Damoklesschwert der Produkthaftung über dem Hersteller. Daneben dürfte es sich ein Hersteller aus Gründen des Wettbewerbs und der Reputation kaum leisten können, entsprechende Updates nicht bereitzustellen.

e) Bedeutung des Rechts auf Reparatur

Updateansprüche der Nutzer könnten sich aber künftig aus der am 30.07.2024 in Kraft getretenen und ab dem 31.07.2026 anzuwendenden Richtlinie zur Förderung der Reparatur von Waren (im Folgenden „Reparaturrichtlinie“; „Recht auf Reparatur“)¹⁸⁰¹ ergeben.

Das Recht auf Reparatur sieht in Art. 5 Abs. 1 vor, dass die Mitgliedsstaaten sicherstellen, dass der Hersteller außerhalb des Gewährleistungsrechts auf Verlangen des Verbrauchers Produkte repariert, die in Anhang II gelistet sind und für die ohnehin gesetzlichen Reparaturanforderungen (insbesondere aus dem Ökodesignrecht) bestehen und zwar in dem Umfang, in dem sie dort festgelegt sind. Während die Anforderungen an die Reparierbarkeit gewährleisten, dass die Produkte überhaupt reparierbar sind, soll das Recht auf Reparatur die Hersteller verpflichten, die Produkte auch zu reparieren (vgl. Erwägungsgrund (16) Reparaturrichtlinie). Durch diese Beschränkung wird sichergestellt, dass nur Waren, die aufgrund ihrer Konstruktion reparierbar sind (und sein müssen), Gegenstand der Reparaturverpflichtung sind und die Hersteller damit nicht übermäßig belastet werden (vgl. Erwägungsgrund (16) Reparaturrichtlinie).

So legt die Durchführungsverordnung (EU) 2023/1670 der Kommission zur Festlegung von Ökodesign-Anforderungen an Smartphones, Mobiltelefone, schnurlose Telefone und Slate-Tablets fest, dass Sicherheitsaktualisierungen spätestens vier Monate und Funktionsaktualisierungen spätestens sechs Monate nach der Veröffentlichung des Quellcodes durch den Betriebssystemhersteller oder nach dessen Freigabe kostenlos für alle Einheiten eines Produktmodells mit demselben Betriebssystem zugänglich gemacht werden müssen. Dies gilt für einen Mindestzeitraum von fünf Jahren ab dem Datum der Beendigung des Inverkehrbringens (Art. 3 i.V.m. Anh. II A, Nr. 1.1, Abs. 6, lit. a¹⁸⁰²). Damit trifft den Hersteller des Produkts aber keine originäre Updatepflicht. Er hat vielmehr ein freiwillig oder aufgrund

1801 Richtlinie (EU) 2024/1799.

1802 Der Anhang A gilt für Mobiltelefone, die keine Smartphones sind. Entsprechende Regelungen finden sich für Smartphones und Tablets.

gesetzlicher Verpflichtung (insoweit klarstellend Anh. II A, Nr. 1.1, Abs. 6, lit. a) zur Verfügung gestelltes Update für alle dafür infrage kommenden Produktmodelle zugänglich zu machen. Ein Gerätehersteller kann sich damit im Zeitraum von fünf Jahren nicht darauf zurückziehen, dass der Update-Support für ein bestimmtes Produktmodell eingestellt wird, wenn für dieses Updates technisch noch verfügbar sind. Die Frage unter welchen Voraussetzungen solche Updates aber originär zu entwickeln und bereitzustellen sind, wird nicht geregelt. Lediglich in diesem Umfang wird dem Nutzer dann über die Reparaturrichtlinie auch ein Anspruch gegen den Hersteller eingeräumt. Damit schafft das Recht auf Reparatur für diese Produktgruppen keinen originären Updateanspruch, sondern entsprechend den Ökodesignanforderungen nur einen Anspruch auf Teilhabe an bereits zur Verfügung gestellten und auch für das eigene Produktmodell geeigneter Updates.

Anders verhält es sich bei anderen durch Durchführungsverordnungen der Kommission geregelten Produktgruppen wie bei Kühlgeräten. Hier sieht die Durchführungsverordnung (EU) 2019/2024 der Kommission über Art. 3 in Anhang II Abs. 2 lit. a (1) vor, dass Software und Firmware, einschließlich Reset-Software zur Verfügung gestellt werden müssen.¹⁸⁰³ Dies hat nach Abs. 4 für einen Zeitraum von mindestens 10 Jahren zu geschehen. In diesem Umfang besteht folglich auch ein Recht auf Reparatur und ein entsprechender Updateanspruch.

Für die Frage, ob über das Recht auf Reparatur ein Updateanspruch für den Nutzer besteht, müssen folglich produktspezifisch die entsprechenden Ökodesignanforderungen betrachtet werden. Aktuell besten solche Ökodesignanforderungen aber nur für vereinzelte Produktgruppen, sodass künftig auch der Erlass weiterer Durchführungsverordnung durch die Kommission zu berücksichtigen sein wird.

IV. Fazit zu den smarten Reaktionspflichten des Herstellers

Bei Software und smarten Produkten wird die vorzunehmende Einzelfallbetrachtung regelmäßig zu einer Updateverpflichtung des Herstellers führen, da vielfach ein Hinwegsetzen über eine Warnung erwartet werden muss. Bei reiner Software folgt dies aus dem Verkennen des Gefahrenpotentials von Sicherheitslücken, bei smarten Produkten aus der unzumut-

¹⁸⁰³ Gleiches gilt bspw. nach der Durchführungsverordnung (EU) 2019/2023 der Kommission auch für Haushaltswaschmaschinen.

baren Gefahrensteuerung aufgrund der Abnahme der Gefahrensteuerungsmöglichkeiten des Nutzers bei gleichzeitig gesteigerten Einflussmöglichkeiten des Herstellers.

Bei der Ausgestaltung der Updatepflicht hat der Hersteller den Stufenbau der Reaktionspflichten zu beachten. Fehlt es an einer entsprechenden Einwilligung, stellt die das Bereitstellen eines Updates zur Behebung des Sicherheitsmangels die Grundmaßnahme und das Mittel der Wahl dar, um den Anforderungen des Produkthaftungsrechts zu genügen. Eine Zwangsaktualisierung kann nur unter bestimmten Umständen in Betracht gezogen werden, während die Deaktivierung des Produkts als letztes Mittel möglich ist.

Ab dem Geltungsbeginn der neuen GPSR am 13.12.2024 müssen Hersteller im Falle eines erforderlichen Rückrufs die Rechte des Verbrauchers auf Abhilfe berücksichtigen. Updates müssen kostenlos bereitgestellt werden. Daneben wird sich eine Pflicht zur kostenlosen Behebung von Schwachstellen durch Updates aus dem CRA ergeben. Außerdem sieht der Entwurf einer neuen Produkthaftungsrichtlinie vor, dass der Hersteller zur Vermeidung einer Haftung die Sicherheit des Produkts durch Updates aufrechterhalten muss.

Einen subjektiven Anspruch auf den Erhalt von Updates hat der Nutzer dagegen nicht. Individuelle Ansprüche können nur in Ausnahmefällen von hinreichend konkret gefährdeten Dritten geltend gemacht werden.

