

B. Die Produktbeobachtungspflicht in der Produkthaftung

In folgendem Kapitel sollen die juristischen Grundlagen für die nachfolgende Darstellung der Produktbeobachtungspflicht im digitalen Zeitalter dargestellt werden. Die Produktbeobachtungspflicht lässt sich dem Produktrecht zuordnen. Das Produktrecht selbst fußt auf drei Säulen. Hierzu gehören das dem öffentlichen Recht zuzuordnende behördliche Produktsicherheitsrecht, die zivilrechtliche Produzenten- und Produkthaftung sowie die strafrechtliche Produktverantwortung. Das Produktrecht stellt demnach eine Querschnittsmaterie dar, welche naturgemäß Interdependenzen zwischen den einzelnen Teildisziplinen aufweist. In all diesen Teilbereichen kommt auch der Produktbeobachtung – freilich mit unterschiedlicher Akzentuierung – Bedeutung zu. Ausgehend von der zivilrechtlichen Produktbeobachtungspflicht im Rahmen des Produkthaftungsrechts wird im Laufe der Arbeit daher auch auf mögliche Implikationen insbesondere aus dem öffentlich-rechtlichen Produktrecht einzugehen sein.

Unter Produkthaftung wird die zivilrechtliche Einstandspflicht für Schäden aufgrund der Benutzung fehlerhafter Produkte verstanden. Dem deutschen Recht liegt dabei eine zweispurige Betrachtungsweise zu Grunde. Zu unterscheiden ist die vertragliche und die außervertragliche bzw. deliktische Haftung.⁵³ Letztere unterteilt sich sodann in die Produzentenhaftung nach § 823 Abs. 1 BGB und die Haftung nach dem ProdHaftG⁵⁴. Die Produkthaftung – wie die deliktische Haftung im Allgemeinen – verfolgt das Ziel der Schadenskompensation und des Schadensausgleichs einerseits sowie der Prävention und der Schadensverhütung anderseits.⁵⁵

I. Die Produktbeobachtungspflicht als Verkehrspflicht des Herstellers

Anknüpfungspunkt für die deliktsrechtliche Produktbeobachtungspflicht ist § 823 Abs. 1 BGB. Bei der Norm handelt es sich um die zentrale An-

53 Vgl. Lenz, in: Lenz, Produkthaftung, § 3, Rn. 1 f.; beide Haftungssysteme bestehen nebeneinander und schließen sich nicht aus, vgl. BGH, NJW 1977, 379 (380); BGH, NJW 1992, 1039 (1041); Wagner, in: MüKo, BGB, § 823, Rn. 1035 f.

54 Das ProdHaftG geht auf die Produkthaftungsrichtlinie 85/374/EWG zurück.

55 Ausführlich statt aller m.w.N. Thöne, Autonome Systeme, S. 57 ff.

spruchsgrundlage des nationalen Deliktsrechts und die Grundlage für die Haftung des Warenherstellers.⁵⁶ Terminologisch spricht man von der Produzentenhaftung.⁵⁷

1. Die Sorgfaltspflichtverletzung als Anknüpfungspunkt der Haftung

Der Hersteller ist grundsätzlich gehalten, nur sichere Produkte in den Verkehr zu geben und Produktgefahren möglichst abzuwehren.⁵⁸ Eine Rechtsgutsverletzung, die durch ein gefährliches Produkt hervorgerufen wird, begründet für sich genommen aber noch keine Einstandspflicht des Herstellers nach § 823 Abs. 1 BGB. Denn die Rechtsgutsverletzung kommt nicht durch eine direkte Verletzungshandlung des Herstellers zustande. Vielmehr beruht sie entweder auf einem mittelbaren Tun oder einem Unterlassen des Herstellers, wobei die Verletzung erst durch die Benutzung der Sache eintritt. Den genauen Anknüpfungspunkt der schadensstiftenden Handlung im Rahmen der Produzentenhaftung zu erfassen, erweist sich als schwierig. Einerseits kann auf die gesamte Produktion bzw. den einzelnen Produktionsschritt ohne Berücksichtigung der erforderlichen Sicherheitsmaßnahmen oder die Inverkehrgabe des fehlerhaften Produkts als aktive Handlung abgestellt werden.⁵⁹ Andererseits kann auch darauf abgestellt werden, dass es bei einem Produktionsschritt unterlassen wurde, sicherzustellen, dass von dem Produkt keine Gefahren ausgehen.⁶⁰ Da im Rahmen des Produktionsprozesses die genauen Verhaltensformen verschwimmen, ist eine trennscharfe Abgrenzung nicht möglich.⁶¹ Sie ist aber auch gar nicht

56 Vgl. Piovano/Schucht/Wiebe, Produktbeobachtung in der Digitalisierung, S. 16 f.

57 Zur (nicht zwingenden) Terminologie Müller, Software als „Gegenstand“ der Produkthaftung, S. 38 f.

58 In diese Richtung schon RGZ 163, 21 (26); Steege, in: Buck-Heeb/Oppermann (Hg.), Automatisierte Systeme, S. 367 (382); zum Inverkehrbringen § 3 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 S. 1 ProdSG.

59 So Sprau, in: Grüneberg, BGB, § 823, Rn. 171; Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts II/2, S. 402; tendenziell ablehnend Foerste, in: Foerste/Graf v. Westphalen (Hg.), Produkthaftungshandbuch, § 22, Rn. 2 f. wohl unter Verweis darauf, dass das aktive Tun angesichts des gesamten Herstellungsverfahrens regelmäßig nicht den Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit bildet.

60 Vgl. Lenz, in: Lenz, Produkthaftung, § 3, Rn. 186 unter Nennung von Beispielen: Unterlassen der ordnungsgemäßen Beobachtung des Kontrollvorgangs, Unterlassene Erprobung, Unterlassene Warenausgangskontrolle.

61 Foerste, in: Foerste/Graf v. Westphalen (Hg.), Produkthaftungshandbuch, § 22, Rn. 2 ff.

nötig, da sowohl bei einer mittelbaren Verletzungshandlung als auch bei einem Unterlassen die Pflichtwidrigkeit des Verhaltens positiv festzustellen ist. Denn in diesen Fällen ist die Rechtswidrigkeit des Verhaltes nicht durch die Rechtsgutsverletzung indiziert, sondern ergibt sich erst durch den Verstoß gegen eine Verkehrspflicht bzw. bei Bestehen einer Pflicht zum Handeln.⁶² Durch die Haftung für entsprechende Sorgfaltspflichtverletzungen soll sichergestellt werden, dass der Hersteller seine Möglichkeiten der Gefahrensteuerung ausschöpft und so dem Interesse der Produktsicherheit gerecht wird.⁶³ Als solche Verkehrspflicht stellt sich auch die Produktbeobachtungspflicht dar.

2. Bedeutung der Verkehrspflichten

a) Begründung von Verkehrspflichten

Verkehrspflichten wurden zunächst außerhalb der Produzentenhaftung entwickelt und waren allgemein mit der Pflicht verbunden, auf die Rechte und Rechtsgüter anderer Rücksicht zu nehmen.⁶⁴ Für das Bestehen einer Verkehrspflicht ist die Möglichkeit der Gefahrensteuerung unabdingbare Voraussetzung.⁶⁵ Fehlt es jemandem schon an dieser, macht es im Interesse der Verkehrssicherheit keinen Sinn, ihm eine entsprechende Verpflichtung aufzuerlegen, da er die Gefahr gar nicht beherrschen kann.⁶⁶ Eine faktische Möglichkeit der Gefahrenbeherrschung begründet aber allein auch noch keine Verkehrspflicht.⁶⁷ Vielmehr bedarf es einer Verantwortlichkeit für die Gefahrenquelle.⁶⁸

62 Looschelders, Schuldrecht BT, § 59, Rn. 3 ff.; Sprau, in: Grüneberg, BGB, § 823, Rn. 25 f.; Foerste, in: Foerste/Graf v. Westphalen (Hg.), Produkthaftungshandbuch, § 22, Rn. 4; § 23, Rn. 5 f.; zu diesen zwei Funktion der Verkehrspflichten Hager, in: Staudinger, BGB, § 823, Rn. E 3.

63 So Wagner, in: MüKo, BGB, § 823, Rn. 512.

64 So schon RGZ 52, 373 (373 ff.); zu dieser „Leerformel“ Foerste, in: Foerste/Graf v. Westphalen (Hg.), Produkthaftungshandbuch, § 23, Rn. 10.

65 Vgl. BGH, NJW 1954, 1403 (1403).

66 Wagner, in: MüKo, BGB, § 823, Rn. 5.

67 Wagner, in: MüKo, BGB, § 823, Rn. 503; Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts II/2, S. 412 f.; Voigt, in: BeckOGK, BGB, § 823, Rn. 407; Hager, in: Staudinger, BGB, § 823, Rn. E 25; Förster, in: BeckOK, BGB, § 823, Rn. 302.

68 Wagner, in: MüKo, BGB, § 823, Rn. 503; Förster, in: BeckOK, BGB, § 823, Rn. 303.

Eine entsprechende Verantwortlichkeit ergibt sich für denjenigen, der eine Gefahr im eigenen Einflussbereich schafft oder andauern lässt (sog. Bereichshaftung). Denn er hat für den Zustand seines Bereichs einzustehen,⁶⁹ ohne dass es zur Begründung der Verkehrspflicht auf eine erhöhte Gefahrenlage ankommt.⁷⁰ Dahinter steckt der Gedanke der Zusammengehörigkeit von Verantwortung und Bestimmungsgewalt. Der Inhaber der Bestimmungsgewalt vermag den Vorteil aus der Gefahrenquelle zu ziehen und ist jedenfalls zur Beherrschung der Gefahrenquelle in der Lage.⁷¹ Darüber hinaus vertrauen Personen, die sich im Gefahrenbereich aufhalten, darauf, dass Gefahrenquellen ausreichend gesichert sind.

Daneben begründet auch die Übernahme einer Aufgabe einen Zurechnungsgrund und entsprechende Verantwortlichkeit (sog. Übernahmehaftung). Hier ermöglicht die Übernahme der Aufgabe zunächst, die Gefahr zu beherrschen. Gleichzeitig führt die Übernahme der Aufgabe aber auch dazu, dass sich eigener Selbstschutz verringert und entsprechende Maßnahmen heruntergefahren werden. Hierin liegt die maßgebliche Gefahrenschaffung. Zudem ist damit regelmäßig ein Vertrauen dergestalt verbunden, dass der Übernehmende seine Aufgabe ordentlich erledigen wird.⁷²

Ferner können sich auch aus einem vorangegangenen Tun, ohne dass eine Aufgabe übernommen oder für den Zustand des eigenen Bereiches einzustehen ist, Verkehrspflichten ergeben (teilweise Ingerenz). Da die den übrigen Zurechnungsgründen zugrundeliegenden Erwägungen hier aber keine Rolle spielen, droht eine Konturlosigkeit des Zurechnungsgrunds. Vor diesem Hintergrund muss die geschaffene Gefahr über das allgemeine Lebensrisiko hinausgehen.⁷³ Eine Sorgfaltsanforderung kann nicht auf die Vermeidung einer Gefahr gerichtet sein, die nicht über das hinausgeht, was im täglichen Zusammenleben ohnehin hingenommen werden muss.⁷⁴ Da

69 Vgl. *Hager*, in: Staudinger, BGB, § 823, Rn. E 16.

70 *Wagner*, in: MüKo, BGB, § 823, Rn. 503; *Förster*, in: BeckOK, BGB, § 823, Rn. 303.

71 *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts II/2, S. 407 f.; *Hager*, in: Staudinger, BGB, § 823, Rn. E 16; *Voigt*, in: BeckOGK, BGB, § 823, Rn. 409.

72 *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts II/2, S. 408 ff.; *Hager*, in: Staudinger, BGB, § 823, Rn. E 21; mit Zurückhaltung auch *Voigt*, in: BeckOGK, BGB, § 823, Rn. 411.

73 Vgl. *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts II/2, S. 410 f.; *Voigt*, in: BeckOGK, BGB, § 823, Rn. 408; *Wagner*, in: MüKo, BGB, § 823, Rn. 514: „vorangegangenes gefährliches Tun“; speziell in Bezug auf die Produzentenhaftung *Bodewig*, Der Rückruf fehlerhafter Produkte, S. 177; nach *Hager*, in: Staudinger, BGB, § 823, Rn. E 13 bedarf es dagegen keiner besonderen Gefahr.

74 Vgl. *Oetker*, in: MüKo, BGB, § 249, Rn. 194.

auch im Rahmen des vorangegangenen Tuns der Gefahrenschaftung und -beherrschung maßgebliche Bedeutung zukommt, kommt es auch nicht darauf an, ob das betreffende Verhalten für sich genommen rechtswidrig war oder nicht.⁷⁵

Zusammenfassend lässt sich eine Verkehrspflicht demnach im Wesentlichen darauf zurückführen, dass eine Gefahrenquelle geschaffen oder unterhalten wird.⁷⁶ Damit ist „derjenige, der eine Gefahrenlage – gleich welcher Art – schafft, grundsätzlich verpflichtet, die notwendigen und zumutbaren Vorkehrungen zu treffen, um eine Schädigung anderer möglichst zu verhindern.“⁷⁷ Ausgehend von dieser stehenden Formulierung der Rechtsprechung handelt es sich bei den Verkehrspflichten um „Gefahrenvermeidungs- und -abwendungspflichten“.⁷⁸ Die Zuordnung zu einem der vorgestellten Zurechnungsgründe⁷⁹ stellt dabei einen Anknüpfungspunkt für das Bestehen einer Verkehrspflicht dar, wobei stets eine inhaltliche Abwägung der genannten Kriterien erforderlich ist und diese regelmäßig erst in ihrem kombinatorischen Zusammenwirken zu einer Verkehrspflicht führen.⁸⁰

b) Umfang der Verkehrspflichten

Die Verkehrssicherungspflichten sind in ihrem Umfang und ihrer Intensität nach aber nicht grenzenlos. Vielmehr umfasst die „rechtlich gebotene Verkehrssicherung [...] diejenigen Maßnahmen, die ein umsichtiger und verständiger, in vernünftigen Grenzen vorsichtiger Mensch für notwendig und ausreichend hält, um andere vor Schäden zu bewahren. Dabei ist zu berücksichtigen, dass nicht jeder abstrakten Gefahr vorbeugend begegnet werden kann. Ein allgemeines Verbot, andere nicht zu gefährden, wäre

75 Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts II/2, S. 410.

76 Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts II/2, S. 407; Voigt, in: BeckOGK, BGB, § 823, Rn. 408.

77 Ständige Rspr., so wörtlich BGH, NJW 2007, 762 (763); in diese Richtung schon RGZ 163, 21 (26); BGH, NJW 1952, 1050 (1051) und BGH, NJW 1964, 814.

78 Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts II/2, S. 402.

79 Hager, in: Staudinger, BGB, § 823, Rn. E 12 weist darauf hin, dass die Fallgruppen nur als Aufgreifkriterien dienen und oft ineinander übergehen.

80 So Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts II/2, S. 413; Voigt, in: BeckOGK, BGB, § 823, Rn. 413.

unrealistisch. Eine Verkehrssicherung, die jede Schädigung ausschließt, ist im praktischen Leben nicht erreichbar“.⁸¹

Maßgeblich für die Bestimmung der Verkehrspflichten sind demnach die berechtigten Sicherheitserwartungen des Verkehrs.⁸² Bei der berechtigten Sicherheitserwartung handelt es sich um keine rein empirisch festzustellende Tatsache, sondern um eine Verkehrsanschauung, die sich nur im Wege wertender Betrachtung bestimmen lässt.⁸³ Dabei wird auch die Möglichkeit des Geschädigten berücksichtigt, sich selbst vor der Gefahr zu schützen. Ist ein solcher Selbstschutz möglich, kann eine Verkehrspflicht schon tatbestandlich entfallen oder reduziert sein.⁸⁴ Ist eine Gefahr gerade mit den Händen zu greifen oder kann ihr ohne Weiteres ausgewichen werden, kann der Verkehrssicherungspflichtige darauf vertrauen, dass der Betroffene dies erkennt und sich selbst schützt.⁸⁵ Der Sorgfaltsstandard weist folglich eine gewisse Wechselseitigkeit auf und ist durch den Vertrauensgrundsatz gekennzeichnet.⁸⁶ Damit lässt sich bereits festhalten, dass der Betroffene nicht vor allen möglichen Gefahren zu schützen ist, sondern nur vor solchen, die über das übliche Risiko⁸⁷ hinausgehen und die von ihm nicht erkannt und beherrscht werden können.⁸⁸ Welche Sicherheitsvorkehrungen dann konkret zu ergreifen sind, bestimmt sich einzelfallabhängig nach Art eines beweglichen Systems,⁸⁹ wobei die zwei Kenngrößen der Erforderlichkeit und Zumutbarkeit das Mindest- und Höchstmaß der geforderten objektiven Sorgfalt festlegen.⁹⁰

81 Vgl. erneut die ständige Rspr. und stehende Formulierung, so wörtlich BGH, NJW 2007, 762 (763); in diese Richtung schon RGZ 163, 21 (26); BGH, NJW 1952, 1050 (1051) und BGH, NJW 1964, 814.

82 Vgl. auch Voigt, in: BeckOGK, BGB, § 823, Rn. 414; Hager, in: Staudinger, BGB, § 823, Rn. E 27.

83 v. Bar, in: Lieb (Hg.), Produktverantwortung und Risikoakzeptanz, S. 29 (32); Voigt, in: BeckOGK, BGB, § 823, Rn. 414.

84 Vgl. Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts II/2, S. 414.

85 Je m.w.N. zur Rspr.: Wagner, in: MüKo, BGB, § 823, Rn. 533; Voigt, in: BeckOGK, BGB, § 823, Rn. 422; Hager, in: Staudinger, BGB, § 823, Rn. E 32a.

86 Wagner, in: MüKo, BGB, § 823, Rn. 534.

87 Zur Üblichkeit von Sicherheitsvorkehrungen auch Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts II/2, S. 416.

88 Vgl. Wagner, in: MüKo, BGB, § 823, Rn. 534.

89 So Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts II/2, S. 413 f.

90 Foerste, in: Foerste/Graf v. Westphalen (Hg.), Produkthaftungsbandbuch, § 24, Rn. 1.

aa) Erforderlichkeit von Sicherungsmaßnahmen

Für die Frage der Erforderlichkeit von Sicherungsmaßnahmen ist der Erwartungshorizont des gefährdeten und des durchschnittlichen Verkehrsteilnehmers maßgeblich.⁹¹

Dabei können die Verkehrssicherungspflichten nicht dazu herangezogen werden, jegliche Schädigung zu vermeiden. Denn die Verkehrssicherungspflichten sind verhaltens- und nicht erfolgsbezogen, sodass allein aus der Existenz einer Gefahrenquelle noch keine Pflichtverletzung abgeleitet werden kann.⁹² Von dem Verkehrssicherungspflichtigen kann nichts Unmögliches verlangt werden. Alles andere würde den Charakter der Verkehrssicherungspflichten als „ernstzunehmende Verhaltensnormen, deren Einhaltung realistischer- und gerechterweise verlangt werden kann“, überstrapazieren und letztendlich allein der nachträglichen Konstruktion einer Haftung dienen.⁹³ Da eine absolute Sicherheit nicht gefordert wird und daneben auch von den Verkehrsteilnehmern nicht erwartet werden kann, wird eine Gefahr erst dann haftungsbegründend, wenn sie nach dem Stand von Wissenschaft und Technik für den Pflichtigen auch objektiv erkennbar und vermeidbar gewesen ist.⁹⁴ Sicherungspflichten können demnach immer nur im Rahmen der dem Sicherungspflichtigen in der konkreten Handlungssituation ex ante zur Verfügung stehenden tatsächlichen und rechtlichen Handlungsmöglichkeiten bestehen.⁹⁵ Aus dem Umstand, dass nach der berechtigten Verkehrserwartung nicht in jeder Situation eine absolute Sicherheit verlangt werden kann, folgt auch, dass allein die theoretische Möglichkeit der Verletzung von Rechtsgütern anderer nicht zwangsläufig zu entsprechenden Sicherungspflichten führt. Es muss nicht jeder abstrakten Gefahr durch vorbeugende Maßnahmen begegnet werden.⁹⁶

91 Vgl. BGH, NJW 1990, 906 (907).

92 BGH, NJW 1981, 1606 (1608).

93 Foerste, in: Foerste/Graf v. Westphalen (Hg.), Produkthaftungshandbuch, § 23, Rn. 12.

94 Hierzu Foerste, in: Foerste/Graf v. Westphalen (Hg.), Produkthaftungshandbuch, § 23, Rn. 14; Hager, in: Staudinger, BGB, § 823, Rn. E 30 mit dem Hinweis, dass es aufgrund des objektiven Maßstabs nicht darauf ankommt, ob der Pflichtige die Gefahr auch tatsächlich erkannt hat; BGH, NJW 1981, 1606 (1608).

95 Wagner, in: MüKo, BGB, § 823, Rn. 527.

96 BGH, BeckRS 1975, 30391745; BGH, NJW 2013, 1302 (1303); Voigt, in: BeckOGK, BGB, § 823, Rn. 414; Hager, in: Staudinger, BGB, § 823, Rn. E 35.

Allerdings ist bei der Beurteilung der Erforderlichkeit auch die Gefährlichkeit des Verhaltens zu berücksichtigen.⁹⁷ Die Gefährlichkeit hängt im Wesentlichen von der Höhe des Schadens und dem Grad der Eintrittswahrscheinlichkeit ab.⁹⁸ Die Schadenshöhe wird dabei vom Rang des betroffenen Rechtsguts und der Intensität seiner Verletzung bestimmt.⁹⁹ Daraus ergibt sich, dass je höherwertiger die Rechtsgüter sind und je schwerer der drohende Schaden ist, desto höher auch die Anforderungen sind, die an die Verkehrssicherungspflichten auch gegen relativ unwahrscheinliche Gefahren gestellt werden.¹⁰⁰

bb) Zumutbarkeit von Sicherungsmaßnahmen

Die Sorgfaltspflichten enden aber nicht erst an der Grenze des technisch und rechtlich Möglichen, sondern bereits an der Grenze des Zumutbaren.¹⁰¹ Nicht alle Sicherungsmaßnahmen, die objektiv möglich sind, werden vom Verkehrssicherungspflichtigen auch gefordert.¹⁰² Unter der Zumutbarkeit ist dabei der vom Verkehrssicherungspflichtigen zu ergreifende Sicherheitsaufwand zu verstehen. In diesem Rahmen wird der Umfang der Verkehrspflicht auf das beschränkt, was „billige Rücksicht nach der Verkehrsauffassung“ gebietet.¹⁰³

Auch beim zu ergreifenden Sicherheitsaufwand spielt die Größe der Gefahr eine entscheidende Rolle. So sind Sicherungsmaßnahmen umso eher zumutbar, je größer die Gefahr und die Wahrscheinlichkeit ihrer Verwirklichung ist.¹⁰⁴ Der wirtschaftliche Aufwand der Sicherheitsmaßnahmen ist vor diesem Hintergrund in Relation zu ihrem Nutzen und damit dem

97 Vgl. BGH, NJW 1965, 197 (199): „Mit der Größe der Gefahr wächst auch das Maß der vom Verkehrssicherungspflichtigen zu erwartenden Sorgfalt“; Voigt, in: BeckOGK, BGB, § 823, Rn. 414.

98 BGH, NJW 2007, 732 (763); Wagner, in: MüKo, BGB, § 823, Rn. 530; Förster, in: BeckOK, BGB, § 823, Rn. 702.

99 Wagner, in: Eifert (Hg.), Produktbeobachtung durch Private, S. 115 (122); Voigt, in: BeckOGK, BGB, § 823, Rn. 414.

100 Voigt, in: BeckOGK, BGB, § 823, Rn. 414.

101 Wagner, in: MüKo, BGB, § 823, Rn. 528.

102 Vgl. BGH, NJW 1964, 814 (816 f.), Foerste, in: Foerste/Graf v. Westphalen (Hg.), Produkthaftungshandbuch, § 23, Rn. 15.

103 BGH, NJW 1985, 270 (270); BGH, NJW 1972, 724 (726).

104 Vgl. nur BGH, NJW 2007, 762 (763); Wagner, in: MüKo, BGB, § 823, Rn. 530; Hager, in: Staudinger, BGB, § 823, Rn. E 35.

Wert der insgesamt zu vermeidenden Schäden zu setzen.¹⁰⁵ Daher gilt: Je höher der zu erwartende Schaden, je wahrscheinlicher dessen Eintritt und je geringer der Aufwand der Sicherungsmaßnahmen, desto eher können diese dem Verkehrssicherungspflichtigen zugemutet werden.¹⁰⁶ Soweit sich aber die vom Geschädigten erlittene Rechtsgutsverletzung nicht durch zumutbare Sorgfaltsmaßnahmen hätte verhindern lassen, verwirklicht sich kein „Unrecht“ des Schädigers, sondern erleidet der Geschädigte ein „Unglück“.¹⁰⁷

3. Pflichtenbereiche des Herstellers

Diese allgemeinen Grundsätze der Verkehrssicherungspflichten können auch auf die Produzentenhaftung übertragen werden.¹⁰⁸ Im Rahmen der Produzentenhaftung haben sich hinsichtlich der Sorgfaltsanforderungen die Kategorien des Konstruktions-, Fabrikations-, Instruktions- sowie Produktbeobachtungsfehlers herausgebildet. Dass die Kategorien terminologisch an einen Produktfehler anknüpfen und gegenständlich formuliert sind, darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich dahinter die Pflicht zu sorgfältigem Handeln in diesen Bereichen verbirgt und es sich auch bei der Produzentenhaftung um eine Haftung für objektive Sorgfaltspflichtverletzungen handelt.¹⁰⁹ In einem Produktfehler vereint sich damit das Vorliegen eines objektiven Produktmangels in Form eines Sicherheitsdefizits bzw.

105 Wagner, in: MüKo, BGB, § 823, Rn. 531.

106 Vgl. auch Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts II/2, S. 414.

107 BGH, BeckRS 1975, 30391745; BGH, NJW 2006, 2326 (2362); Wagner, in: MüKo, BGB, § 823, Rn. 528.

108 Hierzu Kullmann, VersR 1988, 655 m.w.N. zur Rechtsprechung in Fn. 9; zur Geltung der allgemeinen Grundsätze auch Voigt, in: BeckOGK, BGB, § 823, Rn. 640 und Foerste, in: Foerste/Graf v. Westphalen (Hg.), Produkthaftungshandbuch, § 24, Rn. 1; grundlegend BGH, NJW 1969, 269.

109 Vgl. Wagner, in: MüKo, BGB, § 823, Rn. 1068 mit dem Hinweis, dass die Kategorisierung auf der komplexen Beweislastverteilung beruht; hierzu auch Riehm/Meier, EuCML 2019, 161 (163) mit dem Hinweis, dass beim Vorhandensein eines solchen Fehlers auch regelmäßig auf die Verletzung der Sorgfaltspflicht zu schließen ist; Lüftenegger, Die Rückrufpflicht des Herstellers, S. 64 sieht in dem Fehler die Manifestation der Sorgfaltspflichtverletzung; Wagner, Deliktsrecht, Kap. 9, Rn. 12 spricht davon, dass Sorgfaltspflichtverletzungen zu bestimmten Fehlerkategorien verschlüsselt werden; Thöne, Autonome Systeme, S. 126 verweist darauf, dass es eine terminologische Frage darstellt, ob von einem entsprechenden Produktfehler oder einem fahrlässig produzierten Produkt gesprochen wird; Ackermann, in: NK-ProdR, § 823 BGB, Rn. 87 ff. spricht von Konstruktionspflichtverletzung, etc.

einer Verkehrswidrigkeit und die Verkehrspflichtverletzung des Herstellers. Eine Aufspaltung des Begriffs des Produktfehlers erfolgt dann lediglich im Rahmen des Beweisrechts.¹¹⁰ Während der Geschädigte grundsätzlich nur den Produktmangel als Sicherheitsdefizit nachzuweisen hat, muss sich der Hersteller hinsichtlich der dann vermuteten Verkehrspflichtverletzung entlasten.

a) Inverkehrbringen als Zäsur

Maßgeblich für die Bestimmung der Sorgfaltsanforderungen ist nach den allgemeinen Grundsätzen der Zeitpunkt, zu dem eine Schadensabwendung in Betracht kam.¹¹¹ Damit ist grundsätzlich ex ante auf den Zeitpunkt der für die Rechtsgutsverletzung ursächlichen Handlung abzustellen.¹¹² Im Rahmen der Produzentenhaftung ist dies der Zeitpunkt des Inverkehrbringens¹¹³ des Produkts.¹¹⁴ Denn erst mit der Inverkehrgabe des Produkts wird eine Gefahrenlage für Dritte geschaffen und gewinnt das Verhalten des Herstellers an haftungsrechtlicher Relevanz.¹¹⁵

Die Verantwortlichkeit des Herstellers ergibt sich dabei unter dem Gesichtspunkt der Bereichshaftung.¹¹⁶ Die Verkehrspflichten des Herstellers, verschlüsselt zu den Fehlerkategorien, gründen darauf, dass der Hersteller

110 Vgl. Foerste, in: Foerste/Graf v. Westphalen (Hg.), Produkthaftungshandbuch, § 30, Rn. 27.

111 Lorenz, in: BeckOK, BGB, § 276, Rn. 27; BGH, NJW 1981, 1603 (1604).

112 Wagner, in: MüKo, BGB, § 823, Rn. 549.

113 Eine Definition des Inverkehrbringens findet sich im Produkthaftungsrecht – auch im Rahmen des ProdHaftG – nicht. Es wird darauf abzustellen sein, dass ein Dritter bestimmungsgemäß mit dem Produkt in Kontakt kommen kann, vgl. Hager, in: Staudinger, BGB, § 823, Rn. F 2. Im ProdHaftG wird es für erforderlich gehalten, dass der Hersteller sein Produkt aufgrund eines freien Willensentschlusses „in die Umwelt entlassen“ hat. Ob das Produkt darüber hinaus auch an eine Person außerhalb der Herrschaftssphäre des Herstellers übergeben werden muss („Werkstorprinzip“), ist streitig, vor dem europarechtlichen Hintergrund aber wohl abzulehnen, vgl. Förster, in: BeckOK, BGB, § 823, Rn. 678 m.w.N.

114 Allgemeine Meinung, vgl. nur Wagner, in: MüKo, BGB, § 823, Rn. 1081.

115 Wagner, AcP 217 (2017), 707 (749) weist zu Recht darauf hin, dass es aus deliktsrechtlicher Sicht jedermann freisteht, hochgefährliche Produkte herzustellen und dies erst dann relevant wird, wenn Dritte damit in Berührung kommen können.

116 Die Produzentenhaftung wird regelmäßig der Bereichshaftung zugerechnet, vgl. Lorenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts II/2, S. 408; Hager, in: Staudinger, BGB, § 823, Rn. E 20.

bis zum Zeitpunkt der Inverkehrgabe das Produkt in seiner Gewalt¹¹⁷ hat und es seiner Risikosphäre unterliegt, die er durch Steuerung und Einflussnahme beherrschen kann. Durch den entsprechenden Gewinn zieht der Hersteller auch den maßgeblichen Vorteil aus der Schaffung der Gefahrenquelle. Der Vorteil aus der Schaffung der Gefahrenquelle und die Nähe zu ihr sind folglich die ausschlaggebenden Abwägungskriterien für die Begründung der Verkehrspflichten des Herstellers bis zur Inverkehrgabe.¹¹⁸ Hinzu kommt, dass der mit einer eigenen Beurteilung der Produktsicherheit überforderte Produktnutzer auch im Ausgangspunkt auf die Sicherheit des Produkts vertraut.¹¹⁹ Da der Hersteller hinsichtlich des Produktionsprozesses Inhaber der Bestimmungsgewalt ist und demnach für den Zustand seines Bereichs einzustehen hat,¹²⁰ kommt es auch nicht auf eine durch das Produkt bzw. den entsprechenden Fehler geschaffene erhöhte Gefahrenlage an.¹²¹

Die Maßgeblichkeit des Zeitpunkts des Inverkehrbringens ergibt sich auch aus einer Abgrenzung der Verantwortungsbereiche. So beruhen bereits die allgemeinen Verkehrspflichten auf dem Gedanken der Abgrenzung der jeweiligen Verantwortungsbereiche und der Risikoverteilung, indem ein Ausgleich zwischen den Integritätsinteressen und der Handlungsfreiheit vorgenommen wird.¹²² Im Rahmen der Produzentenhaftung wird diese Abgrenzung der Verantwortungsbereiche¹²³ anhand der Fehlerkategorisierung deutlich. Demnach lassen sich zwei maßgebliche Verantwortungssphären ausmachen: Diejenige des Herstellers, wozu auch der Zulieferer, Programmierer, etc. zu rechnen sind und diejenige des Nutzers (einschließlich des Bedieners).¹²⁴ Die Konstruktions-, Fabrikations- sowie Instruktionspflichten beziehen sich auf den Herstellungsprozess und auf den Zeitraum

117 Förster, in: BeckOK, BGB, § 823, Rn. 703.

118 Voigt, in: BeckOGK, BGB, § 823, Rn. 410.

119 Vgl. Bodewig, Der Rückruf fehlerhafter Produkte, S. 172.

120 Nach Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts II/2, S. 408 ist sowohl die bewegliche Sache als auch das Unternehmen die Gefahrenquelle.

121 Hager, in: Staudinger, BGB, § 823, Rn. E 20.

122 So schon Steffen, VersR 1980, 409; Thöne, Autonome Systeme, S. 108.

123 Insoweit zur Produkthaftung Reusch, in: Kaulartz/Braegelmann (Hg.), Artificial Intelligence und Machine Learning, S. 87; speziell zur Verantwortung bei Innovationen Röthel, in: Eifert/Hoffmann-Riem (Hg.), Innovationsverantwortung, S. 335 (338).

124 Vgl. Borges, NJW 2018, 977 (980); Zech, in: Gless/Seelmann (Hg.), Intelligente Agenten und das Recht, S. 163 (177) spricht von Produzenten- und Anwenderseite; Thöne, Autonome Systeme, S. 196.

vor dem Inverkehrbringen. Sie sind präventiv darauf gerichtet Fehler zu vermeiden, um möglichst nur fehlerfreie Produkte auf den Markt zu bringen.¹²⁵ Anknüpfend an diese jeweiligen Fehler werden Bereiche definiert, in denen die produktrechtliche Gefahrensteuerung dem Hersteller und nicht dem Produktnutzer obliegt. Während es am Hersteller ist, für eine fehlerfreie Beschaffenheit der von ihm in Verkehr gebrachten Ware zu sorgen, unterliegt der Produktnutzer den Sorgfaltsanforderungen beim jeweiligen Einsatz des Gegenstands.¹²⁶ Nach dem Zeitpunkt der Inverkehrgabe verliert der Hersteller herkömmlich die Kontrolle über das Produkt. Eine herstellerseitige Gefahrensteuerung ist danach nur noch begrenzt möglich. Aus diesem Grund konkretisieren sich die deliktsrechtlichen Sorgfaltspflichten des Herstellers und die Sicherheitserwartungen an das Produkt zu dem Zeitpunkt des Inverkehrbringens.¹²⁷ Als Zäsur für die haftungsrechtliche Zuweisung der Risikosphären kann demnach der Zeitpunkt des Inverkehrbringens ausgemacht werden.

b) Haftungsweiterung für Zeitraum ab dem Inverkehrbringen

Allerdings können auch nach der eigentlichen schadensursächlichen Handlung neue Pflichten entstehen.¹²⁸ Für die Produzentenhaftung bedeutet das, dass die Verantwortung des Herstellers nicht mit dem Zeitpunkt des Inverkehrbringens des Produkts endet.¹²⁹ Für die Zeit nach der Inverkehrgabe trifft den Hersteller die Produktbeobachtungspflicht.

Hinsichtlich der Produzentenhaftung ist zunächst zu konstatieren, dass das Produkt mit dem Inverkehrbringen die Sphäre des Herstellers verlässt und eine unmittelbare Einflussnahme auf die Verwendung des Produkts herkömmlicherweise nicht mehr möglich ist. Allerdings verfügt der Hersteller auch noch nach der Inverkehrgabe über die Möglichkeit der Gefahrensteuerung als unabdingbare Voraussetzung für die Begründung einer Verkehrspflicht. Denn mit den Möglichkeiten einer Warnung oder eines

125 Lüftenegger, Die Rückruffpflicht des Herstellers, S. 77.

126 Wagner, in: MüKo, BGB, § 823, Rn. 512.

127 Vgl. zum Ganzen Schrader, in: Buck-Heeb/Oppermann (Hg.), Automatisierte Systeme, S. 333 (336); Wagner, in: MüKo, BGB, § 823, Rn. 1109; Helte, Anforderungen an die Produktsicherheit, S. 15; Thöne, Autonome Systeme, S. 198.

128 Lorenz, in BeckOK, BGB, § 276, Rn. 27.

129 So bereits RGZ 163, 21 (26); mittlerweile stehende Formulierung vgl. BGH, NJW 2009, 1080 (1081).

Rückrufs verbleiben ihm auch nach diesem Zeitpunkt Mittel der Gefahrensteuerung bei erkannten Produktgefahren.¹³⁰ Außerdem kann der Hersteller die aus dem Herstellungsprozess bekannten Produkteigenschaften mit den ihn erreichenden neuesten Erkenntnissen aus der Nutzungsphase in Relation setzen und verfügt aufgrund dieses überlegenen Wissens über die besten Voraussetzungen für eine effektive und individuelle Gefahrenabwehr.¹³¹ Daneben stellt sich der mit der Produktbeobachtung verbundene Aufwand für den Hersteller regelmäßig als gering dar.¹³² Denn mit Blick auf das Inverkehrbringen künftiger Produkte ist der Hersteller ohnehin dazu angehalten, schon vermarktete Produkte auf bisher unbekannte Gefahren zu beobachten, um dann erforderlichenfalls seine Produktion anpassen zu können und so hinsichtlich dieser noch in den Verkehr zu bringender Produkte dem Vorwurf einer Sorgfaltspflichtverletzung zu entgehen.¹³³

Neben der Möglichkeit der Beherrschung der Gefahrenquelle ist zur Begründung einer Verkehrspflicht aber auch die Verantwortlichkeit für die Gefahrenquelle erforderlich.¹³⁴ Zwar geht die Gefahrenquelle mit der Inverkehrgabe des Produkts auf den Hersteller zurück, allerdings muss der Zustandsverantwortliche nicht mit demjenigen identisch sein, der eine Gefahrenquelle geschaffen hat,¹³⁵ so dass auch eine Verkehrspflicht des Nutzers als nunmehrigem Inhaber der Bestimmungsmacht in Betracht kommt. Verkehrspflichten zum Schutz fremder Rechtsgüter vor Gefahren aus der eigenen Sphäre des Rechtsgutsträgers können nur ausnahmsweise

130 Wagner, in: MüKo, BGB, § 823, Rn. 1109; Bodewig, Der Rückruf fehlerhafter Produkte, S. 169.

131 Förster, in: BeckOK, BGB, § 823, Rn. 735; Wagner, AcP 217 (2017), 707 (751); Lenz, in: Lenz, Produkthaftung, § 3, Rn. 223; Bodewig, Der Rückruf fehlerhafter Produkte, S. 174 f.; Klinger, Die Produktbeobachtungspflicht bezüglich Fremdzubehörteilen, S. 35 f. sieht aufgrund dieser Faktoren ein allgemein gesteigertes und schutzwürdiges Vertrauen der Nutzer; eine Begründung für die Verantwortung des Herstellers im Hinblick auf die Produktbeobachtung findet sich in der zivilrechtlichen Judikatur dagegen kaum. In strafrechtlicher Hinsicht äußerte sich der BGH in seiner berühmten Lederspray-Entscheidung aber genau in der dargestellten Weise, vgl. BGH, NJW 1990, 2560 (2564).

132 Vgl. hierzu Wagner, AcP 217 (2017), 707 (751). Dieser spricht davon, dass der Hersteller folglich „cheapest cost avoider“ ist.

133 Foerste, in: Foerste/Graf v. Westphalen (Hg.), Produkthaftungshandbuch, § 24, Rn. 372.

134 Explizit im hiesigen Kontext Ulmer, ZHR 152 (1988), 564 (571); v. Bar, in: Lieb (Hg.), Produktverantwortung und Risikoakzeptanz, S. 29 (36) fordert einen „Zurechnungsgrund“.

135 Voigt, in: BeckOGK, BGB, § 823, Rn. 409.

bestehen.¹³⁶ Insoweit ist zu konstatieren, dass eine Gefahrenquelle abstrakter Natur stets mit dem Inverkehrbringen eines Produkts geschaffen wird, da sich eine völlige Gefährlosigkeit über den gesamten Lebenszyklus hinweg nie sicher vorhersagen lässt.¹³⁷

Geht die Gefahr auf den Produktionsvorgang zurück, hat der Hersteller hierfür die Bestimmungsgewalt und schafft er folglich mit der Inverkehrgabe eine andauernde Gefahrenquelle, die ursprünglich aus seiner Sphäre stammt und nun in die Nutzungsphase hineinragt.¹³⁸ Geht eine Gefahr aber derart von der eigenen Sphäre aus, ist jeder ohne Weiteres verpflichtet, sein Verhalten und seine Sachen so einzurichten, dass eine Verletzung von Rechtsgütern Dritter möglichst vermieden wird.¹³⁹ Ferner besteht gerade auch ein schutzwürdiges Vertrauen der Nutzer darauf, dass der Hersteller in diesem Fall Gefahrenabwehrmaßnahmen ergreift.¹⁴⁰ Immerhin verfügt der Hersteller nicht nur aufgrund des Entwicklungs- und Herstellungsprozesses über sämtliche Informationen über das Produkt, sondern ihn erreichen auch Gefahren- oder Schadensmeldungen – ggf. unter Zwischenschaltung der Händler – zuvörderst. Damit begründet sich in diesen Fällen die Verkehrspflicht des Herstellers auch für den Zeitraum nach der Inverkehrgabe nach den Grundsätzen der Bereichshaftung.¹⁴¹

Geht die Produktgefahr dagegen nicht auf die Sphäre des Herstellers zurück, kommt eine Verantwortung des Herstellers nur unter dem Gesichtspunkt des vorangegangenen gefährlichen Tuns in Betracht.¹⁴² Allerdings kommt eine allgemeine deliktsrechtliche Pflicht zur Fürsorge für fremde Rechtsgüter gerade nicht in Betracht.¹⁴³ Vor diesem Hintergrund muss im Einzelfall berücksichtigt werden, ob die dem Hersteller abverlangte Gefahrensteuerung noch in einem angemessenen Verhältnis zu dem von ihm gesetzten Risiko steht.¹⁴⁴ Welche Qualität diese Gefahrschaffung bei der Inverkehrgabe zur Begründung einer entsprechenden Verkehrspflicht haben

136 Wagner, in: MüKo, BGB, § 823, Rn. 504.

137 Vgl. Bodewig, Der Rückruf fehlerhafter Produkte, S. 167.

138 Vgl. dazu Voigt, in: BeckOGK, BGB, § 823, Rn. 674; Hager, VersR 1984, 799; Sommer, Haftung für autonome Systeme, S. 275; Ulmer, ZHR 152 (1988), 564 (571).

139 Wagner, in: MüKo, BGB, § 823, Rn. 504.

140 Vgl. Bodewig, Der Rückruf fehlerhafter Produkte, S. 172.

141 Dazu Bodewig, Der Rückruf fehlerhafter Produkte, S. 177 f.

142 So allgemein ohne Differenzierung Ulmer, ZHR 152 (1988), 564 (571).

143 Wagner, in: MüKo, BGB, § 823, Rn. 504.

144 Diesen Zusammenhang mahnt auch Foerste, in: Foerste/Graf v. Westphalen (Hg.), Produkthaftungshandbuch, § 25, Rn. 222 an.

muss, ist dabei noch wenig geklärt.¹⁴⁵ Dieser Frage soll kontextbezogen bei der Klärung des Anwendungsbereichs der Produktbeobachtungspflicht nachgegangen werden.¹⁴⁶

4. Der Produktbeobachtungsfehler

Die Pflichten des Herstellers enden damit nicht mit der Inverkehrgabe des Produkts. Vielmehr hat ein Hersteller, der erst nach dem Inverkehrbringen erfährt, dass von seinem Produkt Gefahren ausgehen, „alles [zu] tun, was ihm den Umständen nach zugemutet werden kann, um sie abzuwenden.“¹⁴⁷ Mit der Statuierung dieser Gefahrenabwehrpflicht hat das Reichsgericht die Produktbeobachtungspflicht schon implizit angesprochen. Später stellte der BGH dann fest, dass es allein mit der Gefahrenabwehrpflicht nicht sein Bewenden haben kann. Denn der Hersteller darf sich nicht darauf verlassen, mehr oder weniger zufällig von solchen Gefahren Kenntnis zu erlangen. Vielmehr ist er verpflichtet, seine Produkte sowohl auf noch nicht bekannte schädliche Eigenschaften hin zu beobachten als auch sich über deren sonstige, eine Gefahrenlage schaffende Verwendungsfolgen zu informieren.¹⁴⁸

Die Produktbeobachtungspflicht nimmt aber nicht nur in zeitlicher Hinsicht eine Sonderrolle im Pflichtengefüge des Herstellers ein. Denn ihre Verletzung führt nicht zu einem Produktfehler im Sinne einer sicherheitskritischen Eigenschaft.¹⁴⁹ Die sicherheitskritische Produkteigenschaft liegt vielmehr bereits unabhängig von der Verletzung der Beobachtungspflicht vor. Ausgehend von dieser bestehenden Produktgefahr dient die Produktbeobachtungspflicht dazu, Gefahren rechtzeitig zu erkennen und zu steuern

145 Voigt, in: BeckOGK, BGB, § 823, Rn. 674 spricht von „Schaffung einer andauernden Gefahrenquelle, deren Ursache aus der Sphäre des Herstellers stammt, unabhängig davon, welcher Fehlerkategorie sie angehört“; Lenz, in: Lenz, Produkthaftung, § 4, Rn. 39 erachtet eine „rudimentäre Ursache“ für ausreichend; Thöne, Autonome Systeme, S. 211 scheint auf eine durch die Herstellung und Vermarktung geschaffene „Dauergefahr“ abzustellen; allgemein Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts II/2, S. 410, 412.

146 Dazu unter C.II.

147 RGZ 163, 21 (26).

148 So grundlegend BGH, NJW 1981, 1606 (1607 f.) und BGH, NJW 1981, 1603 (1604).

149 In diese Richtung Wagner, in: MüKo, BGB, § 823, Rn. 1108.

und damit den Eintritt eines Schadens zu verhindern.¹⁵⁰ Der Produktfehler und der daraus resultierende Schaden entsteht aber nicht durch die reine Nichtbeobachtung, sondern ist bereits im Produkt angelegt¹⁵¹ und kann sich dadurch realisieren, dass der Hersteller auf im Wege der Beobachtung gewonnene Gefahrenkenntnisse nicht reagiert oder sich dieser Reaktionsmöglichkeit aufgrund unterlassener Informationserhebung von vornherein begeben hat.¹⁵² Der Produktbeobachtungspflicht wohnen damit zwei Komponenten inne. Zum einen die Gefahrerkennung (Beobachtungspflicht i.e.S.), zum anderen die Gefahrensteuerung (Reaktionspflicht).¹⁵³

Der Produktbeobachtungspflicht kommt eine gewisse Auffangfunktion zu.¹⁵⁴ Durch die Pflicht, Produktgefahren nach Inverkehrgabe zu erkennen und abzuwehren, sollen gefahrtechnisch verbleibende Lücken geschlossen werden. Dem Hersteller wird aufgegeben, das zur Abwendung der Gefahr Erforderliche zu tun, um auszugleichen, was zuvor in Abweichung von dem Grundsatz, dass nur sichere Produkte in den Verkehr gebracht werden dürfen, versäumt wurde.¹⁵⁵ Dabei spielen jedenfalls im Ausgangspunkt die Gründe, warum ein gefahrträchtiges Produkt in den Verkehr gelangt ist, keine Rolle. Daher findet die Produktbeobachtungspflicht unabhängig davon Anwendung, ob ein Produktfehler vorliegt oder es sich um einen nachträglichen sicherheitsrelevanten Erkenntnisgewinn handelt.¹⁵⁶ Es kommt damit nicht darauf an, welcher Fehlerkategorie die Produktgefahr zuzuordnen ist oder ob der Hersteller überhaupt pflichtwidrig gehandelt hat.¹⁵⁷ Hinsichtlich der haftungsbegründenden Relevanz kommt der

150 Vgl. *Taschner*, ZEuP 2012, 560 (563): „Produkthaftung und Produktbeobachtung sind zwei völlig verschiedene Dinge: Produktbeobachtung ist präventiv. Sie hat zum Inhalt die Vorsorge, künftige Schadensfälle zu verhindern. Produkthaftung blickt zurück.“

151 *Förster*, in: BeckOK, BGB, § 823, Rn. 735 spricht von der Realisierung von Gefahren, die „im Verborgenen geschlummert haben“.

152 *Wagner*, in: MüKo, BGB, § 823, Rn. 1112; *Rudkowski*, VersR 2018, 65 (70 f.) spricht daher speziell in Bezug auf den Rückruf von einer unbefriedigenden dogmatischen Einordnung im Rahmen der Verkehrssicherungspflichten.

153 Prägnant *Lüftenegger*, Die Rückrufpflicht des Herstellers, S. 81.

154 *Lüftenegger*, Die Rückrufpflicht des Herstellers, S. 82 spricht von „Auffangbecken“ unter den Sorgfaltspflichten“.

155 Vgl. *Förster*, in: BeckOK, BGB, § 823, Rn. 742; in diese Richtung schon RGZ 163, 21 (26).

156 *Sprau*, in: Grüneberg, BGB, § 823, Rn. 179.

157 Vgl. *Hager*, in: Staudinger, BGB, § 823, Rn. F 20; *Foerste*, in: Foerste/Graf v. Westphalen (Hg.), Produkthaftungshandbuch, § 24, Rn. 374 f; *Voigt*, in: BeckOGK, BGB, § 823, Rn. 674.

Produktbeobachtungspflicht dagegen bei Vorliegen eines ursprünglichen Produktfehlers nur subsidiäre Bedeutung zu. Denn kommt es aufgrund eines schuldhaften Verstoßes gegen eine Konstruktions-, Fabrikations-, oder Instruktionspflicht zu einem Schaden, haftet der Hersteller schon deswegen aus § 823 Abs. 1 BGB, ohne dass es aufgrund derselben Gefahr bzw. desselben Fehlers auf eine Nichtreaktion und damit die Verletzung der Produktbeobachtungspflicht ankäme.¹⁵⁸ In diesem Fall kommt der Produktbeobachtungspflicht nur noch haftungsvermeidende Wirkung zu, sollte die Reaktion des Herstellers den Eintritt eines Schadens noch vermeiden.¹⁵⁹ Anders ist dies, sollte dem Hersteller bei Inverkehrgabe kein Pflichtenverstoß angelastet werden können. In diesem Fall wird die Produktverantwortung des Herstellers über die Produktbeobachtungspflicht über den Zeitpunkt des Inverkehrbringens hinaus perpetuiert.¹⁶⁰

Es lässt sich festhalten, dass sich der Hersteller auch bei sorgfältiger Konstruktion, Fabrikation und Instruktion nicht auf die Fehlerfreiheit und Ungefährlichkeit seiner in den Verkehr gegebenen Produkte verlassen darf. Er hat zu prüfen, wie sich seine Produkte in der Praxis bewähren und muss erforderlichenfalls Gefahrenabwehrmaßnahmen einleiten. Der Umfang der zu ergreifenden Maßnahmen sowohl hinsichtlich der Beobachtungspflicht i.e.S. als auch hinsichtlich der Reaktionspflicht ergibt sich wiederum anhand der Kenngrößen der Erforderlichkeit und der Zumutbarkeit.¹⁶¹

II. Exkurs: Die weiteren Herstellerpflichten im Überblick

Da im Laufe der Untersuchung immer wieder auf die einzelnen Produzentpflichten Bezug genommen wird, soll hier ein kurzer Überblick über die weiteren Pflichten des Herstellers gegeben werden.

158 Vgl. Hager, VersR 1984, 799; Hager, in: Staudinger, BGB, § 823, Rn. F 20; Förster, in: BeckOK, BGB, § 823, Rn. 741; Schwenger, JZ 1987, 1059 (1063); Bodewig, Der Rückruf fehlerhafter Produkte, S. 181 „weitere Verkehrspflichtverletzung als ein zusätzlicher Haftungsgrund“.

159 Ulmer, ZHR 152 (1988), 564 (570 f.); Bodewig, Der Rückruf fehlerhafter Produkte, S. 181 f.

160 Nach Wagner, in: MüKo, BGB, § 823, Rn. 1109 stellt die Produktbeobachtungspflicht in gewissem Sinne ein Gegenstück zu den sonstigen zeitpunktbezogenen Sorgfaltspflichten des Herstellers dar, welche auf einer historischen Risikoeinschätzung und Gefahrsteuerungsmöglichkeiten beruhen.

161 Explizit klarstellend Wagner, in: MüKo, BGB, § 823, Rn. 1110; s. auch BGH, NJW-RR 1995, 342 (343).

1. Das Verhältnis von Produzentenhaftung und ProdHaftG

Betrachtet man im Rahmen der Produzentenhaftung nach § 823 Abs. 1 BGB die Fehlerbegriffe bzw. die korrespondierenden Sorgfaltsanforderungen an den Hersteller, so ist letztendlich die interne Unternehmensorganisation angesprochen. Durch diese soll sichergestellt werden, dass es möglichst zu keinen Schädigungen durch fehlerhafte Produkte kommt. Im Kern handelt es sich damit bei der Produzentenhaftung um eine Verantwortlichkeit für Organisationsmängel.¹⁶²

Anders als im Rahmen der Produzentenhaftung nach § 823 Abs. 1 BGB knüpft die Einstandspflicht des Herstellers nach dem ProdHaftG¹⁶³ nicht an die Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht und damit nicht an ein Verhalten, sondern gegenstandsbezogen an die Fehlerhaftigkeit eines Produktes (vgl. § 1 Abs. 1 S. 1, § 3 Abs. 1 ProdHaftG) an.¹⁶⁴ Für den die Haftung begründenden Produktfehler kommt es nach § 3 Abs. 1 ProdHaftG auf die berechnete Sicherheitserwartung der Verkehrsteilnehmer im Zeitpunkt des Inverkehrbringens (§ 3 Abs. 1 lit. c, Abs. 2 ProdHaftG) an. Im Ausgangspunkt ist damit zwar allein die Integritätserwartung der Verkehrsteilnehmer und die für diese ausgehenden Gefahren entscheidend, während die Ursachen der Gefahren keine Rolle spielen.¹⁶⁵ Allerdings ist allgemein anerkannt, dass sich die maßgeblichen Sicherheitserwartungen nach § 3 Abs. 1 ProdHaftG grundsätzlich nach denselben objektiven Maßstäben wie die Verkehrspflichten des Herstellers im Rahmen der deliktischen Haftung gem. § 823 Abs. 1 BGB beurteilen.¹⁶⁶ Die dort im Rahmen der objek-

162 So Hager, in: Staudinger, BGB, § 823, Rn. F 2; Foerste, in: Foerste/Graf v. Westphalen (Hg.), Produkthaftungshandbuch, § 24, Rn. 391.

163 Mit dem ProdHaftG wird die europäische Produkthaftungsrichtlinie 85/374/EWG in nationales Recht umgesetzt. Die Haftung nach dem ProdHaftG stellt die zweite Schiene der deliktischen Haftung in Deutschland dar. Nach § 15 Abs. 2 ProdHaftG bleibt die deliktische nationale Haftung nach §§ 823 ff. BGB in ihrer Anwendung unberührt, h.M. vgl. Wagner, in: MüKo, BGB, § 15 ProdHaftG, Rn. 4 f.; Spickhoff, in: BeckOGK, BGB, § 15 ProdHaftG, Rn. 11 ff.; Oechsler, in: Staudinger, BGB, § 15 ProdHaftG, Rn. 12 ff.; a.A. Riehm, in: Langenbuecher (Hg.), Europäisches Privatrecht und Wirtschaftsrecht § 3, Rn. 50 ff.

164 Vgl. Viehweg, in: Schulte/Schröder (Hg.), Handbuch des Technikrechts, S. 337 (347); Müller, Software als „Gegenstand“ der Produkthaftung, S. 63.

165 Oechsler, in: Staudinger, BGB, § 3 ProdHaftG, Rn. 5.

166 Allgemeine Meinung, vgl. Graf v. Westphalen, in: Foerste/Graf v. Westphalen (Hg.), Produkthaftungshandbuch, § 48, Rn. 14; Oechsler, in: Staudinger, BGB, § 3 ProdHaftG, Rn. 13; Wagner, in: MüKo, BGB, § 3 ProdHaftG, Rn. 3; Förster, in: BeckOK, BGB, § 3 ProdHaftG, Rn. 6 abstellend auf die gleichermaßen verfolgte Zielsetzung,

tiven Sorgfaltsanforderungen maßgeblichen Kriterien der Erforderlichkeit und Zumutbarkeit von Sicherungsmaßnahmen determinieren also die Verkehrserwartung im Rahmen des Fehlerbegriffs nach § 3 Abs. 1 ProdHaftG. Eine absolute Sicherheit kann der Produktnutzer nicht erwarten – auch nicht auf Grundlage des ProdHaftG.¹⁶⁷ Damit kann aber im Grundsatz von einer Einheitlichkeit der Fehlerbegriffe der deliktischen Produzentenhaftung nach § 823 Abs. 1 BGB und des ProdHaftG ausgegangen werden.¹⁶⁸ Die prima facie strikt erscheinende Haftung nach dem ProdHaftG wird folglich durch die berechtigten Sicherheitserwartungen des Verkehrs relativiert.¹⁶⁹ Vor diesem Hintergrund ist auch die dogmatische Klassifizierung der Haftung nach dem ProdHaftG nicht eindeutig. Regelmäßig wird sie als Kombination aus Gefährdungshaftung und verschuldensunabhängiger Haftung eingeordnet.¹⁷⁰ Anders als bei der Gefährdungshaftung im Allgemeinen wird nicht an die eigennützige Beherrschung einer erhöhten Gefahrenquelle angeknüpft, die auch bei Beachtung aller möglichen und zumutbaren Sicherheitsvorkehrungen unvermeidbar ist. Denn eine solche besondere Schadensneigung¹⁷¹ ist der Herstellung von Produkten nicht immanent. Vielmehr geht es dem ProdHaftG um eine gerechte Risikoverteilung entlang der bereits beschriebenen Verantwortungsbereiche.¹⁷²

Die verschiedenen Bezugspunkte der deliktischen Produzentenhaftung nach § 823 Abs. 1 BGB und der Haftung nach § 1 Abs. 1 S. 1, § 3 Abs. 1 ProdHaftG, nämlich die Verletzung von Verkehrssicherungspflichten bzw.

Nutzer und Dritte vor Gefahren aufgrund sicherheitsrelevanter Defizite von Produkten zu schützen; BGH, NJW 2009, 2952 (2953).

167 Wagner, Deliktsrecht, Kap. 9, Rn. 23; im Ausgangspunkt auch *Taschner*, NJW 1986, 611 (614).

168 Vgl. schon BT-Drs. 11/2447, S. 17; BGH, NJW 2009, 2952 (2953); Wagner, in: MüKo, BGB, § 3 ProdHaftG, Rn. 43 spricht davon, dass der Fehlerbegriff des ProdHaftG „entschlüsselt“ die deliktsrechtlichen Verhaltenspflichten ergibt; krit. *Helte*, Anforderungen an die Produktsicherheit, S. 50 ff.

169 Zudem wird ein fehlendes Verschulden über den Ausschluss des Entwicklungsfehlers in § 1 Abs. 2 Nr. 5 ProdHaftG berücksichtigt, vgl. B.II.5.

170 Vgl. *Graf v. Westphalen*, in: Foerste/Graf v. Westphalen (Hg.), Produkthaftungshandbuch, § 45, Rn. 9; Wagner, in: MüKo, BGB, Einl. ProdHaftG, Rn. 25; *Oechsler*, in: Staudinger, BGB, Einl. ProdHaftG, Rn. 27.

171 Für die Beurteilung einer besonderen Schadensneigung spielt die Eintrittswahrscheinlichkeit, der Umfang des Schadens und die Ungewissheit über das Risiko eine Rolle, vgl. *Zech*, JZ 2013, 21 (25).

172 Vgl. Erwägungsgrund (1) Rechtsvereinheitlichung und Erwägungsgrund (4) Verbraucherschutz der RL 85/374/EWG. *Zech*, JZ 2013, 21 (23) stellt nicht zu Unrecht auf eine dahinterstehende Informationsasymmetrie zwischen Hersteller und Nutzer ab; krit. Wagner, in: MüKo, BGB, Einl. ProdHaftG, Rn. 17.

die Fehlerhaftigkeit eines Produkts, werden daher kaum einmal zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, auch wenn die dogmatischen Begründungen divergieren. Im Folgenden wird daher grundsätzlich eine gemeinsame Darstellung der Herstellerpflichten gewählt und nur insoweit eine Trennung der beiden Haftungsregime vorgenommen, als spezifische Unterschiede bestehen.

2. Der Konstruktionsfehler

Ein Konstruktionsfehler liegt vor, wenn das Produkt schon seiner Konzeption nach unter dem gebotenen Sicherheitsstandard bleibt.¹⁷³ Konstruktionsfehler betreffen folglich die Planungs- und Entwicklungsphase eines Produkts und sind in dessen Bauplan angelegt. Aus diesem Grund haften Konstruktionsfehler allen Produkten einer Serie an.¹⁷⁴ Da diese Fehlerkategorie dem eigentlichen Produktionsprozess vorgelagert ist und die Konzeption am Zeichenbrett betrifft, stellt sich hier die Frage, welches Maß an Sicherheit der Hersteller dem Produkt in der Entwicklung überhaupt auf den Weg geben muss.¹⁷⁵ Geboten ist den allgemeinen Grundsätzen folgend die Sicherheit, die erforderlich und zumutbar ist.

a) Erforderlichkeit

Den Ausgangspunkt im Rahmen der Erforderlichkeit bildet der Erwartungshorizont der Verkehrsteilnehmer. Dieser wird nicht lediglich von den Produktnutzern oder dem Adressatenkreis des vermarkteten Produkts bestimmt, sondern auch von unbeteiligten Dritten (innocent bystander), die mit dem Produkt in Berührung kommen können.¹⁷⁶ Mit der Forderung nach einer maximalen Sicherheit wäre jedenfalls den Produktnutzern freilich wenig gedient. Denn weitergehende Sicherheitsmaßnahmen würden sich im Preis des Produkts niederschlagen oder gar zu einem gänzlichen

173 BGH, NJW 2009, 2952 (2953); *Foerste*, in: *Foerste/Graf v. Westphalen* (Hg.), *Produkthaftungshandbuch*, § 24, Rn. 71.

174 *Wagner*, in: *MüKo*, BGB, § 823, Rn. 1071; *Sprau*, in: *Grüneberg*, BGB, § 3 Prod-HaftG, Rn. 8; *Förster*, in: *BeckOK*, BGB, § 823, Rn. 705.

175 Ähnlich stellt diese Frage auch *Wagner*, *Deliktsrecht*, Kap. 9, Rn. 14.

176 BGH, NJW 2009, 1669 (1670); *Staudinger*, in: *NK-BGB*, § 823, Rn. 169; *Schrader*, *DAR* 2018, 314 (317).

Verschwinden des Produktes auf dem Markt führen.¹⁷⁷ Während beispielsweise die Angleichung der sicherheitsrelevanten Fahrerassistenzsysteme bei Klein- und Luxusklassewagen zu einem Preisanstieg bei erstgenannter Fahrzeugklasse führen würde, würden Suchtmittel wie Alkohol oder Zigaretten aufgrund der ihr zwangsläufig anhaftenden und konstruktiv nicht zu ändernden Gesundheitsrisiken gar nicht mehr abgegeben werden.¹⁷⁸ Da die mit diesen Produkten verbundenen Gefahren allerdings offen zu Tage treten und für den Nutzer ohne weiteres ersichtlich sind und bei der Entscheidung zum Erwerb des Produkts einkalkuliert werden, bezieht sich hierauf – anders als bei Gefahren, vor denen sich der Verwender nicht schützen kann – die Konstruktionsverantwortung des Herstellers nicht.¹⁷⁹ Obwohl der Hersteller über überlegene Gefahrensteuerungsmöglichkeiten im Rahmen der Konstruktion verfügt, überlagert hier die eigenverantwortliche Nutzerentscheidung die Verantwortung des Herstellers.¹⁸⁰ Dies muss jedenfalls dann gelten, wenn der Nutzer die erhöhte Gefährlichkeit erkennen und sein Nutzungsverhalten darauf einstellen kann und zumindest eine Basissicherheit gewährleistet ist.¹⁸¹ Denn insoweit besteht eine Wechselbeziehung zwischen den Sorgfaltsanstrengungen des Herstellers und den Eigenschutzmaßnahmen des Nutzers. Beide Parteien dürfen darauf vertrauen, dass die jeweiligen Sorgfaltsstandards eingehalten werden.¹⁸²

Ausgehend von der Verkehrserwartung können nur solche Sicherungsmaßnahmen erforderlich sein, die sich innerhalb der Grenzen des technisch Möglichen halten. Abzustellen ist dabei auf den im Zeitpunkt des Inverkehrbringens des Produkts vorhandenen neuesten Stand der Wissenschaft und Technik. Dabei ist die Möglichkeit der Gefahrvermeidung gegeben, wenn nach gesichertem Fachwissen praktisch einsatzfähige Lösungen zur Verfügung stehen. Der Hersteller ist dagegen nicht dazu verpflichtet, solche Sicherheitskonzepte umzusetzen, die bisher nur „auf dem Reißbrett erarbeitet“ wurden oder noch in der Erprobung sind. Vielmehr muss eine

177 Instrukтив *Geistfeld*, Cal. L. Rev. 105 (2017), 1611 (1666).

178 Beispiele nach *Wagner*, Deliktsrecht, Kap. 9, Rn. 15.

179 *Wagner*, Deliktsrecht, Kap. 9, Rn. 15.

180 Allgemein *Edenfeld*, VersR 2002, 272 (272 ff.); vgl. auch *Foerste*, in: *Foerste/Graf v. Westphalen* (Hg.), Produkthaftungshandbuch, § 24, Rn. 7 ff.

181 *Wagner*, in: *MüKo*, BGB, § 823, Rn. 1075; *Staudinger*, in: *NK-BGB*, § 823, Rn. 198; vgl. auch BGH, NJW 1990, 908 (909); prägnant OLG Naumburg, BeckRS 2014, 5588; zum ProdHaftG bereits BT-Drs. 11/2447, S. 18.

182 *Wagner*, in: *MüKo*, BGB, § 823, Rn. 533; dazu auch *v. Bar*, in: *Lieb* (Hg.), Produktverantwortung und Risikoakzeptanz, S. 29 (31).

„sicherheitstechnisch überlegene Alternativkonstruktion zum Serieneinsatz reif“ sein.¹⁸³

Maßgeblichen Einfluss auf die Verkehrserwartung hat der jeweilige Verwendungszweck des Produkts. Denn im Rahmen des bestimmungsgemäßen Gebrauchs vertraut der Nutzer in hohem Maße auf den Schutz vor schädlichen Verwendungsfolgen.¹⁸⁴ Wie weit dagegen die Verantwortung des Herstellers bei einem bestimmungswidrigen Gebrauch reicht, hängt maßgeblich davon ab, inwieweit er sich noch in den Grenzen des ursprünglichen Verwendungszwecks hält und wie nahe- oder fernliegend der Fehlgebrauch ist.¹⁸⁵ Zwar fällt die unmittelbare Nutzung des Produkts in die Verantwortungssphäre des Nutzers,¹⁸⁶ allerdings verfügt der Hersteller mit Blick auf die Erkennung und Vermeidung von Gefahren über derart überlegene Erkenntnismöglichkeiten, dass er gewisse Anwendungsfehler zu berücksichtigen hat.¹⁸⁷ Im Rahmen der normativ zu bestimmenden Verkehrserwartung begründet diese asymmetrische Verteilung der Gefahrensteuerungsmöglichkeiten damit eine Verantwortlichkeit des Herstellers und führt zu einer gewissen Ausdehnung des Vertrauensgrundsatzes.¹⁸⁸ Allein auf die bloße Gefahrenbeherrschung abzustellen greift zur Begründung von Verkehrspflichten indes zu kurz.¹⁸⁹ Daher muss der Hersteller auch einen zurechenbaren Anlass für die bestimmungswidrige Verwendung gesetzt haben.¹⁹⁰ Dies ist dann der Fall, wenn der Fehlgebrauch in den Herstellerhinweisen (vgl. § 2 Nr. 5 lit. a ProdSG) oder der Produktgestaltung (vgl. § 2 Nr. 5 lit. b ProdSG) angelegt ist und sich daher innerhalb des Verwendungszwecks des Produkts hält.¹⁹¹ Auch wenn die schadensverursachende Produktnutzung innerhalb des Verwendungszwecks liegt, haftet der Hersteller nur, wenn es sich um einen vorhersehbaren Fehlgebrauch handelt. Gemeint sind dabei solche Nutzungen, bei denen das Schadensrisiko nicht

183 So BGH, NJW 2009, 2952 (2953); vgl. auch *Klindt/Handorn*, NJW 2010, 1105 (1106).

184 *Foerste*, in: *Foerste/Graf v. Westphalen* (Hg.), *Produkthaftungshandbuch*, § 24, Rn. 72 f.; v. *Bar*, in: *Lieb* (Hg.), *Produktverantwortung und Risikoakzeptanz*, S. 29 (32).

185 Ausführlich *Arndt/Wende*, ZfPC 2023, 110 (111 ff.).

186 Vgl. schon BGH, NJW 1975, 1827 (1829).

187 *Foerste*, in: *Foerste/Graf v. Westphalen* (Hg.), *Produkthaftungshandbuch*, § 24, Rn. 127.

188 *Wagner*, in: *MüKo, BGB*, § 823, Rn. 537.

189 Vgl. bereits unter B.I.2.a).

190 Prägnant *Hornung/Fuchs*, *PharmR* 2012, 501 (507); *Oechsler*, in: *Staudinger, BGB*, § 3 ProdHaftG, Rn. 64.

191 *Arndt/Wende*, ZfPC 2023, 110 (111).

schon offensichtlich zu Tage tritt, die aber naheliegend und vorhersehbar sind und mit denen folglich gerechnet werden muss.¹⁹² Diesem so verstandenen Fehlgebrauch hat der Hersteller jedenfalls im Ausgangspunkt schon mit konstruktiven Sicherungsmaßnahmen entgegenzuwirken.¹⁹³

b) Zumutbarkeit

Die sich in diesem Sinne als erforderlich herausgebildeten Sicherheitsmaßnahmen sind in einem zweiten Schritt durch die wirtschaftliche Zumutbarkeit begrenzt. Es geht darum, unrealistische Anforderungen an die berechtigterweise zu erwartenden Sicherheitsstandards zu vermeiden.¹⁹⁴ Der Umfang der Verkehrspflicht wird auf das beschränkt, was „billige Rücksicht nach der Verkehrsauffassung“ gebietet.¹⁹⁵ Nicht alle Sicherungsmaßnahmen, die objektiv möglich sind, werden vom Verkehrssicherungspflichtigen auch gefordert.¹⁹⁶ Dabei sind sämtliche Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Insbesondere stehen sich die Größe der vom Produkt ausgehenden Gefahr und die wirtschaftlichen Auswirkungen der Sicherungsmaßnahme gegenüber.¹⁹⁷ Je größer die Gefahr ist, desto mehr kann dem Pflichtigen zugemutet werden. Die Gefährlichkeit richtet sich dabei nach der Höhe des Schadens und dem Grad der Eintrittswahrscheinlichkeit, wobei die Schadenshöhe vom Rang des betroffenen Rechtsguts und der Intensität seiner Verletzung bestimmt wird.¹⁹⁸

Der wirtschaftliche Aufwand der Sicherheitsmaßnahmen ist vor diesem Hintergrund in Relation zu ihrem Nutzen und damit dem Wert der ins-

192 *Wagner*, in: MüKo, BGB, § 3 ProdHaftG, Rn. 26 f.

193 Zum Spannungsfeld, das sich daraus ergibt, dass der Hersteller den Verwendungszweck durch Hinweise im Sinne einer Instruktion mitbeeinflussen kann, gleichzeitig aber einen vorhersehbaren Fehlgebrauch konstruktiv zu verhindern hat, *Schrader*, DAR 2018, 314 (319), in Bezug auf das autonome Fahren; vgl. auch LG Düsseldorf, NJW-RR 2006, 1033 (1034); *Reusch*, in: Kaulartz/Braegelmann (Hg.), Artificial Intelligence und Machine Learning, S. 119 f. positioniert sich überzeugend gegen eine vornehmliche Beeinflussung des Verwendungszwecks durch herstellerseitige Instruktionen.

194 So *Klindt/Handorn*, NJW 2010, 1105 (1106).

195 BGH, NJW 1985, 270 (270); BGH, NJW 1972, 724 (726).

196 Vgl. BGH, NJW 1964, 814 (816 f.), *Foerste*, in: *Foerste / Graf v. Westphalen* (Hg.) Produkthaftungshandbuch, § 23, Rn. 15.

197 Vgl. BGH, NJW 2009, 2952 (2953 f.).

198 Vgl. schon allgemein unter B.I.2.b)aa).

gesamt vermiedenen Schäden zu setzen.¹⁹⁹ Maßgeblich ist damit eine Kosten-Nutzen-Abwägung. Daher gilt: Je höher der zu erwartende Schaden, je wahrscheinlicher dessen Eintritt und je geringer der Aufwand der Sicherungsmaßnahmen, desto eher können diese dem Verkehrssicherungspflichtigen zugemutet werden. Sind die Mehrkosten einer Alternativkonstruktion gegenüber der tatsächlich gewählten Konstruktion höher als die Summe der dadurch vermiedenen Schäden, ist die Zumutbarkeit grundsätzlich zu verneinen und ein Konstruktionsfehler liegt nicht vor.²⁰⁰ Bei erheblichen Gefahren für Leben und Gesundheit von Menschen sind dem Hersteller dagegen weitergehende Maßnahmen zumutbar.²⁰¹ Richtig verstanden führt die Kosten-Nutzen-Rechnung auch nicht dazu, dass der Hersteller aufgrund seiner wirtschaftlichen Belastung den Sicherheitsstandard absenken und die Fehlerhaftigkeit des Produktes selbst bestimmen kann.²⁰² Denn der Nutzen zielt nicht lediglich auf die gebrauchstypischen Vorteile eines Produkts ab, sondern meint ausgehend von der Kenngröße der Gefährlichkeit insbesondere den Sicherheitsgewinn.²⁰³

3. Der Fabrikationsfehler

Von einem Fabrikationsfehler ist die Rede, wenn aufgrund eines Mangels im tatsächlichen Herstellungsprozess von den konstruktiven Vorgaben abgewichen wird oder diese nicht ordnungsgemäß umgesetzt werden, diese Tatsache nicht entdeckt wird, und dadurch ein mit einem Sicherheitsrisiko belastetes Produkt in den Verkehr gelangt. Das in den Entwurfszeichnungen und Konstruktionsplänen pflichtgemäß angelegte Sicherheitsniveau wird folglich in der Realität des Fertigungsprozesses nicht erreicht.²⁰⁴ Die dahintersteckende Sorgfaltspflicht des Herstellers geht dahin, seinen Herstellungsprozess so auszugestalten, dass Fabrikationsfehler vermieden bzw. Qualitätskontrollen durchgeführt werden, um mangelhafte Produktex-

199 Wagner, in: MüKo, BGB, § 823, Rn. 531.

200 Wagner, in: MüKo, BGB, § 823, Rn. 1091.

201 BGH, NJW 2009, 2952 (2954).

202 In diese Richtung krit. aber Taschner, ZeuP 2012, 560 (564).

203 Dies fordert zu Recht Schrader, in: Buck-Heeb/Oppermann (Hg.), Automatisierte Systeme, S. 333 (354 f.); so aber ohnehin Wagner, AcP 217 (2017), 707 (732 f.).

204 Vgl. Foerste, in: Foerste/Graf v. Westphalen (Hg.), Produkthaftungshandbuch, § 24, Rn. 177; Lüftenegger, Die Rückruffpflicht des Herstellers, S. 78 f.; Wagner, Deliktsrecht, Kap. 9, Rn. 21 f. Abweichung der „Istbeschaffenheit des Produkts von der vom Hersteller selbst angestrebten Sollbeschaffenheit“.

emplare vor dem Warenausgang auszusortieren.²⁰⁵ An einer Pflichtverletzung kann es aber bei einem sog. „Ausreißer“ fehlen. Dabei handelt es sich um menschliches Fehlverhalten oder technische Defekte, die trotz Einhaltung aller Sorgfaltspflichten nicht auszuschließen und daher unvermeidbar sind.²⁰⁶ Denn eine Null-Fehlerquote schuldet der Hersteller im Rahmen der Fabrikation ebenfalls nicht. Auch insoweit ist zunächst auf die allgemeinen Grundsätze zurückzugreifen, wonach Sicherungsmaßnahmen insbesondere auf das zumutbare Maß begrenzt sind.²⁰⁷ Kommt der Hersteller seinen an diesen Maßstäben zu messenden Sorgfaltspflichten im Fabrikationsbereich nach, haftet er schon nicht für ein fehlerhaft hergestelltes Produkt, auch wenn dessen Inverkehrgabe durch eine engmaschigere (aber nicht zumutbare) Produktkontrolle hätte vermieden werden können.²⁰⁸ Sind bei äußerster Sorgfalt und unter Einhaltung der zumutbaren Sicherheitsvorkehrungen fehlerhafte Exemplare gleichwohl unvermeidbar, bleibt kein Anknüpfungspunkt mehr für die Verletzung einer Sorgfaltspflicht, da dem Hersteller insoweit nichts Unmögliches abverlangt werden kann.

Dass sich die Haftung nach dem ProdHaftG für Fabrikationsfehler auch bei Ausreißern „bis auf Haaresbreite“ an die deliktische Produzentenhaftung angenähert hat,²⁰⁹ verwundert nicht. Denn wenn im Rahmen der deliktsrechtlichen Verkehrspflichten ein technisch möglicher Sicherheitsaufwand insbesondere bei der Warenausgangskontrolle für den Hersteller aufgrund hoher Kosten und demgegenüber geringem Gefährdungspotential unzumutbar sein kann, können die Verkehrsteilnehmer solche Maßnahmen im Rahmen des § 3 Abs. 1 ProdHaftG auch berechtigterweise nicht erwarten. Die dann von dem Produkt ausgehenden Gefahren sind hinzunehmen

205 Eine Auflistung der diesbezüglichen Organisationspflichten im Einzelnen findet sich bei Foerste, in: Foerste/Graf v. Westphalen (Hg.), Produkthaftungshandbuch, § 24, Rn. 181 ff.

206 Vgl. nur Voigt, in: BeckOGK, BGB, § 823, Rn. 657.

207 Vgl. explizit zum Fabrikationsfehler BGH, NJW 2009, 1669 (1670); Wagner, Deliktsrecht, Kap. 9, Rn. 22.

208 Hält man die Möglichkeit eines Ausreißers aufgrund der heutigen technischen Möglichkeiten der Endkontrolle für faktisch ausgeschlossen bzw. bestimmt man die auf die Verhinderung von Fabrikationsfehlern gerichteten Organisationspflichten nahezu lückenlos, verkennt man das einschränkende Kriterium der Zumutbarkeit. So aber *Wilhelmi*, in: Erman, BGB, § 823, Rn. 117; dagegen *Foerste*, in: Foerste/Graf v. Westphalen (Hg.), Produkthaftungshandbuch, § 24, Rn. 178 f. und *Voigt*, in: BeckOGK, BGB, § 823, Rn. 657.

209 So *Wagner*, Deliktsrecht, Kap. 9, Rn. 23; *Wagner*, AcP 217 (2017), 707 (712).

und ein Produktfehler ist abzulehnen.²¹⁰ Damit dürfte die Haftung nach dem ProdHaftG für Ausreißer nur noch dann über die deliktische Haftung hinausgehen,²¹¹ wenn trotz Anwendung äußerster Sorgfalt und unter Einhaltung der zumutbaren Sicherungsmaßnahmen ein Fabrikationsfehler unvermeidbar ist. In diesem Kontext hat der Hersteller nach dem ProdHaftG jedenfalls auch für Ausreißer im Rahmen der Fabrikation einzustehen. Denn auf die Verletzung einer Verkehrspflicht kommt es eben bei der Fehlerbestimmung nach § 3 ProdHaftG nicht an. Darüber hinaus handelt es sich bei Ausreißern regelmäßig um erkennbare, aber nicht vermeidbare Gefahren, sodass der Anwendungsbereich des Haftungsausschlusses des § 1 Abs. 2 Nr. 2 ProdHaftG unabhängig von der Frage der generellen Anwendbarkeit auf Fabrikationsfehler nicht eröffnet ist.²¹²

4. Der Instruktionsfehler

Dem Instruktionsbereich kommt mit Blick auf die Verhinderung von Produktgefahren zweierlei Bedeutung zu. Zum einen sollen dem Nutzer alle Informationen zur Verfügung gestellt werden, mit deren Hilfe er das Produkt richtig und sicher verwenden kann („Verwendungshinweise“). Zum anderen soll er auf die Gefahren hingewiesen werden, die trotz sorgfältiger Konstruktion und Fabrikation von einem Produkt ausgehen können („Gefahren- oder Sicherheitshinweise“).²¹³ Demnach liegt ein Instruktions-

210 Zu dieser Argumentation BGH, NJW 2009, 1669 (1670 f.); krit. *Taschner*, ZEuP 2012, 560 (564), der von der fehlenden Zumutbarkeit – wohl aufgrund der Ablehnung der reinen Berücksichtigung der Kosten – nicht auf eine fehlende Verkehrserwartung schließt, sondern anhand des Kriteriums der Sozialadäquanz wohl aber zu gleichen Ergebnissen kommt; krit. auch *Helte*, Anforderungen an die Produktsicherheit, S. 52 f. der von einer zweifelhaften Fiktion der Sicherheitserwartung spricht. Diese Sichtweisen verkennen aber, dass die Unzumutbarkeit nicht allein an den herstellerseitig anfallenden Kosten zu messen ist, sondern stets die Gefährlichkeit miteinbezieht (s. schon o.). Daher verwundert es nicht, dass der BGH – anders als bei einem in einem Kirschtaler (Gebäck) verbliebenen Kirschkern (BGH, NJW 2009, 1669) – bei zerberstenden Glasflaschen eine Aussonderung (BGH, NJW 1995, 2162) dieser mit Rissen versehenen Flaschen fordert, eine dahingehende Verkehrserwartung und damit einen Fehler annimmt, auch wenn eine Risikoflasche beim Hersteller nicht mit absoluter Sicherheit erkannt und aussortiert werden kann (vgl. auch OLG München, BeckRS 2011, 10312).

211 Ohne Einschränkung *Lenz*, in: *Lenz*, Produkthaftung, § 3, Rn. 325.

212 Vgl. *Oechsler*, in: *Staudinger*, BGB, § 3 ProdHaftG, Rn. 107.

213 Diese Zweiteilung erkennen u.a. *Lüftenegger*, Die Rückrufpflicht des Herstellers, S. 80; *Wagner*, Deliktsrecht, Kap. 9, Rn. 27 und *Steege*, NZV 2021, 6 (10); in diese

fehler vor, wenn diese Hinweise unterlassen oder unklar, unvollständig oder mit fehlendem Nachdruck formuliert wurden. Mit der Information trägt der Hersteller seinem überlegenen Kenntnisstand über die Produkteigenschaften Rechnung. Die Verwendungshinweise sollen den Nutzer in die Lage versetzen, das Produkt eigenverantwortlich zu verwenden. Die Gefahrenhinweise knüpfen dort an, wo die Konstruktions- und Fabrikationsverpflichtungen ihr Ende finden.²¹⁴ Denn gehen von einem Produkt bei der Verwendung Gefahren aus, weil Sicherungsmaßnahmen nicht erforderlich, insbesondere technisch nicht möglich oder dem Hersteller nicht zumutbar waren, trifft ihn die Pflicht, die Produktnutzer vor denjenigen Gefahren zu warnen, die bei bestimmungsgemäßem Gebrauch oder naheliegendem Fehlgebrauch drohen und die nicht zum allgemeinen Gefahrenwissen des Benutzerkreises gehören.²¹⁵

Anders als im Rahmen des Produktsicherheitsrechts, wo es grundsätzlich dem Hersteller überlassen bleibt, auf welche Weise er das vorgegebene Schutzziel der Produktsicherheit erreichen will,²¹⁶ macht schon diese dem BGH entnommene Formulierung ein Stufenverhältnis deutlich. Erst wenn Produktgefahren nicht durch erforderliche und zumutbare Sicherungsmaßnahmen abgewehrt werden können, darf sich der Hersteller subsidiär auf eine Instruktion hinsichtlich der verbleibenden Restrisiken²¹⁷ zurückziehen. Es gilt der Vorrang der Konstruktion vor der Instruktion.²¹⁸ Eine noch

Richtung auch *Wagner*, in: MüKo, BGB, § 823, Rn. 1098: „Die Schadensneigung eines Produkts hängt nicht nur von seinen Sicherheitseigenschaften ab, sondern auch von der Art und Weise, wie der Nutzer Gebrauch von ihm macht.“

214 So treffend *Wagner*, Deliktsrecht, Kap. 9, Rn. 27.

215 Vgl. BGH, NJW 2009, 2952 (2954).

216 *Schucht/Klindt*, in: Klindt, ProdSG, § 2, Rn. 224 mit Verweis auf OLG Hamm, NJW-RR 2009, 1537 (1538), wonach bzgl. der Verwechslung von Zapfsäulen deutliche Warnhinweise (mehrfache Beschriftungen sowie durch Aufkleber sogar auf der Zapfpistole (als „letzte Instanz“)) als hinreichende Schutzmaßnahme vor Fehlanwendungsgefahren ausreichend seien, vgl. hierzu *Molitoris/Klindt*, NJW 2010, 1569 (1572); *Schucht*, BB 2020, 1990 (1992); anders aber *Heuser*, in: NK-ProdR, § 2 ProdSG, Rn. 180; differenzierend *Reusch*, BB 2017, 2248 (2249 f.), welcher im B2B-Bereich eine vorrangige Warnung für ausreichend hält, nicht aber im B2C-Bereich.

217 Diese Formulierung verwendet *Lenz*, in: Lenz, Produkthaftung, § 3, Rn. 205.

218 Vgl. *Ackermann*, in: NK-ProdR, § 823 BGB, Rn. 110; *Wagner*, Deliktsrecht, Kap. 9, Rn. 27; *Foerste*, in: Foerste/Graf v. Westphalen (Hg.), Produkthaftungshandbuch, § 24, Rn. 127; *Klindt/Handorn*, NJW 2010, 1105 (1105); implizit BGH, NJW 2009, 2952 (2954); LG Düsseldorf, NJW-RR 2006, 1033 (1034) allerdings in Bezug auf eine Maschine, die der Maschinenrichtlinie 2006/42/EG unterfällt, welche in Anhang I Nr. 1.1.2 lit. B ohnehin den Vorrang inhärent sicherer Konstruktion vor reinen Sicherheitshinweisen normiert; OLG Naumburg, BeckRS 2014, 5588.

so umfassende Instruktion kann den Hersteller – und dies gilt auch hinsichtlich des vorhersehbaren Fehlgebrauchs²¹⁹ – nicht von der Pflicht zur sicheren Konstruktion und Fabrikation befreien. Folglich können Pflichtverletzungen des Herstellers in diesen Bereichen nicht durch eine Instruktion geheilt werden.²²⁰ Anknüpfend an die Tatsache, dass nicht sämtliche Gefahren präventiv zu vermeiden sind, soll es dem Nutzer durch die Gefahrenhinweise ermöglicht werden, selbst abzuwägen, ob er das Produkt aufgrund seiner Vorteile trotz der mit seiner Verwendung verbundenen Restrisiken nutzen möchte. Darüber hinaus soll er in die Lage versetzt werden, sich auch selbst vor diesen Gefahren zu schützen.²²¹ Der Grund für dieses Vorrangverhältnis kann wiederum in der Abgrenzung der Verantwortungsbereiche gesehen werden. Da der Herstellungsprozess eigentümlich der Sphäre des Herstellers zuzuordnen ist, hat er diesen so zu organisieren, dass Gefahren für Dritte erst gar nicht entstehen. Er ist damit im Rahmen des Erforderlichen und Zumutbaren verpflichtet, nur sichere Produkte in den Verkehr zu geben und darf diese Gefahrsteuerungslast nicht im Wege der Instruktion auf den Produktnutzer abwälzen.²²² Soweit sich die Gefahren bereits im Herstellungsprozess erkennen und zumutbar vermeiden lassen, wäre eine solche Verantwortungsverschiebung auf den Nutzer auch in Anbetracht der Vorteile, die der Hersteller in Form des Gewinns aus der Vermarktung des Produkts zieht, nicht gerechtfertigt. Hinzu kommt, dass Warnungen aufgrund der schieren Masse der Produkte auf dem Markt von den Nutzern gar nicht vollumfänglich befolgt werden könnten. Dies würde mit einem Sicherheitsverlust auf dem gesamten Produktmarkt einhergehen und den Vertrauensgrundsatz aushöhlen.²²³

219 Wie im Rahmen der Konstruktionspflichten endet die Verantwortung des Herstellers grundsätzlich dort, wo der Bereich des naheliegenden Fehlgebrauchs überschritten wird; vgl. statt aller mit Beispielen aus der Rspr. Förster, in: BeckOK, BGB, § 823, Rn. 724 ff.

220 Ackermann, in: NK-ProdR, § 823 BGB, Rn. 110; Foerste, in: Foerste/Graf v. Westphalen (Hg.), Produkthaftungshandbuch, § 24, Rn. 220.

221 Vgl. BGH, NJW 2009, 2952 (2954).

222 So Wagner, in: MüKo, BGB, § 823, Rn. 1092; vgl. auch LG Düsseldorf, NJW-RR 2006, 1033 (1034), wonach es dem Hersteller ansonsten leicht möglich wäre, durch umfangreiche Angaben und Hinweise sämtliche Sicherheitsanforderungen zu umgehen und lediglich auf die Risiken zu verweisen oder jegliche gefahrbringende Verwendung auszuschließen.

223 In diese Richtung Wagner, in: MüKo, BGB, § 823, Rn. 1092. Zum Vertrauen, das Produktnutzer der Sicherheit von Produkten berechtigterweise entgegenbringen dürfen Wilhelmi, in: Erman, BGB, § 823, Rn. 112 und Klinger, Die Produktbeobachtungspflicht bezüglich Fremdzubehörteilen, S. 35.

Das Stufenverhältnis²²⁴ reicht über die Instruktion hinaus. Denn sind die mit der Produktnutzung verbundenen Restrisiken nach dem maßgeblichen Stand von Wissenschaft und Technik nicht oder nicht zumutbar zu vermeiden, ist unter Abwägung von Art und Umfang der Risiken, der Wahrscheinlichkeit ihrer Verwirklichung und des mit dem Produkt verbundenen Nutzens zu prüfen, ob das gefahrträchtige Produkt überhaupt in den Verkehr gebracht werden darf.²²⁵ Diese Abwägung ist selbst bei Gefahren für Leib und Leben möglich.²²⁶ Bei solch schützenswerten Rechtsgütern müssen die Risiken allerdings minimal sein.²²⁷ Angesprochen ist in jedem Fall wieder eine zu gewährleistende Basissicherheit.²²⁸ Fällt diese Abwägung negativ aus, ist auch eine Warnung aufgrund der verbundenen Schwere der Gefahr nicht ausreichend.²²⁹ Ergibt sich dagegen eine positive Risiko-Nutzen-Abwägung, darf das Produkt in den Verkehr gegeben werden und wird die Risikotragung sowohl den Benutzern als auch den innocent bystandern aufgebürdet.²³⁰

5. Der Entwicklungsfehler

Keine Fehlerkategorie im eigentlichen Sinne bildet der Entwicklungsfehler. Vielmehr geht es dabei um Produktgefahren, welche auch nach dem neusten Stand der Technik nicht vermieden werden können²³¹ und daher die herstellerseitige Pflichtverletzung in Frage stellen.²³²

Ein Entwicklungsfehler im klassischen Sinne liegt vor, wenn der den Schaden verursachende Fehler des Produkts im Zeitpunkt seiner Inver-

224 Vgl. *Sommer*, Haftung für autonome Systeme, S. 234.

225 BGH, NJW 2009, 2952 (2953); bereits BGH, NJW 1972, 2217 (2220).

226 *Foerste*, in: *Foerste/Graf v. Westphalen* (Hg.), Produkthaftungshandbuch, § 24, Rn. 61.

227 *Ebers*, in: *Oppermann/Stender-Vorwachs* (Hg.), Autonomes Fahren, 1. Aufl., S. 93 (110); vgl. allgemein zu akzeptierten Restrisiken *Schulz*, NZV 2017, 548 (550 f.).

228 In diesem Kontext *Goehl*, in: BeckOGK, BGB, § 3 ProdHaftG, Rn. 32.

229 *Wagner*, in: MüKo, BGB, § 823, Rn. 1090; unter dem Gesichtspunkt des Handelns auf eigene Gefahr tendenziell weniger restriktiv *Foerste*, in: *Foerste/Graf v. Westphalen* (Hg.), Produkthaftungshandbuch, § 24, Rn. 110.

230 *Klindt et al.*, in: *Bräutigam/Klindt* (Hg.), Digitalisierte Wirtschaft/Industrie 4.0, S. 76 (89).

231 Grundlegend zur Unvermeidbarkeit von Risiken *Haagen*, in: Beck/Kusche/Valerius (Hg.): Digitalisierung, Automatisierung, KI und Recht, S. 215 (224 f.).

232 Vgl. *Lüftenegger*, Die Rückrufpflicht des Herstellers, S. 80 f; *Krause*, in: *Viehweg* (Hg.), Risiko – Recht – Verantwortung, S. 451 (453).

kehrgabe nach dem damaligen Stand von Wissenschaft und Technik nicht erkennbar²³³ war.²³⁴ Von einem Entwicklungsfehler ist regelmäßig die Konstruktion betroffen, wenngleich er auch im Rahmen der Instruktion oder Fabrikation denkbar ist.²³⁵ Da sich die Sorgfaltspflichten des Herstellers ex ante auf den Zeitpunkt des Inverkehrbringens beziehen, kommt es allein auf das historische Erkenntniswissen zu diesem Zeitpunkt an.²³⁶ Wo ein umsichtiger Hersteller im Zeitpunkt des Inverkehrbringens nicht erkennen konnte, dass von seinem Produkt Gefahren ausgehen, fehlt es an einer Verkehrspflichtverletzung.²³⁷ Da das entsprechende Risikowissen nicht verfügbar ist, lässt sich nämlich schon kein entsprechendes Verhaltensgebot

233 Zur Frage, wann eine Gefahr in diesem Sinne erkennbar ist bzw. welche Anstrengungen zur Aufklärung des Risikopotentials erwartet werden können *Röthel*, in: Eifert/Hoffmann-Riem (Hg.), Innovationsverantwortung, S. 335 (340 f.).

234 Vgl. BGH, NJW 2009, 2952 (2955).

235 Für den Fabrikationsbereich vgl. *Foerste*, in: Foerste/Graf v. Westphalen, Produkthaftungshandbuch, § 24, Rn. 104; für den Instruktionsbereich siehe BGH, NJW 2009, 2952 (2955). Im Rahmen des Produkthaftungsgesetzes ist streitig, ob sich der Hersteller auch bei Fabrikationsfehlern auf das Vorliegen eines Entwicklungsrisikos berufen kann, vgl. *Wagner*, in: MüKo, BGB, § 3 ProdHaftG, Rn. 55; ablehnend BGH, NJW 1995, 2162 (2163).

236 *Wagner*, in: MüKo, BGB, § 823, Rn. 1082; *Wagner*, Deliktsrecht, Kap. 9, Rn. 20; BGH, NJW 1981, 1603 (1604).

237 Hier zeigt sich der im Rahmen der Produzentenhaftung nach § 823 Abs. 1 BGB liegende Unterschied zwischen einem Produktmangel in Form eines Sicherheitsdefizits und der daneben erforderlichen Sorgfaltspflichtverletzung. Da ein Entwicklungsfehler zwar nicht erkannt werden konnte, aber bei Erkennen technisch vermeidbar gewesen wäre, geht regelmäßig der Erwartungshorizont der Verkehrsteilnehmer dahin, dass sie vor den schädlichen Verwendungsfolgen geschützt werden. Damit liegt aber ein objektiver Mangel vor, ohne dass den Hersteller eine objektive Pflichtwidrigkeit trifft, vgl. in diese Richtung *Hager*, in: Staudinger, BGB, § 823, Rn. E 25 und *Hager*, VersR 1984, 799: Auch bei einem Entwicklungsfehler liegt eine aus der Sphäre des Herstellers stammende Ursache für den Schaden des Nutzers vor; zum Fehlen der objektiven Pflichtwidrigkeit BGH, NJW 2009, 2952 (2955); aus diesem Grund bedarf es im Rahmen des ProdHaftG eines explizit geregelten Ausschlussstatbestands, vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 5 ProdHaftG. Nimmt man im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB die zwei Komponenten des Fehlerbegriffs ernst, dürfte man m.E. folglich terminologisch schon gar nicht von einem Fehler sprechen (so wohl auch *Etzkorn*, MMR 2020, 360 (362)). Ansonsten würde man eine unmöglich zu erfüllende Sorgfaltspflicht zu einem Fehler verschlüsseln. Dies legt eine in Nuancen abweichende Bestimmung der Fehlerbegriffe im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB und § 3 Abs. 1 ProdHaftG nahe (s.u.).

an den Hersteller zur Gefahrenvermeidung adressieren.²³⁸ Bezugspunkt der Erkennbarkeit ist dabei nicht der konkrete Fehler des schadensstiftenden Produkts, sondern das zu Grunde liegende allgemeine, mit der gewählten Konzeption verbundene, Fehlerrisiko, also die potenzielle Gefährlichkeit des Produkts.²³⁹ Von den Verantwortungssphären her gedacht, verfügt der Hersteller bei einem Entwicklungsfehler über keine besseren Erkenntnisse als der Produktnutzer. Dieses Fehlen der Informationsasymmetrie rechtfertigt es, dass der Produktnutzer seinen Schaden selbst zu tragen hat.²⁴⁰

Im Rahmen des ProdHaftG ist der Entwicklungsfehler als Haftungsausschluss eigens in § 1 Abs. 2 Nr. 5 ProdHaftG geregelt. Die Tatsache, dass es für den Entwicklungsfehler einen eigenen Ausschlussstatbestand²⁴¹ braucht, zeigt, dass die Haftung gegenständlich allein an die Fehlerhaftigkeit des Produkts anknüpft und es auf eine Verkehrspflichtverletzung des Herstellers nicht ankommt, gleichzeitig Verschuldenselemente aber doch berücksichtigt werden. Insoweit kann die berechtigte Verkehrserwartung nach § 3 Abs. 1 ProdHaftG die objektiven Sorgfaltspflichten des Herstellers im Rahmen von § 823 Abs. 1 BGB nur teilweise abbilden.²⁴² Denn die Nichterkennbarkeit von Produktgefahren als begrenzte menschliche Erkenntnis betrifft nicht die Erforderlichkeit und Zumutbarkeit, sondern einen weiteren Aspekt der objektiven Pflichtwidrigkeit, der sich nicht in der berechtigten Verkehrserwartung niederschlägt und damit keine Auswirkung auf das Vorliegen eines Fehlers hat. Dort nämlich, wo die Integritätserwartung des Produktnutzers nicht durch Erwägungen der Erforderlichkeit oder Zumutbarkeit eingeschränkt wird, ist ein Produkt – bei vorausgesetzter Kausalität – allein aufgrund des Eintrittes einer Beeinträchtigung fehlerhaft, ohne dass es darauf ankommt, ob der Hersteller die Gefahr erkennen konnte. Es kommt auf die Enttäuschung der – unter Berücksichtigung der Erforderlichkeit und Zumutbarkeit – berechtigten Sicherheitserwartung an, nicht auf die Gründe der unterlassenen Sicherungsmaßnahmen.²⁴³ Einem

238 Röthel, in: Eifert/Hoffmann-Riem (Hg.), Innovationsverantwortung, S. 335 (338 f.); Krause, in: Viehweg (Hg.), Risiko – Recht – Verantwortung, S. 451 (453).

239 BGH, NJW 2009, 2952 (2955).

240 Vgl. Zech, JZ 2013, 21 (23).

241 Technische Gefährdungshaftungen wie das AMG oder das GenTG enthalten einen Ausschlussstatbestand für Entwicklungsrisiken gerade nicht. Auch dies zeigt die Sonderrolle des ProdHaftG.

242 In diese Richtung auch Helte, Anforderungen an die Produktsicherheit, S. 50 f. und Krause, in: Viehweg (Hg.), Risiko – Recht – Verantwortung, S. 451 (467 f.).

243 Hierzu Oechsler, in: Staudinger, BGB, § 1 ProdHaftG, Rn. 120a f.; Taschner, NJW 1986, 611 (615).

solchen Fehler kann der Hersteller dann erst auf zweiter Verteidigungslinie mit dem Haftungsausschluss des § 1 Abs. 2 Nr. 5 ProdHaftG begegnen.²⁴⁴ Dagegen liegt schon kein Fehler und damit zwangsläufig auch kein Fall für den Haftungsausschluss vor, wenn das Produkt die historischen Sicherheitserwartungen zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens erfüllt hat (vgl. § 3 Abs. 1 lit. c ProdHaftG). Technischer Fortschritt, welcher im Nachhinein zu höheren Sicherheitserwartungen und damit zu verschärften Anforderungen führt, kann ein ursprünglich den Sicherheitserwartungen jener Zeit entsprechendes und damit fehlerfreies Produkt nicht nachträglich zu einem fehlerhaften Produkt machen (insoweit klarstellend § 3 Abs. 2 ProdHaftG).²⁴⁵

6. Die Entwicklungslücke

Von einem Entwicklungsfehler im klassischen Sinne ist die sog. Entwicklungslücke zu unterscheiden. Bei dieser war die Produktgefahr ex ante zwar bekannt oder erkennbar, allerdings bestand zum maßgeblichen Zeitpunkt des Inverkehrbringens nach dortigem Stand von Wissenschaft und Technik keine hinreichende Möglichkeit, die Gefahr zu vermeiden.²⁴⁶ Zwar mangelte es hier ex ante gesehen nicht am erforderlichen Erkenntniswissen, wohl aber an den zum Zeitpunkt der Inverkehrgabe zur Verfügung stehenden Sicherheitstechnologien. Damit kann dem Hersteller im Ausgangspunkt auch hinsichtlich der Entwicklungslücke kein Sorgfaltsverstoß angelastet werden.²⁴⁷ Gleichwohl greift es zu kurz davon zu sprechen, dass eine Entwicklungslücke stets zu Lasten des Geschädigten geht.²⁴⁸ Denn zu beachten ist wiederum das bereits dargestellte Stufenverhältnis. Danach kann die Pflichtverletzung des Herstellers darin gesehen werden, dass er ein Produkt trotz vorhandener Restrisiken in den Verkehr gibt, das nicht die berechtig-

244 Vgl. Förster, in: BeckOK, BGB, § 1 ProdHaftG, Rn. 53; Kort, VersR 1989, 1113 (1113 ff.).

245 Allgemeine Meinung, vgl. Taschner, NJW 1986, 611 (614 f.); Kort, VersR 1989, 1113 (1113 ff.); Förster, in: BeckOK, BGB, § 1 ProdHaftG, Rn. 53.

246 Vgl. Foerste, in: Foerste/Graf v. Westphalen (Hg.), Produkthaftungshandbuch, § 24, Rn. 107; Wagner, in: MüKo, BGB, § 823, Rn. 1082; Foerste, JZ 1995, 1063 (1063); Viehweg, in: Schulte/Schröder (Hg.): Handbuch des Technikrechts, S. 337 (378).

247 Daher ohne terminologische Differenzierung Wagner, Deliktsrecht, Kap. 9, Rn. 20; mit Differenzierung Wagner, in: MüKo, BGB, § 823, Rn. 1082 und Röthel, in: Eifert/Hoffmann-Riem (Hg.), Innovationsverantwortung, S. 335 (339).

248 So aber Röthel, in: Eifert/Hoffmann-Riem (Hg.), Innovationsverantwortung, S. 335 (339); dagegen Hager, in: Staudinger, BGB, § 823, Rn. E 25.

terweise zu erwartende Mindestsicherheit bietet²⁴⁹ und trotz der mit seiner Verwendung verbundenen Vorteile zu gefährlich ist.²⁵⁰ Mit der Inverkehrgabe ist eine Risikoeinschätzung²⁵¹ des Herstellers verbunden, gegenüber deren Folgen er sich nicht damit entlasten kann, dass er den Eintritt des Risikos nicht vermeiden konnte.²⁵² Lediglich im Übrigen, dort also wo der hinreichend instruierte Produktnutzer das mit der Verwendung des Produkts bekannte Risiko weitgehend hinnimmt, geht der Risikoeintritt zu Lasten des Nutzers.

Im ProdHaftG ist die Entwicklungslücke nicht vom Haftungsausschluss des § 1 Abs. 2 Nr. 5 ProdHaftG umfasst.²⁵³ Denn § 1 Abs. 2 Nr. 5 ProdHaftG stellt schon vom Wortlaut allein auf die fehlende Erkennbarkeit, nicht dagegen auf die fehlende Vermeidbarkeit der Gefahr ab.²⁵⁴ Geht folglich bei einer erkennbaren, aber nach den technischen Möglichkeiten im Zeitpunkt des Inverkehrbringens nicht vermeidbaren Gefahr, die berechtigte Verkehrserwartung dahin, keine Beeinträchtigungen durch das Produkt zu erleiden, liegt ein Produktfehler vor, für den kein Ausschlusstatbestand

249 Da anders als im Falle eines Entwicklungsfehlers die Gefahrenbeseitigung technisch unmöglich ist und eine Sicherungsmaßnahme mangels verfügbarer Alternativkonstruktion gar nicht erforderlich sein kann, stellt sich hier die Frage, ob überhaupt von einem Produktmangel gesprochen werden kann, in verschärfter Form. Ausgehend von der berechtigten Verkehrserwartung vor den schädlichen Verwendungsfolgen geschützt zu werden, lässt sich jedenfalls ein Sicherheitsdefizit annehmen. Gleichwohl fehlt es an der objektiven Pflichtwidrigkeit. Im Rahmen von § 823 Abs. 1 BGB dürfte damit m.E. schon das Vorliegen eines Fehlers abzulehnen sein (s.o. Fn. 238). Anzuknüpfen ist daher m.E. an einer von den Fehlerkategorien losgelösten Verkehrspflicht, die unabhängig von einem Produktfehler an der Inverkehrgabe eines erkannt gefährlichen Produkts anknüpft. Dies entspricht der Dogmatik der Verkehrssicherungspflicht im Rahmen der Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB besser als an die konstruktiv nicht erreichte Mindestsicherheit anzuknüpfen.

250 Vgl. allgemein BGH, NJW 2009, 2952 (2953); *Wagner*, in: MüKo, BGB, § 823, Rn. 1090; *Foerste*, in: *Foerste/Graf v. Westphalen* (Hg.), *Produkthaftungsbandbuch*, § 24, Rn. 110.

251 Hier liegt gerade der Unterschied zu nicht erkennbaren Risiken. Mit der Entscheidung der Inverkehrgabe trotz des Wissens um die Gefahreneigenschaft und in gegenüber dem Nutzer überlegener Kenntnis der Produkteigenschaften verfügt der Hersteller über eine Gefahrensteuerungsmöglichkeit. Die Erkennbarkeit der Gefahr macht es ihm möglich, Risikominimierung zu betreiben und durch technische Weiterentwicklung der Gefahr zu begegnen. Bis dahin besteht die Möglichkeit der Versicherung, vgl. – wenn auch zur Begründung einer Gefährdungshaftung bei innovativen Techniken im Allgemeinen – *Zech*, JZ 2013, 21 (24 f.).

252 Vgl. *Oechsler*, in: *Staudinger*, BGB, § 1 ProdHaftG, Rn. 120.

253 Vgl. BGH, NJW 1995, 2162 (2163).

254 *Foerste*, JZ 1995, 1063 (1063); *Oechsler*, in: *Staudinger*, BGB, § 1 ProdHaftG, Rn. 120.

greift.²⁵⁵ Ein Fehler i.S.d. § 3 Abs. 1 ProdHaftG liegt lediglich dann nicht vor, wenn die Produktnutzer die schadenstiftende Eigenschaft als unvermeidbares Risiko aufgrund einer Risiko-Nutzen-Abwägung hingenommen haben.²⁵⁶ Dann fehlt es gerade an einer auf die Ungefährlichkeit gerichteten Integritätserwartung.

7. Keine Produktbeobachtungspflicht nach dem ProdHaftG

Ein wesentlicher Unterschied der beiden Haftungssysteme liegt darin, dass sich dem ProdHaftG keine Pflicht zur Produktbeobachtung entnehmen lässt.²⁵⁷ Denn für die Haftung nach dem ProdHaftG kommt es allein auf die Fehlerfreiheit des Produkts im Zeitpunkt des Inverkehrbringens an, § 3 Abs. 1 lit. c ProdHaftG.²⁵⁸ Nach § 1 Abs. 2 Nr. 2 i.V.m. Abs. 4 S. 2 ProdHaftG kann sich der Hersteller von der Haftung befreien, wenn das Produkt den Fehler zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens noch nicht aufwies. Aufgrund dieses Stichtagsprinzips spielen Verhaltenspflichten des Herstellers nach dem Inverkehrbringen keine Rolle.²⁵⁹ Mittelbar allerdings kann der Produktbeobachtungspflicht auch im Rahmen des ProdHaftG Bedeutung zukommen. Denn für das Vorliegen eines Produktfehlers kommt es stets auf das Inverkehrbringen des konkreten Produkts an. Da die berechtigten Sicherheitserwartungen aufgrund der technischen Weiterentwicklung einem ständigen Wandel unterliegen, hat sich der Hersteller, um einer drohenden Haftung zu entgehen, vor der Inverkehrgabe weiterer Produkte zu vergewissern, ob er die Produktion nicht aufgrund bisher unbekannter Gefahren oder neuer Sicherheitsmaßnahmen anpassen muss.²⁶⁰ Insoweit können ihm die bereits auf dem Markt befindlichen Produkte Anhaltspunkte geben,

255 Haagen, in: Beck/Kusche/Valerius (Hg.), Digitalisierung, Automatisierung, KI und Recht, S. 215 (228) spricht daher von einer nur teilweisen Haftungsbefreiung für technisch nicht vermeidbare Risiken, nämlich nur im Falle der Nichterkennbarkeit.

256 Wagner, in: MüKo, BGB, § 3 ProdHaftG, Rn. 47.

257 Vgl. auch BT-Drs. 11/2447, S. 18.

258 Mayrhofer, Außervertragliche Haftung für fremde Autonomie, S. 293 f. geht dagegen progressiv davon aus, dass schon die berechtigte Verkehrserwartung bei Inverkehrgabe unterlaufen wird, sollte Software nicht auf eine spätere Veränderung des Sicherheitsstandards angepasst werden.

259 Vgl. nur Michalski, BB 1998, 961 (962); Chibanguza/Schubmann, GmbHR 2019, 313 (314); Taeger, in: NK-ProdR, § 3 ProdHaftG, Rn. 74; Wagner, in: MüKo, BGB, § 1 ProdHaftG, Rn. 63; Wagner, VersR 2014, 905 (907); Graf v. Westphalen, in: Foerste/Graf v. Westphalen (Hg.), Produkthaftungshandbuch, § 48, Rn. 8.

260 Hierzu Wagner, in: MüKo, BGB, § 1 ProdHaftG, Rn. 63.

die gegenwärtigen Sicherheitserwartungen bzgl. der noch nicht in den Verkehr gebrachten Produkte zu erfüllen.²⁶¹ Kommt der Hersteller dieser Produktbeobachtung nicht nach, lassen sich zwar für die bereits in Verkehr gebrachten Produkte keine Pflichten und Haftungsrisiken nach dem ProdHaftG ableiten, läuft er aber Gefahr, fehlerhafte Produkte in den Verkehr zu bringen, für die er dann in Anspruch genommen werden kann.²⁶²

Dies ändert sich mit der Umsetzung der neuen Produkthaftungsrichtlinie (im Folgenden „ProdHaftRL“)²⁶³. Zwar kann sich der Hersteller nach Art. 11 Abs. 1 lit. c ProdHaftRL auch entlasten, wenn die Fehlerhaftigkeit bei Inverkehrbringen noch nicht bestanden hat. Allerdings sieht Art. 11 Abs. 2 lit. c ProdHaftRL eine Ausnahme von dieser Haftungsbefreiung vor, wenn die Fehlerhaftigkeit durch ein Softwareupdate später hätte behoben werden können. In Anerkennung ihrer Verantwortung für die Sicherheit von Produkten über den gesamten Lebenszyklus sollen Hersteller auch für das Ausbleiben von für die Softwaresicherheit erforderlichen Updates haftbar gemacht werden können (vgl. Erwägungsgrund (51) ProdHaftRL). Entsprechend kommt es für die Bestimmung der berechtigten Sicherheitserwartungen und damit für die Fehlerhaftigkeit eines Produkts nach Art. 7 Abs. 2 lit. e ProdHaftRL nicht mehr allein auf den Zeitpunkt des Inverkehrbringens des Produkts an, sondern ist der gesamte Zeitraum entscheidend, in dem das Produkt unter der Kontrolle des Herstellers steht. Der Hersteller wird damit zur Aufrechterhaltung der Sicherheit seines Produkts auch über den Zeitpunkt des Inverkehrbringens hinaus verpflichtet. Dies jedenfalls dort, wo er durch ein entsprechendes Softwareupdate reagieren kann. Insofern obliegen dem Hersteller künftig auch über die ProdHaftRL Reaktionspflichten im Hinblick auf die Produktsicherheit.²⁶⁴

261 Vgl. Taeger, in: NK-ProdR, § 3 ProdHaftG, Rn. 75.

262 Sprau, in: Grüneberg, BGB, § 3 ProdHaftG, Rn. 4; Beierle, Die Produkthaftung im Zeitalter des Internet of Things, S. 201; vgl. auch BT-Drs. 11/2447, S. 18.

263 Die Arbeit basiert auf dem Standpunkt des Europäischen Parlaments, festgelegt in erster Lesung am 12.3.2024 im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie (EU) 2024/... des Europäischen Parlaments und des Rates über die Haftung für fehlerhafte Produkte und zur Aufhebung der Richtlinie 85/374/EWG des Rates. Nachdem der Rat seine noch erforderliche Zustimmung bereits signalisiert hat, ist mit einem Inkrafttreten der neuen Vorschriften noch im Jahr 2024 zu rechnen. Geltung beanspruchen diese Vorschriften dann gem. Art. 1 Nr. 1 ProdHaftRL für Produkte, die 24 Monate nach dem Inkrafttreten in den Verkehr gebracht oder in Betrieb genommen werden. Bis zu diesem Zeitpunkt haben die Mitgliedsstaaten gem. Art. 22 Abs. 1 ProdHaftRL zur entsprechenden Umsetzung Zeit. Voraussichtlich werden die neuen Vorschriften ab Herbst 2026 gelten.

III. Fazit zum Produktrecht

Das Produktrecht im Allgemeinen und die entsprechend statuierte Verantwortung des Herstellers weisen eine hohe Affinität zu dem Zeitpunkt des Inverkehrbringens auf. Die zeitpunktbezogene Prüfung kann aber nicht mit einer ebenso zeitlich begrenzten Sicherheitsaussage korrelieren. Vielmehr muss das Produkt über seine ganze Lebensdauer sicher sein.²⁶⁵ Vor diesem Hintergrund wird im öffentlich-rechtlichen Produktsicherheitsrecht in § 3 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 ProdSG ausdrücklich die Gebrauchsdauer als berücksichtigungsfähiger Aspekt bei der Bestimmung der Produktsicherheit normiert. Das öffentlich-rechtliche Produktsicherheitsrecht soll sicherstellen, dass sich nur sichere Produkte auf dem Markt befinden und dass von den Produkten keine Gefahren für die nach dem Schutzzweck der jeweiligen Vorschriften geschützten Rechtsgüter ausgehen. Es stellt dazu präventiv Mindestanforderungen an Produkte hinsichtlich ihrer Bereitstellung auf dem Markt, deren Erfüllung zwingende Voraussetzung und maßgeblich für die Verkehrsfähigkeit ist. In diesem Sinne regelt § 3 ProdSG als zentrale Vorschrift hinsichtlich der Sicherheitsanforderung an Produkte,²⁶⁶ dass ein Produkt nur auf dem Markt bereitgestellt werden darf, wenn es bei bestimmungsgemäßer oder vorhersehbarer Verwendung die Sicherheit und Gesundheit von Personen nicht gefährdet (§ 3 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 S. 1 ProdSG). Folglich ist ein Produkt dann nicht verkehrsfähig ist, wenn sich schon bei seiner Abgabe abzeichnet, dass es nicht über die gesamte voraussichtliche

264 Dötsch, Außervertragliche Haftung für KI, S. 406 und Mayr/Rauner/Schweiger, ZfPC 2023, 2 (5) sprechen dagegen schon weitergehend von Produktbeobachtungspflicht auch im Rahmen der neuen Produkthaftungsrichtlinie. Indes lässt die implizit eingeführte Updateverpflichtung noch keinen Schluss auf eine Beobachtungspflicht i.e.S. zu.

265 Schucht, BB 2020, 1990 (1991).

266 Das ProdSG geht zurück auf das Gerätesicherheitsgesetz von 1968, setzt daneben horizontal die für alle Produkte geltende Allgemeine Produktsicherheitsrichtlinie 2001/95/EG sowie weitere vertikale, also bestimmte Produktgattungen betreffende EU-Richtlinien, um. Das ProdSG kommt für alle Produkte zur Anwendung, für die es keine spezialgesetzlichen Vorschriften gibt (Auffangfunktion). Dies führt dazu, dass ein produktsicherheitsrechtlicher Mindeststandard etabliert wird. Daneben kommt dem ProdSG auch eine Dachfunktion zu. Denn soweit es zwar Spezialgesetze gibt, dort aber bestimmte Anforderungen an die Bereitstellung auf dem Markt nicht konkreter geregelt sind als im ProdSG, kommt es insoweit zur Anwendung, vgl. § 1 Abs. 3 ProdSG sowie Schucht, in: Klindt, ProdSG, § 1, Rn. 81 und Falk, in: NK-ProdR, § 1 ProdSG, Rn. 47 ff.

Gebrauchsdauer sicher verwendet werden kann.²⁶⁷ Produkthaftungsrechtlich gesprochen erfüllt es dann nicht die berechtigten Verkehrserwartungen und ist bereits bei Inverkehrgabe fehlerhaft. Ist ein Produkt daher zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens sicher, hat also der Hersteller alles Erforderliche und Zumutbare getan, geht damit herkömmlicherweise ein gewisses Vertrauen einher, dass das Produkt auch über seinen Lebenszyklus hinweg sicher bleibt. Aufgrund des sich stets fortentwickelnden Stands von Wissenschaft und Technik und der zunehmenden Erfahrung im Umgang mit dem Produkt genießt ein Produkt mit dem Inverkehrbringen aber keinen Bestandsschutz.²⁶⁸ Hier knüpft die Produktbeobachtungspflicht quasi als zweites Sicherheitsnetz an, sodass eine Dynamisierung der Herstellerverantwortung über den Zeitpunkt des Inverkehrbringens hinaus entsteht.²⁶⁹ Die Ausdifferenzierung der Produktbeobachtungspflicht trägt dabei dem Verständnis der jeweiligen Verantwortungssphären Rechnung. Bis zum Zeitpunkt der Inverkehrgabe hat der Hersteller als „Herr des Herstellungsprozesses“ die volle Kontrolle über das Produkt; danach verfügt er zwar weiterhin über überlegenes Produktwissen, allerdings beschränken sich seine Eingriffsmöglichkeiten.

267 Zum Ganzen überzeugend *Schucht*, BB 2020, 1990 (1991).

268 *Wagner/Ruttloff/Miederhoff*, CCZ 2020, 1 (5).

269 *Handorn/Juknat*, MPR 2022, 77 (87).

