

---

# ... und die USA?

Hans-W. Micklitz\*

## Inhalt

- I. Statt eines Vorwortes – eine Danksagung
- II. Das dritte Restatement – zurück zur Verschuldenshaftung
  1. Vorstellung der Regelung im „Restatement (Third) of Torts: Product Liability“
    - a) Illustration I des ALI
    - b) Illustration II des ALI
    - c) Rechtfertigung des ALI für die Verschuldenshaftung bei Konstruktionsfehlern
    - d) Gegenargumente
  2. Das Sicherheitskonzept – vom „consumer expectations test“ zum „risk-utility test“
    - a) Von der vertraglichen Garantiehaftung zurück zur Haftung für die unerlaubte Handlung?
    - b) Der Paradigmenwechsel
- III. Disharmonien zwischen dem dritten Restatement und der Richtlinie 85/374/EWG
  1. Gefährdungshaftung vs. Verschuldenshaftung
  2. Sicherheitskonzept und Fehlerbegriff
- IV. Das dritte Restatement und die Richtlinie 85/374/EWG im Gleichklang?
  1. Die Richtlinie – Gefährdungshaftung als verdeckte Verschuldenshaftung

\* Prof. Dr. Hans W. Micklitz, Inhaber des Lehrstuhls für Privatrecht insbes. Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, Jean Monnet Chair on European Economic Law an der Otto-Friedrich Universität Bamberg.

2. Entsprechen die „berechtigten Verbrauchererwartungen“ in der Richtlinie dem „risk-utility test“ im dritten Restatement?
- V. Ist ein Gleichklang der Haftungssysteme in den Vereinigten Staaten von Amerika und der Europäischen Gemeinschaft sinnvoll und notwendig?
1. Unterschiedliche Konzepte und Funktionen der Produzentenhaftung
  2. Unterschiedliche Sicherheitskonzepte

## I. Statt eines Vorwortes – eine Danksagung

Die Wege von Prof. Taschner und mir haben sich schon früh gekreuzt. Damals ging unsere Auseinandersetzung um die Rechtsnatur der Richtlinie. Für Prof. Taschner handelte es sich um eine Binnenmarktrichtlinie, für mich war (und ist es) im Kern eine Verbraucherschutzrichtlinie. Geteilter Meinung waren wir auch über die Einbeziehung von Entwicklungsfehlern.<sup>1</sup> Die Zeit hat beide Konflikte entschieden, die erste in meinem Sinne, die letztere in Prof. Taschners Sinne. Heute haben sich die Gewichte verschoben. Mit dem *Restatement of the Law Third Torts: Product Liability*<sup>2</sup> hat das *American Law Institute* (ALI) den Streit um den geeigneten Kontrollansatz zur Bewältigung von Produkthaftpflichtfällen neu entfacht. Die amerikanische Initiative fällt in eine Zeit, in der sich auch die EG-Kommission daran macht, das Instrumentarium der Produkthaftungsrichtlinie auf den Prüfstand zu stellen. Scheinbar verlaufen die Entwicklungslinien genau entgegengesetzt: Während das *Restatement Third* für eine Lockerung der Haftung des Herstellers votiert, ja für die Wiedereinführung der Verschuldenshaftung argumentiert, geht es in der Gemeinschaft um die Ausdehnung der Gefährdungshaftung des Herstellers und um eine Verschärfung der Haftungsgrundsätze. Auf den Druck des Europäischen Parlamentes hin hat die Kommission 1999 ihr Grünbuch<sup>3</sup> vorgelegt, dem sie im Jahre 2001 ihren Bericht über die Anwendung der Richtlinie 85/374/EWG über die Haftung für fehlerhafte Produkte folgen ließ.<sup>4</sup> Auch wenn

<sup>1</sup> H. C. Ficker, Produkthaftung als Gefährdungshaftung? in: Fs. v. Caemmerer, 1978, S. 343; Taschner, Die künftige Produzentenhaftung in Deutschland, NJW 1986, S. 611 und dagegen Micklitz, Einheitliche Neuregelung der Produzentenhaftung in Europa, ZRP, 1978, S. 37; ders., Produzentenhaftung – Ein Problem des Verbraucherschutzes?, ZVP, 1979, S. 329.

<sup>2</sup> The American Law Institute, Restatement (Third) of Torts: Product Liability, 1998.

<sup>3</sup> Grünbuch, Die zivilrechtliche Haftung für fehlerhafte Produkte, KOM (1999) 396 endg.

<sup>4</sup> Bericht über die Anwendung der Richtlinie 85/374/EWG über die Haftung für fehlerhafte Produkte, KOM (2000) 893 endg.

offensichtlich ist, daß die Kommission, wenn überhaupt, nur zu vorsichtigen Korrekturen im Sinne der teilweise geforderten Haftungsverschärfung bereit zu sein scheint, so kann die Kommission sich doch dem international verändernden Kontext der Haftung nicht entziehen. Völlig anders als es sich die Befürworter einer Verschärfung der Produkthaftungsrichtlinie vorstellen, und offensichtlich von ihnen weitgehend unbeachtet, hat sich das Klima verändert. Aus den Vereinigten Staaten weht eine steife Brise, die eine Verschärfung der Produkthaftung in Europa wenig wahrscheinlich macht. Die Frage dürfte viel eher sein, ob die Europäische Gemeinschaft den Status quo ihrer möglicherweise schärferen Haftungsstandards gegen den amerikanischen Liberalisierungsdruck behaupten kann.

Der erste Abschnitt stellt in kurzen Zügen die entscheidenden Regeln des *Restatement Third* vor, der zweite und dritte Abschnitt setzt sich mit genau entgegengesetzten Einschätzungen über das zukünftige Verhältnis der amerikanisch-europäischen Produkthaftungsregeln auseinander. Einerseits wird behauptet, daß das *Restatement Third* das bisherige Gleichgewicht zwischen Europa und Amerika beseitigt, andererseits wird genau umgekehrt prognostiziert, daß das *Restatement Third* das amerikanische Haftungsrecht an das europäische Haftungsrecht annähert. Jenseits solcher Einschätzungsversuche, die immer mit dem Risiko behaftet sind, sich rechtsvergleichend über fremde Rechtsordnungen äußern zu müssen,<sup>5</sup> scheint es doch wohl eher darum zu gehen, ob Europa und Amerika eine einheitliche Haftungsordnung benötigen, oder ob nicht angesichts fundamentaler Unterschiede in der Rolle und Funktion des Haftungsrechts Unterschiede bestehen müssen, – es sei denn Europa nähert sich in seinen Grundwerten der amerikanischen Gesellschaft an.

## II. Das dritte Restatement – zurück zur Verschuldenshaftung

Das *Restatement (Second) of Torts* § 402 A 1965 formulierte einen einheitlichen Fehlerbegriff. Danach sollte der Hersteller haften, falls das Produkt „*in a defective condition unreasonably dangerous to the user or consumer*“ war. Diese Fehlerdefinition erstreckte sich auf alle denkbaren und heute bekannten Fallgruppen und bildete den Ausgangspunkt für die Festlegung des geeigneten Haftungsmaßstabes. Comment I definierte „*unreasonably dangerous*“ als „*dangerous to an extent beyond which would be contemplated by the ordinary consumer who purchases it, with the ordinary knowledge common to the community as to its characteristics.*“<sup>6</sup> Mit aller gebotenen Vorsicht dürfte die These gerechtfertigt sein, daß § 402 A nicht zu der gewünschten Rechts-

<sup>5</sup> Deshalb soll auch kein Versuch unternommen werden, die Bedeutung des Restatements für die amerikanische Rechtsordnung zu erklären.

<sup>6</sup> The American Law Institute, *Restatement (Second) of Torts*, § 402A, Comment i (1965).

sicherheit geführt hat. Statt dessen entwickelte sich eine Judikatur, die keinem einheitlichen Schema zu folgen schien, auch die Rechtswissenschaft tat das Ihrige, um die Unsicherheit zu erhöhen. Gut 30 Jahre haben eine überbordende Judikatur und eine kaum zu übersehende Literatur hervorgebracht, die das *Restatement (Third)* verarbeitet und in Formen gießt.

## 1. Vorstellung der Regelung im „Restatement (Third) of Torts: Product Liability“

Section 1 des *Third Restatement* formuliert den Ausgangspunkt der Haftungsregelung, der noch so aussieht als ginge es um ein Regime der Gefährdungshaftung „*liability for harm to persons or property caused by the defect*“. Section 2 definiert nicht den Fehler an sich, sondern differenziert nach den Fehlerkategorien. Erst jetzt wird die Dimension des Umwälzungsprozesses deutlich, der mit dem *Restatement Third* eingeleitet ist oder noch werden soll. Section 2 „*Categories of Product defect*“ lautet wie folgt:<sup>7</sup>

„A product is defective when at the time of sale or distribution of sale or distribution, it contains a manufacturing defect, is defective in design, or is defective because of inadequate instructions or warnings. A Product:

(a) contains a *manufacturing defect* when the product departs from the intended design even though all possible care was exercised in the preparation and marketing of the product;

(b) is *defective in design* when the foreseeable risks of harm posed by the product could have been reduced or avoided by the adoption of a *reasonable alternative design* by the seller or other distributor, or a predecessor in the commercial chain of distribution, and the omission of the alternative design renders the product not reasonably safe.

(c) is *defective because of inadequate instructions or warnings* when the foreseeable risks of harm posed by the product could have been reduced or avoided by the provision of *reasonable* instructions or warnings by the seller or other distributor, or a predecessor in the commercial chain of distribution, and the omission of the instruction or warnings renders the product not reasonably safe.“

Schon der Wortlaut spricht für sich. Danach soll es für Fabrikationsfehler bei der Gefährdungshaftung bleiben, was auch in der Begründung deutlich zum Ausdruck kommt: „*The rule for manufacturing defects stated in Subsection (a) imposes liability whether or not the manufacturer's quality control efforts satisfy standards of reasonable*

<sup>7</sup> The American Law Institute, *Restatement (Third) of Torts: Product Liability*, 1998.

*ness*.<sup>8</sup> Dagegen wird für Instruktions- und Konstruktionsfehler die Verschuldenshaftung wieder eingeführt. Die *drafters* nehmen kein Blatt vor den Mund: „*Sub-sections (b) and (c) which impose liability for products that are defectively designed or sold without adequate warnings or instructions and are thus not reasonably safe, achieve the same general objectives as does liability predicated on negligence.*“<sup>9</sup> Insofern scheint das ALI in der Tat eine Trendwende einleiten zu wollen. Die Legaldefinition für beide Fehlergruppen sind sprachlich bewußt aneinander angeglichen. Eckpunkte bilden die „*foreseeable risks of harm*“ und die Verfügbarkeit eines „*reasonable alternative design*“ bzw. von „*reasonable instructions or warning*“ ohne die das Produkt nicht „*reasonably safe*“ wäre.

Der Schwerpunkt der Darstellung soll auf die Behandlung der Konstruktionsfehler gelegt werden, ohne daß damit eine Aussage über die Wertigkeit der verschiedenen Fehlergruppen verbunden wäre. Jedoch stand in der amerikanischen Diskussion um die Notwendigkeit eines *Restatement Third* und um die Tauglichkeit der vorgeschlagenen Begrifflichkeit die „richtige“ Formulierung des Konstruktionsfehlers im Vordergrund.<sup>10</sup> Diese Sichtweise fügt sich wunderbar ein in den intendierten Vergleich mit der EG-Richtlinie und dort vor allem mit Artikel 7 e), der den Ausschluß der Haftung für Entwicklungsrisiken gestattet. Die Behandlung und Einordnung des Konstruktionsfehlers entscheidet über die Rechtsnatur und die Regelungsphilosophie der Produkthaftung, oder anders formuliert, hier entscheidet sich die Frage, ob der amerikanische Regelungsansatz von dem gemeinschaftsrechtlichen differiert, weil die Richtlinie 85/374/EWG eine Gefährdungshaftung statuiert, oder ob der amerikanische und der gemeinschaftsrechtliche Regelungsansatz sich im Kern decken,<sup>11</sup> weil auch die Richtlinie eben wegen des besagten Artikel 7 e) der Sache nach, wie die amerikanische, eine Verschuldenshaftung darstellt.<sup>12</sup>

Section 2 (b) verweist auf eine ganze Fülle unbestimmter Rechtsbegriffe. Im Mittelpunkt steht indessen die Frage, ob es für den Hersteller ein „*reasonable alternative design*“ – eine vernünftige Konstruktionsalternative gab oder nicht. Die Frage muß deshalb lauten, was unter einem „*reasonable alternative design*“ zu verstehen ist. Das *Restatement Third* bietet folgende Erklärung:<sup>13</sup>

<sup>8</sup> The American Law Institute, Restatement (Third) of Torts: Product Liability, 1998, s. 2 Categories of Product Defect comment a. Rationale.

<sup>9</sup> The American Law Institute, Restatement (Third) of Torts: Product Liability, 1998, s. 2 Categories of Product Defect comment a. Rationale.

<sup>10</sup> Siehe hierzu insb. den Beitrag der beiden Reporter des Restatement Third, *Henderson/Twerski*, Achieving Consensus on Defective Product Design, Cornell Law Review 1998, pp. 1-53.

<sup>11</sup> Dazu unter III.

<sup>12</sup> Dazu unter IV.

<sup>13</sup> The American Law Institute, Restatement (Third) of Torts: Product Liability, 1998, s. 2 Categories of Product Defect comment d. Design defects: general considerations.

„d. Design defects: general considerations. Whereas a manufacturing defect consists of a product unit's failure to meet the manufacturer's design specifications, a product asserted to have a defective design meets the manufacturer's design specifications but raises the question whether the specifications themselves create unreasonable risks. Answering that question requires reference to a standard outside the specifications. Subsection (b) adopts a reasonableness ("risk-utility balancing") test as the standard for judging the defectiveness of product designs. More specifically, the test is whether a reasonable alternative design would, at reasonable cost, have reduced the foreseeable risks of harm posed by the product and, if so, whether the omission of the alternative design by the seller or a predecessor in the distributive chain rendered the product not reasonably safe. (This is the primary, but not the exclusive, test for defective design [...]).

Assessment of a product design in most instances requires a comparison between an alternative design and the product design that caused the injury, undertaken from the viewpoint of a reasonable person. That approach is also used in administering the traditional reasonableness standard in negligence (see Restatement, Second, Torts s 283). The policy reasons that support use of a reasonable-person perspective in connection with the general negligence standard also support its use in the products liability context.

How the defendant's design compares with other, competing designs in actual use is relevant to the issue of whether the defendant's design is defective. Defendants often seek to defend their product designs on the ground that the designs conform to the "state of the art". The term "state of the art" has been variously defined to mean that the product design conforms to industry custom, that it reflects the safest and most advanced technology developed and in commercial use, or that it reflects technology at the cutting edge of scientific knowledge. The confusion brought about by these various definitions is unfortunate. This Section states that a design is defective if the product could have been made safer by the adoption of a reasonable alternative design. If such a design could have been practically adopted at time of sale and if the omission of such a design rendered the product not reasonably safe, the plaintiff establishes defect under Subsection (b). When a defendant demonstrates that its product design was the safest in use at the time of sale, it may be difficult for the plaintiff to prove that an alternative design could have been practically adopted. The defendant is thus allowed to introduce evidence with regard to industry practice that bears on whether an alternative design was practicable. Industry practice may also be relevant to whether the omission of an alternative design rendered the product not reasonably safe. While such evidence is admissible, it is not necessarily dispositive. If the plaintiff introduces expert testimony to establish that a reasonable alternative design could practically have been adopted, a trier of fact may con-

clude that the product was defective notwithstanding that such a design was not adopted by any manufacturer, or even considered for commercial use, at the time of sale.“

Aus der Sicht eines europäischen Juristen sind drei Bestandteile im *Restatement Third* bemerkenswert: (1) *risk-utility balancing* – Risiko-Nutzen-Abwägung als Maßstab für die Bestimmung der Sicherheit, (2) *the viewpoint of a reasonable person* nicht die Perspektive des Geschädigten oder des Herstellers, (3) die Zurückweisung von *state of the art* als Bezugspunkt. Wiewohl das *Restatement Third* ausdrücklich nur von Risiko-Nutzen-Abwägung spricht, handelt es sich der Sache nach doch um eine Kosten-Nutzen-Analyse. Auch insofern lässt es die Begründung nicht an Klarheit vermissen. Die *state of the art defense*, die gerade in Deutschland im Mittelpunkt der rechtlichen Konkretisierung des Risikobegriffs steht, wird ausdrücklich als untauglich verworfen. Die Entscheidung des EuGH *Kommission vs. Vereinigtes Königreich* hat einen ersten Eindruck vermittelt, welche Schwierigkeiten die in Artikel 7 e) verwendete Begrifflichkeit im europäischen Kontext aufweist.<sup>14</sup>

Das *Restatement Third* begnügt sich nicht mit diesen eher generellen konzeptionellen Vorgaben, sondern versucht in der Begründung Hilfestellungen anzubieten, in dem mögliche Faktoren benannt werden, die beim *risk-utility test* Beachtung finden sollen.<sup>15</sup>

„A broad range of factors may be considered in determining whether an alternative design is reasonable and whether its omission renders a product not reasonable safe. The factors include, among others, the magnitude of the foreseeable risks of harm, the instructions and warnings accompanying the product, and the nature and strength of consumer expectations regarding the product, including expectations arising from product portrayal and marketing. The relative advantages and disadvantages of the product as designed and as it alternatively could have been designed may also be considered. Thus the likely effects of the alternative design on production costs, the effects of the alternative design on product longevity, maintenance and repair, and esthetics; and the range of consumer choice among products are factors that may be taken into account. A plaintiff is not necessarily required to introduce proof on all these factors; their relevance and the relevance of other factors will vary from case to case. Moreover the factors interact with each other.“

<sup>14</sup> EuGH, Rs. C-300/95, Slg. 1997, I-2649 (*Kommission/Vereinigtes Königreich*).

<sup>15</sup> The American Law Institute, Restatement (Third) of Torts: Product Liability, 1998, s. 2 Categories of Product Defect comment f. Design defects: factors relevant in determining whether the omission of a reasonable alternative design renders a product not reasonably safe.

a) Illustration I des ALI<sup>16</sup>

„Andrea, age four, suffered serious burns when she got out of bed one night to go to the bathroom and tripped on the electric cord connected to a hot water vaporizer. When Andrea tripped on the cord, the vaporizer separated into its three component parts – a large, wide-mouthed glass jar, a metal pan, and a plastic top-heating unit. When the plastic top-heating unit came off, the hot water in the glass jar poured out, causing Andrea’s burns. In an action alleging defective design of the vaporizer, the following factors are relevant: (1) the foreseeability that the vaporizer might be accidentally tipped over; (2) the overall safety provided by an alternative design which secures the heating unit to the receptacle that holds the water; (3) consumer knowledge or lack thereof that the water in the glass jar is scalding hot; (4) the cost of the safer alternative design; and (5) the relative convenience of a vaporizer with a lift-off cap. If Andrea’s expert offers an opinion based on a reasonable analysis of these factors and such testimony is sufficient to allow reasonable persons to conclude that the omission of the alternative design renders the product not reasonably safe, the question of defectiveness is for the trier of fact. Whether instructions to the trier of fact should include specific reference to these factors is beyond the scope of this Restatement and should be determined under local law.“

b) Illustration II des ALI<sup>17</sup>

„John was driving a compact automobile manufactured by the ABC Auto Company when he lost control and collided with a tree. John suffered serious injuries. John brings a products liability claim against ABC arguing that the design of his car is defective in that it does not offer the same level of crash-worthiness as does a full-size automobile. Reducing the size unavoidably increases the risk of injuries to occupants in collisions. John can point to no specific feature of the ABC automobile that could have been designed differently so as to be safer without reducing the desirable characteristics of cost and fuel economy. John argues that, in comparison with larger automobiles, the ABC automobile is defective in design. John has not established a defect within the meaning of Subsection 2(b). Although ABC’s design was less safe than much larger vehicles, it was not for that reason “not reasonably safe”. Given that risks and benefits associated with relative automobile size are generally known, decisions regarding which sizes to purchase and use should be left to users and consumers in the market.“

<sup>16</sup> The American Law Institute, Restatement (Third) of Torts: Product Liability, 1998, s. 2 Categories of Product Defect comment f. 6.

<sup>17</sup> The American Law Institute, Restatement (Third) of Torts: Product Liability, 1998, s. 2 Categories of Product Defect comment f. 9.

c) Rechtfertigung des ALI für die Verschuldenshaftung bei Konstruktionsfehlern

Das *Restatement Third* verschiebt die Gewichte zu Lasten der Verbraucher. Warum ist das so? Die Antwort des ALI in der Reporters' Note lautet:<sup>18</sup>

„The rationale supporting the risk-utility-based standards for defectiveness in design and failure-to-warn cases is implicit in those standards. Liability is imposed whenever the designer or marketer of a product is in a relatively better position than are users and consumers to minimize product-related risks. This theme is developed at some length in *Henderson/Tverski*,<sup>19</sup> [...]: In that article, the Reporters argue that the requirement that the plaintiff establish defectiveness in design and warning cases is necessary to create appropriate incentives to cause users and consumers to engage in safe use and consumption of products. Users and consumers are relatively helpless with respect to harm caused by hidden manufacturing defects; but they are more often better risk minimizers than are product sellers with respect to generic risks involving the inherent design of products. Thus, users of knives are thought to be the appropriate actors to bear legal responsibility for the harm caused by the sharpness of such products. Liability for knife-related accidents unrelated to manufacturing defects should not be imposed on commercial sellers, who have no opportunity to design or market knives that are incapable of causing injury.“

d) Gegenargumente

Die Logik der Argumentation des ALI mag für einige Konstruktionsfehler zutreffend sein, sie überzeugt jedoch nicht vollständig. Das dritte Restatement arbeitet mit Beispielsfällen, die so „einleuchtend“ sind, daß sie für die Argumentation letztendlich wenig hergeben. Insofern scheint die Argumentation vorgeschoben, um andere Ziele zu verfolgen, nämlich die Durchsetzung der Verschuldenshaftung gegen die Gefährdungshaftung zu legitimieren.

Inhaltlicher Ausdruck der Umsteuerung zu Lasten der Verbraucher und zu Gunsten der Hersteller ist die Abhängigkeit der Haftung nicht nur von der Verfügbarkeit einer vernünftigen Konstruktionalternative, sondern auch von den vorhersehbaren Risiken des Schadenseintritts (*foreseeable risks of harm*). Vorhersehbarkeit allein reicht als Maßstab nicht aus, weil die Haftung nur auf vorhersehbare Risiken des Schadenseintritts erstreckt werden sollte, die nicht akzeptabel sind. Produkte können akzeptable Risiken enthalten, die gleichwohl vorhersehbar sind. Das

<sup>18</sup> The American Law Institute, Restatement (Third) of Torts: Product Liability, 1998, s. 2 Categories of Product Defect, Reporters' Note comment a. Rationale.

<sup>19</sup> *Henderson/Tverski*, Closing the American Products Liability Frontier: The Rejection of Liability Without Defect, 66 N.Y.U. L. Rev. p. 1263 (1991).

Kriterium der Vorhersehbarkeit garantiert für sich gesehen keinen vernünftigen Interessenausgleich. So bleibt es bei der Notwendigkeit des Nachweises einer vernünftigen Konstruktionsalternative, das Kriterium der Vorhersehbarkeit bringt keinen zusätzlichen Erkenntnisgewinn, zumal das dritte Restatement nicht zwischen den akzeptablen und den inakzeptablen Risiken unterscheidet, geschweige denn Hinweise für eine Abgrenzung bietet.

Die Beweislast wird dem Verbraucher auferlegt, was angesichts der Diskussion der letzten Dekaden die Reichweite der angestrebten Umorientierung unterstreicht. Die Umsteuerung zeigt überdeutlich, daß nach Auffassung des *American Law Institute* Verbraucherschutz keine Priorität mehr genießen soll. Der Kläger, d.h. der geschädigte Verbraucher, muß beweisen, daß das mögliche Risiko durch eine Konstruktionsalternative hätte reduziert oder vermieden werden können und daß die behauptete Alternative in sich vernünftig und auch praktisch realisierbar war. In technisch komplizierten Fällen hat derjenige die besseren Karten, der von der Beweisführung befreit ist. In *Bammerlin vs. Navistar International Transportation Corporation*<sup>20</sup> zeigen sich die Konsequenzen des vom dritten Restatement vorgeschlagenen Tests. Da nicht klar war, ob die alternativ vorgeschlagene Konstruktion des Fahrzeuggurtes weniger Ausfälle produzieren würde als die vom Kläger angegriffene Konstruktion und auch eindeutige Schadensstatistiken nicht vorlagen, wies das Gericht die Klage ab. Der Kläger, so das Gericht, hätte nicht bewiesen, daß das Risiko sich minimieren ließe, wenn der Sitzgurt am Fahrzeuggehäuse befestigt gewesen wäre.

Nach dem dritten Restatement muß der Kläger auch beweisen, daß der Produktfehler den Schaden des Klägers verursachte.<sup>21</sup> Diese Anforderung bringt den Kläger beim Vorliegen von Konstruktionsfehlern in erhebliche praktische und argumentative Zwänge. Um die Kausalität beweisen zu können, muß der Kläger darlegen, daß eine alternative Konstruktion den Schaden, für den er Ersatz verlangt, verhindert oder reduziert hätte. Selbst wenn der Kläger den Beweis erbringen kann, daß eine Konstruktionsalternative die Sicherheit verbessert hätte, so ist damit nicht automatisch die Kausalität gegeben, weil eine Haftung des Herstellers nur gegeben ist, wenn jenes Maß an zusätzlicher Sicherheit geeignet gewesen wäre, den Schaden des Klägers zu verhindern oder zu reduzieren. Je geringer das zusätzliche Quantum an Sicherheit der vorgeschlagenen Konstruktionsalternative, desto weniger wahrscheinlich ist der Kausalzusammenhang zwischen der verbesserten Konstruktion und dem Schadenseintritt bzw. der Schadensminderung. Im Fall der Existenz von Konstruktionsfehlern muß die Alternative geeignet sein, die Sicherheit soweit und so erheblich zu verbessern, daß der Effekt quasi spürbar wird. Das Verschuldensmoment fließt selbst in die Kausalitätsprüfung ein.

<sup>20</sup> 30 F.3d 898 (7<sup>th</sup> Cir. 1994).

<sup>21</sup> The American Law Institute, Restatement (Third) of Torts: Product Liability, 1998, s. 2 Categories of Product Defect, comment f.

## 2. Das Sicherheitskonzept – vom „consumer expectation test“ zum „risk-utility test“

Der Rivale des *risk-utility test* ist der *consumer expectation test*. Mit der Entscheidung, die Arbeiten zu einem *Restatement Third* aufzunehmen, war die Prüfung der Frage verbunden, ob der *consumer expectation test* geeignet ist, die Existenz eines Konstruktionsfehlers zu ermitteln. Große Teile der amerikanischen Diskussion werden überhaupt nur verständlich, wenn man sich den Ausgangspunkt des *consumer expectation test* und die Argumente seiner Befürworter im *Restatement Second* vergegenwärtigt.<sup>22</sup> Die beiden Reporter *Henderson/Twerski* benennen den Konflikt und das Ziel des *Restatement Third* in aller Deutlichkeit:<sup>23</sup>

„A fair assessment in this regard (to design defects) is that, while some sort of the problems described above undoubtedly confront risk-utility that standard solves them much more readily than does a standard on consumer expectations. For one thing risk-utility analysis deals more comfortably with the necessity of marking cross-personal comparisons regarding consumer preferences. The operative perspective in risk-utility analysis is the objective one of achieving reasonable design safety from an overall, societal standpoint, not the more stubbornly subjective perspective of personal (albeit somehow collective), psychological expectations.“

*Henderson/Twerski* berufen sich auf die Unterstützung von *Posner*.<sup>24</sup> Sie suchen nach einer ökonomischen Rationalität, die diametral entgegengesetzt zu Gerechtigkeitsvorstellungen verläuft, wie sie von *Rawls* formuliert worden sind, die aber von *Henderson/Twerski* unter Berufung auf *Wolff*<sup>25</sup> zurückgewiesen wird.

### a) Von der vertraglichen Garantiehaftung zurück zur Haftung für die unerlaubte Handlung?

Das dritte Restatement geht von einem dichotomen Verhältnis zwischen den Verbrauchererwartungen auf der einen Seite und dem Risiko-Nutzen-Test auf der anderen Seite aus. Das Konzept der Verbrauchererwartungen wird aus der *warranty* hergeleitet, findet seinen Ursprung demnach im Vertragsrecht.<sup>26</sup> Risiko-Nutzen-

<sup>22</sup> Siehe hierzu insbesondere den Beitrag der beiden Reporter des Restatement Third, *Henderson/Twerski, Achieving Consensus on Defective Product Design*, Cornell Law Review 1998, pp. 1-53.

<sup>23</sup> Siehe hierzu insbesondere den Beitrag der beiden Reporter des Restatement Third, *Henderson/Twerski, Achieving Consensus on Defective Product Design*, Cornell Law Review 1998, p. 1, at 15.

<sup>24</sup> *Posner*, Economic Analysis of Law pp. 12-13 (1985), siehe, *Henderson/Twerski, Achieving Consensus on Defective Product Design*, Cornell Law Review 1998, p. 1, note 57 at 15.

<sup>25</sup> *R. P. Wolff*, Understanding *Rawls* (1977), note 53 at 122, bei *Henderson/Twerski, Achieving Consensus on Defective Product Design*, Cornell Law Review 1998, p. 1, note 58 at 15.

<sup>26</sup> *Howells/Mildred*, Is European Law More Protective Than The Restatement (Third) of Torts: Products Liability?, 65 Tennessee Law Review 1998, p. 986, at 995.

Überlegungen sind nach amerikanischem Rechtsverständnis traditionell im Recht der unerlaubten Handlung anzusiedeln, d.h. sie sind mit der Verschuldenshaftung verknüpft. Die Auswahl des geeigneten Tests bildet die Sollbruchstelle im dritten Restatement. Die bisherige amerikanische Diskussion verbindet mit dem Modell der Verbrauchererwartungen die Vorstellung einer Gefährdungshaftung, einer Art Garantiehaftung, die ihre Wurzeln im Vertragsrecht hat, obwohl die Verbrauchererwartungen subjektiv definiert werden, weil nicht die Gerichte, sondern die Jury entscheidet, ob ein (fehlerhaftes) Produkt den Verbrauchererwartungen entsprach. Risiko-Nutzen-Überlegungen orientieren sich an stärker objektivierten Kriterien. Das ökonomische Kalkül soll darüber entscheiden, was dem Produzenten als Haftungsverantwortung auferlegt werden kann. Insofern verbinden sich in Risiko-Nutzen Überlegungen ökonomische und normative Maßstäbe. Ökonomische, weil eine betriebswirtschaftliche Rechnung aufzustellen ist, normative, weil letztere der Überprüfung durch die Gerichte standhalten muß.

Die Begründung für die Ablehnung des *consumer expectations test* lautet wie folgt:<sup>27</sup>

„g. Consumer expectations: general considerations. Under Subsection (b), consumer expectations do not constitute an independent standard for judging the defectiveness of product designs. Courts frequently rely, in part, on consumer expectations when discussing liability based on other theories of liability. Some courts, for example, use the term “reasonable consumer expectations” as an equivalent of “proof of a reasonable, safer design alternative,” since reasonable consumers have a right to expect product designs that conform to the reasonableness standard in Subsection (b). Other courts, allowing an inference of defect to be drawn when the incident is of a kind that ordinarily would occur as a result of product defect, observe that products that fail when put to their manifestly intended use disappoint reasonable consumer expectations. (See s 3). However, consumer expectations do not play a determinative role in determining defectiveness. (See Comment h). Consumer expectations, standing alone, do not take into account whether the proposed alternative design could be implemented at reasonable cost, or whether an alternative design would provide greater overall safety. Nevertheless, consumer expectations about product performance and the dangers attendant to product use affect how risks are perceived and relate to foreseeability and frequency of the risks of harm, both of which are relevant under Subsection (b). (See Comment f). Such expectations are often influenced by how products are portrayed and marketed and can have a significant impact on consumer behavior. Thus, although consumer expectations do not constitute an independent standard for judging the defectiveness of product designs, they may substantially influence or even be ultimately determinative on risk-utility bal-

<sup>27</sup> The American Law Institute, Restatement (Third) of Torts: Product Liability, 1998, s. 2 Categories of Product Defect comment g.

ancing in judging whether the omission of a proposed alternative design renders the product not reasonably safe.

Subsection (b) likewise rejects conformance to consumer expectations as a defense. The mere fact that a risk presented by a product design is open and obvious, or generally known, and that the product thus satisfies expectations, does not prevent a finding that the design is defective. But the fact that a product design meets consumer expectations may substantially influence or even be ultimately determinative on risk-utility balancing in judging whether the omission of a proposed alternative design renders the product not reasonably safe. It follows that, while disappointment of consumer expectations may not serve as an independent basis for allowing recovery under Subsection (b), neither may conformance with consumer expectations serve as an independent basis for denying recovery. Such expectations may be relevant in both contexts, but in neither are they controlling.“

Die Berichterstatter geben sich ersichtlich Mühe, die Tauglichkeit des *consumer expectation test* in Abrede zu stellen:<sup>28</sup>

„Comment b and the Reporters’ Note to that Comment make clear that, under the approach reflected in this Restatement, proof of a reasonable alternative design is not an absolute requirement in every case. When a plaintiff in a design case successfully invokes section 3 by proving product malfunction, an inference of design defect is justified without proof of a reasonable alternative design. And when a plaintiff shows that the design fails to conform to an applicable safety statute or regulation under section 4, the same conclusion follows. Moreover, when a court is willing to impose liability on the seller or other distributor of an egregiously dangerous product under Comment e to section 2, design-based liability is appropriate even if no reasonable alternative design was available to the defendant. Thus, commentators who criticize this Restatement on the ground that section 2(b) imposes an absolute requirement that claims of defective design must always be supported by proof of a reasonable alternative design are either reacting to portions of earlier drafts taken out of context or are simply wrong. Not surprisingly, almost all of the decisions upon which critics rely to demonstrate that a reasonable alternative design is not always required fall within the alternative grounds for design-based liability explicitly recognized in sections 3 and 4 and in Comment e to section 2.

It follows that the discussion of the case law about to be undertaken primarily addresses the question of what legal standard courts apply when the circumstances described in sections 3 and 4, and Comment e to section 2, are

<sup>28</sup> The American Law Institute, Restatement (Third) of Torts: Product Liability, 1998, s. 2 Categories of Product Defect, Reporters’ Note comment d. Design defects: general considerations.

not available to the plaintiff. What standard, in other words, do American courts apply in the majority, but by no means in all, of the design cases that come before them? Jurisdictions vary in their responses to this question. But whatever the response in a given case may be, it is assumed throughout the following discussion that product malfunction (section 3), violation of safety regulation (section 4), and egregiously dangerous design (section 2, Comment e), are not involved on the facts of the case before the court.

Before turning to the reported decisions themselves, it will be useful to describe the four general categories into which the cases are grouped. First are the jurisdictions that explicitly require a plaintiff to whom the important alternative bases of liability described above are not available to prove that a reasonable alternative design would have reduced or avoided the plaintiff's harm. Second are the jurisdictions that apply a general risk-utility test for defective design without explicitly requiring proof of a reasonable alternative design. Recognition of a risk-utility standard for judging the defectiveness of product designs implicitly commits the court to the requirement of a reasonable alternative design. Third are the jurisdictions that purport to rely on a consumer expectations test but in fact engage in a risk-utility analysis that, as with the second approach, implicitly commits the court to a reasonable alternative design requirement. And fourth are the jurisdictions, relatively few in number, that apply a true consumer expectations test, independent of risk-utility, without requiring proof of a reasonable alternative design.

Taken together, the first, second, and third of these approaches require, either explicitly or implicitly, the plaintiff to establish the availability of a reasonable alternative design in cases not involving product malfunction, safety standard violation, or egregiously dangerous design. Taken together, they represent the overwhelming majority of American jurisdictions. Admittedly the fourth category of decisions in which consumer expectations, standing alone, determine defective design does not support the position reflected in section 2(b). But the fourth approach – reliance on consumer expectations standing apart from risk-utility – is recognized in only a small minority of jurisdictions.“

## b) Der Paradigmenwechsel

Die vom dritten Restatement favorisierte Fehlerdefinition baut auf dem Risiko-Nutzen-Test auf. Allein dieser Test, so meint das American Law Institute, sei geeignet, die dem Produkt inhärenten Risiken mit dessen Nutzen in Einklang zu halten. Das dritte Restatement verwirft ausdrücklich den *Consumer expectation test*, der seinerzeit im zweiten Restatement entwickelt worden war, sec. 402 A. Dieser Test wird als inkohärent, über Gebühr subjektiv und in sich widersprüchlich gebrandmarkt. Ein Großteil der Kontroversen im Vorfeld der Diskussionen um die

Verabschiedung des dritten Restatement drehte sich um die Aufgabe bzw. um eine Minimierung der Bedeutung des *consumer expectation test*. Subjektive Kriterien sollten mit Blick auf das Jury-Verfahren aus dem Produkthaftungsrecht herausgenommen werden. Damit wird es für den Geschädigten schwerer, die Existenz von Konstruktionsfehlern nachzuweisen. Überspitzt formuliert könnte der Risiko-Nutzen-Test darauf hinauslaufen, eine Konstruktionalternative nur dann als vernünftig anzusehen, wenn sie bezahlbar ist. Was bezahlbar ist, bemisst sich nach den Vorstellungen des Herstellers, nicht nach den subjektiven Erwartungen des Verbrauchers.

### III. Disharmonien zwischen dem dritten Restatement und der Richtlinie 85/374/EWG

Als Reaktion auf das Dritte Restatement finden sich Stellungnahmen in der Literatur, die ein Auseinanderdriften des amerikanischen und europäischen Haftungsrechts befürchten.<sup>29</sup> *Prima vista* hat es den Anschein als ob die Richtlinie strenger ist als das dritte Restatement, Europa also vom Nachrücker zum Vorreiter eines strengen Haftungsrechts geworden ist. Wenn dem so ist, könnte die europäische Regelung mittelfristig erheblich unter Druck geraten und letztendlich die Frage anstehen, ob die Richtlinie den Vorgaben des dritten Restaments anzupassen ist.

#### 1. Gefährdungshaftung vs. Verschuldenshaftung

Professor Taschner hat Zeit seines Lebens dafür gestritten, daß die Produkthaftungsrichtlinie im Grundsatz eine Gefährdungshaftung ist. Seiner Ansicht nach ist dieser Grundsatz auch nicht durch Artikel 7 e), d.h. die Herausnahme der Haftung für Entwicklungsfehler, durchbrochen. Gefährdungshaftung ist das Prinzip. Die Richtlinie unterscheidet nicht zwischen den einzelnen Fehlergruppen. Im Vorfeld der Verabschiedung der Richtlinie hat es Diskussionen gegeben, ob ein solches Vorgehen sinnvoll ist, oder ob nicht doch einzelne Fehlergruppen präzisiert werden sollten. Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat sich bewußt gegen die Definition der Fehlergruppen und für ein Gesamtkonzept entschieden. Bis heute steht das Gesamtkonzept der Richtlinie im Vordergrund, wie sich dem unlängst verabschiedeten Grünbuch bzw. dem Bericht über die Anwendung der Richtlinie in den

<sup>29</sup> *Howells/Mildred*, Is European Law More Protective Than The Restatement (Third) of Torts: Products Liability?, 65 Tennessee Law Review 1998, p. 986.

Mitgliedstaaten unschwer entnehmen läßt. Die Kommission geht durchgängig davon aus, daß es sich bei der Richtlinie um eine Gefährdungshaftung handelt.<sup>30</sup>

Die von Prof. Taschner formulierte Position hat demnach bis heute nichts an Aktualität eingebüßt:<sup>31</sup>

„Nach der hier vertretenen Auffassung handelt es sich für das deutsche Recht um eine Gefährdungshaftung, also um eine Haftung für gefährdendes, aber rechtmäßiges Tun.“

Und weiter:

Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat der Haftung einen einheitlichen Fehlerbegriff zugrundegelegt und nicht nach Fehlerkategorien differenziert. Bei keiner Fehlerkategorie ist ein Verschulden des Herstellers Haftungsvoraussetzung. Es kommt auf ein pflichtwidriges Verhalten seinerseits nicht an. Völlig verfehlt ist deshalb die Gleichstellung des produkthaftungsrechtlichen Fehlerbegriffs mit fehlerhaftem Verhalten.

Und weiter:<sup>32</sup>

Art. 1 ist die Grundvorschrift, auf der das Haftungssystem der Richtlinie aufbaut. Sie hat nicht lediglich programmatischen Charakter.<sup>33</sup> Sie ist unmittelbar Haftungsgrund [...]

## 2. Sicherheitskonzept und Fehlerbegriff

Die Richtlinie 85/374/EWG hat im Jahre 1985 ein Sicherheitskonzept und einen Fehlerbegriff festgelegt, der weit über den Gegenstand der Produkthaftung hinaus Bedeutung gewonnen hat. Nach Art. 6 Abs. 1 gilt ein Produkt als fehlerhaft

„wenn es nicht die Sicherheit bietet, die man unter Berücksichtigung aller Umstände [...] zu erwarten berechtigt ist“.<sup>33a</sup>

Diese Terminologie ist in die Produktsicherheitsrichtlinie 92/59/EWG übernommen worden.<sup>34</sup> Gemäß deren Art. 2 b) gilt als sicheres Produkt

<sup>30</sup> Grünbuch, Die zivilrechtliche Haftung für fehlerhafte Produkte, KOM (1999) 396 endgültig; Bericht über die Anwendung der Richtlinie 85/374/EWG über die Haftung für fehlerhafte Produkte, KOM (2000) 893 endg.

<sup>31</sup> *Taschner*, Produkthaftung, Richtlinie des Rates vom 25. Juli 1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte (85/374/EWG) mit Erläuterungen, 1986, Art. 1 Rdnr. 1.

<sup>32</sup> *Taschner*, (Fn. 31), Art. 1 Rdnr. 2.

<sup>33</sup> So unrichtig *Brüggemeier/Reich*, Die EG-Produkthaftungs-Richtlinie 1985 und ihr Verhältnis zur Produzentenhaftung nach §823 Abs. 1 BGB, WM 1986, S. 149.

<sup>33a</sup> ABl. EG Nr. L 307 v. 12.11.1988, S. 54 f. Jetzt RL 2001/95/EG, ABl. EG Nr. L 11 v. 15.1.2002, S. 41.

<sup>34</sup> ABl. EG Nr. L 228 v. 29.06.1992, S. 24 f.

„jedes Produkt, das bei normaler oder vernünftigerweise vorhersehbarer Verwendung, [...] keine oder nur geringe, mit seiner Verwendung zu vereinbarende und unter Wahrung eines hohen Schutzniveaus für die Gemeinschaft von Personen und Sicherheit von Personen vertretbare Gefahren birgt [...].“

Weder die Richtlinie 85/374/EWG noch die Richtlinie 92/59/EWG sprechen ausdrücklich von Verbrauchererwartungen. Gleichwohl geht es um Verbrauchererwartungen, wie sich aus dem Zweck der beiden Richtlinien ergibt. Die Kommission hat sogar versucht, das Sicherheitskonzept der Produktsicherheitsregulierung in das Vertragsrecht zu übertragen und zu einem tragenden Prinzip des Verbraucherrechts insgesamt auszuformen. So findet sich im Grünbuch über Verbrauchsgütergarantien und Kundendienste vom 15. November 1993 der Hinweis auf die Möglichkeit einer Harmonisierung des Fehlerbegriffs im Produkthaftungsrecht und im Vertragsrecht auf der Basis des Begriffs der „Nichtübereinstimmung mit den berechtigten Erwartungen des Verbrauchers“.<sup>35</sup> Die im Jahre 1999 verabschiedete Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 99/44/EG<sup>36</sup> greift diese Formulierung nicht mehr auf. Residualbestände finden sich in Art. 2 (2) d), wonach vermutet wird, daß die Verbrauchsgüter vertragsgemäß sind, wenn sie d)

„eine Qualität und Leistung aufweisen, die bei Gütern der gleichen Art üblich sind und die der Verbraucher vernünftigerweise erwarten kann, wenn die Beschaffenheit des Gutes und gegebenenfalls die insbesondere in der Werbung oder bei der Etikettierung gemachten öffentlichen Äußerungen des Verbrauchers, des Herstellers oder dessen Vertreters über die konkreten Eigenschaften des Gutes in Betracht gezogen werden“.

Gemeinschaftsrecht und amerikanisches Recht kennen zwar noch einen gemeinsamen Ausgangspunkt, die vertragsrechtliche Garantiehaftung, während jedoch das dritte Restatement dieses Konzept aufgibt und sich dem Deliktsrecht zuwendet, bildet das in der Produkthaftungsrichtlinie begründete Sicherheitskonzept den Ausgangspunkt für die Entwicklungen eines allgemein gültigen Gerechtigkeitsstandards im europäischen Privatrecht.<sup>37</sup> Ein wesentlicher – und vielleicht ein entscheidender Unterschied im amerikanischen und im europäischen Konzept der Verbrauchererwartungen bleibt jedoch bestehen. Ungeachtet der Tatsache, das keine Richtlinie definiert, was unter Verbrauchererwartungen direkt oder indirekt zu verstehen ist, besteht Einigkeit, daß die Verbrauchererwartungen gerade nicht subjektiv ermittelt werden. Immer geht es um vernünftige Erwartungen oder solche, die sich als berechtigt erweisen, eben um legitime Erwartungen, deren Gehalt

<sup>35</sup> KOM (1993) 509 endg.

<sup>36</sup> ABl. EG Nr. L 171 v. 17.7.1999, S. 12 f.

<sup>37</sup> Micklitz, Social Justice in European Private Law, Yearbook of European Law 1999/2000, pp. 167-204.

wertend zu ermitteln ist. Mit den Worten von Prof. Taschner.<sup>38</sup> Die Frage ist nicht eine „*of the individual injured party with his subjective expectations, nor even of the expectation of a specific group of consumers, but rather of what the community as a whole considers to be the right*“<sup>39</sup>. Die Frage bleibt, was „*Community as a whole*“ meint; darauf wird zurückzukommen sein.

## IV. Das dritte Restatement und die Richtlinie 85/374/EWG im Gleichklang?

Es gibt eine zweite Lesart des zukünftigen Verhältnisses von EG-Recht und US-Recht: mit dem dritten Restatement nimmt die USA eine sinnvolle Anpassung des amerikanischen Haftungsrechts an das Gemeinschaftsrecht vor, überschießende Tendenzen werden abgekappt und am Ende steht ein in der Sache, vielleicht nicht in den Begrifflichkeiten, homogenes europäisch-amerikanisches Produkthaftungsrecht.<sup>39</sup>

### 1. Die Richtlinie – Gefährdungshaftung als verdeckte Verschuldenshaftung

Die Richtlinie ist schon frühzeitig mit dem Argument angegriffen worden, daß sie in Wahrheit gar keine Gefährdungshaftung etabliere, sondern der Sache nach Verschuldenshaftung sei. Bei Vorliegen eines Fehlers werde das Verschulden vermutet, was nichts anderes sei als die im dritten Restatement eingeführte Res ipsa loquitur-Regelung. Im Mittelpunkt dieser Auseinandersetzung steht die richtige Lesart des Artikel 7 e), des Ausschlusses der Haftung für die Entwicklungsfehler. Der Hersteller haftet nicht,

„wenn er beweist, e) daß der vorhandene Fehler nach dem Stand der Wissenschaft und Technik zu dem Zeitpunkt, zu dem er das betreffende Produkt in den Verkehr brachte, nicht erkannt werden konnte.“

Der Stimmen in der Literatur sind viele. So schreibt Shapo:<sup>40</sup> „*If the existence of the defect could be ‘discovered’, then the case begins to have a smell of negligence*“. Stapleton

<sup>38</sup> Product Liability in Europe, Future Prospects, in EEC Strict Liability in 1992: The New Product Liability Rules, 83, 89 PLJ Litigation and Administration Practice Course Handbook Series No. 371, 1988.

<sup>39</sup> Lundmark, The Restatement of Torts (Third) and the European Product Liability Directive, 5 Journal of International Law and Practice, 1996, p. 239.

<sup>40</sup> Shapo, Comparing Products Liability: Concepts in European and American Law, 26 Cornell International Law Journal 1993, p. 279, at 303; Lundmark, The Restatement of Torts (Third) and the European Product Liability Directive, 5 Journal of International Law and Practice, 1996, p. 239, at 255.

meint „*that the existence of the development risk defense prompts European courts to employ a negligence-based risk-utility test for design defects*“.<sup>41</sup> Auch an Äußerungen im deutschen Blätterwald, die in eine ähnliche Richtung weisen, hat es nicht gefehlt.<sup>42</sup> Der EuGH hatte in seiner Entscheidung zum Vertragsverletzungsverfahren *Kommission vs. Vereinigtes Königreich*<sup>43</sup> erstmals Gelegenheit sich zur Funktion und Bedeutung des Artikel 7 e) zu äußern. Die einschlägigen Passagen des Urteils lauten:<sup>44</sup>

„27. Sodann berücksichtigt die streitige Haftungsbefreiungsklausel nicht den Kenntnisstand, über den der betreffende Hersteller konkret oder subjektiv informiert war oder sein konnte, sondern den objektiven Stand der Wissenschaft und Technik, über den der Hersteller als informiert gilt.

28. Der Wortlaut des Artikels 7 Buchstabe e setzt jedoch zwangsläufig voraus, daß die relevanten wissenschaftlichen und technischen Kenntnisse zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens des fraglichen Produkts zugänglich waren.

29. Aus dem Vorstehenden ergibt sich, daß der Hersteller eines fehlerhaften Produktes für eine Befreiung von seiner Haftung gemäß Artikel 7 Buchstabe e der Richtlinie beweisen muß, daß der vorhandene Fehler nach dem objektiven Stand der Wissenschaft und Technik – der den höchsten Stand einschließt – zu dem Zeitpunkt, zu dem er das betreffende Produkt in den Verkehr brachte, nicht erkannt werden konnte. Doch müssen die relevanten wissenschaftlichen und technischen Kenntnisse, damit sie dem Hersteller wirksam entgegengehalten werden können, zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens des betreffenden Produkts zugänglich gewesen sein. Bezuglich dieses letztgenannten Gesichtspunktes bereitet Artikel 7 Buchstabe e Auslegungsschwierigkeiten, über die das nationale Gericht im Streitfall – gegebenenfalls unter Inanspruchnahme von Artikel 177 EG-Vertrag – entscheiden muß.“<sup>45</sup>

*Howells/Mildred*<sup>46</sup> erblicken in der Umstellung von der Unerkennbarkeit – so die Formulierung der Richtlinie – zur Unzugänglichkeit – so der EuGH – eine Verschärfung des Maßstabes von eher subjektiven Erkennbarkeitskriterien zu objektiven Zugänglichkeitskriterien. Ob die im übrigen ambivalente Entscheidung eine solche Lesart trägt, mag dahinstehen. Hier dürfte noch weitere Auslegungshilfe von Seiten des EuGH erforderlich sein.

<sup>41</sup> Stapleton, Products Liability Reform or Illusory? 6 Oxford Journal of Legal Studies 1986, p. 392, at 405.

<sup>42</sup> Etwas Schubert, BR Deutschland/EG: Verschuldenselemente im Fehlerbegriff des neuen Produkthaftungsrechts, PHI 3/89, S. 74; Schmidt-Salzer, Kommentar EG-Richtlinie Produkthaftung Band 1: Deutschland, Heidelberg, 1986, Art 1, Rdnr. 8 ff.

<sup>43</sup> EuGH, (Fn. 14).

<sup>44</sup> EuGH, (Fn. 14), 2670.

<sup>45</sup> Hervorhebung des Autors.

<sup>46</sup> *Howells/Mildred*, Is European Law More Protective Than The Restatement (Third) of Torts: Products Liability?, 65 Tennessee Law Review 1998, p. 986, at 1008, 1014.

Die denkbaren Aus- und Rückwirkungen des Artikel 7 e) für Fabrikationsfehler und Instruktionsfehler sind bislang nicht geklärt. Der BGH<sup>47</sup> hat klargestellt, daß Artikel 7 e) nicht für Fabrikationsfehler gilt, doch ist damit nicht geklärt, ob er auf Instruktionsfehler anwendbar bleibt. Nur eine extensive Auslegung des Artikel 7 e) würde die Richtlinie in die Nähe des dritten *Restatement* rücken. Soweit gehen auch diejenigen nicht, die es ablehnen, die Richtlinie als einen gesetzlich geregelten Fall der Gefährdungshaftung anzusehen.

## 2. Entsprechen die „berechtigten Verbrauchererwartungen“ in der Richtlinie dem „risk-utility test“ im dritten Restatement?

Schon im dritten Restatement finden sich Hinweise aus der amerikanischen Rechtsprechung, daß die beiden Konzepte – hier Verbrauchererwartungen dort Risiko-Nutzen-Überlegungen – nicht scharf voneinander getrennt werden und daß sie von den Gerichten in eine inhaltliche und sachliche Nähe zueinander rücken. Eine solche Sichtweise trafe nur dann zu, wenn die Gerichte die von der Jury festgestellten Verbrauchererwartungen jedenfalls im Ergebnis normativ korrigierten. Dann wäre die vom dritten Restatement favorisierte Objektivierung des Haftungsmaßstabes geltendes Recht. Soweit eine solche normative Bewertung der Verbrauchererwartungen fehlt, scheinen die Gegensätze zwischen dem amerikanischen und dem europäischen Haftungsrecht unüberbrückbar. Das europäische Sicherheitskonzept ist normativ angelegt. Die mitgliedstaatlichen Gerichte haben den Sicherheitsmaßstab zu ermitteln, gegebenenfalls unter Zuhilfenahme der notwendigen Auslegungshilfen durch den EuGH.<sup>48</sup> Das bislang geltende amerikanische Sicherheitskonzept der *consumer expectations* richtete sich an die Jury. Diese sollte sich an den konkreten, d.h. subjektiven Verbrauchererwartungen orientieren. Angesichts des vor ihnen ausgebreiteten Falles hätte sich die amerikanische Jury, so die Kritik, an extremen Verbrauchererwartungen orientiert, die wohl nur vor dem Hintergrund des eingetretenen Schadensfalles nachvollziehbar seien. Derart ermittelte Verbrauchererwartungen ließen wenig Spielraum für normative Bewertungen, der Hersteller müßte nach den Feststellung der Jury oftmals absolut sichere Produkte herstellen, wollte er seiner Haftung entgehen. Da das nicht möglich ist, war mit der Bestätigung der Legitimität der Verbrauchererwartungen regelmäßig die Entscheidung gefallen. In diese Argumentationslücke stößt der Risiko-Nutzen-Test. Er etabliert ein normatives Konzept und sucht die Jury an die rechtliche Kette zu legen.<sup>49</sup> Lundmark hat die These aufgestellt, daß unterschiedliche

<sup>47</sup> BG, RiW 1999, S. 204, dazu Kullmann, Die Rechtsprechung des BGH zum Produkthaftpflichtrecht in den Jahren 1998-2000, NJW 2000, S. 1912, (1914).

<sup>48</sup> EuGH, (Fn. 14), 2670 Ziffer 29.

<sup>49</sup> Howelly/Mildred, Is European Law More Protective Than The Restatement (Third) of Torts: Products Liability?, 65 Tennessee Law Review 1998, p. 986, at 997: Whereas in the United States, the Third Restatement's preference for risk-utility and a down playing of consumer expectations reflects a de-

Rechtssysteme unterschiedliche Sicherheitskonzepte benötigen, um im Gleichklang entscheiden zu können.<sup>50</sup> Die Schlußfolgerung wäre, aus den sich verschärfenden – formalen – Unterschieden nicht vorschnelle Rückschlüsse über das Auseinanderdriften der Haftungssysteme zu ziehen. Überdies wird sich erst zeigen müssen, ob die amerikanischen Gerichte dem dritten Restatement folgen, wie auch in der Gemeinschaft bislang nicht absehbar ist, welchen Stellenwert die Produkthaftungsrichtlinie zur Bewältigung von Produkthaftungsfällen einnimmt. Die Zahl der entschiedenen Fälle ist bescheiden,<sup>51</sup> nach wie vor scheinen die parallel existierenden Haftungssysteme in den Mitgliedstaaten eine beachtliche Zahl von Fällen vom Anwendungsbereich der Richtlinie abzuziehen.<sup>52</sup>

## V. Ist ein Gleichklang der Haftungssysteme in den Vereinigten Staaten von Amerika und der Europäischen Gemeinschaft sinnvoll und notwendig?

Damit ist die Frage nach der gesellschaftlichen Rolle und Funktion der Produzentenhaftung gestellt. Diese ist in einem sozialstaatlich geführten Gemeinwesen anders zu sehen und zu interpretieren als in der offenen amerikanischen Gesellschaft, die weit eher von der Eigenverantwortung der Menschen geprägt ist. Umverteilung geschieht in sozialstaatlich geführten Gemeinwesen über den Staat, in der offenen amerikanischen Gesellschaft muß sie über einen vor Gericht ausgetragenen Widerstreit der Interessen erkämpft werden. Der EG-Richtlinie wohnt ein Element sozialer Gerechtigkeit inne, das dritte Restatement hebt dagegen die Bedeutung von „Abschreckungsgerechtigkeit und korrigierender Gerechtigkeit“ – *deterrence and corrective justice* – hervor. Soziale Gerechtigkeit – *social justice* – tritt hinter diesen modernen Gerechtigkeitsparametern zurück.<sup>53</sup> Unterstellt man mit

sire to reduce the risk of jury verdicts based on heightened assessment of safety expectations from jurors swayed by images of suffering, injured plaintiffs.

50 Lundmark, The Restatement of Torts (Third) and the European Product Liability Directive, 5 Journal of International Law and Practice, 1996, p. 239, at 258.

51 Vgl. die Nachweise im Grünbuch, Die zivilrechtliche Haftung für fehlerhafte Produkte, KOM (1999) 396 endgültig; sowie im Bericht über die Anwendung der Richtlinie 85/374/EWG über die Haftung für fehlerhafte Produkte, KOM (2000) 893 endg. Danach scheint allein Österreich eine Ausnahme zu bilden.

52 Dies erklärt wohl auch, warum die DG Markt eine Studie zur Frage in Auftrag geben will, ob und inwieweit eine weitere Harmonisierung des Produkthaftungsrechts sinnvoll und machbar ist. Sachlich inhaltlich geht es um die Möglichkeit der Abschaffung des bisherigen Artikels 13 der Richtlinie. Siehe dazu Schlußantrag von G.A. Geelhoed v. 18.9.2001, Rs. C-52/00, Kommission/Frankreich (im Internet abrufbar unter: [www.curia.eu.int/](http://curia.eu.int/)).

53 Howelly/Mildred, Is European Law More Protective Than The Restatement (Third) of Torts: Products Liability?, 65 Tennessee Law Review 1998, p. 986, at 1027; Schwartz, Mixed Theories of Tort Law: Affirming Both Deterrence and Corrective Justice, 75 Texas Law Review 1997, S. 1801.

Schwartz, daß sich die Befürworter und Gegner von Gefährdungs- vs. Verschuldenshaftung in zwei Lager einteilen lassen, so ergibt sich folgendes Bild:

- diejenigen, die mit dem Produkthaftungsrecht Abschreckungsgerechtigkeit *deterrence justice* verfolgen und dem Lager der ökonomischen Analyse des Rechts zuzurechnen sind, sprechen sich für die Einführung bzw. Beibehaltung der Gefährdungshaftung aus,
- diejenigen, die mittels des Produkthaftungsrechts korrigierend eingreifen wollen, um die Gesellschaft gerechter zu gestalten - im Sinne einer *corrective justice* - orientieren sich an Moraltheorien. Sie favorisieren die Einführung bzw. Beibehaltung der Verschuldenshaftung.

Damit ergibt sich die merkwürdige Konsequenz, daß im Namen der korrigierenden Gerechtigkeiten *corrective justice* die Haftungsanforderungen für die Hersteller heruntergeschaubt werden. Die europäische Diskussion verläuft unter umgekehrten Vorzeichen. Im Namen der (sozialen) Gerechtigkeiten werden die Haftungsmaßstäbe hochgehalten, interessanterweise weitgehend im gesellschaftlichen Einvernehmen. Die Unterschiede im Umgang mit sozialer Gerechtigkeit lassen sich nur vor dem Hintergrund der unterschiedlichen Ziele und Funktionen des Haftungsrechts in den USA und der EG erklären und rechtfertigen.

## 1. Unterschiedliche Konzepte und Funktionen der Produzentenhaftung

Die Moraltheorie hat die Autoren des dritten Restatements beeinflußt. Wie ein roter Faden durchzieht das gesamte dritte Restatement die Frage, welche Aufgabe das Produkthaftungsrecht übernehmen kann und welches Maß an Verantwortung einerseits dem Geschädigten, andererseits dem Hersteller aufzugeben ist. Das Modell einer Gefährdungshaftung kommt sozialen Gerechtigkeitsvorstellungen wesentlich näher als die Verschuldenshaftung, die in traditioneller Form an die Selbstverantwortung der Bürger appelliert. Besonders markant lässt sich der Nachweis dort führen, wo das dritte Restatement den Haftungsmaßstab für Fabrikationsfehler diskutiert. Comment a) formuliert ausdrücklich:<sup>54</sup>

„[i]n many cases manufacturing defects are in fact caused by manufacturer negligence but plaintiffs have difficulty proving it. Strict liability therefore performs a function similar to the concept of *res ipsa loquitur*“.

Ganz offen wird die Verantwortung des Herstellers angesprochen, die letztendlich in einer Verletzung der notwendigen Sorgfalt ihren inneren Grund findet. Für sich gesehen, legt diese Passage den Schluß nahe, daß auch für Fabrikationsfehler die Verschuldenshaftung eingeführt werden soll. Doch geht es wohl eher darum, die

<sup>54</sup> The American Law Institute, Restatement (Third) of Torts: Product Liability, 1998, s. 2 Categories of Product Defect, comment a.

funktionale Nähe von Gefährdungshaftung und der Res-ipsa-loquitur-Regel herzustellen. Bewußt gewollt werden die Grenzlinien zwischen der Verschuldenshaftung und der Gefährdungshaftung verschoben. Die Res-ipsa-loquitur-Regel wird zum Maß der Dinge. Sie und nicht die Gefährdungshaftung formuliert den ‚wahren‘ Haftungsgrund des Herstellers. Für die Autoren des dritten Restatement ergibt sich das Problem, die Reichweite der Res-ipsa-loquitur-Regel auf die jeweiligen Fehlerarten zu beziehen. Erfäßte sie alle Fehlergruppen, würde das dritte Restatement gemäß der explizit formulierten Nähe der beiden Modelle die jedenfalls für Konstruktions- und Instruktionsfehler favorisierte Verschuldenshaftung unterminieren. Section 3 scheint eine solche Lesart zu bestätigen. Danach soll ein Schaden der üblicherweise auf Produktionsfehler zurückgeht, regelmäßig als durch diesen Fehler eingetreten anzusehen sein, soweit nicht Umstände vorliegen, aus denen zu schließen ist, daß der Schaden (ausnahmsweise) nicht auf diesen Fehler zurückzuführen ist. Nach der Begründung in comment a) gilt diese Argument auch für Konstruktionsfehler; etwa wenn der Konstruktionsfehler eine Fehlfunktion produziert, die derjenigen gleichkommt, die normalerweise bei einem Fabrikationsfehler auftritt. Doch sollte diese Unklarheit nicht überinterpretiert werden. Section 3 soll schwerpunktmäßig den Ersatz von Schäden, die durch Fabrikationsfehler aufgetreten sind, erleichtern.<sup>55</sup>

Eine mögliche Kritik am dritten Restatement könnte lauten, daß die Autoren, selbst wenn sie eine Verschuldenshaftung für Konstruktions- und Instruktionsfehler statuieren wollten, die offensichtlichen Beweisschwierigkeiten des Klägers ignorierten. Insofern mag man von einem Fehlen an sozialer Gerechtigkeit in der Grundkonzeption des dritten Restatements sprechen. In der Tat könnte man dem dritten Restatement nachsagen, daß diese Schwierigkeiten eher noch verschärft worden sind, indem dem Kläger sogar die Beweislast dafür auferlegt werden soll, eine vernünftige Konstruktionsalternative zu präsentieren. Der im dritten Restatement intendierte Paradigmenwechsel im Namen der Moraltheorien – nicht im Namen der ökonomische Analyse des Rechts – hätte es umso dringlicher erscheinen lassen, der Frage nachzugehen, ob und inwieweit die Beweislastverteilung im Bereich der Konstruktions- und Instruktionsfehler sachlich gerechtfertigt ist, ob tatsächlich mittels einer Verschuldenshaftung Abschreckungsgerechtigkeit erreichbar ist oder ob mittels ihrer Gerechtigkeitsverzerrungen adäquat korrigiert werden können.

Die Konsequenzen der Umorientierung für das Gerichtsverfahren sind schwer absehbar. Die elementaren Bestandteile des amerikanischen Gerichtsverfahrens, Juryverfahren (*Jury trials*), Schadensersatz mit strafendem Charakter (*punitive damages*), Ersatz der Kosten für die Wiederherstellung der Gesundheit (*coverage of health care costs*) und anwaltliches Erfolgshonorar (*contingency fees*) werden durch eine Um-

<sup>55</sup> The American Law Institute, Restatement (Third) of Torts: Product Liability, 1998, s. 2 Categories of Product Defect comment b. The nonexclusiveness of the definition of defect in this Section. Second alinea.

orientierung gesellschaftlicher Gerechtigkeitsvorstellungen nicht beeinträchtigt. Lediglich indirekt steht hinter dem dritten Restatement das Ziel, der amerikanischen Jury weniger Spielraum bei der Feststellung des Sachverhaltes einzuräumen. Deshalb sollen die subjektiven Verbrauchererwartungen durch objektive Risiko-Nutzen-Überlegungen ersetzt werden. Soziale Gerechtigkeit jedenfalls, oder das, was in der amerikanischen Gesellschaft als soziale Gerechtigkeit politisch akzeptabel und legitimierbar ist, wird traditionell durch das Gerichtsverfahren selbst geleistet. Es tritt an die Stelle dessen, was in der Europäischen Gemeinschaft als staatliche Aufgabe angesehen wird.

Die aus dem Jahre 1985 stammende Produkthaftungsrichtlinie ist ebenso wie das dritte Restatement von soziologischen und philosophischen Großtheorien beeinflußt. Die Erwägungsgründe stellen in der proklamierten Entscheidung für eine Haftung ohne Verschulden entscheidend auf eine gerechte Risikoverteilung ab. So lautet der zweite Erwägungsgrund:<sup>56</sup>

„Nur bei einer verschuldensunabhängigen Haftung des Herstellers kann das, unserem Zeitalter fortschreitender Technisierung eigene Problem einer gerechten Zuweisung der mit der modernen technischen Produktion verbundenen Risiken in sachgerechter Weise gelöst werden.“

Jene Balance, die die Gemeinschaft meinte, mit der 1985 verabschiedeten Regelung gefunden zu haben, bildet die tragende Säule des 1999 verabschiedeten Grünbuchs. Die Kommission weist dort mehr oder weniger unverhohlen Ansprüche aus interessierten Kreisen, die Produzentenhaftung weiter zu verschärfen mit dem Argument zurück, die Richtlinie aus dem Jahre 1985 repräsentiere die vom zweiten Erwägungsgrund formulierte Balance. Wie immer dem auch sei, d.h. ob in der Richtlinie tatsächlich eine gerechte Verteilung der Risiken gefunden werden konnte, so fällt doch auf, daß die Kommission ebenso auf Großtheorien zurückgreift wie das dritte Restatement, um ihre Regelung zu rechtfertigen. Nur sind die Konsequenzen andere. Hier kommen die unterschiedlichen Gerechtigkeitsmodelle zum Tragen. Die Richtlinie spricht nicht von sozialer Gerechtigkeit und dennoch geht es im 2. Erwägungsgrund um soziale Gerechtigkeit.

Deutlich wird der Unterschied in der Art und Weise, wie das amerikanische Restatement den Fehlerbegriff durchdekliniert, um den gewünschten Abschreckungseffekt bzw. die gewünschte Korrektur zu erreichen, während die Richtlinie auf das Konzept der Gefährdungshaftung als Maß der Dinge vertraut und den Fehler gerade nicht definieren will. Die große Linie soll erhalten bleiben. Nur so läßt sich das Konzept der Gefährdungshaftung rechtfertigen. Hier fügt sich die Argumentation des Generalanwalts im Vertragsverletzungsverfahren *Kommission vs. Vereinigtes Königreich* nahtlos ein. Der Generalanwalt wäre offensichtlich bereit gewesen, die Hersteller für alle möglichen Arten von vorhersehbaren Risiken für verantwortlich

<sup>56</sup> ABI. EG Nr. L 210 v. 7.8.1985, S. 29 f.

zu halten. Genau diese Sichtweise reflektiert das Verständnis, mittels der Produkthaftung soziale Gerechtigkeit zu erzielen.<sup>57</sup> Nur ein solches Verständnis trägt der Rolle und Funktion Rechnung, die die Produzentenhaftung in den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft genießt. Ungeachtet aller Unterschiede im Detail fällt auf, daß die Produzentenhaftung in den Mitgliedstaaten durchgängig eine lediglich subsidiäre Funktion übernimmt. Bei Sachschäden kommt die Produzentenhaftung im Anwendungsbereich der Richtlinie zum Tragen, wenn keine Versicherung vorhanden ist, die den Schaden übernimmt. Bei Personenschäden werden die direkten Integritätsschäden regelmäßig über die Gesundheitsversicherungssysteme abgedeckt. Produkthaftungsansprüche dienen vorrangig der Durchsetzung von Schmerzensgeldansprüchen, die bekanntlich von der Richtlinie nicht erfaßt werden. Lediglich aus diesem Kontext heraus ist die geringe Anzahl von Produkthaftungsprozessen in der Gemeinschaft verständlich.

Vergleicht man die Haftungssysteme der Europäischen Gemeinschaft und der Vereinigten Staaten so hat es den Anschein, als ob in den Vereinigten Staaten die jeweiligen Konfliktparteien stärker polarisiert sind, als dies in der Gemeinschaft der Fall ist. Die Polarisierung der Interessengegensätze dürfte darauf zurückzuführen sein, daß der Produzentenhaftung in den Vereinigten Staaten weitaus größere Bedeutung als Surrogat sowohl für die – begrenzte – soziale Sicherheit als auch für die – ebenfalls begrenzte – Krankenversicherung zukommt. Finanzialer Ausgleich, um die Gesundheit wiederherzustellen oder um die ökonomischen Bedürfnisse der Opfer zu befriedigen, die durch das soziale Sicherheitsnetz fallen, läßt sich in den Vereinigten Staaten oftmals nur mit Hilfe der Produzentenhaftung erreichen. Ein Vermögenstransfer vom Hersteller auf die verletzte Person mag in den Vereinigten Staaten gesellschaftlich notwendig sein, um Ungleichgewichtslagen zu korrigieren (*corrective justice*), aber die Art und Weise wie der Ausgleich erreicht wird, ist ange-sichts der strukturellen Unterschiede zwischen den Gesellschafts- und Rechtssystemen für die Gemeinschaft gerade nicht paradigmatisch. Aus der Sicht des dritten Restatement scheint die Wiedereinführung der Verschuldenshaftung außerdem dem Ziel dienen, die Zahl der Produkthaftungsstreitigkeiten herunterzuschrauben. Europäisch wohlfahrtsstaatliche Modelle geraten in den Vereinigten Staaten schnell in den Verdacht, mittels staatlichem Dirigismus die Freiheit der Unternehmer zu beschränken.<sup>58</sup>

<sup>57</sup> *Howells/Mildred*, Is European Law More Protective Than The Restatement (Third) of Torts: Products Liability?, 65 Tennessee Law Review 1998, p. 986, at 1005, 1007 bzw. Generalanwalt *Tesauro*, Rs. C-300/95, Slg. 1997, I-2659/2620 Rdnrn. 20-23, (*Kommission/Vereiniges Königreich*).

<sup>58</sup> *Prosser*, The Assault Upon the Citadel (Strict Liability to the consumer) 69 Yale Law Journal 1960, p. 1120; bemerkt im Zusammenhang mit Justice Traynor's Votum in *Escola vs. Coca Cola Bottling Co.*, 150 P.2d 436 (Cal. 1944) daß man nicht „*flee shrieking in terror from the prospect of a spot of socialism in our law*“ sollte, wobei er offensichtlich an staatliche Planung nicht aber an gesellschaftliche Umverteilungsprozesse dachte.

Denkbar ist aber auch eine andere Sichtweise. Die in der Gemeinschaft wachsende soziale Bedeutung von Produkthaftungsprozessen kann als Ausdruck und Reaktion auf den Rückzug des Wohlfahrtsstaates verstanden werden. Haftungsstreitigkeiten werden zunehmend als Möglichkeit angesehen, die Sicherheit von Produkten in Bereichen zu kontrollieren und zu überwachen, in denen staatliche Regulierung überkomplex und ein Gesetzesvollzug wenig wahrscheinlich ist.<sup>59</sup> Da keine Anstrengungen erkennbar sind, mögliche Vollzugsdefizite abzubauen, die Regierungen, vielmehr ihre Sozialbudgets sowohl im Bereich der sozialen Sicherheit als auch im Bereich der Kranken- und Sozialversicherung reduzieren, ist damit zu rechnen, daß Verteilungs- und Gerechtigkeitskonflikte verstärkt in das Gerichtssystem hineinverlagert werden.

Obwohl die Gefährdungshaftung ursprünglich in den Vereinigten Staaten konzipiert worden war, soll sie nach dem Willen der Autoren des dritten Restatement nur für die Fabrikationsfehler überleben. Soweit man den Blick auf das materielle Recht richtet, scheint die EG-Richtlinie einen weiterreichenden Schutz zu gewährleisten. Das heißt aber nicht, daß die Produzentenhaftung in der Gemeinschaft für den Geschädigten per se bessere Perspektiven bietet als in den Vereinigten Staaten. Probleme ergeben sich aus dem beschränkten Zugang zur Justiz und aus den im Vergleich niedrigen Schadensersatzzahlungen. Falls jedoch die europäischen Staaten den Sozialstaat weiter reduzieren und falls Haftungsregeln als kompensatorisches Äquivalent in den Vordergrund treten, müssen die Grundsatzfragen des Zugangs zum Recht und der Höhe der Schadensersatzzahlungen thematisiert werden. Derzeit besteht in der Gemeinschaft kein Bedarf von dem Prinzip der Gefährdungshaftung abzugehen. Jüngste amerikanische Entwicklungen sollten in Europa nicht kopiert werden. Eher umgekehrt ist die Perspektive umzukehren. Der Ausschluß von Entwicklungsfehlern verkompliziert das Verständnis des Haftungsregimes unnötig, ohne daß je der Beweis für ein Ausufern der Prozesse erbracht worden wäre. Das von der Gemeinschaft und von der Kommission favorisierte Modell der Gefährdungshaftung ist erst dann in sich konsistent, dies ist den Kritikern zuzugeben, wenn der Ausschluß für Entwicklungsrisiken gefallen ist.

## 2. Unterschiedliche Sicherheitskonzepte

Das Sicherheitskonzept der Europäischen Gemeinschaft ist stärker moralisch fundiert, das der Vereinigten Staaten von Amerika eher ökonomisch. Die tiefer liegenden Unterschiede und die Formen ihrer Bewältigung können nur angerissen werden. Die bestehenden Unterschiede in den Rechts- und Gesellschaftssystemen verlangen oder gestatten unterschiedlichen Haftungssysteme. Nicht nur die Kon-

<sup>59</sup> Das würde etwa für die Holzschutzmittelprozesse in Deutschland gelten, vgl. *Hänsel/Micklitz* (Hrsg.), *Holzschutzmittelprozesse, Verbraucher und Recht*, Sonderband, 1994.

flikte verlaufen in den Vereinigten Staaten von Amerika in weitaus polarisierterer Form ab. Auch der Aufstieg und Fall der Produzentenhaftung fällt in den Vereinigten Staaten heftiger aus. Der Wechsel im zweiten Restatement wurde von Prosser als „*The Assault of the Citadel*“<sup>60</sup> interpretiert. Kommt das dritte Restatement nun der Kapitulation vor der Zitadelle gleich, nachdem der Sturm auf die Zitadelle wohl als gescheitert angesehen werden kann? Aus der Perspektive des europäisch verbündeten Juristen scheint das amerikanische Produkthaftungssystem weitaus stärker ökonomisiert als das europäische. Ökonomische Überlegungen führten im zweiten Restatement zur Beinahe-Einführung der Gefährdungshaftung, ökonomisch fundierte Risiko-Nutzen-Überlegungen sollen im dritten Restatement die Rückkehr zur Verschuldenshaftung rechtfertigen. Will man dem amerikanischen Haftungssystem gerecht werden, muß man die Hintergründe und die Tauglichkeit des Risiko-Nutzen-Tests für die Produzentenhaftung durchleuchten.

Die Gemeinschaft kämpft mit den für Europa typischen Großtheorien, die hinter den konzeptionellen Begrifflichkeiten stehen. Die „berechtigten Erwartungen“ sind so eine Kategorie, gefüllt mit normativen Kriterien, die rechtlich diffus bleiben,<sup>61</sup> weil sich hinter ihnen eine Kaskade von Argumentationsmustern verbergen. Hier sei nur so viel bemerkt: Dynamik in das Gemeinschaftsrecht bringt die Vorstellung, das in der Produkthaftungsrichtlinie verankerte Sicherheitskonzept als Ausgleich von subjektiven Rechten zu begreifen, dem Recht der Hersteller und Händler, ihre Produkte EG-weit zu vermarkten und dem Recht des Verbrauchers auf Sicherheit vor risikobehafteten Produkten. Eine solche Sichtweise fügt sich in das Gemeinschaftsrecht als „Bürgerrecht“ ein.<sup>62</sup> Die Aufgabe der Gerichte ist es, die beiden subjektiven Rechte gegeneinander abzuwagen und einen Ausgleich zu finden, der gesellschaftsverträglich ist. Nur so lassen sich die von Prof. Taschner ins Feld geführten Allgemeininteressen oder Gemeinwohlinteressen gemeinschaftlich berücksichtigen, die sich seiner Auffassung nach einer amerikanisch inspirierten Versubjektivierung der Verbrauchererwartungen entgegenstemmen. Die Ermittlung eines gesamteuropäischen Allgemeininteresses oder Gemeinwohlinteresses stößt auf vielfältige Schwierigkeiten, die mit dem ungeklärten Status der Gemeinschaft als supranationale Staatengemeinschaft und/oder quasi staatliche Instanz untrennbar verknüpft sind. Was „man“ berechtigt erwarten kann, – Artikel 7 der Richtlinie – ist nichts anderes als das, was sich als angemessener Interessenausgleich von den Gerichten ermitteln läßt. Insoweit bleibt in der Tat Ungewißheit

<sup>60</sup> Prosser, *The Assault Upon the Citadel (Strict Liability to the consumer)* 69 Yale Law Journal 1960, p. 1120.

<sup>61</sup> Insoweit traf schon Schubert, BR Deutschland/EG: Verschuldenselemente im Fehlerbegriff des neuen Produkthaftungsrechts, PHI 3/89, S. 74 (75) den Kern der Dinge, als er die Unschärfe des Sicherheitskonzepts reklamierte.

<sup>62</sup> Reich, *Bürgerrechte in der Europäischen Union*, 1999.

und Unsicherheit, jedoch zugunsten einer gerichtlich gesteuerten und steuerbaren Dynamik.

Fazit: „und die USA“ sind kein Vorbild für die Regelung der Produkthaftung in der Europäischen Gemeinschaft.