

Dan Schilbach

Die Haftung des Produzenten bei Fehlerverdacht

Produkthaftung und Verhältnis von Produkthaftpflicht-
und Rückrufkostenversicherung

Dr. Dan Schilbach

Die Haftung des Produzenten bei Fehlerverdacht

Produkthaftung und Verhältnis von Produkthaftpflicht-
und Rückrufkostenversicherung

Die Haftung des Produzenten bei Fehlerverdacht

Produkthaftung und Verhältnis von Produkthaftpflicht-
und Rückrufkostenversicherung

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des Grades eines Doktors des Rechts

am Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin

vorgelegt von

Dan Schilbach, Berlin

2. Juli 2018

Erstgutachter: Univ.-Prof. Dr. Christian Armbrüster
Zweitgutachter: Univ.-Prof. a.D. Dr. Helmut Schirmer
Tag der mündlichen Prüfung: 16. November 2018

Versicherungswissenschaft in Berlin

Schriftenreihe des Verein zur Förderung der Versicherungswissenschaft
in Berlin e.V.

Band 54

Herausgeber Prof. Dr. Christian Armbrüster
Prof. Dr. Horst Baumann
Prof. Dr. Helmut Gründl
Prof. Dr. Helmut Schirmer
Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski
Prof. Dr. Wolfgang Zschockelt (†)

Die Haftung des Produzenten bei Fehlerverdacht

Produkthaftung und Verhältnis von Produkthaftpflicht-
und Rückrufkostenversicherung

Dr. Dan Schilbach

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

– Zugl. Dissertation der Freien Universität Berlin, 2018 –

D 188

© 2019 VVW GmbH, Karlsruhe

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urhebergesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung der VVW GmbH, Karlsruhe. Jegliche unzulässige Nutzung des Werkes berechtigt die VVW GmbH zum Schadenersatz gegen den oder die jeweiligen Nutzer.

Bei jeder autorisierten Nutzung des Werkes ist die folgende Quellenangabe an branchenüblicher Stelle vorzunehmen:

© 2019 VVW GmbH, Karlsruhe

Jegliche Nutzung ohne die Quellenangabe in der vorstehenden Form berechtigt die VVW GmbH zum Schadenersatz gegen den oder die jeweiligen Nutzer.

ISSN 0943-9609

ISBN 978-3-96329-262-0

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2018/2019 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten für die Drucklegung bis Februar 2019 berücksichtigt werden.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Univ.-Prof. Dr. Christian Armbrüster, der mir während meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl eine stetige Unterstützung war und mir mit vielen hilfreichen Anregungen zur Seite stand. Bei Herrn Univ.-Prof. Dr. Helmut Schirmer bedanke ich mich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Zu danken habe ich darüber hinaus Herrn Peter Graß vom Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft (GDV). Ihm habe ich die Anregung zur Beschäftigung mit der Thematik zu verdanken.

Besonderen Dank verdient auch Herr Dr. Vincent Schreier, der mir während der gesamten Dauer meiner Promotion stets als Gesprächspartner zur Verfügung stand und deren Umsetzung durch wertvolle Anregungen und eine kritische Durchsicht des Manuskripts maßgeblich gefördert hat.

Mein herzlicher Dank gebührt zudem den Herausgebern der Berliner Reihe für die Aufnahme meiner Arbeit in die Schriftenreihe sowie dem Verein zur Förderung der Versicherungswissenschaft in Berlin e.V. für die Gewährung eines Druckkostenzuschusses.

Schließlich möchte ich meinen Eltern Elisabeth und Rainer Schilbach für ihre bedingungslose Unterstützung danken, die sie mir während meiner gesamten Ausbildung haben zukommen lassen. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Berlin, im Februar 2019

Dan Schilbach

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
§ 1 Einleitung	1
A. Der Verdacht als Fehler und die Haftung des Produzenten bei Fehlerverdacht	1
B. Gang der Untersuchung	6
§ 2 Haftungsrechtlicher Teil	7
A. Rechtlicher Rahmen	7
I. ProdHaftG	7
II. Deliktische Haftung	8
1. Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB	9
2. Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V. mit SchutzG ..	10
B. Normative Grundlagen des Fehlerbegriffs	11
I. Der Fehlerbegriff als Abwägungsentscheidung	11
II. Retrospektive Betrachtung	13
III. Unbestimmtheit „berechtigter Sicherheitserwartungen“	15
IV. Maßstab der Produktsicherheit	17
V. Rechtsgüterbezug der Sicherheitserwartungen	20
VI. Adressatenkreis der Sicherheitserwartungen	21
VII. Gebot und Vorbehalt des Möglichen	22
VIII. Zum Verhältnis von zivilrechtlichem Produkthaftungs- recht und öffentlichem Produktsicherheitsrecht	27
C. Der Fehlerverdacht in Rechtsprechung und Literatur	31
I. Problemstellung	31
II. Instanzgerichtliche Rechtsprechung	32
1. LG/OLG München	32
2. LG Gießen/OLG Frankfurt	34

3. LG Magdeburg.....	35
4. OLG Hamm	35
5. Zusammenfassung	37
III. Meinungsstand in der Literatur bis zum Vorlagebeschluss	38
IV. Vorlagebeschluss des Bundesgerichtshofs	40
1. Sachverhalt und Verfahrensgang des 1. Vorlagebeschlusses – AG/LG Stendal	40
2. Sachverhalt und Verfahrensgang des 2. Vorlagebeschlusses – LG/OLG Düsseldorf	42
3. Vorlagefragen des BGH.....	44
V. Vorabentscheidungsurteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH)	46
1. „Potentieller Fehler“ als Produktfehler	46
2. Operationskosten als „durch Körperverletzung verursachter Schaden“	48
D. Fehlerverdacht und haftungsbegründender Produktfehler .	51
I. Vorbemerkung: Rechtliche Bedeutung von Vorabentscheidungsverfahren.....	51
1. Autonomie des Unionsrechts.....	52
2. Bindungswirkung der Vorabentscheidung	53
3. Zwischenergebnis.....	54
II. Schlussfolgerungen aus dem Vorabentscheidungsverfahren für die Auslegung des Fehlerbegriffs	55
1. Terminologische Einordnung	55
a) Potentieller Fehler vs. erhöhtes Fehlerrisiko ...	55
b) Konzeptionelle Schwächen des Fehlerverdachts.....	58
c) Zwischenergebnis: Unvertretbares (Schaden-)Risiko statt Fehlerverdacht	60

2. Anwendbarkeit auf unterschiedliche Fehlertypen ...	61
3. Anwendbarkeit außerhalb aktiver implantierbarer Medizinprodukte	64
III. Unvertretbares (Schaden-)Risiko als Ausdruck enttäuschter Sicherheitserwartungen	67
1. Vereinbarkeit mit dem Wortlaut der Produkthaftungsrichtlinie	68
a) Meinungsstand	68
b) Stellungnahme	69
aa) Implantierbare Medizinprodukte	72
bb) Beispiele außerhalb der Medizintechnik ...	73
c) Zwischenergebnis	75
2. Vereinbarkeit mit der Systematik der Produkthaftungsrichtlinie	76
a) Konkretes Produkt als Bezugspunkt.....	76
b) Rekurs auf relative Fehlerwahrscheinlichkeit ..	78
aa) Meinungsstand	79
bb) Stellungnahme.....	79
c) Ganzheitliche Sicherheitsbetrachtung	81
3. Vereinbarkeit mit dem Zweck der Richtlinie	82
a) Binnenmarktvereinheitlichung	83
b) Verbraucherschutz	83
c) Interessengerechter Risikoausgleich.....	84
aa) Meinungsstand	85
bb) Stellungnahme.....	86
d) Allgemeine Schutzzielbestimmungen des Unionsrechts	88
e) Zwischenergebnis	89
4. Systematische Nähe zum Risikokonzept des öffentlichen Produktsicherheitsrecht	90

5. Übertragbarkeit gewährleistungsrechtlicher Grundsätze.....	94
a) Abgrenzung Äquivalenz- versus Integritätsinteresse	96
b) Materielle Voraussetzungen der Rechtsprechung zum Mangelverdacht	99
c) Enttäuschte Erwartungen statt Mangelverdacht.....	101
d) Fazit.....	103
6. Vergleich zur deliktischen Produzentenhaftung	104
7. Rechtsvergleichende Betrachtung zu § 402 A Restatement (Second) of Torts.....	105
8. Fazit.....	107
IV. Die Bestimmung der „Unvertretbarkeit“ des Schadenrisikos.....	107
1. Meinungsstand	109
a) Quantifizierbarkeit des Schadenrisikos anhand der relativen Schadenhäufigkeit	110
b) Drei-Stufenmodell: Technische Machbarkeit – Risiko-Nutzen-Abwägung – Fallbezogenes Korrektiv	111
aa) Technische Machbarkeit (1. Stufe)	111
bb) Risiko-Nutzen-Abwägung (2. Stufe)	112
cc) Fallbezogenes Korrektiv (3. Stufe)	112
2. Stellungnahme.....	113
3. Eigener Ansatz: Konkretisierung anhand eines „beweglichen Systems“	115
a) Abwägungskriterien	118
aa) Größe der Gefahr, Wahrscheinlichkeit der Risikoverwirklichung, Rang des betroffenen Rechtsguts.....	118

bb) Erkennbarkeit des Schadenrisikos	120
cc) Abgrenzbarkeit des Schadenrisikos	121
dd) Besonderer Vertrauensschutz	122
ee) Produktpreis	124
ff) Tatsächlicher Gefahrvermeidungs- aufwand	125
b) Maßstab der Abwägung.....	127
aa) Beurteilungshorizont: Verkehrser- wartung (Anwenderhorizont).....	127
bb) Allgemeine Sicherheitsanforderungen als Bestandteil der Verkehrserwartung ...	129
(1) Beispiel: Verkehrsverbot von Medizinprodukten mit Gefahren- verdacht gem. § 4 Abs. 1 Nr. 1 MPG	130
(2) Zwischenergebnis	134
cc) Gebot und Vorbehalt des Möglichen.....	134
4. Fazit.....	137
E. Haftungsbegründung bei fehlender Verwirklichung des Schadenrisikos.....	138
I. Notwendigkeit der Abgrenzung zu Gefahrenabwendungspflichten des Herstellers	138
1. Begriffsbestimmung „Rückruf“	139
2. Gesetzessystematische Zuordnung der Rückrufverpflichtung	139
3. Systematik des ProdHaftG	141
4. Entstehungsgeschichtlicher Hintergrund des ProdHaftG	143
5. Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung	145
6. Fazit.....	147

II. Haftungsvoraussetzungen des § 1 ProdHaftG – dargestellt am Beispiel fehlerverdächtiger, implantierbarer Medizinprodukte	147
1. Rechtsgutsverletzung	150
a) Ärztlicher Heileingriff.....	150
aa) Meinungsstand	151
(1) 1. Ansicht: Erstimplantation als tatbestandsmäßige Körperverletzung ..	151
(2) 2. Ansicht: Revisions-OP als tatbestandsmäßige Körperverletzung ..	151
(3) 3. Ansicht: Fehlen eines Integritätsschadens.....	152
bb) Stellungnahme.....	154
b) Gleichstellung von konkreter Rechtsgutsgefährdung und Rechtsgutsverletzung	163
aa) Meinungsstand	163
bb) Stellungnahme.....	165
c) Fehlerhaftes Implantat.....	171
aa) Meinungsstand	171
bb) Stellungnahme.....	172
d) Aufwendungsersatz nach § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB.....	176
aa) Meinungsstand	176
bb) Stellungnahme.....	177
e) Fazit zur Rechtsgutsverletzung	178
2. Haftungsbegründende Kausalität	179
a) Zurechnung schadensbegünstigender Reaktionen des Geschädigten nach den Grundsätzen der „Herausforderungsfälle“	180
b) Herausforderungslage bei risikogeneigten, implantierbaren Medizinprodukten	181

aa)	Bestätigung des Zurechnungskriteriums der Herausforderung durch den EuGH...	182
bb)	Relevanz von Maßnahmeempfehlungen des Herstellers für die Feststellung der Herausforderungssituation.....	184
cc)	Verhältnismäßigkeit der Reaktion des Geschädigten	185
(1)	Schadenerwartung bei bewusster Selbstschädigung vs. Folgenabschätzung bei Nichteingreifen	185
(2)	Besondere Zwangslage aufgrund fehlender Ausräumbarkeit des Fehlerverdachts	186
(3)	Rechtsgedanke des § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB	187
dd)	Grenzen der Zurechnung.....	188
ee)	Fazit.....	191
3.	Schaden und haftungsausfüllende Kausalität.....	192
a)	Generelle Ersatzfähigkeit von Schadenvermeidungskosten	194
b)	Erstattungsfähigkeit unterschiedlicher Schadenspositionen nach dem EuGH-Urteil .	197
aa)	Kosten der Erstimplantation	197
bb)	Ersatz der Explantations- und Reimplantationskosten	199
(1)	Erforderlichkeit der Kosten.....	200
(2)	Berücksichtigung von Reserveursachen im Rahmen der Schadenszurechnung	202
(3)	Ersatzfähigkeit der Kosten der Reimplantation eines fehlerfreien Produkts.....	207
(4)	Abzug „Neu-für-Alt“	208

cc) Kosten für fehlerfreies Produkt	209
dd) Kosten für Monitoring-Maßnahmen?	214
ee) Schmerzensgeld, § 8 Satz 2 ProdHaftG	215
4. Fazit.....	217
F. Beweislast.....	218
I. Zulässigkeit abstrakt-genereller Beweiserleichterung – Beweislastumkehr, Beweismaßreduzierung	219
II. Zulässigkeit von Beweiserleichterungen im Rahmen allgemeiner Beweisregeln	223
1. Anscheinsbeweis	224
2. Indizienbeweis	227
3. Sekundäre Darlegungslast	230
4. Beweisvereitelung	233
5. Ergebnis	235
III. Fehlerverdacht als Beweiserleichterung?.....	236
IV. Bedeutung von Maßnahme- und Sicherheits- informationen des Herstellers.....	239
1. Kritik	239
2. Stellungnahme.....	240
3. Zurechnung von Sicherheitsinformation auf unterschiedlichen Vertriebsstufen	243
G. Zusammenfassung und Ausblick	245
§ 3 Versicherungsrechtlicher Teil	253
A. Versicherung von Produkthaftpflichtrisiken	253
I. Gegenstand des Versicherungsschutzes	254
1. Betriebs- und Produkthaftpflichtversicherung	254
2. Rückrufkostenversicherung	257
II. Auswirkungen der Fehlerverdachtsjudikatur auf das Verhältnis von Betriebs-/Produkthaftpflicht- versicherung und Rückrufkostenversicherung	258

1. Der Begriff des „ <i>Personenschadens</i> “ als Vehikel für die Zuweisung zur Produkthaftpflicht- oder Rückrufkostenversicherung.....	259
2. Schäden „durch hergestellte Erzeugnisse“ (Kausalität zwischen Produktfehler und Personenschaden)	264
3. Zeitpunkt des „ <i>Schadenereignisses</i> “ als Vorgang, der den Versicherungsfall auslöst	265
a) Schadensereignis: Implantation, Bekanntmachung des Fehlerverdachts oder Zeitpunkt der Explantation?	266
b) Versicherungsfall bei Serienschäden	269
aa) Ziff. 8.3 ProdHM.....	270
bb) Alternative Serienschadenklausel.....	272
cc) Möglichkeiten alternativer Vertragsgestaltung.....	273
4. Versicherte Schadenspositionen	275
a) Schadenspositionen vor der Explantation	275
b) Schadenspositionen nach der Explantation....	279
5. Relativierung der Rückrufkostenversicherung?	281
B. Ausblick: Notwendigkeit einer Pflichtversicherung für Medizinproduktehersteller?	285
§ 4 Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen.....	291
Literaturverzeichnis.....	299

§ 1 Einleitung

A. Der Verdacht als Fehler und die Haftung des Produzenten bei Fehlerverdacht

Seit dem 1.1.1990 haftet ein Hersteller in der Bundesrepublik Deutschland verschuldensunabhängig, wenn durch den Fehler eines von ihm in den Verkehr gebrachten Produkts jemand getötet, sein Körper oder seine Gesundheit verletzt oder eine (andere) Sache beschädigt wird. Gesetzliche Grundlage dafür ist das Produkthaftungsgesetz (ProdHaftG), welches als nationales Transformationsgesetz der Umsetzung der europäischen Produkthaftungsrichtlinie 85/374/EWG dient. Neben den Regelungen des ProdHaftG bestimmt sich die Haftung des Produzenten ferner weiterhin nach der allgemeinen deliktischen Produzentenhaftung, welche durch die Rechtsprechung des BGH freilich eine besondere Ausprägung erfahren hat.¹ Letztere besteht unbeschadet spezialgesetzlicher Vorschriften nach dem ProdHaftG. Angesichts dieser Anspruchskonkurrenz ist es wichtig, für den Bereich der außervertraglichen Haftung des Produzenten genau zwischen dem harmonisierten Bereich – auf dem das Augenmerk dieser Arbeit liegen wird – und dem nicht-harmonisierten Bereich zu differenzieren.

Die Verantwortung des Herstellers für fehlerhafte Produkte ist immer wieder Gegenstand höchststrichterlicher Rechtsprechung und des wissenschaftlichen Diskurses. Für besondere Aufmerksamkeit sorgte in der jüngeren Vergangenheit vor allem die „Airbag“-Entscheidung² des BGH. Darin hat der VI. Zivilsenat die grundlegenden Anforderungen definiert, unter denen der Hersteller für Konstruktions- und Instruktionsfehler haftet. Nur ein halbes Jahr zuvor hatte der BGH bereits in einer Grundsatzentscheidung Maßstäbe für die Reichweite der Gefahrabwendungspflichten eines Herstellers von Produkten mit Sicherheitsmängeln nach erfolgter Inverkehrgabe bestimmt, was für die Praxis kaum von geringerer

¹ Sub § 2 A II 1 (S. 9 f.).

² BGH, Urt. v. 16.6.2009 – VI ZR 107/08, BGHZ 181, 253 = NJW 2009, 2952.

Relevanz sein dürfte („Pflegebetten“).³ Beide Urteile wurden in die amtliche Sammlung des BGH aufgenommen und stehen damit in einer Reihe mit weiterhin für das Produkthaftungsrecht richtungsweisenden Entscheidungen wie „Hühnerpest“⁴, „Honda“⁵, „Wasserflasche“⁶ und „Kindertee“⁷.

Es wäre zu erwarten gewesen, dass die amtliche Entscheidungssammlung des BGH um die „Boston-Scientific“-Urteile erweitert werden würde; nicht zuletzt vor dem Hintergrund ihres europarechtlichen Bezugs. Die Entscheidungen betreffen nämlich die Auslegung des produkthaftungsrechtlichen Fehler- und Schadenbegriffs. Hintergrund waren die Regressklagen zweier gesetzlicher Krankenkassen gegen den Importeur bzw. die deutsche Vertriebsgesellschaft eines US-amerikanischen Medizinprodukteherstellers auf Erstattung von Operationskosten für den vorzeitigen Austausch fehlerverdächtigter medizinischer Implantate (Herzschrittmacher/Defibrillatoren). Der Austausch erfolgte auf Veranlassung der Patienten, nachdem diese durch eine Sicherheitsinformation des Herstellers darauf aufmerksam gemacht worden waren, dass es innerhalb einer Produktserie zu einer signifikanten Anzahl von Funktionsausfällen gekommen war. Die Instanzgerichte hatte in diesem Zusammenhang schon länger die Frage beschäftigt, ob die Zugehörigkeit eines Produkts zu einer potentiell fehlerhaften Serie genügt, um einen Produktfehler anzunehmen, weil das Produkt aufgrund eben dieser Zugehörigkeit selbst in dem Verdacht steht, fehlerhaft zu sein.⁹ Daneben ging es um die Frage, ob es sich bei den Kosten für den prä-

³ BGH, Urst. v. 16.12.2008 – VI ZR 170/07, BGHZ 179, 157 = NJW 2009, 1080 = VersR 2009, 272 mit Anm. *Kettler*.

⁴ BGH, Urst. v. 26.11.1968 – VI ZR 212/66, BGHZ 51, 91 = NJW 1969, 269.

⁵ BGH, Urst. v. 9.12.1986 – VI ZR 65/86, BGHZ 99, 167 = NJW 1987, 1009.

⁶ BGH, Urst. v. 9.5.1995 – VI ZR 158/94, BGHZ 129, 353 = NJW 1995, 2162.

⁷ BGH, Urst. v. 12.11.1991 – VI ZR 7/91, BGHZ 116, 60 = NJW 1992, 560.

⁸ BGH, Urst. v. 9.6.2015 – VI ZR 327/12, NJW 2015, 2507 – Defibrillator; BGH, Urst. v. 9.6.2015 – VI ZR 284/12, NJW 2015, 3096 – Herzschrittmacher.

⁹ Eine Haftung verneinend: OLG München, Urst. v. 21.7.2009 – 18 U 1549/09, BeckRS 2010, 18785; OLG Frankfurt, Urst. v. 20.5.2010 – 1 U 99/09, MPR 2010, 211; AG Charlottenburg, Urst. v. 6.6.2013 – 202 C 634/12, MPR 2013, 170 [Austausch i.R. einer stationären Behandlung]. Eine Haftung bejahend: LG Magdeburg, Urst. v. 22.9.2010 – 9 O 1822/09, BeckRS 2010, 26573 [allerdings konnte die Fehlerhaftigkeit nachträglich festgestellt werden]; OLG Hamm, Urst. v. 26.10.2010 – I-21 U 163/08, BeckRS 2010, 28859 = VersR 2011, 637 = MPR 2011, 153; LG Stendal, Urst. v. 10.5.2012 – 22 S 71/11, BeckRS 2013, 14604; OLG Düsseldorf, Urst. v. 20.6.2012 – I-15 U 25/11, BeckRS 2013, 14716.

ventiven Austausch der Geräte um einen durch Körperverletzung verursachten Schaden der Patienten i.S. der Richtlinie handelt. Angesichts des Richtlinienbezugs hat der BGH den Europäischen Gerichtshof (EuGH) im Rahmen zweier nahezu inhaltsgleicher Vorlagebeschlüsse um Klärung gebeten.¹⁰ Die Vorlage geschah vor dem Hintergrund, dass sich zuvor bereits in Rechtsprechung und Literatur¹¹ ein virulenter Streit über jene Fragestellungen entwickelt hatte.

Das harmonisierte Produkthaftungsrecht geht von einem objektiven, sicherheitstechnischen Fehlerbegriff aus.¹² Gemäß § 3 Abs. 1 ProdHaftG hat ein Produkt einen Fehler, wenn es nicht die Sicherheit bietet, die unter Berücksichtigung aller Umstände [...] berechtigterweise erwartet werden kann. Die Haftung nach dem ProdHaftG ist mithin eine solche für mangelnde Produktsicherheit.¹³ Im Ausgangspunkt bestehen deshalb zumindest gewichtige Zweifel daran, dass ein (bloßer) Fehlerverdacht unter sicherheitstechnischen, objektiven Maßstäben haftungsbegründend sein kann. Allein die potentielle Gefahr eines Produktfehlers führt außerdem naturgemäß noch nicht zu Schäden an Rechtsgütern Dritter. Wenn von der Haftung im Kontext des Fehlerverdachts gesprochen wird, geht es der Sache nach um die Haftung für nicht verwirklichte Schadensrisiken. Für die im Rahmen dieser Arbeit zu erörternde Haftung des Produzenten bei Vorliegen eines Fehlerverdachts ist es deshalb wichtig, zwischen der Frage der Gleichstellung von Fehlerverdacht und Fehler einerseits und der Haftung bei Vorliegen eines bloßen Fehlerverdachts andererseits zu unterscheiden.

Die Frage des Fehlerverdachts führt zu der in ganz unterschiedlichem Kontext relevanten Frage des rechtlichen Umgangs mit Risi-

¹⁰ BGH, Beschl. v. 30.7.2013 – VI ZR 284/12, VersR 2013, 1450 – Herzschrittmacher; BGH, Beschl. v. 30.7.2013 – VI ZR 327/12, VersR 2013, 1451 – Defibrillator.

¹¹ Krit.: *Backmann*, MPR 2012, 37f.; *Handorn*, Phi 2011, 206 ff.; *Oeben/Schiwek*, MPR 2011, 145 ff.; *Oeben*, Anm. zu OLG Frankfurt, Urt. v. 20.5.2010 – 1 U 99/09, MPR 2010, 211 f.; *Backmann/C.Wagner*, MPR 2007, 29, 31. Eine Haftung bejahend: *Wagner*, in: MünchKomm-BGB, § 3 ProdHaftG Rn. 50; *Schultze-Zeu*, Anm. zu OLG Hamm, Urt. v. 26.10.2010 – I-21 U 163/08, VersR 2011, 640; vgl. *Juretzek*, Phi 2011, 68 [allerdings unter nicht unproblematischer Annahme einer den Hersteller auch unter Geltung des ProdHaftG treffenden Gefahrabwendungspflicht]. Zur Rechtsprechung s. Fn. 9.

¹² Begr. Gesetzesentwurf BReg, BT-Drs. 11/2447, S. 18; *Wagner*, in: MünchKomm-BGB, § 3 ProdHaftG Rn. 2; *Staudinger/Oechsler*, § 3 ProdHaftG Rn. 11; *Kullmann*, ProdHaftG, § 3 Rn. 5.

¹³ *Hörl*, S. 22; *Staudinger/Oechsler*, § 3 ProdHaftG Rn. 5 ff.

ken und Ungewissheiten.¹⁴ Maßgeblich dafür ist die Auslegung des produkthaftungsrechtlichen Fehlerbegriffs. Die Feststellung, dass es sich bei einem der Produktserie anhaftenden Fehlerverdacht um einen Fehler i.S. von § 3 ProdHaftG handelt, genügt allerdings noch nicht, um eine Haftung des Herstellers zu begründen. Daneben erfordert eine Haftung des Herstellers die Feststellung von Rechts-gutsverletzung, Kausalität und Schaden, für die der durch ein fehlerhaftes Produkt Geschädigte gem. § 1 Abs. 4 Satz 1 ProdHaftG grundsätzlich darlegungs- und beweisbelastet ist.¹⁵ Der Unterschied zu „üblichen“ Produkthaftungsklagen liegt hier in der Besonderheit, dass nicht der Eintritt eines Schadens die Frage nach der Verantwortlichkeit des Produktherstellers hervorruft, sondern die mit dem Fehlerverdacht in Zusammenhang stehende potentielle Gefährdung des Produktnutzers. Mit anderen Worten: Anknüpfungstatsache ist im Fall des Fehlerverdachts gerade nicht die unmittelbare Schadensverursachung durch ein Produkt. Im Ergebnis geht es vielmehr um die Frage der Haftung des Herstellers für schadenvermeidende Aufwendungen (an anderer Stelle auch als sog. „Verletzungsvermeidungskosten“¹⁶ bezeichnet) des durch ein fehlerhaftes Produkt Geschädigten. Folgerichtig kann auch die haftungsbegründende Kausalität nicht an der Materialisierung des Produktfehlers, sondern an dem Risiko des Schadeneintritts ansetzen. Dann stellt sich wiederum aber die Frage, wo die für eine Haftung nach Maßgabe von § 1 Abs. 1 Satz 1 ProdHaftG erforderliche Rechtsgutsverletzung liegt oder ob diese gar entbehrlich ist.

All diese Fragen sind auch nach der Entscheidung des EuGH weitgehend offen geblieben. Der EuGH¹⁷ kam – freilich mit nur knapper Begründung – zu dem Ergebnis, dass bereits der innerhalb einer Produktserie auftretende „potentielle Fehler“ einen Produktfehler i.S. von Art. 6 Abs. 1 ProdHaftRiL begründen kann, ohne dass der Fehler bei dem konkreten Produkt festgestellt zu werden braucht. Ohne weitere Feststellungen in Bezug auf die einzelnen Vorausset-

¹⁴ Hoffmann-Riem, Innovation und Recht, S. 302 ff.

¹⁵ Zur Beweislast, s. Wagner, in: MünchKomm-BGB, § 1 ProdHaftG Rn. 72 ff. bzw. die deliktische Produzentenhaftung betreffend § 823 Rn. 858 ff.

¹⁶ Vgl. sub § 2 E.II.1. (S. 169); sub § 2 E.II.3.b)dd) (S. 197).

¹⁷ EuGH, Urt. v. 5.3.2015 – C-503/13, C-504/13 (*Boston-Scientific Medizintechnik GmbH/AOK Sachsen-Anhalt/Betriebskrankenkasse RWE*), NJW 2015, 1163 mit Anm. Moelle/Dockhorn.

zungen der Richtlinie entschied der Gerichtshof zudem, dass es sich bei den Kosten der Operation zum Austausch eines fehlerhaften Produkts, z.B. eines Herzschrittmachers oder eines implantierbaren Defibrillators, um einen „durch Körperverletzung verursachten Schaden“ i.S. der Richtlinie handelt. Im Nachgang zu der Entscheidung hat auch der BGH in beiden Verfahren das Vorliegen eines potentiellen Fehlers bejaht.

Eine dezidierte Auseinandersetzung mit den einzelnen Haftungsvoraussetzungen der Richtlinie lassen die vorbenannten Entscheidungen allerdings nicht erkennen. Dies hat in der Praxis ganz offensichtlich zu Unsicherheiten im Umgang mit der Rechtsprechung geführt, die sich nicht zuletzt in einer Vielzahl unterschiedlicher Interpretationen widerspiegelt. Inzwischen liegt mit einer Entscheidung des Kammergerichts sogar ein erstes obergerichtliches Urteil vor, welches die genannte Rechtsprechung auf potentiell bruchgefährdete Hüftprothesen ausdehnt.¹⁸ In der Literatur wird Kritik an diesem Urteil geübt, auch, weil von einer Übertragbarkeit der EuGH-Rechtsprechung auf andere als aktive, implantierbare Medizinprodukte nicht ohne weiteres ausgegangen werden könne.¹⁹ Andererseits ist zu berücksichtigen, dass die Produkthaftungsrichtlinie vom Grundsatz her nicht nur für einzelne Sektoren gilt, sondern sämtliche Wirtschaftsbereiche erfasst. Insoweit stellt sich durchaus die Frage, ob eine Begrenzung der Auslegungsentscheidung auf einzelne Produktbereiche überhaupt in Betracht gezogen werden kann. Jedenfalls aber zeigt sich, dass die Frage des Fehlerverdachts und die Reichweite der in diesem Kontext ergangenen „Boston-Scientific“-Urteile des EuGH vielfältige Fragestellungen mit sich bringen, die einer genauen wissenschaftlichen Aufbereitung bedürfen, um für die Praxis taugliche Maßstäbe zu entwickeln und mehr Rechtssicherheit herzustellen.²⁰ Dabei wird es im Wesentlichen darum gehen müssen, die Auslegungsentscheidung des EuGH in Zusammenhang mit den Haftungsvoraussetzungen der Produkthaftungsrichtlinie zu bringen.

¹⁸ KG, Urt. v. 28.8.2015 – 4 U 189/11, MedR 2016, 67.

¹⁹ Handorn/Martin, MPR 2016, 76, 78 f.; Kaufmann/Seehafer, MedR 2017, 369, 373 f.

²⁰ Dazu Oeben, Der potentielle Produktfehler nach der EuGH-Rechtsprechung, 2016 [mit Schwerpunkt auf dem Medizinproduktektor].

B. Gang der Untersuchung

Die hier zu erörternde Frage der Haftung des Herstellers für den Fehlerverdacht beinhaltet zwei zunächst strikt voneinander zu trennende Fragen. Zum einen geht es darum, ob bereits der Fehlerverdacht einen Fehler i.S. von § 3 ProdHaftG darstellen kann. Zum anderen wird zu klären sein, ob die Annahme eines Fehlers zu einer Schadensersatzverpflichtung des Herstellers nach Maßgabe von § 1 Abs. 1 ProdHaftG führt. Angesichts der großen Bedeutung von Vorabentscheidungsurteilen des EuGH zur Auslegung sekundären Gemeinschaftsrechts sowie deren Orientierungsfunktion ist eine genaue Darstellung und Bewertung der Entscheidungsgründe der „Boston-Scientific“-Urteile erforderlich.

Die Arbeit gliedert sich in einen haftungsrechtlichen (§ 2) und einen versicherungsrechtlichen Teil (§ 3). Der haftungsrechtliche Teil beginnt mit einer knappen Zusammenfassung der rechtlichen Rahmenbedingungen für die Haftung des Produzenten (Abschnitt A). Daran schließt sich eine ausführliche Darstellung der normativen Grundlagen des produkthaftungsrechtlichen Fehlerbegriffs (Abschnitt B) an, bevor im Einzelnen die Rechtsprechung zum Fehlerverdacht aufgezeigt wird (Abschnitt C). Im Anschluss erfolgt dann eine dogmatische Einordnung und Bewertung in Bezug auf den Fehlerbegriff der Richtlinie, einschließlich der Entwicklung von Konkretisierungsmaßstäben (Abschnitt D). Weitere Schwerpunkte liegen sodann auf der Haftungsbegründung bei fehlender Risiko-
verwirklichung und auf Fragen der Beweislast (Abschnitte E und F).

Im zweiten Teil der Arbeit werden die Auswirkungen der „Boston-Scientific“-Urteile auf das Verhältnis von Produkthaftpflicht- und Rückrufkostenversicherung näher untersucht.

§ 2 Haftungsrechtlicher Teil

A. Rechtlicher Rahmen

Unter *Produkthaftung* versteht man im Kern die Haftung des Herstellers für grundsätzlich außerhalb der Fehlerhaftigkeit des Produkts liegende Personen-, Sach- oder Vermögensschäden, die der Produktnutzer oder ein sonstiger Dritter infolge eines Fehlers des betreffenden Produkts erleidet.²¹ Haftungsgrundlagen können sowohl vertraglicher (§§ 437, 434 ff., 280 ff. BGB) als auch außervertraglicher Natur sein. Letztere kommen vorrangig in Betracht, da es zumeist an einer vertraglichen Beziehung zwischen Produktgeschädigtem und Hersteller mangelt.²² In Abgrenzung zur vertraglichen Mängelhaftung geht es bei der außervertraglichen Haftung um das Entstehen des Herstellers für Gefahren für geschützte Rechtsgüter wegen mangelnder Sicherheit des Produkts.²³ Der Schutzbereich ist auf das Integritätsinteresse beschränkt. Neben die verschuldensunabhängige Produkthaftung nach dem ProdHaftG tritt die deliktische Haftung gem. § 823 BGB.²⁴

I. ProdHaftG

Das ProdHaftG setzt die europäische Produkthaftungsrichtlinie in nationales Recht um und begründet – sowohl nach Vorstellung des europäischen als auch des deutschen Gesetzgebers²⁵ – vom Grundsatz eine verschuldensunabhängige Haftung des Herstellers.²⁶ Zentraler Haftungstatbestand ist § 1 Abs. 1 ProdHaftG, der im

²¹ Palandt/*Sprau*, Einf. ProdHaftG Rn. 1.

²² Die weitere Darstellung bezieht sich deshalb ausschließlich auf die Haftungstatbestände der außervertraglichen Haftung. Hinweise zur vertraglichen Haftung erfolgen lediglich partiell.

²³ Palandt/*Sprau*, Einf. ProdHaftG Rn. 1.

²⁴ Vgl. sub § 1 A. (S. 1); sub § 2 A.II. (S. 8 ff.)

²⁵ ErwGr. 2 RiL 85/374/EWG; BT-Drs. 11/2447, S. 9.

²⁶ Zur dogmatischen Einordnung der Haftung nach dem ProdHaftG als verschuldensunabhängige Haftung ausführlich *Taschner*, ZEuP 2012, 560 ff. [Einordnung i.E. bloß theoretisch]. Für eine Kombination aus Elementen der Verschuldens- und der strikten Haftung, s. *Wagner*, in: MünchKomm-BGB, Einl. ProdHaftG Rn. 22; *Staudinger/Oechsler*, ProdHaftG Einl. Rn. 42; *Brüggemeier*, Haftungsrecht, S. 79 [Hybridcharakter]; Förster, in: BeckOK-BGB, § 1 ProdHaftG Rn. 9 [„eine einheitliche dogmatische Einordnung kaum möglich“]; Kötz, FS W.Lorenz, 1991, S. 109 ff.

Kern drei Voraussetzungen beinhaltet, für die der Geschädigte gem. § 1 Abs. 4 Satz 1 ProdHaftG grundsätzlich darlegungs- und beweisbelastet ist: Produktfehler (1), Rechtsgutsverletzung (2) und Kausalität (3). Dem Hersteller steht gem. § 1 Abs. 2, Abs. 3 ProdHaftG in begrenztem Umfang die Möglichkeit offen, sich trotz Vorliegens dieser Voraussetzungen von der Haftung zu befreien. Dies gilt namentlich, wenn der schadenverursachende Produktfehler nach dem Stand von Wissenschaft und Technik zu dem Zeitpunkt, an dem der Hersteller das Produkt in den Verkehr brachte, nicht erkannt werden konnte (sog. „Entwicklungsrisiko“). Die Beweislast für das Vorliegen eines solchen Entlastungstatbestandes obliegt allerdings grundsätzlich dem Hersteller (§ 1 Abs. 4 Satz 2 ProdHaftG). Eine Besonderheit der harmonisierten Produkthaftung ergibt sich aus dem der Richtlinie in Art. 3 zugrundeliegenden Herstellerbegriff. Die Regelung erstreckt die Haftung nämlich unter bestimmten Voraussetzungen auf sog. „Quasi-Hersteller“, EWR-Importeure und Lieferanten.

II. Deliktische Haftung

Die spezialgesetzliche Produkthaftung lässt entsprechend § 15 Abs. 2 ProdHaftG, durch den Art. 13 ProdHaftRiL umgesetzt wurde, eine Haftung aufgrund anderer Vorschriften unberührt. Zu den „anderen Vorschriften“ gehört insbesondere auch die deliktische Produzentenhaftung gem. § 823 BGB. Zu differenzieren ist insoweit zwischen der Haftung wegen Verletzung von Verkehrssicherungspflichten gem. § 823 Abs. 1 BGB und der Haftung wegen Verletzung eines Schutzgesetzes gem. § 823 Abs. 2 BGB i.V. mit dem jeweiligen Schutzgesetz.

1. Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB

Die deliktische Produzentenhaftung basiert maßgeblich auf dem Grundgedanken, dass derjenige, der eine Gefahrenquelle schafft, für diese auch verantwortlich ist.²⁷ Sie lässt sich damit ohne Weiteres in das System der Verkehrssicherungspflichten einordnen. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH 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.²⁸ Maßnahmen der Verkehrssicherung müssen sich dabei am Maßstab eines umsichtigen und verständigen, in vernünftigen Grenzen vorsichtigen Menschen orientieren.²⁹ Für die deliktische Produzentenhaftung hat sich in Bezug auf die Verkehrssicherungspflichten des Herstellers eine eigene Kasuistik herausgebildet. Der Hersteller haftet für Konstruktions-, Fabrikations- und Instruktionsfehler eines von ihm in den Verkehr gebrachten Produkts, und er unterliegt zudem zeitlich nachgelagerten Produktbeobachtungs- und Reaktionspflichten (z.B. Warnung, Rückruf, etc.).³⁰

Die Bildung der vorgenannten Fehlertypen dient dabei lediglich der Typisierung der Verkehrspflichten anhand verschiedener Pflichtbereiche.³¹ Inhalt und Umfang bestimmen sich nach den allgemeinen Grundsätzen. Denn Ausgangspunkt für die Haftung des Warenherstellers bleibt auch danach grundsätzlich die Schaffung oder Aufrechterhaltung einer bestimmten Gefahrenquelle. Die mit der Produktion schadensstiftender Erzeugnisse verbundene Gefährdung einerseits und die Pflicht, Schäden zu verhüten andererseits, sind mithin die beiden Ansatzpunkte für die Inanspruchnahme des Pro-

²⁷ Im Ansatz schon RG, Urt. v. 17.1.1940 – II 82/39, RGZ 163, 21, 26; BGH, Urt. v. 26.11.1968 – VI ZR 212/66, BGHZ 51, 91, 105 = NJW 1969, 269, 274 – Hühnerpest; eingehend zur historischen Entwicklung Brüggemeier, DeliktsR Rn. 328 ff.

²⁸ BGH, Urt. v. 6.2.2007 – VI ZR 274/05, NJW 2007, 1683 Rn. 14 mwN.

²⁹ BGH, Urt. v. 2.10.2012 – VI ZR 311/11, BGHZ 195, 30 Rn. 6 = NJW 2013, 48 Rn. 6; BGH, Urt. v. 25.2.2014 – VI ZR 299/13, NJW 2014, 2104 Rn. 8; BGH, Urt. v. 2.3.2010 – VI ZR 223/09, NJW 2010, 1967 Rn. 5.

³⁰ Zu den einzelnen Pflichtbereichen ausführlich, s. *Wagner*, in: MünchKomm-BGB, § 823 Rn. 818 ff.

³¹ So auch *Förster*, in: BeckOK-BGB, Stand: 1.11.2018, § 823 Rn. 684; a.A. *Oeben*, S. 52 f.

duzenten.³² Besonderheiten der deliktischen Produzentenhaftung ergeben sich im Hinblick auf die vom BGH im Rahmen der „Hühnerpest“-Entscheidung etablierte Modifizierung der Beweislast, die den Nachweisschwierigkeiten bei arbeitsteiliger Produktion Rechnung tragen soll. Während danach dem Geschädigten die Beweislast für das Vorliegen eines Produktfehlers und dessen Kausalität für die eingetretene Rechtsgutsverletzung obliegt, wird die Beweislast in Bezug auf die Pflichtwidrigkeit und das Verschulden umgekehrt, so dass dem Hersteller der Entlastungsbeweis obliegt.³³ Die im Grundsatz verschuldensabhängig ausgestaltete deliktische Produzentenhaftung wird damit erheblich der verschuldensunabhängigen Haftung auf Grundlage des ProdHaftG angenähert.³⁴

2. Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V. mit SchutzG

Neben einer Haftung des Produzenten unter dem Gesichtspunkt der Verletzung von Verkehrssicherungspflichten kommt auch eine Haftung wegen der Verletzung von Schutzgesetzen in Betracht. Als Schutzgesetz wird dabei jede Rechtsnorm i.S. von Art. 2 EGBGB verstanden, die jedenfalls auch Individualinteressen schützt. In Betracht kommen vor allem Normen des öffentlichen Produktsicherheitsrechts (z.B. § 3 ProdSG, § 4 MPG), dessen Regelungsdichte stetig zunimmt und das in weiten Teilen von europäischem Sekundärrecht bestimmt wird.³⁵ Bei jenen Vorschriften handelt es sich zumeist auch um Schutzgesetze i.S. von § 823 Abs. 2 BGB, denn ihr Zweck liegt für gewöhnlich gerade in der Gewährleistung von Produktsicherheit zum Schutze der Verbraucher.

³² *Simitis*, Grundfragen der Produzentenhaftung, S. 52 ff.

³³ BGH, Urt. v. 26.11.1968 – VI ZR 212/66, BGHZ 51, 91, 105 = NJW 1968, 269, 274 – Hühnerpest; BGH, Urt. v. 17.3.1981 – VI ZR 191/79, BGHZ 80, 186 = NJW 1981, 1603, 1605 – Derosal; BGH, Urt. v. 11.6.1996 – VI ZR 202/95, VersR 1996, 1116, 1117.

³⁴ Fuchs/Pauker/Baumgärtner, Delikts- und Schadensersatzrecht, S. 348; *Fuchs*, FS Medicus, S. 89, 98; *Kraft*, Angleichungsstand der EG-Produkthaftung, S. 149.

³⁵ *Wagner*, in: MünchKomm-BGB, § 823 Rn. 867.

B. Normative Grundlagen des Fehlerbegriffs

Der Fehlerbegriff steht als haftungsbegründendes Tatbestandsmerkmal im Zentrum der harmonisierten Produkthaftung. Zum Verständnis ist es deshalb unabdingbar sich zunächst der normativen Grundlagen des produkthaftungsrechtlichen Fehlerbegriffs zu vergewissern.

I. Der Fehlerbegriff als Abwägungsentscheidung

Ausgangspunkt der rechtlichen Analyse des Fehlerbegriffs bildet § 3 Abs. 1 ProdHaftG (bzw. Art. 6 Abs. 1 ProdHaftRiL).³⁶ Gem. § 3 Abs. 1 ProdHaftG hat ein Produkt einen Fehler, wenn es nicht die Sicherheit bietet, die unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere seiner Darbietung (lit. a), des Gebrauchs, mit dem billigerweise gerechnet werden kann (lit. b), sowie des Zeitpunkts, in dem es in Verkehr gebracht wurde (lit. c.), berechtigterweise erwartet werden kann. Wie sich bereits aus dem Wortlaut („*insbesondere*“) ergibt, handelt es sich dabei nicht um eine enumerative Aufzählung; vielmehr wird in § 3 Abs. 1 ProdHaftG ausdrücklich auf die Berücksichtigung „*aller Umstände*“ Bezug genommen. Die in § 3 Abs. 1 lit. a)–c) ProdHaftG normierten Kriterien bilden mithin nur einen Teil der Abwägungselemente, wenn es um die Frage der Fehlerhaftigkeit eines Produkts geht. Ihnen kommt dabei auch eine ganz unterschiedliche Bedeutung zu. So verdeutlicht etwa der Rekurs auf die Produktdarbietung und den vorhersehbaren Produktgebrauch die Wechselseitigkeit der Sorgfaltsmaßnahmen von Hersteller und Geschädigtem.³⁷ Dahinter steht die Überlegung, dass im Einzelfall nicht nur der Hersteller zur Abwehr und zur Minderung von Schäden in der Lage ist, sondern Eintritt und Umfang des Schadens ebenso von den Sorgfaltsvorkehrungen des Geschädigten abhängen.³⁸

³⁶ Aufgrund der nahezu wortgleichen Umsetzung des Art. 6 RL 85/374/EWG (über die Haftung für fehlerhafte Produkte) wird im Folgenden nur noch auf § 3 ProdHaftG Bezug genommen.

³⁷ *Wagner*, in: MünchKomm-BGB, § 3 ProdHaftG Rn. 6, 14.

³⁸ *Wagner*, in: MünchKomm-BGB, § 823 Rn. 426 f.; Produkthaftungshandbuch/v. *Westphalen*, § 48 Rn. 36.

Dies gilt namentlich für erkennbare Produktgefahren; zusätzlich aber auch dann, wenn dem Geschädigten selbst Sorgfaltspflichten zum Schutz unbeteiligter Dritter obliegen. Hinzu kommt die Überlegung, dass auch dann, wenn der Gebrauch *abstrakt-generell* durch die Funktionsbestimmung des Produkts selbst bestimmt wird und damit primär Sache des Herstellers ist, letztlich ausschließlich der Produktnutzer autonom darüber entscheidet, ob, wann und wie das Produkt *konkret-individuell*, d.h. für welche Verwendungszwecke und unter welchen Verwendungsbedingungen, tatsächlich eingesetzt wird. Der Hersteller ist damit nur bedingt „Herr der Situation“.³⁹ Für die Feststellung von Produktfehlern folgt daraus, dass die vom Hersteller zu erfüllenden Sicherheitserwartungen nicht unabhängig von den Sorgfaltsanforderungen, die den maßgeblichen Verkehrskreis im Umgang mit dem Produkt treffen, beurteilt werden können. So muss der Hersteller von Reinigungsmitteln für technische Anlagen nicht vor der Gefahr rauschähnlicher Zustände warnen, die mit der vorsätzlichen Inhalation („sniffing“) des Lösungsmittels verbunden sind, weil mit einem solchen Produktgebrauch vernünftigerweise nicht zu rechnen ist.⁴⁰ Die Sorgfaltspflichten des Herstellers enden dort, wo Schäden infolge eines Produktgebrauchs entstehen, mit dem der Hersteller vernünftigerweise nicht rechnen muss. Umgekehrt wird aber auch der Umfang der berechtigten Sicherheitserwartungen von Produktnutzern in besonderem Maße durch Erklärungen, Werbeaussagen, Darbietungs- oder Präsentationsmaßnahmen des Herstellers mitbestimmt.⁴¹ So kann sich ein Hersteller im Produkthaftpflichtprozess nicht mit dem Einwand übersteigerter Sicherheitserwartungen der Produktnutzer verteidigen, wenn er dazu im Rahmen überzogener Werbeaussagen selbst beigetragen hat. Dasselbe gilt prinzipiell auch für Sicherheitserwartungen, die nicht der Hersteller selbst unmittelbar geweckt hat, die aber möglicherweise einer neuen Technologie zugesprochen werden. Ein aktuelles Beispiel dafür bietet etwa die Diskussion um die Steigerung der Verkehrssicherheit durch autonome Fahrzeuge.⁴² In Fällen dieser Art obliegt es dem Hersteller realistische Sicherheitserwartun-

³⁹ Schmidt-Salzer, Produkthaftung, Band III/1, Rn. 4.577.

⁴⁰ BGH, Urt. v. 7.7.1981 – VI ZR 62/80, NJW 1981, 2514, 2516.

⁴¹ Schmidt-Salzer, Produkthaftung, Band III/1, Rn. 4.581.

⁴² Helmig, Phi 2016, 188, 190.

gen durch entsprechende Produkthinweise und Warnungen überhaupt erst zu schaffen.

Neben den gesetzlich normierten sind freilich weitere außergesetzliche Umstände bei der Prüfung der Fehlerhaftigkeit eines Produkts heranzuziehen, wie etwa die Sicherheit vergleichbarer Produkte, die Einhaltung technischer Sicherheitsstandards oder der Preis.⁴³ Es können sogar produktspezifisch unterschiedliche Kriterien zur Bestimmung des zu erwartenden Sicherheitsniveaus hinzukommen.⁴⁴ Im Ergebnis ist stets eine die Hersteller- und Benutzererwartungen berücksichtigende Abwägung sämtlicher sicherheitsrelevanter Umstände erforderlich. Welches Maß an Sicherheit danach berechtigterweise erwartet werden kann, obliegt letztlich der Beurteilung des Richters.⁴⁵ Wie noch zu zeigen sein wird, lässt sich diese Idee der freien Abwägung dogmatisch auch als Ausdruck eines „*beweglichen Systems*“⁴⁶ begreifen, das die Basis des harmonisierten Fehlerbegriffs bildet.

II. Retrospektive Betrachtung

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Bewertung der Fehlerhaftigkeit eines Produkts ist gem. § 3 Abs. 1 lit c) ProdHaftG der Zeitpunkt der Inverkehrgabe des betreffenden Produkts. Dieser retrospektive Maßstab bringt zum Ausdruck, dass nachträgliche Veränderungen der Sicherheitserwartungen nicht auf die Fehlerhaftigkeit des Produkts ausstrahlen. Dies wird zusätzlich noch durch die Regelung in § 3 Abs. 2 ProdHaftG untermauert, wonach allein der Umstand, dass später ein verbessertes Produkt in den Verkehr gebracht wird, nicht die Fehlerhaftigkeit des konkret schadenverursachenden Produkts zu begründen vermag.⁴⁷ Neue Erkenntnisse, die eine Fortentwicklung des Stands von Wissenschaft und Technik bringen, füh-

⁴³ Palandt/*Sprau*, § 3 ProdHaftG Rn. 4.

⁴⁴ EuGH, Urt. v. 5.3.2015 – C-503/13, C-504/13, NJW 2015, 1163 Rn. 38 f.; BT-Drs. 11/2447, S. 18.
⁴⁵ Begr. der Kommission im Rahmen ihres ersten RiL-Vorschlags, BT-Drs. 7/5812, S. 8; s. auch RegBegr. zum ProdHaftG BT-Drs. 11/2447, S. 18.

⁴⁶ Ausführlich dazu s. § 2 D.IV.3. (S. 115 ff.).

⁴⁷ *Krause*, Risiko – Recht – Verantwortung, S. 451, 464; *G.Hager*, Phi 1991, 2, 6.

ren mithin nicht dazu, ein zum Zeitpunkt der Inverkehrgabe fehlerfreies Produkt ex post anders zu bewerten; ein Produktfehler ist deshalb nur dann anzunehmen, wenn das betreffende Produkt unabhängig von den neuen Erkenntnissen zum Zeitpunkt seiner Inverkehrgabe bereits berechnete Sicherheitserwartungen enttäuscht hat.⁴⁸ Anderenfalls kommt eine Haftung des Herstellers nur noch unter dem Aspekt in Betracht, dass die mit dem Produktgebrauch verbundenen Gefahren derart hoch sind, dass das Erzeugnis erst gar nicht hätte in den Verkehr gebracht werden dürfen.

Eine andere Frage ist, ob eine nachträgliche Produktverbesserung im Rahmen der Beweiswürdigung als Indiz für die Fehlerhaftigkeit eines Produkts herangezogen werden kann.⁴⁹ Bedeutung erlangt dies, wenn unter Zugrundelegung der verbesserten Konstruktion der eingetretene Schaden tatsächlich ausgeblieben wäre. Im Streitfall können sich dann erhebliche Schwierigkeiten ergeben, insbesondere, weil die Gefahr besteht, dass den Gerichten bei der Frage, ob eine nachträgliche Produktverbesserung bereits zum Zeitpunkt der Inverkehrgabe des schadenverursachenden Produkts zur Verfügung stand, Rückschaufehler unterlaufen (= hindsight bias).

Weitere Schwierigkeiten ergeben sich im Hinblick auf die Arbeitsteiligkeit moderner Produktionsprozesse. Sie führt dazu, dass der Zeitpunkt des Inverkehrbringens in Bezug auf die verschiedenen Wirtschaftsakteure variiert. So kann zwischen dem Inverkehrbringen eines Grundstoffs oder einzelner Zuliefererteile und der Lieferung des Endprodukts an Vertriebshändler respektive des Verkaufs an den Endkunden ein längerer Zeitraum liegen. In diesem Zeitraum kann eine Erhöhung des Sicherheitsstandards dazu führen, dass ein auf vorgelagerter Fertigungsstufe fehlerfreies Produkt auf nachgelagerte Stufe angesichts zwischenzeitlich neuer Gefahrenkenntnis als fehlerhaft einzustufen ist.⁵⁰

⁴⁸ BT-Drs. 11/2447, S. 19; *Kort*, VersR 1989, 1113, 1115.

⁴⁹ Dafür *Kullmann*, in: *Kullmann/Pfister/Stöhr/Spindler*, Kz. 3604 S. 27.

⁵⁰ *Lenz*, Produkthaftung, Rn. 320.