

Privatdozentin Dr. Ingeborg Schwenzer, LL.M., Freiburg i. Br.

## Rückruf- und Warnpflichten des Warenherstellers\*

### I. Einleitung und Problemstellung

Zur Verdeutlichung der Problematik von Rückruf- und Warnpflichten des Warenherstellers mag folgender Fall dienen: Ende 1985 war in bestimmten Chargen einer namhaften südbadischen Sektmarke eine Konzentration des Kühlmittels Äthylenglykol von bis zu 54 Milligramm pro Liter festgestellt worden. Werte ab 30 Milligramm pro Liter sind als gesundheitlich nicht unbedenklich einzustufen. Über Presse und Funk forderte die Sektellerei als Herstellerin die Verbraucher auf, Flaschen der betroffenen Chargen an den Einzelhandel zurückzugeben. Unbürokratisch – ohne jeweils einen entsprechenden Kaufnachweis führen zu müssen – konnten sie die Ware beim Einzelhändler entweder gegen andere umtauschen oder den Kaufpreis in bar erstattet bekommen.

Dies war nur ein Beispiel von vielen sogenannten freiwilligen Rückrufaktionen. Die Reihe der betroffenen Produkte läßt sich nahezu beliebig fortsetzen: Hochgeschwindigkeitsreifen, ganze Serien von Kraftfahrzeugen, Flugzeuge, und vor allem auch Haushaltsgeräte wurden von den Herstellern zurückgerufen<sup>1</sup>. In zunehmendem Maße wird in jüngerer Zeit die Frage diskutiert, ob der Warenhersteller zu derartigen Rückrufaktionen rechtlich verpflichtet ist, bzw. dazu verpflichtet werden kann. Dabei gilt es freilich verschiedene Themenkomplexe auseinanderzuhalten.

Einmal geht es um die Frage, ob staatliche Stellen die Durchführung von Warn- und Rückrufaktionen durch den Warenhersteller durchsetzen können<sup>2</sup>. Während im Ausland – vor allem in den Vereinigten Staaten, aber auch etwa in Frankreich und Großbritannien – den Behörden in zunehmendem Maße derartige Kompetenzen eingeräumt werden<sup>3</sup>, kennt das deutsche Recht eine behördlich angeordnete Rückrufpflicht ausdrücklich<sup>4</sup> bislang nur im Rahmen des Arzneimittelrechts<sup>5</sup>. Außerhalb des Arzneimittelsektors hat die Bundesregierung noch im Jahre 1984 ein gesetzliches Regelungsbedürfnis für die Anordnung von Rückrufen durch öffentlich-rechtliche Institutionen im Rahmen einer Kleinen Anfrage verneint<sup>6</sup>.

Ein weiterer Bereich der Problematik von Rückruf- und Warnpflichten des Warenherstellers berührt das Wettbewerbsrecht<sup>7</sup>. Hier stellt sich die Frage, ob im Unterlassen eines Rückrufs durch einen Hersteller ein sittenwidriges Ver-

halten zur Erreichung eines wettbewerbswidrigen Marktanteils gesehen werden kann und deshalb Mitbewerber oder Verbände nach §§ 1 und 13 UWG im Wege eines Beseitigungsanspruchs die Durchführung von Warn- und Rückrufaktionen durchsetzen können.

Der zivilrechtliche Kern der Rückruf- und Warnpflichten, auf den sich die folgenden Ausführungen beschränken werden, betrifft das Verhältnis zwischen Warenhersteller und Endabnehmer des Produkts.

Es geht dabei zunächst um die Frage, ob und in welchem Umfang dem Warenhersteller überhaupt Warn- und Rückrufpflichten nach Inverkehrbringen des Produkts gegenüber dem Endabnehmer obliegen. Sodann geht es um die sich hieran anschließenden Rechtsfolgen. Dabei ist zu differenzieren zwischen dem kompensatorischen Schutz, wenn es zu einer Rechtsgutsverletzung kommt, weil der Hersteller etwaigen Warn- und Rückrufpflichten nicht nachgekommen ist, und dem präventiven Schutz, das heißt den Ansprüchen vor und zur Verhinderung einer drohenden Rechtsgutsverletzung.

### II. Die rechtliche Begründung von Warn- und Rückrufpflichten

#### 1. Die fortdauernde Verantwortung des Warenherstellers für sein Produkt

Weitgehend Einigkeit besteht darüber, daß die Pflichten des Warenherstellers nicht mit dem Zeitpunkt enden, in dem er das Produkt in den Verkehr gebracht hat. Schon das *RG* hat diesen Standpunkt in einer Entscheidung aus dem Jahre 1940<sup>8</sup> vertreten. Es ging dabei um die Haftung eines Großhändlers, der Einzelteile von Kraftdroschken aus den USA importierte und in Deutschland zusammensetzte. Die Bremsanlagen der Fahrzeuge waren fehlerhaft konstruiert, was zu einer Reihe von Unfällen führte. Obwohl für den beklagten Importeur und Assembler der Konstruktionsfehler zunächst nicht erkennbar war, ihm also beim Inverkehrbringen der Fahrzeuge keine Pflichtwidrigkeit zur Last gelegt werden konnte, bejahte das *RG* seine Haftung für die Folgen eines auf ein Versagen der Bremsen zurückzuführenden Unfalls. Durch gehäufte Kundenreklamationen war ihm nach Inverkehrbringen der Fahrzeuge der Fehler erkennbar geworden. Das *RG* hielt ihn für verpflichtet, daß er, sobald er die Gefahr erkenne, alles tun müsse, was ihm den Umständen nach zugemutet werden kann, um sie abzuwenden<sup>9</sup>. Das Unterlassen geeigneter Gefahrabwendungsmaßnahmen wurde so als haftungsbegründend angesehen.

Näher präzisiert wurde der Pflichtenkreis des Herstellers für die Zeit nach Inverkehrbringen seiner Produkte vom *BGH* in einer der beiden Apfelschorf-Entscheidungen aus dem Jahre 1981<sup>10</sup>. Der Warenhersteller ist danach, „vor allem bezüglich seiner aus der Massenproduktion hervorgegangenen und in Massen verbreiteten Erzeugnisse auch der Allgemeinheit gegenüber verpflichtet, diese Produkte sowohl auf noch nicht bekannte schädliche Eigenschaften hin zu beobachten als sich auch über deren sonstige, eine Gefahrenlage schaffenden Verwendungsfolgen zu informieren. Er ist gehalten, laufend den Fortgang der Entwicklung von Wissenschaft und Technik auf dem einschlägigen Gebiet zu verfolgen.“<sup>11</sup>

\* Um Fußnoten ergänzte Fassung eines Vortrages, den die Verfasserin im Rahmen des Habilitationsverfahrens am 5. Februar 1987 vor dem Habilitationsausschuß der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg i. Br. gehalten hat. Die Vortragsform wurde beibehalten.

<sup>1</sup> Vgl. auch die Beispiele bei *Kögler/Krämer ZRP* 1982, 320 (321); aus der amerikanischen Praxis vgl. *Hoechst*, Die US-amerikanische Produzentenhaftung (1986), S. 61.

<sup>2</sup> Zur Diskussion vgl. etwa *Kögler/Krämer ZRP* 1982, 320ff.; *Wegener DAR* 1983, 65 (68); *Krutein DAR* 1985, 33 (36); *Pauli PHI* 1985, 180 (182 ff.); *Mehle PHI* 1986, 63 ff.; *Brüggeheimer*, Deliktsrecht (1968), S. 353, Rnr. 569.

<sup>3</sup> Zur Rechtslage in den USA vgl. insbesondere *Frumer/Friedman*, Products Liability (Suppl. 1986), Recalls, § 5.02; *Hoechst*, Fn. 1, S. 61 ff.; *von Hülsen/Brüning-Brinkmann RIW/AWD* 1977, 91 ff.; vgl. im übrigen *Kögler/Krämer ZRP* 1982, 320 (322); *Krämer DAR* 1982, 37 f.; *Krutein DAR* 1985, 33.

<sup>4</sup> Zu behördlichen Warnungen vor Gesundheitsgefahren als Gefahrenabwehr im klassischen polizeirechtlichen Sinne vgl. *Ossenbühl*, Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen (1986), S. 3.

<sup>5</sup> Nach § 69 Abs. 1 AMG kann der Rückruf eines Arzneimittels angeordnet werden, wenn die erforderliche Zulassung des Arzneimittels zurückgenommen oder widerrufen wurde oder ruht, wenn dem Mittel die angemessene Qualität oder die therapeutische Wirksamkeit fehlt, oder wenn schädliche Wirkungen für die Gesundheit der Benutzer, die über ein vertretbares Maß hinausgehen, zu besorgen sind.

<sup>6</sup> Vgl. BT-Drs. 10/1914, S. 4; vgl. auch *Hollmann PHI* 1986, 37 ff.

<sup>7</sup> Vgl. hierzu ausführlich *Sack DAR* 1983, 1 (3f.); *ders.* GRUR Int. 1983, 565 ff. (allgemein zum Problem des Anbietens mangelhafter oder gefährlicher Produkte als Verstoß gegen das UWG); *Herrmann BB* 1985, 1801 (1810 ff.).

<sup>8</sup> *RG* vom 7. 1. 1940, *RGZ* 163, 21 (Bremsen I); vgl. auch *RG* vom 3. 4. 1940, *DR* 1940, 1293 (Bremsen II).

<sup>9</sup> *RGZ* 163, 21 (26).

<sup>10</sup> *BGH* vom 17. 3. 1981, *BGHZ* 80, 199 = *NJW* 1981, 1606 (Benomyl); vgl. auch *BGH* vom 17. 3. 1981, *BGHZ* 80, 186 = *JZ* 1981, 480 = *NJW* 1981, 1603 (Derosal).  
<sup>11</sup> *BGHZ* 80, 199 (202f.) = *NJW* 1981, 1606 (1607f.).

Spätestens seit dieser grundlegenden Entscheidung des *BGH* ist diese sogenannte Produktbeobachtungspflicht des Warenherstellers als eigenständige Verkehrspflicht allgemein anerkannt<sup>12</sup>. In der Lenkerverkleidungs-Entscheidung<sup>13</sup> wurde sie jüngst vom *BGH* bestätigt und weiter ausgedehnt<sup>14</sup>. Die Produktbeobachtungspflicht tritt als vierte Kategorie neben die Pflichten, die den Hersteller vor Auslieferung seiner Produkte treffen: nämlich die Pflichten bezüglich Konstruktion, Fertigung und Instruktion.

Kann somit die fortdauernde Verantwortung des Warenherstellers für sein Produkt im Grundsatz heute nicht mehr zweifelhaft sein, so sind doch die Konsequenzen, die der Hersteller hinsichtlich der bereits ausgelieferten Produkte zu ziehen hat, wenn er aufgrund seiner Produktbeobachtung von Produktgefahren Kenntnis erlangt, noch weitgehend umstritten.

## 2. Rückrufpflicht oder Warnpflicht?

In Rechtsprechung und Lehre wird die Frage, welche Maßnahmen der Hersteller nach Auslieferung fehlerhafter Produkte zu treffen hat, überwiegend nur knapp und im Ergebnis kontrovers behandelt. Zwar überwiegen inzwischen die Stimmen, die dem Endabnehmer einen Anspruch gegenüber dem Hersteller auf Rückruf der Produkte einschließlich Kostentragung für eine evtl. Reparatur einräumen wollen<sup>15</sup>; stark vertreten ist jedoch nach wie vor die Ansicht, die bei nachträglich bekannten Produktgefahren lediglich eine Warnpflicht des Herstellers<sup>16</sup>, bzw. eine präventiv jedenfalls nicht durchsetzbare Rückrufpflicht<sup>17</sup>, was sich im praktischen Ergebnis kaum von einer bloßen Warnpflicht unterscheidet, annimmt<sup>18</sup>.

In der Rechtsprechung wurde bislang zwar vereinzelt eine Rückrufpflicht des Herstellers ohne nähere Begründung bejaht<sup>19</sup>. Dabei handelte es sich freilich um Fälle, in denen der Endabnehmer Schäden aus einer bereits eingetretenen Rechtsverletzung geltend machte, und der Hersteller nicht nur den Rückruf als fehlerhaft erkannter Produkte unterlassen, sondern auch nicht vor möglichen Gefahren gewarnt hatte. Für die Frage, ob der Hersteller zu Warnung oder Rückruf verpflichtet ist, geben diese Urteile nichts her.

Wo es um die präventive Durchsetzung etwaiger Rückrufpflichten in Form eines Anspruchs auf Ersatz der Reparaturkosten ging, wurde eine außervertragliche Einstandspflicht des Warenherstellers in einer Reihe von Entscheidungen<sup>20</sup>

verneint. Eine Ausnahme macht insoweit eine Entscheidung des *OLG Stuttgart* aus dem Jahre 1966<sup>21</sup>. Das Gericht verurteilte den Hersteller mangelhafter Dachplatten auf Erstattung der Kosten für deren Beseitigung, weil sich aus den Platten Betonbrocken lösten und dadurch eine Gefahr für Leib und Leben von Personen bestand. In einem dictum hielt neuerdings auch das *OLG Karlsruhe*<sup>21a</sup> einen deliktischen Anspruch auf Rückruf und Austausch für möglich.

Divergieren schon die Ergebnisse, zu denen Rechtsprechung und Literatur gelangen, so gilt dies erst recht für die dogmatische Grundlegung etwaiger Rückruf- und Warnpflichten. Soweit von jenen, die eine Rückrufpflicht bejahen, überhaupt der Versuch einer Begründung unternommen wird, reicht dieser von einer in § 823 Abs. 1 BGB verankerten Verkehrspflicht<sup>22</sup>, über eine deliktische Beseitigungspflicht<sup>23</sup> bis hin zu einem negatorischen oder quasinegatorischen Anspruch aus § 1004 BGB<sup>24</sup>.

M.E. ist für die dogmatische Einordnung entscheidend, daß Rückruf- und Warnpflichten der Schadensabwehr nach Eintritt eines die Rechtsgüter des Betroffenen gefährdenden Zustandes dienen. Insoweit kann auf zwei in Rechtsprechung und Literatur anerkannte dogmatische Schienen zurückgegriffen werden:

*von Caemmerer*<sup>25</sup> und *Stoll*<sup>26</sup> haben für den Fall, daß der in seinen Rechtsgütern Bedrohte eigene Maßnahmen zum Schutze dieser Rechtsgüter ergreift, den Weg über das Schadensrecht vorgezeichnet. Die unmittelbare Rechtsgutsgefährdung steht damit der Rechtsgutsverletzung im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB gleich; Schadensabwehrkosten sind danach grundsätzlich ebenso zu ersetzen wie Folgekosten einer Rechtsgutsverletzung<sup>27</sup>.

Der andere Lösungsweg ist, die Schadensabwehr dogmatisch als negatorischen oder quasinegatorischen Beseitigungsanspruch nach § 1004 BGB einzustufen. Daß auch Verkehrspflichten in den Rang selbständiger und damit präventiv durchsetzbarer Pflichten aufrücken können, hat *von Bar*<sup>28</sup> jüngst eindrücklich dargelegt. Er hat auch die Kriterien dafür herausgearbeitet, wann eine präventive Durchsetzung von Verkehrspflichten in Betracht kommt.

Beide Lösungen erkennen damit im Grundsatz an, daß Schadensabwehr auch zum Pflichtenkreis desjenigen, der eine Gefahrenursache gesetzt hat, gehören kann. Entscheidend ist nun freilich die Bestimmung der Grenzen dieses Pflichtenkreises. Für den Bereich der Rückruf- und Warnpflichten ist die Kernfrage im Rahmen beider Lösungsansätze die, ob dem Abnehmer ein eigenes Abwenden der oder ein Ausweichen

Bd. III, II. 79 (Dampfkessel); *OLG Hamburg* vom 6. 3. 1980, in: *Schmidt-Salzer*, Entscheidungssammlung Produkthaftung, Bd. III, II. 96 (Getränkeautomaten); offengelassen wurde die Frage jüngst im Beschluß des *BGH* vom 18. 3. 1986, VersR 1986, 1125 (1127f.).

<sup>21</sup> *OLG Stuttgart* vom 29. 7. 1966, NJW 1967, 572.

<sup>21a</sup> *OLG Karlsruhe* vom 30. 5. 1985, VersR 1986, 1125.

<sup>22</sup> Vgl. etwa *Borer*, Fn. 15, S. 68 ff.

<sup>23</sup> So insbesondere *J. Hager* VersR 1984, 799 (802 ff.): bei Konstruktions- und Fertigungsfehlern; *OLG Karlsruhe*, Fn. 21 a.

<sup>24</sup> Vgl. *OLG Stuttgart*, Fn. 21; *Herrmann* BB 1985, 1801 (1805 ff.); *Meyer* DB 1985, 319 (321); *MünchKomm/Mertens*, BGB (2. Aufl. 1986), § 823 Rnr. 299; ebenso *J. Hager* VersR 1984, 799 (806 f.): bei Ausreißen und Entwicklungsrisiken.

<sup>25</sup> In: Festschrift Hakulinen (1972), S. 75 (83) = Gesammelte Schriften, Bd. III (1983), S. 226 (235); zustimmend *BGH* vom 10. 3. 1972, *BGHZ* 59, 286 (288) (GEMA II); vgl. auch *RGRK/Steffen*, BGB (12. Aufl. 1981), § 823 Rnr. 454.

<sup>26</sup> In: Festschrift Weitnauer (1980), S. 411 (420); *ders.* JZ 1983, 501 (503).

<sup>27</sup> Sowohl *von Caemmerer*, Fn. 25, als auch *Stoll*, Fn. 26, behandeln freilich nur den Fall, daß der Bedrohte zur Schadensabwehr Verwendungen auf das bedrohte Rechtsgut, nicht aber auf die Sache, von der die Gefahr ausgeht, macht; weitergehend *OLG Karlsruhe*, Fn. 21 a.

<sup>28</sup> Vgl. *von Bar*, in: 25 Jahre Karlsruher Forum (1983), S. 80 (84); vgl. auch *MünchKomm/Mertens*, BGB (2. Aufl. 1986), § 823 Rnr. 49 a. Für vertragliche Schutzpflichten vgl. *Stürmer* JZ 1976, 384 (386 f.). Nicht gefolgt werden kann der Ansicht von *Hohloch*, Die negatorischen Ansprüche und ihre Beziehungen zum Schadensersatzrecht (1976), S. 135, daß eine drohende Gesundheitsverletzung nur im Zusammenhang mit Emissionen abgewehrt werden kann.

<sup>12</sup> Vgl. etwa *Kullmann* WM 1981, 1322 (1324); *Schmidt-Salzer* BB 1981, 1041 ff.; *Brüggemeier* WM 1982, 1294 (1301); *Sack* BB 1985, 813 ff.; *Staudinger/Schäfer*, BGB (12. Aufl. 1986), § 823 Rnr. 20; *MünchKomm/Mertens*, BGB (2. Aufl. 1986), § 823 Rnr. 299; *Palandt/Thomas*, BGB (46. Aufl. 1987), § 823 Anm. 16 D c) cc).

<sup>13</sup> *BGH* vom 9. 12. 1986, WM 1987, 176.

<sup>14</sup> Den Warenhersteller trifft nicht nur eine Produktbeobachtungspflicht hinsichtlich von ihm nicht selbst angebrachten *notwendigen* oder *vorgesehenen* Zubehörteilen, sondern auch hinsichtlich derjenigen Zubehör- und Kombinationsprodukte, die so allgemein gebräuchlich sind, daß bei einer etwaigen Unverträglichkeit ein risikoloser Einsatz des eigenen Produkts schon wegen dieser Verbrauchergewohnheit ausgeschlossen ist, *BGH* vom 9. 12. 1986, WM 1987, 176 (177).

<sup>15</sup> Vgl. *J. Hager* VersR 1984, 799 (804); *G. Hager* AcP 184 (1984), 413 (424); *Herrmann* BB 1985, 1806; *Meyer* DB 1985, 319 (324); *Borer*, Produkthaftung: Der Fehlerbegriff nach deutschem, amerikanischem und europäischem Recht (1986), S. 70; *MünchKomm/Mertens*, BGB (2. Aufl. 1986), § 823 Rnr. 299; *Palandt/Thomas*, BGB (46. Aufl. 1986), § 823 Anm. 16 D c) cc); *Kötz*, Deliktsrecht (3. Aufl. 1983), S. 211; *Esser/Weyers*, Schuldrecht II (6. Aufl. 1984), § 55 V 3 a), S. 484.

<sup>16</sup> Vgl. *Stoll* JZ 1983, 501 (503); *Brüggemeier* JZ 1986, 969 (973); *ders.*, Deliktsrecht (1986), S. 351 f., Rnr. 565 ff.; *Jauernig/Teichmann*, BGB (4. Aufl. 1987), § 823 Anm. VIII. E. 3. d).

<sup>17</sup> Vgl. *Löwe* DAR 1978, 288 (293); *Sack* DAR 1983, 1 (2 f.); wohl auch *RGRK/Steffen*, BGB (12. Aufl. 1981), § 823 Rnr. 282.

<sup>18</sup> Ohne auf die Rechtsfolgen im einzelnen einzugehen, bejaht eine Rückrufpflicht auch *Medicus*, Schuldrecht II (2. Aufl. 1985), § 77 III 3 b), S. 46.

<sup>19</sup> Vgl. etwa *LG Freiburg* vom 17. 2. 1959, in: *Schmidt-Salzer*, Entscheidungssammlung Produkthaftung, Bd. I, I. 361 (Gabelbruch).

<sup>20</sup> Vgl. *BGH* vom 30. 5. 1963, *BGHZ* 39, 366 (Betondecken); *OLG Celle* vom 24. 1. 1979, in: *Schmidt-Salzer*, Entscheidungssammlung Produkthaftung,

vor der Produktgefahr zumutbar ist<sup>29</sup>. In diesem Zusammenhang kann auch – wie schon die bereits erwähnte Bremsen-Entscheidung des *RG*<sup>30</sup> hervorhob – die Zumutbarkeit der Gefahrgegensteuerung für den Hersteller nicht außer Acht gelassen werden.

Auf dieser Grundlage kann die Frage, ob dem Hersteller nach Inverkehrbringen der Produkte Rückruf- oder lediglich Warnpflichten obliegen, m. E. nicht generell beantwortet werden, sie fordert vielmehr eine differenzierte Betrachtung. Es ist eine Abwägung erforderlich, in die namentlich zwei Gesichtspunkte einfließen müssen: einmal, ob und inwieweit die nach Inverkehrbringen bekannt gewordenen Produktgefahren dem Verantwortungsbereich des Herstellers zuzurechnen sind<sup>31</sup>, zum anderen, welche Schäden auf der Abnehmerseite zu besorgen sind.

#### a) Fehlerkategorien

Nach eingebürgerter Terminologie haftet der Hersteller für Konstruktions-, Fertigungs- und Instruktionsfehler<sup>32</sup>. Er haftet jedoch nicht für sog. Entwicklungsrisiken, d. h. für Schäden, die aus Gefahren entstehen, die nach dem Stand von Wissenschaft und Technik zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens des Produkts nicht erkennbar waren. Hingewiesen sei hier nur auf die vielen Wirkstoffe, die in den letzten Jahren als karzinogen eingestuft, aber noch in den 60er Jahren als gesundheitlich unbedenklich beurteilt wurden<sup>33</sup>.

Produkthaftung nach deutschem Recht ist Unrechtshaftung, ja trotz der vom *BGH* seit der bahnbrechenden Hühnerpest-Entscheidung<sup>34</sup> vorgenommenen Beweislastumkehr Verschuldenshaftung, sie setzt die prinzipielle und zumutbare Vermeidbarkeit des Produktfehlers durch den in Anspruch Genommenen voraus<sup>35</sup>.

Diese Grundwertung kann nicht ohne Auswirkung auf die im Bereich der Schadensabwehr vorzunehmende Abgrenzung der Pflichtenkreise zwischen Warenhersteller einerseits und Abnehmer andererseits bleiben.

Bei Entwicklungsrisiken kommt eine Rückrufpflicht des Herstellers von vornherein nicht in Betracht<sup>36</sup>. Wo der Hersteller selbst bei eingetretener Rechtsgutsverletzung nicht haften würde, weil er das Produkt unter Einhaltung der ihm obliegenden Sorgfaltspflichten auf den Markt gebracht hat, fehlt es an den tatbestandlichen Voraussetzungen für die Begründung einer Rückrufpflicht, weil die Rechtsgutsgefährdung auf ein jedenfalls im Ergebnis nicht rechtswidriges Verhalten des Herstellers zurückzuführen ist. Hier ist es Sache des Endabnehmers – und nicht des Herstellers –, der nach-

träglich erkannten Produktgefahr gegenzusteuern, indem er auf eine Warnung des Herstellers hin die Benutzung des Produkts notfalls einstellt, bzw. – soweit möglich – durch Reparatur oder veränderte Handhabung den Eintritt der Rechtsgutsverletzung abwendet.

Freilich obliegt es dem Hersteller auch und gerade bei diesen Entwicklungsrisiken, den Abnehmer bei nachträglichem Erkennen von Produktgefahren in geeigneter Form zu warnen. Insoweit handelt es sich aber um eine eigenständige, speziell für die Zeit nach Inverkehrbringen des Produkts entwickelte Verkehrspflicht. Die Apfelschorf-Entscheidungen des *BGH*<sup>37</sup>, die derartige Entwicklungsrisiken betrafen, nämlich die Resistenzbildung des Grauschimmelpilzes gegen das in Frage stehende Fungizid, haben dies mit aller Deutlichkeit ausgesprochen.

Anders als bei den Entwicklungsrisiken stellt sich die Situation dar, wenn der Hersteller bereits bei Inverkehrbringen eines Produkts die ihm obliegenden Verkehrspflichten verletzt hat. Hier werden dem Hersteller keine zusätzlichen Verantwortlichkeiten auferlegt, sondern es geht im Grunde genommen darum, daß die nicht beachtete Verkehrspflicht nachgeholt wird<sup>38</sup>. Die ursprünglichen Verkehrspflichten stellen sich nun freilich, da das Produkt bereits auf dem Markt ist, in veränderter Form dar, je nachdem, welche Verkehrspflicht verletzt wurde.

Ein Rückruf kommt nicht in Betracht, wenn der Hersteller seinen ursprünglichen Instruktionspflichten nicht oder in nicht ausreichendem Maße nachgekommen ist. Denn diese lassen sich in der Regel ohne weiteres nachholen. Lückenhafte Bedienungsanleitungen können ergänzt<sup>39</sup>, vor schädlichen Nebenwirkungen kann auch nachträglich noch gewarnt werden. Ein Rückruf des Produkts scheidet hier schon deshalb aus, weil von dem Produkt selbst – jedenfalls bei richtiger Handhabung – keine unangemessenen Gefahren ausgehen.

Bei Konstruktions- und Fertigungsfehlern hingegen kann der Produktgefahr grundsätzlich nur durch Reparatur oder gar Ausdemverkehrziehen des betreffenden Produkts gegengesteuert werden. Liefße man es hier bei einer Warnpflicht des Herstellers bewenden, so hiefße dies, das Risiko für vom Hersteller zu verantwortende Verkehrspflichtverletzungen letztendlich auf den Abnehmer zu verlagern. Nicht unvorstellbar erscheint der Fall, daß ein Hersteller an den Produktionskosten spart, braucht er doch lediglich nach Inverkehrbringen des Produkts die Abnehmer vor dem Fehler zu warnen. Er könnte sich damit sogar – zumindest teilweise – der Haftpflicht für beim Abnehmer später eintretende Rechtsgutsverletzungen entziehen, läge doch im fortgesetzten Gebrauch eines aufgrund der Warnung des Herstellers als gefährlich erkannten Produkts jedenfalls ein anspruchsminderndes, wenn nicht gar -ausschließendes Mitverschulden im Sinne des § 254 Abs. 1 BGB. Schließlich könnte sich ein Konstruktions- oder Fertigungsfehler im Extremfall sogar umsatzfördernd für den Hersteller auswirken, der eine eigene Kundendienstabteilung unterhält, müßten die Abnehmer die Kosten der zur Behebung des Fehlers notwendigen Reparatur tragen<sup>40</sup>.

Ist nicht der Endhersteller sondern ein Zulieferer für den Konstruktions- oder Fertigungsfehler verantwortlich, so scheidet die Antwort auf die Frage, ob der Hersteller zu einem Rückruf gegenüber dem Endabnehmer verpflichtet ist, letztendlich auch über die Möglichkeit des Regresses bei tatsächlich durchgeführter Rückrufaktion. Denn die Kosten freiwilliger Rückrufaktionen können grundsätzlich nicht als Haft-

<sup>29</sup> So insbesondere auch *Herrmann* BB 1985, 1801 (1806).

<sup>30</sup> *RG* vom 7. 1. 1940, *RGZ* 163, 21 (26).

<sup>31</sup> Vgl. auch *MünchKomm/Mertens*, BGB (2. Aufl. 1986), § 823 Rnr. 299.

<sup>32</sup> Vgl. grundlegend von *Caemmerer*, in: Festschrift Rheinsteiner (1969), S. 659 (666 ff.) = *Gesammelte Schriften*, Bd. III (1983), S. 203 (210 ff.).

<sup>33</sup> Vgl. nur die Entscheidungen zu dem radioaktiven Röntgenkontrastmittel „Thorotrast“, *BGH* vom 20. 6. 1961, *VersR* 1961, 810; *KG* vom 29. 10. 1974, *VersR* 1975, 427; vgl. auch neuerdings *LG Köln* vom 17. 12. 1986, *AZ* 14 O 47/86 (unveröff.); Verneinung der Haftung des Herstellers pentachlorphenol- und lindanhaltiger Holzschutzmittel.

<sup>34</sup> *BGH* vom 26. 11. 1968, *BGHZ* 51, 97 = *JZ* 1969, 387 mit Anmerkung *Deutsch*.

<sup>35</sup> Dem entspricht auch die grundsätzliche Ablehnung, den Vertriebshändler und den Quasi-Hersteller der Produkthaftungspflicht zu unterstellen, vgl. nur *BGH* vom 14. 6. 1977, *VersR* 1977, 839 (Autokran); *BGH* vom 11. 12. 1979, *NJW* 1980, 1219 (Klapprad); *BGH* vom 5. 5. 1981, *JZ* 1981, 589 = *NJW* 1981, 2250 (Asbestzementplatten); einschränkend nunmehr allerdings *BGH* vom 7. 10. 1986, *NJW* 1987, 372 (373) (Zink-Spray); sowie insbesondere *BGH* vom 9. 12. 1986, *WM* 1987, 176 (Lenkerverkleidung): Produktbeobachtungspflichten und daraus folgende zusätzliche Instruktionspflichten der in der Bundesrepublik ansässigen Vertriebsgesellschaft eines ausländischen Herstellers, wenn sie dessen einziger Repräsentant auf dem deutschen Markt ist. Nach der EG-Produkthaftungspflicht-Richtlinie vom 25. 7. 1985 (Art. 3) sind auch Importeure aus Drittstaaten und Quasi-Hersteller in die Haftung einbezogen.

<sup>36</sup> A. A. *J. Hager* *VersR* 1984, 799 (806 f.), der bei sog. Entwicklungsrisiken zwar keine deliktische Rückrufpflicht, wohl aber eine solche aus § 1004 BGB bejahen will.

<sup>37</sup> *BGH* vom 17. 3. 1981, *BGHZ* 80, 186 = *JZ* 1981, 480 (Derosal); *BGH* vom 17. 3. 1981, *BGHZ* 80, 199 (Benomyl); vgl. auch jüngst *BGH* vom 9. 12. 1986, *WM* 1987, 176 (Lenkerverkleidung).

<sup>38</sup> Vgl. *G. Hager* *AcP* 184 (1984), 413 (424).

<sup>39</sup> Vgl. etwa *BGH* vom 4. 2. 1986, *NJW* 1986, 1863 (1865) (Überrollbügel).

<sup>40</sup> Vgl. *J. Hager* *VersR* 1984, 799 (800).

pflichtschaden auf den für den Produktfehler Verantwortlichen übergewälzt werden<sup>41</sup>.

Schon unter dem Gesichtspunkt der Präventivfunktion des Haftpflichtrechts, dem gerade im deutschen Recht der Produkthaftpflicht eine wichtige Bedeutung zukommt<sup>42</sup>, kann eine Rückrufpflicht des Warenherstellers bei Konstruktions- und Fertigungsfehlern nicht prinzipiell verneint werden.

Freilich gilt es auch hier, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Angesichts der hohen Kosten, die mit einer Rückrufaktion verbunden sind, wird man nicht jeden zurechenbaren Fehler ausreichen lassen, um eine solche Pflicht des Herstellers zu begründen. Abzustellen ist vielmehr auch auf die Art der Rechtsgutsgefährdung, die von dem Produkt ausgeht.

#### b) Art der Rechtsgutsgefährdung

Sicher scheidet eine Pflicht zum Rückruf von vornherein aus, wo lediglich die Gefahr einer Vermögensbeeinträchtigung besteht. Es fehlt insoweit bereits an der Verletzung einer Pflicht bei Inverkehrbringen, denn die Verkehrspflichten des Warenherstellers sind als solche gerichtet auf den Schutz der in § 823 Abs. 1 BGB genannten Rechtsgüter.

Den Gegenpol hierzu bilden die Fälle, in denen von dem Produktfehler eine ernsthafte Gefahr für Leib und Leben von Menschen ausgeht. Von einer derartigen Gefahr ist regelmäßig nicht allein der Endabnehmer des Produkts betroffen, der Fehler gefährdet hier vielmehr auch sog. „innocent bystanders“, d.h. die Allgemeinheit. Man denke nur an defekte Hochgeschwindigkeitsreifen, an Farben und Lacke, die dioxinhaltige Dämpfe erzeugen, oder an den eingangs geschilderten Glykolskandal. Die Pflicht, Produkte so zu konstruieren und zu fertigen, daß von ihnen keine Gefahr für Leib und Leben ausgeht, obliegt dem Hersteller gerade auch im Hinblick auf die Allgemeinheit. Eine Delegation dieser Pflicht auf den Endabnehmer – und darauf ließe es hinaus, ließe man in diesen Fällen eine nachträgliche Warnung ausreichen –, erscheint nicht zumutbar. Ist das mit einem Personen ernsthaft gefährdenden Fehler behaftete Produkt auf dem Markt, trifft den Hersteller deshalb eine Gefahrbeseitigungspflicht.

Problematisch erscheint der Fall, daß von dem fehlerhaften Produkt ausschließlich Sachgüter bedroht sind. Grundsätzlich erstreckt sich ja der deliktische Rechtsgüterschutz auf beides: auf Personen- und auf Eigentumsschäden. Gleichwohl erscheint mir im Rahmen der Rückrufpflicht eine Differenzierung zwischen diesen beiden Rechtsgutsgefährdungen angebracht, und zwar aus folgenden Gesichtspunkten:

Bloße Sachschäden<sup>43</sup> – ohne die gleichzeitige Gefahr von Personenschäden – drohen zum einen vorwiegend dem Abnehmer des mangelhaften Produkts. Betroffen ist vor allem Sacheigentum, das typischerweise mit dem Produkt in Berührung kommt, wie etwa das zu verarbeitende Material mit den Maschinen oder die Kleider mit den abfärbenden Ledergürteln. Die dem Hersteller insoweit auferlegten Pflichten bezwecken primär den Schutz des Abnehmers und dessen Verwendungsinteresses, weniger jedoch den der Allgemeinheit. Von daher spricht hier, wo Drittinteressen nicht in selbstem Maße tangiert werden wie bei drohenden Personenschäden,

viel dafür, es bei einer Warnpflicht des Herstellers bewenden zu lassen.

Zum anderen hat der BGH den Begriff des Eigentumsschadens sehr stark ausgedehnt<sup>44</sup>, was letztlich auch auf den Umfang der Rückrufpflicht durchschlagen würde. Erinnert sei insoweit nur an die Rechtsprechung zum weiterfressenden Mangel<sup>45</sup> sowie zur Wirkungslosigkeit sachschützender Produkte<sup>46</sup>. Mag man für den Fall des Schadenseintritts in diesen beiden Fallgruppen für die Wünschbarkeit einer deliktischen Einstandspflicht des Herstellers noch gute Gründe finden, wo allein die Gefahr eines derartigen Schadens droht, hieße es den Bogen überspannen, wollte man dem Hersteller eine Rückrufpflicht auferlegen<sup>47</sup>.

Eine Differenzierung zwischen drohender Gefahr von Personenschäden und reinen Sachschäden läßt sich schließlich schon aus dem überragenden Schutz, den Leben und Gesundheit in unserer Rechtsordnung genießen, begründen. Eine Abstufung ist auch dem BGB nicht unbekannt, wie schon die – durchaus nicht zufällige – Reihung der geschützten Rechtsgüter in § 823 Abs. 1 BGB nahelegt<sup>48</sup>. Erinnert sei auch an die Ursprünge dessen, was wir heute Produkthaftpflicht nennen: Am Anfang der Entwicklung standen international betrachtet immer Fälle von Personenschäden<sup>49</sup>. Unterstützend kann schließlich auch auf Art. 9 der Richtlinie der Europäischen Gemeinschaft zur Produkthaftpflicht hingewiesen werden: Primäres Schutzobjekt ist die körperliche Integrität, Sachschäden sind nur unter sehr eng begrenzten Voraussetzungen ersatzfähig<sup>50</sup>.

Eine solche Differenzierung zwischen drohenden Personen- und Sachschäden im Bereich der Rückrufpflicht fügt sich letztendlich auch ohne Schwierigkeiten in die Systematik der Verkehrspflichten ein, wie sie in jüngerer Zeit entwickelt wurde<sup>51</sup>. Verkehrspflichten sind unmittelbar bezogen auf die und abhängig von den Gefahren, die sie verhindern sollen. Wo Schäden in erster Linie dem Abnehmer drohen, wie es bei reinen Sachschäden, sei es nun an Eigentum, das mit dem Produkt in Berührung kommt, an Eigentum, das das Produkt

<sup>44</sup> Zur Kritik vgl. G. Hager AcP 184 (1984), 413 (415ff.), der den Schutzzweck der Produkthaftpflicht in Bezug auf Eigentumsschäden wesentlich enger ziehen will.

<sup>45</sup> Vgl. BGH vom 24. 11. 1976, BGHZ 67, 359 = JZ 1977, 343 mit Anmerkung Lieb und Rengier (Schwimmerschalter); BGH vom 5. 7. 1978, NJW 1978, 2241 (Hinterreifen); BGH vom 18. 1. 1983, BGHZ 86, 256 = JZ 1983, 499 mit Anmerkung Stoll (Gaszug). Dem sehr beachtenswerten Vorschlag aus der Literatur, vgl. Stoll JZ 1983, 501 (503); Schlechtriem JA 1983, 255 (258), einen Schaden am Produkt selbst nur dann als Eigentumsverletzung anzusehen, wenn er sich als Folge einer pflichtwidrig geschaffenen Umweltgefahr darstellt, ist der BGH in seiner jüngsten Entscheidung zum weiterfressenden Mangel – BGH vom 14. 5. 1985, NJW 1985, 2420 (2421) (Kompressor) – nicht gefolgt. Vgl. im übrigen zum Problem des weiterfressenden Mangels statt aller Brüggemeier VersR 1983, 501 ff.; Schmidt-Salzer BB 1983, 534 ff.; Kullmann BB 1985, 409 ff.

<sup>46</sup> Vgl. BGH vom 17. 3. 1981, BGHZ 80, 186 (189) = JZ 1981, 480 (481) (Derosal); BGH vom 18. 9. 1984, NJW 1985, 194 (Dachabdeckfolie); OLG Hamburg vom 15. 6. 1982, VersR 1983, 882 (Korrosionsschutzmittel); vgl. auch Plum AcP 181 (1981), 68 (111 ff.).

<sup>47</sup> In diesem Sinne auch Schlechtriem JA 1983, 255 (258). Meyer DB 1985, 319 (322) spricht sich hingegen ausdrücklich auch dann für eine Rückrufpflicht aus, wenn von dem Fehler ausschließlich die Sache selbst bedroht wird; vgl. auch MünchKomm/Mertens, BGB (2. Aufl. 1986), § 823 Rnr. 79.

<sup>48</sup> Vgl. auch Deutsch, in: 25 Jahre Karlsruher Forum (1983), S. 93 (94); Canaris, in: Festschrift Larenz II (1983), S. 27 (31).

<sup>49</sup> Vgl. nur aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis die Leitentscheidungen MacPherson v. Buick Motor Co., 217 N. Y. 382, 11 N. E. 1050 (1916); Donoghue (or McAlister) v. Stevenson (1932), A. C. 562. Aus dem deutschen Recht vgl. RG vom 25. 2. 1915, RGZ 87, 1 (Brunnensalz); vgl. auch die scheinbar aus dem Rahmen fallenden Entscheidungen des RG, in denen im Falle verseuchter Lebensmittel deliktischer Ersatz von Vermögensschäden gewährt wurde, hierzu näher unten bei Fn. 62.

<sup>50</sup> Art. 9b): Schäden an Sachen, die gewöhnlich für den privaten Gebrauch bestimmt sind und vom Geschädigten hauptsächlich privat verwendet wurden; zusätzlich Selbstbeteiligung von 500 ECU.

<sup>51</sup> Grundlegend von Bar, Verkehrspflichten (1980), S. 83 ff.; vgl. auch BGH vom 9. 12. 1986, WM 1987, 176 (178) (Lenkerverkleidung): Wo die Gefährdung von Leben und Gesundheit im Vordergrund steht, sind an Inhalt und Umfang der Sicherungs- und Warnpflichten strengere Anforderungen zu stellen als in Fällen, in denen nur Sachschäden zu befürchten sind.

<sup>41</sup> Insofern setzt der Beitrag von Link BB 1985, 1424 ff. zum Regreß des Herstellers gegen den Zulieferer wegen Rückrufkosten voraus, was es zunächst zu begründen gilt. Trotz dieser dogmatischen Unsicherheiten gibt es freilich für die Automobilzulieferer bereits seit 1981 die Möglichkeit der versicherungsmäßigen Abdeckung dieses Haftpflichtrisikos im Rahmen des sog. Rückrufkostenmodells, vgl. dazu Späte, in: Brendl, Produkt- und Produzentenhaftung, Bd. 3 (1985), Gruppe 13, S. 157 ff.

<sup>42</sup> Vgl. Brüggemeier JZ 1986, 969 (971).

<sup>43</sup> Eine Bedrohung von Sachgütern ist in all jenen Fällen von der Rückrufpflicht des Herstellers mit umfaßt, in denen der Produktfehler eine Unfallgefahr in sich birgt. Denn hier besteht in aller Regel die Gefahr eines Personenschadens, sei es nun im Falle der defekten Hochgeschwindigkeitsreifen oder des Schnellkochtöpfes, dessen Mangel zu einer Explosion führen kann.

schützen soll, oder am Eigentum bezüglich des Produktes selbst, der Fall ist, kann eine Warnung, die den Abnehmer in die Lage setzt, den gefährbringenden Gebrauch einzustellen oder selbst Abhilfe zu schaffen, als ausreichend angesehen werden. Wo Personenschäden auch dritter Personen zu besorgen sind, ist eine Gefahrbeseitigung durch den Hersteller erforderlich.

Bejaht man eine Rückrufpflicht des Herstellers in dem oben dargelegten Umfang, so bleibt noch zu klären, ob dies nur gelten soll, wenn von dem Produkt selbst schädigende Umwelteinflüsse ausgehen – also z. B. Produkte mit karzinogenen Substanzen –, oder auch dann, wenn ein Produkt, das Leben und Gesundheit zu schützen bestimmt ist, wirkungslos ist<sup>52</sup>.

Wie bereits erwähnt, hat der BGH für den Fall der Eigentumsverletzung die Wirkungslosigkeit eines sachschützenden Produkts der Rechtsverletzung durch den Produktfehler selbst ausdrücklich gleichgestellt. M. E. sind auch für den Bereich der Rückrufpflicht wegen Gefährdung der körperlichen Integrität beide Kategorien von Produktfehlern gleich zu behandeln<sup>53</sup>. Denn einmal dürfte eine klare Abgrenzung häufig nicht möglich sein. Man denke nur an eine fehlerhafte Bremsanlage: Geht von ihr selbst eine Gefahr für Personen aus, oder ist sie lediglich wirkungslos, weil sie ihre Funktion, die Geschwindigkeit des Fahrzeugs herabzusetzen und damit Leben zu schützen, nicht erfüllt? Zum anderen ist auch bei Wirkungslosigkeit personenschützender Produkte in der Regel nicht allein der Abnehmer, sondern eine Vielzahl außenstehender Personen potentiell gefährdet, so daß die oben entwickelten Prinzipien ebenso gelten.

### III. Rechtsfolgen der Warn- und Rückrufpflichten

#### 1. Bei Rechtsgutsverletzung

Kommt es wegen unterbliebenen Rückrufs oder nachträglicher Warnung zu einer Rechtsgutsverletzung, d. h. einem Personen- oder Eigentumsschaden, so ist die Verletzung dieser Pflicht nur selten zur Haftungs begründung erforderlich. Wo immer der Hersteller die ihm obliegenden Verkehrspflichten schon vor oder bei Inverkehrbringen des Produkts verletzt, haftet er bereits aufgrund Konstruktions-, Fertigungs- oder Instruktionsfehlers.

Haftungs begründende Funktion kommt einer Verletzung von Verkehrspflichten nach Inverkehrbringen des Produkts nur im Bereich der Entwicklungsrisiken zu. Unterläßt der Hersteller die ihm hier in Verbindung mit der Produktbeobachtung obliegende Warnung, so haftet er für später eintretende Rechtsgutsverletzungen.

#### 2. Vor Rechtsgutsverletzung

Das Hauptproblem liegt nun freilich in der Durchsetzung etwaiger Rückruf- und Warnpflichten durch den Abnehmer vor Eintritt einer Rechtsgutsverletzung. Dabei konzentriert sich das Interesse auf die Rückrufpflicht.

Denn bei Warnpflichten scheidet eine präventive Durchsetzung schon praktisch aus. Warnpflichten sind spontan zu erfüllen. Weiß der Abnehmer um die Gefährlichkeit des Produkts, braucht er nicht gewarnt zu werden, weiß er es nicht, so fehlt ihm auch die Kenntnis, daß er gegen den Hersteller einen Anspruch auf Warnung haben könnte<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> Neben den spezialgesetzlich erfaßten Arzneimitteln ist hier vor allem an Rettungsgeräte, aber auch an Schutzvorrichtungen an Maschinen, an Sprinkleranlagen zur Feuerbekämpfung etc. zu denken, vgl. auch BGH vom 4. 2. 1986, NJW 1986, 1863 (Überrollbügel).

<sup>53</sup> Vgl. auch *Deutsch VersR* 1979, 685 (686) zur Haftung des Arzneimittelherstellers bei Wirkungslosigkeit des Medikaments. In der Rechtsprechung wurde dies als Problem bislang noch nicht thematisiert; die Ersatzfähigkeit bei Wirkungslosigkeit personenschützender Produkte wird wohl als selbstverständlich vorausgesetzt, vgl. nur etwa BGH, vorige Fn.

<sup>54</sup> Zum vergleichbaren Problem bei vertraglichen Aufklärungspflichten vgl. *Stürmer JZ* 1976, 384 (386).

Im Rahmen der Rückrufpflicht kommen hingegen folgende Rechtsfolgen vor Eintritt einer Rechtsgutsverletzung in Betracht:

#### a) Reparaturpflicht

Ist der gefährbringende Produktfehler behebbar, so trifft den Hersteller die Pflicht, die Sache zu reparieren. Nur auf diese Weise kann der durch die ursprüngliche Verkehrspflichtverletzung begründeten Gefahr für Leben und Gesundheit von Personen gegengesteuert werden.

Kommt der Hersteller einer Aufforderung durch den Abnehmer, den Produktfehler zu beseitigen, nicht nach, so kann dieser nach der schadensrechtlichen Lösung unmittelbar, nach der Lösung über § 1004 BGB als Geschäftsführer ohne Auftrag<sup>55</sup> oder nach Bereicherungsgrundsätzen<sup>56</sup> Ersatz der von ihm aufgewandten Reparaturkosten verlangen.

Durch den Rückruf darf der Endabnehmer freilich nicht besser gestellt werden, als er sich ohne den Produktfehler gestanden hätte. Denn der Rückruf dient allein der Gefahrbeseitigung, er soll jedoch nicht dem Abnehmer eine normale Abnutzung des Produkts auf Kosten des Herstellers ermöglichen. Ein durch die Reparatur dem Abnehmer zufließender Mehrwert ist deshalb auszugleichen. Der im allgemeinen Schadensrecht unter dem Stichwort „Abzug neu für alt“ behandelte Grundsatz<sup>57</sup> gilt hier entsprechend. Faktisch wird damit die Reparaturpflicht des Herstellers zeitlich durch die durchschnittliche Lebenserwartung des Produktes begrenzt<sup>58</sup>.

#### b) Pflicht zur Rückzahlung des Kaufpreises

Problematisch ist nun allerdings der Fall, daß der Produktfehler nicht beseitigt werden kann, daß das Produkt insgesamt als gesundheitsgefährdend einzustufen ist. Erinnert sei insoweit nur an den eingangs erwähnten Glykol-Sekt. Der drohenden Gesundheitsgefahr kann hier nur durch Vernichtung, bzw. Nichtbenutzung des Produkts gegengesteuert werden. Fraglich ist, ob in diesem Fall der Hersteller aufgrund seiner Pflicht zur Schadensabwehr dem Abnehmer den Kaufpreis zu erstatten bzw. ihm jedenfalls ein gefahrloses Austauschprodukt anzubieten hat, oder ob es hier dem Abnehmer zuzumuten ist, nach Warnung durch den Hersteller auf die Produktbenutzung ersatzlos zu verzichten, sofern Rechtsbehelfe gegen den Vertragspartner – sei es weil der Kaufnachweis durch den Abnehmer nicht zu führen ist, sei es weil die Verjährungsfrist des § 477 BGB abgelaufen ist – keine Aussicht auf Erfolg versprechen.

In der Literatur wird die Ansicht vertreten, daß hier eine Kostentragung des Herstellers deshalb nicht in Betracht komme, weil eine solche identisch wäre mit dem reinen Äquivalenzinteresse des Abnehmers<sup>59</sup>.

<sup>55</sup> Daß der Abnehmer bei der Reparatur auch im eigenen Interesse handelt, steht einem Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag nicht entgegen, vgl. etwa BGH vom 4. 12. 1975, BGHZ 65, 354 = NJW 1976, 619 (Beseitigung von Straßenverschmutzung durch Straßenbaubehörde anstelle des verkehrssicherungspflichtigen Bauunternehmers); BGH vom 15. 12. 1975, BGHZ 65, 384 = NJW 1976, 748 (Bergung von Schiffsteilen durch die Bundesrepublik Deutschland).

<sup>56</sup> Vgl. *MünchKomm/ Medicus*, BGB (2. Aufl. 1986), § 1004 Rnr. 75, mit ausführlicher Darstellung des Streitstandes. Vgl. auch BGH vom 12. 3. 1964, NJW 1964, 1365.

<sup>57</sup> Vgl. BGH vom 24. 3. 1959, BGHZ 30, 29 = JZ 1959, 444 (LS), der den „Abzug neu für alt“ unter das Prinzip der Vorteilsausgleichung faßt; zu den Grenzen vgl. KG vom 5. 11. 1970, NJW 1971, 142 (144); vgl. auch *Esser/Schmidt*, Schuldrecht I (6. Aufl. 1984), § 33 V 2a), S. 545 f.: Der Schadensliquidation immanentes Korrektiv, „Überzahlung“ zu verhindern; *Hermann Lange*, Handbuch des Schuldrechts: Schadensersatz (1979), § 6 V 3, S. 172.

<sup>58</sup> Im übrigen verjährt der Rückrufanspruch, egal ob man seine dogmatische Grundlage im Schadensrecht oder in § 1004 BGB sieht, nach § 852 BGB. Statt auf den Zeitpunkt der Kenntnis des Schadens muß man dann freilich auf den der Kenntnis der Rechtsgutsgefährdung abstellen. A. A. *Meyer DB* 1985, 319 (325); Verjährung nach § 195 BGB.

<sup>59</sup> Vgl. *J. Hager VersR* 1984, 799 (805).

Der Differenzierung danach, ob die Sache reparaturfähig ist oder nicht, liegt erkennbar die Rechtsprechung des *BGH* zum Problem des weiterfressenden Mangels<sup>60</sup> zugrunde. Eine Eigentumsverletzung wegen Schäden am Produkt selbst wird ja nur dann bejaht, wenn der ursprüngliche Minderwert nicht mit dem späteren Produktschaden identisch ist<sup>61</sup>. M.a.W.: ist die Sache irreparabel mangelhaft, scheidet ein deliktischer Anspruch auf Schadensersatz wegen Eigentumsverletzung am Produkt selbst aus. Der Abnehmer bleibt auf evtl. vertragliche Ansprüche verwiesen.

Nun mag es in der Tat zunächst systemwidrig erscheinen, wenn die Ersatzpflicht des Herstellers bei einer bloßen Rechtsgutsgefährdung weiter gehen soll als wenn beispielsweise das Produkt aufgrund eines ihm insgesamt innewohnenden Mangels sich selbst zerstört hat. Gleichwohl scheinen mir diese Überlegungen nicht geeignet, um im Falle des irreparablen Produktfehlers die Gefahrsteuerung ausschließlich in die Hand des Abnehmers zu legen, auch wenn die Differenzierung dort, wo es um eingetretene Schäden am Produkt selbst geht, sachgerecht sein mag.

Denn im Rahmen der Rückrufpflicht kann nicht außer Acht gelassen werden, daß hier Integritätsinteressen der Allgemeinheit auf dem Spiel stehen. Liefße man bei irreparablen Produktfehlern allein eine Warnung ausreichen, bestünde die Gefahr, daß ein Produkterwerber, der auf die Nutzung der Sache angewiesen ist, sich aber aus finanziellen Gründen kein Ersatzprodukt leisten kann, die Sache weiter benutzt in der Hoffnung, der Fehler werde sich in seinem Fall nicht als Personenschaden realisieren. Eine wirksame Beseitigung der von dem Produkt ausgehenden Gefahr für Personen ist deshalb nur über eine Rückzahlung des Kaufpreises gegen Rückgabe des Produkts oder durch Anbieten eines Ersatzprodukts zu gewährleisten.

Diese Auffassung läßt sich im übrigen auf zwei wenig beachtete Entscheidungen des *RG*<sup>62</sup> stützen: In beiden Fällen gewährte das *RG* dem Käufer verdorbener Lebensmittel einen deliktischen Anspruch gegen den Hersteller auf Rückzahlung des Kaufpreises<sup>63</sup>. Als dogmatische Grundlage wurde zwar in diesen Entscheidungen § 823 Abs. 2 BGB i.V. mit Vorschriften des Lebensmittelrechts herangezogen. In der Sache liegt dem aber dieselbe Wertung, wie sie hier entwickelt wurde, zugrunde.

Nun wird man freilich nicht in jedem Fall den Hersteller zur Rückzahlung des Kaufpreises verpflichten können<sup>64</sup>. Im Rahmen der Gefahrbeseitigung wird man ihm vielmehr ein Wahlrecht dahingehend einräumen müssen, daß er statt der Rückzahlung des Kaufpreises dem Endabnehmer ein gleichwertiges Produkt – bei einem Fertigungsfehler etwa aus einer anderen Fabrikationsserie – anbieten kann. Dies folgt schon daraus, daß die Rückrufpflicht insgesamt unter dem Prinzip der Zumutbarkeit steht. Würde dem Hersteller in jedem Fall die Rückzahlung des Kaufpreises auferlegt, hiefße dies, ihn prinzipiell auch für die Handelsspanne des Produkts aufkommen zu lassen. Andererseits erscheint es sowohl im Hinblick auf die Interessen des Abnehmers als auch unter dem Gesichtspunkt der Gefahrsteuerung der Allgemeinheit gegenüber voll ausreichend, wenn dem Abnehmer ein Austauschprodukt zur Verfügung gestellt wird.

Schließlich gilt auch hier das bereits im Rahmen der Reparaturpflicht zum „Abzug neu wie alt“ Ausgeführte<sup>65</sup> entsprechend: Eine Rückzahlung des Kaufpreises in voller Höhe, bzw. die unentgeltliche Lieferung eines anderen Produktes kommt dann nicht mehr in Betracht, wenn der Abnehmer das Produkt bereits längere Zeit in Gebrauch gehabt hat. Der Wert der nicht fehlerbedingten Abnutzung bildet insoweit einen Abzugsposten, bzw. begründet einen Gegenanspruch<sup>66</sup> des Herstellers, wenn er dem Abnehmer ein Austauschprodukt zur Verfügung stellt.

### c) Ersatz von Vermögensfolgeschäden

Fräglich erscheint, inwieweit über die Reparaturkosten bzw. eine Rückzahlung des Kaufpreises hinausgehende Vermögensfolgeschäden im Rahmen der Rückrufpflicht ersatzfähig sind, bzw. sein sollen. Es geht dabei vor allem um evtl. Nutzungsausfall während der Reparaturzeit.

Dem Grundsatz der Totalreparation würde es entsprechen, bei Bejahung einer Rückrufpflicht auch diese Schäden für ersatzfähig anzusehen. Dies hiefße freilich, die Rückrufpflicht einem Schadensersatzanspruch wegen Eigentumsverletzung gleich zu stellen. Begreift man hingegen die Rückrufpflicht als außervertragliche Beseitigungspflicht eines verkehrspflichtwidrigen, Personen gefährdenden Zustandes, so ist der Schutzzweck aus dieser Pflicht heraus zu bestimmen und eine Abkoppelung vom Prinzip der Totalreparation, wie es der BGB-Gesetzgeber für Rechtsgutsverletzungen vorgesehen hat, durchaus denkbar.

Vor diesem Hintergrund kommt m. E. ein Ersatz von Nutzungsausfall im Rahmen der Rückrufpflicht nicht in Betracht<sup>67</sup>. Die Nutzbarkeit einer Sache gehört zu den spezifischen Vertragsinteressen. Solche Schäden sind demnach allein über das Vertragsrecht, bzw. – soweit man dem *BGH* in seiner Rechtsprechung zum weiterfressenden Mangel<sup>68</sup> folgt – als Folge einer am Produkt eingetretenen Eigentumsverletzung zu ersetzen.

### 3. Vertragshaftung und außervertragliche Rückrufpflicht

Die hier vorgestellte Lösung muß sich nun allerdings fragen lassen, ob damit nicht die Vertragsordnung, die Ersatz des Mangelschadens nur bei direkter Verkäufer-Käufer-Beziehung und zudem nur innerhalb der sechsmonatigen Frist des § 477 BGB gewährt, aus den Angeln gehoben und eine außervertragliche Ersatzpflicht für primäre Vermögensschäden eingeführt wird<sup>69</sup>. Denn wenn man dem Abnehmer einen Anspruch gegen den Hersteller auf Beseitigung des Produktfehlers, bzw. auf Rückzahlung des Kaufpreises gewährt, so führt dies dazu, daß der Abnehmer im Ergebnis ein mangelfreies Produkt erhält, bzw. so gestellt wird, als habe er den Kaufvertrag gewandelt.

Im Ergebnis können diese Bedenken freilich nicht durchschlagen. Die Rückrufpflicht unterscheidet sich in wesentlichen Punkten von der vertraglichen Einstandspflicht des Verkäufers für Sachmängel.

Dies gilt einmal für die Ebene der Haftungsvoraussetzungen. Die Rückrufpflicht des Warenherstellers, wie sie hier befürwortet wird, knüpft an eine Verkehrspflichtverletzung bei Inverkehrbringen des Produkts an; sie bleibt damit im Kern Verschuldenshaftung. Vertragliche Haftung hingegen bedeutet striktes Einstehenmüssen für das Vertragsprogramm.

<sup>60</sup> Vgl. dazu oben Fn. 45.

<sup>61</sup> Vgl. *BGH* vom 14. 5. 1985, NJW 1985, 2420 (Kompressor); vgl. auch schon *BGH* vom 24. 6. 1981, NJW 1981, 2248 (2250) (Dämmelemente).

<sup>62</sup> *RG* vom 19. 4. 1918, Warn. 1918, Nr. 115, S. 174 (Fleischkonserven); *RG* vom 2. 11. 1942, *RGZ* 170, 155 (Sauerkirschenpulpe); vgl. dazu auch *Schlecht-riem*, Vertragsordnung und außervertragliche Haftung (1972), S. 291, der die Grundlage dieser Entscheidungen in der Tatsache der Lebensmittelverknappung in jenen Zeiten sieht.

<sup>63</sup> Im zweiten Fall sogar auf Ersatz des entgangenen Wiederverkaufsgewinns.

<sup>64</sup> Ähnlich auch *Meyer DB* 1985, 319 (324): Es liege in der Hand des Herstellers, welche Maßnahmen er ergreift.

<sup>65</sup> Vgl. oben Text bei Fn. 57.

<sup>66</sup> Dogmatisch handelt es sich dabei um einen Bereicherungsanspruch, der der sog. Verwendungskondition nahesteht.

<sup>67</sup> Im Ergebnis ebenso *G. Hager AcP* 184 (1984), 413 (425); *MünchKommL Mertens*, BGB (2. Aufl. 1986), § 823 Rnr. 299.

<sup>68</sup> Vgl. oben Fn. 45.

<sup>69</sup> Vgl. etwa *Brüggemeier JZ* 1986, 969 (973); *ders.*, Deliktsrecht (1986), S. 352, Rnr. 568: Rückruf sei „deliktischer Erfüllungsanspruch“.

Der Produktfehler als Basis außervertraglicher Haftung ist, auch wenn insoweit die allgemeinen Verbrauchererwartungen mit hereinspielen, vom Grundsatz her objektiv zu bestimmen. Im Vertragsrecht steht hingegen zunächst einmal der individuelle Vertragszweck im Vordergrund. Vor allem aber soll die Rückrufpflicht nur bei Gefahr von Personenschäden eingreifen. Dieser Bereich ist nun aber typischer Kern außervertraglicher Verantwortlichkeit. Gerade die Ausgrenzung der Gefahr bloßer Sachschäden, die – wie gezeigt – vorwiegend dem Abnehmer drohen, wahrt die erforderliche Grenzziehung zwischen vertraglicher und außervertraglicher Haftungsordnung.

Zum anderen trägt die Bestimmung der Rechtsfolgen den Grenzen zwischen außervertraglicher Einstandspflicht und vertraglicher Sonderordnung Rechnung: Rückrufpflicht heißt Beseitigung eines verkehrspflichtwidrigen, gefahrbringenden Zustandes, vertragliche Haftung ist grundsätzlich gerichtet auf die Herstellung eines vertragsmäßigen Zustandes.

Verkürzt ausgedrückt ist die Rückrufpflicht des Warenherstellers ein Einstehenmüssen für Sicherheit<sup>70</sup>. Zwar ergeben sich insoweit Überschneidungen mit der Vertragshaftung – ein Produkt, von dem unerkannte Gesundheitsgefahren ausgehen, ist immer mangelhaft im Sinne des Sachmängelrechts –,

<sup>70</sup> Vgl. auch *MünchKomm/Mertens*, BGB (2. Aufl. 1986), § 823 Rnr. 79 a, der die deliktischen Verkehrspflichten generell auf den Bereich der Sicherheitsgewährleistung unter Ausschluss der Qualitätssicherung beschränken will.

gleichwohl ist eine Aushebelung der vertraglichen Sonderordnung nicht zu besorgen.

#### IV. Zusammenfassung

Rückruf- und Warnpflichten sind Ausprägungen der dem Warenhersteller obliegenden Verpflichtung zur Schadensabwehr bei einem von ihm geschaffenen, Rechtsgüter des § 823 Abs. 1 BGB gefährdenden Zustandes. Dogmatisch folgt die Pflicht zur Schadensabwehr unmittelbar aus § 823 Abs. 1 BGB und den Vorschriften zum Schadensrecht oder als Beseitigungsanspruch aus § 1004 BGB. Der Umfang der Pflichten des Herstellers nach Inverkehrbringen des Produkts ist freilich abhängig von seiner ursprünglichen Verantwortlichkeit für den Produktfehler. Bei Entwicklungsrisiken obliegt dem Hersteller lediglich eine Warnpflicht, bei Verletzung der Instruktionspflicht kann diese ebenfalls durch nachträgliche Warnung nachgeholt werden. Bei Konstruktions- und Fertigungsfehlern kommt hingegen prinzipiell eine Rückrufpflicht in Betracht. Im Rahmen einer Abwägung nach Zumutbarkeitsgesichtspunkten ist sie jedoch auf die Fälle drohender Personenschäden zu beschränken; bei der Gefahr reiner Sachschäden reicht auch hier eine Warnung.

Soweit nach diesen Grundsätzen der Hersteller zum Rückruf verpflichtet ist, muß er den Produktfehler auf eigene Kosten beheben, bzw. bei nicht behebbarem Mangel dem Endabnehmer den Kaufpreis erstatten. Ein Ersatz weiterer Vermögensfolgeschäden kommt jedoch nicht in Betracht.

Privatdozent Dr. Klaus Laubenthal, Würzburg

## Der Versuch des qualifizierten Delikts einschließlich des Versuchs im besonders schweren Fall bei Regelbeispielen\*

### I. Fallbeispiele

Fall 1: A beschädigt das Löschfahrzeug der Feuerwehr seiner Gemeinde. Er will in der kommenden Nacht das Haus seines Nachbarn in Brand setzen und dadurch die Löscharbeiten verhindern. Die Beschädigungen werden aber noch am selben Tag entdeckt und A als der Täter ermittelt.

Abwandlung: A zündet das Haus seines Nachbarn an. Entsprechend seiner zuvor gefaßten Absicht begibt er sich unmittelbar nach Inbrandsetzung zur Feuerwehr, um das Löschfahrzeug zu beschädigen. Dort befinden sich jedoch bereits einige Feuerwehrleute, weshalb A von seinem Plan Abstand nimmt.

Fall 2: Bankräuber B bedroht das Sparkassenpersonal mit einer Schusswaffe. Dabei löst sich versehentlich ein Schuß, der einen Angestellten tödlich trifft. Bevor B den Kassenraum betreten kann, gelingt es, ihn zu überwältigen.

Fall 3: Der eifersüchtige C beabsichtigt, die Schauspielerin S dauernd zu entstellen, indem er ihr ein ätzendes Mittel ins Gesicht schüttet. S kann dem Angriff aber durch eine geschickte Körperbewegung ausweichen.

Fall 4: D versucht in eine Gaststätte einzubrechen. Als er gerade beginnt, ein Seitenfenster aufzustemmen, durch das er in die Gaststätte eindringen will, erscheint die Polizei und unterbindet die Fortführung der Tat.

### II. Einführung

Allen vier Sachverhalten, die den in der strafrechtlichen Literatur oft zitierten Standardfällen nachgebildet sind, ist gemeinsam, daß der Täter seinen Tatplan nicht dem Vorsatz entsprechend verwirklicht und daher eine Versuchsstrafbarkeit in Betracht kommt. Bei den jeweils zu prüfenden Strafnormen handelt es sich zudem um solche, die Modifikationen von Grundtatbeständen in Form von Erschwerungen darstel-

len: Qualifikation, erfolgsqualifiziertes Delikt bzw. ein durch ein Regelbeispiel indizierter besonders schwerer Fall. Die geschilderten Fälle werfen zum einen die Frage auf, unter welchen Voraussetzungen sich die Begehung eines erschwerenden Umstandes als unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung des Tatbestandes i. S. d. § 22 StGB darstellt. Wann leitet der Täter die Begehung des modifizierten Tatbestandes unmittelbar ein – genügen bereits die qualifizierende Handlung oder der Anfang einer Verwirklichung des Regelbeispiels zum Verlassen der straflosen Vorbereitungsphase und damit zum Überschreiten der Grenze hin zum Versuchsbereich, oder ist für die Versuchsstrafbarkeit ein Ansetzen zur Verwirklichung gerade des Grundtatbestandes erforderlich? Scheitert umgekehrt die beabsichtigte schwerere Straftat schon bei oder nach Durchführung des Ausgangsdeliktes und kommt es deshalb nicht mehr zur Modifikation – hat dies dennoch eine Strafbarkeit wegen Versuchs des qualifizierten Delikts oder eines besonders schweren Falles zur Folge?

### III. Der Versuch des qualifizierten Delikts

Im Ausgangsfall 1 hat A, um das spätere Löschen des Feuers zu verhindern, eine Löscherättschaft i. S. d. § 307 Nr. 3 StGB unbrauchbar gemacht, somit gegenüber § 306 StGB bereits das Qualifikationsmerkmal erfüllt. Es kam jedoch nicht mehr zu einem unmittelbaren Ansetzen zur Verwirklichung des Grundtatbestandes § 306 StGB. Betrachtet man nun das Ansetzen zur Qualifikation zugleich auch als Anfang einer Aus-

\* Überarbeitete Fassung des am 30. Juni 1986 vor der Juristischen Fakultät der Universität Würzburg gehaltenen Habilitationsvortrags.