

Friedrich Graf v. Westphalen *)

Das Milupa-Urteil – eine beträchtliche Verschärfung der Produkthaftung

Bei der Frage, ob für den Verbraucher aus dem bestimmungsgemäßen oder naheliegenden Fehlgebrauch des Produkts neue, noch unbekannte Gefahren drohen, konnte der Produzent bislang nach dem Inverkehrbringen seiner Ware getreu dem Grundsatz „Die Zeit wird es erweisen“ abwarten, welche neuen Erkenntnisse ihm die Wissenschaft liefern würde. Mit seinem Milupa-Urteil, ZIP 1992, 38 (in diesem Heft), hat der Bundesgerichtshof in der Frage der Produkthaftung die Linie, bei deren Überschreitung der Hersteller für entstehende Schäden zu haften hat, weiter nach vorne verlegt. Der nachfolgende Beitrag zeigt auf, inwie-

weit der Hersteller nunmehr verpflichtet ist, die Gefahrenträchtigkeit seines Produktes zu ergründen und den Verbraucher auf etwaige Gefahren aufmerksam zu machen.

Die in diesem Heft abgedruckte Milupa-Entscheidung des BGH¹⁾ erweist sich als beträchtliche Verschärfung der Produkthaftung gemäß § 823 Abs. 1 BGB. Sie betrifft grundsätzliche Aspekte der Instruktionshaftung des Herstellers und setzt im

*) Dr. iur., Rechtsanwalt in Köln

1) BGH, Urt. v. 12.11.1991 – VI ZR 7/91, ZIP 1992, 38 (in diesem Heft).

Zusammenhang mit Werbeerklaerungen neue Akzente (vgl. sub. I). Im Bereich des Verschuldens verschärft das Urteil die Anforderungen beträchtlich, weil nunmehr eine eigene Prüfpflicht vor dem Inverkehrbringen eines potentiell gesundheitsgefährdenden Produkts gefordert wird (vgl. sub. II), während die Entscheidung im Rahmen der Beweislastverteilung lediglich wünschenswerte Klarstellungen bewirkt (vgl. sub. III). Insgesamt ist das BGH-Urteil²⁾ zu begrüßen; angesichts der Versicherbarkeit des Produkthaftungsrisikos ist nicht zu befürchten, daß die Industrie wegen der jetzt erkennbar werdenden Tendenz zur Haftungsverschärfung Produktinnovationen nur noch zurückhaltend betreiben wird.

I. Die Instruktionshaftung des Herstellers

1. Die allgemeinen Grundsätze zur Instruktionshaftung

Die nach § 823 Abs. 1 BGB eingeforderte Instruktionspflicht verfolgt zugunsten der Produktbenutzer den Zweck, sie vor Gefahren zu schützen, mit denen sie nicht rechnen. Diese Pflicht bezieht sich, prototypisch auch ausgeprägt durch § 3 ProdHaftG, zunächst auf alle die Gefahren, die bei einem bestimmungsgemäßem Gebrauch auftreten; aber auch der bestimmungswidrige vorhersehbare Fehlgebrauch des Produkts läßt Instruktionspflichten entstehen.

1.1 Instruktionshaftung bei bestimmungsgemäßem Gebrauch

Verwendet der Verbraucher ein Produkt in der Weise, die ihm den Umständen nach als üblich, jedenfalls als sachgerecht erscheinen darf, so vertraut er im Sinn von § 3 Abs. 1 ProdHaftG „berechtigterweise“ darauf, daß das Produkt sicher, d. h. ungefährlich ist. Der Produktbenutzer hegt also die Erwartung, in seinen von § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechtsgütern nicht durch die übliche Verwendung des Produkts geschädigt zu werden.³⁾ Die bestimmungsgemäße Verwendung des Produkts wird daher in erster Linie durch das Produkt selbst festgelegt; maßgebend ist die Verkehrserwartung und damit die Überzeugung des durchschnittlichen Verbrauchers.⁴⁾ Es kommt deshalb im Blick auf Produktsicherheit und etwaige Produktrisiken auf das Durchschnittswissen des jeweiligen Benutzerkreises an, für den das Produkt üblicherweise als geeignet angesehen wird. Primär ist hierbei die Herstellerperspektive heranzuziehen, weil diese die Benutzererwartungen erzeugt: Es obliegt dem Hersteller, die Maßstäbe für die Produktsicherheit zu setzen, welche bei der Produktbenutzung einzuhalten sind, sei es durch die Ausstattung des Produkts, sei es durch Gebrauchshinweise oder durch sonstige Umstände, welche das Benutzerverhalten bestimmen.⁵⁾ Aus diesem Grund sind auch Produktbezeichnungen, Produktbeschreibungen, Eigenschaftszusicherungen sowie alle sonstigen Hinweise des Herstellers, aus denen sich ergibt, welche Funktionsweise dem jeweiligen Produkt eigen ist, als „Darbietung“ des Produkts im Sinn von § 3 Abs. 1 lit. a ProdHaftG zu qualifizieren – vorausgesetzt, sie sind geeignet, die Sicherheitserwartung des Produktbenutzers zu beeinflussen. Daraus folgt unmittelbar, daß solche Hinweise durchaus geeignet sind, die nach der Verkehrsanschauung bestehende Eig-

nung eines Produkts sowohl einzuschränken als auch zu erweitern.⁶⁾ Während die Einschränkung wirklicher oder etwaiger Vorstellungen über die Eignung, welche dem Produkt fehlt, häufig als Ausprägung der Instruktionspflicht des Herstellers zu werten ist,⁷⁾ liegt es auf der Hand, daß der Hersteller für alle Konsequenzen verantwortlich ist, welche sich aus der ihm zuzurechnenden Erweiterung des Verwendungszwecks des Produkts resultieren.⁸⁾

Es entspricht deshalb gefestigter Judikatur, daß der Hersteller verpflichtet ist, vor jeder Gefahr zu warnen, die bei bestimmungsgemäßem Gebrauch droht, sofern diese Gefahr nicht zum allgemeinen Erfahrungswissen des jeweiligen Benutzerkreises zählt.⁹⁾ Freilich besteht in diesem Zusammenhang eine unmittelbare Verknüpfung zwischen Hersteller- und Benutzerperspektive, was sich, wie noch zu zeigen sein wird, insbesondere im Zusammenhang mit dem Fehlgebrauch eines Produkts auswirken kann.¹⁰⁾ Gleichwohl ist zu unterstreichen, daß nicht schon jede entfernt liegende Möglichkeit einer Gefahr eine Instruktionspflicht des Herstellers auslöst, weil eine Verkehrssicherungspflicht, die jeden Schadensfall ausschließen würde, ohnehin nicht erreichbar ist, mindestens aber an dem Kriterium der Zumutbarkeit des § 276 BGB scheitert.¹¹⁾ Die Maßlatte ist hier der allgemein verfügbare Stand von Wissenschaft und Technik; er bezeichnet die Obergrenze, welche gemäß § 823 Abs. 1 BGB für die Pflichten des Herstellers maßgebend sind.¹²⁾ Notwendigerweise sind deshalb alle die Gefahren von der unmittelbaren Gefahrenabwendungspflicht des Herstellers ausgeschlossen, die erst durch die besondere Verwendung oder den besonderen Verwendungszweck beim Produktbenutzer entstehen.¹³⁾

Warnhinweise müssen klar, eindeutig und konkret vor der jeweiligen Gefahr warnen.¹⁴⁾ Dabei sind die Hinweise auch darauf zu erstrecken, wie die konkrete Gefahr zu vermeiden ist, indem zum Beispiel die erforderlichen Schutzmaßnahmen oder son-

2) BGH ZIP 1992, 38 (in diesem Heft).

3) BGH ZIP 1990, 516 = EWiR 1989, 1191 (*Cabn*) – Pferdeboxen: Konstruktionsfehler.

4) BGH VersR 1972, 1049, 150 f – Förderanlage; BGH NJW 1975, 1827, 1829 – Spannkupplung; BGH NJW 1981, 2514, 2515 – „Sniffing“; BGH NJW 1987, 1009, 1012 – Honda/Lenkerverkleidung, vgl. EWiR 1987, 437 (*Pfister*).

5) *Schmidt-Salzer*, BB 1988, 349, 352; *Graf v. Westphalen*, Produkthaftungshandbuch, § 62 Rz. 29.

6) *Foerste*, Produkthaftungshandbuch, § 24 Rz. 177 ff.

7) *Foerste* (Fußn. 6), § 24 Rz. 178.

8) BGH, Urt. v. 19. 9. 1958 – Bolzensetzgerät; *Schmidt-Salzer*, Entscheidungssammlung III, I 153, S. 121 f.

9) BGH VersR 1959, 523 – Seilhexe; BGH VersR 1972, 149, 150 – Förderanlage; BGH NJW 1975, 1827, 1829 – Spannkupplung; BGH NJW 1986, 1863, 1864 – Überrollbügel; BGH NJW 1987, 372, 374 – Verzinkungsspray, vgl. EWiR 1986, 1195 (*Pfister*); BGH NJW 1987, 1009, 1012 – Honda/Lenkerverkleidung.

10) *Schmidt-Salzer*, BB 1988, 349, 352; *Graf v. Westphalen* (Fußn. 5), § 62 Rz. 30.

11) *Foerste* (Fußn. 6), § 24 Rz. 184.

12) *Kullmann/Pfister*, Produkthaftung, Kz. 1520, S. 39; Kz. 3602, S. 20 f; *Taschner/Frietsch*, ProdHaftG § 1 Rz. 101 ff; *Graf v. Westphalen* (Fußn. 5), § 60 Rz. 80 ff.

13) *Foerste* (Fußn. 6), § 24 Rz. 186.

14) BGH VersR 1960, 342, 343 – Fußbodenklebemittel; BGH NJW 1987, 1009, 1012 – Honda/Lenkerverkleidung; im einzelnen auch *Foerste* (Fußn. 6), § 24 Rz. 190 ff; *Kullmann/Pfister* (Fußn. 10), Kz. 1520, S. 36.

stigen Vorkehrungen exakt und vollständig dargestellt werden.¹⁵⁾ Je größer das Risiko ist – etwa: bei schweren Körperschäden –, desto eher kann eine derartige Anwendungswarnung als inadäquat gewertet werden, so daß auch eine *Folgenwarnung* im Interesse des Rechtsgüterschutzes gemäß § 823 Abs. 1 BGB notwendig ist.¹⁶⁾ Gerade in diesen Fällen ist das spezifische Risiko eindeutig und klar, ungeschminkt und ungekürzt aufzuzeigen. Es muß so kurz, prägnant und nachvollziehbar dargestellt werden, daß – bezogen auf das Durchschnittswissen des betreffenden Benutzerkreises – mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit erwartet werden kann, daß diesen Hinweisen, Anwendungs- und Folgewarnungen Folge geleistet wird.

1.2 Instruktionshaftung bei bestimmungswidrigem Gebrauch
Bestimmungswidrig ist der Gebrauch eines Produkts, der nicht von seinem üblichen Verwendungszweck gedeckt wird. Freilich ist in diesem Zusammenhang erneut darauf hinzuweisen, daß es der Hersteller in der Hand hat, durch die „Darbietung“ des Produkts den allgemeinen Verwendungszweck einzuschränken oder zu erweitern. Jedenfalls ist die Injektion eines Kurzmarkosemittels (Estil) bestimmungswidrig, wenn es – entgegen der Angabe des Herstellers – nicht in die Vene, sondern in die Arterie injiziert wird, obwohl Arterie und Vene in der Ellebogenbeuge nahe beieinander liegen.¹⁷⁾ Daher ist dieser Fehlgebrauch vorhersehbar, so daß eine entsprechende Anwendungs- und Folgewarnung unerlässlich ist, weil die Konsequenz der Fehlanwendung der Verlust des jeweiligen Gliedmaßes ist.¹⁸⁾ Es ist allerdings stets schwierig, die Grenze zwischen bestimmungsgemäßem und bestimmungswidrigem Gebrauch des Produkts verlässlich zu ziehen. Entscheidend kommt es darauf an, ob der Fehlgebrauch naheliegend, d. h. vorhersehbar ist oder ob es sich hierbei um eine fernliegende Möglichkeit handelt.¹⁹⁾ So gesehen ist es entscheidend, ob der Hersteller mit einem bestimmungswidrigen Gebrauch rechnen mußte,²⁰⁾ oder ob es sich um einen Fehlgebrauch handelte, der mit dem bestimmungsgemäßen Gebrauch „überhaupt nichts“ zu tun hat.²¹⁾ Ein solcher Fehlgebrauch ist zum Beispiel dann zu bejahen, wenn ein Kälteschutzmittel von einem Jugendlichen zum „Sniffing“ als Rauschgift verwendet wird.²²⁾ Denn mit der Möglichkeit eines solch bewußten und gravierenden Mißbrauchs braucht der Hersteller – jedenfalls nicht von vornherein – zu rechnen,²³⁾ ein Kälteschutzmittel ist nicht von vornherein zur Verwendung als Rauschgift hergestellt.

Freilich ist zu unterstreichen, daß die Rechtsprechung die Grenze der Vorhersehbarkeit jedenfalls dann sehr weit zieht, wenn Kinder Produkte – durchaus zweckfremd – verwenden, wie zum Beispiel beim Experimentieren mit Unkrautvernichtungsmitteln.²⁴⁾ Gleichwohl wird man regelmäßig auch in diesen Fällen zu vertretbaren Ergebnissen gelangen, wenn man die Produktbeobachtungspflicht auch darauf erstreckt, Fälle des Produktfehlgebrauchs zu erfassen und diese gegebenenfalls zum Anlaß zu nehmen, adäquate Gefahrenabwendungsmaßnahmen zu ergreifen. Doch steht diese Pflicht in unmittelbarer Relation zum Verschulden des Geschädigten: Je geringer die Zahl von Schadensfällen ist, welche auf einen Fehlgebrauch des Produkts zurückzuführen sind, um so weniger ist es erforderlich, Gefahren-

abwendungsmaßnahmen im Sinn von § 823 Abs. 1 BGB zu ergreifen.²⁵⁾

2. Die entscheidenden Gesichtspunkte der Milupa-Entscheidung

2.1 Die Maßgeblichkeit der Werbung

Praktisch durch die Kategorie der „Darbietung“ des Produkts gemäß § 3 Abs. 1 lit. a ProdHaftG festgelegt, bedarfes keiner weiteren Erläuterung: Die Produktwerbung, das Marketing kann Einfluß auf den bestimmungsgemäßen, aber auch auf den bestimmungswidrigen Fehlgebrauch des Produkts entfalten. Gemeint sind damit nicht nur Fälle, in denen die Werbeaussage bestimmte grundlegende Eigenschaften des Produkts herauskehrt.²⁶⁾ Viel bedeutsamer ist der Befund, daß Werbeaussagen auch geeignet sind, einen bestimmungswidrigen, aber dann vorhersehbaren Fehlgebrauch des Produkts zu veranlassen, was notwendigerweise haftungsbegründend wirkt.²⁷⁾ Die Werbung wird so zu einer Determinanten des vorhersehbaren Gebrauchs des Produkts.²⁸⁾ Zielt zum Beispiel die Bewerbung eines Auftaumentransformators dahin, daß das Auftauen von zugefrorenen Rohrleitungen gefahrlos sei, so haftet der Hersteller, wenn ein Landwirt eine eingefrorene Wasserleitung mit diesem Transformator aufzutauen versucht, so daß es dann wegen Überhitzung des betreffenden, teilweise in Stroh gepackten Rohrstücks zu einem Schwelbrand kam.²⁹⁾ In der Regel wird man hier die fehlerhafte Werbung bereits als Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht bewerten müssen, so daß die Haftung gemäß § 823 Abs. 1 BGB unmittelbar an dieses Faktum anknüpft, nicht aber an das Inverkehrbringen des – eigentlich ungefährlichen – Produkts.³⁰⁾ Gerade in diesem Zusammenhang ist zu unterstreichen, daß der Hersteller nicht berechtigt ist, eine einmal abgegebene Werbeaussage unkorrigiert beizubehalten, wenn sich Anzeichen dafür ergeben, daß aufgrund der Werbung ein bestimmter Produktfehlgebrauch nahegelegt wird. Denn die Produktbeobachtungspflicht bezieht sich notwendigerweise auch

15) BGH NJW 1987, 372, 373 – Verzinkungsspray.

16) BGH NJW 1972, 2217, 2221 – Kurzmarkosemittel; vgl. auch BGHZ 106, 273, 283 – Asthma-Spray.

17) BGH NJW 1972, 2217 – Kurzmarkosemittel.

18) BGH NJW 1972, 2217, 2221 – Kurzmarkosemittel.

19) BGH NJW 1981, 1603, 1604 – Derosal I.

20) OLG Köln VersR 1986, 98, 100 – Flugzeuggreifen.

21) BGH NJW 1981, 2514, 2515 – „Sniffing“.

22) BGH NJW 1981, 2514, 2515 – „Sniffing“.

23) BGH NJW 1981, 2514, 2516 – „Sniffing“; Foerste (Fußn. 6), § 24 Rz. 215; Kullmann/Pfister (Fußn. 12), Kz. 1520, S. 40.

24) BGH BB 1973, 446 m. Anm. Graf v. Westphalen; OLG Karlsruhe VersR 1978, 550 – Coca-Cola-Flasche; vgl. auch v. Werder, Die Haftung des Warenherstellers aus seinen Werbeaussagen im deutschen und US-amerikanischen Recht, 1991, S. 102 ff; Foerste (Fußn. 6), § 24 Rz. 212.

25) BGH NJW 1981, 2514, 2515 – „Sniffing“; BGHZ 106, 273, 283 – Asthma-Spray.

26) LG Köln NJW 1972, 1580 – Weihnachtskerzen.

27) Hierzu v. Werder (Fußn. 24), S. 99 ff.

28) Vgl. auch BGH VersR 1955, 765 – Insektenvernichtungsmittel.

29) BGH VersR 1963, 860, 861 – Auftaumentransformator.

30) OLG Karlsruhe, Urt. v. 14. 7. 1969; Schmidt-Salzer (Fußn. 8), II 26 – Holzschutzmittel II; v. Werder (Fußn. 24), S. 105 f.

auf das tatsächliche Benutzerverhalten, wie es durch die jeweilige Werbung ausgelöst wird.³¹⁾ Hat also der Hersteller – ordnungsgemäße Produktbeobachtung vorausgesetzt – Kenntnis von bestimmten Gefahren erst nach dem Inverkehrbringen des Produkts erhalten, so ist er verpflichtet, vor eben diesen Gefahren zu warnen, was zwangsläufig eine Änderung seiner Werbeaussagen einschließt. Denn für Art und Umfang von Warnungen, die erst nach dem Inverkehrbringen eines Produkts erforderlich werden, gelten die gleichen Grundsätze, die allgemein für die Aufklärung vor spezifischen Produktgefahren bei seinem erstmaligen Inverkehrbringen eingreifen.³²⁾

2.2 Die Verschränkung zwischen Gebrauchsanleitung, Werbung und Warnpflicht des Herstellers

Es ist wichtig, daß der BGH die Instruktionspflicht des Herstellers nicht deshalb verneint, weil Milupa lediglich das Instantteepulver herstellte, nicht aber die „Nuckel“-Flaschen, die von Milupa lediglich vertrieben wurden; denn das schadenstiftende „Produkt“³³⁾ ist zutreffenderweise in seiner „Darbietung“ zu sehen: Das „Dauernuckeln“ vor dem Schlafengehen oder sogar während der Nacht wird als eine Verwendung qualifiziert, die „noch im Rahmen der allgemeinen Zweckbestimmung von Flasche und Tee“ liegt. Folglich ist das „Dauernuckeln“ ein „nahegelegener Fehlgebrauch“, der wegen der besonderen hiermit verbundenen Gesundheitsrisiken, das „Baby-Bottle-Syndrom“, nach ständiger Rechtsprechung des BGH eine Warnpflicht auslöst.³⁴⁾ Deshalb muß die erforderliche Warnung des Herstellers klar und eindeutig vor den konkreten Gefahren warnen; die drohende Gefahr muß nach zutreffender Meinung des BGH „deutlich herausgestellt“ werden.³⁵⁾ In den Fällen, in denen erhebliche Körper- oder Gesundheitsschäden durch die Fehlanwendung des Produkts entstehen können, formuliert der BGH nunmehr auch, daß sich die Warnung eindeutig und klar ebenfalls auf die „Funktionszusammenhänge“ beziehen muß, „so daß erkennbar wird, warum das Produkt gefährlich ist“.³⁶⁾

Diesen Grundsätzen genügt die Warnung von Milupa deswegen nicht, weil eine nicht ausreichend unterscheidbare Mischung zwischen Werbung, Gebrauchsanleitung und Warnhinweis vorlag – im wesentlichen gleichbleibend über den Lauf der Jahre hinweg. Daß jedoch Werbung und Warnhinweise regelmäßig einander diametral gegenüberstehen und deshalb nicht miteinander verbunden werden dürfen, ist evident.³⁷⁾ Dies gebietet der Grundsatz der Klarheit; das Transparenz-Erfordernis erweist sich auch hier als einschlägig.

Doch ist von entscheidender Bedeutung, daß der BGH nicht nur auf den Benutzer abhebt, der das Produkt erstmals verwendet, sondern auch den Produktbenutzer ins Visier nimmt, der mit dem Produkt „bereits vertraut“ ist. Notwendigerweise wird dadurch begrifflich wie sachlich auch eine Trennung zwischen Gebrauchsanleitung und Warnhinweis eingefordert: Der mit dem Produkt „bereits vertraute Benutzer“³⁸⁾ braucht deshalb Warnhinweise nicht im Zusammenhang mit der Gebrauchsanleitung zu vermuten, die unter der Überschrift „Zubereitung“ des Milupa-Tees formuliert wurden. Vielmehr ist der Hersteller verpflichtet, hiervon deutlich getrennte Warnhinweise zu textieren. Mehr noch: Der mit dem Produkt „bereits vertraute Be-

nutzer“ braucht auch etwaige Warnhinweise nicht in einer das Produkt begleitenden Broschüre zu vermuten, was jedenfalls dann – entsprechend der vorerwähnten BGH-Judikatur – gilt, wenn der Warnhinweis „infolge seiner unauffälligen graphischen und drucktechnischen Gestaltung nicht geeignet“ war, „vom flüchtigen Verbraucher, der die Produkte der Beklagten kennt, zur Kenntnis genommen zu werden“.³⁹⁾ Insbesondere hat der Dauerbenutzer des Produkts keine Veranlassung, von sich aus – ohne eindeutigen, klar erkennbaren Hinweis – „den gesamten Verpackungstext einer erneuten eingehenden Überprüfung zu unterziehen“.⁴⁰⁾ In diesem Zusammenhang ist auch wichtig, daß „die grafische Gestaltung und die farbliche Aufmachung der Verpackung unverändert geblieben“ war,⁴¹⁾ und daß die von Milupa „verbreitete Flasche“ ebenfalls „einen entsprechenden Warnhinweis nicht enthielt“.⁴²⁾

Zur inhaltlichen Vollständigkeit der Warnung gehört nunmehr auch, daß die „Funktionszusammenhänge“⁴³⁾ zwischen Fehler und Rechtsfolge aufgezeigt werden müssen. Das gilt uneingeschränkt bei drohenden Körperschäden, ist aber auch auf erhebliche Sachschäden im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zu erweitern.

2.3 Zusammenfassung

Im wesentlichen konkretisiert die Milupa-Entscheidung die bereits bekannten inhaltlichen Grenzen der Instruktionspflicht des Herstellers. Indessen bringt sie zwei beachtenswerte Klarstellungen: Warnhinweise müssen auch so gestaltet sein, daß derjenige Produktbenutzer sie ohne weiteres zur Kenntnis nimmt, der mit der Benutzung des Produkts bereits seit langem vertraut ist. Hierfür reicht es grundsätzlich nicht aus, wenn nach Bekanntwerden der Gefahr die Gebrauchsanleitung umgestaltet wird. Erforderlich dürfte regelmäßig sein, daß auch die *äußere Aufmachung* des Produkts, also seine „Darbietung“ im Sinn von § 3 Abs. 1 lit. a ProdHaftG entsprechend geändert wird. Das ist die eine Seite. Die andere: Warnhinweise, die – auch bei nahegelegener Fehlgebrauch des Produkts – erforderlich sind, müssen jedenfalls dann, wenn vor erheblichen Körper- und Gesundheitsschäden gewarnt wird, die „Funktionszusammenhänge“ zwischen Produktbenutzung und zu verhindernder Gefahr klar herausstellen. Diese nunmehr tendenziell verschärften Gesichtspunkte gelten allgemein und nicht nur dann, wenn der Hersteller durch seine Werbung den Eindruck erweckt hat, daß

31) BGH NJW 1981, 1603, 1605 – Derosal I; BGH NJW 1981, 1606, 1608 – Benomyl; BGHZ 106, 273, 283 – Asthma-Spray.

32) Foerste (Fußn. 6), § 24 Rz. 226.

33) So Brüggemann, ZIP 1991, 379; Foerste, EWiR 1991, 563.

34) BGH NJW 1972, 2217 – Kurzmarkosemittel.

35) BGH ZIP 1992, 38 (in diesem Heft).

36) BGH ZIP 1992, 38 (in diesem Heft).

37) Kullmann/Pfister (Fußn. 12), Kz. 1520, S. 36.

38) BGH ZIP 1992, 38 (in diesem Heft).

39) BGH ZIP 1992, 38 (in diesem Heft).

40) BGH ZIP 1992, 38 (in diesem Heft).

41) BGH ZIP 1992, 38 (in diesem Heft).

42) BGH ZIP 1992, 38 (in diesem Heft).

43) BGH ZIP 1992, 38 (in diesem Heft).

das von ihm hergestellte und vertriebene Produkt „sicher“ ist. Vielmehr führt eine solche Werbung lediglich dazu, die durch die Gefährlichkeit des Produkts ohnehin ausgelöste Verkehrssicherungspflicht zu intensivieren.

II. Verschulden und eigene Prüfpflicht

Das besondere praktische Schwergewicht der Milupa-Entscheidung ergibt sich aus den Darlegungen, die das für § 823 Abs. 1 BGB konstitutive Verschuldenselement zum Gegenstand haben,⁴⁴⁾ weil hier dem Produzenten eine der Produktbeobachtungspflicht vorgelagerte *Prüfpflicht* auferlegt wird.

1. Grundsätze der Produktbeobachtungspflicht

Anerkanntermaßen hat der Hersteller bei der Konstruktion, der Fabrikation und durch entsprechende Warnhinweise dafür zu sorgen, daß die Sicherheit seiner Produkte zu der Zeit, zu welcher diese in den Verkehr gebracht werden, dem neuesten Stand von Wissenschaft und Technik entsprechen. Folglich ist der Hersteller gemäß § 823 Abs. 1 BGB verpflichtet, systematisch zu prüfen, wie sich seine Produkte in der Praxis bewähren. Etwaigen Anhaltspunkten für Gefahrenquellen ist er verpflichtet, eigenverantwortlich nachzugehen.⁴⁵⁾ Die Erfüllung der Produktbeobachtungspflicht ist keineswegs auf Konstruktionsfehler beschränkt;⁴⁶⁾ sie erstreckt sich vielmehr auf sämtliche Fehlerquellen.⁴⁷⁾ Sie bezieht sich daher auch auf die Gefahren, welche sich daraus ergeben, daß der Benutzer das Produkt im Zusammenhang mit Produkten anderer Hersteller verwendet.⁴⁸⁾ Diese mit dem Inverkehrbringen des Produkts beginnende Produktbeobachtungspflicht erfordert organisatorisch, daß der Hersteller alle notwendigen Maßnahmen trifft, um etwaige Informationen über die Bewährung seines Produkts in der Praxis⁴⁹⁾ zu erfassen, so daß er gegebenenfalls unmittelbar reagieren kann, wenn Warnhinweise oder sogar ein Produktrückruf erforderlich sein sollten.

Dabei ist der Hersteller verpflichtet, sich über den neuesten Stand von Wissenschaft und Technik unter Einsatz aller verfügbaren Mittel – Auswertung von Fachzeitschriften, Patentoffenlegungs- und -auslegungsschriften, Besuchen von Kongressen etc. – kundig zu machen.⁵⁰⁾ Er ist des weiteren verpflichtet, den Wettbewerb zu beobachten, sofern sich ergibt, daß dieser eine Konstruktion wählt, die eine höhere Produktsicherheit gewährleistet.⁵¹⁾

2. Verschärfung der Produktbeobachtungspflicht

Der BGH⁵²⁾ läßt nunmehr nicht als entscheidend gelten, ob die Beklagte sich im Jahre 1971 „unter Verletzung ihrer Produktbeobachtungspflicht nicht aus der vom Berufungsgericht erwähnten Quelle hinsichtlich der Gefahren durch Verabreichung ihrer Kindertee-Produkte im Wege des Dauernuckels sachkundig gemacht hat“. Das OLG Frankfurt als Vorinstanz hatte nämlich u. a. darauf abgestellt,⁵³⁾ daß in der „Schweizerischen Ärztezeitung“ vom 13. 10. 1982 berichtet worden war, daß bereits im „Januar 1971“ das Baby-Bottle-Syndrom „als extremes Beispiel für die verheerende Wirkung des prodrahierten Zuckerkontakts auf

die Zähne“ beschrieben worden war. Ferner hatte das Gericht⁵⁴⁾ festgestellt, daß „wissenschaftliche Erkenntnisse für die Schädlichkeit der Verabreichung zuckerhaltiger Getränke insbesondere vor dem Einschlafen schon seit 1862“ vorliegen, so daß es sich hier um ein „seit langem bekanntes Krankheitsbild“⁵⁵⁾ handle. Doch der BGH – und dies ist entscheidend – stellte eben nicht auf diesen Sachzusammenhang und auf eine entsprechende Produktbeobachtungspflicht des Herstellers ab. Vielmehr *verschärfte* er die Anforderungen in sachverhaltsspezifischer Weise: Milupa hatte die Verwendung des Tees in der „kleinen Teeflasche“ empfohlen. Milupa stellte den zuckerhaltigen Tee selbst her und vertrieb gleichzeitig die „Nuckel-Flasche“, deren Sauger dazu führte, daß „der Strahl des Getränkes an die Rückseite der Oberkieferfrontzähne“⁵⁶⁾ geriet. Da Milupa darüber hinaus auf den Banderolen auf die „Sicherheit“ des Tees hingewiesen hatte – wohlthuendes Schmecken und ungestörte Nachtruhe waren vorhergesagt worden –, stellte der BGH nunmehr fest, daß unter diesen Umständen der Hersteller verpflichtet ist, „selbst“ zu „prüfen, welche Gefahren der erfolgende Teegenuß für das Gebiß der Kleinkinder hatte“⁵⁷⁾. Aber damit nicht genug. Diese eigenständige Prüfpflicht bezieht sich *inhaltlich* auch darauf, welche Auswirkungen sich aus dem „Dauernuckeln“ bei Verwendung der „Nuckel“-Flasche ergeben, und zwar zeitlich „*bevor die Zahnmedizin durch die an sie herangetragenen Fälle auf das Baby-Bottle-Syndrom aufmerksam wurde*“⁵⁸⁾.

3. Konsequenzen

Jedenfalls dann, wenn der Hersteller ein „Fachunternehmen“⁵⁹⁾ ist, muß man erwarten, daß er mit den einschlägigen Gefahren für Leib, Leben, Gesundheit und Eigentum der Produktbenutzer vertraut ist, die sich aus der bestimmungsgemäßen, aber auch aus dem naheliegenden Fehlgebrauch seiner Produkte ergeben. Folglich ist er „näher daran“, der Entstehung dieser Gefahren durch eigene Prüfungen vorzubeugen. Er kann und darf dann sich nicht darauf verlassen, daß ihm die einschlägige Wissenschaft schon die erforderlichen Daten liefert. Vielmehr obliegt ihm eine eigene Prüfpflicht als typische *Vorpflicht*, die

44) BGH ZIP 1992, 38 (in diesem Heft).

45) RG DR 1940, 1293 – Bremsen II; BGH BB 1970, 1414 – Bremsen III; BGH NJW 1981, 1603, 1604 – Derosal I; BGH NJW 1981, 1606, 1607 – Benomyl; BGH NJW 1981, 2250, 2251 – Asbest-Zementplatten; *Graf v. Westphalen*, WiR 1972, 67, 78 f; *Schmidt-Salzer*, BB 1981, 1041; *Sack*, BB 1985, 813; *Kullmann/Pfister* (Fußn. 12), Kz. 1520, S. 50 ff; *Foerste* (Fußn. 6), § 24 Rz. 252 ff.

46) So aber *Schmidt-Salzer*, BB 1972, 1430, 1435.

47) *Kullmann/Pfister* (Fußn. 12), Kz. 1520, S. 50 ff.

48) BGH NJW 1987, 1009, 1010 – Honda/Lenkerverkleidung.

49) BGH BB 1970, 1414 – Bremsen III.

50) BGH NJW 1981, 1603, 1604 – Derosal I; BGH NJW 1981, 1606, 1607 – Benomyl.

51) BGH ZIP 1990, 516 – Pferdeboxen.

52) BGH ZIP 1992, 38 (in diesem Heft).

53) OLG Frankfurt ZIP 1991, 374, vgl. EWiR 1991, 565 (*Foerste*).

54) OLG Frankfurt ZIP 1991, 374.

55) OLG Frankfurt ZIP 1991, 374.

56) BGH ZIP 1992, 38 (in diesem Heft).

57) BGH ZIP 1992, 38 (in diesem Heft).

58) BGH ZIP 1992, 38 (in diesem Heft).

59) BGH ZIP 1992, 38 (in diesem Heft).

dem Inverkehrbringen des Produkts vorausgeht. Dies gilt auch bei der Kombination des hergestellten Produkts mit anderen, vom Hersteller empfohlenen oder gar vertriebenen Produkten, wie hier der „Nuckel“-Flasche. Dies gilt erst recht, wenn in den produktbegleitenden Werbeaussagen des Herstellers „Sicherheit“ suggeriert wird. Das ist die eindeutige Sentenz der BGH-Entscheidung.

Verallgemeinern läßt sich diese Aussage nur in Grenzen. Die Mehrzahl der Hersteller sind freilich „Fachunternehmen“⁶⁰⁾. Wenn man – ganz allgemein – an dieses Faktum anknüpft, wird man auch gleichzeitig sagen müssen, daß der Hersteller als „Fachunternehmen“ verpflichtet ist, sich die Kenntnisse über das Gefährdungspotential der von ihm hergestellten Produkte durch eigene Prüfungen zu verschaffen, ohne darauf vertrauen zu können, daß ihm die theoretische Wissenschaft später Entscheidungshilfen anbietet. Im Sinn des Rechtsgüterschutzes, den § 823 Abs. 1 BGB im Auge hat, erscheint es sachgerecht, diesen Gesichtspunkt auf alle Hersteller als „Fachunternehmen“ zu erstrecken, deren Produkte geeignet sind, Gefahren für Leib, Leben und Gesundheit Dritter zu verursachen. Von dieser Pflicht kann sich der Hersteller auch nicht dadurch befreien, daß er dem Benutzer empfiehlt, das von ihm hergestellte Produkt mit einem weiteren, von ihm vertriebenen Produkt zu verwenden. Etwas anderes kann dann gelten, wenn die Verwendung des Produkts mit anderen Produkten zwar in Kenntnis des Herstellers geschieht, nicht aber aufgrund seiner Empfehlung, was durch die Honda-Entscheidung des BGH (noch) signalisiert wird.⁶¹⁾ Unter dieser Voraussetzung reicht dann eine – gesteigerte – Produktbeobachtungspflicht aus. In der Honda-Entscheidung⁶²⁾ war die Beklagte zudem ein Importeur, die die Motorräder nicht herstellte, sondern nur vertrieb. Das ist ein ausreichender Grund, für diese Fälle keine der Produktbeobachtung vorgeschaltete, eigenständige Prüfpflicht im Hinblick auf das für das Produkt erzeugte Gefahrenpotential bei der Benutzung mit anderen Produkten anzunehmen. Die herstellerspezifische, dem Inverkehrbringen des Produkts vorgeschaltete Prüfpflicht ist jedoch unter dem Gesichtswinkel der Verhältnismäßigkeit nicht auf die Risiken von Sachschäden zu erstrecken, wenn keine konkreten Anhaltspunkte dafür vorliegen.

So gesehen ist also die Werbung von Milupa mit der angeblichen „Sicherheit“ des von ihm hergestellten und vertriebenen Produkts nur ein zusätzliches Tatbestandselement, die eigene Prüfpflicht des Herstellers im Rahmen eines „Erst-Recht-Arguments“ zu begründen. Belegt wird dies dadurch, daß die entsprechende Sentenz des BGH die eigene Prüfpflicht „besonders“⁶³⁾ mit der sicherheitsrelevanten Werbeaussage verknüpft. Auch ohne eine solche – haftungsintensive – Werbung bleibt die vom BGH geforderte eigenständige Prüfpflicht des Herstellers als „Fachunternehmen“ im beschriebenen Sinn erhalten. Auf fehlende Zumutbarkeit wird sich der prüfpflichtige Hersteller grundsätzlich nicht mit Erfolg berufen können: das Kostenargument trägt nicht.

III. Die Verteilung der Beweislast

Die Erstreckung der seit der Hühnerpest-Entscheidung des BGH bekannten Umkehr der Beweislast⁶⁴⁾ auf Fälle, in denen

schon bei Inverkehrbringen des Produkts feststeht, daß dieses einen Instruktionsfehler enthält, ist keineswegs überraschend. Dies ergab sich nachhaltig aus der einschränkenden Regelung der Derosal-I-Entscheidung des BGH.⁶⁵⁾ Demzufolge wurde auch in der Literatur schon vorher die Auffassung vertreten, daß in diesen Fällen der Hersteller „näher daran“ ist, sein fehlendes Verschulden nachzuweisen.⁶⁶⁾ Das ist jetzt bestätigt worden.

Es fügt sich in dieses Bild, daß der BGH die Beweislast dafür, daß der Schaden durch eine ausreichende Warnung vermieden worden wäre, dem Geschädigten auferlegt.⁶⁷⁾ Wenn nämlich die vom Hersteller geschuldeten Warnhinweise, deutlich, klar und unmißverständlich – bezogen auf die konkrete Gefahr – formuliert sind, dann spricht freilich eine „tatsächliche Vermutung“⁶⁸⁾ dafür, daß der Geschädigte diese auch beachtet hätte.⁶⁹⁾ Es ist daher Sache des warnpflichtigen Herstellers, diese Vermutung zu entkräften, indem er besondere Umstände dartut, die eben diese „tatsächliche Vermutung“, ⁷⁰⁾ daß Warnhinweise auch beachtet werden, widerlegen.⁷¹⁾

IV. Zusammenfassung

Die entscheidende Neuerung in der Milupa-Entscheidung des BGH besteht darin, daß „Fachunternehmen“⁷²⁾ verpflichtet sind, vor Inverkehrbringen ihrer Produkte eigenständige Prüfungen durchzuführen, sofern die Produktbenutzung – gleichgültig, ob als bestimmungsgemäß oder als naheliegender, aber vorhersehbarer Fehlgebrauch zu qualifizieren – geeignet ist, Leib, Leben und Gesundheit Dritter zu schädigen. Diese eigenständige Prüfpflicht ist der Produktbeobachtungspflicht vorgeschaltet; es reicht folglich nicht aus, wenn Hersteller in diesen Fällen abwarten, daß die Wissenschaft ihnen neue Erkenntnisse über Produktrisiken und Produktgefahren nach dem Inverkehrbringen des Produkts vermittelt. Diese Prüfpflicht ist auch der Instruktionspflicht vorgeschaltet, weil sich nur aus den so gewonnenen Ergebnissen adäquate Warnhinweise formulieren lassen.

Zwischen Produktbeschreibung, Gebrauchsanleitung, Werbung und Warnhinweisen ist auf das sorgfältigste zu differenzieren; Warnhinweise haben eigenständige Bedeutung. Sie müssen so gestaltet sein, daß auch Benutzer, die mit den Produkten seit einiger Zeit vertraut sind, vor den spezifischen Gefahren eindeutig und klar gewarnt werden, wobei der „Funktionszusam-

60) BGH ZIP 1992, 38 (in diesem Heft).

61) BGH ZIP 1992, 38 (in diesem Heft).

62) BGH ZIP 1992, 38 (in diesem Heft).

63) BGH ZIP 1992, 38 (in diesem Heft).

64) BGHZ 51, 91 – Hühnerpest.

65) BGH NJW 1981, 1603, 1605; Foerste (Fußn. 6), § 30 Rz. 70 ff.

66) Grafv. Westphalen, WM 1981, 1154, 1158; Foerste (Fußn. 6), § 30 Rz. 76; Kullmann/Pfister (Fußn. 12), Kz. 1526, S. 17; RGRK-BGB-Steffen, § 823 Rz. 534.

67) BGHZ 106, 273, 284 – Asthma-Spray.

68) BGH ZIP 1992, 38 (in diesem Heft).

69) BGH VersR 1989, 155, 157; Brüggemann, ZIP 1991, 379, 380.

70) BGH ZIP 1992, 38 (in diesem Heft).

71) Brüggemann, ZIP 1991, 379, 380.

72) BGH ZIP 1992, 38 (in diesem Heft).

menhang⁷³⁾ zwischen Produktfehler und Körperschaden eindeutig aufzuzeigen ist.

Unter diesem Gesichtswinkel ist der Erstreckung der Beweislastumkehr auf Instruktionsfehler, die schon bei Inverkehrbringen des Produkts vorliegen, sachgerecht. Sachgerecht ist auch, daß der Geschädigte die Beweislast dafür trägt, daß die aufgetretenen Schäden durch eine ausreichende Warnung vermieden worden wären: Bei eindeutigen und klaren, konkret formulierten Warnhinweisen besteht freilich eine „tatsächliche Vermutung“ daß diese auch beachtet werden. Indessen kann der Hersteller diese Vermutung durch Darlegung besonderer Umstände entkräften.

Offen bleibt, inwieweit die Milupa-Entscheidung auch auf andere *Genußmittel* zu erstrecken ist, von denen man seit geraumer Zeit in Wissenschaft und Praxis weiß, daß sie schädigende Wirkungen haben, wie zum Beispiel Rauchen, Schokoladeessen

und Alkoholgenuß etc. Dies kann jedoch nur dann bejaht werden, wenn der Hersteller in diesen Fällen – anders als Milupa – den Produktbenutzer durch eine auf „Sicherheit“ zielende Werbung „einlullt“. Täte er dies, so würde er – jedenfalls im Regelfall – sogar Gefahr laufen, sich der Lächerlichkeit preiszugeben, weil allgemein bekannt ist, daß diese Produkte als solche keineswegs „sicher“ sind. Es ist vielmehr sozial adäquat, daß beim bestimmungsgemäßen Genuß dieser Produkte Schäden an den Rechtsgütern der Verbraucher auftreten.⁷⁴⁾ Jedenfalls im Rahmen des mitwirkenden Verschuldens gemäß § 254 BGB hat in diesen Fällen der Geschädigte – auch mit einer die angebliche „Sicherheit“ dieser Genußmittel begleitenden Werbung – keine Chance, seinen Schaden auf den Hersteller abzuwälzen.

73) BGH ZIP 1992, 38 (in diesem Heft).

74) *Graf v. Westphalen* (Fußn. 5), § 62 Rz. 27; *Kullmann/Pfister* (Fußn. 12), Kz. 3604, S. 6.