

Rechtsanwalt Dr. Friedrich Graf v. Westphalen, Köln

Produkthaftung – Haftungsfreizeichnung und Haftungsfreistellung nach dem AGB-Gesetz

Infolge der beträchtlichen Erhöhung der Risiken der Produzentenhaftung, wie sie für das Kaufrecht aufgrund der Entscheidungen des VIII. Senats vom 24. 11. 1976 (NJW 1977, 379) und vom 5. 7. 1978 (NJW 1978, 2241) eingetreten ist, erhält die Antwort auf die Frage gesteigerte Bedeutung: Inwieweit ist es dem Lieferanten möglich, die Risiken der Produzentenhaftung in seinen AGB auszu-schließen oder zu begrenzen und im Hinblick auf einen Regreß gegenüber dem Unterlieferanten den Versuch zu unternehmen, sich von diesen Risiken im Rahmen seiner Einkaufsbedingungen freistellen zu lassen, ohne in der einen wie der anderen Fallkonstellation gegen die Wertungskriterien des § 9 AGB-Gesetz zu verstoßen?

I. Die tragende Begründung der BGH-Entscheidungen

Es verdient festgehalten zu werden: Die Entscheidungen des VIII. Senats vom 24. 11. 1976¹ hat in der Literatur teils Zustimmung², teils heftige Ablehnung erfahren³. Ansatzpunkt für diese Kritik war in erster Linie, daß die Abgrenzung zwischen einem Mangel der Kaufsache einerseits und einer deliktsrechtlichen Eigentumsverletzung andererseits fehlsam sei. Soweit nämlich ein Mangel der Kaufsache i. S. des § 459 BGB vorliegt, fehle es an einer Eigentumsverletzung i. S. des § 823 I BGB, auch wenn sich dieser Mangel erst später, das heißt nach Ablauf der kaufrechtlichen Gewährleistungsfrist des § 477 BGB, realisiere⁴. Doch für alle praktischen Fälle ist – ungeachtet der dogmatischen Gewichtigkeit dieser Bedenken – nunmehr aufgrund der BGH-Entscheidung vom 5. 7. 1978⁵ davon auszugehen, daß der VIII. Senat nicht bereit ist, die einmal begonnene Linie zu verlassen. Vielmehr liegen jetzt zwei gewichtige Präjudizien im Rahmen der vom VIII. Senat veranlaßten Rechtsfortbildung vor, und nur noch die Anrufung des Großen Senats⁶ könnte hier eine Änderung herbeiführen. Fürs erste ist mithin davon auszugehen, daß der BGH – im Rahmen des Kaufrechts – von einem funktional determinierten Eigentumsbegriff i. S. des § 823 BGB ausgeht (vgl. unter 1), und daß er – des weiteren – den Grundgedanken der Anspruchskonkurrenz zwischen den §§ 459 ff. BGB einerseits und den §§ 823 ff. BGB andererseits in Fortsetzung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung⁷ konsequent zu Ende führt, was für den Bestand von Haftungsfreizeichnungsklauseln in Verkaufs- und Lieferbedingungen weitreichende Bedeutung hat (vgl. unter 2).

1. Der funktionale Eigentumsbegriff

Der VIII. Zivilsenat hat in seiner Entscheidung vom 5. 7. 1978⁸ keinen Zweifel daran gelassen, daß innerhalb kaufvertraglicher Rechtsbeziehungen deliktsrechtliche Ansprüche gem. § 823 I BGB zu bejahen sind, wenn es sich um einen – funktional – begrenzten Mangel/Fehler der Kaufsache handelt, der im Verhältnis zur Gesamtsache minderwertig ist und erst später, das heißt nach Gefahrenübergang (vgl. § 446 BGB) einen weitergehenden, zusätzlichen Schaden an der – zunächst – mangelfreien Sache hervorruft. Abzutrennen sind diese Fallkonstellationen im tatsächlichen Bereich von solchen, in denen bei Gefahrenübergang ein Mangel vorhanden ist, welcher aber – funktional – im Verhältnis zur gesamten Kaufsache nicht abgrenzbar und eingrenzbar ist, so daß die Sache insgesamt – und nicht nur teilweise – von Anfang an („im Keim“) mangelhaft war. Soweit diese Fallkonstellation

gegeben ist, ist für eine Eigentumsverletzung gem. § 823 I BGB, welche der Käufer gegenüber dem Verkäufer reklamieren könnte, kein Raum.

Nachdem der VIII. Senat sich bereits in seiner Entscheidung vom 5. 7. 1978 mit der Kritik von Schubert⁹, Rengier¹⁰ und Weitnauer¹¹ auseinandergesetzt hatte, ohne sich nur im Ansatz von seiner in der Schwimmerschalter-Entscheidung vom 24. 11. 1976¹² gefundenen Linie abbringen zu lassen, hat nunmehr Ebel¹³ einen anderen Gesichtspunkt ins Spiel gebracht: Danach soll der vom VIII. Senat entwickelte funktionale Eigentumsbegriff im Rahmen deliktsrechtlicher Ansprüche gem. § 823 BGB durch die Kriterien der §§ 90 ff. BGB ersetzt und ein Anspruch aus § 823 BGB nur dann zum Zuge kommen, wenn und soweit es sich bei der – im Eigentum des Käufers stehenden und beschädigten (Teil)-Sache – nicht um einen wesentlichen Bestandteil der gesamten Kaufsache im Sinn des § 93 BGB handelt. Es liegt auf der Hand, daß durch eine solche Kategorisierung das Risiko der Produzentenhaftung erheblich reduziert wird. Doch vermögen die Ausführungen von Ebel nicht zu überzeugen. Denn die §§ 90 ff. BGB dienen in erster Linie dem Zweck, eine eindeutige sachenrechtliche Zuordnung zwischen einer einheitlichen Sache und ihren Teilen zu bewirken; über Erfordernis und Ausmaß des deliktsrechtlichen Rechtsschutzes des Käufers ist damit aber noch nichts gesagt. Des weiteren verschiebt die von Ebel vorgeschlagene Lösung den Grundgedanken der Anspruchskonkurrenz zwischen den §§ 459 ff. BGB einerseits und den §§ 823 ff. BGB andererseits, wie er ständiger Rechtsprechung im Kaufrecht entspricht¹⁴, denn die Kriterien der §§ 90 ff. BGB müßten dann ja auch für die Auffindung des Begriffs der Mangelfolgeschäden herangezogen werden. Entscheidend ist aber – und dies hat der BGH in seiner Entscheidung vom 5. 7. 1978¹⁵ deutlich hervorgehoben: Es ist kein Grund ersichtlich, warum der Verkäufer/Lieferant einer beweglichen – schadhafte – Sache im Verhältnis zu seinem Käufer grundsätzlich besser gestellt werden soll, als wie er stünde, wenn der Käufer die Sache an einen Dritten weiter veräußert hätte – mit der Folge, daß der in seinen Eigentumsrechten geschädigte Dritte dann unmittelbare deliktsrechtliche Ansprüche gem. § 823 I BGB gegenüber dem Verkäufer/Lieferanten – soweit dieser kein reiner Händler ist¹⁶ – geltend macht. Freilich ist diese Parallelschaltung nur im Grundsätzlichen zutreffend; wie weit nämlich die Parallelität zwischen der Verkäufer-Käufer-Beziehung einerseits und der Produzentenhaftung gem. § 823 BGB gegenüber einem vertragsunabhängigen Dritten andererseits reicht, entscheidet sich letzten Endes erst daran, ob etwaige Haftungsfreizeichnungs- oder Haftungsbegrenzungsklauseln in allgemeinen Verkaufs- und Lieferbedingungen mit den Wertungskriterien von § 9

1) BGH, NJW 1977, 379.

2) Engels, Betr 1977, 617; Emmerich, JuS 1977, 472; Graf v. Westphalen, BB 1977, 314; Löwe, BB 2978, 1495. Die Darstellung von Schmidt-Salzer, BB 1979, 1 ff., konnte nicht berücksichtigt werden, da sie nach Fertigstellung des Manuskriptes erschien.

3) Lieb, JZ 1977, 345; Rengier, JZ 1977, 347; Schubert, JR 1977, 459; Weitnauer, Arztr 1978, 38.

4) Grundsätzliche Kritik meldet Evans=v. Krbek wegen der „Zufälligkeit“ der BGH-Begründung an, MDR 1978, 834.

5) BGH, NJW 1978, 2241.

6) Löwe, BB 1978, 1495 f.

7) RGZ 88, 433; RGZ 117, 315 (317); BGHZ 17, 214 = NJW 1955, 1314; BGH, NJW 1976, 1505.

8) BGH, NJW 1978, 2241.

9) Schubert, JR 1977, 459.

10) Rengier, JZ 1977, 347.

11) Weitnauer, Arztr 1978, 38.

12) BGH, NJW 1977, 379.

13) Ebel, NJW 1978, 2494.

14) BGH, NJW 1976, 1505.

15) BGH, NJW 1978, 2241.

16) BGH, NJW 1976, 1505; 1977, 379 (380); BGH, BB 1977, 1117.

AGB-Gesetz im Einklang stehen, was zu einer Privilegierung des Käufers führen könnte.

2. Unwirksamkeit der Haftungsfreizeichnungsklauseln

Man wird im Auge behalten müssen, daß *Hiddemann*¹⁷ die Entscheidung des *VIII. Senats* vom 24. 11. 1976 zum Anlaß genommen hat, die eingeschlagene Tendenz rechtspolitisch damit zu rechtfertigen, daß die kaufrechtliche Gewährleistungsfrist des § 477 BGB extrem kurz und damit käuferunfreundlich ist, und daß mit Hilfe des Instrumentariums der Anspruchskonkurrenz zwischen kaufrechtlicher Gewährleistung und deliktsrechtlichem Rechtsschutz dem geschädigten Käufer die Möglichkeit verschafft werden soll, ungeachtet der im Gewährleistungsbereich üblicherweise bestehenden Haftungsbegrenzungs- und Haftungsfreizeichnungsklauseln auf den deliktsrechtlichen Schutz der §§ 823ff. BGB zurückzugreifen. Unter der Perspektive der Unwirksamkeit der Haftungsfreizeichnung bietet die *BGH*-Entscheidung vom 24. 11. 1976 allerdings keine Besonderheiten, sondern bewegt sich im Rahmen des anerkannten Instrumentariums objektiver Auslegung von AGB-Klauseln¹⁸ und des Restriktionsprinzips¹⁹. Diese Grundsätze sind auch nach Erlaß des AGB-Gesetzes weiterhin anwendbar und zu berücksichtigenden²⁰. Es war deshalb nur konsequent, wenn der *VIII. Senat* in seiner Entscheidung vom 24. 11. 1976 die gewährleistungstypische Haftungsfreizeichnungsklausel nicht dahin auslegte, auch deliktsrechtliche Ansprüche wirksam abzubedingen, was im übrigen ständiger Rechtsprechung entspricht²¹.

Auch die *BGH*-Entscheidung vom 5. 7. 1978²² bewegt sich im Hinblick auf die Unwirksamkeit der Haftungsfreizeichnung auf bekanntem Terrain: Zum einen konnte der *BGH* an seine bisherige Judikatur anknüpfen, wonach individualvertragliche Eigenschaftszusicherungen grundsätzlich nicht durch Haftungsfreizeichnungsklauseln in ihrer Ziel- und Zweckrichtung aufgehoben werden dürfen²³, weil dadurch Sinn und Zweck einer (individualvertraglichen) Zusage gegenstandslos würde; zum anderen konnte der *BGH* – wiederum ausgehend vom Gedanken der Anspruchskonkurrenz – daran anknüpfen, daß eindeutige, gewährleistungsunabhängige vertragliche Formulierungen auch im Gebrauchtwagen-Handel erforderlich sind, um etwaige deliktsrechtliche Haftungen überhaupt zu erfassen²⁴. Gerade deshalb gewinnt die Frage maßgebende Bedeutung, inwieweit überhaupt noch Haftungsfreizeichnungs- oder Haftungsbegrenzungsklauseln gegenüber dem Risiko der Produzentenhaftung in Allgemeinen Verkaufs- und Lieferbedingungen verankert werden können, ohne daß diese entweder entsprechend den bisherigen *BGH*-Urteilen oder nach Maßgabe der Wertungskriterien des § 9 AGB-Gesetz unwirksam sind (vgl. unter II).

3. Ausweitung des Produzentenhaftungsrisikos auf das Werkvertragsrecht?

*Löwe*²⁵ hat zutreffenderweise darauf aufmerksam gemacht, daß sich der *VIII. Senat* in seiner Entscheidung vom 5. 7. 1978²⁶ fälschlicherweise auf das Urteil des *VI. Senats* vom 30. 5. 1978²⁷ berufen hat. Zwar betraf dieses Urteil vordergründig betrachtet eine Eigentumsverletzung nach § 823 BGB – Einbau eines fehlerhaften Ersatzteils in einen Pkw –, doch ist damit die höchst wichtige Frage noch keineswegs beantwortet, ob nämlich die Grundsätze der Produzentenhaftung gem. § 823 BGB auch dann Anwendung finden, wenn das zugrunde liegende Rechtsverhältnis keinen Kauf-, sondern einen Werkvertrag darstellt. Einen recht beachtlichen Ansatzpunkt hat jedoch der *VII. Senat* bereits in seiner Entscheidung vom 24. 3. 1977²⁸ gemacht. Allerdings bestand in dieser Entscheidung kein Grund, die typischen Gesichtspunkte der Produzentenhaftung in Form der Beweislastumkehr²⁹ zur Anwendung zu bringen; es reichte aus, den Schadensersatzanspruch des Geschädigten aus § 823 BGB herzuleiten und diesen von dem bereits verjährten Schadensersatzanspruch gem. § 635 BGB abzugrenzen. Der *VII. Senat* betonte in diesem Zusammenhang ausdrücklich seine Überein-

stimmung mit der Entscheidung des *VIII. Senats* vom 24. 11. 1976³⁰, doch lag der Sachverhalt hier ausgesprochen „günstig“: Die Klägerin ließ bei der Beklagten eine größere Anzahl von Rastern lackieren und unmittelbar an ihre Kundin liefern. Wenig später stellte sich heraus, daß diese Raster – nach Vornahme der Lackierungsarbeiten – sich verformt hatten, was zur Bejahung eines deliktrechtlichen Anspruchs gem. § 823 BGB gegenüber dem Werkunternehmer führte. Wie *Schlechtriem*³¹ zutreffend festgestellt hat, ist diese *BGH*-Entscheidung vom 24. 3. 1977 zumindest für die Fallkonstellationen präjudiziell, in denen der Besteller dem Werkunternehmer eigenes Material zur weiteren Bearbeitung zur Verfügung stellt. Kommt es in diesem Zusammenhang zu einer (schuldhaften) Beschädigung des bestellereigenen Werkstoffes, dann liegt – auch im Werkvertragsrecht – Anspruchskonkurrenz zwischen den werkvertraglichen Gewährleistungsregeln der §§ 633ff. BGB einerseits und den §§ 823ff. BGB andererseits vor. Über diesen Fallkonstellationen hinaus greift die präjudizielle Wirkung dieser Entscheidung aber auch all die Fälle, in denen Reparaturarbeiten in Auftrag gegeben werden³².

Kein Ansatzpunkt für deliktsrechtliche Ansprüche ist allerdings in den Fällen gegeben, in denen der Mangel dem Werk praktisch von Anfang an anhaftete, so daß es insgesamt mangelhaft war³³. Unentschieden sind bislang allerdings die Fälle, in denen das erstellte Werk (teilweise) mangelhaft war – mit der Folge, daß ein – funktional eingrenzbarer – Mangel sich nach Gefahrenübergang „weiterfraß“. In diesen für die Praxis höchst bedeutsamen Fällen, die – übertragen auf das Werkvertragsrecht – dem Schwimmerschalter-Urteil³⁴ entsprechen, scheint jedoch der *VII. Senat* des *BGH* eine ähnliche Entwicklung anzusteuern wie der *VIII. Senat*. Denn in seiner Entscheidung vom 24. 3. 1977³⁵ erklärte der *VII. Senat* unter Verweis auf frühere Judikatur³⁶, der deliktsrechtliche Eigentumsverletzungstatbestand zähle nicht zum typischen Bestellerrisiko, und er hat – insoweit in Übereinstimmung mit dem *VIII. Senat* – den Gedanken aufgegriffen, auch der Werkbesteller dürfe bei etwaigen Eigentumsbeschädigungen gem. § 823 I BGB nicht schlechter gestellt werden als ein vertragsfremder Dritter³⁷. Daraus ist – vorsichtig formuliert – zumindest die Tendenz des *VII. Senats* abzuleiten, auch im Werkvertragsrecht vom funktional begrenzten Eigentumsbegriff i. S. des § 823 I BGB auszugehen und im übrigen den Gedanken der Anspruchskonkurrenz zwischen den §§ 633ff. BGB einerseits und den §§ 823ff. BGB andererseits fruchtbar zu machen. Zur Konsequenz hätte dies: Auch im Werkvertragsrecht stehen dem Besteller Schadensersatzansprüche gem. § 823 BGB zur Verfügung, wenn ein funktional eingrenzbarer Mangel des Werks sich nach Gefahrenübergang „weiterfrißt“ und damit das in dem jeweils errichteten Werk begrün-

17) *Hiddemann*, WM 1977, 1253.

18) Vgl. *Löwe-Graf v. Westphalen-Trinkner*, AGB-Komm., 1977, § 11 Nr. 7 Rdnrn. 19ff. m. w. Nachw.

19) *Ulmer-Brandner-Hensen*, AGB-Gesetz, 3. Aufl. (1978), § 5 Rdnrn. 11 ff. m. w. Nachw.

20) Vgl. *Koch-Stübing*, AGB-Gesetz, 1977, § 5 Rdnr. 8.

21) *BGH*, BB 1970, 898; *BGH*, NJW 1971, 1130 = BB 1971, 415; *BGH*, NJW 1975, 1315; vgl. auch *BGH*, NJW 1971, 1795 m. Anm. *Giesen*.

22) *BGH*, NJW 1978, 2241.

23) *BGHZ* 50, 200 = NJW 1968, 1622; *BGH*, NJW 1972, 1706 = BB 1972, 1069; neustens *OLG Oldenburg*, MDR 1978, 844; *OLG Hamburg*, DAR 1978, 336; *BGH*, WM 1978, 1291; vgl. auch *Graf v. Westphalen*, Betr 1978, 2061 ff.

24) *BGH*, NJW 1978, 2241 (2243 a. E.).

25) *Löwe*, BB 1978, 1495 bei Fußn. 1.

26) *BGH*, BB 1978, 1088.

28) *BGH*, NJW 1977, 1819 m. Anm. *Schlechtriem*.

29) *BGHZ* 51, 91 = NJW 1969, 269.

30) *BGH*, NJW 1977, 379.

31) NJW 1977, 1819f.

32) *OLG Bremen*, VersR 1977, 867; *BGH*, WM 1978, 515 (518); *BGH*, BB 1978, 1088; vgl. auch *Niewöhner*, VersR 1977, 1087ff.

33) *BGHZ* 39, 366 = NJW 1963, 1827.

34) *BGH*, NJW 1977, 379.

35) *BGH*, NJW 1977, 1819.

36) *BGHZ* 55, 392 = NJW 1971, 1131.

37) *BGH*, NJW 1976, 1505; 1977, 379, 1819; 1978, 2241.

dete Eigentum des Bestellers gem. § 823 I BGB verletzt³⁸. Dann bleibt nur noch offen, ob auch der Werkunternehmer Adressat der Verhaltens- und Organisationspflichten im Rahmen der Produzentenhaftung gem. § 823 I BGB ist – eine Frage, die der *VI. Senat* dem Grunde nach – freilich in einem klageabweisenden Urteil – entschieden hat³⁹.

Im Ergebnis läuft diese Entwicklung also auf eine Parallelschaltung zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht einerseits und Produzentenhaftung andererseits hinaus; in beiden Fällen ist vom Grundsatz der Anspruchskonkurrenz zwischen Gewährleistungsrechten und Produzentenhaftungspflichten auszugehen, ohne daß es auf die Verjährungsfristen der §§ 477, 638 BGB entscheidend ankommt. Vielmehr gilt insoweit für die deliktsrechtlichen Ansprüche entsprechend dem Grundgedanken der Anspruchskonkurrenz die Verjährungsfrist des § 852 BGB. Zu betonen ist allerdings: Sachlich-typischer Ausgangspunkt in allen diesen Fällen ist stets – und unverzichtbar – die besondere Fallkonstellation: Weder die Kaufsache noch das erstellte Werk darf insgesamt mangelhaft sein, vielmehr muß es sich (lediglich) um einen funktional eingrenzenden Mangel/Fehler der Kaufsache/des Werkes handeln, der im Verhältnis zur Gesamtsache minderwertig ist und nach Gefahrenübergang zu einem weiteren Schaden an der Kaufsache/Werk führt, so daß insoweit eine Eigentumsverletzung vorliegt. Nichts zu tun hat dieser Problembereich allerdings mit der vor allem im Werkvertragsrecht nach wie vor lebhaft geführte Kontroverse um die zutreffende Einordnung der Schadensersatzansprüche aus § 638 BGB, positiver Vertragsverletzung und § 823 BGB⁴⁰; denn diese betrifft ausschließlich die Abgrenzung zwischen dem Vertragserfüllungsrisiko einerseits und dem Risiko von Mangelfolgeschäden andererseits und den hierfür jeweils anzuwendenden Anspruchsgrundlagen. Hier geht es indessen ausschließlich um Ansprüche im Erfüllungsbereich und die insoweit zu berücksichtigende Anspruchskonkurrenz.

II. Wirksamkeit von Haftungsbegrenzungs- und Haftungsfreizeichnungsklauseln gem. § 9 AGB-Gesetz

Es ist vom maßgebender Wichtigkeit für alle von dem Risiko der Produzentenhaftung betroffenen Unternehmen, eine Antwort auf die Frage zu erhalten, ob denn Haftungsbegrenzungs- und Haftungsfreizeichnungsklauseln in allgemeinen Verkaufs- und Lieferbedingungen überhaupt noch geeignet sind, das nunmehr erheblich erweiterte Risiko der Produzentenhaftung in überschaubaren Grenzen zu halten oder gar auszuschließen.

1. Evident unwirksame Klauseln

Der *VIII. Senat* hat hierauf zumindest eine vorläufige Antwort bereits erteilt: Haftungsfreizeichnungsklauseln gegenüber dem Risiko der Produzentenhaftung des § 823 BGB sind überhaupt nur dann – von weiteren Voraussetzungen abgesehen – diskutabel, wenn eine eindeutige, klare und präzise Gestaltung der Gewährleistungs- und Haftungsregelungen in Bezug auf Ansprüche aus § 823 BGB vorliegt⁴¹. Das gleiche gilt grundsätzlich für Haftungsbegrenzungsklauseln. Denn: Alle Haftungsfreizeichnungsklauseln, welche spezifisch auf Gewährleistungsregelungen ausgerichtet sind, scheiden bereits aufgrund der allgemeinen Unklarheitenregeln des § 5 AGB-Gesetz aus, weil dadurch das von den Gewährleistungsbestimmungen unabhängige Risiko der Produzentenhaftung gem. § 823 BGB nicht erfaßt wird⁴². Desweiteren ist tatbestandsmäßig zu berücksichtigen, daß es sich bei den hier in Rede stehenden Ansprüchen aus § 823 BGB nicht um solche handelt, die das Risiko etwaiger Mangelfolgeschäden zum Gegenstand haben⁴³ – obwohl auch diese Ansprüche einer vertraglichen Regelung zuzuführen sind –, sondern um deliktsrechtliche Schadensersatzansprüche, die primär den Be-

reich des Erfüllungsinteresses, nicht aber das Integritätsinteresse des Käufers/Bestellers betreffen⁴⁴. Daraus folgt eindeutig: Die üblicherweise verwendeten Haftungsfreizeichnungsklauseln, die Ansprüche aus Schäden ausschließen, „welche nicht am Liefergegenstand selbst entstanden sind“ (oder vergleichbare Regelungen enthalten), sind als Haftungsfreizeichnungsklauseln insoweit gem. § 5 AGB-Gesetz unwirksam. Gleiches gilt für solche Klauselgestaltungen, die – im Rahmen der Gewährleistungsregelung – „weitergehende Ansprüche, insbesondere Schadensersatzansprüche“ abbedingen. Denn auch diese Formulierung belegt, daß nach dem Willen des AGB-Verwenders – gemessen an einer objektivierten Auslegung dieser Klausel – lediglich Mangelfolgeschäden als „weitergehende“ Ansprüche erfaßt sein sollen, nicht aber Schäden innerhalb des Erfüllungsbereichs. Selbstverständlich sind aus den gleichen Gründen auch alle Haftungsfreizeichnungsklauseln unwirksam, die eine Abgrenzung der Schadensersatzhaftung nach den Kriterien des „mittelbaren“ und des „unmittelbaren Schadens“ vorzunehmen versuchen. Denn auch hierbei ist lediglich der Bereich des Integritätsinteresses des Käufers/Bestellers angesprochen. Gleiches gilt auch für alle die Formulierungen, die als Annex der Gewährleistungsregelung „Folgeschäden“ ausschließen – eine im übrigen höchst unglückliche Formulierung, weil damit nach ständiger Rechtsprechung des *BGH*⁴⁵ nicht einmal der Schadensersatzanspruch auf entgangenen Gewinn abgedeckt wird, der ja zum Bereich des Mangelschadens, nicht aber des Mangelfolgeschadens gehört.

Gemessen an der allgemeinen Unklarheitenregel des § 5 AGB-Gesetz sind aber auch viele der in der Praxis gebräuchlichen Musterbedingungen unwirksam, die sich – nicht zuletzt auch im Zusammenhang mit dem Risiko der Produzentenhaftung – in nebulöse Formulierungen flüchten, wie zum Beispiel, daß Haftungen auf Schadensersatz ausgeschlossen sind, „soweit dies zulässig ist“, oder daß eine Schadensersatzhaftung vom AGB-Verwender nur insoweit übernommen wird, „als dies zwingend gesetzlich geboten ist“. Denn diese Klauselgestaltung läßt die alles entscheidende Frage offen, inwieweit denn tatsächlich gehaftet werden muß bzw. inwieweit eine Haftungsfreizeichnung unwirksam ist, was allemal gem. § 5 AGB-Gesetz nicht zu halten ist⁴⁶. Sollte man dieser Auffassung nicht zuneigen, dann sind zumindest die zuletzt erwähnten Klauseln gem. § 9 I AGB-Gesetz unwirksam, weil anerkannt ist⁴⁷, daß unklare, keiner objektivierbaren Ausdeutung zugängliche Formulierungen in AGB-Klauseln stets eine unangemessene Benachteiligung des AGB-unterworfenen Kunden i. S. des § 9 I AGB-Gesetz darstellen.

2. Der Parameter des § 11 Nr. 7 AGB-Gesetz

Sieht man von der allgemeinen Unklarheitenregel des § 5 AGB-Gesetz ab, so ist die erste in diesem Zusammenhang zu beantwortende materiellrechtliche Frage auf die Fälle bezogen, in denen Ansprüche aus § 823 BGB wegen eines vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Verhaltens des AGB-Verwenders bzw. seiner Erfüllungsgehilfen geltend gemacht werden. Für den nicht-kaufmännischen Verkehr hat der Gesetzgeber in § 11 Nr. 7 AGB-Gesetz eine eindeutige Entscheidung getroffen: Soweit Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit – gleichgültig auf welcher Ebene innerhalb der Organisation des AGB-

38) *Schlechtriem*, NJW 1977, 1819f.; *ders.*, Vertragsordnung und außervertragliche Haftung, 1972, S. 299f.

39) *BGH*, BB 1977, 1117.

40) Hierzu neuestens *Rengier*, Die Abgrenzung des positiven Interesses vom negativen Vertragsinteresse und vom Integritätsinteresse, 1977; vgl. auch *Todt*, Die Schadensersatzansprüche des Käufers, Mieters und Werkbestellers aus Sachmängeln, 1970, jeweils mit erschöpfenden Nachw.

41) *BGH*, NJW 1977, 379 (381).

42) Vgl. auch *BGH*, NJW 1976, 1505.

43) *BGH*, NJW 1976, 1505; 1971, 1131.

44) Vgl. *Schlechtriem*, NJW 1977, 1819f.

45) *BGHZ* 58, 85 = NJW 1972, 625.

46) *Dittmann-Stahl*, AGB-Gesetz, Rdnr. 243; *Graf v. Westphalen*, Betr 1978, 2061, 2064.

47) *Schlösser-Coester=Waltjen-Graba*, AGB-Gesetz, § 9 Rdnr. 55.

Verwenders bzw. seiner Erfüllungsgehilfen – den eingetretenen Schaden verursacht hat, sind Haftungsbegrenzungs- und Haftungsfreizeichnungsklauseln unwirksam. § 11 Nr. 7 AGB-Gesetz gilt gegenüber deliktischen Ansprüchen entweder direkt⁴⁸ oder analog⁴⁹; da deliktsrechtliche Ansprüche mit Gewährleistungsansprüchen in Anspruchskonkurrenz stehen, besteht kein Anlaß, innerhalb des deliktsrechtlichen Bereichs Haftungsbegrenzungs- oder Haftungsfreizeichnungsklauseln – entgegen dem allgemeinen Verbotstatbestand des § 11 Nr. 7 AGB-Gesetz – zu privilegieren⁵⁰. Auch die Tatsache, daß der AGB-Verwender innerhalb des Deliktsrechts für seine Verrichtungsgelhilfen lediglich gem. § 831 BGB einstehen muß, zwingt zu keiner anderen Lösung⁵¹, da die Verschuldensvoraussetzungen des § 11 Nr. 7 AGB-Gesetz sehr wohl im Rahmen des Auswahl- bzw. Überwachungsverschuldens vorliegen können⁵².

Da § 11 Nr. 7 AGB-Gesetz im kaufmännischen Verkehr gem. § 24 S. 1 AGB-Gesetz keine Anwendung findet, ist im kaufmännischen Verkehr ein Rückgriff auf die Wertungskriterien des § 9 AGB-Gesetz erforderlich. Einigkeit besteht in der Literatur – basierend auf der bisherigen BGH-Judikatur⁵³ – darin, daß Haftungsfreizeichnungs- und Haftungsbegrenzungsklauseln auch im kaufmännischen Verkehr unwirksam sind, falls die Schadensursache auf Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit des AGB-Verwenders oder seiner leitenden Mitarbeiter/Angestellten beruht. Umstritten ist allerdings, ob es mit § 9 I AGB-Gesetz im Einklang steht, wenn der AGB-Verwender Schadensersatzansprüche insoweit ausschließt, als es sich um Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit der nicht leitenden Angestellten/Arbeiter bzw. seiner eingeschalteten Erfüllungsgehilfen handelt⁵⁴. Zwar soll nicht verkannt werden, daß die Einschaltung von Erfüllungsgehilfen gerade im kaufmännischen Bereich unerlässlich ist – sie ist Konsequenz und Gebot der arbeitsteiligen Wirtschaft – doch ist es mit den Geboten von Treu und Glauben gem. § 242 BGB nicht vereinbar, wenn sich der AGB-Verwender von Schadensersatzansprüchen freizeichnet, die auf so schwerwiegende Verschuldensformen, wie Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit – gleichgültig, auf welcher Ebene des Unternehmens oder der eingeschalteten Erfüllungsgehilfen – zurückzuführen sind⁵⁵. Voraussetzung für diese sich aus § 9 I AGB-Gesetz ableitende Wertung ist freilich, daß es bei der bisherigen Fixierung des Sorgfaltsmaßstabs zur Ausfüllung des Begriffs der „groben Fahrlässigkeit“ bleibt, daß also keine Verwässerung gegenüber der leichten Fahrlässigkeit vorgenommen wird⁵⁶. Im Hinblick auf etwaige Haftungsbegrenzungsklauseln erscheint es jedoch im kaufmännischen Verkehr durchaus vertretbar, den zu ersetzenden Schaden der Höhe nach formularmäßig auf den üblicherweise und typischerweise in derartigen Fällen voraussehbaren Schaden zu begrenzen⁵⁷. Dabei ist freilich vom praktischen Standpunkt aus zu berücksichtigen, daß das Kriterium der Voraussehbarkeit – verglichen mit dem der adäquaten Kausalität – lediglich einen mikroskopischen Unterschied ermöglicht⁵⁸.

3. Organisationspflichten im Rahmen der Produzentenhaftung als Kardinalpflichten i. S. des § 9 II Nr. 2 AGB-Gesetz

a) **Deliktsrechtliche Organisationspflichten im Rahmen der Produzentenhaftung.** Es ist allgemein anerkannt: Die sich aus § 823 BGB ergebende Produzentenhaftung konkretisiert die typischen Gefahrenabwendungspflichten des Herstellers⁵⁹. Dieser schuldet Dritten gegenüber die Maßnahme, die in organisatorischer Hinsicht erforderlich sind, damit die von ihm hergestellten bzw. vertriebenen Produkte keine Verletzungen der durch § 823 I BGB geschützten Rechtsgüter Dritter verursachen⁶⁰. Folglich muß der Hersteller – sowie alle Adressaten der Produzentenhaftung⁶¹ – ihren Herrschafts- und Organisationsbereich in sachlicher und personeller Hinsicht derart or-

ganisieren, daß von vornherein Gefahrenlagen i. S. des § 823 BGB für Dritte vermieden und konkrete Gefahren, die im Zusammenhang mit der Herstellung bzw. dem Vertrieb von Produkten stehen, beseitigt werden. Es hat sich eingebürgert, auch wenn gewichtige Bedenken hiergegen geltend gemacht worden sind⁶², im Rahmen der Produzentenhaftung von verschiedenen Fehlerkategorien zu sprechen, so: von Entwicklungsschäden⁶³, Konstruktionsfehlern⁶⁴, Fabrikationsfehlern⁶⁵, Instruktionsfehlern⁶⁶ und Verletzungen der Produktbeobachtungspflicht⁶⁷. Deutlich wird damit, daß die Produzentenhaftung gem. § 823 BGB nicht etwa mit dem Vertrieb des Produkts endet⁶⁸, oder mit dem Ablauf der kauf- bzw. werkvertraglichen Gewährleistungsfrist; vielmehr: Die Produzentenhaftung begleitet auf Basis der deliktsrechtlichen Organisationspflichten des § 823 BGB das Produkt – im wahrsten Sinne des Wortes – von der Wiege bis zur Bahre; zeitliche Schranke ist ausschließlich § 852 I BGB.

Durch die vom BGH im Hühnerpest-Urteil⁶⁹ vorgenommene Beweislastumkehr haben sich die Risiken der Produzentenhaftung für die betroffenen Unternehmen erheblich erhöht; dies gilt nicht zuletzt

48) *Löwe-Graf v. Westphalen-Drinkner* (o. Fußn. 18), § 11 Nr. 7 Rdnr. 11; *Schlosser-Coester-Waltjen-Graba*, § 11 Nr. 7 Rdnr. 37; *Koch-Stübing* (o. Fußn. 20), § 11 Nr. 7 Rdnr. 5.

49) *Ulmer-Brandner-Hensen* (o. Fußn. 19), § 11 Nr. 7 Rdnr. 20.

50) Hierzu auch *Schmidt-Salzer*, AGB, 2. Aufl., F 207 ff.

51) So auch *Ulmer-Brandner-Hensen* (o. Fußn. 19), § 11 Nr. 7 Rdnr. 20; a. M. *Helm*, VersR 1978, 1 f.

52) *Schlosser-Coester-Waltjen-Graba* (o. Fußn. 47), § 11 Nr. 7 Rdnr. 37.

53) *BGHZ* 20, 154 (167 f.) = NJW 1956, 945; *BGHZ* 38, 183 (185 f.) = NJW 1963, 99; *BGH*, NJW 1974, 900.

54) So *Ulmer-Brandner-Hensen* (o. Fußn. 19), § 11 Nr. 7 Rdnr. 34 ff.; *Löwe-Graf v. Westphalen-Drinkner* (o. Fußn. 18), § 11 Nr. 7 Rdnr. 17; *Koch-Stübing* (o. Fußn. 20), § 11 Nr. 7 Rdnr. 20; *Schlosser-Coester-Waltjen-Graba* (o. Fußn. 47), § 11 Nr. 7 Rdnr. 84; teilweise einschränkend *Stein*, AGB-Gesetz, § 11 Rdnr. 61; für Beibehaltung der bisherigen BGH-Judikatur *Palandt-Heinrichs*, BGB, § 11 AGB-Gesetz Anm. 7 c; *Dittmann-Stahl* (o. Fußn. 46), Rdnr. 435; so wohl auch *Kötz*, in: MünchKomm, § 11 AGB-Gesetz Rdnr. 64; so wohl auch *Schmidt-Salzer* (o. Fußn. 50), F 201.

55) Vgl. vor allem *Ulmer-Brandner-Hensen* (o. Fußn. 19), § 11 Nr. 7 Rdnr. 36 ff.

56) Dazu tendiert allerdings die Rechtsprechung, soweit sie ein Organisationsverschulden annimmt, welches – relativ unbesehen – als grobe Fahrlässigkeit qualifiziert wird, *BGH*, NJW 1974, 900 (901); *BGH*, NJW 1973, 2154 = WM 1973, 1238 (1241).

57) *Ulmer-Brandner-Hensen* (o. Fußn. 19), § 11 Nr. 7 Rdnr. 41; *Schlosser-Coester-Waltjen-Graba* (o. Fußn. 47), § 11 Rdnr. 84.

58) Hierzu *Dölle-Weitnauer*, EKG, Vorb. Art. 82 Anm. 58.

59) Hierzu *Schmidt-Salzer*, Produkthaftung, 1973, Rdnr. 13 ff.; *Diederichsen*, NJW 1978, 1283.

60) *Schmidt-Salzer*, aaO, Rdnr. 14; *Kullmann*, BB 1976, 1086 f.

61) Hierzu *BGH*, NJW 1968, 247 – Zulieferant; *OLG Celle*, VersR 978, 258 – assembler; *BGH*, NJW 1977, 379 – Verkäufer/Hersteller; *BGH*, NJW 1976, 1505 – Händler; *BGH*, BB 1977, 1117 – Montageunternehmen; *BGH*, NJW 1975, 1827 – Betriebsleiter.

62) Hierzu vor allem *Simitis*, in: Festschr. f. Duden, 1977, S. 623 ff.; *Schmidt-Salzer* (o. Fußn. 59), Rdnr. 39 ff.; *Graf v. Westphalen*, WiR 1972, 69 f.

63) Statt aller *Diederichsen*, NJW 1978, 1285; an dieser Stelle erweist sich freilich der Unterschied zur Gefährdungshaftung; hierzu *Simitis*, aaO; *Fikler*, in: Festschr. f. Duden, S. 93 ff.; *ders.*, in: Festschr. f. v. Caemmerer, 1978, S. 343 ff.

64) Vgl. *BGH*, VersR 1952, 357; 1957, 584; *BGH*, NJW 1972, 2217.

65) *BGHZ* 51, 91 ff. = NJW 1969, 269; *BGH*, NJW 1973, 1602 (1603) = BB 1973, 1372 m. Anm. *Graf v. Westphalen*; *BGH*, BB 1975, 1031 m. Anm. *Schmidt-Salzer* und *Graf v. Westphalen*; hierzu auch *Steindorff*, AcP 170, 93 ff.

66) *BGH*, NJW 1975, 824; 1972, 2217; *BGH*, NJW 1973, 1602 (1603) = BB 1977, 1372 m. Anm. *Graf v. Westphalen*.

67) *BGH*, BB 1970, 1414; vgl. auch *Graf v. Westphalen*, BB 1971, 152 ff.; neuestens *Löwe*, DAR 1978, 288 ff.; zum besonderen Problem der Haftung der Automobilindustrie bei Produktmängeln vgl. *Diederichsen*, DAR 1976, 312 ff.

68) Hierzu bereits *Simitis*, DJT-Gutachten, 1968, C 49.

69) *BGHZ* 51, 91 ff. = NJW 1969, 269 m. Anm. *Diederichsen*; zum Beweisproblem vgl. insb. *Weitnauer*, in: Festschr. f. Larenz, 1973, S. 905 ff.; *Stoll*, AcP 176, 168 f.; vgl. auch *Musielak*, AcP 176, 465 ff.; *Schmidt-Salzer* (o. Fußn. 59), Rdnr. 223 ff.; *Lorenz*, AcP 170, 367 ff.; *Kuchinke*, in: Festschr. f. Laufke, S. 111 ff.

auch deswegen, weil die Grundsätze des Anscheinsbeweises⁷⁰ – oder exakter die des Indizienbeweises⁷¹ – im Hinblick auf den Fehlernachweis⁷² sowie in bezug auf die Kausalität zwischen Fehler und Schaden zugelassen worden sind⁷³. Im praktischen Ergebnis – freilich nicht in der dogmatisch-systematischen Begründung⁷⁴ – nähert sich daher die Produzentenhaftung im deutschen Recht teilweise bereits der Gefährdungshaftung⁷⁵. Dabei ist zu berücksichtigen, daß die Rechtsprechung verschiedentlich die Organisationspflichten stark angespannt und die Entlastungsmöglichkeiten – zumal im Bereich des § 831 I 2 BGB⁷⁶ – erheblich reduziert hat, was inzwischen allgemein bejaht wird⁷⁷.

b) Die deliktsrechtlichen Organisationspflichten des § 823 BGB als Kardinalpflichten i. S. des § 9 II Nr. 2 AGB-Gesetz. Von maßgebender Bedeutung ist nunmehr die Antwort auf die Frage, ob die deliktsrechtlichen Organisationspflichten des Verkäufers/Werkunternehmers i. S. des § 823 BGB gegenüber seinem Vertragspartner als Kardinalpflichten i. S. des § 9 II Nr. 2 AGB-Gesetz zu bewerten sind, weil dann nämlich Haftungsfreizeichnungsklauseln in allgemeinen Verkaufs- und Lieferbedingungen „im Zweifel“ unwirksam wären. Die kaufvertragliche Hauptpflicht des Verkäufers gegenüber dem Käufer zielt gem. § 433 I BGB auf Eigentums- und Besitzverschaffung an der gekauften Sache; auch die Lieferung einer mangelhaften Sache ist nach herrschender Auffassung Erfüllung des Kaufvertrages, weil die Gewährleistungsrechte der §§ 459 ff. BGB als Gewährleistungsregelungen von den Erfüllungsansprüchen des Käufers streng getrennt sind. Anders ist die Rechtslage im Werkvertragsrecht; hier hat der Besteller gem. §§ 633 ff. BGB einen Anspruch auf Erstellung eines mangelfreien Werks. Die Gewährleistungsregeln der §§ 633 ff. BGB decken sich – getrennt nur durch die Abnahme gem. § 640 BGB – dogmatisch-systematisch mit den Erfüllungsansprüchen des Werkbestellers⁷⁸.

Die Rechtsprechung des BGH hat in mehreren Entscheidungen⁷⁹ den Grundgedanken herausgearbeitet: Der AGB-Verwender darf sich nicht von solchen Verpflichtungen freizeichnen, deren Beachtung erst die Voraussetzungen für die Erfüllung des Vertrages schaffen. Die damit apostrophierten Pflichten sind überwiegend als „Kardinalpflichten“ gekennzeichnet worden – ein Gedanke, den der BGH auch an anderer Stelle⁸⁰ weiter vertieft hat. Dabei ist insbesondere zu unterstreichen: Derartige „Kardinalpflichten“ sind keineswegs identisch mit den sich aus dem vertraglichen Synallagma ergebenden Hauptpflichten, sondern konkretisieren durchaus auch sonstige Verhaltenspflichten des AGB-Verwenders⁸¹. Schon vor Erlaß des AGB-Gesetzes hat Schmidt-Salzer zutreffenderweise darauf aufmerksam gemacht, daß es dem AGB-Verwender verwehrt sei, sich wirksam von der ihn treffenden Verpflichtung zur ausreichenden Organisation seines Unternehmens freizuziehen; lediglich eine Freizeichnung für typisches Personalverschulden – bei Erfüllung der nicht delegierbaren Verpflichtung zur ausreichenden Organisation des Betriebs i. S. des § 823 BGB – sei dem Unternehmer gestattet⁸².

Die bisherige Rechtsprechung des BGH zu den freizeichnungs-festen „Kardinalpflichten“ ist nunmehr in § 9 II Nr. 2 AGB-Gesetz aufgegriffen und verselbständigt worden. Es ist anerkannt, daß insbesondere allgemeine Schutz- und Gefahrenabwendungsverpflichtungen Gegenstand der in § 9 II Nr. 2 AGB-Gesetz normierten „Kardinalpflichten“ sein können – vorausgesetzt freilich, die Erfüllung des Vertragszwecks würde dadurch gefährdet, daß eine diesbezügliche Haftungsfreizeichnung vorgesehen wäre. In der Literatur sind jedoch diese allgemeinen Leistungs- und Sorgfaltspflichten des AGB-Verwenders vornehmlich aus § 242 BGB, nicht aber aus § 823 BGB hergeleitet worden⁸³. Doch dürfte es kaum strittig sein, daß die den deliktsrechtlichen Rechtsgüterschutz bewirkenden Organisationspflichten des § 823 BGB mit den sich aus § 242 BGB ergebenden allgemeinen Schutz- und Sorgfaltspflichten vergleichbar sind. Wenn nämlich schon die der Produzentenhaftung des § 823 BGB unterworfenen Unternehmen deliktsrechtlich verpflichtet sind, die erforderlichen Gefahrenabwendungsmaßnahmen zu treffen,

damit Dritte nicht in vermeidbarer Weise in ihren in § 823 BGB geschützten Rechtsgütern verletzt werden, so gilt dies erst recht für einen Verkäufer oder Werkunternehmer, der mit seinem Kontaktpartner vertraglich verbunden, das heißt zu noch weiterreichender Sorgfalt verpflichtet ist⁸⁴ – nicht zuletzt auch, weil das Risiko von Sach- oder Personenschäden im Sinn des § 823 BGB nicht zum typischen Käufer- oder Bestellerrisiko zählt⁸⁵.

Kommt ein Verkäufer/Werkunternehmer seinen deliktsrechtlichen Organisationspflichten i. S. des § 823 BGB gegenüber seinen Vertragspartnern nicht nach, so schafft er damit eine weit über das typische Nichterfüllungsrisiko hinausreichende Gefahrenlage, zum Beispiel wenn wegen eines Konstruktions- oder Instruktionsfehlers ein Personenschaden verursacht wird oder eine Eigentumsverletzung resultiert. Damit aber wird deutlich, daß in diesen Fällen der Verkäufer/Werkunternehmer eine Grundpflicht mißachtet hat, deren Beachtung die Voraussetzung einer ordnungsgemäßen Vertragserfüllung ist, so zum Beispiel wenn der Unternehmer es pflichtwidrig unterließ, die für die ordnungsgemäße Leistungserbringung erforderlichen organisatorischen Anweisungen zu geben⁸⁶. Mithin sind die deliktsrechtlichen Organisationspflichten als „Kardinalpflichten“ i. S. des § 9 II Nr. 2 AGB-Gesetz zu klassifizieren.

c) Das Kriterium der Gefährdung des Vertragszwecks. Unter Berufung auf § 9 II Nr. 2 AGB-Gesetz hat der VIII. Senat vor kurzem eine wichtige Entscheidung getroffen, die in diesem Zusammenhang fruchtbar gemacht werden kann⁸⁷. Der BGH untersagte einem Wasserversorgungsverband die Berufung auf eine Haftungsfreizeichnungsklausel, weil sich der AGB-Verwender hier von der Verpflichtung zur Lieferung reinen Wassers freigezeichnet hatte, obwohl er durch fehlerhafte Rohrverlegungen die Verseuchung des Wassers – und damit eine Gesundheitsbeschädigung i. S. des § 823 I BGB – selbst verursacht hatte. Der BGH betonte, der AGB-unterworfenen Kunde müsse auf die Möglichkeit einer ordnungsgemäßen Vertragserfüllung vertrauen dürfen; eine gegen diesen Vertrauensstatbestand gerichtete Haftungsfreizeichnungsklausel sei folglich gem. § 9 II Nr. 2 AGB-Gesetz unwirksam. Verallgemeinert man diesen Leitgedanken, so ergibt sich für Haftungsfreizeichnungsklauseln im Rahmen der Produzentenhaftung des § 823 BGB: Eine „Gefährdung des Vertragszwecks“ i. S. des § 9 II Nr. 2 AGB-Gesetz liegt bei der Verletzung ei-

70) BGH, BB 1970, 1414.

71) Vgl. Graf v. Westphalen, BB 1971, 153f.; Lorenz, AcP 170, 389.

72) Schmidt-Salzer (o. FuBn. 59), Rdnrn. 234ff.

73) Weitnauer (o. FuBn. 69), S. 908ff.

74) Vgl. Diederichsen, NJW 1978, 1283, der von einer eigenen Dogmatik spricht; andererseits Kullmann, BB 1976, 1086f., der in der Produzentenhaftung praktisch eine Weiterentwicklung früherer Rechtsprechungsergebnisse im Rahmen des § 823 BGB sieht.

75) Hierzu insb. BGH, NJW 1973, 1602 = BB 1973, 1372 m. Anm. Graf v. Westphalen.

76) Hierzu vor allem Lorenz, AcP 170, 370; gegen diesen Weitnauer (o. FuBn. 69), S. 908 bei FuBn. 16.

77) A. M. Simitis (o. FuBn. 62), S. 605ff.

78) Statt aller Palandt-Thomas, Vorb. §§ 633ff. Anm. 3a.

79) BGH, NJW 1956, 1065; BGH, VersR 1966, 871 (873); BGH, NJW 1968, 1567; 1976, 189 = BB 1976, 15; BGH, NJW 1976, 672 = BB 1976, 159; BGH, NJW 1978, 1314 = BB 1978, 829.

80) BGH, NJW 1971, 1036; vgl. auch BGH, NJW 1978, 1576 = BB 1978, 1337.

81) BGH, NJW 1973, 2154.

82) Schmidt-Salzer, AGB, 1971, Rdnrn. 182ff.; vgl. auch nunmehr in der 2. Aufl., F 207ff.

83) Ulmer-Brandner-Hensen (o. FuBn. 19), § 9 Rdnr. 62; Kötz, in: MünchKomm, § 9 AGB-Gesetz Rdnr. 13; Löwe-Graf v. Westphalen-Trinkner (o. FuBn. 18), § 9 Rdnrn. 29ff.; krit. Schlosser, WM 1978, 562ff.

84) BGH, NJW 1977, 1819.

85) BGH, NJW 1971, 1131. In BGH, NJW 1977, 379 (381) weist der BGH ausdrücklich darauf hin, daß der Käufer sonst rechtslos gestellt wäre, würde man ihm das Zurückgreifen auf deliktsrechtliche Ansprüche – nach Ablauf der kaufrechtlichen Gewährleistung – versagen; so auch im Ergebnis Hiddemann, WM 1977, 1253.

86) BGH, NJW 1973, 2154; vgl. aber auch insb. BGH, NJW 1974, 900; WM 1973, 1238 (1241) – für Fälle des Organisationsverschuldens.

87) BGH, WM 1978, 515.

ner deliktsrechtlichen Organisationspflicht immer dann vor, wenn dem AGB-Verwender als Verkäufer/Werkunternehmer der Vorwurf eines Organisationsmangels in sachlicher oder personeller Hinsicht – bei Bejahung der Tatbestandsvoraussetzung des § 823 BGB im übrigen – gemacht werden kann. In die Kategorien der Produzentenhaftung gesprochen bedeutet dies: Liegt ein Konstruktions-, Instruktions- oder Fehler der Produktbeobachtung vor, und resultiert daraus eine Rechtsgutverletzung i. S. des § 823 I BGB, dann sind Haftungsfreizeichnungsklauseln in allgemeinen Verkaufs- und Lieferbedingungen „im Zweifel“ unwirksam. Bei Entwicklungsschäden und Fabrikationsfehlern ist zu berücksichtigen, daß die Anforderung an die Sorgfaltspflichten des Unternehmers/AGB-Verwenders im Hinblick auf seine deliktsrechtlichen Organisationspflichten sehr hoch sind⁸⁸, so daß auch insoweit wegen Verletzung der grundlegenden deliktsrechtlichen Organisationspflicht Haftungsfreizeichnungsklauseln regelmäßig das gleiche Schicksal erleiden, soweit nicht dem AGB-Verwender der Nachweis der Nichtverursachung oder des Nichtverschuldens im Hinblick auf die ihn treffende Organisationspflicht i. S. des § 823 BGB gelingt, z. B. im Fall reinen Personalverschuldens.

4. Das Erfordernis der Unangemessenheit i. S. des § 9 II Nr. 2 AGB-Gesetz

Aus dem Vorstehenden folgt bereits: Klauseln, in denen sich der AGB-Verwender in seinen Verkaufs- und Lieferbedingungen von der Produzentenhaftung gem. § 823 BGB wegen Organisationsverschuldens freizeichnet, sind mit § 9 II Nr. 2 AGB-Gesetz nicht vereinbar; sie sind eine unangemessene Benachteiligung des AGB-unterworfenen Käufers/Werkbestellers. Teilweise wurde diese Ansicht bereits vor der maßgebenden BGH-Entscheidung vom 24. 11. 1976⁸⁹ vertreten⁹⁰. Verschiedentlich wurde allerdings darauf hingewiesen⁹¹, bei Bejahung einer deliktsrechtlichen Haftung des Produzenten komme eine Haftungsfreizeichnung schon aus tatsächlichen Gründen regelmäßig nicht in Betracht, weil ja der Verbraucher dann eine bestimmte Haftungsfreizeichnungserklärung als ein an ihn gerichtetes Angebot i. S. des § 145 BGB annehmen müsse, was grundsätzlich nicht der Fall sei. Mitunter findet sich allerdings die Ansicht, Haftungsfreizeichnungen im Vertragsverhältnis Hersteller – Käufer/Werkbesteller seien ohne weiteres zulässig⁹². Unter Berücksichtigung der Wertungskriterien des § 9 I Nr. 2 AGB-Gesetz kann diese Meinung jedoch keinen Anspruch auf weitere Gefolgschaft erheben – und zwar nicht nur aus den bereits dargelegten dogmatischen Gründen, sondern vielmehr aus einer grundsätzlichen Erwägung: Sowohl der VI. als auch der VII. Senat haben in ihren zuvor dargestellten Entscheidungen⁹³ betont: Es sei in gar keiner Weise einzusehen, aus welchen Gründen ein Verkäufer/Werkunternehmer bei einem aus § 823 BGB resultierenden Schadensersatzanspruch des Käufers/Werkbestellers besser gestellt werden sollte als ein beliebiger Dritter, der Ansprüchen aus der Produzentenhaftung ausgesetzt ist, zumal den Verkäufer/Werkunternehmer als Vertragspartner höhere Pflichten treffen als den Unternehmer im Rahmen der Produzentenhaftung⁹⁴. Wenn aber einem Hersteller aus dogmatischen, zumindest aber aus praktischen Gründen die Möglichkeit abgeschnitten ist, sich gegenüber einem Dritten vom Risiko der Produzentenhaftung wirksam freizuzichnen, so muß dies im Rahmen des § 9 II Nr. 2 AGB-Gesetz erst recht für den Verkäufer/Werkbesteller bei Vorliegen eines Organisationsverschuldens gelten, was noch zu begründen ist.

a) *Die Versicherbarkeit des Risikos.* Hinzu kommt: Der Verkäufer/Werkunternehmer ist regelmäßig in der Lage, das Risiko der Produzentenhaftung angemessen zu versichern⁹⁵. Daß dies in der Praxis häufig – wie die Erfahrung lehrt – nur

höchst unzulänglich geschieht, steht dem nicht entgegen, zumal anerkannt ist: Soweit der AGB-Verwender die Möglichkeit hat, sich gegenüber den ihn treffenden Haftungsrisiken ausreichend zu versichern, müssen Haftungsfreizeichnungsklauseln insoweit als unwirksam gem. § 9 AGB-Gesetz qualifiziert werden⁹⁶. Dies entspricht ständiger Rechtsprechung⁹⁷. Im Rahmen des hier erörterten Problemkreises ist freilich eine wesentliche Differenzierung anzubringen: Praktisch uneingeschränkt besteht eine Versicherungsmöglichkeit gegenüber den Risiken der Produzentenhaftung aus § 823 BGB, soweit sie sich als Mangelfolgeschäden realisieren; insoweit kommt es lediglich auf eine ausreichend hohe Deckungssumme für Sach- und Personenschäden an. Dieser Gesichtspunkt ist vor allem im Rahmen etwaiger Haftungsbegrenzungsklauseln fruchtbar zu machen; denn derartige Klauseln in allgemeinen Verkaufs- und Lieferbedingungen sind – bezogen auf das Mangelfolgeschadenrisiko gem. § 823 BGB – durchaus mit den Wertungskriterien von § 9 II Nr. 2 AGB-Gesetz vereinbar, als die jeweiligen Deckungssummen sich im Rahmen vorausehbarer – allerdings objektiver – Schadensschätzung bewegen. Unter dieser Voraussetzung gewähren Haftungsbegrenzungsklauseln dem AGB-unterworfenen Käufer/Werkbesteller für das Risiko von Sach- und Personenschäden grundsätzlich⁹⁸ eine ausreichende Kompensation, so daß sie als wirksam anzusehen sind⁹⁹.

b) *Der Deckungsausschlußtatbestand des § 4 II Nr. 5 AHB.* Im Hinblick auf die Fallkonstellationen der BGH-Urteile vom 24. 11. 1976¹⁰⁰ bzw. vom 5. 7. 1978¹⁰¹ treffen diese Überlegungen allerdings nicht zu. Hier gilt vielmehr der Deckungsausschluß gem. § 4 II Nr. 5 AHB – und zwar sowohl im Rahmen der konventionellen Betriebshaftpflichtversicherung als auch im Rahmen der erweiterten Produkthaftpflicht-Dekung¹⁰²: Schäden an der vom Versicherungsnehmer hergestellten oder gelieferten Sache sind von der Haftpflicht-Dekung ausgenommen, weil sich in ihnen das unversicherbare Unternehmerrisiko verkörpert¹⁰³. Stichtag für die Bejahung des Ausschlußtatbestandes des § 4 II Nr. 5 AHB ist die Beendigung der Herstellung oder der Tag der Lieferung¹⁰⁴. Ergänzt wird dieser Ausschlußtatbestand des § 4 II Nr. 5 AHB durch den generellen Ausschluß von Erfüllungsansprüchen gem. § 4 I Nr. 6 Abs. 3 AHB. Dieser Gedanke könnte den Schluß nahelegen, daß Haftungsfreizeichnungsklauseln gegenüber dem Risiko der Produzentenhaftung des § 823 BGB insoweit – freilich aufgrund einer eindeutigen und klaren ver-

88) Diederichsen, NJW 1978, 1285; Steindorff, AcP 170, 93ff.; vgl. auch Fischer, Betr 1977, 73ff. – im Hinblick auf das Entwicklungsrisiko und dessen erforderliche Minimierung.

89) BGH, NJW 1977, 379.

90) Giesen, NJW 1969, 582, 587; Simitis (o. FuBn. 68), C 87; a. A. Palandt-Thomas, § 823 Anm. 16 Dec; so auch im Ergebnis Schmidt-Salzer (o. FuBn. 59), Rdnrn. 330ff.; Schlosser-Coester-Waltjen-Graba (o. FuBn. 47), § 11 Nr. 7 Rdnr. 39.

91) Fikentscher, SchuldR. 6. Aufl., S. 656.

92) Palandt-Thomas, § 823 Anm. 16 Dec.

93) BGH, NJW 1977, 379, 1819; 1978, 2241.

94) Diesen Gedanken betonen die vorerwähnten Entscheidungen durchgehend.

95) Schlegelmilch, Die Absicherung der Produkthaftpflicht, 1975.

96) Auf die Versicherbarkeit des Risikos weisen zutreffend Ulmer-Brandner-Hensen (o. FuBn. 19), § 9 Rdnr. 75; Löwe-Graf v. Westphalen-Drinkner (o. FuBn. 18), § 9 Rdnr. 17; Schlosser-Coester-Waltjen-Graba (o. FuBn. 47), § 9 Rdnr. 54; Stein (o. FuBn. 54), § 9 Rdnr. 18, hin.

97) Vgl. BGHZ 58, 216 (219) = NJW 1972, 942; BGHZ 38, 183 (186) = NJW 1963, 99; BGH, NJW 1968, 1718.

98) Hinzuweisen aber ist auf die jeweiligen Ausschlußtatbestände des § 4 AHB.

99) Zu dem Problem des Sachschadens vgl. aber insb. Wussow, AHB, 8. Aufl. (1976), § 1 Rdnr. 40.

100) BGH, NJW 1977, 379.

101) BGH, NJW 1978, 2241.

102) Im einzelnen Schlegelmilch (o. FuBn. 95).

103) Wussow (o. FuBn. 99), § 4 Rdnr. 108.

104) Wussow, ebda.

traglichen Regelung – mit den Grundsätzen des § 9 AGB-Gesetz im Einklang stehen, als ausschließlich das Risiko von Schäden im Erfüllungsbereich in Rede steht. Gestützt werden könnte dieser Gedanke durch einen Hinweis auf die gesetzliche Regelung in § 11 Nr. 10 lit. b AGB-Gesetz, welche Ausfluß der richterlichen Inhaltskontrolle von AGB-Klauseln im Gewährleistungsbereich ist¹⁰⁵. Denn danach schuldet der Gewährleistungspflichtige AGB-Verwender – sofern dies vereinbart ist (vgl. § 476 a BGB) – im Fall eines Mangels Nachbesserung oder gem. § 480 BGB Ersatzlieferung; bezogen auf das Werkvertragsrecht wird ebenfalls in erster Linie gem. § 633 I BGB Nachbesserung, möglicherweise Neuherstellung geschuldet; weitergehende Schadensersatzansprüche aber können in den Grenzen des § 11 Nr. 7 AGB-Gesetz wirksam ausgeschlossen werden – eine Wertung, die grundsätzlich auch für den kaufmännischen Verkehr gem. § 24 AGB-Gesetz eingreift¹⁰⁶.

aa) *Innerhalb der Gewährleistungsfrist.* Doch eine solche Parallelschaltung ist – kraft gesetzlicher Wertung – auf die Fälle beschränkt, in denen die Gewährleistungsfrist der §§ 477, 638 BGB noch nicht abgelaufen war. Das besagt: Der AGB-unterworfenen Käufer/Werkbesteller kann – innerhalb der Gewährleistungsfristen – auf die gewährleistungsspezifischen Regeln verwiesen werden, weil ihm ja gem. § 11 Nr. 10 lit. b AGB-Gesetz bzw. gem. § 9 II Nr. 1 AGB-Gesetz ein Vertragslösungsrecht für den Fall zusteht, daß Nachbesserung/Ersatzlieferung/Neuherstellung „fehlgeschlagen“, zum Beispiel wegen eines Konstruktionsfehlers unmöglich sind¹⁰⁷. Insofern kann der AGB-Verwender etwaige deliktsrechtliche Schadensersatzansprüche gem. § 823 BGB wirksam ausschließen, weil ja der auf Ersatz des Sachwerts der Lieferung bzw. des Werks begrenzte Schadensersatz i. S. des § 823 BGB – im kommerziellen Endergebnis – dem Vertragslösungsrecht entspricht, welches dem AGB-unterworfenen Käufer/Werkbesteller nicht genommen werden kann. Mit anderen Worten: Der eindeutig und klar definierte Ausschluß der Schadensersatzhaftung des § 823 BGB wird in ausreichender und angemessener Weise durch eine gewährleistungsspezifische Regelung kompensiert.

bb) *Außerhalb der Gewährleistungsfrist.* Dies ist freilich dann völlig anders, wenn die Gewährleistungsfristen der §§ 477, 638 BGB abgelaufen sind. Dessen ungeachtet sind die hier interessierenden Fallkonstellationen – rein tatsächlich betrachtet – dadurch gekennzeichnet, daß infolge eines dem Verkäufer/Werkunternehmers zurechenbaren Organisationsmangels i. S. des § 823 BGB die gelieferte Sache bzw. das erstellte Werk völlig zerstört werden. Damit aber realisiert sich ein Risiko in Form einer Eigentumsbeschädigung gem. § 823 BGB, welches weder käufer- noch bestellertypisch ist. Gerade wenn man – wie der BGH¹⁰⁸ – davon ausgeht, daß der Käufer/Werkbesteller noch schutzbedürftiger im Hinblick auf seine gem. § 823 BGB geschützten Rechtsgüter ist als ein vertragsunabhängiger Dritter, dann spricht vieles dafür, insofern Haftungsfreizeichnungsklauseln des Verkäufers/Werkunternehmers in seinen allgemeinen Verkaufs- und Lieferbedingungen als unangemessene Benachteiligung des Käufers/Werkbestellers i. S. des § 9 II Nr. 2 AGB-Gesetz zu qualifizieren. Denn die den Verkäufer/Werkunternehmer gegenüber seinem Vertragspartner betreffenden gesteigerten Sorgfaltspflichten verbieten, eine Haftungsfreizeichnungsklausel – auch wenn sie klar und eindeutig ist – in den Fällen eines Organisationsverschuldens für wirksam und mit den Wertungskriterien von § 9 II Nr. 2 AGB-Gesetz für vereinbar zu erklären.

Daß dieses Risiko – zum gegenwärtigen Zeitpunkt – noch für den Verkäufer/Werkunternehmer nicht versicherbar gestellt ist, steht der hier vorgeschlagenen Lösung nicht im Wege, weil es durch den Zeitwert der Sache bzw. des Werks der Höhe nach stets begrenzt, das

heißt regelmäßig überschaubar ist. Abgesehen davon kann der Lieferant insoweit stets eine individual-vertragliche Haftungsfreizeichnung oder Haftungsbegrenzung vereinbaren¹⁰⁹. Auch ist es dem Verkäufer/Werkunternehmer nicht verwehrt, dieses gesteigerte Risiko der Produzentenhaftung durch eine Neubewertung seiner Gewährleistungsrückstellungen zu erfassen¹¹⁰ oder, falls er die dafür erforderliche Marktmacht besitzt, dieses Risiko insoweit auf seine Vorlieferanten abzuwälzen, als dies mit den Wertungskriterien von § 9 AGB-Gesetz im Einklang steht (vgl. unter III). Ob dieses Resultat auch dann gilt, wenn längere Gewährleistungsfristen, z. B. in Form von Haltbarkeitsgarantien¹¹¹ vorgesehen sind, soll ausdrücklich offen bleiben. Auch soll die Frage nicht weiter vertieft werden, ob möglicherweise eine Angleichung der verlängerten Gewährleistungsfristen an die entsprechend reduzierte Frist des § 852 BGB mit § 9 AGB-Gesetz vereinbart werden kann. Denn dies alles ist abhängig vom Einzelfall, ist also insoweit keiner Verallgemeinerung zugänglich (vgl. § 24 II letzter Halbs. AGB-Gesetz).

III. Regreß und Haftungsfreistellung gegenüber Unterlieferanten

Gerade die BGH-Entscheidung vom 24. 11. 1976¹¹² belegt, wie wichtig es für das von der Produzentenhaftung betroffenen Unternehmen sein kann – und regelmäßig ist –, durch ausreichende Vorkehrungen in seinen Einkaufsbedingungen dafür Sorge zu tragen, daß ihm der Regreß gegenüber seinem Unterlieferanten für den Fall offen bleibt, daß dieser die maßgebende Fehllursache für die Schadensersatzhaftung des Verkäufers/Werkunternehmers gem. § 823 BGB gesetzt hat. In tatsächlicher Hinsicht setzt diese Fallkonstellation jedoch voraus: Im Verhältnis Verkäufer/Werkunternehmer und Käufer muß ein Verhalten vorliegen, welches die deliktsrechtliche Verantwortlichkeit des Verkäufers/Werkunternehmers gem. § 823 BGB im Sinn der Produzentenhaftung begründet; gleichzeitig muß im Verhältnis zwischen Verkäufer/Werkbesteller einerseits und dessen Unterlieferanten andererseits ebenfalls ein Anspruchs aus § 823 auslösendes Verhalten auf Seiten des Unterlieferanten gegeben sein. Diese Fallkonstellation wird keineswegs selten, sondern sie wird überaus häufig praktisch, weil sie dem Konzept der arbeitsteiligen Wirtschaft entspricht. Gerade in diesem Zusammenhang aber ist es im Einzelfall durchaus problematisch, inwieweit der Verkäufer/Werkunternehmer befugt ist, seine deliktsrechtlichen Organisationspflichten gem. § 823 BGB uneingeschränkt auf seinen Unterlieferanten zu verlagern¹¹³, oder ob der Verkäufer/Werkunternehmer – ungeachtet der Einschaltung eines Subunternehmers – verpflichtet bleibt, die Erfüllung der deliktsrechtlichen Organisationspflichten durch diesen in ausreichender und angemessener Form zu überwachen¹¹⁴. Die Rechtsprechung ist hier noch keineswegs festgelegt; sie stellt vielmehr zutreffend auf den jeweiligen Einzelfall ab¹¹⁵.

1. Fälle der Nebentäterschaft gem. § 840 BGB

Relativ unproblematisch sind dabei die Regreßfälle, in denen der Verkäufer/Werkunternehmer wegen eines gegen ihn gerichteten Anspruchs aus der Produzentenhaftung gem. § 823 BGB beim Unterlieferanten Regreß nehmen kann, weil auch dieser eine Fehllursache i. S. der Produzentenhaftung ge-

105) Statt aller *Löwe-Graf v. Westphalen-Trinkner* (o. Fußn. 18), § 11 Nr. 10 b Rdnrn. 1 f.

106) Vgl. o. Fußn. 54.

107) BGH, NJW 1969, 1708.

108) BGH, NJW 1977, 1819 m. Anm. *Schlechtriem*.

109) Hierzu neuestens BGH, WM 1978, 1384; vgl. *OLG Celle*, WM 1977, 1389.

110) *Küffner*, DStR 1978, 539 ff.

111) Hierzu *Loebell*, BB 1973, 1237 ff.

112) BGH, NJW 1977, 379.

113) Hierzu *Schmidt-Salzer* (o. Fußn. 59), Rdnrn. 219 ff.

114) Vgl. *Kullmann*, BB 1976, 1087 f.

115) BGH, NJW 1970, 1963 = VersR 1970, 841; BGH, VersR 1975, 87; 1960, 855; BGH, NJW 1975, 1827 = BB 1975, 1031.

setzt hat, zum Beispiel durch einen vom Verkäufer/Werkunternehmer nicht entdeckten – aber vermeidbaren – Fabrikationsfehler. Soweit dann Verkäufer/Werkunternehmer und Unterlieferant für den eingetretenen Schaden verantwortlich sind, handelt es sich um den klassischen Fall der Nebentäterschaft i. S. des § 840 I BGB; denn hier haben beide Schädiger – unabhängig voneinander – denselben Schaden verursacht¹¹⁶. Dabei ist freilich die vom BGH in anderem Zusammenhang entwickelte „Gesamtschau“ nicht anzuwenden¹¹⁷; vielmehr ist im Verhältnis zwischen Verkäufer/Werkunternehmer einerseits und Unterlieferanten andererseits von dem Tatbestand der sogenannten „Haftungseinheit“ auszugehen¹¹⁸, obwohl die Rechtsprechung, soweit ersichtlich, diese Figur auf den hier zu untersuchenden Sachverhalt noch nicht angewandt hat. Nimmt in einem solchen Fall der Verkäufer/Werkunternehmer bei seinem Unterlieferanten Regreß, weil er im Verhältnis zum Geschädigten den ganzen Schaden getragen hat, dann erfolgt der Haftungsausgleich im Innenverhältnis (§ 426 BGB) aufgrund sachgerechter Wertung der verschiedenen Schädigungsbeiträge, was – im Rahmen des Regresses – für den anspruchstellenden Verkäufer/Werkunternehmer die Berücksichtigung des § 254 BGB im Hinblick auf seinen Tatbeitrag darstellt¹¹⁹.

Dieser sich aus § 426 BGB ableitende Regreßanspruch des Verkäufers/Werkunternehmers gegenüber den Unterlieferanten kann – entsprechend der hier vertretenen Auffassung zum Verbot von Haftungsfreizeichnungsklauseln gegenüber dem Risiko der Produzentenhaftung – in den allgemeinen Verkaufs- und Lieferbedingungen des jeweiligen Unterlieferanten nicht wirksam ausgeschlossen werden. Dies gilt besonders unter Berücksichtigung der Tatsache, daß der Unterlieferant lediglich ein Teil beigestellt hat, welches dann vom Verkäufer/Lieferanten – entsprechend der Fallkonstellation des Schwimmerschalter-Urteils – eingebaut worden ist; denn in diesen Fällen kommt der Deckungsausschluß des § 4 II Nr. 5 AHB nicht zum Zuge, handelt es sich doch – bezogen auf den Gesamtschaden – um einen Mangelfolgeschaden, der gem. § 1 AHB von der Haftpflichtversicherung/Produkthaftpflichtversicherung des Unterlieferanten erfaßt wird. Dann aber kommt der weiter oben bereits dargestellt Grundsatz erneut zum Zug: Haftungsfreizeichnungsklauseln ist insoweit die Wirksamkeit zu versagen, als der AGB-Verwender in der Lage ist, hierfür ausreichenden und angemessenen Deckungsschutz zu erhalten.

Umgekehrt: In den allgemeinen Einkaufsbedingungen bedarf der Regreß des Verkäufers/Werkunternehmers gegenüber dem Lieferanten in diesen Fällen keiner besonderen vertraglichen Absicherung. Vielmehr ist er die gesetzliche Konsequenz des § 840 I BGB i. V. mit § 426 BGB, was im Hinblick auf die Verjährungsfrist des § 852 BGB maßgebende Bedeutung hat, wobei der Regreß im Innenverhältnis erst in 30 Jahren verjährt¹²⁰.

2. Freistellung vom Risiko der Produzentenhaftung

Das Schwergewicht der praktischen Problemstellungen liegt jedoch im Hinblick auf das Risiko der Produzentenhaftung sicherlich nicht in Fällen der Nebentäterschaft gem. § 840 BGB, sondern – wie die praktische Erfahrung lehrt – vor allem darin, daß der Verkäufer/Werkunternehmer wegen eines typischen Produktschadens – und dies sind in der Regel Serienschäden – von seinen Abnehmern/Kunden gezwungen wird, Schadensabwendungs- und Schadensminderungsmaßnahmen, insbesondere Rückrufaktionen etc. durchzuführen, obwohl sich ein etwaiger Produktfehler noch keineswegs in allen Fällen als aktueller Schaden gezeigt hat.

a) *Anspruchsgrundlage.* Zutreffenderweise hat Löwe¹²¹ darauf hingewiesen, daß der durch einen – latenten – Produktfehler potentiell geschädigte, das heißt gefährdete Verbraucher/Kunde insoweit Gewährleistungsansprüche gem. §§ 459 ff.

BGB gegenüber seinem Vertragspartner geltend machen kann, wobei tatbestandliche Voraussetzungen regelmäßig die vertragliche Vereinbarung einer Nachbesserungsverpflichtung des Verkäufers/Werkunternehmers gem. § 476 a BGB bzw. § 633 II 2 BGB ist. Besteht nämlich eine deliktsrechtlich verankerte Produktbeobachtungspflicht und ergibt sich aus dieser – ganz allgemein¹²² – auch eine Schadensbeseitigungspflicht des Unternehmers¹²³, so liegt – bezogen auf das Vertragsverhältnis Verkäufer/Werkunternehmer zum Käufer/Besteller – stets ein gewährleistungspflichtiger Mangel i. S. der §§ 459 ff., 633 ff. BGB vor. Weitergehende Ansprüche des potentiell geschädigten, das heißt gefährdeten Verbrauchers/Dritten hat Löwe¹²⁴ jedoch grundsätzlich verneint; zutreffend ist dies sicherlich im Hinblick auf etwaige vertragliche Ansprüche, weil der BGH in seiner Hühnerpest-Entscheidung vom 26. 11. 1968¹²⁵ derartige vertragsrechtliche Ansprüche zwischen Hersteller – Verbraucher ausdrücklich abgelehnt hat.

Zweifelhaft erscheint jedoch die Ansicht von Löwe insofern, als er auch ganz generell Mangelbeseitigungsansprüche aus den §§ 823, 1004 BGB ablehnt. Denn der sich aus §§ 823, 1004 BGB ergebende Abwehranspruch – gerichtet gegen die widerrechtliche Beeinträchtigung der absoluten Rechtsgüter des Lebens, der Gesundheit oder des Eigentums – kann durchaus zur Begründung eines Mangelbeseitigungsanspruchs herangezogen werden. Dem steht nicht entgegen, daß in diesen Fällen regelmäßig erst eine Gefährdung der in § 823 BGB geschützten Rechtsgüter eingetreten ist, nicht aber schon ein Schaden vorliegt; denn es ist für die Bejahung eines Beseitigungsanspruchs völlig ausreichend, wenn – wie im Fall eines latenten Produktfehlers – eine ausreichend konkrete Rechtsgütergefährdung vorliegt¹²⁶. Dies gilt insbesondere, wenn man Fallkonstellationen berücksichtigt, wie sie im Schwimmerschalter-Urteil vorlagen, weil dann eine tatbestandliche Eigentumsverletzung i. S. des § 823 BGB droht. Doch muß dies auch dann uneingeschränkt gelten, wenn die gelieferte Sache insgesamt mangelhaft ist, dies aber zu einer weiteren Rechtsgüterverletzung des Kunden i. S. des § 823 BGB führen kann. Daß in diesen Fällen die Bejahung des Beseitigungsanspruchs dazu führt, daß der potentiell Geschädigte Anspruch auf Beseitigung des Mangels hat, steht der Bejahung eines solchen Anspruchs nicht entgegen. Denn dieser konkretisiert sich dahingehend, daß die Ursache der Störung, das heißt der Mangel, beseitigt werden muß, und zwar nach eindeutiger Rechtslage auf Kosten des Störers¹²⁷.

b) *Grenzen der Freistellungsverpflichtung gem. § 9 AGB-Gesetz.* Bejaht man einen unmittelbaren negatorischen Anspruch des durch einen Produktfehler gefährdeten Kunden auf Mangelbeseitigung gem. § 823, 1004 BGB analog, dann ergeben sich ohne weiteres die Grenzen, welche gem. § 9 II Nr. 1 AGB-Gesetz für etwaige Freistellungsverpflichtungen einzuhalten sind, die der Verkäufer/Werkunternehmer in seinen Einkaufsbedingungen gegenüber dem Unterlieferanten durchsetzt – vorausgesetzt freilich, der Verkäufer/Werkunternehmer ist selbst Adressat der Produzentenhaftung gem. § 823 BGB und nicht reiner Wiederverkäufer¹²⁸. Soweit letzteres zutrifft, ist nämlich – analog zur Rechtsprechung des BGH zu den Organisationspflichten im Rahmen der Produ-

116) Statt aller Palandt-Thomas, § 840 Anm. 2 m. w. Nachw.

117) Hierzu BGHZ 30, 203 ff. = NJW 1959, 1772.

118) BGHZ 54, 283 ff. = NJW 1971, 33.

119) Vgl. Erman-Drees, BGB, § 840 Rdnr. 5 f.

120) BGHZ 58, 216 (218 f.) = NJW 1972, 942.

121) Löwe, DAR 1978, 292 ff.

122) Schmidt-Salzer (o. FuBn. 59), Rdnr. 106, möchte die Produktbeobachtungspflicht lediglich auf Neukonstruktionen beschränken.

123) Vgl. LG Freiburg v. 17. 2. 1959, abgedr. bei Schmidt-Salzer, Entscheidungssammlung Produkthaftung, S. 361 ff.

124) Löwe, DAR 1978, 292 ff.

125) BGHZ 51, 91 = NJW 1969, 269.

126) Hierzu Soergel-Mühl, BGB, 11. Aufl., § 1004 Rdnr. 5 m. w. Nachw.; Palandt-Bassenge, § 1004 Anm. 2 b.

127) Hierzu Palandt-Bassenge, § 1004 Anm. 5 a cc, Soergel-Mühl, § 1004 Rdnr. 47.

128) BGH, NJW 1976, 1505; der Fall des § 823 II BGB bleibt dabei außer Betracht.

zentenhaftung – die Störerhaftung des Wiederverkäufers/Händlers zu verneinen, weil er keine unmittelbare Produktverantwortlichkeit trägt, die über den Rahmen der gesetzlichen Gewährleistungshaftung – und der sich des weiteren ergebenden Haftung für Mangelfolgeschäden – hinausreicht. Ist aber der Verkäufer/Werkunternehmer – zum Beispiel als Automobilhersteller – Adressat etwaiger Mangelbeseitigungspflichten gem. §§ 823, 1004 BGB, dann gilt unter Berücksichtigung von § 9 II Nr. 1 AGB-Gesetz für eine etwaige Freistellungsverpflichtung des Unterlieferanten folgendes:

Sie ist in zeitlicher Hinsicht praktisch unlimitiert, was die Konsequenz der Verjährungsvorschrift des § 852 BGB ist. Der Höhe nach ist sie – ausgehend von der gesetzlichen Wertung des § 1004 BGB – grundsätzlich unlimitiert; sie ist auf effektive Beseitigung der (widerrechtlich) verursachten Störung gerichtet¹²⁹. Unter Berücksichtigung dieser Gesetzeslage ist eine Freistellungsverpflichtung gegenüber dem für einen Produktfehler verantwortlichen Unterlieferanten praktisch entbehrlich. Freilich haben verschiedene AGB-Verwender in der Vergangenheit die von ihnen in ihren Einkaufsbedingungen formulierten Freistellungsverpflichtungen in beweisrechtlicher Hinsicht überspannt, indem sie nämlich die Beweislast praktisch vollständig auf den in Anspruch genommenen Unterlieferanten abwälzten. Gerade unter Berücksichtigung von § 11 Nr. 15 AGB-Gesetz – eine Wertung, die auch im kaufmännischen Verkehr gem. § 9 AGB-Gesetz zu berücksichtigen ist¹³⁰ – wird man im Auge behalten müssen: Der auf Beseitigung gem. § 1004 BGB analog gerichtete Beseitigungsanspruch ist verschuldensunabhängig, während die deliktstrafrechtlich ausgerichtete Produzentenhaftung eine verschuldensabhängige Bereichshaftung ist. Doch kann sich der auf Freistellung von Kosten einer Rückrufaktion in Anspruch genommene Unterlieferant nicht mit Erfolg auf etwa fehlendes Verschulden berufen, weil – nach der hier vertretenen Auffassung – der Mangelbeseitigungsanspruch engere Voraussetzungen aufweist als der aktuelle Schadensersatzanspruch des § 823 BGB. Wird also der Verkäufer/Werkunternehmer von einem Dritten wegen eines – latenten – Produktfehlers auf Mangelbeseitigung gem. § 1004 BGB in Anspruch genommen, dann ist kein Grund ersichtlich, wieso es ihm dann verwehrt sein könnte, diesen Anspruch – unter Berücksichtigung des Ausmaßes der konkret verursachten Störung durch den Unterlieferanten¹³¹ – in Form einer Freistellungsverpflichtung abzuwälzen, sofern er den Nachweis der betrieblichen Störung durch den Unterlieferanten erbracht hat. Für die Anwendung der richterlichen Inhaltskontrolle gem. § 9 AGB-Gesetz ist insoweit kein Raum. Daß – wie ohne Frage zugegeben werden soll – das den Unterlieferanten treffende Risiko praktisch offerlos, mitunter sogar ruinös – und nur in Grenzen versicherbar ist – führt jedoch nicht zu einer Anwendung von § 9 I AGB-Gesetz¹³², weil sich insoweit „nur“ das Risiko einer gesetzlichen Haftung verwirklicht.

In der Praxis ist freilich vielfach zu beobachten, daß besonders marktstarke Unternehmen die hiermit nur kurz aufgezeigten Risiken der Produzentenhaftung auf ihre Unterlieferanten vor allem auch dadurch überwälzen, daß sie den vom jeweiligen Unterlieferanten zu erbringenden Leistungsinhalt exakt eingrenzen, ihn im einzelnen detaillieren, immense Auflagen im Hinblick auf Qualitätssicherung und Qualitätskontrolle veranlassen, so daß die eigene produktbezogene Leistung des Bestellers und seine Produktverantwortlichkeit weit in den Hintergrund tritt. Konsequenzen hat diese Art der Vertragsgestaltung vor allem in beweisrechtlicher Hinsicht: Auf diese Weise ist es nämlich oft sehr leicht möglich, den für einen bestimmten Produktfehler verantwortlichen Unterlieferanten herauszufinden und diesen dann den gesamten Risiken der Schadens- und Mangelbeseitigung im konkreten Einzelfall auszusetzen. Doch auch dies ist – wie erneut festgestellt werden muß – Ausfluß der gesetzlichen Grundentscheidung und nicht unter Hinweis auf die Unangemessenheit einer

solchen Regelung gem. § 9 AGB-Gesetz zu bekämpfen – ganz abgesehen davon, daß die Anwendung der Prinzipien der richterlichen Inhaltskontrolle gem. § 8 AGB-Gesetz voraussetzt, daß von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende vertragliche Regelungen vorliegen, was bei einer Leistungsbestimmung grundsätzlich nicht der Fall ist¹³³.

Bleibt als Fazit: Soweit Freistellungsverpflichtungen gegenüber Unterlieferanten – bezogen auf das Risiko der Produzentenhaftung – lediglich die gesetzlichen Anspruchsgrundlagen des § 823 BGB sowie die des § 1004 BGB analog konkretisieren, ist für die Anwendung von § 9 AGB-Gesetz kein Raum. Das derartig – besonders für Unterlieferanten – verschärfte Risiko der Produzentenhaftung kann nur durch erhöhte und vermehrte Anspannungen im Rahmen des „risk management“ bewältigt werden: Risikobewußte Qualitätssicherung – zusammen mit versicherungsrechtlicher (Teil-)Abdeckung des vorhandenen Risikos, vertragsrechtlicher Risikominimierung (weitgehend außerhalb des AGB-Bereichs) in Verbindung mit einer Neudotierung der Rückstellungen für das erheblich angewachsene Produkthaftungsrisiko – dies alles zusammen bietet gewisse Möglichkeiten, das Allerschlimmste zu verhindern, nachdem sich das Produkthaftungsrisiko – entsprechend einem neuen Buchtitel¹³⁴ – als „eine Gefahr für jeden Betrieb“ darstellt.

129) Palandt-Bassenge, § 1004 Anm. 5a bb.

130) Ulmer-Brandner-Hensen (o. FuBn. 19), § 11 Nr. 15 Rdnr. 18; Löwe-Graf v. Westphalen-Trinkner (o. FuBn. 18), § 11 Nr. 15 Rdnrn. 25ff.

131) Hierzu Soergel-Mühl, § 1004 Rdnr. 106.

132) So aber offenbar Beise, Betr 1978, 286f.

133) Statt aller Löwe-Graf v. Westphalen-Trinkner (o. FuBn. 18), § 8 Rdnr. 2.

134) Hägele-Hägele, Produkthaftung – eine Gefahr für jeden Betrieb, 1978.

Dr. Egon Schneider, Köln

Die Entwicklung des Gerichtskostenrechts im Jahre 1978

Mit diesem Beitrag beginnt die NJW mit einer regelmäßigen Berichterstattung über das Gerichtskostenrecht. Zukünftig sollen jährliche Folgen den Leser über wichtige Veröffentlichungen aus Rechtsprechung und Schrifttum, aber auch über Gesetzesänderungen und Reformpläne informieren. Anlage und Zielsetzung des ersten Berichts sind in der Einleitung dargelegt.

I. Einleitung

Der Begriff „Gerichtskostenrecht“ wird kaum verwendet, weil er sehr weit und damit wenig aussagekräftig ist. Man könnte ihn etwa bestimmen als die Summe der Vorschriften öffentlichen Rechts, aufgrund deren in gerichtlichen Verfahren Kosten (Gebühren und Auslagen) erhoben werden. Die wichtigsten Kodifikationen sind das GKG für die ordentliche Gerichtsbarkeit, Verwaltungsgerichtsbarkeit und Finanzgerichtsbarkeit sowie die Kostenordnung für Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Weiter einschlägig sind beispielsweise das Gesetz über die Entschädigung von Zeugen und Sachverständigen (ZuSEG), das Gesetz über die Kosten der Gerichtsvollzieher (GVKostG) oder die Kostenverfügung (KostVfG = Teil A der Durchführungsvorschriften zu den Kostengesetzen). Durch Bezugnahmen kommt es darüber hinaus zu Überschneidungen. So sind etwa die Rechtsanwaltsgebühren über §§ 8 bis 10 BRAGO an die Streitwertvorschriften des GKG gekoppelt; die Notare müssen ihre Kosten nach der Kostenordnung berechnen (§ 140). Angesichts der Vielfalt