

Rechtsvergleichende Anmerkungen zur Produzentenhaftung

Von Dr. Friedrich GRAF v. WESTPHALEN, Köln

Die Entscheidung des VI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes vom 26. 11. 1968¹ ist zu Recht als eine „der wichtigsten rechtsfortbildenden Entscheidungen der letzten Jahrzehnte auf dem Gebiet des Haftungsrechts“² bezeichnet worden. Diederichsen begrüßte sie mit der Feststellung, jetzt sei auch in Deutschland „die Warenherstellerhaftung Wirklichkeit geworden“³. Der beachtliche Fortschritt dieser Entscheidung liegt in der sauberen dogmatischen Herausarbeitung der jetzt für die Produzentenhaftung geltenden deliktsrechtlichen Grundsätze einerseits, andererseits darin, daß der Bundesgerichtshof die Regeln über die Umkehr der Beweislast unter folgendem Gesichtspunkt für anwendbar gehalten hat: „Wird bei bestimmungsgemäßer Verwendung eines Industrieerzeugnisses eine Person oder eine Sache dadurch geschädigt, daß das Produkt fehlerhaft hergestellt war, so muß der Hersteller beweisen, daß ihn hinsichtlich des Fehlers kein Verschulden trifft“⁴. Die auf eine Gefährdungshaftung kraft richterlicher Rechtsfortbildung hinielenden Gedanken von Diederichsen⁵ hat der Bundesgerichtshof damit ebenso abgelehnt wie die daran anknüpfenden Erwägungen von Canaris⁶, die Produzentenhaftung als „quasikontraktliche Sonderbeziehung zwischen Hersteller und Verbraucher“ anzuerkennen⁷. Im Ergebnis schließt er sich den Ausführungen von Simitis⁸ an, der schon seit einiger Zeit⁹ die deliktsrechtlichen Prinzipien der §§ 823 ff. BGB mit Ausnahme des § 831 BGB auf die Warenherstellerhaftung angewendet wissen will.

Es ist nicht ohne Reiz, die jetzt vom Bundesgerichtshof herausgearbeiteten Leitgedanken zur Produzentenhaftung mit der nordamerikanischen Judikatur zu vergleichen und so einer kritischen Würdigung zu unterziehen. Um es vorweg zu sagen: Der sog. Hühnerpest-Fall ist im Vergleich zu amerikanischen Fällen der Produzentenhaftung einfach gelagert. Der Bundesgerichtshof brauchte daher nicht auf die weiterreichenden Fragen der Warenherstellerhaftung einzugehen, wie Anwendbarkeit des § 831 BGB bei Fabrikationsfehlern, Zulässigkeit von Haftungsfreizeichnungen und Möglichkeit des Ersatzes von Vermögensschäden. Darüber hinaus sah er davon ab, abschließend die Frage zu beantworten, ob nicht doch eines Tages dem durch ein fehlerhaftes Produkt Geschädigten ein quasikontraktlicher Anspruch zugesprochen werden soll. Die wirklich tückischen Fälle der Warenherstellerhaftung, in denen diese Fragen geklärt und eine eventuelle Mitverantwortlichkeit des Geschädigten behandelt werden müssen, werden also noch auf die Gerichte zukommen, wenn es sich erst einmal im Land herumgesprochen hat, daß Warenhersteller für die Schäden ihrer Produkte haftbar gemacht werden können¹⁰. Dann wird sich — und darin hat Diederichsen nur zu sehr recht¹¹ — eine eigene „Magie“ entfalten, die „zur Entwicklung eines besonderen Begriffsapparates zwingt“¹². Gerade insofern ist das Beispiel der amerikanischen „Products Liability“ lehrreich¹³.

Der entscheidende Unterschied zwischen der deutschen und der amerikanischen Judikatur zur Produzentenhaftung besteht in folgendem: In den Vereinigten Staaten hat sich die „Products Liability“ schrittweise¹⁴ von der „negligence“- und „warranty“-Haftung zur „strict liability in tort“ entwickelt. Im deutschen Recht handelt es sich demgegenüber — noch — um eine „verschuldensabhängige Bereichshaftung“¹⁵ mit umgekehrter Beweislast. Verglichen mit der Entwicklung im amerikanischen Recht, steht der Hühnerpest-Entscheid des Bundesgerichtshofes ziemlich genau an der Stelle, an der Kalifornien,

eine der führenden amerikanischen Jurisdiktionen, im Jahr 1944 gestanden hat, als Justice Traynor seine berühmte „dissenting opinion“ zum Fall *Escola v. Coca-Cola Bottling Co. of Fresno*¹⁶ niederschrieb.

Traynor konzipierte dort zum erstenmal die Grundsätze der „strict tort liability“¹⁷, während das Gericht sich damit begnügte, die geltenden Regeln der „res ipsa loquitur“ fallgerecht zu erweitern. Erst 1962 begann der unaufhaltsame Trend zur „strict liability in tort“, als die Fiktion der „warranty“-Haftung samt ihren vertraglichen Fesseln endgültig aufgegeben und die Verschuldensfiktion fallengelassen wurde¹⁸. Für die deutsche Judikatur dürfte also noch eine längere Durststrecke bevorstehen, ehe die Produzentenhaftung so weit ausgebildet ist wie im amerikanischen Recht. Denn das deutsche Recht wird bei den jetzt entwickelten Prinzipien kaum stehenbleiben können und wollen.

1 BB 1969 S. 12.

2 Giesen, Die Haftung des Warenherstellers, NJW 1969 S. 582, 583.

3 Diederichsen, NJW 1969 S. 269.

4 BGH, 26. 11. 1968, BB 1969 S. 12; vgl. auch Reh binder, JuS 1969 S. 208; Deutsch, JZ 1969 S. 391.

5 Die Haftung des Warenherstellers, S. 345 ff.

6 Canaris, Die Produzentenhaftungspflicht in dogmatischer und rechtspolitischer Sicht, JZ 1968 S. 594 ff.

7 BB 1969 S. 13 f.

8 Soll die Haftung des Produzenten gegenüber dem Verbraucher durch Gesetz, kann sie durch richterliche Fortbildung geordnet werden? In welchem Sinne? DJT-Gutachten, S. 35 ff.

9 Grundfragen der Produzentenhaftung.

10 In den Vereinigten Staaten ist eine rapide Zunahme der „Products Liability“-Fälle nach der Entscheidung des Kalifornischen Gerichtshofs in *Greenman v. Yuba Power Products Inc.*, 377 P2d 897 (1962), zu beobachten gewesen; vgl. Graf von Westphalen, Die Haftung des Warenherstellers im amerikanischen Recht und der Uniform Commercial Code, S. 23 ff.

11 Diederichsen, NJW 1969 S. 269, 270.

12 A.a.O., S. 269.

13 Vgl. im einzelnen Graf von Westphalen, Die Haftung des Warenherstellers im amerikanischen Recht und der Uniform Commercial Code, S. 14 ff.

14 Ebenda, S. 19 ff.

15 So Giesen, NJW 1969 S. 582; derselbe, Warenherstellerhaftung ohne Verschulden?, NJW 1968 S. 1401, 1403.

16 150 P2d 436 (1944).

17 S. 441: „Those who suffer injury from defective products are unprepared to meet its consequences. The cost of an injury and the loss of time or health may be an overwhelming misfortune to the person injured, and a needless one, for the risk of injury can be insured by the manufacturer and distributed among the public as a cost of doing business. It is to the public interest to discourage the marketing of products having defects that are a menace to the public. If such products nevertheless find their way into they market it is to the public interest to place the responsibility for whatever injury they may cause upon the manufacturer, who, even if he is not negligent in the manufacture of the product, is responsible for its reaching the market. However intermittently such injuries may occur and however haphazardly the may strike, the risk of their occurrence is a constant risk and a general one. Against such a risk there should be general and constant protection and the manufacturer is best situated to afford such protection.“

18 *Greenman v. Yuba Power Products Inc.*, 377 P2d 897 (1962): „A manufacturer is strictly liable in tort when an article he places on the market, knowing that it is to be used without inspection for defects, proves to have a defect that causes injury to a human being“ (S. 900).

Und weiter: „Although in these cases strict liability has usually been based on the theory of an express or implied warranty running from the manufacturer to the plaintiff, the abandonment of the requirement of a contract between them, the recognition that the liability is not assumed by agreement but imposed by law, and the refusal to permit the manufacturer to define the scope of its own responsibility for defective products make clear that the liability is not one governed by the law of contract warranties but by the law of strict liability in tort. Accordingly, rules defining and governing warranties that were developed to meet the needs of commercial transactions cannot properly be invoked to govern the manufacturer's liability to those injured by their defective products unless those rules also serve the purpose for which such liability is imposed“ (S. 901).

Prosser¹⁹ und Lascher²⁰ vertreten die Ansicht, auch das amerikanische Recht wäre mit der Beweisregel der „res ipsa loquitur“, die ja sowohl den Anforderungen eines prima-facie-Beweises gerecht werden als auch die Voraussetzungen einer Beweislastumkehr erfüllen kann²¹, anstelle der „strict liability in tort“ lange Zeit ausgekommen²², ohne daß es zu den schweren Erschütterungen im Gefüge des „warranty“-Konzepts gekommen wäre. Dies scheint allerdings auf den ersten Blick eine recht verwegene Schlußfolgerung zu sein. Selbst im amerikanischen Recht der „strict liability“ gibt es jedoch m. E. nur einen bedeutsamen Fall, in dem von einem Verschulden — „mistake“, nicht „negligence“ — ganz abgesehen und im Ergebnis eine absolute Haftung bejaht wurde²³. Hier wäre die „res ipsa“-Regel nicht mehr anwendbar gewesen: Ein Zigarettenhersteller wurde für den Tod eines Rauchers verantwortlich gemacht, der von 1924/25 bis 1956 täglich sehr stark geraucht hatte und dann an Lungenkrebs verstorben war. Zur Begründung heißt es: „Upon the critical point (nämlich zur Frage der Voraussehbarkeit), our decisions conclusively establish the principle that a manufacturer's or seller's actual knowledge of a defective or unwholesome condition is wholly irrelevant to his liability on the theory of implied warranty, and the question certified must be answered in the affirmative“²⁴. In fast allen anderen Fällen wird indes mehr oder weniger deutlich hervorgehoben, daß an irgendeiner Stelle des gesamten Produktionsprozesses „etwas schiefgelaufen“ war, was dann den Schaden verursachte²⁵. Die Vorteile einer „strict liability“ gegenüber einer deliktsrechtlichen Verschuldenshaftung sind jedoch nicht zu

übersehen²⁶. Solange nämlich der geschädigte Konsument damit rechnen muß, daß dem Hersteller der Nachweis des Nichtverschuldens gelingt, bleibt für ihn ein erhebliches Prozeßrisiko bestehen²⁷, das nur schwer zu den Erfordernissen des heute notwendigen Verbraucherschutzes paßt²⁸. Dies gilt vor allem so lange, als nicht abschließend geklärt ist, wer als Hersteller des schadenstiftenden Produkts anzusehen ist: Derjenige, der die Ware tatsächlich hergestellt hat, wie die Entscheidung des Bundesgerichtshofes nahelegt, oder auch derjenige, der sie nur in den Verkehr gebracht hat, wie z. B. ein Warenhaus. Gerade in diesem Punkt zeigt es sich, daß das Festhalten am Verschuldensprinzip der §§ 823 ff. BGB ein echter Nachteil ist. Denn von einem Verschulden im rechtstechnischen Sinn — selbst von einer Verschuldensfiktion — kann in diesen Fällen nicht gesprochen werden. Diese Unternehmer, die oft sogar fremde Waren unter eigener Etikettierung verkaufen, haben in keiner Weise Einfluß auf den Produktionsprozeß. Als Auslieferer der Waren sind sie praktisch nur das letzte Glied, das das gefertigte Produkt in den Verkehr, „an den Mann bringt“. Da die Warenherstellerhaftung in Deutschland bisher nur den Hersteller im tatsächlichen Sinn trifft, ergibt sich hier ein beachtlicher Unterschied zum amerikanischen Recht²⁹. Die gebräuchliche Definition des Produzenten ist dort sehr viel weiter: „The rule stated in this Section applies to any person engaged in the business of selling products for use or consumption. It therefore applies to any manufacturer of such product, to any wholesale or retail dealer or distributor, and to the operator of a restaurant . . . The rule does not, however, apply to the occasional seller of food or other such products who is not engaged in that activity as a part of his business . . . The basis for the rule is the ancient one of the special responsibility for the safety of the public undertaken by one who enters into the business of supplying human beings with products which may endanger the safety of their persons and property, and the forced reliance upon the undertaking on the part of those who purchase such goods“^{30, 31}. Es liegt auf dieser Linie, dem Konsumenten größtmöglichen Schutz zu gewähren, wenn jetzt zum erstenmal vom kalifornischen Gerichtshof die Haftung eines Zwischenhändlers neben der des Her-

19 The Assault upon the Citadel (Strict Liability to the Consumer), 69 Yale Law Journal 1099 S. 1114 ff. (1960): „(But) in every jurisdiction, he (the consumer) is aided by the doctrine of res ipsa loquitur, or by its practical equivalent. In all jurisdictions this at least gives rise to a permissible inference of the defendant's negligence, which gets the plaintiff to the jury. And in cases against manufacturers, once the cause of the harm is laid at their doorstep, a jury verdict for the defendant on the negligence issue is virtually unknown. It is true that there have been occasional cases in which the defect has been of such a character that it could not have been prevented by any ordinary care, and the application of res ipsa has been denied. But such cases are so extremely rare as to be almost negligible, and over the years very few of them have appeared in the books“.

20 Lascher, Strict Liability in Tort for Defective Products: The Road to and past Vandermark, 38 Southern California Law Review 30, S. 32 f.: „Granted a free application of the doctrine of res ipsa, the writer believes that the warranty concept might have continued serviceable for many years and more drastic changes not been required“ (1965).

21 So auch Diederichsen, NJW 1969 S. 269. Diederichsen irrt allerdings, wenn er meint, die „Products Liability“ habe sich im amerikanischen Recht nach dem „vorsichtigen Anfang einer Beweislastumkehr“ zur „strict tort liability“ entwickelt, so S. 270; ähnlich auch in seinem Buch „Die Haftung des Warenherstellers“, 1967, S. 269. In Wirklichkeit verlief die Entwicklung hauptsächlich über die Ausweitung des „warranty“-Konzepts, vgl. Fußnote 13.

22 Vgl. Prosser, a.a.O. (Fußnote 19), S. 1120: „Thus far there has been relatively little indication that the time is yet ripe for what may very possibly be the law of fifty years ahead“, was hier von Prosser im Hinblick auf die „dissenting opinion“ von Traynor in *Escola v. Coca-Cola Bottling Co. of Fresno*, 150 P2d 436 (144), gesagt ist.

23 *Green v. American Tobacco Co.*, 154 S2d 169 (1963). Auf das Erfordernis eines „mistake“ verweist vor allem *Jackson v. Muhlenberg Hosp.*, 232 A2d 879 (1967): „One underlying assumption in most if not all strict products liability cases is that the producer or an employee must have made a mistake in either design, production or inspection of the product, or it would not have been defective and dangerous“.

24 S. 170 (1963).

25 Vgl. hierzu die in meinem Buch (Fußnote 13), S. 119 ff. angeführten Fälle, insbesondere aber *Jackson v. Muhlenberg Hosp.*, 232 A2d 879 (1967), wo die Haftung für eine nach einer Bluttransfusion erlittene Leberentzündung abgelehnt wird, denn: „The producer is in no position to know or control the condition and there is no implied representation that the blood is free of the virus“ (S. 887). Daher „The blood is not defective or unreasonably dangerous.“ Ferner *Barbee v. Rogers*, 425SW2d 342 (1968): „Doctrine of strict liability would not be extended to the prescription, fitting and sale of contact lenses where there was no claim that lenses were defective in themselves and lenses were not a finished product offered to general public in regular channels of trade“.

Das amerikanische Recht unterscheidet nicht zwischen den verschiedenen Formen eines Fehlers, sei es ein Produktions-, ein Fabrikations- oder ein Instruktionsfehler. Vgl. hierzu *Wright v. Massey-Harris Inc.*, 215 NE2d 465 (1966); *Kessler, Products Liability*, 76 Yale Law Journal 887 S. 901: „It came to include not only goods whose defects are caused by a miscarriage of the manufacturing process (the traditional defective product), but products which are unreasonably dangerous because of their design or composition. Furthermore, a product not inherently defective will be treated as defective if its use has caused harm because of improper directions or inadequate warning. Even unforeseeability of harm, given the state of available knowledge, has, occasionally, not afforded excuse from liability.“ Dabei beruft sich der Verfasser außer auf den bereits erwähnten Fall *Green* (s. Fußnote 23), auf die Fälle *Crane v. Sears, Roebuck*, 32 Cal Rptr 754 (1963) und *Gottsdanker v. Cutter Laboratories*, 6 Cal Rptr 320 (1960).

26 Statt vieler *Simitis*, DJT-Gutachten, S. 63 ff.
27 So auch Diederichsen, NJW 1969 S. 269, 270; eingehend Prosser, The Assault upon the Citadel, 69 Yale Law Journal 1099 S. 1116 ff.: „So long as there is the possibility that negligence may not be found, the defendant is encouraged by vain hopes, and the plaintiff gnawed by lingering doubts; and a case which can be decided for the defendant is worth less, in terms of settlement, than one which can not. And so long as the defendant can introduce evidence of his own due care, the possibility remains that it may influence the size of the verdict, as jurymen impressed with it stubbornly hold out for no liability, or a smaller sum“ (S. 1116).

28 Bedenken hierzu, vgl. mein Buch (Fußnote 13), S. 141 ff.

29 Hierzu Prosser, a.a.O., S. 1117 f.; Diederichsen, NJW 1969 S. 269, 270.

30 § 402 A, f des Restatement of Torts, Second (1964).

31 Beachtlich ist, was hierzu der Entwurf des Restatement, § 402 A.E.1 (1961) aussagt: „What sellers are to be included within the rule? All of the cases imposing strict liability have involved defendants engaged in the business of selling the product. The Advisers and the Council agree that the rule should be limited to such sellers, and should not apply, for example, to the housewife who sells her neighbour a jar of jam, or to sales in bankruptcy, execution sales, and the like.“

stellers bejaht worden ist³². Denn „since the liability is strict, it encompasses defects regardless of their source, and therefore a manufacturer of a complete product cannot escape liability by tracing the defect to a component part supplied by another“³³, zumal Zwischenhändler und Hersteller „an integral part of the overall producing and marketing enterprise“³⁴ sind. Obwohl die Haftung des Zulieferanten — „zumindest für den gegenwärtigen Zeitpunkt“³⁵ — in der bekannten New Yorker Entscheidung *Goldberg v. Kollsman Instrument Corp.*³⁶ abgelehnt worden ist, geht der Trend der „strict tort liability“ in den Vereinigten Staaten wahrscheinlich bald in die Richtung, dem geschädigten Konsumenten schon dann Schutz zu gewähren, und den betreffenden Hersteller, Zulieferer oder Zwischenhändler in Anspruch zu nehmen, wenn an irgendeiner Stelle des Produktionsprozesses ein schadenstiftender Fehler entstanden ist^{36e}.

Eine weitgehende Parallele findet sich jedoch bei der Definition des Fehlers. Der Bundesgerichtshof nimmt einen Fehler dann an, wenn der Schaden durch einen „objektiven Mangel oder Zustand der Verkehrswidrigkeit“³⁷ ausgelöst worden ist. Ganz ähnlich lautet die entsprechende Definition des Restatement of Torts, Second, § 402 A, g: „The rule stated in this Section applies only where the product is, at the time it leaves the seller's hands, in a condition not contemplated by the ultimate consumer, which will be unreasonably dangerous to him“. „Unreasonably dangerous“ aber bedeutet „dangerous to an extent beyond that which would be contemplated by the ordinary consumer who purchases it, with the ordinary knowledge common to the community as to its characteristics“³⁸. In der amerikanischen Begriffsbestimmung ist ein subjektives und ein objektives Merkmal enthalten. Der Begriff „Zustand der Verkehrswidrigkeit“ entspricht indes nicht dem der „expectation of the consumer“, während der Begriff „unreasonably dangerous“ dem des „objektiven Mangels“ verwandt ist. In aller Regel wird man mit dieser Objektivierung des Fehlerbegriffs auskommen können. Die amerikanischen Gerichtsentscheidungen zeigen jedoch³⁹, daß nur eine Verbindung subjektiver und objektiver Momente die Gewähr bietet, auch die Fälle im Rahmen der Produzentenhaftpflicht zu erfassen, in denen es sich nicht um einen Mangel des Produkts, sondern um einen „Mangel des Verbrauchers“ gehandelt hat, wie bei den häufigen Fällen von Allergien. Sind diese dem Hersteller bekannt, oder müssen sie ihm bekannt sein, so greift dann eine Haftung ein, wenn die „Erwartung des Konsumenten“ deswegen enttäuscht worden ist, weil der Hersteller es unterlassen hat, der Ware eine ausreichende Warnung mitzugeben⁴⁰. Der Fehlerbegriff des Bundesgerichtshofes, der freilich nicht die Entscheidung trägt, erfaßt wegen seines objektiven Zuschnitts diese Fälle nicht. Hingegen gelangt das deutsche Recht im Rahmen des § 823 BGB zum gleichen Ziel, indem es eine entsprechende Verkehrssicherungspflicht konstruiert⁴¹.

Ein schwerwichtiges Problem der Produzentenhaftpflicht verbirgt sich jedoch hinter der amerikanischen Definition des „Fehlers“ und der Verkehrssicherungspflicht im deutschen Recht: Welches Maß an Informationen wird dem Hersteller abverlangt, seine Ware verkehrssicher zu produzieren? Der objektive Stand von Wissenschaft und Technik würde die Verpflichtung des Herstellers sehr schnell über den Rahmen des Zumutbaren hinaus steigern. Denn irgendwo ist sicherlich zu jedem Produktionsproblem irgendeine wissenschaftliche Veröffentlichung erschienen, die auf mögliche Fehlerquellen und Gefahren hinweist. Muß der Produzent sie dennoch verwenden, selbst dann, wenn er sie nur unter erheblichen Kosten erhalten kann? Man braucht in diesem Zusammenhang nur auf das weite Feld der Entwicklungsgefahren hinzuweisen. Letztlich geht es hier um die rechtspolitisch wünschenswerte Grenze der Haftung des Warenherstellers; diese Frage kann hier nicht vertieft werden⁴².

Das amerikanische Recht kennt dieses Problem vor allem bei der Frage, ob ein Hersteller von Arzneimitteln für eventuelle Nebenfolgen seines Produkts haftbar sein soll. Gerade in diesem Bereich sind trotz der vorgeschalteten medizinischen Tests Entwicklungsfehler häufig, aber auch unvermeidbar (Contergan). Auf der anderen Seite muß die medizinische und pharmazeutische Industrie ein gewisses Maß an Entwicklungsgefahren und Nebenfolgen in Kauf nehmen (siehe Diskussion um etwaige Nebenfolgen der „Pille“), um auf ihrem Gebiet zum Wohl der Menschheit Fortschritte erzielen zu können. Es ist bedeutsam, daß das amerikanische Recht in diesem Punkt beim Prinzip der „negligence“-Haftung stehengeblieben ist⁴³. Die hier in

All of the jurisdictions listed apply the strict liability to manufacturers. Most of them apply it also to retailers. Mississippi, Missouri, and possibly Virginia, refuse to do so. Mississippi, Missouri and Texas refuse to apply it to wholesalers. On the other hand Kansas, Washington, and apparently Florida, do apply it to wholesalers.

The Advisers all agree that both retailers and wholesalers should be included. The Council are about evenly divided as to both.“

32 *Vandermark v. Ford Motor Co.*, 391 P2d 168 (1964).

33 S. 170 (1964). Die Begründung lautet sodann wie folgt: „Retailers like manufacturers are engaged in the business of distributing goods to the public. They are an integral part of the overall producing and marketing enterprise that should bear the costs of injuries resulting from defective products.“

34 *Goldberg v. Kollsman Instrument Corp.*, 191 NE2d 81 (1963).

35 S. 83 (1963).

36 Vgl. Fußnote 34.

36e Es ist bedeutsam, hierzu die „comments“ des American Law Institutes in Restatement of Torts, Second, § 402 A (1964), heranzuziehen:

„p) Thus far the decisions applying the rule stated have not gone beyond products which are sold in the condition, or in substantially the same condition, in which they are expected to reach the hands of the ultimate user or consumer. In the absence of decisions providing a clue to the rules which are likely to develop, the Institute has refrained from taking any position as to the possible liability of the seller where the product is expected to and does undergo further processing or other substantial change after it leaves his hands and before it reaches those of the ultimate user or consumer.“

It seems reasonably clear that the mere fact that the product is to undergo processing, or other substantial change, will not in all cases relieve the seller of liability under the rule stated in this Section. If, for example, raw coffee beans are sold to a buyer who roasts and packs them for sale to the ultimate consumer, it cannot be supposed that the seller will be relieved of all liability when the raw beans are contaminated with arsenic, or some other poison. Likewise a seller of an automobile with a defective steering gear which breaks and injures the driver, can scarcely expect to be relieved of the responsibility by reason of the fact that the car is sold to a dealer who is expected to 'service' it, adjust the brakes, mount and inflate the tires, and the like, before it is ready for use. . . . The question is essentially one of whether the responsibility for discovery and prevention of the dangerous defect is shifted to the intermediate party who is to make the changes.“

37 BGH, 26. 11. 1968, BB 1969 S. 12, 15.

38 Restatement of Torts, Second, § 402 A, i (1964).

39 Vgl. ALR 26/963 ff.

40 Hierzu *Magee v. Wyeth Labs.*, 29 Cal Rptr 322 (1963); *Simmons v. Rhodes & Jamieson Ltd.*, 293 P2d 26 (1956); *Cudmore v. Richardson-Merrel*, 398 SW2d 828 (1966); *McLeod v. Merrel Co.*, 174 S2d 736 (1965): „The concept of strict liability without fault should not be applied to the prescription druggist in the instant situation. Rather, it appears to us, that the rights of the consumer can be preserved, and the responsibilities of the retail prescription druggist can be imposed, under the concept that a druggist who sells a prescription warrants that 1) he will compound the drug prescribed; 2) he has used due and proper care in filling the prescription; 3) the proper methods were used in the compounding process; 4) the drug has not been infected with some adulterating foreign substance“.

Und betreffs der Warnung, vgl. *Crane v. Sears, Roebuck & Co.*, 32 Cal Rptr 754 (1963): „Warning on label of product must reasonably be calculated to reach user but manufacturer is not required to anticipate each and every risk“. Grundsätzlich: *Jackson v. Muhlenberg Hosp.*, 232 A2d 879 (1967).

41 Hierzu statt aller *Simittis*, DJT-Gutachten S. 48; vgl. auch BGH, 28. 4. 1959, VersR 1959 S. 732; BGH, 20. 10. 1959, BB 1959 S. 1186; BGH, 5. 11. 1955, BB 1955 S. 1109; LG Hanau, 28. 2. 1955, VersR 1955 S. 785.

42 Hierzu *Simittis*, a.a.O., S. 54 f.

43 Vgl. die in Fußnote 40 aufgeführten Fälle, aber auch *Gottsdanker v. Cutter Laboratories*, 6 Cal Rptr 320 (1960) — Salk-Serum-Fall: „The vaccine is intended for human consumption quite as much as is food. We see no reason to differentiate the policy considerations requiring pure and wholesome food from those requiring pure and wholesome vaccine.“

Rede stehenden Produkte werden als „unavoidably unsafe“ bezeichnet: „There are some products which, in the present state of human knowledge, are quite incapable of being made safe for their intended and ordinary use. These are especially common in the field of drugs. An outstanding example is the vaccine for the Pasteur treatment of rabies, which not uncommonly leads to very serious and damaging consequences when it is injected. Since the disease itself invariably leads to a dreadful death, both the marketing and the use of the vaccine are fully justified, notwithstanding the unavoidable high degree of risk which they involve. Such a product, properly prepared, and accompanied by proper directions and warning, is not defective, nor is it unreasonably dangerous“⁴⁴. Im deutschen Recht ist bisher nur vorgeschlagen worden, Entwicklungsgefahren von den Grundsätzen der Herstellerhaftung auszuschließen. Es wäre wünschenswert, wenn man auch beim strengen Verschuldensprinzip stehenbliebe, soweit unvermeidbare Nebenfolgen von lebensnotwendigen Produkten in Frage stehen. Da das deutsche Recht ohnehin das Verschuldensprinzip noch nicht aufgegeben hat, würde dies nur bedeuten, die Beweislastumkehr mit der Gefahr der Verschuldensfiktion in diesen Fällen nicht anzuwenden.

Die Beweisanforderungen im deutschen und amerikanischen Recht sind nahezu identisch — mit Ausnahme natürlich der Tatsache, daß hier ein Verschuldenstatbestand in irgendeiner Form dargelegt werden muß. In der Praxis wird sich dieser Unterschied als bedeutungslos herausstellen⁴⁴. Denn mit der Darlegung eines Fehlers ist auch im amerikanischen Recht implizit ein „Verschulden“ mitbehauptet; von diesem Erfordernis wird in aller Regel noch nicht abgesehen⁴⁵. Daher muß der Kläger weiterhin behaupten und notfalls beweisen: Fehler im Organisations- oder Gefahrenbereich des Herstellers, Verursachung und Schaden⁴⁶. Festzuhalten bleibt indes ein recht interessanter Unterschied: Im amerikanischen Recht findet die Beweisregel von der „res ipsa loquitur“ seit jeher nur dann Anwendung, wenn „negligence“ in Rede steht⁴⁷. Im deutschen Recht hingegen hatte die Regel von der Möglichkeit der Beweislastumkehr vornehmlich ihren Platz im Vertragsrecht, über das sie erst jetzt nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofes hinausgewachsen ist.

Verglichen mit dem amerikanischen Recht ist schließlich eine Parallele zum deutschen Recht von Belang: Der Ersatz von Vermögensschäden wird im Rahmen der Produzentenhaftung nur über eine vertragliche oder quasivertragliche Haftung abgedeckt. Das ist die zwingende Konsequenz der Anwendung des § 823 BGB. Ich habe bereits ausführlich an anderer Stelle dieses Problem im amerikanischen Recht abgehandelt⁴⁸. Nach überwiegender und wohl zutreffender Auffassung wird im amerikanischen Recht der Ersatz von Vermögensschäden nicht über die „strict tort liability“ abgewickelt, sondern über die vertraglichen Normen des Uniform Commercial Code. Der geschädigte Käufer wird also mit seinem Anspruch wegen Ersatzes für Sach- und Körperschäden an den Hersteller verwiesen, muß aber für den Ersatz von Vermögensschäden unmittelbar seinen Hersteller belangen. Daß eine solche Zwiespältigkeit der Haftung für den betroffenen Konsumenten zu Unzuträglichkeiten führt, liegt auf der Hand. Vom Ergebnis her leuchtet diese Konstruktion kaum ein, zumal dann nicht, wenn der Verkäufer seine Haftung durch eine vertragliche Haftungsbeschränkung oder Haftungsfreizeichnung limitiert hat. Dann kann es dazu kommen, daß der geschädigte Konsument seinen Prozeß gegen seinen Verkäufer verliert, aber gegenüber seinem Produzenten obsiegt. Diese Konsequenz ist die unvermeidliche Folge der deliktsrechtlichen Herkunft der Produzentenhaftpflicht im deutschen und ihrer Verwandtschaft zum „negligence“-Konzept im amerikanischen Recht⁴⁹.

Dieses gewiß unzuträgliche Ergebnis vermeidet das amerikanische Recht jedoch in all den Fällen, in denen die Her-

stellerhaftung auf Grund der „representation“ des Herstellers mit der Folge einer „reliance“ beim Konsumenten angenommen wird⁵⁰. Denn von dieser Haftungstheorie ausgehend, macht es in der Tat keinen Unterschied, ob das Vertrauen des Käufers, die „reliance“, durch einen Vermögens-, einen Sach- oder Körperschaden enttäuscht worden ist⁵¹. Das Maß des in Anspruch genommenen Vertrauens ist in beiden Fällen identisch. Es ist bemerkenswert, daß auch das deutsche Recht diesen Gedanken in der quasikontraktlichen Haftung sowie in der Analogie zu § 122 BGB⁵² kennt. Daher fordern die Vertreter dieser Meinung zu Recht den Ersatz aller Schäden durch den Produzenten. Der Bundesgerichtshof widmet diesem Gedanken in seiner Entscheidung einigen Raum. Auf der anderen Seite aber lehnt er es ab, eine Herstellerhaftung auf Grund der Verwendung von Marken, Etiketten und Gütezeichen im Zusammenhang mit der Käuferwerbung anzuerkennen, weil der Hersteller bei der Verwendung dieser Markenzeichen keine Haftung begründen will, es liege keine entsprechende Willenserklärung vor. Das ist sicherlich richtig. Es kommt jedoch nicht darauf an, ob der Produzent haften will, also eine entsprechende Haftungszusage oder gar einen Haftungsvertrag abschließen will, sondern allein darauf, ob die Verwendung von Marken, begleitenden Marken und Gütezeichen nicht ein verstärktes Indiz dafür ist, daß der Hersteller fremdes Vertrauen in Anspruch nehmen will. Enttäuscht er es, weil sein Produkt einen schadenstiftenden Fehler aufweist, so muß er dafür einstehen. Die Argumentation des Bundesgerichtshofes, die zwischen der quasikontraktlichen Haftung und der Haftung auf Grund

⁴⁴ Restatement of Torts, Second, § 402 A,k.

^{44a} Hierzu auch Hauss in seiner Besprechung von Prölls, Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozeß, NJW 1967 S. 969 f.

⁴⁵ Hierzu *Shoshone Coca-Cola Bottling Co. v. Dolinski*, 420 P2d 855 (1966): „He (the plaintiff) must still establish that his injury was caused by a defect in the product, and that such defect existed when the product left the hands of the defendant. The concept of strict liability does not prove causation, nor does it trace cause to the defendant.“

Auf der anderen Seite *Stapley Co. v. Miller*, 430 P2d 701 (1967): „Whenever it is shown that the product has been altered or changed between the manufacturer and the consumer, it becomes the responsibility of the party attempting to hold the manufacturer to strict torts products liability to show that the alteration or change had no material effect on the accident or injury.“ Weitere Nachweise in meinem Buch (Fußnote 13), S. 125 ff.

⁴⁶ Hierzu auch *Lascher*, a.a.O., 38 Southern California Law Review 30, S. 48 (1965).

⁴⁷ Hierzu *Wood v. Hub Motor Co.*, 137 SE2d 674 (1964); *Jakubowski v. Minnesota Mining & Manufacturing Co.*, 193 A2d 275 (1963); *Gardner v. Coca-Cola Bottling Co. of Minnesota*, 127 NW2d 557 (1964): „Res ipsa loquitur has application only to the law of negligence. The doctrine rests on the inherent nature of the act causing the injury and the high probability that it would not have occurred but for the negligence of defendant. In order for the doctrine to apply to all, plaintiff must show that the occurrence is of a kind that does not ordinarily happen in the absence of someone's negligence. Normally, it must appear that the instrumentality causing the injury is in the exclusive control of the defendant, but this rule has been relaxed in cases involving injuries caused by exploding and breaking bottles or containers. It is now generally held that the requisite control may relate to the time of the negligent act rather than to the time when the injury occurred.“

⁴⁸ Hierzu *Graf von Westphalen*, a.a.O. (Fußnote 13), S. 114 ff.; BB 1968 S. 1020, 1023 f.

⁴⁹ So heißt es zum Beispiel in *Seely v. White Motor Co.*, 403 P2d 145 (1965), der wegweisenden Entscheidung zu diesem Problem, abschließend: „Even in actions for negligence, a manufacturer's liability is limited to damages for physical injuries and there is no recovery for economic loss“ (S. 151).

⁵⁰ *Randy Knitwear, Inc. v. American Cyanamid*, 181 NE2d 399 (1962); *Santor v. Karagheusian, Inc.*, 207 A2d 305 (1965); *Price v. Gatlin*, 405 P2d 502 (1965) hinsichtlich der „dissenting opinion“.

⁵¹ Hierzu 19 Rutgers Law Review 715, S. 725 und 727: „As a correlation of the consumer's right to rely, the manufacturer's duty to fulfill any representation, express or implied, must give rise to a duty to compensate.“

⁵² Hierzu *Canaris*, JZ 1968 S. 494; *Diederichsen*, a.a.O. (Fußnote 21), S. 343 ff.; *Rehbinder*, Zur Haftung des Warenherstellers gegenüber dem Verbraucher ohne Verschulden, BB 1965 S. 439; *Markert*, Haftung des Warenherstellers ohne Verschulden?, BB 1964 S. 319 alle mit weiteren Nachweisen.

einer das Produkt begleitenden Marke differenziert, leuchtet daher nicht ein. Vielmehr ist allein in der Gleichschaltung dieser Fallgruppen eine Haftung aus in Anspruch genommenem Vertrauen anzuerkennen, wenn man die aufgezeigten Mißlichkeiten vermeiden will. Es muß indes hervorgehoben werden, daß es für dieses an sich wünschenswerte Ergebnis keine zwingenden dogmatischen Gründe, sondern nur praktische Erwägungen gibt. Ohnehin wird die enge Systematik des deutschen Rechts durch die Notwendigkeit, die Produzentenhaftpflicht einzuführen, in der einen oder anderen Richtung strapaziert, sei es, daß der Trennungsstrich zwischen Vertrag und unerlaubter Handlung nicht mehr klar gezogen wird⁵³ oder daß der an sich personale Verschuldensbegriff des § 823 BGB auf technisches Versagen angewandt wird, auf das er seiner Natur nach nur schwer paßt⁵⁴. Ein weitreichender Unterschied zwischen der quasikontraktlichen Haftung des Produzenten und der „strict tort liability“ im amerikanischen Recht besteht allerdings darin, daß man hier auf das Vertragskonzept als *sedes materiae* des in Anspruch genommenen Vertrauens zurückgreift, während man in Amerika sie eindeutig im Deliktsrecht lokalisiert. Dieser Unterschied ist aber nicht so gravierend, weil der Vertrauensgrundsatz, wie die Diskussion um die Anwendbarkeit des § 122 BGB analog für die Produzentenhaftpflicht gezeigt hat⁵⁵, im Grenzland zwischen Vertrag und Delikt angesiedelt ist, er bildet gleichsam eine Trennlinie, die von beiden Seiten in Anspruch genommen wird.

Bemängelt wird an der Entscheidung des Bundesgerichtshofes, daß sie zwischen „Verbraucher“ und „geschädigtem Dritten“ unterscheidet⁵⁶. Zuzugeben ist den Kritikern, daß sie in diesem Fall wenig glücklich war; denn das Arzneimittel war in der Tat für die Klägerin als Letztverbraucherin bestimmt, nicht aber nur für den Tierarzt, der zu entscheiden hatte, welches Medikament er wem verabreichen würde. Macht man mit den deliktsrechtlichen Grundsätzen der Produzentenhaftung wirklich ernst, so muß immer derjenige auch als Verbraucher qualifiziert werden, der die Ware gemäß ihrer Bestimmung benutzt und benutzen soll. Geeignetes Abgrenzungskrite-

rium ist also der objektive Verwendungszweck des Produkts, der vom Hersteller — subjektiv — vorausgesehen und gewollt wird⁵⁷. Die vom Bundesgerichtshof vorgenommene Unterscheidung behält aber ihren Sinn in all den Fällen, in denen die Ware nicht bei einem „Verbraucher“, sondern bei einem „Benutzer“ einen Schaden hervorruft, z. B. bei einem Mitreisenden in einem fehlerhaften Kraftwagen. Dieser Dritte ist dann nur der „Geschädigte“. Ob er Ersatz beanspruchen kann, hängt davon ab, ob der Hersteller bei der Produktion seiner Ware voraussehen konnte, daß sie bestimmungsgemäß auch von einem Dritten benutzt wird. Das amerikanische Recht bietet hierfür sehr interessante und aufschlußreiche Beispielfälle⁵⁸. Daß grundsätzlich die Warenherstellerhaftung nicht einen Anspruch für jedermann begründen kann, leuchtet ein, die Schwierigkeit besteht aber darin, im Einzelfall in billiger Weise abzugrenzen. Dafür bietet sich der Gedanke vom Schutzzweck der Norm als brauchbares und bereits vorhandenes Kriterium an⁵⁹.

Zusammenfassend ist also festzustellen, die Entscheidung des Bundesgerichtshofes hat den Weg zur Produzentenhaftpflicht geebnet. Es ist eine sehr bemerkenswerte Entscheidung, die in der Begründung zwar noch recht weit von den Prinzipien der „strict tort liability“ im amerikanischen Recht entfernt ist; im Ergebnis aber kommt sie ihnen schon gleich.

53 Hierzu *Canaris*, a.a.O., einerseits, *Simitis*, DJT-Gutachten, S. 20 ff. andererseits.

54 Hierzu *Rehbinder*, Fortschritte in der Produkthaftung, ZHW 129 S. 171, 180.

55 *Steffen*, Die Produkthaftung am Vorabend des 47. Deutschen Juristentages, JR 1968 S. 287, 290.

56 So *Diederichsen*, NJW 1969 S. 269 f.; ähnlich *Giesen*, NJW 1969 S. 582, 584.

57 Hierzu *Diederichsen*, NJW 1969 S. 269, 270. Die vom Bundesgerichtshof vorgenommene Umgrenzung der Warenherstellerhaftung „bei bestimmungsgemäßer Verwendung“ trifft ziemlich genau. Hinsichtlich des amerikanischen Rechts vgl. *Graf von Westphalen*, a.a.O. (Fußnote 13), S. 128 ff. und 133 ff.

58 *Hahn v. Ford Motor Co.*, 126 SE2d 753 (1964); *Hochgertel v. Canada Dry Corp.*, 187 A2d 575 (1963); *Thompson v. Reedman*, 199 FSupp 120 (1961).

59 Hierzu *Simitis*, DJT-Gutachten, S. 57 f.