

## Die vertragsrechtliche Produzentenhaftung

Von Rechtsanwalt Dr. Friedrich Graf von Westphalen, Köln\*

Neben der deliktsrechtlichen Produzentenhaftung spielt in der Praxis auch die Vertragshaftung des Produzenten/Herstellers gegenüber dem Käufer/Kunden eine wachsende Rolle, zumal der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung gemäß §§ 463, 635 BGB — im Gegensatz zu den deliktsrechtlichen Schadensersatzansprüchen — auch auf Ersatz von Vermögensschäden gemäß §§ 249 ff BGB gerichtet ist, so daß insoweit keine Begrenzung auf den Ersatz von Sach- oder Personenschäden eingreift.

### I. Schadensersatzhaftung wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft gemäß §§ 463, 635 BGB

#### 1. Vorliegen einer Eigenschaftszusicherung

Nach ständiger Rechtsprechung liegt eine Eigenschaftszusicherung in jeder vertragsgemäßen Erklärung des Verkäufers/Werkunternehmers, für das Vorhandensein einer bestimmten Eigenschaft eines Produkts eintreten zu wollen<sup>1</sup>. Es ist nicht mehr erforderlich, daß eine zusichernde Erklärung des Verkäufers/Werkunternehmers vom Kunden als vertragsgemäße verlangt wird, was allerdings lange Zeit von der Rechtsprechung gefordert wurde<sup>2</sup>. Entscheidend ist lediglich, ob der für die Bejahung einer Zusicherungserklärung erforderliche Verpflichtungswille des Verkäufers/Werkunternehmers aus dem Erklärungsstatbestand — unter Berücksichtigung der Gebote von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB — bezogen auf die Perspektive des Erklärungsempfängers — gefolgert werden kann und gefolgert werden darf<sup>3</sup>. Gemäß §§ 463, 635 BGB muß sich die Zusicherungserklärung auf eine Eigenschaft beziehen. Eigenschaften sind zum einen die physischen Merkmale einer Sache, darüber hinaus aber auch alle Beziehungen der Sache zur Umwelt, also ihre tatsächlichen, rechtlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse, welche zufolge ihrer Art und Dauer — nach der Verkehrsauffassung — einen Einfluß auf die Brauchbarkeit und Wertschätzung der Sache für gewöhnlich haben<sup>4</sup>. Der Unterschied zwischen einem Fehler gemäß § 459 Abs. 1 BGB und dem Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft gemäß § 459 Abs. 2 BGB ist zum einen dadurch charakterisiert, daß es gemäß § 459 Abs. 2 BGB nicht entscheidend darauf ankommt, inwieweit durch das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft eine Minderung der Gebrauchstauglichkeit der Sache eintritt. Zum anderen ist die Grenzziehung zwischen einem Fehler und einer Eigenschaft davon abhängig, inwieweit die Theorie des subjektiven Fehlerbegriffs — im Gegensatz zur Theorie des objektiven Fehlerbegriffs — vertreten wird<sup>5</sup>. Es erscheint grundsätzlich zutreffend, auf den jeweils vertraglich vorausgesetzten besonderen Zweck und auf die Beschaffenheit des Produkts — auch im Hinblick auf die Bestimmung, ob dieses fehlerhaft ist oder nicht — abzuheben. Nur dann, wenn es an einer solchen subjektiven Festlegung fehlt, ist an die normalerweise vorhandene — objektive — Beschaffenheit der Sache im Sinn von § 459 Abs. 1 BGB anzuknüpfen. Freilich kann es, wie noch zu zeigen ist, sehr schwer sein, die Grenzlinie zwischen § 459 Abs. 1 gegenüber § 459 Abs. 2 BGB zutreffend zu ziehen.

Wie bereits betont: Nach der Judikatur ist es für die Auslegung des Vorhandenseins einer — ausdrücklich — abgegebenen Eigenschaftszusicherung nicht in erster Linie entscheidend, welchen Erklärungswillen der Verkäufer/Werkunternehmer hatte. Maßgebend ist vielmehr, wie der Erklärungsempfänger diese Äußerung nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auffassen konnte und auffassen durfte<sup>6</sup>. Nach neuerer Rechtspre-

*Vorteile aufgrund großzügiger Bejahung von Eigenschaftszusicherungen als Haftungsgrund der Produzentenhaftung*

*Ausdrückliche Zusicherungen*

\* Zur deliktsrechtlichen Produzentenhaftung vgl. die Beiträge des Verf. in Jura 1983, 68, 138, 281.

<sup>1</sup> Palandt/Putzo, § 459 Anm. 4 a; Mezger, in: RGRK/BGB § 459 Rdn. 21.

<sup>2</sup> RGZ 54, 219, 223; BGHZ 48, 118; vgl. auch Staudinger/Honsell, § 459 Rdn. 60.

<sup>3</sup> BGH, BB 1972, 1069; BGH, DB 1975, 1557; BGH, DB 1978, 1878; hierzu insbesondere auch Diederichsen, AcP 165, 150, 159 ff.

<sup>4</sup> RGZ 117, 315; Staudinger/Honsell, § 459 Rdn. 50.

<sup>5</sup> Staudinger/Honsell, § 459 Rdn. 16 f m. w. N.

<sup>6</sup> Palandt/Putzo, § 459 Anm. 3 a.

chung kann insbesondere auch die Erklärung „neu“ Eigenschaftszusicherung bei einem Kfz-Kauf sein<sup>7</sup>. Soweit ein Großhändler Angaben des Herstellers über die Funktionstüchtigkeit/Gebrauchstauglichkeit der von ihm veräußerten Produkte an Dritte weitergibt, kommt es im Hinblick auf die Frage einer Eigenschaftszusicherung entscheidend darauf an, ob Umstände vorliegen, aus denen sich ergibt, daß der Großhändler sich die Angaben des Herstellers zu eigen gemacht hat<sup>8</sup>. Ist dies der Fall, liegt auch insoweit eine Eigenschaftszusicherung vor, und zwar — bezogen auf die Erklärungen des Großhändlers — regelmäßig in der Form einer stillschweigenden Eigenschaftszusicherung.

In der Rechtsprechung ist anerkannt, daß Eigenschaftszusicherungen sich auch aus den Umständen des Einzelfalls ergeben können<sup>9</sup>, zum Beispiel Eignung eines Lacks für Holzfenster<sup>10</sup>. Da die Haftung aus § 463 Satz 1 BGB verschuldensunabhängig ist, erstreckt sich die Schadensersatzpflicht des Verkäufers — im Gegensatz zu der des Werkunternehmers gemäß § 635 BGB — auch auf die Haftung für etwaige Entwicklungsrisiken<sup>11</sup>. Freilich ist in der BGH-Judikatur erkennbar, daß insoweit — jedenfalls in letzter Zeit — Zurückhaltung in der Bejahung einer derartigen stillschweigenden Eigenschaftszusicherung herrscht<sup>12</sup>.

*Stillschweigende  
Eigenschafts-  
zusicherungen*

## 2. Verneinung einer Eigenschaftszusicherung

Keine Eigenschaftszusicherungen sind einseitige, reklamehaftige Anpreisungen, sofern der Käufer daraus keine Einstandspflicht des Verkäufers/Werkunternehmers für das Vorhandensein bestimmter Eigenschaften der Sache herauslesen kann und darf<sup>13</sup>. Maßgebendes Abgrenzungskriterium gegenüber einer Eigenschaftszusicherung ist hierbei die Antwort auf die Frage, ob der Käufer/Besteller unter Berücksichtigung der Gebote von Treu und Glauben aus der Erklärung des Verkäufers/Werkunternehmers einen Verpflichtungswillen herleiten kann, für das Fehlen einer Eigenschaft der Kaufsache einstehen zu wollen<sup>14</sup>. Wichtiges Indiz für das Vorliegen eines haftungsbe gründenden Verpflichtungswillen ist hierbei, ob die Erklärung nur allgemein gehalten war — dann in der Regel: reklamehafte Anpreisung — oder ob sie sich auf konkrete Eigenschaften bezog, deren Inhalt sich — zumindest — durch Auslegung ermitteln läßt<sup>15</sup> — dann: häufig Eigenschaftszusicherung.

Keine Eigenschaftszusicherung liegt auch den Fällen vor, in denen der Wert oder die Tauglichkeit einer Sache zu dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch im Sinn von § 459 Abs. 1 BGB beeinträchtigt ist. Eine generelle Aussage, wie hier die Trennlinie verläuft, läßt sich nicht finden<sup>16</sup>; es entscheidet stets der Einzelfall<sup>17</sup>. Ein besonderes Vertrauen des Käufers in die Sachkenntnis des Verkäufers ist hierbei ein wesentliches Indiz dafür, daß eine bestimmte Erklärung des Verkäufers nicht nur als Warenbeschreibung im Sinn von § 459 Abs. 1 BGB, sondern als Eigenschaftszusicherung gemäß § 459

<sup>7</sup> BGH, NJW 1981, S. 1268; vgl. auch BGHZ 50, 200 — Kleber; BGH, BB 1975, 1039 — Gebrauchtwagenkilometerangabe; BGH, WM 1976, 614 — Gebrauchtwagen: Fahrleistung des Ersatzmotors; BGH, WM 1977, 635 — Wärme- und funktionstechnische Garantie bei einer Anlage; BGH, DB 1978, 1878 — Zusicherungen der Betriebssicherheit und Betriebsbereitschaft eines Gebrauchtwagens; BGH, WM 1980, 673 — Mieteinnahmen und Betriebskosten eines Hausgrundstücks; BGH, WM 1981, 380 — Laufleistung des Austauschmotors, Angaben über Hubraum und PS-Zahl bei Gebrauchtwagen; BGH, WM 1981, 383 — Abschreibungsmöglichkeiten gem. § 7 b EStG bei einem Hauskauf.

<sup>8</sup> Hierzu im einzelnen BGH, DB 1981, 1186.

<sup>9</sup> BGH, BB 1972, 1069 — Eignung eines Fensterlacks für Holzfenster; BGH, DB 1981, 1186 — Eignung eines Klebebandes.

<sup>10</sup> BGH, BB 1972, 1069 mit Anmerkung *Graf von Westphalen*.

<sup>11</sup> Ebenda; vgl. auch BGH, DB 1978, 1779; vgl. auch *Graf von Westphalen*, DB 1978, 2061 f.

<sup>12</sup> Vgl. BGH, DB 1978, 1779.

<sup>13</sup> Hierzu *Mezger*, in: RGRK-BGB, § 459 Rdn. 21.

<sup>14</sup> *Staudinger/Honsell*, § 459 Rdn. 70.

<sup>15</sup> Vgl. LG Dortmund, DAR 1978, 165 — Gebrauchtwagen ist „tipp-topp in Ordnung“ — Anpreisung; vgl. auch OLG Schleswig, MDR 1979, 935 — Zeitungsanzeige, aus der sich eine bestimmte Bebauungsgröße eines Hauses auf einem Grundstück ergibt; sehr weitgehend allerdings OLG Bamberg, VersR 1977, 182 — Haftung für die Zulassung eines Kfz beim Straßenverkehrsamt, wenn Erklärung des Verkäufers, der Wagen müßte „nur“ zur Berichtigung der Kfz-Papiere beim TÜV noch vorgeführt werden.

<sup>16</sup> Hierzu im einzelnen *Semler*, NJW 1976, 406 f m. w. N.

<sup>17</sup> Hierzu auch *Graf von Westphalen* in: *Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner*, AGB-Kommentar, § 11 Nr. 11 Rdn. 6 m. w. N.

Abs. 2 BGB zu werten ist<sup>18</sup>. Das gleiche gilt dann, wenn für den Verkäufer erkennbar war, daß eine bestimmte Eigenschaft der Kaufsache für den Käufer von großem Wert ist<sup>19</sup>. Gleiches gilt dann, wenn die Verwendung der Kaufsache für einen bestimmten, im voraus bestimmbar Zweck von den Vertragsparteien — insoweit übereinstimmend — vorgesehen wird<sup>20</sup>. Dabei muß jedoch der Verwendungszweck der Sache Vertragsinhalt geworden sein. Freilich ist es auch möglich, daß die Eignung einer Sache für einen bestimmten Zweck — etwa auch aufgrund der Reklame — als selbstverständlich vorausgesetzt wird<sup>21</sup>.

Von ganz besonderer Bedeutung ist diese Abgrenzung in den Fällen, in denen der Verkäufer zum Zweck der Warenbeschreibung auf technische Regelwerke, wie zum Beispiel DIN-Normen, VDE, DVGW Bezug nimmt. Die Rechtsprechung des BGH ist in diesem Punkt eindeutig<sup>22</sup>: Regelmäßig ist eine derartige Bezugnahme lediglich als Warenbeschreibung, also als Leistungsspezifikation zu verstehen, ohne daß die Voraussetzungen einer Eigenschaftszusicherung im Sinn von § 459 Abs. 2 BGB damit erfüllt werden. Die Auffassungen in der Literatur sind geteilt<sup>23</sup>. Es erscheint indessen zutreffend, in Anknüpfung an die BGH-Judikatur bei der Bezugnahme auf technische Regelwerke davon auszugehen, daß regelmäßig keine Eigenschaftszusicherungen im Sinn von § 459 Abs. 2 BGB vorliegt, weil es insoweit an einem besonderen Verpflichtungswillen des Verkäufers fehlt.

### 3. Reichweite der jeweiligen Eigenschaftszusicherung

Seit der „Kleber“-Entscheidung des BGH<sup>24</sup> ist stets durch Auslegung zu ermitteln, ob sich die jeweilige Eigenschaftszusicherung lediglich auf die Vertragsgemäßheit der Lieferung/Leistung bezog, oder ob sie — darüber hinaus — auf das Risiko etwaiger Mangelfolgeschäden erfassen sollte<sup>25</sup>. Auch insoweit ist auf die Perspektive des Erklärungsempfängers — unter Berücksichtigung der Gebote von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB — abzustellen<sup>26</sup>. Ob sich die Eigenschaftszusicherung im Einzelfall auf das Risiko eines Mangelfolgeschadens erstreckte oder lediglich auf die Vertragsgemäßheit der Lieferung/Leistung bezogen war, hat für den Umfang des Schadensersatzanspruchs gemäß §§ 463, 635 BGB unmittelbare Relevanz: Erstreckt sich nämlich die Eigenschaftszusicherung auch auf das Risiko eines Mangelfolgeschadens, dann bezieht sich auch der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung gemäß §§ 463, 635 BGB auch auf das Mangelfolgeschadenrisiko. Bezieht sich indessen die Eigenschaftszusicherung lediglich auf die Vertragsgemäßheit der Lieferung/Leistung, dann ist der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung gemäß §§ 463, 635 BGB auf das Risiko eines Mangelschadens begrenzt, erfaßt also den Minderwertschaden, die Mangelbeseitigungskosten sowie einen etwa entgangenen Gewinn des Käufers/Bestellers<sup>27</sup>. Ein etwa darüber hinaus eingetretener Schaden ist nur unter Berücksichtigung der Grundsätze der positiven Vertragsverletzung zu ersetzen.

Der Umfang des Schadensersatzanspruchs richtet sich — dies folgt aus seiner vertragsrechtlichen Natur<sup>28</sup> — ausschließlich danach, gegen welche Schäden die Zusicherungserklärung des Verkäufers/Werkunternehmers — bei ob-

*Mangelschaden —  
Mangelfolgeschaden —  
wofür wird gehaftet?*

<sup>18</sup> BGH, BB 1972, 1069 — Fensterlack.

<sup>19</sup> BGH, DB 1966, 147 — Druckfestigkeit von Ziegelsteinen.

<sup>20</sup> BGH, WM 1971, 1121, 1123 — Keimfreier Zucker.

<sup>21</sup> BGH, BB 1973, 494 — Nottestamentmappe mit Anleitungen für Testamentserrichtung durch bayerische Bürgermeister.

<sup>22</sup> BGH, BB 1968, 1216; BGHZ 59, 303, 308; BGH, BB 1974, 998; BGH, BB 1980, 1068; BGH, BB 1981, 815.

<sup>23</sup> Gegen die Rechtsprechung des BGH: *Henseler*, BB 1969, 27; *Mezger*, in: RGRK-BGB, § 459 Rdn. 21; *Staudinger/Honsell*, § 459 Rdn. 74; *Marburger*, Die Regeln der Technik im Recht, 1979, 509 ff; entsprechend der Judikatur des BGH: *Palandt/Putzo*, § 459 Anm. 4 a, bb; *Schmidt-Salzer*, Produkthaftung, Rdn. 296; *Semler*, NJW 1976 406, 407; *Graf von Westphalen*, DB 1978, 2061, 2062.

<sup>24</sup> BGHZ 50, 200, 206; BGHZ 65, 107, 112; BGH, BB 1980, 1235, 1236.

<sup>25</sup> S. Fn. 7.

<sup>26</sup> Vgl. Fn. 7.

<sup>27</sup> Vgl. *Palandt/Putzo*, § 463 Anm. 4 a.

<sup>28</sup> BGHZ 50, 200.

jektiver Interpretation — den Käufer/Besteller absichern sollte<sup>29</sup>. Dies kann dazu führen, daß auch Entwicklungsrisiken in die Haftung für ein Mangel- folgeschadenrisiko einbezogen werden<sup>30</sup>. Selbstverständlich gilt dies nicht im Bereich von § 635 BGB, weil dort die Schadensersatzhaftung verschuldensab- hängig ist. Folglich kommt es auch nicht auf die Voraussehbarkeit eines Scha- dens an, sofern sich ein Schaden realisiert, auf den sich die Eigenschaftszu- sicherung — hinsichtlich eines etwaigen Mangel folgeschadenrisikos des Käu- fers/Bestellers — bezog<sup>31</sup>. Auch ist es nicht zutreffend, den Verkäufer/Werk- unternehmer stets für solche Mangel folgeschäden haften zu lassen, welche durch das Fehlen einer Eigenschaftszusicherung adäquat-kausal verursacht worden sind<sup>32</sup>. Entscheidend ist und bleibt: Der Umfang der Schadensersatz- haftung ergibt sich unmittelbar aufgrund der Auslegung der jeweiligen Zu- sicherungserklärung des Verkäufers/Werkunternehmers<sup>33</sup>. Deshalb ist auch insoweit kein Rückgriff auf die kontroverse Abgrenzung zulässig, welche so- wohl im Bereich des Kauf- als auch insbesondere im Bereich des Werkver- tragsrechts — bezogen auf die Trennlinie zwischen Schadensersatzansprüchen wegen Nichterfüllung einerseits und Ansprüchen aus positiver Vertragsverlet- zung andererseits — verursacht wird, weil es sich insoweit um Sachmängel handelt, nicht aber um Eigenschaftszusicherungen<sup>34</sup>. Betont werden muß al- lerdings, daß die Rechtsprechung des BGH offenbar sehr großzügig ist, was die Bejahung einer Eigenschaftszusicherung — bezogen auf das Risiko eines etwaigen Mangel folgeschadens — angeht<sup>35</sup>.

#### 4. Haftungsbegrenzung — Haftungsfreizeichnung

Sofern sich die Eigenschaftszusicherung gemäß §§ 463, 635 BGB darauf be- zieht, den Käufer/Besteller auch gegenüber den Risiken etwaiger Mangel fol- geschäden abzusichern, scheidet jedwede Haftungsbegrenzung- und Haf- tungsfreizeichnungsklausel am eindeutigen Wortlaut von § 11 Nr. 11 AGB- Gesetz<sup>36</sup>. Ziel jedoch die Eigenschaftszusicherung lediglich auf die Vertrags- gemäßheit der Lieferung/Leistung, dann sind Haftungsbegrenzungs- und Haftungsfreizeichnungsklauseln insoweit wirksam, als der entstandene Scha- den nicht dem Bereich des Mangelschadens (Minderwert, Mangelbeseiti- gungskosten und entgangener Gewinn), sondern dem des Begleitschadens in Form des Mangel folgeschadens zuzurechnen ist. Denn aus dem Wortlaut von § 11 Nr. 11 AGB-Gesetz ergibt sich bereits eindeutig, daß Haftungsbegren- zungs- und Haftungsfreizeichnungsklauseln nur insoweit unwirksam sind, als der Anspruch unmittelbar aus den §§ 463, 480 Abs. 2, § 635 BGB abgeleitet wird, nicht aber insoweit, als es sich um einen Anspruch aus positiver Ver- tragsverletzung handelt<sup>37</sup>. Soweit indessen Ansprüche aus positiver Vertrags- verletzung in Rede stehen, sind bei Haftungsbegrenzungs- und Haftungsfrei- zeichnungsklauseln die Grenzen von § 11 Nr. 7 AGB-Gesetz zu berücksichti- gen.

Auch im kaufmännischen Verkehr gelten — uneingeschränkt — die vorste- hend aufgeführten Gesichtspunkte im Hinblick auf das Vorliegen einer Eigen- schaftszusicherung sowie in bezug auf die jeweils durch Auslegung zu ermit- telnde Tragweite einer Eigenschaftszusicherung. Dies ist schon deswegen evi- dent, weil § 11 Nr. 11 AGB-Gesetz das Vorliegen einer Eigenschaftszusiche- rung als typische Vorfrage behandelt, welche ihrerseits nicht nach § 11 Nr. 11 AGB-Gesetz, sondern ausschließlich auf Basis der Bestimmungen des dispositi- ven Rechts zu entscheiden ist. Hinzuzufügen ist, daß die BGH-Judikatur —

*Gem. § 11 Nr. 11  
AGB-Gesetz*

*Im kaufmännischen  
Verkehr*

*Enge Grenzen für  
Haftungsfreizeichnungen  
gegenüber dem Risiko  
der Haftung  
aus §§ 463, 480 Abs. 2,  
635 BGB*

<sup>29</sup> Palandt/Putzo, aaO.

<sup>30</sup> BGH, BB 1972, 1069 mit Anmerkung von Graf von Westphalen.

<sup>31</sup> So aber Ulmer/Brandner/Hensen, § 11 Nr. 11 Rdn. 18.

<sup>32</sup> So aber Staudinger/Honsell, § 463 Rdn. 68.

<sup>33</sup> BGHZ 50, 200, 206; BGHZ 65, 107, 112; BGH, BB 1980, 1235, 1236.

<sup>34</sup> Hierzu BGHZ 50, 130; BGHZ 37, 330; BGHZ 37, 341; BGHZ 46, 238; BGHZ 54, 352; BGHZ 58, 85; BGHZ 58, 305; BGH, BB 1979, 757; BGH, BB 1980, 1068.

<sup>35</sup> BGHZ 50, 200 — Kleber; BGH, BB 1972, 1069 — Fensterlack; BGH, BB 1973, 494 — Not- testamentmappe; BGH, BB 1975, 1507 — Funktion einer Filteranlage; BGH, WM 1977, 365 — Funktionstechnische Garantie; BGH, BB 1979, 1489 — Betriebssicherheit eines Gebrauchtwagens; BGH, BB 1980, 1235 — „Neuheit“ eines Pkw.

<sup>36</sup> Statt aller Staudinger/Schlosser, § 11 Nr. 11 Rdn. 12 ff m. w. N.

<sup>37</sup> Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, AGB-Kommentar, § 11 Nr. 11 Rdn. 16 m. w. N.

gerade im Bereich der Eigenschaftszusicherungen — im weiten Bereich dem kaufmännischen Verkehr entstammt<sup>38</sup>.

Gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz sind im kaufmännischen Verkehr Haftungsbegrenzungs- und Haftungsfreizeichnungsklauseln gegenüber Eigenschaftszusicherungen im Kauf- und Werkvertragsrecht insoweit unwirksam, als die Eigenschaftszusicherungen das Risiko etwaiger Mangelfolgeschäden erfaßt haben<sup>39</sup>. Darin liegt eine unangemessene Benachteiligung des Käufers/Bestellers, wenn nämlich Zusicherungserklärungen auf das Risiko etwaiger Mangelfolgeschäden erstreckt werden und darauf abzielen, den Käufer/Besteller just gegenüber diesem Risiko abzusichern, und wenn dann — im „Kleingedruckten“ — Haftungsbegrenzungs- oder Haftungsfreizeichnungsklauseln den Wert der Zusicherungserklärung praktisch aufheben. Dies entspricht auch der bisherigen BGH-Judikatur<sup>40</sup>, und auch die Literatur teilt Ausgangspunkte und Ergebnis dieser Urteile uneingeschränkt<sup>41</sup>. Denn das Risiko etwaiger Mangelfolgeschäden kann — jedenfalls regelmäßig — nur durch einen Schadensersatzanspruch auf Nichterfüllung angemessen kompensiert werden, nicht aber durch ein etwaiges Mangelbeseitigungsversprechen und auch nicht durch die Einräumung eines Wandlungs- oder Minderungsrechts.

Besonders problematisch ist die Antwort auf die Frage, ob Haftungsbegrenzungs- und Haftungsfreizeichnungsklauseln gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz auch dann unwirksam sind, wenn sich die Eigenschaftszusicherung des Verkäufers/Unternehmers lediglich auf das Risiko der Vertragsmäßigkeit der Lieferung/Leistung bezog. Die weithin überwiegende Auffassung in der Literatur bejaht diese Frage, hält also auch insoweit Haftungsfreizeichnungs- und Haftungsbegrenzungs-klauseln im kaufmännischen Verkehr gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz für unwirksam<sup>42</sup>. Die vor Erlaß des AGB-Gesetzes ergangene Judikatur des BGH hat es regelmäßig für ausreichend angesehen, wenn dem Käufer/Besteller beim Fehlen einer derartigen Eigenschaftszusicherung ein Nachbesserungsanspruch eingeräumt war — mit der weitergehenden Folge, daß dem Käufer/Besteller für den Fall des „Fehlschlagens“ der Nachbesserung/Ersatzlieferung ein Recht auf Wandlung oder Minderung des Vertrages eingeräumt war<sup>43</sup>. Wie an anderer Stelle ausführlich dargelegt<sup>44</sup>, ist an dieser Rechtsprechung auch nach Erlaß des AGB-Gesetzes festzuhalten. Es ist keine unangemessene Benachteiligung des Käufers/Bestellers, wenn ihm beim Fehlen einer Eigenschaftszusicherung, welche sich nur auf das Risiko der Vertragsgemäßheit der Lieferung/Leistung bezog, auch nur ein Mangelbeseitigungsanspruch zusteht<sup>45</sup>, sofern dem Käufer/Besteller das Recht eingeräumt ist, sich im Fall des „Fehlschlagens“ der Nachbesserung vom Vertrag zu lösen. Soweit die h. M. der Auffassung ist, daß Schadensersatzansprüche wegen Eigenschaftszusicherungen gemäß §§ 463, 480 Abs. 2, § 635 BGB auch im kaufmännischen Verkehr schlechthin nicht wirksam ausgeschlossen oder begrenzt werden können, so ist gleichwohl festzuhalten: Bezieht sich die jeweilige Eigenschaftszusicherung lediglich auf die Vertragsgemäßheit der Lieferung/Leistung, dann ist es dem Verkäufer/Unternehmer möglich, den Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens entsprechend den allgemeinen Grundsätzen zu begrenzen oder auszuschließen, welche für Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung gelten. Dies wirft die Frage auf, ob im kaufmännischen Verkehr die Wertung von § 11 Nr. 7 AGB-Gesetz übernommen wird, was zutreffend erscheint<sup>46</sup>, oder ob im kaufmännischen Verkehr — anknüpfend an die Judikatur des BGH<sup>47</sup> — gemäß § 9 Abs. 1 AGB-Gesetz Haftungsbegrenzungs- oder Haftungsfreizeichnungsklauseln nur insoweit unwirksam sind, als grobe Fahrlässigkeit des AGB-Verwenders oder Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit der leitenden Angestellten des AGB-Verwenders schadensursächlich war<sup>48</sup>.

<sup>38</sup> BGH, BB 1974, 104; BGH, BB 1974, 1137; vgl. auch *Thamm*, NJW 1976, 225 f.; *Schmidt-Salzer*, AGB, F 118 ff.

<sup>39</sup> Hierzu im einzelnen *Graf von Westphalen*, DB 1978, 2061, 2063 f m. w. N.; vgl. auch *Staudinger/Schlosser*, § 11 Nr. 11 Rdn. 17.

<sup>40</sup> BGHZ 50, 200, 207; BGH, BB 1974, 104; BGH, BB 1975, 1507; BGH, BB 1977, 1623; BGH, DB 1978, 1878.

<sup>41</sup> *Palandt/Heinrichs*, § 11 Anm. 11; *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 11 Nr. 11 Rdn. 21 ff; *Koch/Stübing*, § 11 Nr. 11 Rdn. 10; *Kötz*, in: MünchKomm, § 11 Rdn. 126; *Stein*, § 11 Rdn. 105.

<sup>42</sup> Hierzu insbesondere auch *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 11 Nr. 11 Rdn. 21; *Kötz*, aaO; *Köch/Stübing*, § 11 Nr. 11 Rdn. 10.

<sup>43</sup> Vgl. auch BGH, BB 1974, 104.

<sup>44</sup> *Graf von Westphalen*, DB 1978, 2061 ff.

<sup>45</sup> Vgl. auch BGH, BB 1981, 935.

<sup>46</sup> *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 11 Nr. 7 Rdn. 34 ff; *Staudinger/Schlosser*, § 11 Nr. 7 Rdn. 52 ff; *Koch/Stübing*, § 11 Nr. 7 Rdn. 20; *Schlosser/Coester-Waltjen/Graba*, § 11 Nr. 7 Rdn. 84; *Stein*, § 11 Rdn. 61; *Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner*, § 11 Nr. 7 Rdn. 17 f; a. M. *Helm*, BB 1977 S. 1109, 1111; *Dittmann/Stahl*, Rdn. 435; *Palandt/Heinrichs*, § 11 Anm. 7 c.

<sup>47</sup> BGHZ 20, 164, 167 f; BGHZ 38, 183, 186; BGHZ 46, 43, 45; BGH, WM 1973, 1238; BGH, WM 1978, 303, 304.

<sup>48</sup> *Palandt/Heinrichs*, aaO; *Schmidt-Salzer*, AGB, F 201; sowohl auch *Kötz*, in: MünchKomm, § 11 Rdn. 64.

## II. Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung

In der Produzentenhaftung spielen auch Schadensersatzansprüche des Käufers/Bestellers eine beträchtliche Rolle, welche aus positiver Vertragsverletzung hergeleitet werden. Dabei sind drei Gesichtspunkte zu berücksichtigen:

### 1. Verletzung von Beratungs- und Aufklärungspflichten

Neben der — deliktsrechtlichen — Gefahrenabwendungspflicht kann auch die Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht geeignet sein, Schadensersatzansprüche des produktgeschädigten Käufers/Bestellers zu stützen. Dies ist z. B. dann der Fall, wenn keine ordnungsgemäße Betriebsanleitung vorliegt<sup>49</sup> oder wenn der Verkäufer den Käufer/Besteller nicht ausreichend und pflichtgemäß über die produktspezifischen Gefahren aufgeklärt hat<sup>50</sup>. Praktisch bedeutsam werden Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung insbesondere auch dann, wenn es sich um Fälle einer anwendungsspezifischen Beratung des Käufers handelt<sup>51</sup>. Ob dann jeweils ein — selbständiger — Beratungsvertrag bejaht werden kann, ist von den Umständen des Einzelfalles abhängig<sup>52</sup>. Die Antwort auf diese Frage ist deswegen von erheblicher praktischer Bedeutung, weil Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung, sofern es sich um die Verletzung von Nebenpflichten eines Kaufvertrages handelt, auch in der Frist des § 477 BGB verjähren<sup>53</sup>, während Ansprüche aus einem — selbständigen — Beratungsvertrag der allgemeinen Verjährungsregelung des § 195 BGB unterworfen sind.

### 2. Anspruch auf Ersatz von Mangelfolgeschäden

Sofern keine Eigenschaftszusicherung gemäß §§ 463, 635 BGB vorliegt, kann der Käufer/Besteller Ansprüche wegen etwa erlittener Mangelfolgeschäden nur aus positiver Vertragsverletzung geltend machen. Dies setzt voraus, daß der Verkäufer/Werkunternehmer eine neben dem Hauptvertrag bestehende Obhuts- oder Sorgfaltspflicht verletzt hat, und daß ein Schaden — außerhalb des Produktes selbst — also: ein Mangelfolgeschaden entstanden ist<sup>54</sup>. Während die Abgrenzung zwischen Mangelschaden und Mangelfolgeschaden im Kaufrecht relativ unproblematisch ist<sup>55</sup> — hier ist ein Mangelfolgeschaden immer dann zu bejahen, wenn Schadensersatz für eine Rechtsgutverletzung reklamiert wird, die nicht am Kaufgegenstand selbst eingetreten ist — bereitet die Abgrenzung zwischen Mangelschaden und Mangelfolgeschaden im Werkvertragsrecht, wo die Berechtigung der Unterscheidung sogar im Prinzip geleugnet wird<sup>56</sup>, beträchtliche Schwierigkeiten. Ohne hier diese Frage weiter zu vertiefen, sei festgehalten: Die Rechtsprechung des BGH bedient sich eines elastischen, fallspezifischen Abgrenzungskriteriums, in dem die Frage beantwortet wird, ob es sich um einen engen Zusammenhang zwischen Werkmangel und reklamierten Schaden handelt<sup>57</sup>. Je weiter dieser Zusammenhang ist, um so eher handelt es sich um einen Mangelfolgeschaden, der Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung auslöst, die ihrerseits der Verjährung gem. § 195 BGB unterworfen sind, also von der kurzfristigen Verjährungsfrist des § 638 BGB nicht erfaßt werden<sup>58</sup>.

### 3. Haftungsbegrenzungs- und Haftungsfreizeichnungsklauseln

Schadensersatzansprüche wegen positiver Vertragsverletzung unterliegen im nicht-kaufmännischen Verkehr dem Verbotstatbestand von § 11 Nr. 7 AGB-Gesetz<sup>59</sup>. Dies bedeutet: Soweit der Anspruch aus positiver Vertragsver-

*Der weite Anwendungsbereich von Ansprüchen aus positiver Vertragsverletzung bei der Produzentenhaftung*

<sup>49</sup> BGHZ 47, 312, 315.

<sup>50</sup> BGHZ 64, 46, 49.

<sup>51</sup> BGH, WM 1977, 1027.

<sup>52</sup> Ebenda.

<sup>53</sup> Hierzu BGH, 1980, 1068; vgl. aber auch BGH, NJW 1979, 2200 — in der Sache aber überholt.

<sup>54</sup> BGH, BB 1967, 433; BGH, VersR 1972, 953.

<sup>55</sup> Davon näher *Honsell* Jura 1979, 188 ff.

<sup>56</sup> *Honsell* aaO, 197 f.

<sup>57</sup> Vgl. BGHZ 58, 85; BGHZ 58, 305; BGH, BB 1979, 757; *Peters*, NJW 1978, 665 ff.

<sup>58</sup> Hierzu auch *Todt*, Schadensersatzansprüche des Käufers, Mieters und Werkbestellers aus Sachmängeln, Heidelberg 1970, 69 ff; S. 132 ff; vgl. auch *Ballerstedt*, in: FS für Larenz, München 1973, 717 ff.

<sup>59</sup> Statt aller *Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner*, § 11 Nr. 7 Rdn. 5 ff m. w. N.

letzung auf eine grobfahrlässige Vertragsverletzung des AGB-Verwenders gestützt wird oder auf eine vorsätzliche oder grobfahrlässige Vertragsverletzung eines gesetzlichen Vertreters oder des Erfüllungsgehilfen des AGB-Verwenders, sind Haftungsbegrenzungs- und Haftungsfreizeichnungsklauseln gemäß § 11 Nr. 7 AGB-Gesetz unwirksam.

Ob dies auch im kaufmännischen Verkehr gemäß § 9 Abs. 1 AGB-Gesetz gilt, ist in der Sache davon abhängig, ob man — wie bereits oben angedeutet —, die Wertungskriterien von § 11 Nr. 7 AGB-Gesetz auch im kaufmännischen Verkehr gemäß § 9 Abs. 1 AGB-Gesetz berücksichtigt<sup>60</sup>, oder ob man es vorzieht, in Anknüpfung an die bisherige BGH-Judikatur<sup>61</sup> die dort festgelegten Grenzen auch unter Berücksichtigung von § 9 Abs. 1 AGB-Gesetz für stabil zu halten<sup>62</sup>.