

VERSICHERUNGS RECHT

JURISTISCHE RUNDSCHAU FÜR DIE INDIVIDUALVERSICHERUNG

1984

35. JAHRGANG

II

Reprint

SCHMIDT PERIODICALS GMBH

D-8201 Bad Feilnbach 2 / Germany

1992

Die Kostentragung bei Rückruf fehlerhafter Produkte

Von Dr. Johannes Hager, Akad. Rat a. Z., München

Daß die Pflichten des Herstellers sich nicht darauf beschränken, das Produkt sorgfältig zu entwickeln, zu konstruieren, herzustellen und den Abnehmer beim Kauf ordnungsgemäß zu instruieren, ist inzwischen allgemein anerkannt. Auch wenn das Produkt schon im Verkehr ist, hat sich der Hersteller laufend über die Verwendungsfolgen zu informieren^{1,2}. Abstrakt gültige Sorgfaltsmaßstäbe lassen sich hierbei nicht nennen. Die Produktbeobach-

tungspflicht ist vom Einzelfall abhängig. Nicht nur, ob der Fehler in der Konstruktion liegt oder vereinzelt bei der

¹ BGHZ 80, 199 (202 f.) = VersR 81, 636 (637/638); 80, 186 (191) = VersR 81, 639 (641); BGH VersR 72, 1075 = NJW 72, 2217 (2219); 81, 779 = NJW 81, 2250 (2251); 71, 80 (82); BB 70, 1414; BGH v. 23. 3. 1970 - VII ZR 87/68 - bei Schmidt-Salzer, Entscheidungssammlung Produkthaftung 1976 ff. Bd. II I. Rdn. 104 unter 2 b m. w. Nachw.; RG DR 1940, 1293 (1295); so auch schon RGZ 163, 21

Fabrikation vorkam³, spielt eine Rolle, entscheidend ist ebenso das Maß der Gefährdung. Je gravierender die drohenden Schäden sind, desto weiter geht die Pflicht des Produzenten⁴.

Die genauen Voraussetzungen und Abgrenzungen sollen im vorliegenden Zusammenhang nicht behandelt werden. Hier geht es um die Frage, welche Maßnahmen der Hersteller zu treffen hat, wenn er einen relevanten Fehler seines Produkts in Erfahrung gebracht hat. Genügt er seiner Pflicht, wenn er die Abnehmer vor dem Produkt lediglich warnt, oder ist er auch gehalten, die Ware zur Reparatur zurückzurufen? Mag das auch noch nicht allzu problematisch erscheinen, so beginnt der Streit spätestens da, wo es um die Kosten dieser Reparatur geht.

I. Der Meinungsstand

Das Problem wird in Rechtsprechung und Lehre meist kurz, vom Ergebnis und der Begründung her aber recht kontrovers behandelt.

1. In der Literatur überwiegen die Stimmen, die es als Pflicht des Herstellers ansehen, die Ware zurückzurufen⁵ und die Reparaturkosten zu begleichen⁶. Zumindest mißverständlich ist es allerdings, wenn zum Teil dem Kunden trotzdem kein *Anspruch* auf Abwendung des Schadens eingeräumt, sondern er darauf verwiesen wird, die Schädigung abzuwarten und dann zu liquidieren⁷. Schon das Ergebnis, daß der Kunde sich gegen Gefahren für Leib und Leben nicht soll wehren können, überzeugt nicht. Insbesondere widerspricht es der Wertung und dem Sinn des § 1004 BGB sowie den allgemeinen Regeln des vorbeugenden Rechtsschutzes. Sinn dieser Institute ist es, Rechte und Rechtsgüter nicht nur nach vollendeter Verletzung durch Schadensersatzansprüche zu schützen, sondern schon präventiv gegen drohende Gefahren durch Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche⁸. Selbst wenn man darüber hinaus der Ansicht ist, daß der Beseitigungsanspruch denselben Einschränkungen unterliegen müsse wie der Anspruch auf Schadensersatz, weil der Kunde „beeinträchtigtes“ Eigentum erworben habe⁹, so kann dem sinnvollerweise nur dadurch Rechnung getragen werden, daß man die Pflichten des Warenherstellers begrenzt: Sollte er der genannten Gründe wegen nicht zur Beseitigung des Mangels verpflichtet sein, so genügt es, daß er die Konsumenten vor dem Gebrauch des gefährlichen Produkts warnt und sie auffordert, das Gut auf ihre Kosten reparieren zu lassen.

2. Dies ist denn auch im wesentlichen der Standpunkt der h. M.: In der Pflicht, die Ware zurückzurufen und die Reparatur kostenfrei durchzuführen, läge eine unangemessene Ausdehnung des Mängelgewährleistungsrechts¹⁰. Insbesondere genüge es unter deliktsrechtlichen Gesichtspunkten, vor der Benützung der Sache zu warnen. Die Schädigung könne damit verhindert werden¹¹, wenn auch ein Anspruch des Kunden auf Mangelbeseitigung der bessere Weg wäre¹². Hier scheint die Lösung jedenfalls dogmatisch aufzugehen: Beschränkt man die Pflicht des Produzenten darauf, den Kunden zu warnen, so kann dieser unter dem Aspekt der Schadensverhütung eben nur einen solchen Hinweis, nicht jedoch den Rückruf und die kostenlose Reparatur verlangen.

II. Die Gefahrabwendungspflicht des Produzenten

Es bleiben Zweifel an Richtigkeit und Angemessenheit dieses Ansatzes. Allzu leicht scheint sich der Hersteller den Folgen mangelhafter Produktion entziehen zu können, ließe man es ausreichen, daß er den Konsumenten auf die Gefahr lediglich aufmerksam machen muß, ihn dann aber auf die kostenpflichtige Reparatur verweisen kann. Letztendlich könnte sich damit ein Fehler jedenfalls für die Reparaturabteilung des Produzenten als recht umsatzfördernd erweisen. Auf der anderen Seite ist es nicht

auszuschließen, daß die Aufwendungen für eine solche Reparatur manchen Kunden davon abhalten, den Fehler beseitigen zu lassen, in der Hoffnung, bei seiner Sache werde die Gefahr sich schon nicht verwirklichen. Sinnvoll ist zudem eine Versicherung nur beim Produzenten möglich¹³. Sieht man näher zu, treten neben die praktischen Vorbehalte auch dogmatische Bedenken.

1. Die deliktische Produkthaftpflicht ist eine Ausprägung der Verkehrssicherungspflicht¹⁴. Der Hersteller haftet, wenn und weil er die Gefahrsteuerungspflicht verletzt hat, indem er ein gefährliches Produkt in den Verkehr gebracht hat¹⁵. Drehte sich die Diskussion zunächst vorwiegend um Konstruktions-, Fabrikations-, (ursprüngliche) Instruktions- sowie Entwicklungsfehler¹⁶, so hat sich mittlerweile die Produktbeobachtungspflicht als neue Fallgruppe hinzugesellt¹⁷. Die Einteilung hat nicht nur termi-

- (26) im Rahmen der Prüfung der Sittenwidrigkeit nach § 826 BGB. Das Schrifttum ist fast unübersehbar; vgl. z. B. Steffen in BGG-RGRK 12. Aufl. 1974 ff. § 823 Rdn. 282 m. w. Nachw.; Mertens in Münch. Komm. zum BGB 1977 ff. § 823 Rdn. 299; Schmidt-Salzer, Entscheidungssammlung Produkthaftung Bd. III Rdn. 113 ff.; ders. BB 72, 1435; ders. BB 79, 395; Simitis, Grundfragen der Produzentenhaftung 1965 S. 65 f.; ders. in Festschrift für Duden 1977 S. 634 f.; Diederichsen, Die Haftung des Warenherstellers 1967 S. 71; ders. DAR 76, 316; ders. NJW 78, 1283; von Westphalen BB 71, 156; ders. Jura 83, 63 f.; Brüggemeier WM 82, 1301 f.; Niehusen, Die rechtlichen Grundlagen und die Durchführung einer Rückrufaktion 1978 S. 15; Dunz/Kraus, Haftung für schädliche Ware 1969 S. 87 f.; Kullmann in Produzentenhaftung 9. Lfg. Stand Januar 1984 Tz. 1520 S. 49 ff.; ders. BB 76, 1085; Anhalt, Produzentenhaftung 2. Aufl. 1978 S. 106 ff.; a. A. früher Schmidt-Salzer, Produkthaftung 1972 Rdn. 106.
2. Zur Frage, ob die Produktbeobachtungspflicht Teil der Instruktionspflicht (so z. B. BGHZ 80, 186 [190] = VersR 81, 639 [640] m. w. Nachw.) oder eigenständige Pflicht ist (so z. B. Mertens in Münch. Komm. § 823 Rdn. 299), vgl. genauer unten II 2 c.
3. Löwe DAR 78, 291; Schmidt-Salzer BB 72, 1435.
4. BGHZ 80, 186 (192) = VersR 81, 639 (641); Steffen in BGG-RGRK § 823 Rdn. 282; Kullmann (Fn. 1) Tz. 1520 S. 54 f.; Schmidt-Salzer BB 72, 1436; ders. BB 81, 1042; Löwe DAR 78, 291; Anhalt (Fn. 1) S. 108.
5. Mertens in Münch. Komm. § 823 Rdn. 299; Brüggemeier VersR 83, 501 (510 f.); von Westphalen NJW 79, 845; Kullmann (Fn. 1) Tz. 1520 S. 54; Löwe DAR 78, 291; Lang, Zur Haftung des Warenlieferanten bei „weiterfressenden“ Mängeln... 1981 S. 186 f.; ebenso wohl Diederichsen DAR 76, 316; ders. NJW 78, 1283, freilich ohne das Problem detailliert zu erörtern.
6. Mertens in Münch. Komm. § 823 Rdn. 88, 299; Löwe DAR 78, 295, anders aber 293; vgl. dazu sogleich im Text; vom Ergebnis her ebenso OLG Stuttgart NJW 67, 573; Kullmann (Fn. 1) Tz. 1520 S. 54; ebenso wohl Diederichsen DAR 76, 316.
7. So Löwe DAR 78, 293; vgl. dazu auch die Kritik von Steffen in BGG-RGRK § 823 Rdn. 282; von Westphalen NJW 79, 845.
8. RGZ 60, 6, 7; Medicus in Münch. Komm. § 1004 Rdn. 6; Staudinger/Gursky, BGB 12. Aufl. 1978 ff. § 1004 Rdn. 3; Enneccerus/Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse 15. Bearbeitung 1958 § 252 I 1; Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz 2. Aufl. 1983 S. 112; Simitis in Festschrift für Duden S. 634; Rehbinder JuS 69, 213.
9. Löwe DAR 78, 293.
10. OLG Celle v. 24. 1. 1979 - 13 U 153/78 - bei Schmidt-Salzer (Fn. 1) Bd. III II. Rdn. 79 unter I 2 b bb, 3 a cc; OLG Hamburg v. 6. 3. 1980 - 6 U 128/79 - bei Schmidt-Salzer Bd. III II. Rdn. 96 unter II 4; ähnlich BGH v. 23. 3. 1970 - VII ZR 87/68 - bei Schmidt-Salzer Bd. II I. Rdn. 104 unter 2 b; Schlechtriem JA 83, 258.
11. Schmidt-Salzer (Fn. 1) Bd. III. Rdn. 115; ders. Anm. zu BGH aaO (Fn. 10) unter 3; Stoll JZ 83, 503 f.
12. Schmidt/Salzer Anm. zu BGH aaO (Fn. 10) unter 3.
13. Vgl. dazu Brüggemeier WM 82, 1299 m. w. Nachw. in Fn. 45. Eine Versicherung für die Kosten von Rückrufaktionen existiert zur Zeit nur im Kfz-Gewerbe; vgl. dazu z. B. die besonderen Bedingungen und Risikobeschreibungen für die Haftpflichtversicherung wegen Rückrufs von Kraftfahrzeugen Nr. 1. 1.
14. BGHZ 80, 199 (201) = VersR 81, 636 (637); 86, 256 (258) = VersR 83, 344; BGH BB 81, 1913; VersR 80, 380 (381); Steffen in BGG-RGRK § 823 Rdn. 277; Mertens in Münch. Komm. § 823 Rdn. 286; Kullmann (Fn. 1) Tz. 1520 S. 49; Diederichsen NJW 78, 1283; skeptisch Lieb JZ 76, 527 Fn. 1.
15. Steffen in BGG-RGRK § 823 Rdn. 277; Mertens in Münch. Komm. § 823 Rdn. 292.
16. Zu dieser Einteilung vgl. z. B. von Caemmerer in Festschrift für Rheinlein 1969 S. 666 ff.; Mertens in Münch. Komm. § 823 Rdn. 293 ff.; Medicus, Bürgerliches Recht 11. Aufl. 1983 Rdn. 650; Brüggemeier WM 82, 1299; Diederichsen NJW 78, 1283; von Westphalen Jura 83, 58 ff.
17. Vgl. die Nachweise in Fn. 1 sowie Fn. 2.

nologische Bedeutung, sie signalisiert darüber hinaus dogmatische Unterschiede. Diese werden in aller Regel nur bei der Schadensregulierung, nicht jedoch bei der Prävention erörtert.

a) Die Haftung aus einem Konstruktions-, Fabrikations- sowie Instruktionsfehler setzt die Verletzung eines Rechtsguts, einen Fehler des Produkts sowie die Kausalität zwischen beiden voraus¹⁸; insoweit trifft die Beweislast den Konsumenten¹⁹. Während der BGH in früheren Entscheidungen dazu neigte, dies für den objektiven Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB genügen zu lassen²⁰, lediglich bezüglich des Verschuldens die Beweislast umkehrte²¹, betont er nunmehr stärker die Trennung zwischen „äußerer“ und „innerer“ Sorgfalt. Da Verkehrspflichten verhaltens-, nicht erfolgsbezogen seien, könne aus dem verkehrsgewöhnlichen Zustand nicht ohne weiteres eine objektive Pflichtverletzung abgeleitet werden²². Diese scheide vielmehr aus, wenn der objektive Sorgfaltsmaßstab des § 276 Abs. 1 S. 2 BGB beachtet sei²³. Soweit es dabei allerdings um Konstruktions-, Fabrikations- oder (ursprüngliche) Instruktionsfehler gehe, treffe die Beweislast den Hersteller²⁴.

Dieser Entlastungsbeweis – gleich, ob er sich auf das Verschulden oder auch auf den Verstoß gegen die „äußere“ Sorgfalt erstreckt – wird freilich in der Praxis nur schwer gelingen²⁵; er verspricht nur bei sogenannten Ausreißern oder bei Entwicklungsfehlern Erfolg, bei denen die vom Produkt ausgehende Gefahr bei Anwendung aller zumutbaren Sorgfalt nicht erkennbar war²⁶.

b) Mit dieser von der Rechtsprechung zugrunde gelegten Struktur des § 823 Abs. 1 BGB stimmt es nur vom Ergebnis, nicht aber von der Begründung her überein, wenn lapidar die Haftung für Entwicklungsgefahren verneint²⁷ bzw. schon das Vorliegen eines Fehlers geleugnet wird²⁸, soweit die dem damaligen Stand der Technik entsprechende Sorgfalt eingehalten wurde. Auch bei einem Entwicklungsfehler liegt eine in der Sphäre des Herstellers begründete Ursache für den Schaden des Konsumenten vor²⁹; es fehlt lediglich an der objektiven Pflichtwidrigkeit bzw. am Verschulden des Produzenten.

2. Gegenüber diesen Grundsätzen weist die Produktbeobachtungspflicht Besonderheiten auf.

a) Jedenfalls bei einem verschuldeten Verstoß des Produzenten gegen seine Pflicht, kein gefährliches Gut in den Verkehr zu bringen, liegt bereits ein die Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB auslösender Tatbestand vor, wenn der Konsument geschädigt wird. Der Produktbeobachtungspflicht kommt in diesen Fällen für den Schadensersatz wegen Verletzung von Rechtsgütern des Konsumenten – wenn überhaupt – nur eine untergeordnete Rolle zu. Unabhängig von ihr hat der Hersteller nämlich schon wegen Verletzung der Verkehrssicherungspflicht aufgrund etwa eines Konstruktionsfehlers einzustehen.

Die Ersatzpflicht zu begründen, ist die Produktbeobachtungspflicht daher nur vonnöten, wenn der Hersteller das gefährliche Gut in den Verkehr gebracht hat, ohne daß ihm Pflichtwidrigkeit oder Verschulden zur Last zu legen ist. Es ist daher konsequent, wenn der BGH die Verletzung der Produktbeobachtungspflicht erst prüft, nachdem er einen (verschuldeten) Entwicklungsfehler verneint hat³⁰.

b) Unterschiede zeigen sich auch bei der Beweislast. Weil und soweit dort die Schwierigkeiten nicht bestünden, den objektiven Geschehensablauf darzutun, der Betroffene sich vielmehr aus allgemein zugänglichen Quellen über die Gefahren und Risiken des Produkts informieren könne, entsteht nach Ansicht des BGH die typische Schwierigkeit nicht, die Legitimation für die Umkehr der Beweislast sei. Nach den normalen Grundsätzen habe daher der Anspruchsteller den Nachweis zu führen, daß bei Beobachtung des Produkts gegen die äußere Sorgfalt

verstoßen worden sei³¹. Erst für die Frage, ob auch eine Verletzung der inneren Sorgfalt vorliege, sei auch hier zugunsten des Verbrauchers davon auszugehen, daß sich der Produzent entlasten müsse³².

c) Besondere Regeln gelten nicht nur, soweit es um die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die Produktbeobachtungspflicht geht. Auch ihre Tatbestandsvoraussetzungen sind spezifisch mit der Tatsache verknüpft, daß ein möglicherweise gefährliches Gut in Verkehr gebracht ist. Nur deshalb ist der Hersteller gehalten, weiterhin die Sache und ihre Entwicklung im Auge zu behalten. Es handelt sich somit gleichsam um die Fortsetzung der Pflicht, das Produkt ordnungsgemäß zu konstruieren, zu fabrizieren und den Verbraucher hinreichend zu instruieren³³.

- 18 BGHZ 51, 91 (104 f.) = VersR 69, 155 (159); 80, 186 (196) = VersR 81, 639 (641); BGH BB 81, 1913; Steffen in BGB-RGRK § 823 Rdn. 534; Palandt/Thomas, BGB 43. Aufl. 1984 § 823 Anm. 16 D c ff.; Brüggemeier WM 82, 1299.
- 19 BGHZ 51, 91 (104 f.) = VersR 69, 155 (159); 80, 186 (196) = VersR 81, 639 (641); BGH BB 81, 1913; Steffen in BGB-RGRK § 823 Rdn. 534; Mertens in Münch. Komm. § 823 Rdn. 308; Brüggemeier WM 82, 1304; Weitnauer in Festschrift für Larenz 1973 S. 911; dabei kann ihm allerdings der Beweis des ersten Anscheins zugute kommen.
- 20 BGHZ 51, 91 (105) = VersR 69, 155 (159) („objektiver Mangel oder Zustand der Verkehrswidrigkeit“); 59, 303 (309) = VersR 73, 33 (35); 67, 359 (361 f.) = VersR 77, 279 (280) (Lieferung einer mangelhaften Reinigungsanlage als objektive Pflichtverletzung); BGH VersR 73, 862 = NJW 73, 1602 (1603) (verkehrswidriger oder mangelhafter Zustand der Ware); 75, 922 (923) = NJW 75, 1827 (1828); so auch schon RG DR 1940, 1293 (objektive Pflichtverletzung aufgrund der Lieferung der mangelhaften Sache).
- 21 Vgl. BGHZ 51, 91 (105) = VersR 69, 155 (159); 59, 303 (309) = VersR 73, 33 (35); 67, 359 (361 f.) = VersR 77, 279 (280); BGH VersR 73, 862 = NJW 73, 1602 (1603); 75, 922 (923) = NJW 75, 1827 (1828); 83, 346 (347) = NJW 83, 812 (814); Lorenz AcP 170 (1970), 374.
- 22 BGHZ 80, 199 (204) = VersR 81, 636 (637) gegen OLG München VersR 74, 269; 80, 186 (193) = VersR 81, 639 (641); Lieb JZ 76, 526 f.; Deutsch, Haftungsrecht I 1976 S. 276 ff.; ders. JZ 69, 393; Larenz in Festschrift für Haub 1978 S. 228; Brüggemeier WM 82, 1304.
- 23 BGHZ 80, 186 (193) = VersR 81, 639 (641), nach Meinung des BGH aaO ist dies bereits aus seiner Entscheidung BGHZ 51, 91 (105) = VersR 69, 155 (159) ersichtlich; Palandt/Thomas, BGB § 823 Anm. 16 D c ff.
- 24 BGHZ 80, 186 (196) = VersR 81, 639 (641) unter Berufung auf BGHZ 51, 91 (105) = VersR 69, 155 (159) (ausdrücklich nur auf das Verschulden bezogen wurde die Umkehr der Beweislast allerdings z. B. in BGHZ 67, 359 [362] = VersR 77, 279 [280] und VersR 75, 922 [923] = NJW 75, 1827 [1828]; vgl. dazu bei Fn. 21); Palandt/Thomas, BGB § 823 Anm. 16 D c ff.; Brüggemeier WM 82, 1304.
- 25 Vgl. zu den Anforderungen statt aller Steffen in BGB-RGRK § 823 Rdn. 534; Mertens in Münch. Komm. § 823 Rdn. 309 m. w. Nachw., auch mit Hinweis auf LG Frankfurt/M. NJW 77, 1108 = VersR 77, 873 (L) und AG Frankfurt/M. VersR 77, 1137, wo der Entlastungsbeweis gelang.
- 26 BGHZ 51, 91 (105) = VersR 69, 155 (159); 80, 186 (197) = VersR 81, 639 (641); BGH VersR 75, 922 (923) = NJW 75, 1827 (1828); Mertens in Münch. Komm. § 823 Rdn. 301.
- 27 Mertens in Münch. Komm. § 823 Rdn. 298 unter nicht überzeugender Berufung auf BGHZ 51, 91 (105) = VersR 69, 155 (159), wo der BGH nur das Verschulden verneint hatte; Palandt/Thomas, BGB § 823 Anm. 16 D c bb a. E.; vgl. auch schon die Nachweise in Fn. 20.
- 28 Brüggemeier WM 82, 1302.
- 29 Vgl. BGHZ 80, 186 (196) = VersR 81, 639 (641).
- 30 Vgl. z. B. BGHZ 80, 199 (201 f.) = VersR 81, 636 (637).
- 31 BGHZ 80, 186 (197 f.) = VersR 81, 639 (641) unter Zurückweisung entgegenstehender Literatur; Palandt/Thomas, BGB § 823 Anm. 16 D c ff. Es scheint fraglich, ob diese Grundsätze – wie von BGHZ 80, 186 (197 f.) = VersR 81, 639 (641) angedeutet – auch für die Instruktionspflicht bei Verkauf des Produkts gelten. Immerhin dürfte es dem Konsumenten nicht immer möglich sein, sich hinreichend aus allgemein zugänglichen Quellen zu unterrichten, vor allem dann nicht, wenn das Produkt neu auf den Markt gekommen ist und nur von einer Firma entwickelt wurde.
- 32 BGHZ 80, 186 (198) = VersR 81, 639 (641); Palandt/Thomas, BGB § 823 Anm. 16 D c ff.; Brüggemeier WM 82, 1305 sowie die Nachweise in Fn. 21 zur Beweislast bei Konstruktions- und Fabrikationsfehlern. Freilich bleibt zu fragen, worin denn angesichts des objektiven Maßstabes des § 276 Abs. 1 S. 2 BGB der Unterschied zwischen äußerer und innerer Sorgfalt bestehen soll; vgl. z. B. die allgemeine Kritik von Kötz, Deliktsrecht 3. Aufl. 1983 C I 2 d = S. 67, aber auch Deutsch, Haftungsrecht I S. 278 f. Schwierigkeiten entstehen etwa, wenn die Verkehrssicherungspflicht in einer Norm angeordnet ist; der objektive Verstoß ist dann auch bei Beachtung der von § 276 Abs. 1 S. 2 BGB vorgeschriebenen Sorgfalt gegeben; vgl. Medicus (Fn. 16) Rdn. 659.
- 33 Vgl. z. B. Kullmann (Fn. 1) Tz. 1520 S. 50 f.

III. Der deliktische Beseitigungsanspruch

Die dogmatische Einordnung der Produkthaftpflicht hat nämlich Konsequenzen nicht nur für die Frage des Schadensausgleichs, wenn sich die Gefahr realisiert hat. Ist dem Produzenten ein Verstoß gegen seine Verkehrssicherungspflicht vorzuwerfen, weil er pflichtwidrig und schuldhaft ein gefährliches Gut in den Verkehr gebracht hat, so ist er vielmehr gehalten, auch schon vor der Verletzung von Rechtsgütern des Konsumenten der Gefahr abzuwehren. Der Verbraucher hat einen deliktischen Beseitigungsanspruch³⁴.

1. Freilich scheint es nicht ganz unproblematisch zu sein, in der Gefährdung der Rechtsgüter des § 823 Abs. 1 BGB bereits eine unerlaubte Handlung zu sehen. So wird in aller Regel ein Verstoß gegen diese Norm nur bejaht, wenn die Gesundheit oder der Körper tatsächlich verletzt ist³⁵. Auch der BGH hat die Frage, ob eine Sache wegen ihrer Gefährlichkeit nicht benutzt werden kann, nur unter dem Aspekt der Eigentumsverletzung untersucht³⁶. Immerhin ließe sich demgemäß daran denken, nur diese Eigentumsbeeinträchtigung als relevant anzuerkennen und daher den deliktischen Anspruch zu verneinen, da die Lieferung der von vornherein fehlerhaften Sache keine Eigentumsverletzung darstelle, jedenfalls soweit nach den Grundsätzen der neueren Rechtsprechung³⁷ die „Stoffgleichheit“ zu bejahen sei³⁸. Sonderliche Überzeugungskraft hätte eine solche Überlegung freilich nicht. Schon vom Ergebnis her wäre es wenig einsichtig, warum eine Gefährdung nur der Gesundheit keine Beseitigungspflicht auslösen würde, bei Bedrohung des Eigentums dagegen andere Grundsätze gelten sollten. Es mag Unterschiede geben, wenn die Gefahr vorübergegangen ist, ohne daß ein Schaden entstanden ist. Eine zeitweilige Gefahr für die Gesundheit stellt in der Regel keine geldwerte Einbuße dar, anders ist es jedoch, wenn das Eigentum für eine gewisse Dauer nicht genutzt werden konnte³⁹. Dies alles ist aber kein Argument dafür, die Gesundheit gegen Gefährdungen ungeschützt zu lassen.

Die deliktische Beseitigungspflicht findet ihre Begründung schon in dem allgemeinen Satz, daß Schadensverhütung der Schadensregulierung vorzugehen habe⁴⁰. Wer unter Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht eine gefährdende Situation geschaffen hat, hat die Gefahr zu beseitigen⁴¹. Diese Pflicht besteht nicht nur, wenn das vom Käufer erworbene Eigentum in Gefahr schwebt⁴², sondern auch und in gleicher Weise bei Gefährdung anderer Rechtsgüter.

Das zeigt auch ein Vergleich mit dem negatorischen bzw. quasinegatorischen Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch. Schon beim Unterlassungsanspruch ist anerkannt, daß die ernsthafte Gefahr eines Eingriffs genügt; er muß nicht vollendet sein⁴³. Ebenso ist beim Beseitigungsanspruch nicht zu fordern, daß sich die Gefahr in einem Schaden realisiert hat⁴⁴. Hat der Störer eine Quelle möglicher Gefährdung gesetzt, so hat er sie auch wieder zu beseitigen. Bagatellen zu steuern und die Reaktionspflicht verhältnismäßig zu gestalten, ist der detaillierten Ausformung der Beseitigungspflicht vorbehalten. Insofern überlagern die oben genannten Grundsätze⁴⁵ den Beseitigungsanspruch: Das Produkt ist erst ab einer bestimmten Intensität der Gefahr und einem entsprechend hohen Rang des bedrohten Rechtsguts zurückzurufen. Jedenfalls aber wäre es unangebracht, zwischen den Rechtsgütern des Kunden einen Unterschied zu machen, also etwa nur sein Eigentum zu schützen. Dem entspricht, daß negatorischer und quasinegatorischer Anspruch gleichbehandelt werden⁴⁶.

Hat der Produzent die Gefahr zudem verschuldet, so kann die Beseitigung der Störungsquelle nicht nur aufgrund der (quasi)negatorischen, sondern auch und gerade aufgrund deliktischer Ansprüche verlangt werden.

Hier treten all die Probleme nicht auf, die die Abgrenzung zwischen dem Verlangen nach Beseitigung und Schadensersatz so schwierig machen⁴⁷ und zu Versuchen geführt haben, den Anwendungsbereich des § 1004 BGB drastisch einzuschränken⁴⁸. Die Gefahr der Verwischung der Grenzen zum Deliktsrecht⁴⁹ besteht ja gerade deswegen nicht, weil der Tatbestand einer verschuldeten unerlaubten Handlung erfüllt ist.

2. Gegenüber dieser deliktischen Produktsicherungspflicht greift auch das Argument nicht, man käme so zu einer Aushebelung der Sachmängelgewährleistungsrechte⁵⁰.

a) Ohnehin ist der Einwand in dieser Apodiktik wenig plausibel. Beim Kauf etwa eröffnen die gesetzlich vorgesehenen Rechtsbehelfe der Wandelung und Minderung keineswegs den Anspruch, Nachbesserung der Ware zu verlangen. Mindert der Käufer, so ist damit die Gefahr für ihn und seine Rechtsgüter nicht gebannt. Die Rechts-

34 OLG Stuttgart NJW 67, 572 (573); Mertens in Münch. Komm. § 823 Rdn. 82; Medicus in Münch. Komm. § 1004 Rdn. 76; Staudinger/Gursky § 1004 Rdn. 21; von Westphalen NJW 79, 845; Lang (Fn. 5) S. 181; ähnlich Pikart in BGB-RGRK § 1004 Rdn. 12; Mayer BB 84, 571.

35 Vgl. z. B. Steffen in BGB-RGRK § 823 Rdn. 8 ff.; Mertens in Münch. Komm. § 823 Rdn. 54 ff.

36 BGH VersR 77, 965 (966) = NJW 77, 2264 (2265) gegen RGZ 50, 225, 226 ff.: zeitweise Nichtbenutzbarkeit eines Hauses wegen Brandes auf dem Nachbargrundstück; zustimmend Steffen in BGB-RGRK § 823 Rdn. 21; a. A. noch Pikart in BGB-RGRK § 1004 Rdn. 26, der freilich einen Eingriff annimmt, wenn sich die Gefahr durch erkennbare Mißachtung von Sicherheitsvorschriften konkretisiert; die Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht dürfte unter diese Gruppe fallen.

37 BGHZ 86, 256 (258 ff.) = VersR 83, 344; BGH NJW 78, 2241 (2243); VersR 83, 346 (347) = NJW 83, 812 (813).

38 Zu dieser Argumentation scheint Löwe DAR 78, 293 zu tendieren, da er auf das „Schwimmschalterurteil“ des BGH (BGHZ 67, 259 ff. = VersR 77, 358 ff.) hinweist und deshalb eventuell eine Ausnahme seiner akzeptieren will, wonach beim Erwerb der fehlerhaften Sache es an der Eigentumsverletzung fehle und daher der Eintritt des Schadens an anderen Rechtsgütern abgewartet werden müsse.

39 Deshalb konnte sich im Schadensersatzprozeß der BGH VersR 77, 965 (966) = NJW 77, 2264 (2265) auf die Frage der Eigentumsverletzung konzentrieren. Zudem lag dort wohl keine Gefahr für die Gesundheit vor, da das von Flammen bedrohte Haus rechtzeitig geräumt worden war.

40 Vgl. die Nachweise in Fn. 8.

41 Vgl. die Nachweise in Fn. 34. Diese Folge wird bei der deliktischen Verkehrssicherungspflicht meist nicht näher erörtert; vgl. aber z. B. Mertens in Münch. Komm. § 823 Rdn. 265: Wer im Straßenverkehr eine Gefahr gesetzt hat, ist verpflichtet, alles in seinen Kräften Stehende zu tun, um andere Verkehrsteilnehmer davor zu bewahren.

42 Darauf stellt zu einseitig Mertens in Münch. Komm. § 823 Rdn. 88 ab. – Davon zu trennen ist die Frage, ob als Rechtsfolge des deliktischen Beseitigungsanspruchs die bloße Warnung genügt, weil der Verbraucher „beeinträchtigt“ Eigentum erworben hat; vgl. dazu unten III 4 c.

43 RGZ 101, 135, 137 f.; 151, 239, 246; BGH NJW 51, 843 f.; 76, 799 (800); GRUR 57, 352 (353); WM 64, 798 (799); LM Nr. 27 zu § 1004 BGB; Pikart in BGB-RGRK § 1004 Rdn. 31; Steffen in BGB-RGRK vor § 823 Rdn. 123; Palandt/Bassenge, BGB § 1004 Anm. 2 b; vgl. auch Pikart in BGB-RGRK § 1004 Rdn. 26 und dazu Fn. 36.

44 Steffen in BGB-RGRK vor § 823 Rdn. 123. Zu den Anforderungen im einzelnen vgl. genauer unten IV.

45 Vgl. oben bei Fn. 3 und 4.

46 Vgl. statt vieler BGH WM 74, 572 (573); Pikart in BGB-RGRK § 1004 Rdn. 138; Medicus in Münch. Komm. § 1004 Rdn. 6; Palandt/Bassenge, BGB § 1004 Anm. 1 b bb.

47 Vgl. statt vieler Medicus in Münch. Komm. § 1004 Rdn. 59 ff. m. w. Nachw.

48 Picker, Der negatorische Beseitigungsanspruch 1972; ihm folgend Staudinger/Gursky, BGB § 1004 Rdn. 2 passim; vgl. dazu noch unten IV 2.

49 Staudinger/Gursky, BGB § 1004 Rdn. 121.

50 So OLG Celle; OLG Hamburg jeweils aaO (Fn. 10). Nicht damit identisch ist die Frage, ob die vom BGH vorgenommene Aufspaltung der gekauften Sache, durch die er den mit dem Mangel nicht stoffgleichen Rest dem Schutz des § 823 Abs. 1 BGB unterstellt, mit dem Sachmängelgewährleistungsrecht kollidiert; vgl. z. B. Rengier JZ 77, 346 f.; Harrer Jura 84, 86 f. Denn jedenfalls ist das kein Spezifikum dieses Problems. Der deliktische Beseitigungsanspruch besteht auch wegen der Gefährdung anderer, mit der gekauften Sache nicht identischer Rechtsgüter; vgl. z. B. Brüggemeier VersR 83, 510 f.

folgen der Mängelgewährleistung und des deliktischen Beseitigungsanspruchs stimmen in diesem Fall also gar nicht überein. Man müßte daher die Überlegung schon weiter fassen: Der Käufer sei nach Ablauf der Verjährungsfrist des § 477 BGB nicht mehr schutzwürdig; Schließlich habe er sechs Monate Zeit gehabt, die gefährliche Sache zurückzugeben oder sich durch Minderung das zur Reparatur nötige Geld beim Verkäufer zu beschaffen. Habe er das versäumt, so bleibe er eben auf den Kosten sitzen.

Auch dieser Ansatz überzeugt nicht. Zum einen würden damit die unterschiedlichen dogmatischen Ansatzpunkte beider Institute eingeebnet. Die Sachmängelhaftung setzt weithin kein Verschulden voraus; die deliktische Beseitigungspflicht dagegen knüpft daran an, daß zumindest fahrlässig eine Gefahr für den Verkehr geschaffen wurde. Dem Verbraucher kommt zwar die Umkehr der Beweislast zugute; dies ordnet aber z. B. § 282 BGB auch bei anderen verschuldensabhängigen Anspruchsgrundlagen an. Daß der Hersteller gehalten ist, der von ihm zu verantwortenden Gefahr zu begegnen, ist nicht die Konsequenz einer vertraglichen (Garantie-)Haftung; Ansatzpunkt und alleiniger Grund ist die gegenüber jedermann bestehende Pflicht, der Gefährdung fremder Rechtsgüter abzuwehren⁵¹. Ausreichend ist daher nicht ein bloßer Sachmangel. Zwingende Voraussetzung bleibt, daß Rechtsgüter des Konsumenten gefährdet sind⁴⁵; schon das schränkt den Anwendungsbereich der deliktischen Beseitigungspflicht gegenüber der Mängelgewährleistung ein. Ein defekter Motor einer Haushaltsmaschine löst den Anspruch eben nicht aus; anders ist es, wenn infolge mangelhafter Isolierung das Gehäuse unter Strom steht.

b) Aber auch das Ergebnis vermag nicht zu befriedigen. Liefe es doch darauf hinaus, daß nicht nur die vertragliche Gewährleistung, sondern auch die deliktische Verkehrssicherungspflicht des Produzenten nach einem halben Jahr erlischt. Das widerspräche der Regelung des § 852 BGB. Eine solche Angleichung der Verjährungsfristen wäre nur zu vertreten, wenn die vertragliche Haftungsordnung die deliktischen Ansprüche generell oder jedenfalls im Rahmen der Schadensverhütung verdrängten.

Hat sich die Gefahr verwirklicht, so ist insbesondere von der Rechtsprechung anerkannt, daß die Haftung aufgrund deliktischer Normen und Sachmängelgewährleistungsrechte nebeneinander stehen können⁵². Dem ist in der Literatur bekanntlich entschieden widersprochen worden⁵³. Freilich betrifft die Kritik nur die Fälle, in denen zwischen dem Produzenten und dem Endverbraucher direkte vertragliche Beziehungen bestehen. Fehlt es daran, gibt es gegen die Anwendung der Deliktvorschriften von vornherein keine Bedenken – sind sie doch der einzige Schutz vor Schäden aufgrund des Produkts⁵⁴. Anders zu entscheiden hieße, die gesamte Entwicklung der Produkthaftungspflicht in der Judikatur in Frage zu stellen. Es ist zwar grundsätzlich möglich, daß dieser deliktische Schutz modifiziert wird, wenn der Konsument mit dem Produzenten in einer rechtsgeschäftlichen Sonderverbindung steht; das allerdings müßte mit einer speziellen vertraglichen Risikoverteilung begründet werden, die auch auf die Jedermannspflichten des Deliktsrechts ausstrahlt⁵⁵. Das mag im Einzelfall so sein, kann aber nicht bei jedem Vertrag ohne weiteres unterstellt werden^{56, 57}. Die Anwendung des § 477 BGB auch auf deliktische Ansprüche⁵⁸ beispielsweise würde dessen Unzulänglichkeiten⁵⁹ in diesen Bereich übertragen. Insbesondere müßte dann konsequenterweise auch die Haftung wegen Unterlassung einer Warnung aufgrund der Beobachtungspflicht bzw. die Vernachlässigung dieser Pflicht selbst der kurzen Verjährung unterliegen. Der zusätzliche vertragliche Schutz während der ersten sechs Monate nach der Ablieferung würde so mit einer Rechtslosigkeit des Kunden nach diesem Zeitpunkt erkaufft⁶⁰. Es liegt auf der Hand,

daß eine Freistellung des Produzenten von der Produktbeobachtungspflicht gegenüber seinen Vertragspartnern diese weitgehend ohne Schutz ließe. Sie haben in der Regel weder die Kenntnisse noch die technischen Voraussetzungen, das Produkt zu überwachen.

c) Der Vorrang der Sachmängelgewährleistung und die Verdrängung des deliktischen Beseitigungsanspruchs ließen sich nur begründen, wenn im Rahmen der Schadensverhütung andere Grundsätze zu gelten hätten als bei der Schadensregulierung. Das brächte nicht nur die Problematik exakter Abgrenzung mit sich, widerspräche nicht nur dem Primat der Schadensvermeidung, sondern führte auch zu wenig überzeugenden Ergebnissen. Entfacht etwa jemand auf seinem Grundstück ein Feuer, paßt aber nicht ordnungsgemäß auf und greifen die Flammen daher auf das Nachbargrundstück über, so ist er zum Schadensersatz verpflichtet. Dazu gehören auch die Kosten der Feuerwehr, die den Brand in Grenzen halten und noch Schlimmeres verhüten soll⁶¹. Nicht anders kann zu entscheiden sein, wenn die Feuerwehr rechtzeitig ge-

- 51 Vgl. von Westphalen NJW 79, 845; Brüggemeier VersR 83, 501 (510 f.).
- 52 BGHZ 66, 315 (317) = VersR 76, 936; 67, 359 (363) = VersR 77, 358 (360); 71, 175 (180); 86, 256 (260) = VersR 83, 344; BGH NJW 78, 2241 (2242); 79, 2148; Steffen in BGB-RGRK vor § 823 Rdn. 38; a. A. noch BGH NJW 73, 843 (845), jeweils zur Konkurrenz zwischen Kaufrecht und Deliktsrecht; BGHZ 55, 392 (397 f.) = VersR 71, 639 (640); 61, 203 (204) = VersR 73, 1141; 71, 175 (180); BGH JR 78, 510 f.; LM Nr. 25 zu § 635 BGB; Steffen in BGB-RGRK vor § 823 Rdn. 38 zur Konkurrenz zwischen Werkvertragsrecht und Deliktsrecht; anders entscheidet der BGH – jedenfalls was die Verjährung angeht – im Mietrecht; vgl. z. B. BGHZ 71, 175 (179 f.).
- 53 Vgl. z. B. Lieb JZ 77, 345 f.; H. P. Westermann in Münch. Komm. § 459 Rdn. 84, § 477 Rdn. 29; Staudinger/Honssell, BGB § 477 Rdn. 20; Schwark AcP 179 (1979), 57; wie der BGH aber z. B. Brüggemeier VersR 83, 501; Weitnauer ArztR 78, 38; Peters VersR 79, 111; Arens AcP 170 (1970), 401 ff.; Schmidt-Salzer BB 79, 8; ders. BB 83, 536; Larenz, Schuldrecht Bd. II Besonderer Teil 12. Aufl. 1981 § 41 a = S. 79; für die Verletzung von Verkehrssicherungspflichten auch Mertens in Münch. Komm. § 852 Rdn. 51.
- 54 Vgl. z. B. Larenz II (Fn. 53) § 41 a = S. 79; Schmidt-Salzer BB 83, 536. Die mit einem Freistellungsanspruch des Vertragshändlers gegen den Hersteller gekoppelte vertragsrechtliche Lösung von Brüggemeier VersR 83, 501 (508 ff.) überzeugt nicht. Gerade bei Mangelfolgeschäden muß im Rahmen der pVV (wenn auch vermutetes) Verschulden des Händlers vorliegen. Im Gegensatz zum Hersteller dürfte diesem der Entlastungsbeweis oft gelingen. Hat er doch z. B. in der Regel keine Pflicht, das Produkt auf Konstruktionsfehler hin zu überprüfen (BGH VersR 80, 380 = NJW 80, 1219). Den Weg einer Zurechnung der Herstellerverantwortlichkeit über § 278 BGB lehnt Brüggemeier selbst ab (VersR 83, 501 [510]).
- 55 Steffen in BGB-RGRK vor § 823 Rdn. 37; Mertens in Münch. Komm. vor § 823 Rdn. 23; Arens AcP 170 (1970), 401 f.; Schmidt-Salzer BB 79, 8; von Westphalen NJW 79, 838.
- 56 Auf die nicht überzeugende Begründung des BGH zur Anwendung des § 558 BGB auf deliktische Ansprüche (BGHZ 71, 175 [180]) weist Schwark AcP 179 (1979), 65 hin.
- 57 Vgl. z. B. Mertens in Münch. Komm. vor § 823 Rdn. 24 m. w. Nachw. zur Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen vertragliche Haftungsfreizeichnungen sich auch auf Ansprüche aus Delikt erstrecken.
- 58 Vertreten z. B. von H. P. Westermann in Münch. Komm. § 459 Rdn. 84, § 477 Rdn. 29; Staudinger/Honssell, BGB § 477 Rdn. 20, jeweils m. w. Nachw.; Schwark AcP 179 (1979), 82.
- 59 Vgl. z. B. BGHZ 77, 215 (223); WM 81, 525 (526), der aber eine Korrektur nur durch den Gesetzgeber für möglich hält (offengelassen dagegen wieder in BGH NJW 78, 2241 [2242]). Wenn man § 477 Abs. 1 BGB in Anlehnung an § 852 Abs. 1 BGB dahin gehend modifizieren will, daß die Verjährung erst ab Entdeckung des Mangels läuft (so z. B. Mertens in Münch. Komm. vor § 823 Rdn. 23, § 852 Rdn. 52; Schwark AcP 179 (1979), 82; Littbarski NJW 81, 2336), so besteht der Unterschied nur in der Länge, nicht aber im Beginn der Verjährungsfrist. Die Unterschiede verschwinden, wenn man mit Teilen der neueren Literatur § 852 BGB im Rahmen der pVV analog anwendet (z. B. Canaris in Festschrift für Larenz 1983 S. 108; Lorenz JZ 82, 83; Peters VersR 79, 106 ff.).
- 60 Der von Schwark AcP 179 (1979), 68 vorgeschlagene Schutz des Käufers über § 826 BGB wäre nicht hinreichend, da die Sittenwidrigkeit allenfalls bei (mehr oder weniger zufälliger) Kenntnis des Mangels begründet wäre (vgl. RGZ 163, 21, 26), die Produktbeobachtungspflicht darüber hinausgehend aber eine ständige Kontrolle des Produzenten fordert (BGHZ 80, 199 [202 ff.] = VersR 81, 636 [637]).
- 61 Vgl. z. B. Staudinger/Medicus, BGB § 254 Rdn. 62. Selbst wenn man hierin noch Vorsorgekosten sähe, dürfte ihre Ersatzfähigkeit

nug eintritt und deshalb das Übergreifen der Flammen verhindert. Die Parallele zwischen Schadensregulierung und -verhütung würde nach Ablauf der kurzen Verjährungsfristen der Gewährleistungsrechte aufgegeben, wenn nach dieser Zeit auch die deliktische Beseitigungspflicht des Produzenten entfiel.

d) Ob die Anspruchsinhalte zu ähnlichen wirtschaftlichen Ergebnissen führen, ob sich der aufgrund des deliktischen Anspruchs zu beseitigende Mangel mit dem Unwert deckt, den der Defekt für das Äquivalenzinteresse des Kunden darstellt, all das ist demgegenüber von untergeordneter Bedeutung. Selbst wenn die Rechtsfolgen identisch sind, so ist dies – wie stets – zulässige Folge konkurrierender Anspruchsgrundlagen.

e) Daß die deliktische Pflicht des Produzenten eigenständige Rechte der bedrohten Verkehrsteilnehmer begründet, zeigt schließlich der Vergleich mit einem Eigentümer, der auf seinem Grundstück unter Verstoß gegen die Sorgfaltspflicht eine Gefahrenquelle eröffnet. Obwohl er ansonsten mit seiner Sache nach Belieben verfahren darf, kann er sich nicht weigern, die Gefahr zu beseitigen. Ebenso ist es dem Produzenten verwehrt, sich darauf zu berufen, er habe mit der gefährlichen Sache nichts mehr zu tun, weil der Konsument die Verjährungsfrist etwa des § 477 BGB gegenüber dem Verkäufer habe verstreichen lassen. Schon daß der Hersteller die Sache überwachen muß, zeigt das Gegenteil.

3. Man müßte sich daher auf das Argument zurückziehen, durch den Erwerb des Eigentums an der gefährlichen Sache sei nunmehr der Kunde alleiniger Störer; folglich träfen ihn auch die Reparaturkosten. Sicherlich ist auch der Eigentümer gehalten, die Gefahr zu beseitigen, soweit Dritte gefährdet sind. Das heißt aber nicht, daß der Produzent damit entlastet wäre. Schließlich ist auch er Dritten gegenüber zum Schadensersatz verpflichtet, wenn sie durch das schadenstiftende Produkt beeinträchtigt werden. Hat der Eigentümer nach einer Beeinträchtigung Ersatz geleistet, kann er konsequenterweise beim Produzenten Rückgriff nehmen⁶². Wiederum sind die Kosten der Schadensverhütung nach denselben Grundsätzen zuzuordnen wie die der Schadensregulierung⁶³.

Insbesondere ist nämlich der Anspruch gegen den Produzenten wegen schuldhafter Verletzung der Verkehrssicherungspflicht in dem Augenblick entstanden, da das gefährliche Gut in den Verkehr gegeben wurde⁶⁴. Für einen Erlaß oder einen Übergang von Gesetzes wegen, der dann wegen Konfusion zum Erlöschen der Forderung führen würde, ist kein Anhaltspunkt ersichtlich. Anders ausgedrückt: Die schuldhaft unerlaubte Handlung hat den Pflichtigen festgelegt; der Wechsel des Eigentums ändert daran nichts mehr.

4. Ist somit die deliktische Beseitigungspflicht ihren Voraussetzungen nach gegeben, so bedürfen ihre Rechtsfolgen differenzierter Betrachtung. Dabei wirkt sich aus, daß unter Verstoß gegen die Verkehrssicherungspflicht gefährliche Waren in Verkehr gebracht wurden, es also um eine Nachholung der Pflicht geht, das Gut ordentlich zu entwickeln, zu konstruieren, zu produzieren und den Verbraucher aufzuklären⁶⁵.

a) Wie die ursprüngliche⁶⁶, so kann auch die nachträgliche Instruktion nicht generell den Konstruktionsfehler wettmachen. Freilich genügt dort, wo der später festgestellte Mangel nicht im Wege gestanden hätte, das Produkt (so) in Verkehr zu bringen, sondern nur eine entsprechende Warnung erfordert hätte, der Hinweis auf die Gefährlichkeit des Guts⁶⁷. Der Produzent erfüllt damit seine ursprüngliche Pflicht. Es werden dies in aller Regel Fälle sein, in denen zwar eine Reparatur des Gegenstands ohnehin nicht in Frage kommt, die Warnung aber eine wesentliche Gefahrentlastung bedeutet⁶⁸.

b) Ist der bedrohliche Zustand dagegen nur mit einer Reparatur zu beseitigen, so ist der Produzent verpflichtet, diese auf seine Kosten auszuführen bzw. vornehmen zu lassen⁶⁹. Dies findet seine Parallele in der Pflicht, nur ordnungsgemäß entwickelte und fabrizierte Güter in den Verkehr zu geben. Der Anspruch folgt unmittelbar aus dem Wesen des deliktischen Beseitigungsanspruchs als Schadensersatzanspruch⁷⁰. Nach dem Grundsatz der Naturalrestitution gemäß § 249 S. 1 BGB ist der Kunde so zu stellen, als ob das zur Gefährdung führende Ereignis – hier der Produktfehler – nicht eingetreten wäre. Eine bloße Warnung reicht dagegen in diesen Fällen jedenfalls nicht immer aus. Das zeigt schon der Vergleich mit den Rechtsfolgen, die den Verkehrssicherungspflichtigen ansonsten bei schuldhafter Verletzung seiner Pflicht treffen. Will etwa jemand einen Baum fällen, sägt ihn aber auf der falschen Seite an, und gefährdet daher der noch nicht umgestürzte Baum die Zufahrt zum Grundstück des Nachbarn, so kann er sich nicht darauf beschränken, diesen auf die Gefahr hinzuweisen und ihn aufzufordern, die Zufahrt nicht mehr zu benutzen. Er ist zur Beseitigung der Gefahr auf seine Kosten verpflichtet.

c) Natürlich wäre der Gefahr auch dadurch zu begegnen, daß der Konsument den gefährlichen Gegenstand nicht mehr benutzt, ihn gegebenenfalls dem Produzenten zurückgibt. Könnte der Hersteller vom Verbraucher einen derartigen Verzicht verlangen, so genügte die bloße Warnung⁷¹.

Von vornherein scheidet ein solches Verlangen aus, wenn die erworbene Sache trotz der Gefahr, die sie für Rechtsgüter des Kunden darstellt, einen Wert besitzt. Ein Autohersteller, der einen Wagen mit schlecht greifenden Bremsen ausgeliefert hat, kann, um seiner Gefahrsteuerungspflicht Genüge zu tun, seinen Abnehmern nicht ansinnen, sie sollten das Fahrzeug in der Garage stehenlassen. Das hieße, die deliktische Pflicht auf die Kunden abzuwälzen.

An sich müßte das sogar gelten, wenn die Ware so voller Gefahren steckt, daß sie wertlos ist. In solchen Fällen hat freilich der Kunde kein schutzwürdiges Interesse daran, den Gegenstand weiter zu benutzen. Der Verzicht weiteren Gebrauchs fordert von ihm kein Vermögensopfer; er ist ihm daher zumutbar. Dieser geminderte Schutz manifestiert sich z. B. auch darin, daß bei Zerstörung der Sache durch Dritte – aber auch durch den Hersteller – kein Schadensersatz zu leisten wäre. Damit trifft den Produzenten nicht mehr die Pflicht, dieses Eigentum durch

nicht mit dem Hinweis auf mangelnde kausale Verbindung anzuzweifeln sein: Die Feuerwehr ist nur wegen des Brandes geholt worden.

62 BGH VersR 83, 346 (347) = NJW 83, 812 (814); 64, 1145 = NJW 64, 1898 (1899) m. w. Nachw.; Heimann/Trosien in BGB-RGRK § 812 Rdn. 31. Auch wer für den Regelfall eine nachträgliche Leistungsbestimmung ablehnt (z. B. Staudinger/Lorenz, BGB § 812 Rdn. 59 m. w. Nachw.), dürfte hier zu keinem anderen Ergebnis kommen. Soweit dem Geschädigten auch der Eigentümer haftet, scheidet eine von dieser Literaturmeinung als Alternative befürwortete Kondiktion über Eck (z. B. Staudinger/Lorenz aaO) aus, da an den Verletzten mit Rechtsgrund geleistet wurde. Es bestand dann gerade kein Wahlrecht des Schuldners.

63 Vgl. oben III 2 c.

64 Vgl. z. B. Palandt/Bassenge, BGB § 1004 Anm. 4 e.

65 Vgl. dazu oben II 2 c.

66 Mertens in Münch. Komm. § 823 Rdn. 295.

67 Vgl. dazu Kullmann (Fn. 1) Tz. 1520 S. 46 f.

68 Beispiele sind die beiden „Apfelschorffälle“ (BGHZ 80, 186 ff. = VersR 81, 639 ff.; 80, 199 ff. = VersR 81, 636 f.). Dort hätte der Hinweis auf die mögliche Resistenzbildung genügt, um den Schaden zu verhindern.

69 Mertens in Münch. Komm. § 823 Rdn. 89; Stoll in Festschrift für Weitnauer 1980 S. 420; vgl. auch BGHZ 59, 286 (288), der im Anschluß an von Caemmerer in Festschrift für Hakulinen 1972 S. 83 Aufwendungsersatz bei Rettungsmaßnahmen zur Abwendung einer unmittelbar bevorstehenden Rechtsverletzung befürwortet.

70 Vgl. z. B. Medicus in Münch. Komm. § 1004 Rdn. 76.

71 So offensichtlich Stoll JZ 83, 503 f.

Beseitigung der Gefahrenquelle zu bewahren⁷². Die Integrität anderer Rechtsgüter läßt sich gewährleisten, wenn der Konsument auf die Benutzung verzichtet. Gehen etwa von einem Arzneimittel gefährliche Nebenwirkungen aus, so kommt eine Reparatur nicht in Frage; dem Patienten ist zuzumuten, die Medizin nicht mehr anzuwenden. Insbesondere ist der Hersteller nicht verpflichtet, die Medikamente zurückzukaufen⁷³. Freilich muß auch hier die Gefahr beseitigt werden. Industriemüll etwa, der das Grundwasser gefährdet, ist vom Hersteller zu sichern⁷⁴.

Diesem Ergebnis läßt sich nur vordergründig Inkonsequenz vorwerfen. Die unterschiedliche Lösung ist gerechtfertigt durch den Wert der erworbenen Sache. Nur wo dieser gänzlich fehlt, ist dem Kunden der Verzicht zumutbar. Sonst wäre er gezwungen, Werte aus der Hand zu geben und damit dem Produzenten die Beseitigungspflicht unter Aufwendung eigenen Vermögens abzunehmen.

Dogmatisch setzt die Lösung allerdings voraus, daß man sich der Ansicht des BGH anschließt, auch dem Abnehmer gefährlicher Ware stehe § 823 Abs. 1 BGB als Anspruchsgrundlage zur Seite, wenn der Mangel zu einer weiter gehenden Beschädigung des erworbenen Guts geführt habe⁷⁵. Nur wenn nämlich die gelieferte Sache selbst unter den Schutz der Produkthaftung fällt, erstreckt sich die deliktische Beseitigungspflicht nicht bloß darauf, die sonstigen Rechtsgüter zu schützen, sondern will auch die (ungefährliche) Benutzung der Sache selbst ermöglichen. Das bedeutet nicht, daß ausschließlich die Gefährdung des „Resteigentums“ für den Tatbestand der deliktischen Beseitigungspflicht konstituierend wäre⁷⁶. Relevant ist die Frage nur für die Rechtsfolge – dafür also, ob der Produzent die Gefahr durch Warnung vor weiterer Benutzung steuern kann. Hier, aber auch nur hier, kommt es somit darauf an, ob der Rechtsprechung zu folgen ist, der bekanntlich in der Literatur heftig widersprochen wird⁷⁶.

Soweit in diesem Zusammenhang von Interesse, erweist sich die Schelte als unberechtigt⁷⁷. Daß die Sache überhaupt Eigentum des Verbrauchers ist und damit unter dem Schutz des § 823 Abs. 1 BGB steht, dürfte trotz manch gegenteiliger Stimmen in der Literatur⁷⁸ im Ergebnis kaum zu bezweifeln sein. Schließlich kann der Käufer gegenüber jedermann – auch gegenüber dem Produzenten – die Rückgabe gemäß § 985 BGB fordern, wenn ihm der Besitz unberechtigterweise entzogen worden ist. Dieser Schutz, der z. B. bei schuldhafter Störung auch über § 823 Abs. 1 BGB gewährleistet ist⁷⁹, setzt ja nicht einmal voraus, daß die Sache einen wirtschaftlichen Wert verkörpert⁸⁰. Zwar hat der Käufer bei Lieferung der gefährlichen Ware nicht das volle Äquivalent für seine Leistung erhalten. Kann die Sache aber noch gerichtet werden und übersteigen die Kosten dieser Reparatur den Wert des intakten Guts nicht, so verkörpert der Gegenstand auch im defekten Zustand zudem noch einen Vermögenswert.

Daß Ansprüche nach § 823 Abs. 1 BGB auch bestehen, wenn die Ware von vornherein mangelhaft ist, zeigt sich schon an dem Fall, in dem ein Dritter sie beschädigt oder zerstört. Er könnte sich gegenüber der Schadensersatzforderung des Verbrauchers nicht darauf berufen, die Schadensanlage an dem vernichteten Gegenstand hätte sich ohnehin irgendwann verwirklicht; es sei daher kein Eigentum im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB verletzt, jedenfalls habe sein Handeln aber nicht zu einer Einbuße geführt⁸¹. Hätte etwa ein Unbeteiligter im „Gaszugfall“⁸² das Auto zerstört, so hätte er den Wert des – teilweise schon vorher defekten – Wagens ersetzen müssen. Das gilt schon deshalb, weil das fehlerhafte Teil hier keineswegs zum Totalschaden, sondern nur zu einem relativ geringen Blechschaden geführt hatte. Der Schadensersatzanspruch wäre somit nur entfallen, wenn wegen des Fehlers das Auto wirtschaftlich nichts mehr wert gewesen wäre. Dann

aber besteht kein Anlaß, den Produzenten anders zu behandeln. Er hat schließlich schuldhaft die Ursache für die Zerstörung des Produkts gesetzt. Insbesondere wenn er nicht Vertragspartner des Konsumenten ist, ist nicht ersichtlich, warum hier eine Haftung ausscheiden sollte. Aber auch wenn er die Sache dem Verbraucher verkauft hat, ist keine andere Beurteilung angebracht⁸³.

Dieser Ansatz hat generelle Konsequenzen für die Haftung aus Delikt wegen der Lieferung fehlerhafter Sachen. Entscheidend ist nicht die funktionelle Begrenzung des schadhafte Teils⁸⁴. Es geht vielmehr darum, ob trotz des Mangels die Sache noch einen wirtschaftlichen Wert verkörpert oder ob sie als wertlos anzusehen ist⁸⁵. Darüber hinaus zu fordern, der Schaden müsse durch einen Unfall verursacht sein⁸⁶, überzeugt dagegen nicht. Der Begriff selbst ist wenig scharf; die von einem Teil des Produkts ausgehende Gefahr kann sich auch schleichend verwirklichen, etwa wenn das partiell mit einer Pilzkrankheit befallene Getreide den Rest ansteckt. Der weiterfressende Mangel muß freilich eine Wertminderung gegenüber dem Zustand bei Übergabe herbeigeführt haben. Schäden

72 Dazu dürfte der Fall zählen, daß ein Stahlgerüst mangelnde Festigkeit aufweist (Beispiel von Schmidt-Salzer BB 73, 538; Harrer Jura 84, 85).

73 Das nämlich wäre ein über die (notwendige) Beseitigung der Gefahr hinausgehende Befriedigung des Äquivalenzinteresses. Dies ebenso wie die Anwendung des § 251 Abs. 2 BGB ist im Rahmen der deliktischen Beseitigungspflicht nicht mehr vom Schutzzweck der Norm umfaßt.

74 BGH VersR 76, 62 (64); Brüggemeier WM 82, 1300 f.

75 BGHZ 67, 359 (364) = VersR 77, 358 (360); 86, 256 (263) = VersR 83, 344; BGH NJW 78, 2241 (2242); VersR 83, 346 (347) = NJW 83, 812 (813); JR 78, 510 f.; Steffen in BGB-RGRK vor § 823 Rdn. 39; anders wohl noch BGHZ 39, 366 (367) = VersR 63, 933 m. w. Nachw.

76 Vgl. z. B. Rengier JZ 77, 346 f.; Schubert JR 77, 458 ff.; ders. JR 79, 202 f.; Evans-von Krbek MDR 77, 833 f.; Brüggemeier VersR 83, 501 (507 ff.); Scheinert JP 79, 35; Weitnauer ArztR 78, 42; Schmidt-Salzer BB 79, 9; anders nunmehr ders. BB 83, 435 ff.; Plum AcP 181 (1981), 126; Larenz II (Fn. 53) § 41 a = S. 79; Harrer Jura 84, 82 ff.; wohl auch Diederichs NJW 78, 1285 f.; a. A. z. B. Lang (Fn. 5) S. 160 ff.; Engels DB 77, 618 f.; Löwe BB 78, 1416; Kraft JuS 80, 411; Schlechtriem JA 83, 256.

77 Vgl. zum folgenden insbesondere Mertens in Münch. Komm. § 823 Rdn. 86.

78 Z. B. Rengier JZ 77, 346 f.; Schubert JR 77, 458 ff.; anders ders. JR 79, 202; Harrer Jura 84, 82 m. w. Nachw.

79 Vgl. statt aller Mertens in Münch. Komm. § 823 Rdn. 90.

80 Das ergibt sich unmittelbar aus dem Grundsatz der Naturalrestitution, der keinen Vermögensschaden voraussetzt; vgl. statt aller Palandt/Heinrichs, BGB § 249 Anm. 1, § 253 Anm. 2. Davon zu unterscheiden ist, daß die deliktische Beseitigungspflicht in solchen Fällen keine Reparatur fordert.

81 Dem Dritten wäre also die Berufung auf die überholende Kausalität abgeschnitten, die Schadensanlage müßte freilich bei der Ermittlung des Wertes berücksichtigt werden; vgl. z. B. BGHZ 20, 275 (279 ff.) = VersR 56, 371 f.; 29, 207 (215); Grunsky in Münch. Komm. vor § 249 Rdn. 80; Staudinger/Medicus § 249 Rdn. 103; speziell zu den Kritikern des BGH Löwe BB 78, 1496; Lang (Fn. 5) S. 164. – Die These Schmidt-Salzers, bis zur Realisierung der Gefahr liege der volle (BB 79, 9) bzw. ein gewisser (BB 83, 539) Wert vor, vermag dagegen nicht zu überzeugen, wenn dadurch die Untauglichkeit des Wertkriteriums dargetan werden soll. Sie wird ohnedies nur relevant, wenn die Reparatur unrentabel ist und bei Benutzung keine weiteren Rechtsgüter in Gefahr schweben – niemand fährt ein Auto, von dem er weiß, daß wegen eines Fehlers die Bremsen jederzeit versagen können. Vor allem ist im Augenblick der Realisierung des Mangels der in dem bis zu diesem Zeitpunkt möglichen Gebrauch liegende Wert schon konsumiert.

82 BGHZ 86, 256 ff. = VersR 83, 344 f.

83 Vgl. schon oben III 2 b.

84 So noch BGHZ 67, 359 (364 f.) = VersR 77, 358 (360); zweifelnd dazu schon BGHZ 86, 256 (261 f.) = VersR 83, 344 (345). Kritik z. B. bei Lang (Fn. 5) S. 167 ff.; Schmidt-Salzer BB 79, 9 f.; ohnedies natürlich bei allen, die die Ansicht des BGH grundsätzlich ablehnen; vgl. die Nachweise in Fn. 76.

85 BGHZ 86, 256 (262) = VersR 83, 344 (345). Dieses Erfordernis dürfte auch das weitere vom BGH genannte decken, daß nämlich das defekte Teil nicht nur unter Inkaufnahme von erheblichen Beschädigungen des fehlerfreien Teils abtrennbar sein darf. Kriterium dafür ist wohl wiederum die Aufwendung für eine Reparatur im Verhältnis zum Wert der reparierten Sache (vgl. auch Mayer BB 84, 572).

86 Mertens in Münch. Komm. § 823 Rdn. 86; Stoll JZ 83, 504; Lang (Fn. 5) S. 179 ff.; Schlechtriem in Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts Bd. II 1981 S. 1666; ablennd z. B. Schmidt-Salzer BB 83, 539; Mayer BB 84, 573.

aufgrund der bloßen Nichtbenutzbarkeit gehören nicht dazu⁸⁷.

d) Probleme mögen sich bei der Abgrenzung stellen. Je nachdem, wie man das Produkt faßt, käme man zu Differenzierungen bei der Reparaturpflicht. Hält man etwa Autoreifen für ein eigenständiges Produkt, so entfällt die Pflicht, sie zu richten, wenn sie wegen des gefährlichen Mangels gänzlich entwertet sind. Anders wäre zu entscheiden, wenn man sie als Teil des Gesamtprodukts Auto begreift: Defekte Reifen bedeuten nicht, daß der Wagen als solcher wertlos wäre. Auszugehen ist für die Lösung wiederum von der Erkenntnis, daß der deliktische Beseitigungsanspruch grundsätzlich die Reparatur erfordert, diese nur entfällt, wenn dem Verbraucher zuzumuten ist, auf die Benutzung des erworbenen Gegenstands zu verzichten. Dies ist nicht der Fall, wenn er das schadenstiftende Gut als Einheit erworben hat. Vielmehr haftet dann der jeweilige Produzent des defekten Teils nach den dafür entwickelten Zurechnungsregeln⁸⁸. Die Situation ist anders zu beurteilen, wenn der Endverbraucher lediglich das gefährliche Teil als solches gekauft hat. In diesen Fällen ist ihm der Verzicht auf die Benutzung des Teils eher zuzumuten.

e) Die Beseitigungspflicht ist darauf beschränkt, den Gefahrenherd zu entschärfen. Es ließe sich daher daran denken, den Produzenten nur zur Entfernung des schädlichen Teils, nicht hingegen zum Einbau eines intakten für verpflichtet zu halten. Das freilich würde schon in den Fällen nicht genügen, in denen der Fehler des Guts darin besteht, daß eine seiner Sicherungsvorkehrungen mangelhaft ist⁸⁹. Denn die Beseitigung der defekten Sicherung nützt zunächst noch nichts; Abhilfe bringt erst der Einbau eines fehlerfreien Teils. Das aber gilt generell. Der Gegenstand wird nicht schon durch den Ausbau des gefährlichen Teils sicher, sondern in aller Regel erst durch die ordnungsgemäße Ausstattung mit einem funktionstüchtigen. Das Ergebnis hat auch seine dogmatische Rechtfertigung. Die deliktische Pflicht des Produzenten besteht darin, die Gefahr zu steuern, die von seinem Produkt für die Rechtsgüter Dritter ausgeht. Daraus folgt, daß er das Produkt fehlerfrei auf den Markt zu bringen hat. Zu einem Auto gehören beispielsweise eben auch funktionstüchtige Bremsen. Hat der Hersteller diese Pflicht verletzt, so bedeutet seine Beseitigungspflicht, daß er das Produkt so repariert, wie er es ursprünglich in Erfüllung seiner Verkehrssicherungspflicht nur hätte auf den Markt bringen dürfen.

IV. Der (quasi)negatorische Beseitigungsanspruch

1. Komplizierter ist die Rechtslage, wenn dem Hersteller kein Pflichtverstoß vorzuhalten ist – vorwiegend also bei Ausreißern während der Fabrikation und nicht erkennbaren Entwicklungsfehlern. An eine deliktische Beseitigungspflicht läßt sich hier nicht anknüpfen. Auch eine Verletzung der Produktbeobachtungspflicht kann hier nicht als Grundlage dienen, solange der Produzent das Gut im Auge behält. Dennoch liegt auch in diesem Zusammenhang ein Beseitigungsanspruch des Konsumenten gegen den Produzenten vor; Grundlage ist § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB⁹⁰. Gefährdet das Gut das Eigentum des Verbrauchers, so ist der Anspruch negatorischer Natur, bei Bedrohung sonstiger Rechtsgüter quasinegatorischer⁹¹.

a) Das scheint allerdings nur dann unproblematisch zu sein, wenn man einen objektiven rechtswidrigen Verstoß gegen die Gefahrsteuerungspflicht des Produzenten bereits darin sieht, daß ein Rechtsgüter Dritter gefährdender Gegenstand in den Verkehr gebracht ist⁹². Nur dann ist das von der h. M. geforderte Merkmal der Rechtswidrigkeit⁹³ erfüllt. Sieht man dagegen die Verkehrssicherungspflicht nur dann als verletzt an, wenn der Produzent die äußere Sorgfaltspflicht nicht erfüllt hat⁹⁴, so fehlt es vordergründig bei einem nicht erkennbaren Entwicklungs-

fehler bereits an einem objektiven rechtswidrigen Verstoß gegen diese Gefahrsteuerungspflicht. Damit würde freilich verkannt, daß die Bedrohung eines Rechtsguts unabhängig davon ist, ob rechtswidriges Handeln des Störers vorausgegangen ist; entscheidend ist einzig, ob der Eigentümer zur Duldung des beeinträchtigenden Zustands verpflichtet ist oder nicht⁹⁵. Gerade wenn man die Lehre vom Handlungsunrecht vertritt⁹⁶, ist dieses Ergebnis unausweichlich⁹⁷. Dafür spricht zudem die Parallele zu § 985 BGB⁹⁸. Vor allem muß der Eigentümer bzw. Träger des Rechtsguts die Gefährdung nur hinnehmen, wenn er dazu aus einem besonderen Grund verpflichtet ist. Wie die Gefahr entstanden ist, ist demgegenüber von untergeordneter Bedeutung; dies spielt eine Rolle allenfalls für die Bestimmung des Störers⁹⁹.

b) Da es nur um die Beseitigung der Gefahr geht, besteht auch nicht die Problematik, den Anspruch aus § 1004 BGB vom Schadensersatzanspruch abzugrenzen. Lediglich die Störung selbst ist ungeschehen zu machen, nicht jedoch ihre Folgen. Daß dies Aufgabe des § 1004 BGB ist, entspricht fast allgemein anerkannter Ansicht¹⁰⁰. Zu einem anderen Ergebnis käme man nur, wenn man in der Norm ausschließlich das Verbot sähe, fremdes Eigentum in Anspruch zu nehmen¹⁰¹, und daraus folgerte, daß nach Ende der aktiven Einwirkung eine Beseitigung der Störungsquelle selbst dann nicht geboten sei, wenn weitere Rechtsgüter des Gestörten sich in Gefahr befänden¹⁰². Freilich überzeugt dies schon vom Ansatz her nicht. Einmal ist nicht recht ersichtlich, warum ein Beseitigungsanspruch nach Vollendung der beeinträchtigenden-

87 BGH VersR 83, 346 = NJW 83, 812 (813). Zu Recht weist Brügge-meier VersR 83, 501 (505) darauf hin, daß es in diesem „Hebebühnenfall“ nicht um den Schaden an der Hebebühne selbst ging, so daß sich das Problem des weiterfressenden Mangels gar nicht stellte. Ersatz für den Ausfall der Hebebühne hätte der Kläger nur verlangen können, wenn dies als Folgeschaden der Verletzung der Verkehrssicherungspflicht zu liquidieren wäre. Dagegen dürfte allerdings der Schutzzweck der deliktischen Beseitigungspflicht sprechen. Sie dient der Beseitigung der Gefährdung, nicht dem Ausgleich der durch den zeitweiligen Ausfall eingetretenen Einbußen.

88 Vgl. statt vieler Mertens in Münch. Komm. § 823 Rdn. 288 ff. m. w. Nachw.

89 So z. B. im „Schwimmerschalterfall“ (BGHZ 67, 359 ff. = VersR 77, 358 ff.); Der Schaden war entstanden, weil der defekte Schwimmerschalter die Heizdrähte nicht rechtzeitig abgeschaltet hatte. Wird er ausgebaut, sind die Heizdrähte erst recht nicht gesichert.

90 Von Westphalen NJW 79, 845; Brügge-meier VersR 83, 501 (511).

91 Zur Terminologie vgl. z. B. Palandt/Bassenge, BGB § 1004 Anm. 1 b dd.

92 Vgl. dazu oben II 1 a.

93 BGH LM Nr. 27 (Bl. 2), Nr. 59 (Bl. 2) m. w. Nachw., Nr. 131, Nr. 132 zu § 1004 BGB; Medicus in Münch. Komm. § 1004 Rdn. 49 ff.; Soergel/Mühl, BGB 11. Aufl. 1978 ff. § 1004 Rdn. 26; Westermann, Sachenrecht 5. Aufl. 1966 § 36 I 2; wohl auch BGHZ 67, 252 (253); ebenso Picker (Fn. 48) S. 180 für den – von ihm nur unter engen Voraussetzungen zugelassenen – Beseitigungsanspruch.

94 Vgl. dazu oben II 1 a mit Fn. 22.

95 BGHZ 66, 37 (39); Pikart in BGB-RGRK § 1004 Rdn. 36; Soergel/Mühl, BGB § 1004 Rdn. 26; Erman/Hefermehl, BGB 7. Aufl. 1981 § 1004 Rdn. 32; Palandt/Bassenge, BGB § 1004 Anm. 2 a ee; Jauernig, BGB 3. Aufl. 1984 § 1004 Anm. 4 a; vgl. auch schon Motive III S. 392 f. bei Mugdan III S. 218.

96 Vgl. die Nachweise in Fn. 22 sowie schon früher allgemeine BGHZ 24, 21 (26) = VersR 57, 288 (289).

97 Münzberg, Verhalten und Erfolg als Grundlage der Rechtswidrigkeit und Haftung 1966 S. 376 f.; ders. JZ 67, 691 für die Unterlassungsklage.

98 Erman/Hefermehl, BGB § 1004 Rdn. 32; Jauernig § 1004 Anm. 4 a; Münzberg JZ 67, 691.

99 Münzberg (Fn. 97) S. 377; ders. JZ 67, 691.

100 BGHZ 28, 110 (113); Pikart in BGB-RGRK § 1004 Rdn. 89 f. m. w. Nachw.; Medicus in Münch. Komm. § 1004 Rdn. 59; Erman/Hefermehl, BGB § 1004 Rdn. 10; Baur AcP 160 (1960), 489 (actus contarius); Westermann (Fn. 93) § 36 III 1.

101 Staudinger/Gursky, BGB § 1004 Rdn. 98; Picker (Fn. 48) S. 157.

102 Staudinger/Gursky, BGB § 1004 Rdn. 98 in recht extensiver Interpretation von Picker (Fn. 48) S. 87 f. Die genannte Stelle bei Picker ließe sich m. E. auch so verstehen, daß nur die infizierte Sache selbst keine Beseitigungsansprüche begründet – wohl aber die Gefahr für weitere, bisher nicht betroffene Rechtsgüter.

den Handlung auch dann nicht mehr gegeben sein soll, wenn die Einwirkung fortbesteht¹⁰³. Vor allem aber könnte man dann den Produzenten gleich aus der Produktbeobachtungspflicht entlassen. Hat er mit der Störung nichts mehr zu tun, da sie vollendet ist, so ist nicht zu erkennen, welche Pflicht ihn noch binden sollte, sein Produkt im Auge zu behalten. Eine solche Konsequenz kann nicht sinnvoll sein¹⁰⁴. Schließlich hat der Produzent – und in der Regel nur er – die Möglichkeit, das Produkt zu überwachen und Gefahren festzustellen. Dies dem Kunden aufzuhalsen, besteht kein Anlaß.

2. Aus demselben Grund wird auch das Argument fragwürdig, nur den jeweiligen Eigentümer treffe die Störerhaftung¹⁰⁵. Der Eigentümer ist sicherlich (auch) passiv legitimiert, soweit es um die Frage geht, ob Dritte gegen die Gefährdung ihrer Rechtsgüter aufgrund des Produkts vorgehen können¹⁰⁶. Dies besagt aber noch nichts darüber, wie die Haftung im Verhältnis zwischen dem Produzenten und dem Konsumenten der gefährlichen Ware verteilt ist. Schließlich hat der Produzent die Ursache der Gefährdung gesetzt. Hätte er trotzdem mit dem fehlerhaften Produkt nichts mehr zu tun, so wäre auch in diesem Zusammenhang unklar, wie die Produktbeobachtungspflicht zu rechtfertigen sein sollte. Schon das zeigt, daß die genannten Grundsätze hier nicht undifferenziert angewendet werden dürfen. Als Verursacher der Gefahr ist der Produzent näher „daran“, die Gefahr wiederum zu beseitigen. Das Ergebnis ist auch dogmatisch gerechtfertigt: Obwohl bei einem umgestürzten Tanklastzug der Fahrer wie der Eigentümer des Grundstücks, auf dem das ausgelaufene Öl versickert¹⁰⁷, gegenüber Dritten Störer sind¹⁰⁸, kann der Eigentümer vom Fahrer Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen¹⁰⁹. Konsequenterweise bejaht die Rechtsprechung den Rückgriffsanspruch des Eigentümers, der eine Störung beseitigt hat, gegen den Handlungsstörer, gerade weil dieser dadurch das Eigentum des Verkehrssicherungspflichtigen beeinträchtigt hatte¹¹⁰. Im Verhältnis zwischen dem Produzenten und dem Konsumenten ist also jener nach wie vor zur Beseitigung der Gefahr verpflichtet.

3. Die Rechtsfolgen des Anspruchs sind parallel zu denen des deliktischen Beseitigungsanspruchs¹¹¹. Nur in Ausnahmefällen kann sich der Produzent also damit zufriedengeben, die Kunden nachträglich genauer zu instruieren. Regelmäßig hat er das Gut zurückzurufen und auf seine Kosten zu reparieren¹¹². Der parallele Aufbau beider Ansprüche, was die Voraussetzungen mit Ausnahme des Verschuldens, aber auch die Rechtsfolgen betrifft, legt konsequenterweise eine Anwendung des § 852 BGB auf den (quasi)negatorischen Beseitigungsanspruch nahe¹¹³.

V. Zusammenfassung

1. Der Produzent darf nur solche Sachen in Verkehr bringen, die Rechtsgüter der Konsumenten nicht gefährden. Verletzt er schuldhaft diese Verkehrssicherungspflicht, so kann der Verbraucher aufgrund eines delikti-

schen Beseitigungsanspruchs verlangen, daß die Gefahr beseitigt wird.

2. Fehlt es am Verschulden des Herstellers, so steht dem Kunden ein (quasi)negatorischer Beseitigungsanspruch zu. Dies gilt unabhängig davon, ob man mit den Vertretern der Lehre vom Handlungsunrecht wegen Beachtung der „äußeren“ Sorgfalt einen objektiven Verstoß gegen die Verkehrssicherungspflicht verneint oder nicht.

3. Beide Ansprüche sind nicht erst Folge der Verletzung der Produktbeobachtungspflicht, sondern knüpfen unmittelbar daran an, daß der Produzent gefährliche Gegenstände in Verkehr gebracht hat.

4. Zur Beseitigung der Gefahr ist der Produzent gehalten, das Gut zurückzurufen und auf seine Kosten zu reparieren. Eine Ausnahme gilt lediglich, wo die Warnung genügt, die Rechtsgüter des Verbrauchers zu schützen, oder wenn die gefährliche Sache völlig wertlos ist.

103 So Picker (Fn. 48) S. 86, 130; Staudinger/Gursky, BGB § 1004 Rdn. 98; vgl. z. B. die Kritik bei Medicus in Münch. Komm. § 1004 Rdn. 23; Soergel/Mühl, BGB § 1004 Rdn. 42; Palandt/Bassenge, BGB § 1004 Anm. 1 a; Henckel AcP 174 (1974), 108 f.; Baur AcP 175 (1975), 179 f.

104 Vgl. schon III 2 b.

105 BGHZ 29, 314 (317) m. w. Nachw.; BGH LM Nr. 14 zu § 1004 BGB (auch, gegebenenfalls allein!); Medicus in Münch. Komm. § 1004 Rdn. 42; Soergel/Mühl, BGB § 1004 Rdn. 36; Palandt/Bassenge, BGB § 1004 Anm. 4 e; Brehm JZ 72, 229 f.

106 Vgl. auch BGH LM Nr. 14 zu § 1004 BGB, wonach beide (Urheber und Inhaber der tatsächlichen Gewalt) als Störer in Frage kommen. Der Dritte wird auch bisweilen gegen beide vorgehen müssen, wenn sie nur zusammen zur Beseitigung der Störung imstande sind; vgl. aber BGH NJW 83, 751, der allein den Eigentümer für verpflichtet hält, selbst wenn dieser gegenüber dem Mieter vertraglich gebunden ist.

107 Beispiel von Picker (Fn. 48) S. 88 und Baur AcP 175 (1975), 179 f.

108 Vgl. dazu nur Palandt/Bassenge, BGB § 1004 Anm. 4 a m. w. Beispielen. Das wird auch klar bei einer Parallele aus dem Polizeirecht: Der Fahrer, der den Wagen hat umkippen lassen, ist Handlungs-, der Eigentümer des betroffenen Grundstücks Zustandsstörer; vgl. z. B. Schwerdtner JuS 78, 123.

109 BGHZ 40, 18 (21 f.); Baur AcP 175 (1975), 180 gegen Picker (Fn. 48) S. 88.

110 BGH NJW 64, 1365; 69, 1205 (1206); Soergel/Mühl, BGB § 1004 Rdn. 47; Palandt/Bassenge, BGB § 1004 Anm. 5 a cc; ähnlich Staudinger/Gursky, BGB § 1004 Rdn. 110; Rückgriffskondition des Eigentümers; a. A. Picker (Fn. 48) S. 88. – Probleme, die bei solchen Rückgriffsansprüchen auftauchen, resultieren zum einen aus der Überlagerung der Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag durch das öffentliche Recht (vgl. z. B. BGHZ 62, 186 [189]; dort war die Immission rechtmäßig, zudem handelte die Straßenbaubehörde aufgrund ihrer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung; Medicus [Fn. 16] Rdn. 412) – was hier nicht einschlägig ist – bzw. aus dem Tätigwerden unbeteiligter Dritter (vgl. z. B. BGHZ 72, 151 ff. = VersR 78, 870, wo aus nicht überzeugenden Gründen auch ein Bereicherungsanspruch abgelehnt wurde).

111 Vgl. oben III 4.

112 Soergel/Mühl, BGB § 1004 Rdn. 47; Staudinger/Gursky, BGB § 1004 Rdn. 110 m. w. Nachw.; Palandt/Bassenge, BGB § 1004 Rdn. 5 a cc; Wolff/Raiser, Sachenrecht 10. Bearbeitung 1957 § 87 I 4.

113 So im Ergebnis auch BGH VersR 69, 256 = NJW 69, 463 m. w. Nachw. für den Anspruch auf Widerruf; Medicus in Münch. Komm. § 1004 Anm. 70; Soergel/Mühl, BGB § 1004 Rdn. 94; Canaris (Fn. 8) S. 166; a. A. Staudinger/Gursky, BGB § 1004 Rdn. 147; Palandt/Bassenge, BGB § 1004 Anm. 8 a; differenzierend Hohloch, Die negatorischen Ansprüche und ihre Beziehungen zum Schadensersatzrecht 1976 S. 201 f.