

brauch. Eine sich später entwickelnde Änderung des Nutzerverhaltens kann dem Hersteller nicht angelastet werden.¹⁰⁷

Für diese Abgrenzung sind alle **Umstände des Einzelfalls** im Rahmen einer wertenden Betrachtung heranzuziehen.¹⁰⁸ Da allgemein anerkannt ist, dass es auf den Erwartungshorizont eines objektiven verständigen Herstellers ankommt, ist das entscheidende Kriterium, ob ein solcher mit der konkreten Art des Fehlgebrauchs rechnen musste. Daraus ergibt sich, dass der Hersteller mit einem Fehlgebrauch eher zu rechnen hat, je näher dieser an dem bestimmungsgemäßen Gebrauch liegt. Andersherum liegt ein Produktmissbrauch nahe, wenn die Art der Verwendung sich grundlegend von dem vorgesehenen Gebrauch unterscheidet. In der Literatur wird zum Teil auch darauf abgestellt, ob die Art des Gebrauchs sich als „vernünftig“ darstellt. Wird dies bejaht, soll ein Fall des vorhersehbaren Fehlgebrauchs vorliegen. Ist der konkrete Gebrauch hingegen als „unvernünftig“ einzustufen, soll es sich um Missbrauch handeln.¹⁰⁹ Fehlgebräuche, die nahe bei dem bestimmungsgemäßen Verwendungszweck des Produkts liegen und deren Risiken für den Verwender nicht ohne weiteres erkennbar sind, sind hingegen als vorhersehbar zu betrachten.¹¹⁰ Droht dem Nutzer bei vorhersehbarem Fehlgebrauch innerhalb eines vom Hersteller kommunizierten Verwendungszwecks des Produkts ein Schaden, so ist in der Regel eine **Warnung** das angemessene Reaktionsmittel. Sowohl der Kreis der als vorhersehbarer Fehlgebrauch zu bewertenden Handlungen als auch der Umfang der daraus resultierenden Anforderungen an Inhalt und Umfang einer Warnung sind abhängig vom Erfahrungswissen der Produktnutzer. Der Hersteller von Frischbeton hat einen nichtgewerblichen Abnehmer vor der Gefahr einer alkalischen Verätzung der Haut durch normale Kleidung hindurch zu warnen.¹¹¹ Ebenso ist das Befüllen einer Tischfeuerstelle mit Bioethanol als Gebrauch, mit dem billigerweise gerechnet werden kann, zu bewerten, wenn der Hersteller nicht nachweisen kann, dass er ausdrücklich darauf hingewiesen hat, dass die Tischfeuerstelle nur mit Brennpaste betrieben werden darf, und das Verwenden von Bioethanol bestimmte Risiken mit sich bringt.¹¹² Dagegen ist ein Missachten von Sicherheitsvorkehrungen durch professionelle Anwender in der Regel nicht mehr als Gebrauch, der billigerweise erwartet werden kann, zu werten, zum Beispiel wenn ein Landwirt bei laufendem Motor (und damit bei laufendem Rührfinger) eines Düngestreuers das Schutzgitter entfernt und dann mit Teilen seines Körpers in die Nähe des Rührfingers kommt.¹¹³

Der Produktmissbrauch zeichnet sich dadurch aus, dass die konkrete Verwendung entweder außerhalb des vom Hersteller deutlich gemachten Verwendungszwecks liegt oder nach den Erfahrungswerten der betroffenen Verkehrskreise **ganz offensichtlich nicht üblichen Verwendung** des Produkts entspricht, die Scha-

¹⁰⁷ Instruktiv hierzu BGH Urt. v. 7.7.1981 – VI ZR 62/80, NJW 1981, 2514.

¹⁰⁸ Eingehend hierzu *Wieckhorst*, VersR 1995, 1005, 1012.

¹⁰⁹ Foerste/v. Westphalen/v. Westphalen, § 48 Rn. 58.

¹¹⁰ *Kullmann*, ProdHaftG § 3 Rn. 30; Foerste/v. Westphalen/v. Westphalen, § 48 Rn. 58; *Staudinger/Oechsler*, ProdHaftG § 3 Rn. 63; *Schmidt-Salzer/Hollmann*, RL 85/374/EWG Art. 6 Rn. 149.

¹¹¹ OLG Bamberg Urt. v. 26.10.2009 – 4 U 250/08, NJW-RR 2010, 902.

¹¹² OLG Naumburg, Urt. v. 21.11.2013 – 1 U 38/12, BeckRS 2014, 5588; LG Göttingen Urt. v. 2.3.2011 – 2 O 218/09, BeckRS 2011, 142579; a. A. LG Dessau-Roßlau Urt. v. 16.12.2011 – 2 O 66/10, BeckRS 2012, 5715.

¹¹³ LG Regensburg Urt. v. 10.12.2013 – 6 O 700/13(2), BeckRS 2014, 9544.

denstrisiken deutlich erkennbar sind und der Hersteller sie nicht verhindern kann, da sie gerade für die Funktion des Produkts notwendig sind.¹¹⁴ Die Verwendung von Klebstoff als Droge („Sniffing“) ist als Produktmissbrauch zu qualifizieren, weil nach allgemeiner Lebenserfahrung bekannt ist, dass Klebstoffe nicht zum Inhalieren in den Verkehr gebracht werden und das übermäßige Einatmen der Lösungsmitteldämpfe gesundheitliche Risiken mit sich bringt.¹¹⁵ Darüber hinaus kann das mit dem Sniffing verbundene Gesundheitsrisiko vom Hersteller weder konstruktiv (ohne Lösungsmittel keine Klebewirkung) noch durch Warnhinweise (die berauschende Wirkung ist ja gerade erwünscht) beseitigt werden.

55 Zum Teil wird vertreten, dass der Hersteller auch im Bereich der missbräuchlichen Verwendung eines Produkts gehalten sein kann, vor den damit einhergehenden Gefahren zu warnen. Denkbar sei dies vor allem dann, wenn eine **gehäuft auftretende missbräuchliche Verwendung** dem Hersteller bekannt ist.¹¹⁶

56 Die Prüfung des Tatbestandsmerkmals „vorhersehbarer Gebrauch“ ist häufig mit **Kausalitätsfragen** verknüpft. Ein Produkt wird zum Beispiel dann nicht als fehlerhaft zu qualifizieren sein, wenn erst der Fehlgebrauch, eine Fehleinstellung oder sachwidrige Kombination mit anderen Produkten (→ Rn. 77) durch den sachkundigen Benutzer zu Gefahren für unbeteiligte Dritte führt, etwa bei der Fehleinstellung von Mobilfunkantennen, die auf Dächern von Wohnhäusern installiert werden.¹¹⁷

57 Nach dem **Vorschlag der Europäischen Kommission für eine neue Produkthaftungsrichtlinie**¹¹⁸ (→ Einf. Rn. 62) soll zukünftig auch der vorhersehbare Fehlgebrauch ausdrücklich in den Gesetzeswortlaut des Art. 6 Abs. 1 lit. b aufgenommen werden.

58 **3. Berücksichtigung des Zeitpunkts, zu dem das Produkt in Verkehr gebracht wurde (lit. c).** Nach dem Wortlaut des § 3 Abs. 1 lit. c ProdHaftG soll der Zeitpunkt berücksichtigt werden, in dem das Produkt in Verkehr gebracht wird (ausführlich zum Begriff des Inverkehrbringens → § 1 Rn. 45 ff.). Danach ist die berechnete Sicherheitsersparnis im **Zeitpunkt des Inverkehrbringens** entscheidend. Nach der Gesetzesbegründung folgt daraus, dass „*ein Produkt, das zu diesem Zeitpunkt den üblichen Sicherheitsersparnissen entsprach und deshalb fehlerfrei war, [...] nicht später dadurch fehlerhaft [wird], daß sich in der Folgezeit die Erwartungen an das Maß der Sicherheit verschärfen haben.*“¹¹⁹

59 § 3 Abs. 1 lit. c ProdHaftG ist in engem Zusammenhang mit § 3 Abs. 2 ProdHaftG zu lesen, der den zeitlichen Bezugspunkt der Haftung nochmals ausdrücklich für den Fall formuliert, dass zu einem späteren Zeitpunkt verbesserte Produkte in Verkehr gebracht werden (→ Rn. 91).

60 Zu berücksichtigen ist allerdings, dass es dabei auf den Zeitpunkt des Inverkehrbringens des **konkreten, schadensverursachenden Produkts** ankommt, nicht

¹¹⁴ A. A. wohl MüKoBGB/Wagner, ProdHaftG § 3 Rn. 26, der darauf abstellt, dass es dem Hersteller schwerfällt, die Schadensrisiken durch kosteneffiziente Sicherheitsvorkehrungen zu verkleinern.

¹¹⁵ BGH Urt. v. 7.7.1981 – VI ZR 62/80, NJW 1981, 2514.

¹¹⁶ BeckOK BGB/Förste, ProdHaftG § 3 Rn. 18; BGH Urt. v. 7.7.1981 – VI ZR 62/80, NJW 1981, 2514, 2516; BGH Urt. v. 12.11.1991 – VI ZR 7/91, NJW 1992, 560, 560f.; OLG Düsseldorf Urt. v. 21.6.1994 – 4 U 129/93, NJW-RR 1995, 25, 25; kritisch hierzu Arndt/Wende, ZfPC 2023, 110, 114.

¹¹⁷ OLG Dresden Urt. v. 7.3.2013 – 10 U 1953/11, NVwZ 2013, 1028.

¹¹⁸ COM(2022) 495 final; zu den Auswirkungen Arndt/Wende, ZfPC 2023, 110, 115.

¹¹⁹ BT-Drs. 11/2447, S. 18.

hingegen auf das Inverkehrbringen des ersten Produkts einer bestimmten Produktserie.¹²⁰ Daraus folgt, dass der Hersteller durchaus die Entwicklung des aktuellen Stands von Wissenschaft und Technik sowie auch die Bewährung eines bestimmten Produktmodells im Feld beobachten muss, um daraus gewonnen Erkenntnisse gegebenenfalls zum Anlass zu nehmen, die Konstruktion oder Instruktion für zukünftige Produkte der gleichen Serie anzupassen.¹²¹ Die Vorschrift entlastet den Hersteller nach der Gesetzesbegründung nicht von seiner Pflicht, „während des Laufes der Serie diese neuen Erkenntnissen anzupassen“.¹²²

Bei **Produkten mit digitalen Komponenten** ist umstritten, ob das Inverkehrbringen der relevante zeitliche Bezugspunkt sein sollte. Der europäische Gesetzgeber hat die Produkthaftungsrichtlinie erlassen, um das Problem der gerechten Zuweisung der mit der modernen technischen Produktion verbundenen Risiken in sachgerechter Weise zu lösen.¹²³ Gegenstand der Betrachtung waren aber ausschließlich analoge Produkte. Inzwischen ist aber kaum noch ein Produkt, sei es eine Maschine für die industrielle Anwendung, ein Haushalts- oder Sportgerät, ein Rasenmäher denkbar, das ohne Software funktioniert. Jedenfalls klassische Produkte, in die Software integriert ist, sind vom Produktbegriff des Gesetzes umfasst (ausführlich zur Subsumtion digitaler Güter unter den Produktbegriff → § 2 Rn. 45 ff.).¹²⁴ Diese Produkte bleiben allerdings – insbesondere durch die Möglichkeit von Over-The-Air-Updates (OTA) – auch nach dem Inverkehrbringen mit dem Hersteller verbunden.

Beim Einsatz **künstlicher Intelligenz (KI)** ist eine Veränderung des Produkts nach dem Inverkehrbringen sogar vorgesehen. Die zu Grunde liegenden Algorithmen sollen gerade ermöglichen, dass das Produkt – gegebenenfalls in einem vernetzten System mit anderen Produkten – Umgebungsdaten analysiert und darauf basierend sein Verhalten ändert. Es ist umstritten, ob diese Fähigkeit des maschinellen Lernens eine Produkteigenschaft ist, die zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens vom Hersteller beherrschbar ist und ihm daher zugerechnet werden sollte. Dem Anwender jedenfalls sind die Kriterien und Tragweite der von einem solchen System getroffenen Entscheidungen regelmäßig nicht bewusst. Die Kriterien und Entscheidungsalgorithmen sind für ihn auch nicht nachvollziehbar.¹²⁵ Eine Ansicht wertet vor diesem Hintergrund im Rahmen der Bewertung gemäß § 823 Abs. 1 BGB jedes Inverkehrbringen künstlicher Intelligenz als Pflichtverletzung, solange der Einsatz nicht rechtlich geregelt ist.¹²⁶ Nach einer anderen Ansicht wird die berechnete Sicherheitserwartung im Zeitpunkt des Inverkehrbringens dann nicht erfüllt, wenn sich das selbstlernende System durch Eingabe von Daten und Training in einer Weise weiterentwickelt hat, dass seine selbstständig vorgenommene, handlungsauslösende Entscheidung zu einer Rechtsgutsverletzung führt.¹²⁷ Wieder andere Stimmen schlagen insbesondere für das autonome Fahren eine Abkehr vom

¹²⁰ BT-Drs. 11/2447, S. 18; BGH Urt. v. 16.6.2009 – VI ZR 107/08, NJW 2009, 2952 Rn. 9; Katzenmeier/Voigt ProdHaftG § 3 Rn. 25; MüKoBGB/Wagner, ProdHaftG § 3 Rn. 37.

¹²¹ So auch BeckOK BGB/Förster, ProdHaftG § 3 Rn. 21.

¹²² BT-Drs. 11/2447, S. 18; Foerste/v. Westphalen/v. Westphalen, § 48 Rn. 62; BeckOGK BGB/Goehl, ProdHaftG § 3 Rn. 67.

¹²³ ErwGr 2 Produkthaftungs-RL.

¹²⁴ Vgl. hierzu auch Wende, PHI 2020, 78, 80.

¹²⁵ Sassenberg/Faber/Wende, § 4 Rn. 101 ff.

¹²⁶ Gless/Seelmann/Zech, S. 163, 191.

¹²⁷ Ehring/Taeger/Taeger, ProdHaftG § 3 Rn. 53; Grathwohl/Putzke/Hicke, InTeR 2014, 98, 103.

„anthropozentrischen Fehlerbegriff“ und die Anwendung eines „systembezogenen Fehlerbegriffs“ vor.¹²⁸ Hiernach soll das System mit künstlicher Intelligenz dann fehlerfrei sein, wenn es zwar im Einzelfall einen Unfall verursacht hat (den ein Mensch gegebenenfalls nicht verursacht hätte), der Einsatz des Systems insgesamt aber weniger Unfälle verursacht als der Individualstraßenverkehr mit menschlichen Fahrern.

- 63 Überzeugend ist der Ansatz, nach dem der Zeitpunkt des Inverkehrbringens auch für digitale Produkte **nach den allgemeinen Maßstäben** festgelegt wird. Auch der aus § 3 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 ProdHaftG hergeleitete Grundsatz, dass ein fehlerfrei in Verkehr gebrachtes Produkt nicht nachträglich fehlerhaft werden könne, behält Gültigkeit. Wenn sich ein schadensverursachendes Verhalten einer künstlichen Intelligenz erst lange nach dem Inverkehrbringen zeigt, kommt es darauf an, ob die Lernentwicklung hin zu dem schadensverursachenden Verhalten bereits im Zeitpunkt des Inverkehrbringens des Systems angelegt war.¹²⁹
- 64 Den rechtlichen Unsicherheiten der Produkthaftung im Zusammenhang mit KI und anderen neuen Technologien begegnet die Europäische Kommission in mehreren jüngst veröffentlichten Gesetzgebungsvorschlägen. Zum einen sieht der aktuelle **Vorschlag der Europäischen Kommission für eine neue Produkthaftungsrichtlinie**¹³⁰ (→ Einf. Rn. 62) in seinem Art. 6 vor, dass zukünftig bei der Beurteilung der berechtigten Sicherheitserwartung die Wechselwirkungen mit anderen Produkten sowie die Fähigkeit und Auswirkungen des maschinellen Lernens berücksichtigt werden sollen. Der Entwurf gibt allerdings keinerlei konkrete Kriterien für diese Abwägung vor. Mit ihrem aktuellen **Vorschlag für eine Verordnung zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz**¹³¹ (→ Einf. Rn. 61) hat die Europäische Kommission einen Entwurf für ein umfassendes öffentlich-rechtliches Regelwerk vorgelegt. Darin sind eine Klassifizierung der Systeme künstlicher Intelligenz nach Risikoklassen sowie danach differenzierte Anforderungskataloge, Verwendungsregeln und Verwendungsverbote vorgesehen. Diese Vorschriften werden gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. f Produkthaftungsrichtlinienvorschlag bei der Bewertung zu berücksichtigen sein, soweit man sie als Teil des europäischen Produktsicherheitsrechts versteht. Schließlich sollen erleichterte Beweisregeln und Offenlegungspflichten der Hersteller in einem Vorschlag einer Richtlinie für Anpassung der Regeln zur außervertraglichen Haftung zur Anwendung auf künstliche Intelligenz¹³² die Informationsdefizite des Geschädigten im Hinblick auf die komplexen Algorithmen und Black Box-Phänomene ausgleichen (→ Einf. Rn. 61).

VII. Fehlerkategorien

- 65 Die nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalles identifizierten Produktfehler lassen sich verschiedenen Kategorien zuordnen. Der BGH hat im Rahmen der deliktsrechtlichen Produzentenhaftung **vier Fehlerkategorien** entwickelt, von denen drei auch für die Produkthaftung nach dem Produkthaftungsgesetz relevant

¹²⁸ MüKoBGB/Wagner, ProdHaftG § 3 Rn. 32; Wagner, AcP 2017, 708, 711.

¹²⁹ Wende, FS Sacker, 2021, S. 91, 94ff.

¹³⁰ COM(2022) 495 final.

¹³¹ COM(2021) 206 final.

¹³² COM(2022) 496 final.

sind.¹³³ Es handelt sich dabei um den **Konstruktionsfehler**, den **Fabrikationsfehler** und den **Instruktionsfehler**. Nach Inkrafttreten und Umsetzung der Produkthaftungsrichtlinie stellte der BGH unmittelbar fest, dass dieses neue Gesetz nicht dazu führen könne, dass die bisher entwickelte Dogmatik im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB obsolet werde. Vielmehr sei das Produkthaftungsgesetz konsistent in die deliktsrechtliche Dogmatik einzugliedern, so dass die Kategorisierung der Herstellerpflichten als System der Fehlerarten (da im Rahmen des Produkthaftungsgesetz keine Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht notwendig ist) übernommen werden könne.¹³⁴ In der Folge wurden neben den Fehlerkategorien auch andere Bewertungsmaßstäbe aus der zu § 823 Abs. 1 BGB entwickelten Dogmatik übernommen, insbesondere im Hinblick auf die Zumutbarkeit konstruktiver Sicherungsmaßnahmen des Herstellers. Dies führt zu einem Verschwimmen zwischen Gefährdungs- und Verschuldenshaftung (→ Rn. 15 ff. und → Rn. 99).

1. Konstruktionsfehler. Ein Konstruktionsfehler liegt vor, wenn das Produkt schon nach seiner **Konzeption** nicht geeignet ist, die berechtigten Sicherheits-erwartungen zu erfüllen.¹³⁵ Es handelt sich dabei regelmäßig um Fehler, die einer ganzen Produktserie anhaften, wie zum Beispiel zu geringe Abstände zwischen stromführende Teilen oder auch fehlende Belastbarkeit oder Festigkeit des Produkts. Um einen solchen Fehler festzustellen, ist zu ermitteln, welche anderen oder zusätzlichen **Sicherheitsvorkehrungen** der Hersteller nach dem aktuellen Stand der Technik im Zeitpunkt des Inverkehrbringens hätte treffen müssen und ob diese die Entstehung des Schadens verhindert hätten.¹³⁶ Denkbar ist allerdings auch, dass bestimmte Sicherheitsvorkehrungen zwar nicht vom Hersteller erwartet werden können, weil sie unverhältnismäßig teuer oder schlicht nicht möglich sind, das Produkt dadurch aber erhebliche Gefahren für wichtige Rechtsgüter birgt. Dann kann sich aus den Umständen des Einzelfalls, insbesondere der Gefährlichkeit des Produkts, ergeben, dass dieses überhaupt nicht vertrieben werden darf und bei Inverkehrbringen fehlerhaft ist.¹³⁷ Nicht relevant für die Beurteilung ist, ob und gegebenenfalls wie viele Hersteller die gleiche oder eine ähnliche Konstruktion verwenden.¹³⁸ Nach der Rechtsprechung des BGH sind die zu § 823 Abs. 1 BGB entwickelten Maßstäbe vollumfänglich auf § 3 ProdHaftG übertragbar (zur dog-

¹³³ MüKoBGB/Wagner, ProdHaftG § 3 Rn. 41; OLG Hamm Urte. v. 21.12.2010 – 21 U 14/08, NJW-RR 2011, 893, 893; BGH Urte. v. 16.6.2009 – VI ZR 107/08, NJW 2009, 2952, 2953; Ehrling/Taeger/Taeger, ProdHaftG § 3 Rn. 70.

¹³⁴ BGH Urte. v. 16.6.2009 – VI ZR 107/08, NJW 2009, 2952, 2953.

¹³⁵ BGH Urte. v. 5.2.2013 – VI ZR 1/12, NJW 2013, 1302, 1303; BGH Urte. v. 16.6.2009 – VI ZR 107/08, NJW 2009, 2952, 2953; BeckOGK/Goehl, ProdHaftG § 3 Rn. 72; Rolland, ProdHaftG § 3 Rn. 9.

¹³⁶ Vgl. BGH Urte. v. 5.2.2013 – VI ZR 1/12, NJW 2013, 1302, 1303; BGH Urte. v. 16.6.2009 – VI ZR 107/08, NJW 2009, 2952, 2953; MüKoBGB/Wagner, ProdHaftG § 3 Rn. 44.

¹³⁷ BGH Urte. v. 7.12.1993 – VI ZR 74/93, NJW 1994, 517, 520; BGH Urte. v. 6.12.1994 – VI ZR 229/93, NJW-RR 1995, 342, 343; BGH Urte. v. 16.6.2009 – VI ZR 107/08, NJW 2009, 2952, 2953; MüKoBGB/Wagner, ProdHaftG § 3 Rn. 45.

¹³⁸ BGH Urte. v. 17.10.1989 – VI ZR 258/88, NJW 1990, 906, 907, der im Rahmen der Prüfung des § 823 Abs. 1 die Verkehrssicherungspflichten anhand der berechtigten Verkehrserwartung bestimmt, die gerade für den Fehlerbegriff des § 3 relevant sind.

matischen Kritik hieran → Rn. 15 ff. und → Rn. 99).¹³⁹ Dementsprechend ist Maßstab der aktuelle Stand von Wissenschaft und Technik. Allein die Einhaltung der Vorgaben von technischen Normen oder Regelwerken genügt nicht, um einen Konstruktionsfehler auszuschließen. Der Hersteller darf sich auf die Sicherheitsanforderungen einer technischen Norm und die Angemessenheit der vom Prüfinstitut angewandten Prüfmethoden nicht verlassen, zum Beispiel wenn die Vorgaben einer Norm zur Festigkeit einer Verbindung nur mit Zugkräften geprüft werden, in der Realität aber auch mit Hebelkräften zu rechnen ist.¹⁴⁰ Bei der Konstruktion sind auch bestimmungsgemäße **Wechselwirkungen** mit der Produktumgebung zu berücksichtigen, so dass eine fehlende Einrichtung zum Schutz vor Kurzschlüssen im Falle des Zusammentreffens von Wasser mit stromführenden Teilen in einer Geschirrspülmaschine einen Fehler darstellt.¹⁴¹

67 Besondere Herausforderungen ergeben sich bei der Bestimmung des Konstruktionsfehlers, wenn mehrere Produkte miteinander kombiniert werden (→ Rn. 77).

68 **2. Fabrikationsfehler.** Ein Fabrikationsfehler liegt vor, wenn ein Produkt die sicherheitstechnisch relevanten, herstellereigenen technischen **Designvorgaben nicht erfüllt**.¹⁴² Der Fabrikationsfehler erfasst in der Regel nur einzelne Produkte einer Serie, zum Beispiel eine bestimmte Charge, in der eine von der vorgegebenen Rezeptur abweichende Kunststoffmischung in der Spritzanlage verwendet wurde. Ein Fabrikationsfehler kann beispielsweise auch in einem schwachen Lötspunkt liegen, in einer wegen falscher Maschineneinstellung nicht den Schaltplänen entsprechende Verkabelung in einem bestimmten Produktionslos, in der Bildung von Ermüdungsrissen durch falsche Werkstoffbehandlung in Einzelfällen.¹⁴³ Es handelt sich bei diesen Phänomenen stets um einen Fabrikationsfehler, weil die berechtigterweise auf Sicherheitserwartung darauf gerichtet ist, dass jedes einzelne Produkt einer Serie dem technischen Design entspricht, welches der Hersteller im Rahmen der Konstruktion festgelegt hat.¹⁴⁴ Der Erwartung der Verbraucher auf Fehlerfreiheit steht auch nicht entgegen, dass der konkrete Mangel technisch nicht feststellbar und damit nicht behebbare ist.¹⁴⁵ Es handelt sich um einen Fabrikationsfehler, wenn auch möglicherweise in Form eines sogenannten „**Ausreißers**“, für den sich der Hersteller im Rahmen der Produzentenhaftung gemäß § 823 Abs. 1 BGB etwa durch Nachweis des fehlenden Verschuldens exkulpieren könnte.¹⁴⁶ Diese Enthaltungsmöglichkeit kennt das Produkthaftungsrecht als verschuldensunabhängige Haftung nicht. Auch § 1 Abs. 2 Nr. 5 ProdHaftG greift bei einem solchen Ausreißer regelmäßig nicht (→ § 1 Rn. 129).

69 Dieser rein objektive Ansatz unterscheidet sich von der Beurteilung des Fabrikationsfehlers im Rahmen der **deliktsrechtlichen Produzentenhaftung**. Dort ist eine Exkulpation für Ausreißer im Produktionsprozess möglich, wenn der Hersteller den Entlastungsbeweis führen kann, dass er alle möglichen und ihm zumutbaren

¹³⁹ Vgl. auch OLG Hamm Urt. v. 21.12.2010 – 21 U 14/08, NJW-RR 2011, 893; Grünberg/*Sprau*, BGB § 823 Rn. 166.

¹⁴⁰ OLG Hamm Urt. v. 21.12.2010 – 21 U 14/08, NJW-RR 2011, 893, 894.

¹⁴¹ OLG Schleswig Urt. v. 19.10.2007 – 17 U 43/07, NJW-RR 2008, 691, 692.

¹⁴² Vgl. MüKoBGB/*Wagner*, BGB § 823 Rn. 974.

¹⁴³ OLG Köln Urt. v. 27.8.2002 – 3 U 116/00, NJW-RR 2003, 387.

¹⁴⁴ Kullmann/*Pfister/Stöhr/Spindler/Katzenmeier/Voigt*, Lfg. 2/19 – IX/19, Kennz. 3604, 7.

¹⁴⁵ BGH Urt. v. 15.9.1995 – VI ZR 158/94, BGHZ 129, 353, Rn. 15 = NJW 1995, 2162.

¹⁴⁶ MüKoBGB/*Wagner*, BGB § 823 Rn. 976; BeckOK BGB/*Förster*, BGB § 823 Rn. 713; Schulze/*Staudinger*, BGB § 823 Rn. 174.

Maßnahmen ergriffen hat, um solche Ausreißer zu verhindern.¹⁴⁷ Etwas anders klingt die Begründung des BGH im sogenannten Kirschkern-Urteil.¹⁴⁸ Hierin führte der BGH im Rahmen des Fehlerbegriffs des § 3 ProdHaftG explizit aus, dass der Hersteller zur Gewährleistung der erforderlichen Produktsicherheit diejenigen Maßnahmen zu treffen habe, die nach den Gegebenheiten des konkreten Falles zur Vermeidung beziehungsweise Beseitigung einer Gefahr objektiv erforderlich und nach objektiven Maßstäben zumutbar sind.¹⁴⁹ Dabei seien Art und Umfang der erforderlichen Sicherheitsmaßnahmen vor allem von der Größe der von dem Produkt ausgehenden Gefahr abhängig. Der BGH verweist in seiner Begründung dieser Pflichten durchgängig auf vorhergehende Rechtsprechung zur Produzentenhaftung im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB.¹⁵⁰ In der Konsequenz stellt der BGH für die Verneinung der Fehlerhaftigkeit darauf ab, dass aus Sicht des Konsumenten bei einer aus Steinobst bestehenden Füllung eines Gebäckstücks nicht ganz ausgeschlossen werden kann, dass dieses in seltenen Fällen auch einmal einen kleinen Stein oder Teile davon enthält, da vollkommene Sicherheit nur dann zu erreichen wäre, wenn der Hersteller entweder die Kirschen durch ein engmaschiges Sieb drücken würde, wodurch nur Kirschsafte hervorgebracht würde, mit dem die Herstellung eines Kirschtalers nicht möglich wäre, oder wenn er jede einzelne Kirsche auf eventuell noch vorhandene Kirschsteine untersuchen würde. Dieser Aufwand sei dem Hersteller nicht zumutbar.¹⁵¹ Der BGH stützt seine Entscheidung zwar auch auf eine berechtigte Sicherheitserwartung, die aus der Darbietung des Produkts gemäß § 3 Abs. 1 lit. a ProdHaftG hergeleitet wird (→ Rn. 40). Dennoch ist die Prüfung der Zumutbarkeit weiterer Sicherungsmaßnahmen in der Produktion im Rahmen des Fehlerbegriffs des § 3 ProdHaftG jedenfalls dogmatisch unglücklich.

Anzuerkennen ist, dass auch im Hinblick auf die industrielle Massenproduktion **keine völlige Gefährlosigkeit** erwartet werden kann. Im Zusammenhang mit dem Fabrikationsfehler ist die Abgrenzung der berechtigten Sicherheitserwartung besonders schwierig, denn es liegt – gerade aus der Dogmatik der deliktsrechtlichen Produzentenhaftung heraus – nahe, dieser berechtigten Sicherheitserwartung eine Grenze dort setzen zu wollen, wo die **Möglichkeiten des Herstellers** zur Gefährvermeidung enden. Allerdings liegt hierin gerade ein wesentlicher Unterschied zwischen der deliktsrechtlichen Produzentenhaftung gemäß § 823 Abs. 1 BGB und der Produkthaftung. Letztere ist als verschuldensunabhängige Haftung ausgestaltet. Ein Handlungsunrecht des Herstellers oder die Verletzung einer Sorgfaltspflicht sind keine Haftungsvoraussetzung.¹⁵² Dogmatisch konsequent entschied das OLG München daher bei mit kohlenensäurehaltigen Getränken gefüllten Glasflaschen, dass die berechtigte Sicherheitserwartung dahin gehe, dass die Flaschen keine Beschädigungen haben, auch keine Haar- und Mikrorisse, die zu einer Explosion der Flasche führen können. Der Berechtigung dieser Erwartung steht nach Wertung des Gerichts nicht entgegen, dass Mikrorisse gegebenenfalls technisch nicht feststellbar und auch nicht hundertprozentig vermeidbar sind. Ist ein solcher Riss trotzdem

¹⁴⁷ BGH Urt. v. 17.3.1981 – VI ZR 191/79, BGHZ 80, 186, 192 = NJW 1981, 1603.

¹⁴⁸ BGH Urt. v. 17.3.2009 – VI ZR 176/08, NJW 2009, 1669.

¹⁴⁹ BGH Urt. v. 17.3.2009 – VI ZR 176/08, NJW 2009, 1669 Rn. 8.

¹⁵⁰ BGH Urt. v. 17.3.2009 – VI ZR 176/08, NJW 2009, 1669 Rn. 8 mit Verweis insbesondere auf BGH Urt. v. 17.3.1981 – VI ZR 191/79, BGHZ 80, 186, 192 = NJW 1981, 1603 und BVerfG Beschl. v. 16.10.1996 – 1 BvR 1179/95, NJW 1997, 249.

¹⁵¹ BGH Urt. v. 17.3.2009 – VI ZR 176/08, NJW 2009, 1669 Rn. 11.

¹⁵² OLG München Urt. v. 11.1.2011 – 5 U 3158/10, MDR 2011, 540 Rn. 15.

vorhanden, so liegt ein Fabrikationsfehler in Form eines sogenannten Ausreißers vor.¹⁵³ Die Haftung für unvermeidbare Ausreißer bedeutet deshalb auch keine Verantwortung für Verhaltensunrecht, sondern gemäß der Konzeption des Produkthaftungsgesetzes und in Übereinstimmung mit der diesem Gesetz zugrunde liegenden Produkthaftungsrichtlinie eine Überwachergaranten-Verantwortung des Herstellers für Gefahren des Produktes.

- 71 **3. Instruktionsfehler.** Ein Instruktionsfehler liegt vor, wenn der Verwender nicht oder nur **unzureichend** über die Art und Weise der Verwendung des Produkts und die damit verbundenen Gefahren **aufgeklärt** wird. Die Fehlerhaftigkeit kann sich aus dem gänzlichen Fehlen einer Anweisung oder Gebrauchsanleitung oder aufgrund inhaltlicher Mängel der gelieferten Gebrauchsanleitung ergeben.¹⁵⁴ Unrichtigkeiten einer Gebrauchsanweisung des Herstellers können grundsätzlich dessen Haftung begründen.
- 72 Auch der Instruktionsfehler wird am Maßstab des **aktuellen Stands von Wissenschaft und Technik** im Zeitpunkt des Inverkehrbringens des Produkts gemessen. Lassen sich mit der Verwendung eines Produkts verbundene Gefahren nach dem aktuellen Stand von Wissenschaft und Technik durch konstruktive Maßnahmen nicht vollständig vermeiden und darf das Produkt trotz der von ihm ausgehenden Gefahren in den Verkehr gebracht werden, so ist der Hersteller grundsätzlich verpflichtet, die Verwender des Produkts vor denjenigen Gefahren zu warnen, die bei bestimmungsgemäßem Gebrauch oder nahe liegendem Fehlgebrauch drohen und die nicht zum allgemeinen Gefahrenwissen des Benutzerkreises gehören.¹⁵⁵ Den Verwendern des Produkts muss eine **eigenverantwortliche Entscheidung** darüber ermöglicht werden, ob sie sich in Anbetracht der mit dem Produkt verbundenen Vorteile den mit seiner Verwendung verbundenen Gefahren aussetzen wollen. Sie müssen darüber hinaus in die Lage versetzt werden, den Gefahren so weit wie möglich entgegenzuwirken.
- 73 Das OLG Köln orientierte sich im Hinblick auf Warnpflichten zur gesundheitsbeeinträchtigenden Wirkung der Inhaltsstoffe von Lakritze an gesetzlichen Vorgaben zur Angabe von Inhaltsstoffen auf nationaler und europäischer Ebene. Darüber hinaus zog es aber auch Empfehlungen des Bundesministeriums für Gesundheit sowie an Stellungnahmen des wissenschaftlichen Lebensmittelausschusses der Europäischen Union sowie gesetzeshervorbereitenden Materialien heran.¹⁵⁶ Das Gericht differenziert in seinen Urteilsgründen zwischen den Möglichkeiten und Pflichten zum Hinweis auf Wirkungen bestimmter Lebensmittel speziell für Bluthochdruckpatienten und kam zu dem Schluss, dass dem Hersteller nicht so **übertragende Fachkenntnisse** zuzumuten sind, dass er „zu einer besseren Einsicht gelangen“ könne als eine hochkarätig besetzte Expertenkommission. Es verneinte in der Konsequenz einen Instruktionsfehler.
- 74 Insbesondere für den Instruktionsfehler spielt der vom Hersteller **adressierte Kreis der Produktnutzer** eine maßgebliche Rolle. Die normativ auszuliegende, berechtigte Sicherheitserwartung kann nämlich nur so weit gehen, dass der Hersteller deutlich über Risiken informiert, die dem relevanten Verkehrskreis nicht ohne-

¹⁵³ OLG München Urt. v. 11.1.2011 – 5 U 3158/10, MDR 2011, 540 Rn. 15.

¹⁵⁴ OLG Hamm Urt. v. 19.5.2016 – 21 U 154/13, BeckRS 2016, 20372 Rn. 46; MüKo-BGB/Wagner, ProdHaftG § 3 Rn. 34.

¹⁵⁵ BGH Urt. v. 16.6.2009 – VI ZR 107/08, NJW 2009, 2952 2954.

¹⁵⁶ OLG Köln Urt. v. 7.9.2005 – 27 U 12/04, NJW 2005, 3292 Rn. 5ff.