

V.-Ass. Mag. **Martin Spitzer**, Universität Wien

## Der Unternehmer im PHG

### Richtlinienwidrigkeit des Haftpflichtigen und des zu ersetzenden Sachschadens im Produkthaftungsrecht

*Der Beitrag untersucht im Lichte aktueller Rsp des EuGH, nach der die verschuldensunabhängige Produzentenhaftung durch die Produkthaftungsrichtlinie vollständig harmonisiert wurde, den Unternehmerbegriff des PHG. Er kommt zum Ergebnis, dass die von der hM vertretene Gleichsetzung des Unternehmerbegriffes des PHG mit jenem des KSchG zu Richtlinienwidrigkeiten bei der Umschreibung des Haftpflichtigen führt und dass auch die Definition des zu ersetzenden Sachschadens richtlinienwidrig ist.*

**Deskriptoren:** Produkthaftungsrichtlinie; Unternehmerbegriff.  
§§ 1, 2 PHG; § 1 KSchG.

#### Übersicht:

- I. Einleitung
- II. Europarechtliche Bedeutung der Produkthaftungs-RL für das PHG
  - A. Entstehungsgeschichte
  - B. Mindestharmonisierung oder Totalharmonisierung
  - C. Würdigung der EuGH-Rsp
  - D. Bedeutung für die Mitgliedstaaten
- III. Exkurs: § 15 PHG
  - A. Konkurrenz mit dem Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter
  - B. Konkurrenz mit anderen Gefährdungshaftungen
- IV. Hersteller
  - A. Hersteller iSd hM zum PHG
  - B. Hersteller iSd Produkthaftungs-RL
    - 1. Kommerzialisierungsmoment
    - 2. Professionalisierungsmoment
  - C. Vergleich Produkthaftungs-RL und PHG
    - 1. Nicht-kommerzielle Herstellung außerhalb des Berufes
    - 2. Kommerzielle Herstellung außerhalb des Berufes
- 3. Nicht-kommerzielle Herstellung im Rahmen des Berufes
- D. Haftung juristischer Personen
  - 1. Haftung juristischer Personen öffentlichen Rechts nach hM zum PHG
  - 2. Haftung juristischer Personen des Privatrechts nach hM zum PHG
  - 3. Zwischenergebnis
  - 4. Haftung juristischer Personen nach der Produkthaftungs-RL
  - 5. Vergleich der hM zum PHG und der Produkthaftungs-RL
- V. Importeur
  - A. Importeurbegriff
  - B. Unentgeltliches In-Verkehr-Bringen durch den Importeur
- VI. Händler
- VII. Schutzgut
  - A. Schutzgut des PHG
  - B. Schutzgut der Produkthaftungs-RL
  - C. Vergleich Produkthaftungs-RL und PHG
  - D. Möglichkeit der richtlinienkonformen Auslegung
- VIII. Zusammenfassung

#### I. Einleitung

Das PHG normiert die verschuldensunabhängige Haftung des *Unternehmers*, der ein fehlerhaftes Produkt hergestellt (§ 1 Abs 1 Z 1 PHG) oder es zum Vertrieb in den Europäischen Wirtschaftsraum eingeführt (§ 1 Abs 1 Z 2 PHG) und in den Verkehr gebracht hat. Sind Hersteller oder Importeur nicht feststellbar, so haftet jeder *Unternehmer*, der das Produkt in den Verkehr gebracht hat, wenn er nicht Hersteller oder Importeur nennt (§ 1 Abs 2 PHG). Gehaftet wird für Personenschäden und Schäden an vom Produkt verschiedenen Sachen, wenn sie nicht ein *Unternehmer* erlitten hat, der die Sache überwiegend in seinem *Unternehmen* verwendet hat (§ 2 Z 1 PHG).

Der Begriff des Unternehmers hat im PHG also eine zentrale Funktion<sup>1)</sup>: Er bestimmt, wer haftet

und wer für welche Sachschäden Ersatz verlangen kann. Nach einhelliger Auffassung ist der *Unternehmerbegriff des PHG identisch mit jenem des KSchG*<sup>2)</sup>. Die hA stützt sich idR auf die Materia-

RL und den damals vorliegenden Entwürfen zur Umsetzung der Produkthaftungs-RL abgewichen würde.

<sup>2)</sup> *Welser*, Das neue Produkthaftungsgesetz, wbl 1988, 169; *ders*, Produkthaftungsgesetz Kurzkomentar (1988) § 1 Rz 2; *Andréewitch*, ÖJZ 1988, 226 f; *Fitz/Purtscheller* in *Fitz/Purtscheller/Reindl*, Produkthaftung (1988) § 1 Rz 24; *Barchetti/Formanek*, Das österreichische Produkthaftungsgesetz (1988) 36; *Posch*, Produkthaftungsgesetz. Eine erste Analyse der Probleme, RdW 1988, 65; *ders* in *Schwimann*<sup>2</sup> § 1 PHG Rz 16; *Sack*, Probleme des Produkthaftungsgesetzes unter Berücksichtigung der Produkthaftungs-Richtlinie der EG, JBl 1989, 616; *Müsgen/Nadler*, Neue Produkthaftungsgesetze in Österreich und der BRD – ein Rechtsvergleich, wbl 1989, 102; *Schweighauser*, Hersteller, Mehrzahl von Ersatzpflichtigen und Regress im Produkthaftungsrecht unter Berücksichtigung der EG-Produkthaftungsrichtlinie sowie des deutschen, österreichischen und schweizerischen Rechts (1993) 50 f; *Ch. Rabl*, Die Haftung des Händlers nach dem Produkthaftungsgesetz, JBl 1999,

<sup>1)</sup> Zur Verwendung des Unternehmerbegriffes *Andréewitch*, Anmerkungen zum Produkthaftungsgesetz, ÖJZ 1988, 226 f, der kritisiert, dass es für die Verwendung des Unternehmerbegriffes keinen Grund gebe und damit ohne Notwendigkeit vom Wortlaut der Produkthaftungs-

lien zu § 9 PHG idF 1988, nach denen eine Freizeichnung von der Haftung für Schäden, die ein Unternehmer erleidet, nur zulässig sein soll, „wenn diese Vereinbarung für den – künftigen – Geschädigten ein Unternehmergehäuft im Sinn des § 1 Abs 1 Z 1 KSchG ist“<sup>3)</sup>. Daraus ergibt sich die Gleichsetzung – wenn überhaupt – aber nur mittelbar. Andere greifbare Anhaltspunkte für diese Gleichsetzung gibt es nicht. Erst die Materialien zum EWR-Anpassungsgesetz 1993<sup>4)</sup> gehen wie selbstverständlich davon aus, dass auch „§ 1 PHG zur Abgrenzung den Unternehmerbegriff des KSchG verwendet“<sup>5)</sup>. Diese Gleichsetzung soll hier einer kritischen Würdigung hinsichtlich ihrer Übereinstimmung mit der Produkthaftungs-RL<sup>6)</sup> unterzogen werden<sup>7)</sup>. Dazu wird vorweg untersucht, wie weit der nationale Gesetzgeber durch die Produkthaftungs-RL determiniert wird.

## II. Europarechtliche Bedeutung der Produkthaftungs-RL für das PHG

### A. Entstehungsgeschichte

Die Produkthaftungs-RL wurde zur „Angleichung der einzelstaatlichen Vorschriften über die Haftung des Herstellers für Schäden, die durch die Fehlerhaftigkeit seiner Produkte verursacht worden sind, [. . .] erforderlich, weil deren Unterschiedlichkeit den Wettbewerb verfälschen, den freien Warenverkehr innerhalb des Gemeinsamen Marktes beeinträchtigen und zu einem unterschiedlichen Schutz des Verbrauchers [. . .] führen kann“<sup>8)</sup>. Der Rat stützte sich daher auf Art 94 (ex-Art 100) EGV, der ihn zur Erlassung von Richtlinien zur Rechtsangleichung ermächtigt. Die Produkthaftungs-RL ist nach Art 249 (ex-Art 189) EGV für jeden Mitgliedstaat verbindlich<sup>9)</sup>, sie bedarf als zweistufiges Rechtssetzungsinstrument der Umsetzung in nationales Recht, wobei Form und Mittel der Umsetzung den Mitgliedstaaten freigestellt sind.

Das 1988 beschlossene PHG<sup>10)</sup> sollte aus handelspolitischen Gründen weitgehend an die euro-

päische Regelung angelehnt werden<sup>11)</sup>, eine Pflicht zur Umsetzung bestand damals freilich noch nicht, da Österreich nicht Mitglied der EG war. Bereits mit dem Abschluss des EWR-Abkommens<sup>12)</sup> verpflichtete sich Österreich jedoch zu einer teilweisen Anpassung seines Rechtsbestandes an EG-Recht. Verbindlichkeit erlangte nach Art 23 lit c EWR-Abkommen iVm Anhang III auch das europäische Produkthaftungsrecht<sup>13)</sup>, sodass seit Österreichs Beitritt zum EWR eine Pflicht zur richtlinienkonformen Gestaltung des Produkthaftungsrechts besteht.

### B. Mindestharmonisierung oder Totalharmonisierung

Die Produkthaftungs-RL wurde zur Harmonisierung der nationalen Rechtsordnungen erlassen. Rechtsangleichung bedeutet aber nicht zwangsläufig die Schaffung gemeinschaftsweiten Einheitsrechts<sup>14)</sup>. Ob und wie weit von einer Richtlinie abgewichen werden darf, hängt davon ab, welchen Harmonisierungsgrad eine Richtlinie vorschreibt<sup>15)</sup>. Dabei kann grundsätzlich zwischen der totalen Harmonisierung (Vollharmonisierung) und der Mindestharmonisierung unterschieden werden<sup>16)</sup>. Soll ein Rechtsgebiet total harmonisiert werden, müssen die nationalen Rechtsvorschriften umfassend angeglichen werden. Damit sind nicht nur Vorschriften unzulässig, die hinter den Vorgaben der Richtlinie zurückbleiben, es dürfen auch grundsätzlich keine strengeren nationalen Rechtsvorschriften, die über die Standards der Richtlinie hinausgehen, erlassen oder beibehalten werden, es sei denn, die Mitgliedstaaten sind zu Abweichungen ermächtigt. Ist hingegen nur eine Mindestharmonisierung beabsichtigt, ist den Mitgliedstaaten gestattet, über eine Richtlinie hinausgehende innerstaatliche Vorschriften beizubehalten oder zu erlassen<sup>17)</sup>. Der EuGH hat sich mit der Frage des Harmonisierungsgrades des Produkthaftungsrechts in neuester Rsp gleich in drei Entscheidungen vom selben Tag beschäftigt<sup>18)</sup>. Er kam in zwei Vertragsverletzungsverfahren gegen Frankreich<sup>19)</sup>

492; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht<sup>12</sup> II, 355; zuletzt *Eustacchio*, Produkthaftung. Eine systematische Darstellung für die Praxis (2002) 39 f, und *Preslmayr*, Handbuch der Produkthaftung<sup>2</sup> (2002), 21.

<sup>3)</sup> EB RV 272 BlgNR 17. GP 13; die Haftung für Schäden an unternehmerisch genutzten Sachen wurde im Rahmen der EWR-Anpassung 1993 ganz gestrichen; siehe dazu FN 147.

<sup>4)</sup> BGBl 1993/95.

<sup>5)</sup> EB RV 648 BlgNR 18. GP 3.

<sup>6)</sup> Richtlinie 85/374/EWG zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte, ABl 210, 29.

<sup>7)</sup> Siehe kritisch schon *Magnus*, Einheitliches Schadenersatzrecht – Reformüberlegungen zum österreichischen Haftpflichtrecht, 12. ÖJT II/1, 33 f; zuletzt *Spitzer*, Vollharmonisierung des Produkthaftungsrechts, *ecolex* 2003, 144 FN 32.

<sup>8)</sup> Erster Erwägungsgrund.

<sup>9)</sup> *Taschner* in *Groeben/Thiesing/Ehlermann* (Hrsg), EU-/EG-Vertrag 2/II<sup>5</sup> (1999) Art 100 EGV Rz 24.

<sup>10)</sup> BGBl 1988/99.

<sup>11)</sup> EB RV 272 BlgNR 17. GP 3 f.

<sup>12)</sup> BGBl 1993/909.

<sup>13)</sup> EB RV 648 BlgNR 18. GP 3; siehe auch *Posch* in *Schwimmann*<sup>2</sup>, Einl PHG Rz 7 ff.

<sup>14)</sup> *Herrnfeld* in *Schwarze* (Hrsg), EU-Kommentar (2000) Art 94 EGV Rz 41.

<sup>15)</sup> Rs C-128/94, *Hönig/Stadt Stockach*, Slg 1995, I-3389 Rz 9; Rs C-1/96 ex parte *Compassion in World Farming/Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, Slg 1998, I-1251 Rz 49 ff.

<sup>16)</sup> *Taschner* in *Groeben et al.*, EG-/EU-Vertrag 2/II<sup>5</sup> Art 100 EGV Rz 44; *Herrnfeld* in *Schwarze*, EU-Kommentar, Art 94 EGV Rz 42 ff.

<sup>17)</sup> *Herrnfeld* in *Schwarze*, EU-Kommentar, Art 94 EGV Rz 44.

<sup>18)</sup> Siehe zu allen drei Entscheidungen *Spitzer*, *ecolex* 2003, 141.

<sup>19)</sup> EuGH vom 25. 4. 2002, Rs C-52/00, *Kommission/Frankreich*, Slg 2002, I-3827 = wbl 2002/212 = ZER 2002/139 = *ecolex* 2002, 946.

und Griechenland<sup>20)</sup> und in einem Vorabentscheidungsverfahren<sup>21)</sup> zum Ergebnis, dass durch die Produkthaftungs-RL eine *totale Harmonisierung* der verschuldensunabhängigen Gefährdungshaftung für fehlerhafte Produkte erreicht werden sollte. Nach dem EuGH sind *abweichende Regelungen ohne Bedacht darauf, ob sie mehr oder weniger Schutz als die Produkthaftungs-RL bieten, richtlinienwidrig* und damit unzulässig<sup>22)</sup>. Dies führt der EuGH darauf zurück, dass es keine primärrechtliche Ermächtigung zur Erlassung strengerer Vorschriften gebe und dass die Richtlinie selbst den Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten taxativ festlege.

Der österr. Gesetzgeber ging bei der durch den EWR-Beitritt notwendigen Anpassung des PHG entgegen der Ansicht des EuGH offenbar davon aus, dass die Produkthaftungs-RL *nur zu einer Mindestharmonisierung* verpflichtete. Diese Auffassung kommt in den Materialien zum EWR-Anpassungsgesetz zum Ausdruck. So wurde von zwei Tatbeständen des Art 9 Produkthaftungs-RL, die die Haftung des Herstellers für Sachschäden auf private Sachen beschränken, einer (gewöhnliche Bestimmung für den privaten Gebrauch) „hier nicht übernommen“ und der andere (hauptsächlich Verwendung zum privaten Gebrauch) „gelockert“, um das bestehende Niveau des Verbraucherschutzes nicht herabzusetzen<sup>23)</sup>. *Der österr. Gesetzgeber fühlte sich augenscheinlich weitgehend frei, von der Produkthaftungs-RL zu Gunsten der geschützten Verbraucher abzuweichen, und betrachtete die Produkthaftungs-RL nur als relativ zwingend.*

### C. Würdigung der EuGH-Rsp

Das Ergebnis der drei EuGH-Verfahren bedeutet für die Mitgliedstaaten nicht nur, dass sie im Bereich der verschuldensunabhängigen Produzentenhaftung kein höheres Schutzniveau als jenes der Richtlinie neu einführen dürfen, sondern auch, dass bereits bestehende weiter gehende Ansprüche eingeschränkt werden müssen<sup>24)</sup>. In Anbetracht des Stellenwerts, der dem Verbraucherschutz generell und auch in der Produkthaftungs-RL beigemessen wird, mutet es seltsam an, wenn durch eine Richtlinie, die zum Schutz des Verbrauchers erlassen wurde, die Mitgliedstaaten gezwungen wer-

den, ausgerechnet dessen Rechte zu beschneiden. Andererseits sind Richtlinien auch ein Mittel der Rechtsangleichung. Die allzu extensive Nutzung von Gestaltungsspielraum durch die Mitgliedstaaten kann jedoch den beabsichtigten Harmonisierungseffekt rasch zunichte machen. Dies kommt auch in der Richtlinie zum Ausdruck, die an prominentester Stelle, nämlich in ihrem ersten Erwägungsgrund, den unterschiedlichen Schutz des Verbrauchers vor Schädigungen und die Beeinträchtigung des Wettbewerbes und des freien Warenverkehrs durch die Unterschiedlichkeit nationaler Regelungen als Grund für die Angleichung nennt.

Trotzdem ist natürlich Kritik an Maßnahmen, die dem Schutzobjekt Schutz rauben, zulässig. Insb. die Einschränkung schon bestehender Bestimmungen gibt dabei Anlass zu Bedenken. Es ist anzunehmen, dass sich das Verständnis der Normunterworfenen für solche Verschlechterungen in Grenzen halten wird. Generell nähren Abstriche von bereits erreichten nationalen Schutzniveaus auch die immer wieder geäußerte Befürchtung vom „race to the bottom“ im Zuge einer umfassenden europäischen Rechtsvereinheitlichung, die dadurch nur zu einem „kleinsten gemeinsamen Nenner“ würde.

Wenngleich eine Absenkung des Schutzniveaus aus diesen Gründen bedenklich ist, ist dem EuGH kein Vorwurf zu machen. Hier wäre der Richtliniengeber gefordert. Es gibt keine primärrechtlichen Anhaltspunkte für eine bloße Mindestharmonisierung des Produkthaftungsrechts<sup>25)</sup>. Schon die Rechtsgrundlage der Richtlinie spricht gegen die Annahme von Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten, da Art 94 (ex-Art 100) EGV keine Befugnis der Mitgliedstaaten vorsieht, von Richtlinien abzuweichen. Auch aus Art 153 (ex-Art 129a) EGV folgt kein größerer Gestaltungsspielraum, da die dort für bestimmte Maßnahmen vorgesehene Befugnis zur Abweichung von gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zu Gunsten des Verbraucherschutzes gerade nicht für die gegenständliche Richtlinie gilt. Der den Mitgliedstaaten zur Verfügung stehende Gestaltungsspielraum ist daher abschließend in Art 15 und 16 der Produkthaftungs-RL normiert<sup>26)</sup>. Die Argumentation Frankreichs, Griechenlands und Österreichs, die aus Art 13 und dem dreizehnten Erwägungsgrund schließen wollen, dass die Erlassung strengerer nationaler Vorschriften zur Gewährleistung wirksamen Verbraucherschutzes zulässig sei, sofern sie nicht Haftungsregeln für besondere Produkte seien, vermag nicht zu überzeugen.

Hinsichtlich der Haftung des Lieferanten, die Frankreich strenger ausgestattet hat als die bloß subsidiäre Haftung nach der Richtlinie und die auch im Vorabentscheidungsverfahren Sánchez/Medicina Asturiana SA eine Rolle spielt, hätte jedoch die gemeinsame Erklärung des Rates zum Geltungsbereich der Richtlinie vom 25. Juli 1985

<sup>20)</sup> EuGH vom 25. 4. 2002, Rs C-154/00, Kommission/Griechenland, Slg 2002, I-3879 = wbl 2002/213 = ZER 2002/140 = ecolex 2002, 946.

<sup>21)</sup> EuGH vom 25. 4. 2002, Rs C-183/00, Sánchez/Medicina Asturiana SA, Slg 2002, I-3901 = wbl 2002/214 = ZER 2002/141 = ecolex 2002, 946 = EuZW 2002, 574

<sup>22)</sup> So schon stets Posch in Schwimann<sup>2</sup> § 2 PHG Rz 7 (Die Produkthaftungsrichtlinie ist eben keine „Mindestrichtlinie“); zuletzt Spitzer, ecolex 2003, 142.

<sup>23)</sup> EB RV 648 BlgNR 18. GP 3; siehe dazu Stabentheiner, Probleme bei der Umsetzung zivilrechtlicher EU-Richtlinien, JBI 1997, 70; zum zu ersetzenden Sachschaden siehe Spitzer, ecolex 2003, 143 f, und ausführlich unten VII.

<sup>24)</sup> Rs C-183/00 Rz 30.

<sup>25)</sup> Spitzer, ecolex 2003, 142.

<sup>26)</sup> Spitzer, ecolex 2003, 143.

Beachtung verdient. Diese wurde bei Annahme der Produkthaftungs-RL in das Ratsprotokoll aufgenommen und besagt, dass es „jedem Mitgliedstaat unbenommen bleibt, in seinen nationalen Rechtsvorschriften Regeln für die Haftung der Zwischenhändler festzulegen“. Aus dieser Erklärung folgt mE zweierlei: Einerseits ein weiteres Indiz für eine Vollharmonisierung, da es bei einer Mindestharmonisierung einer solchen Erklärung nicht bedurft hätte, andererseits aber eine Ausnahme für den Bereich der Händlerhaftung. Diese Bedenken hat auch der Rat der EU mittlerweile in einer Entscheidung vom 19. Dezember 2002<sup>27)</sup> geäußert. Der Rat zeigte sich besorgt, da die Möglichkeit, Regeln auch für die verschuldensunabhängige Lieferantenhaftung zu erlassen, dem Verbraucher Vorteile bringe. Unter Verweis auf den Rang des Verbraucherschutzes als Ziel der EU hält er es für erforderlich, zu prüfen, ob die Produkthaftungs-RL dahingehend geändert werden solle, dass einzelstaatliche Vorschriften für eine Lieferantenhaftung zugelassen wären, die auf derselben Grundlage wie das Haftungssystem der Richtlinie beruhen. Dies ändert jedoch nichts daran, dass derzeit davon auszugehen ist, dass die Vollharmonisierung auch für den Lieferanten gilt. Eine Entscheidung des Rates, ob hier Ausnahmen gemacht werden sollen, muss abgewartet werden.

#### D. Bedeutung für die Mitgliedstaaten

Richtlinien sind gemäß Art 249 (ex-Art 189) EGV für alle Mitgliedstaaten verbindlich. Diese müssen das vorgegebene Ziel erreichen, Form und Mittel dazu sind ihnen weitgehend freigestellt. Die Mitgliedstaaten sind jedenfalls verpflichtet, ihre Rechtsordnungen den europäischen Vorgaben anzupassen. Diese Verpflichtung, das von einer Richtlinie vorgegebene Ziel zu erreichen, trifft alle Staatsorgane<sup>28)</sup>. Dazu gehört auch, dass sich bei der Vollziehung die Auslegung des nationalen Rechts am Gemeinschaftsrecht orientiert<sup>29)</sup>. Diese

<sup>27)</sup> ABl C 26, 2 vom 4. Februar 2003. Die dort abgedruckte Erklärung aus dem Ratsprotokoll lautet: „Der Rat und die Kommission vertreten in der Frage der Auslegung der Art 3 und 12 übereinstimmend die Auffassung, dass es jedem Mitgliedstaat unbenommen bleibt, in seinen nationalen Rechtsvorschriften Regeln für die Haftung der Zwischenhändler festzulegen, da diese durch die Richtlinie nicht geregelt wird. Es besteht ferner Einvernehmen darüber, dass die Mitgliedstaaten nach der Richtlinie Regeln für die endgültige gegenseitige Aufteilung der Haftung zwischen mehreren haftenden Herstellern (vgl. Artikel 3) und den Zwischenhändlern festlegen können.“

<sup>28)</sup> Siehe nur *Brechmann*, Die richtlinienkonforme Auslegung (1994) 262; zuletzt *Canaris*, Die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre, FS Bydlinski (2002) 56.

<sup>29)</sup> Siehe zB Rs C-270/81 Rickmers-Linie/Finanzamt Hamburg, Slg 1982, 2771; grundlegend dann Rs C-14/83 Colson und Kamann/Land Nordrhein-Westfalen, Slg 1984, 1891; und Rs C-87/83 Harz/Deutsche Tradax GmbH, Slg 1984, 1921; bestätigt zB durch Rs C-222/84 Johnston/Chief Constable Slg 1986, 1651; Rs C-80/86

Notwendigkeit hat der OGH im Hinblick auf das PHG bereits 1997 erkannt<sup>30)</sup>.

Durch *richtlinienkonforme Auslegung*<sup>31)</sup> können Säumnis und Fehler des nationalen Gesetzgebers zumindest bei der Vollziehung saniert werden, wenngleich auch dadurch die Umsetzungsverpflichtung nicht ordnungsgemäß erfüllt wird. Gerichte können allerdings nicht contra legem judizieren: Dieser Methode sind daher im äußerst möglichen Wortsinn und im Zweck des Gesetzes Grenzen gesetzt<sup>32)</sup>. Im vorliegenden Fall interessieren hauptsächlich drei Konstellationen: Wollte der Gesetzgeber eine Richtlinie getreu umsetzen, ist ihm die Transformation jedoch missglückt, besteht an der Zulässigkeit der richtlinienkonformen Auslegung unter Beachtung des Wortsinnes kein Zweifel<sup>33)</sup>. Meinte der Gesetzgeber feststellbar, es bestünde gar kein Bedarf zur Umsetzung, da er nationale Normen irrtümlich für richtlinienkonform hielt, steht einer richtlinienkonformen Auslegung ebenfalls nichts im Weg<sup>34)</sup>. Anderes gilt für den Fall, dass der Gesetzgeber absichtlich von einer Richtlinie abweicht. Hier stößt die richtlinienkonforme Interpretation an ihre Grenzen: Gegen den eindeutigen Willen des Gesetzgebers kann die Vollziehung nicht agieren<sup>35)</sup>. Das richtlinienwidrige nationale Gesetz bleibt daher aufrecht, der jeweilige Mitgliedstaat verstößt gegen seine Pflicht, Gemeinschaftsrecht getreu umzusetzen, und damit auch gegen seine Verpflichtungen aus dem EGV.

Kolpinghuis Nimwegen, Slg 1987, 3969; Rs C-31/87 Beentjes/Niederlande, Slg 1988, 4635; Rs C-91/92 Faccini Dori/Recreb Srl, Slg 1994, 3325 = ZEuP 1996, 117; Rs C-355/96 Silhouette International Schmied/Hartlauer Handelsgesellschaft mbH, Slg 1998, 4799.

<sup>30)</sup> OGH in JBl 1997, 779 (*Riedler*) = ZfRV 1997, 209 (*Posch*) = RdW 1998, 195 = KRES 4/31.

<sup>31)</sup> Siehe dazu allgemein *di Fabio*, Richtlinienkonforme Auslegung als ranghöchstes Normauslegungsprinzip?, NJW 1990, 947; *Brechmann*, Richtlinienkonforme Auslegung; *Schmidt*, Privatrechtsangleichende EU-Richtlinien und nationale Auslegungsmethoden, RabelsZ 59 (1995), 569; *Ehricke*, Die richtlinienkonforme und gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung nationalen Rechts, RabelsZ 59 (1995), 598; *Herber*, Keine unmittelbare Wirkung horizontaler Richtlinien, ZEuP 1996, 117; *Grundmann*, Richtlinienkonforme Auslegung im Bereich des Privatrechts – insbesondere: der Kanon der nationalen Auslegungsmethoden als Grenze?, ZEuP 1996, 399; *Rüffler*, Richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts, ÖJZ 1997, 121; *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft (1999) 291 ff; zuletzt *Canaris*, FS Bydlinski 47.

<sup>32)</sup> Zu den in der nationalen Auslegungsmethodik liegenden Grenzen *Brechmann*, Richtlinienkonforme Auslegung 266 f; zuletzt ausführlich *Canaris*, FS Bydlinski 91 ff.

<sup>33)</sup> *Grundmann*, ZEuP 1996, 414, 421; *Herber*, ZEuP 1996, 124; *Herrnfeld* in *Schwarze*, EU-Kommentar, Art 94 EGV Rz 71.

<sup>34)</sup> So im Ergebnis auch ausdrücklich *Canaris*, FS Bydlinski 88 („Hier drängt sich die Zulässigkeit einer richtlinienkonformen Rechtsfortbildung geradezu auf“).

<sup>35)</sup> *Canaris*, FS Bydlinski 85 f.

### III. Exkurs: § 15 PHG

Das PHG lässt nach § 15 Bestimmungen des ABGB und andere Vorschriften, nach denen Schäden in weiterem Umfang oder von anderen Personen als nach dem PHG zu ersetzen sind, unberührt. Entgegen der Formulierung des § 15 PHG ist dabei nicht ausschlaggebend, dass Schäden in einem „weiteren Umfang“ zu ersetzen sind<sup>36</sup>). Nach *Welser* bezieht sich § 15 PHG auf sonstige Haftungsgrundlagen, und zwar sowohl im Hinblick auf Personen, die bereits nach dem PHG haften, als auch im Hinblick auf sonstige Schädiger. Weitere Anspruchsgrundlagen könnten Delikt, Vertrag oder auch andere Gefährdungshaftungen sein. Art 13 Produkthaftungs-RL erlaubt neben der verschuldensunabhängigen Produzentenhaftung „die Anwendung anderer Regelungen der vertraglichen oder außervertraglichen Haftung [. . .], die wie die Haftung für verdeckte Mängel oder für Verschulden auf anderen Grundlagen beruhen“<sup>37</sup>).

#### A. Konkurrenz mit dem Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter

Der Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter diene vor Erlassung des PHG als Hilfskonstruktion für die schadenersatzrechtliche Inanspruchnahme des Produzenten. Der Vertrag zwischen Produzent und dessen Abnehmer, also dem ersten Händler, entfalte Schutzwirkung gegenüber jenen Personen, die durch die nachfolgende Kette von Verträgen Benutzer der Sache würden. Diesen kämen bei der ansonsten fast unmöglichen Inanspruchnahme des Produzenten daher die Beweislastumkehr des § 1298 ABGB und die Gehilfenzurechnung nach § 1313a ABGB zugute<sup>38</sup>). Der Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter wurde seit dem *Porit-Kombiplattenfall*<sup>39</sup>) zum festen Bestandteil der Rsp und hat im Produkthaftungsrecht auch nach Erlassung des weiter gehenden PHG nicht an Aktualität eingebüßt<sup>40</sup>). Die hM gewährt nämlich aus dieser Konstruktion den Ersatz des Selbstbehaltes des § 2 Z 2 PHG<sup>41</sup>).

Der Ersatz des Selbstbehaltes über den Vertrag mit Schutzwirkung ist formal unbedenklich, da

<sup>36</sup>) *Welser*, PHG § 15 Rz 1; diesem folgend *Posch* in *Schwimann*<sup>2</sup> § 15 PHG Rz 1; *Preslmayr*, Handbuch<sup>2</sup>, 99.

<sup>37</sup>) Rs C-52/00 Rz 22; Rs C-154/00 Rz 18; Rs C-183/00 Rz 31; verbundene Schlussanträge Rz 52.

<sup>38</sup>) Zum Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter siehe grundlegend *Bydlinski*, Vertragliche Sorgfaltspflichten zugunsten Dritter, JBl 1960, 359; *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht<sup>2</sup> II (1984) 87; *Keitel*, Rechtsgrundlage und systematische Stellung des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (1988); *Koziol/Welser*<sup>12</sup> II 135 mwN.

<sup>39</sup>) SZ 49/14 = EvBl 1976/178 = JBl 1977, 146 (m Anm *Rummel*).

<sup>40</sup>) Zu den Unzulänglichkeiten des Vertrages mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter siehe nur *Welser*, PHG Vorbem Rz 8.

<sup>41</sup>) Siehe nur *Koziol/Welser*<sup>12</sup> II 355.

es nicht um die von der Richtlinie geregelte verschuldensunabhängige Gefährdungshaftung, sondern die verschuldensabhängige Vertragshaftung geht<sup>42</sup>). Da in den Entscheidungen in den Verfahren gegen Frankreich und Griechenland aber gerade der Verzicht auf die Umsetzung des Selbstbehaltes als unzulässig verworfen wurde<sup>43</sup>), bereitet der diesbezügliche österreichische Weg doch Unbehagen. Zwar geht es beim Vertrag mit Schutzwirkung um Verschuldenshaftung, die Vermutung des § 1298 ABGB schafft aber in vielen Fällen einen Automatismus des Ersatzes des Selbstbehaltes, sodass das österr Recht unter dem Mantel der Verschuldenshaftung in vielen Fällen zum selben Ergebnis kommen wird wie die vom EuGH verworfenen Regelungen Frankreichs und Griechenlands, in denen ein Selbstbehalt von vornherein nicht vorgesehen ist<sup>44</sup>). Insgesamt wird jedoch davon auszugehen sein, dass die österr Konstruktion zulässig ist. Grund der Haftung ist nach wie vor das Verschulden. Die Beweislastumkehr des § 1298 ABGB ist außerdem kein Spezifikum des Produkthaftungsrechts. Dass der EuGH aber derart tief in nationale Rechtsordnungen eingreifen würde, um die österr Konstruktion des Ersatzes des Selbstbehaltes zu verwerfen, scheint ausgeschlossen. Der Vergleich mit den Anlassfällen Frankreich und Griechenland zeigt jedoch, wie schmal der Grat zwischen richtlinienkonformer und richtlinienwidriger Umsetzung ist.

#### B. Konkurrenz mit anderen Gefährdungshaftungen

Bei Regelungen der Gefährdungshaftung muss differenziert werden. Die verschuldensunabhängige Gefährdungshaftung für fehlerhafte Produkte ist durch die Produkthaftungs-RL abschließend geregelt. Eine auf demselben Rechtsgrund basierende weiter gehende Haftung ist unzulässig. Dies gilt sowohl für Bestimmungen, die den Umfang des zu ersetzenden Schadens vergrößern, als auch für solche, die den Kreis der Haftpflichtigen erweitern. Gefährdungshaftungen, die auf anderen Grundlagen beruhen, lässt die Richtlinie unberührt. Hier wird insbesondere das EKHG in Frage kommen<sup>45</sup>): So wird etwa der Produktfehler, der den Hersteller eines Kfz haftpflichtig macht, häufig auch die Verwirklichung der Betriebsgefahr eines Kfz zur Folge haben. Ein Haftungsausschluss nach § 9 EKHG wird meist nicht greifen: Stellt ein Produktfehler nämlich ein unabwendbares Ereignis dar, wird er oft gleichzeitig ein haftungsbegründender Fehler in der Beschaffenheit oder ein Versagen der Einrichtungen sein, sodass der Halter haftet. Die Konkurrenz von PHG und EKHG ist unproblematisch und wird von der

<sup>42</sup>) *Spitzer*, *ecolex* 2003, 144.

<sup>43</sup>) Art 1383-1, 2 des Code civil und Art 6 Abs 6 des griechischen Gesetzes Nr 2251/94 über den Verbraucherschutz.

<sup>44</sup>) *Spitzer*, *ecolex* 2003, 144.

<sup>45</sup>) Siehe schon *Welser*, PHG § 15 Rz 6.

Richtlinie nicht berührt, da die Haftung nicht auf dem Produktfehler aufbaut, sondern auf der spezifischen Gefährdungslage beim Betrieb eines Kfz. Dasselbe gilt zB für das LuftfahrtG oder das Rohrleitungsg. Auch die Ausnahme von Nuklearschäden<sup>46)</sup> nach § 15 Abs 2 ist unproblematisch, da sie durch die Richtlinie gedeckt ist (Art 14).

#### IV. Hersteller

##### A. Hersteller iSd hM zum PHG

Hersteller ist gemäß § 3 PHG der Unternehmer, der ein Produkt hergestellt und in den Verkehr gebracht hat. Das PHG definiert den Begriff des Unternehmers allerdings nicht näher. Nach einhelliger Ansicht ist er jedoch identisch mit dem Unternehmer des KSchG. Unternehmer iSd KSchG ist wiederum, für wen ein Geschäft zum Betrieb seines Unternehmens gehört (§ 1 Abs 1 Z 1 KSchG), das § 1 Abs 2 KSchG als „eine auf Dauer angelegte Organisation selbstständiger wirtschaftlicher Tätigkeit, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein“<sup>47)</sup> definiert. Es ist gekennzeichnet durch die finale Ausrichtung auf die wirtschaftliche Tätigkeit, die in der Erbringung wirtschaftlich werthafter Leistungen besteht<sup>48)</sup>. Das KSchG stützt sich dabei anerkannt nicht auf die Begriffe des Kaufmannes oder des Handelsgewerbes des HGB, sondern schafft eine neue, verhältnismäßig weite Kategorie<sup>49)</sup>, die auch nichtkaufmännische Tätigkeiten, insbesondere die freien Berufe<sup>50)</sup> (Rechtsanwälte<sup>51)</sup>, Ärzte, Wirtschaftstreuhandler usw), land- und forstwirtschaftliche Tätigkeiten sowie Tätigkeiten erfasst, die keine Grundhandelsgewerbe iSd § 1 HGB sind und deren Art und Umfang keinen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert (§ 2 HGB)<sup>52)</sup>.

Schutzzweck des KSchG ist bekanntlich der Ausgleich des typischerweise vorhandenen Ungleichgewichts zwischen dem erfahrenen, professionell wirtschaftlich Tätigen und dem unerfahre-

nen Kunden<sup>53)</sup>. Deshalb spielt die Größe des Betriebes keine Rolle, „das Dauermoment, die Regelmäßigkeit und Methodik der Aktivität sind das Entscheidende, nicht imponierende Produktionsmittel und große Mitarbeiterstäbe“<sup>54)</sup>. Unbeachtlich ist auch, ob durch den Betrieb des Unternehmens zB gegen gewerberechtliche oder steuerrechtliche Vorschriften verstoßen wird<sup>55)</sup>. Auch der Pfluscher kann daher Unternehmer sein, wenn er über eine auf Dauer angelegte Organisation selbstständiger wirtschaftlicher Tätigkeit verfügt. Unternehmer sind demnach Personen, die dauernd wirtschaftlich tätig sein wollen.

Relevant ist die Unternehmereigenschaft freilich nur für Geschäfte, die zum Betrieb des Unternehmens gehören (§ 1 Abs 1 Z 1 KSchG). Wird ein Unternehmer hingegen anderweitig tätig, ist er Verbraucher. So ist der (gleichwohl rechtskundige) „Unternehmer Rechtsanwalt“ durch das KSchG geschützt, wenn er vom kleinen Detailhändler einen Plattenspieler kauft. Dass dabei das typische Ungleichgewicht zwischen Unternehmer und Verbraucher nicht gegeben ist, muss im Rahmen des schematisch konstruierten Verbraucherschutzes aus Gründen der Transparenz und Rechtssicherheit unbeachtlich bleiben. Nach *Welser* ist „die am Typus orientierte Abgrenzungsmethode einer Lösung vorzuziehen, die das Ungleichgewicht im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände“ bestimmt<sup>56)</sup>. Dem ist für das KSchG uneingeschränkt zuzustimmen. Diese Grundsätze überträgt die hM auf das PHG: Passivlegitimiert sei also nur der Unternehmer, der unternehmensbezogen ein Produkt hergestellt hat<sup>57)</sup>. Die Beweislast für das Nichtvorliegen der Unternehmerschaft überhaupt oder der Unternehmereigenschaft überhaupt<sup>58)</sup> trägt der Hersteller (§ 7 Abs 1 PHG).

##### B. Hersteller iSd Produkthaftungs-RL

Nach der Produkthaftungs-RL haftet derjenige, der das Endprodukt, einen Grundstoff oder ein Teilprodukt hergestellt hat, für Schäden, die durch Produktfehler verursacht wurden (Art 1 und 3 Produkthaftungs-RL). Eine direkte Definition des Herstellers fehlt<sup>59)</sup>. Der Erzeuger einer Sache soll

<sup>46)</sup> Näher dazu *Posch* in *Schwimmann*<sup>2</sup> § 15 PHG Rz 5 ff.

<sup>47)</sup> Daraus zu folgern, dass Organisationen, die nicht auf Gewinn gerichtet sind, keine haftpflichtigen Hersteller iSd PHG sind (zB karitative Organisationen), ist verfehlt; so aber *Eustacchio*, Produkthaftung 40.

<sup>48)</sup> EvBl 1989/116.

<sup>49)</sup> EB RV 744 BlgNR 14. GP 16; *Krejci* in *Krejci*, Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz (1981) 212 f; *ders* in *Rummel*<sup>2</sup> § 1 KSchG Rz 14; *Apathy* in *Schwimmann*<sup>2</sup> § 1 KSchG Rz 6; *Preslmayr*, Handbuch<sup>2</sup>, 21; OGH in RZ 1984/59 = REDOK 4237 = KRES 1a/12 = HS 13.343 = Verse 1106.

<sup>50)</sup> RZ 1984/59; SZ 55/157 = HS 12.020, 12.024, 13.342 = REDOK 4238 = KRES 1a/11; RZ 1989/100 = EvBl 1989/116 = HS 20.806 = KRES 1a/25.

<sup>51)</sup> *Welser*, Beschränkung der Vertragsfreiheit beim Konsumentengeschäft (Teil II), JBl 1980, 77; *ders*, Das Konsumentenschutzgesetz in der Rechtsprechung, GedS Schönherr (1986) 327; *Prunbauer*, Ist der Rechtsanwalt Unternehmer iS des Konsumentenschutzgesetzes?, JBl 1981, 420; RZ 1984/59; aM *Kaltenbäck*, Konsumentenschutzgesetz und Anwaltstätigkeit, AnwBl 1979, 394.

<sup>52)</sup> *Krejci* in *Krejci*, HBzKSchG 211 ff; *ders* in *Rummel*<sup>2</sup> § 1 KSchG Rz 19.

<sup>53)</sup> *Welser* in *Krejci*, HBzKSchG 193; diesem folgend SZ 55/51 = EvBl 1982/170 = REDOK 4242; SZ 56/159 = EvBl 1984/79 = RdW 1984, 75 = KRES 1a/15 = REDOK 1683; *Apathy* in *Schwimmann*<sup>2</sup> § 1 KSchG Rz 4; RZ 1989/100.

<sup>54)</sup> *Krejci* in *Rummel*<sup>3</sup> § 1 KSchG Rz 19.

<sup>55)</sup> *Kosesnik-Wehrle/Lehofer/Mayer*, KSchG (1997) § 1 KSchG Rz 6.

<sup>56)</sup> *Welser* in *Krejci*, HBzKSchG 195 f; so auch *Krejci* in *Rummel*<sup>3</sup> § 1 KSchG Rz 10.

<sup>57)</sup> *Welser*, PHG § 7 Rz 6; *Barchetti/Formanek* Produkthaftungsgesetz 37, 89, 102; *Fitz/Purtscheller* in *Fitz/Purtscheller/Reindl*, Produkthaftung § 7 Rz 6.

<sup>58)</sup> *Welser*, PHG § 7 Rz 6; aA *Fitz/Purtscheller* in *Fitz/Purtscheller/Reindl*, Produkthaftung § 7 Rz 6.

<sup>59)</sup> Zum dProdHaftG: *Frietsch* in *Taschner/Frietsch*, Produkthaftungsgesetz und EG-Produkthaftungsrichtlinie<sup>2</sup> (1990) § 4 ProdHaftG Rz 4.

aber nur dann als Hersteller haften, wenn er das Produkt im weitesten Sinne „kommerziell“ hergestellt hat<sup>60</sup>). Art 7 lit c Produkthaftungs-RL kennt deshalb zwei Befreiungsgründe, die kumulativ vorliegen müssen: Die Haftung ist ausgeschlossen, wenn der Hersteller beweist, dass er das Produkt weder mit wirtschaftlichem Zweck hergestellt (Kommerzialisierungsmoment) noch im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit hergestellt oder vertrieben hat (Professionalisierungsmoment). Die strenge Produzentenhaftung soll damit wohl nur demjenigen auferlegt werden, der aus der Produktion wirtschaftliche Vorteile zieht oder zumindest die Risiken als Fachmann eher abschätzen kann.

### 1. Kommerzialisierungsmoment

Das Produkt darf zur Haftungsbefreiung weder für den Verkauf noch für eine andere Form des Vertriebes mit wirtschaftlichem Zweck hergestellt worden sein. Den Herstellungszweck bestimmt der Hersteller selbst. Eine haftungsbegründende Herstellung mit wirtschaftlichem Zweck liegt jedenfalls dann vor, wenn durch den Vertrieb Gewinn erzielt werden soll, das Produkt also entgeltlich vertrieben wird. Die Produkthaftungs-RL hat als Standardfall den Verkauf vor Augen, erfasst sind aber auch alle anderen entgeltlichen Vertriebsformen, zB der Werkvertrag, das Leasing<sup>61</sup>), die Miete, die Überlassung im Rahmen von Franchise-Verträgen<sup>62</sup>) etc. Selbst wenn der Vertrieb nicht für Geld erfolgt, kann mittelbar ein haftungsbegründender wirtschaftlicher Zweck verfolgt werden, zB beim Verteilen von Werbebesuchen, Warenproben usw.<sup>63</sup>), da solche Tätigkei-

ten letztendlich doch dem wirtschaftlichen Fortkommen des Herstellers dienen. Wer nicht mit wirtschaftlichem Zweck produziert, haftet daher nicht.

### 2. Professionalisierungsmoment

Das Produkt darf überdies nicht im Rahmen der beruflichen Tätigkeit des Produzenten hergestellt oder vertrieben worden sein, sonst haftet der Hersteller unabhängig von seiner Gewinnabsicht. Im Gegensatz zum subjektiven Kommerzialisierungselement stellt dieser Befreiungsbestand auf die Eigenschaften und die Tätigkeit des Herstellers ab. Seine Fähigkeiten spielen keine Rolle<sup>64</sup>). Stellt zB ein Chemiker, der bei einem Feuerwerkshersteller angestellt ist, privat Feuerwerkskörper her und zündet sie selbst oder verschenkt sie<sup>65</sup>), erfolgt die Herstellung sicher fachkundig und auf Grund der beruflichen Fähigkeiten, aber eben nicht im Rahmen der beruflichen Tätigkeit. Dasselbe gilt für den Hersteller von Werkzeugmaschinen, der eine Metallplastik für seinen privaten Bedarf herstellt<sup>66</sup>). Entscheidend ist, ob der Hersteller bei Herstellung oder Vertrieb des Produktes im Rahmen seines Berufes gehandelt hat oder nicht. Ausgenommen werden sollen die Produktherstellung und der Produktvertrieb von Berufsfremden<sup>67</sup>).

## C. Vergleich Produkthaftungs-RL und PHG

Während also die Produkthaftungs-RL mit den Kriterien der Kommerzialisierung und der Professionalisierung eine sehr differenzierte Bestimmung des Haftpflichtigen vornimmt, rekuriert das PHG in allen Fällen auf den Unternehmerbegriff, den die hM iSd KSchG verstanden wissen will. Der zentrale Fall der kommerziellen und professionellen Produktion wird dadurch zwar erfasst, das Grundanliegen des Produkthaftungsrechts damit auch verwirklicht, es ist aber zweifelhaft, ob den detaillierten Vorgaben der Richtlinie ausreichend Rechnung getragen wird<sup>68</sup>).

### 1. Nicht-kommerzielle Herstellung außerhalb des Berufes

Da die hM zum PHG davon ausgeht, dass nur Unternehmer iSd KSchG als Hersteller passivlegitimiert sein können, stimmt sie mit der Produkthaftungs-RL im Bereich der nicht-kommerziellen Herstellung außerhalb des Berufes überein. Durch die Haftungsbefreiung des Art 7 lit c nimmt auch die Produkthaftungs-RL solche Fälle aus ihrem

<sup>60</sup>) Vgl dazu *Wesch*, Die Produzentenhaftung im internationalen Rechtsvergleich (1994) 126 ff.

<sup>61</sup>) *Hollmann*, Die EG-Produkthaftungsrichtlinie (I), DB 1985, 2394; zum dProdHaftG: *Frietsch*, Das Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte und seine Konsequenzen für den Hersteller, DB 1990, 31; *Schlechterriem*, Angleichung der Produkthaftung in der EG, VersR 1986, 1037; *Oechsler* in *Staudinger*<sup>13</sup> (1998) § 1 ProdHaftG Rz 90; *Kullmann* in *Kullmann/Pfister*, Produzentenhaftung, Kza 3602, 16.

<sup>62</sup>) *Hollmann*, DB 1985, 2394; *Taschner*, Produkthaftung (1986) Art 7 Rz 20; *Schmidt-Salzer*, Kommentar EG-Richtlinie Produkthaftung I (1986) Art 7 Rz 72, 75; zum dProdHaftG: *Frietsch* in *Taschner/Frietsch*, ProdHaftG und EG-RL<sup>2</sup> § 1 ProdHaftG Rz 75; *Bartl*, Produkthaftung nach neuem EG-Recht (ProdHaftG) (1989) § 1 Rz 62; *Pott/Frieling*, Produkthaftungsgesetz Kommentar (1992) § 1 Rz 89.

<sup>63</sup>) *Schmidt-Salzer*, Produkthaftung I Art 7 Rz 77; zum dProdHaftG: *Rolland*, Produkthaftungsrecht (1990) § 1 Rz 121; *Kullmann*, ProdHaftG Kommentar (1990) 43; *ders* in *Kullmann/Pfister*, Produzentenhaftung, Kza 3602, 16; *Landscheidt*, Das neue Produkthaftungsrecht<sup>2</sup> (1992), 149; *Cahn* in *Münchener Kommentar* 5<sup>3</sup> (1997) § 1 ProdHaftG Rz 37; *Oechsler* in *Staudinger*<sup>13</sup> § 1 ProdHaftG Rz 93; *Graf von Westphalen* in *Westphalen*, Produkthaftungshandbuch II<sup>2</sup> (1999) § 72 Rz 55 ff; zum schweizerischen Recht: *Fellmann/von Büren/von Moos*, Grundriss der Produktheftpflicht (1993) Rz 329; *Fellmann* in *Honsell Vogt Wiegand*, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I<sup>2</sup>

(1996), OR I<sup>2</sup> Art 5 PrHG Rz 10; *Hess*, Kommentar zum Produktheftpflichtgesetz<sup>2</sup> (1996) Art 5 Rz 37; zum italienischen Produkthaftungsgesetz: *Petri*, Produkthaftung in Italien (1998) 208.

<sup>64</sup>) Zum dProdHaftG: *Oechsler* in *Staudinger*<sup>13</sup> § 1 ProdHaftG Rz 92.

<sup>65</sup>) *Schmidt-Salzer*, Produkthaftung I Art 7 Rz 90.

<sup>66</sup>) Zum dProdHaftG: *Rolland*, ProdHaftG § 1 Rz 118.

<sup>67</sup>) Zum dProdHaftG: *Kullmann* in *Kullmann/Pfister*, Produzentenhaftung, Kza 3602, 17 f.

<sup>68</sup>) Dazu auch schon *Spitzer*, *ecolex* 2003, 144 FN 32.

Schutzbereich aus: Schulbeispiel ist die berühmte selbst gebackene Apfeltorte von Tante Anna<sup>69)</sup>, das von der Hausfrau zubereitete und verschenkte Pflaumenmus<sup>70)</sup>, die Feuerwerkskörper, die ein Chemiestudent selbst bastelt und mit Freunden zündet oder verschenkt<sup>71)</sup>. Alle drei sind keine Unternehmer, da sie nicht auf Dauer selbstständig wirtschaftlich tätig werden<sup>72)</sup>. Eine Haftung scheidet nach hM zum PHG bereits deshalb aus.

Auch nach der Produkthaftungs-RL sind sie alle nicht passivlegitimiert, da weder Kommerzialisierung noch Professionalisierung vorhanden sind: die Produkte wurden nicht im Rahmen des Berufes erzeugt und eine Vermarktung der Produkte war nicht beabsichtigt. Da beide Entlastungsgründe vorliegen, haften die Hersteller nicht. *Die herrschende österreichische Meinung und die Produkthaftungs-RL decken sich somit im Bereich der nicht-kommerziellen, außerberuflichen Herstellung.*

## 2. Kommerzielle Herstellung außerhalb des Berufes

Ändert sich diese Einschätzung, wenn Tante Anna das Marktpotenzial ihrer Spezialitäten erkennt und gelegentlich gegen Entgelt auf Bestellung Torten für Feierlichkeiten bäckt<sup>73)</sup>, die Hausfrau ihr Pflaumenmus bei einem Weihnachtsbasar verkauft und der Student seine Feuerwerkskörper im Freundeskreis feilbietet<sup>74)</sup>?

Solange keine dieser Tätigkeiten eine auf Dauer angelegte Organisation selbstständiger wirtschaftlicher Betätigung iSd KSchG darstellt, mithin keiner der drei ein Unternehmen betreibt, ändert sich für die herrschende österr Ansicht die bisherige Beurteilung nicht. Die hM verneint daher die verschuldensunabhängige Produzentenhaftung auch hier, die Geschädigten sind auf das allgemeine Schadenersatzrecht verwiesen. Die Entgeltlichkeit des Vertriebes bleibt unbeachtlich, da für dieses Kriterium im Unternehmerbegriff, der nur auf die dauerhafte Erbringung werthafter Leistungen abstellt, kein Platz ist<sup>75)</sup>.

Alle drei haben allerdings die von ihnen erzeugten Produkte mit unmittelbarer Gewinnerzielungsabsicht für den Verkauf hergestellt. Mit den Produkten sollte Geld verdient werden. Damit ist

die Kommerzialisierung iSd Art 7 lit c Produkthaftungs-RL in reinster Form verwirklicht<sup>76)</sup>. Dass weder die Herstellung noch der Vertrieb im Rahmen der beruflichen Tätigkeit stattfinden, schadet nicht, da zur Haftungsbefreiung das Vorliegen beider Befreiungstatbestände des Art 7 lit c erforderlich ist. Die drei sind demnach haftpflichtige Hersteller iSd Produkthaftungs-RL, da sie Produkte zu einem wirtschaftlichen Zweck hergestellt haben<sup>77)</sup>. Wengleich die Produkthaftungs-RL ausweislich ihrer Erwägungsgründe hauptsächlich die industrielle Produktion vor Augen hatte<sup>78)</sup>, ist dieses Auslegungsergebnis auf Grund des Wortlautes des Art 7 lit c Produkthaftungs-RL mE zwingend<sup>79)</sup>. Die Zahl der Beispiele lässt sich fortsetzen: Nach der Produkthaftungs-RL haftet zB auch die Hausfrau, die im Modellierkurs hergestellte Keramikvasen verkauft, wenn diese undicht sind und einen Wasserschaden verursachen<sup>80)</sup>. Dasselbe gilt für den Schrebergärtner, der Obst aus seinem Garten zu Schnaps brennt und diesen verkauft, wenn der zu hohe Methanolgehalt des Schnapses zur Erblindung führt.

Der Hersteller ist nach der Produkthaftungs-RL mE sogar dann verantwortlich, wenn er das Produkt eigentlich zum eigenen Gebrauch hergestellt hat und es dann nur ausnahmsweise verkauft, da nach herrschender und zutreffender Ansicht die spätere, tatsächliche Kommerzialisierung die mangelnde Gewinnerzielungsabsicht im Zeitpunkt der Herstellung überlagert<sup>81)</sup>. Der Wortlaut des Art 7 lit c Produkthaftungs-RL spricht zwar dafür, auf die Absicht im Zeitpunkt der Herstellung abzustellen, entscheidender Moment für den Beginn

<sup>76)</sup> Zum dProdHaftG: *Landscheidt*, Produkthaftungsrecht<sup>2</sup>, 150.

<sup>77)</sup> Dem steht die Ansicht *Taschners*, Produkthaftung Art 3 Rz 13, dass Hersteller nur ist, wer *gewerbsmäßig* herstellt, nicht entgegen. Gewerbsmäßig muss in diesem Zusammenhang eben als „nicht für private Zwecke“ verstanden werden. AA *Sack*, Probleme des Produkthaftungsgesetzes unter Berücksichtigung der Produkthaftungs-Richtlinie der EG, JBl 1989, 616, der *Taschner* für die Einschränkung des Herstellers auf Unternehmer zitiert.

<sup>78)</sup> Dritter Erwägungsgrund.

<sup>79)</sup> *Schmidt-Salzer*, Produkthaftung I Art 7 Rz 92; aM offenbar *Hollmann*, DB 1985, 2394; zum dProdHaftG: *Kullmann*, ProdHaftG Kommentar 42; *ders*, Aktuelle Rechtsfragen der Produkthaftung<sup>3</sup> (1992) 148; *Oechsler* in *Staudinger*<sup>13</sup> § 1 ProdHaftG Rz 87; *Westphalen* in *Westphalen*, Produkthaftungshandbuch II<sup>2</sup> § 72 Rz 49.

<sup>80)</sup> Zum dProdHaftG: *Kullmann* in *Kullmann/Pfister*, Produzentenhaftung, Kza 3602, 15; *Pott/Frieling*, ProdHaftG § 1 Rz 90.

<sup>81)</sup> *Taschner*, Produkthaftung, Art 7 Rz 22; *Taschner* in *Taschner/Frietsch*, ProdHaftG und EG-RL<sup>2</sup> Art 3 Rz 19; zum dProdHaftG: *Rolland*, ProdHaftG § 1 Rz 122; *Pott/Frieling*, ProdHaftG § 1 Rz 91; *Kullmann* in *Kullmann/Pfister*, Produzentenhaftung, Kza 3602, 17; *Westphalen* in *Westphalen*, Produkthaftungshandbuch II<sup>2</sup> § 72 Rz 52; aM *Cahn* in Münchener Kommentar 5<sup>3</sup> § 1 ProdHaftG Rz 39 unter Verweis auf die Beweislastregel des § 1 Abs 4 ProdHaftG, nach der ohnehin dem Hersteller der Beweis für die nachträgliche Absichtsänderung obliegt.

<sup>69)</sup> Zum dProdHaftG: *Taschner*, Die künftige Produzentenhaftung in Deutschland, NJW 1986, 614; *Landscheidt*, Produkthaftungsrecht<sup>2</sup> (1992) 150.

<sup>70)</sup> Zum dProdHaftG: *Pott/Frieling*, ProdHaftG § 1 Rz 89.

<sup>71)</sup> *Schmidt-Salzer*, Produkthaftung I Art 7 Rz 89.

<sup>72)</sup> Auch ein Unternehmer haftet nicht, wenn die Erzeugung des Produktes nicht „unternehmensbezogen“ erfolgt; zum Erfordernis der Unternehmensbezogenheit *Welser*, PHG § 7 Rz 6; *Barchetti/Formanek*, Produkthaftungsgesetz 37, 89, 102; *Fitz/Purtscheller* in *Fitz/Purtscheller/Reindl*, Produkthaftung § 7 Rz 6.

<sup>73)</sup> *Taschner*, Produkthaftung, Art 7 Rz 20.

<sup>74)</sup> *Schmidt-Salzer*, Produkthaftung I Art 7 Rz 92.

<sup>75)</sup> Zum Problem der Haftung bei unentgeltlichem Inverkehrbringen siehe unten IV.C.3 und V.B.

der Haftung des Herstellers ist in der Produkthaftung aber generell das In-Verkehr-Bringen. Aus diesen systematischen Überlegungen und auf Grund des Telos des Produkthaftungsrechts scheint es daher gerechtfertigt, den Anspruch des Geschädigten nicht von zufälligen inneren Überlegungen des Herstellers abhängig zu machen. Aus demselben Grund haftet der Bastler, der ein Spielzeug für sein Kind herstellt und sich später, weil das Kind kein Interesse daran hat, zum Verkauf entschließt<sup>82)</sup>. Bei gegenteiliger Auffassung hilft dem Geschädigten immerhin noch die Beweislastregel des Art 7, nach der der Hersteller beweisen müsste, im Zeitpunkt der Herstellung keine kommerzielle Absicht verfolgt zu haben.

Die hM zum PHG nimmt die Herstellung durch Nicht-Unternehmer trotz Gewinnstrebens aus dem Anwendungsbereich der Produkthaftung gänzlich aus und bleibt damit hinter den Vorgaben der Produkthaftungs-RL zurück. Was Posch 1988 als – damals auch durchaus zulässige – verdienstvolle Loslösung von den Eigentümlichkeiten des Richtlinientextes lobte<sup>83)</sup>, führt nun zur Richtlinienwidrigkeit der Umschreibung des Passivlegitimierten im PHG. Dies befürchteten offenbar auch die EB zur RV zum EWR-Anpassungsgesetz<sup>84)</sup>, die erkannten, dass „die Abgrenzung zwischen – haftungsbegründender – gewerbsmäßiger und – haftungsfreier – privater Herstellung eines Produktes im Wortlaut nicht übereinstimmt, weil § 1 PHG zur Abgrenzung den Unternehmerbegriff des § 1 KSchG verwendet, während die Produkthaftungs-RL von einem ‚wirtschaftlichen Zweck‘ oder einer ‚beruflichen Tätigkeit‘ spricht“. Änderungen wurden jedoch nicht vorgenommen, da „Vertreter der EG-Kommission [. . .] nach Prüfung unserer Rechtsordnung versichert [haben], dass unsere Umschreibung richtlinienkonform sei“. Aus den oben dargelegten Gründen war diese Auskunft irrig.

Es scheint jedoch möglich, den Unternehmerbegriff des PHG richtlinienkonform zu interpretieren. Österreich hat mit dem EWR-Anpassungsgesetz versucht, das PHG richtlinienkonform zu gestalten und die Produkthaftungs-RL vollständig und ordnungsgemäß umzusetzen. Die Anpassung ist ausweislich der Materialien nur deshalb nicht weiter gegangen, weil der österr. Gesetzgeber angenommen hat, mit den bestehenden Vorschriften das Produkthaftungsrecht bereits richtlinienkonform geregelt zu haben. Wie bereits dargelegt (siehe oben II.D.), ist die richtlinienkonforme Interpretation zulässig, wenn das durch die Richtlinie determinierte Ergebnis innerhalb des Wortsinnes liegt und die Intentionen des nationalen Gesetzgebers nicht gegen eine richtlinienkonforme Interpretation sprechen: Hier liegt der idealtypische

Fall vor, dass nach der erklärten Absicht des Gesetzgebers die Produkthaftungs-RL getreu umgesetzt werden sollte. Der Unternehmerbegriff bietet genug Raum, um richtlinienkonform ausgelegt zu werden. Erster Schritt muss dabei sein, sich von der Verwendung des Unternehmerbegriffes des KSchG zur Definition des Herstellers im PHG zu lösen. Dann muss „der Unternehmer, der eine Sache hergestellt hat“, autonom iSd Produkthaftungs-RL verstanden werden. Unternehmerisches Handeln muss dabei schon dort ansetzen, wo Gewinn erzielt werden soll, sodass auch die tortenverkaufende Tante Anna als Hersteller iSd PHG anzusehen ist.

### 3. Nicht-kommerzielle Herstellung im Rahmen des Berufes

Ein Konditor bietet Kostproben eines Kuchens zur freien Entnahme an. Ein Bäcker verschenkt von ihm gebackenes Brot an eine karitative Organisation<sup>85)</sup>. Ein Kfz-Hersteller verschenkt ein Auto an eine Hilfsorganisation<sup>86)</sup>. Ein Baustoffhersteller verschenkt nach einer Katastrophe Baumaterialien.

Alle vier Hersteller sind Unternehmer iSd KSchG und damit auf Basis der hM potenziell haftpflichtig. Nach dem PHG haftet der Hersteller für Produkte, die er in Verkehr gebracht hat. Der Titel, auf Grund dessen dies geschieht, spielt keine Rolle (§ 6 PHG), sodass nach hM auch unentgeltliche Zuwendungen im Rahmen unternehmerischer Tätigkeit von der Produkthaftung erfasst sind<sup>87)</sup>. *Barchetti/Formanek*<sup>88)</sup> vertreten allerdings unter Berufung auf *Schmidt-Salzer*<sup>89)</sup> die Ansicht, dass für unentgeltliche Zuwendungen nicht gehaftet werde. Die Belastung des Herstellers mit einer verschuldensunabhängigen Haftung sei nur sachgerecht, da dieser das Risiko letztlich über die Preisgestaltung abwälzen könne, sodass die Gemeinschaft der Verbraucher den Schaden trage<sup>90)</sup>. Ohne Entgelt fehle aber diese Möglichkeit der Schadensüberwälzung. *Barchetti/Formanek* übersehen bei ihrer Anlehnung an *Schmidt-Salzer* aber, dass dieser an der betreffenden Stelle ausschließlich den ersten Befreiungstatbestand des Art 7 lit c, die Kommerzialisierung, behandelt. Er lässt folgerichtig auch für Werbegeschenke haften, da diese mittelbar der Umsatzsteigerung dienen, und hält nur die Haftung im Grenzbereich der Schenkungen oder Stiftungen, zB an Hochschulinstitute und gemeinnützige Einrichtungen, für problematisch<sup>91)</sup>.

<sup>85)</sup> *Taschner*, Produkthaftung, Art 7 Rz 21.

<sup>86)</sup> Zum dProdHaftG: *Kullmann* in *Kullmann/Pfister*, Produzentenhaftung, Kza 3602, 15.

<sup>87)</sup> *Welser*, WBl 1988, 173; *ders.*, PHG § 6 Rz 6; *Posch* in *Schwimann*<sup>2</sup> § 6 PHG Rz 3; *Preslmayr*, Handbuch<sup>2</sup>, 80.

<sup>88)</sup> Produkthaftungsgesetz 91.

<sup>89)</sup> Produkthaftung I Art 7 Rz 70 ff.

<sup>90)</sup> Sechster Erwägungsgrund zum Richtlinienvorschlag 1976, ABl C 241 v 14. 10. 1976; vgl zu diesem Gedanken auch EB RV 272 BlgNR 17. GP 6.

<sup>91)</sup> So auch zum dProdHaftG *Bartl*, Produkthaftung nach neuem EG-Recht § 1 Rz 61; *Kullmann* in *Kull-*

<sup>82)</sup> Zum dProdHaftG: *Kullmann* in *Kullmann/Pfister*, Produzentenhaftung, Kza 3602, 16; zum schweizerischen Produktheftpflichtgesetz: *Fellmann* in *Honsell*, OR I<sup>2</sup> Art 5 PrHG Rz 11.

<sup>83)</sup> *Posch*, RdW 1988, 67.

<sup>84)</sup> 648 BlgNR 18. GP 3.

Auch diese könnten zwar der Imagepflege dienen, es fehle aber die Verknüpfung mit der Erzielung eines Entgeltes. Dabei ist aber stets zu bedenken, dass selbst bei Verneinen der Kommerzialisierungsabsicht die berufliche Herstellung allein ausreicht, um die Haftung zu begründen<sup>92)</sup>.

Außerdem schließen *Barchetti/Formanek*<sup>93)</sup> aus § 915 ABGB, dass für unentgeltlich vertriebene Produkte nicht zu haften sei. Der Grundsatz des § 915 ABGB, dass sich der Verpflichtete bei unentgeltlichen Geschäften eher die geringere als die schwerere Last auferlegen wolle, solle im Produkthaftungsrecht seine Fortsetzung finden. ME ist die Heranziehung des § 915 ABGB in diesem Zusammenhang grundsätzlich verfehlt, zumal dieser nur eine Auslegungsregel für einseitig verbindliche Verträge enthält. Das Produkthaftungsrecht steht aber gerade nicht im Zusammenhang mit vertraglichem Schadenersatz, sondern ist eben eine besondere Gefährdungshaftung. Durch das PHG wurde nach jahrelangem Ringen mit Hilfskonstruktionen wie dem Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter<sup>94)</sup> in der Produzentenhaftung endlich der Boden der Vertragshaftung verlassen und dadurch etwa auch der innocent bystander geschützt, der von den Schutzwirkungen des Vertrages zwischen Produzent und Händler nicht erfasst wird<sup>95)</sup>. Die Berufung auf § 915 ABGB – und damit erst recht wieder auf den Vertrag zwischen Hersteller und dessen Abnehmer – scheint ein dogmatischer Rückschritt zu sein. Diese Auslegungsvorschrift vermag daher zur Frage, ob auch bei unentgeltlicher Herstellung gehaftet werden soll, nichts beizutragen. Auch dem Vertragspartner kann sie nicht entgegengehalten werden: Der zwölfte Erwägungsgrund der Produkthaftungs-RL schließt die vertragliche Einschränkung der Produkthaftung zur Gewährleistung wirksamen Verbraucherschutzes aus. Wenn die Vertragsparteien eine Haftungserleichterung aber schon nicht ausdrücklich vereinbaren dürfen, kann eine Zweifelsregel für unklare Vereinbarungen erst recht nicht zum Entfall der Haftung führen.

Nach der Produkthaftungs-RL erfüllen der Bäcker, der Kfz- und der Baustoffherzeuger, die ihre Produkte uneigennützig verschenken, zwar das

*mann/Pfister*, Produzentenhaftung, Kza 3602, 16 („uneigennützig Abgabe“); *Westphalen* in *Westphalen*, Produkthaftungshandbuch II<sup>2</sup> § 72 Rz 57; aM *Rolland*, ProdHaftG § 1 Rz 122; zum schweizerischen Produkthaftpflichtgesetz: *Fellmann* in *Honsell*, OR I<sup>2</sup> Art 5 PrHG Rz 10; *Hess*, PrHG<sup>2</sup> Art 5 Rz 38, 40;

<sup>92)</sup> So auch zum dProdHaftG; *Bartl*, Produkthaftung nach neuem EG-Recht § 1 Rz 62; *Kullmann*, ProdHaftG Kommentar 43 FN 80 („Im übrigen wird in solchen Fällen im allgemeinen auch die andere Haftungsvoraussetzung der Herstellung im Rahmen beruflicher Tätigkeit erfüllt sein“); *Oechsler* in *Staudinger*<sup>13</sup> § 1 ProdHaftG Rz 86, 93.

<sup>93)</sup> Produkthaftungsgesetz 91.

<sup>94)</sup> Siehe dazu nur EB RV 272 BlgNR 17. GP 5.

<sup>95)</sup> Zu dessen Schutzwürdigkeit *Posch*, Produzentenhaftung in Österreich de lege lata et de lege ferenda, Gutachten 8. ÖJT 1982, 168; EB RV 272 BlgNR 17. GP 5.

erste Befreiungskriterium, wenn sie die Produkte nicht „mit wirtschaftlichem Zweck“, sondern von Anfang an uneigennützig erzeugt haben, beide haben die Produkte aber im Rahmen ihres Berufes hergestellt. Die Produkthaftungs-RL stellt an das Inverkehrbringen keine näheren Anforderungen. Eine Definition fehlt ausweislich der Erläuterungen zum Richtlinienentwurf 1976, da sich der Begriff „aus seinem natürlichen Wortsinn selbst“ verstehe<sup>96)</sup>. Die Hersteller haften daher auch dann, wenn sie ihre Produkte verschenken<sup>97)</sup>. Der Konditor hat mit dem Anbieten von Kostproben hingegen zumindest schon eine mittelbare Gewinnerzielungsabsicht, sodass er jedenfalls haftet.

Eine Haftung nach dem PHG müssten *Barchetti/Formanek* jedenfalls verneinen. Doch auch wie es die hM mit diesem Fall hält, ist nicht eindeutig. Haftungsbegründendes Inverkehrbringen soll nämlich nur bei Zuwendungen im unternehmerischen Rahmen vorliegen. Die Unternehmensbezogenheit leugnet die hM, wo Uneigennützigkeit vorliegt<sup>98)</sup>. Demnach wäre nur der Konditor haftpflichtig, die anderen Hersteller könnten sich unter Verweis auf die Uneigennützigkeit von ihrer Haftung befreien. ME bleibt für das Kriterium der Uneigennützigkeit bei richtlinienkonformer Interpretation kein Platz. Da eine Haftung bei uneigennützigem Inverkehrbringen in § 6 durchaus Deckung findet, besteht für die richtlinienkonforme Interpretation kein Hindernis. *Die von Barchetti/Formanek zum unentgeltlichen Inverkehrbringen vertretene Mindermeinung ist nicht richtlinienkonform. Sie kann mE nicht aufrecht erhalten werden. Aber auch die hM zum PHG stimmt mit der Produkthaftungs-RL bei unentgeltlichem Vertrieb professionell erzeugter oder vertriebener Ware nur insoweit überein, als dem Kriterium der Uneigennützigkeit keine Bedeutung beigemessen wird.*

## D. Haftung juristischer Personen

### 1. Haftung juristischer Personen öffentlichen Rechts nach hM zum PHG

Juristische Personen öffentlichen Rechts gelten – natürlich nur in Angelegenheiten der Privatwirtschaftsverwaltung<sup>99)</sup> – jedenfalls als Unternehmer (§ 1 Abs 2 KSchG). Dazu bedürfte es keiner gesonderten Anordnung, sofern sie wirtschaftlich wertvolle Leistungen erbringen<sup>100)</sup>, wie zB bei Energie-

<sup>96)</sup> *Schmidt-Salzer*, Produkthaftung I Art 2 Rz 16, Art 7 Rz 14 ff.

<sup>97)</sup> Siehe zum uneigennützigem In-Verkehr-Bringen durch den Importeur aber V.D.

<sup>98)</sup> *Fitz/Purtscheller* in *Fitz/Purtscheller/Reindl*, Produkthaftung 34; *Welser*, PHG § 6 Rz 6 (in Betracht kommen „auch unentgeltliche Zuwendungen im Rahmen unternehmerischer Tätigkeit, zumal sie nicht uneigennützig sind“); diesem folgend *Preslmayr*, Handbuch<sup>2</sup>, 80 FN 302.

<sup>99)</sup> *Welser*, Beschränkung der Vertragsfreiheit beim Konsumentengeschäft (Teil I), JBl 1980, 2.

<sup>100)</sup> EB RV 744 BlgNR 14. GP 17; vgl dazu allgemein *Schilcher/Bretschneider*, Konsumentenschutz im öffentlichen Recht (1984).

und Wasserversorgung<sup>101</sup>). § 1 Abs 2 KSchG erlangt jedoch Bedeutung, wenn keine derartigen Leistungen erbracht werden, die juristische Person sohin nicht ohnehin als Unternehmer zu qualifizieren ist. Die Vorschrift ist zB im Vergabewesen einschlägig, wo die öffentliche Hand nur als Auftraggeber in Erscheinung tritt, selbst aber keine werthafte Leistungen erbringt<sup>102</sup>). Da die hM zum PHG nur auf die Unternehmereigenschaft abstellt, sind juristische Personen öffentlichen Rechts stets potenziell haftpflichtig, wenn sie bewegliche körperliche Sachen herstellen.

## 2. Haftung juristischer Personen des Privatrechts nach hM zum PHG

Für juristische Personen des Privatrechts besteht eine § 1 Abs 2 KSchG vergleichbare Anordnung nicht. Es ist daher wie bei natürlichen Personen zu prüfen, ob sie über ein Unternehmen verfügen. Nach hM ist die Unternehmereigenschaft für die Handelsgesellschaften (Personengesellschaften und juristische Personen) jedenfalls unproblematisch. Der JAB<sup>103</sup>) und die hM<sup>104</sup>) zum KSchG gehen davon aus, dass Handelsgesellschaften stets Unternehmer seien. Sie ziehen dabei – ausweislich der Materialien zum KSchG<sup>105</sup>) – die §§ 343 und 344 HGB<sup>106</sup>) über die Zugehörigkeit eines Geschäftes zum Betrieb des Handelsgewerbes eines Kaufmannes heran. Da Handelsgesellschaften nicht über eine Privatsphäre verfügen, betrachtet die hM deren Geschäfte automatisch als Unternehmergegeschäfte. Diese zwangsläufige Unternehmensbezogenheit ist also, ebenso wie die zwangsläufige Zugehörigkeit zum Handelsgewerbe im HGB, eine Reflexwirkung der Tatsache, dass es

bei juristischen Personen keinen privaten Bereich gibt.

Problematischer ist die Frage, ob Idealvereine Unternehmer sind<sup>107</sup>). Sie werden dann als Unternehmer qualifiziert, wenn sie dauernd wirtschaftlich tätig werden<sup>108</sup>). Eine analoge Anwendung des § 1 Abs 2 KSchG scheidet nach hM aus Gründen der Rechtssicherheit aus<sup>109</sup>). Ebenso wenig wie der Mangel einer Ungleichgewichtssituation im Einzelfall die Anwendbarkeit des KSchG ausschließen vermag, kann auf das Bestehen einer Ungleichgewichtssituation Rücksicht genommen werden, wo der Gesetzgeber keine angenommen hat. Vereine, die nicht dauernd wirtschaftlich tätig sind, werden daher von der hM – im Gegensatz zu juristischen Personen öffentlichen Rechts – als Verbraucher qualifiziert. Dafür spricht auch der JAB, nach dem eine Ausdehnung der Regelung für juristische Personen öffentlichen Rechts auf alle juristischen Personen erwogen, aber verworfen wurde, da „kleine Idealvereine mit wenigen Mitgliedern ohne organisatorischen Apparat [. . .] einem einzelnen Verbraucher durchaus gleichstehen“<sup>110</sup>).

Durch das Fernabsatzgesetz 1999 wurde allerdings eine neue Regelung für Vereine in das KSchG aufgenommen: Nach § 1 Abs 5 KSchG sind die Bestimmungen des I. und II. Hauptstückes des KSchG auch auf den Beitritt zu und die Mitgliedschaft bei Vereinen anzuwenden, wenn diese zwar von ihren Mitgliedern Beiträge oder sonstige Geldleistungen verlangen, ihnen aber nur eingeschränkte Mitgliedschaftsrechte einräumen<sup>111</sup>) und die Mitgliedschaft nicht geschäftlichen Zwecken dient. Diese Regelung betrifft ausschließlich das Innenverhältnis, in diesem aber auch solche Vereine, die nach bisheriger Rechtslage keine Unternehmer waren. Dies ermöglicht die Konstellation, dass Vereine nach außen als Verbraucher zu schützen sind, während sie im Verhältnis zu ihren Mitgliedern als Unternehmer angesehen werden müssen<sup>112</sup>). Die Konsequenzen für das PHG wurden bis dato nicht erörtert. Wollte man die hM zur Unternehmensbezogenheit von Geschäften einer juristischen Person hier konsequent – und dadurch ad absurdum – weiterführen, wäre etwa der kleine Idealverein, der zur Aufbesserung des Vereinsbudgets anlässlich einer Feier selbst gemachte Brötchen verkauft, im Verhältnis zu seinen Mitgliedern Unternehmer und daher haftpflichtiger Hersteller nach dem PHG, im Verhältnis zu Dritten jedoch als Verbraucher nur nach normalem Schadenersatzrecht ersatzpflichtig.

<sup>101</sup>) Aicher, Konsumentenschutz im Bereich der öffentlichen Energieversorgung, in *Schilcher/Bretschneider*, Konsumentenschutz im öffentlichen Recht 17.

<sup>102</sup>) Diese Erweiterung des Unternehmerbegriffes darf nicht als spiegelbildliche Erweiterung des Konsumentenschutzes missverstanden werden: Ein Verbraucher wäre in den genannten Situationen ohnedies kaum Vertragspartner der juristischen Person. Vielmehr geht es darum, die juristischen Personen öffentlichen Rechts aus dem Schutzbereich des KSchG auszunehmen. Nach *Krejci* in *Krejci*, HBzKSchG 213, wird durch die undifferenzierte Ausdehnung der Unternehmereigenschaft der Tatsache Rechnung getragen, dass juristische Personen öffentlichen Rechts nicht unter der typischen Unterlegenheit von Verbrauchern leiden. Ihnen kommt gerade im Vergabewesen eine erhebliche wirtschaftliche Macht zu. Zudem verfügen sie idR über entsprechende Fachleute, die die beim Verbraucher befürchtete Übervorteilung verhindern können. Aus diesen Gründen sollen sie generell nicht in den Genuss kommen, als Verbraucher geschützt zu werden.

<sup>103</sup>) 1223 BlgNR 14. GP 2.

<sup>104</sup>) *Fitz/Purtscheller* in *Fitz/Purtscheller/Reindl*, Produkthaftung § 7 Rz 8.

<sup>105</sup>) EB RV 744 BlgNR 14. GP 16; so auch *Welser* in *Krejci*, HBzKSchG 199 f; *Krejci* in *Rummel*<sup>3</sup> § 1 KSchG Rz 22.

<sup>106</sup>) Statt aller *Kramer* in *Straube*, Kommentar zum Handelsgesetzbuch I<sup>2</sup> §§ 343, 344 Rz 14.

<sup>107</sup>) Vgl dazu *Lehofer*, Konsumentenschutz für Vereinsmitglieder, VJ 1990/1/8.

<sup>108</sup>) *Krejci* in HBzKSchG 213; *ders* in *Rummel*<sup>3</sup> § 1 KSchG Rz 13; KRES 1a/20 (LG Feldkirch).

<sup>109</sup>) Siehe schon die Ausführungen oben IV.A.

<sup>110</sup>) JAB 1223 BlgNR 14. GP 2.

<sup>111</sup>) JAB 2062 BlgNR 20. GP 2.

<sup>112</sup>) EB RV 1998 BlgNR 20. GP 18; *Saria*, Vereinsmitgliedschaft und KSchG, RdW 2000/183.

### 3. Zwischenergebnis

Für juristische Personen öffentlichen Rechts ergibt sich die Unternehmereigenschaft aus der Anordnung des § 1 Abs 2 KSchG, für solche des Privatrechts aus dem Betrieb eines Unternehmens. Dies sieht die hM bei handelsrechtlichen Erwerbsgesellschaften stets verwirklicht. Die Unternehmereigenschaft wird von der hM allerdings bei kleinen Idealvereinen verneint, wobei zu beachten ist, dass auch diese nach § 1 Abs 5 KSchG ihren Mitgliedern gegenüber als Unternehmer auftreten können. Die meisten juristischen Personen sind nach hM daher Hersteller iSd PHG, wenn sie bewegliche Sachen produzieren.

### 4. Haftung juristischer Personen nach der Produkthaftungs-RL

Die Produkthaftungs-RL unterscheidet nicht zwischen juristischen und natürlichen Personen<sup>113</sup>). Haftpflichtiger Hersteller kann grundsätzlich jedermann sein, der eine Sache entweder mit Gewinnerzielungsabsicht oder im Rahmen seines Berufes erzeugt. Es sind daher grundsätzlich alle Personen – auch iSd Materialien zum KSchG als Verbraucher zu qualifizierende kleine Vereine – potenziell haftpflichtige Hersteller.

Fraglich ist, ob die Haftungsbefreiung für unkommerzielle und außerberufliche Produkte nach Art 7 lit c auch juristischen Personen zugänglich ist. Unproblematisch ist dabei die Beurteilung des Kommerzialisierungsmomentes. Will der Hersteller einen wirtschaftlichen Vorteil aus der Produktion ziehen, liegt eine haftungsbegründende Kommerzialisierung vor. Handelt er uneigennützig, also ohne auch nur mittelbar einen Vorteil anzustreben, liegt keine Kommerzialisierung vor.

Zur Haftungsentlastung darf die Produktion aber außerdem nicht im Rahmen des Berufes stattfinden. Für natürliche Personen ist klar, dass sie außerhalb ihrer beruflichen Tätigkeit agieren können. Wie oben ausgeführt (siehe oben IV.C.1), handelt deshalb der Chemiker, der bei einem Feuerwerksproduzenten angestellt ist und privat Feuerwerkskörper herstellt, außerberuflich<sup>114</sup>). Dasselbe gilt für den Hersteller von Werkzeugmaschinen, der eine Metallplastik für seinen persönlichen Bedarf anfertigt<sup>115</sup>). Die Kommentarliteratur scheint, wie sich auch an Hand dieser Beispiele zeigt, hauptsächlich natürliche Personen im Auge zu haben<sup>116</sup>) und bildet das Gegensatzpaar von berufli-

cher und privater Tätigkeit. Die Haftung sei bei privater Tätigkeit ausgeschlossen. Schon hier muss angesetzt werden. Dass „nicht-berufliche Produktion“ mit „privater Produktion“ gleichzusetzen ist, ist der Produkthaftungs-RL nicht zu entnehmen und überdies problematisch, weil schon durch die Begrifflichkeit die Frage, ob juristische Personen „außerberuflich“ tätig werden können, präjudiziert zu werden scheint: Denn dass juristische Personen privat tätig werden könnten, ist nach hM ausgeschlossen, zumal sie gar nicht über eine Privatsphäre verfügen<sup>117</sup>). Löst man sich von der Vorstellung, dass nicht-berufliche und private Produktion gleichzusetzen sind, führt dies zur Frage, ob juristische Personen außerhalb ihrer beruflichen Tätigkeit agieren können, und damit zur Frage, was eine „berufliche Tätigkeit“ eigentlich ist.

Der Wortlaut des Art 7 lit c Produkthaftungs-RL hilft dabei nicht weiter. Auch die englische (in the course of his business) und die französische Fassung (activité professionnelle) tragen zur Lösung nicht weiter bei.

Bei der Frage, ob auch juristische Personen die Haftungsbefreiung nach Art 7 lit c in Anspruch nehmen können, interessiert besonders der Kontext der Produkthaftungs-RL. Im Mittelpunkt der Produzentenhaftung steht der Verbraucherschutz. Dies kommt in der Richtlinie an verschiedenen Stellen zum Ausdruck. Nach den Erwägungsgründen rechtfertigt etwa gerade der Verbraucherschutz die Besonderheiten des Produkthaftungsrechts<sup>118</sup>). Auf der Seite des Herstellers geht es hauptsächlich um Produkte, die industriell hergestellt werden (dritter Erwägungsgrund), und die Probleme moderner technischer Produktion (zweiter Erwägungsgrund). Dieses Konzept lässt eher an große Unternehmen denken, die regelmäßig von juristischen Personen betrieben werden, als an den Bäcker ums Eck. Schon diese Tatsache spricht dafür, dass die gegenständliche Haftungsbefreiung auch juristischen Personen zustehen soll.

Doch auch die Stellung des Befreiungstatbestandes im System der Haftungsbefreiungen des Art 7 legt dies nahe. Alle anderen Entlastungsmöglichkeiten des Art 7 stehen ohne Zweifel auch juristischen Personen offen: So können auch sie

<sup>113</sup>) *Taschner* in *Taschner/Frietsch*, ProdHaftG und EG-RL<sup>2</sup> Art 3 Rz 1.

<sup>114</sup>) *Schmidt-Salzer*, Produkthaftung I Art 7 Rz 90.

<sup>115</sup>) Zum dProdHaftG: *Rolland*, ProdHaftG § 1 Rz 118.

<sup>116</sup>) Vgl nur *Schmidt-Salzer*, Produkthaftung I Art 7 Rz 88 ff (Student, der Feuerwerkskörper bastelt); *Taschner*, Produkthaftung, Art 7 Rz 20 (Hausfrau, die Kuchen bäckt, um sie zu verkaufen); *Taschner* in *Taschner/Frietsch*, ProdHaftG und EG-RL<sup>2</sup> Art 7 Rz 19 (Bäcker, der in seiner Freizeit ein Möbelstück tischlert); *Rolland*, ProdHaftG § 1 Rz 118 (der Begriff steht im Gegensatz zu der nicht-beruflichen oder privaten Tätigkeit).

<sup>117</sup>) Siehe nur JAB zum KSchG 1223 BlgNR 14. GP 2; vgl aber die Ausführungen von *Schmidt-Salzer*, Produkthaftung I Art 9 Rz 42 zum Verständnis des privaten Gebrauchs durch gewerbliche Unternehmen im angloamerikanischen Rechtskreis.

<sup>118</sup>) Nach dem vierten Erwägungsgrund erfordert der Schutz des Verbrauchers, dass alle am Produktionsprozess Beteiligten haften. Im fünften Erwägungsgrund wird der Verbraucherschutz als Grund für die Solidarhaftung mehrerer Haftpflichtiger angeführt. Sogar die Definition des Fehlers ist nach dem sechsten Erwägungsgrund dadurch begründet, dass der Verbraucher in seiner körperlichen Unversehrtheit und seinem Eigentum geschützt werden soll. Der Verbraucherschutz wird darüber hinaus noch im achten, neunten, zwölften, dreizehnten, vierzehnten, fünfzehnten und sechzehnten Erwägungsgrund genannt.

sich dadurch entlasten, dass sie beweisen, ein Produkt gar nicht oder nicht fehlerhaft in Verkehr gebracht zu haben (lit a und b), dass der Fehler auf verbindliche hoheitliche Normen zurückzuführen ist (lit d), nach dem Stand der Wissenschaft nicht erkannt werden konnte (lit e) oder dass der Fehler eines Teilproduktes durch die Konstruktion des Produktes, in welches das Teilprodukt eingearbeitet wurde, oder durch Anleitungen des Herstellers dieses Produktes verursacht wurde (lit f). Dass inmitten dieser allgemein anwendbaren Haftungsbefreiungen ein Tatbestand „versteckt“ sein soll, der nur für natürliche Personen, damit idR nur für Kleinhersteller und somit nur für eine kleine Menge der Haftpflichtigen gelten soll, ist unwahrscheinlich.

Auch die Wertungen, die mE hinter dem Haftungsausschluss des Art 7 lit c stehen, führen zu diesem Ergebnis: Es kann nicht darauf ankommen, ob ein Produkt nach Feierabend im Hobbykeller hergestellt wird. Das Risiko der strengen Produzentenhaftung soll hauptsächlich demjenigen auferlegt werden, der entweder Nutzen aus der Produktion zieht oder zumindest auf Grund der professionellen Herstellung das Haftungsrisiko und damit die Folgen seines Handelns abschätzen kann. Durch das Professionalisierungsmoment soll deshalb ein Ausschluss der Haftung für die Produktion durch Berufsfremde stattfinden<sup>119)</sup>. Warum soll aber die Herstellung einer Metallplastik für die natürliche Person „Otto Werkzeugmacher“ berufsfremd sein, für die juristische Person „Werkzeugmacher GmbH“ jedoch nicht? Wieso wird ein Elternverein, der ein Klettergerüst errichtet, außerhalb seines Berufes tätig, eine Gemeinde, obwohl sie mit der Errichtung von Klettergerüsten ebenso wenig zu tun hat, jedoch im Rahmen ihres Berufes? In beiden Fällen wird ein Produkt nur ausnahmsweise hergestellt, die Herstellung hat nichts mit der sonst ausgeführten Tätigkeit zu tun. Berufliche Herstellung liegt mE dann vor, wenn – um mit den Worten *Krejci* zum Unternehmer im KSchG zu sprechen – eine dauernde, regelmäßige, methodische Aktivität vorliegt<sup>120)</sup>. Erst diese „Professionalität“ rechtfertigt die strenge Haftung auch ohne Kommerzialisierung. Die ausnahmsweise Herstellung eines Produktes, die nichts mit der sonstigen Tätigkeit des Herstellers zu tun hat, ist daher bei juristischen Personen genauso wenig beruflich wie bei natürlichen. Richtet etwa ein Fußballklub zur Feier des Meistertitels ein Fest aus, bei dem treue Fans kostenlos bewirtet werden, und ist keine mittelbare Gewinnabsicht vorhanden, ist der Klub daher kein haftpflichtiger Hersteller iSd Produkthaftungs-RL, da zum „Beruf“ eines Fußballklubs vielleicht das Fußballspielen – genauer die Schaffung der dafür nötigen Bedingungen für seine Mitglieder –, nicht aber die Herstellung von Speis und Trank gehört.

Der Frage der Berufsbezogenheit bei juristischen Personen hat sich obiter auch der EuGH bereits gewidmet. Im Verfahren *Veedfald/Arhus*<sup>121)</sup>, der ersten Vorabentscheidung zur Produkthaftungs-RL, hatte sich der EuGH mit dem Problem der Haftungsbefreiung nach Art 7 lit c bei juristischen Personen öffentlichen Rechts zu beschäftigen: Ein staatliches Krankenhaus hatte bei einer Nierentransplantation das Organ mit von einem anderen öffentlichen Krankenhaus erzeugter Perfusionsflüssigkeit gespült. Da die Flüssigkeit anschließend kristallisierte, wurde das Organ für die Transplantation unbrauchbar. Der dänische *Hojesteret* legte dem EuGH unter anderem die Frage vor, ob Art 7 lit c Produkthaftungs-RL so auszulegen sei, dass ein in öffentlichem Eigentum stehendes Krankenhaus nicht für Produkte hafte, wenn diese im Rahmen einer konkreten öffentlich finanzierten Dienstleistung hergestellt und angewandt wurden, die der Hersteller dem Geschädigten unentgeltlich erbracht hat. Der EuGH hat dazu festgestellt, dass sich an der „wirtschaftlichen und beruflichen<sup>122)</sup> Natur der Herstellung von Produkten“ nichts dadurch ändere, dass sie nicht direkt bezahlt würde<sup>123)</sup>.

Wenngleich die „berufliche Natur“ der Tätigkeit in der Entscheidung eigens angeführt ist, hat der EuGH hauptsächlich auf das Kommerzialisierungsmoment abgestellt. In seinen Schlussanträgen führt GA *Colomer* aber zusätzlich aus, dass, selbst wenn man das Fehlen des Kommerzialisierungsmomentes annehme, die zweite Voraussetzung der Haftungsbefreiung nicht erfüllt sei, „denn das Präparat wurde im Rahmen des beruflichen Krankenhausbetriebes benutzt“<sup>124)</sup>.

Diesem Ergebnis ist im Lichte des bisher Gesagten voll zuzustimmen, da schon die mittelbare Wirtschaftlichkeit der Tätigkeit die Haftung begründet. Besonderes Augenmerk verdient in diesem Zusammenhang aber der zusätzliche Begründungsschritt *Colomers*, der selbst bei Erfüllen des ersten Befreiungstatbestandes den zweiten für nicht erfüllt hält, da es sich um eine Benutzung im Rahmen des beruflichen Krankenhausbetriebes handelte. Daraus lässt sich zwar nicht zwingend der Umkehrschluss ziehen, dass auch juristische Personen „nicht-beruflich“ tätig sein können. Die Tatsache, dass die Berufsbezogenheit der Tätigkeit eigens geprüft und nur auf Grund der Umstände des Einzelfalles und nicht etwa generell für öffentliche Einrichtungen oder juristische Personen bejaht wurde, spricht jedoch mE dafür, dass der GA nicht von einer zwangsläufigen „Beruflichkeit“ bei juristischen Personen ausgeht. *Nach der Produkthaftungs-RL kann daher jede Person potenziell haftpflichtiger Hersteller sein. Jeder Herstel-*

<sup>119)</sup> So auch zum dProdHaftG: *Kullmann* in *Kullmann/Pfister*, Produzentenhaftung, Kza 3602, 17.

<sup>120)</sup> *Krejci* in *Rummel*<sup>3</sup> § 1 KSchG Rz 19.

<sup>121)</sup> EuGH 5. 10. 2001, Rs C-203/99, *Veedfald/Arhus*, Slg 2001, I-3569 = *ecolex* 2001, 513 (*Bohr*) = *ecolex* 2001, 954 = *wbl* 2001/236 = *ZER* 2001/114.

<sup>122)</sup> Hervorhebung durch den Verfasser.

<sup>123)</sup> Rs C-203/99 Rz 21.

<sup>124)</sup> Schlussanträge des GA Rz 26.

ler kann sich aber von seiner Haftung entlasten, wenn er ein Produkt weder mit wirtschaftlicher Zweckrichtung noch im Rahmen seines Berufes hergestellt hat. Dies gilt auch für juristische Personen.

#### 5. Vergleich der hM zum PHG und der Produkthaftungs-RL

Die hM zum PHG trägt diesen Aspekten nicht Rechnung. Im Bereich der Erzeugung durch juristische Personen, die kein Unternehmen betreiben, bleibt der Schutz, den die hM dem Verbraucher gewährt, hinter jenem der Produkthaftungs-RL zurück, da die Gewinnerzielungsabsicht im Einzelfall in deren Unternehmerbegriff keinen Platz hat. Hiezu kann auf die Überlegungen zur kommerziellen Produktion durch Nicht-Unternehmer verwiesen werden (siehe dazu IV.C.2). Auch hier steht einer richtlinienkonformen Auslegung des Unternehmerbegriffes nichts im Weg. Der Unternehmer iSd PHG muss autonom so ausgelegt werden, dass auch die Produktion durch Nicht-Unternehmer iSd KSchG erfasst ist.

Die hM zum PHG geht aber auch über die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben hinaus, da sie juristischen Personen, die ein Unternehmen betreiben, generell keine Haftungsentlastung für uneigennützig und außerberufliche Herstellung zugesteht. Bei richtlinienkonformer Auslegung des Unternehmerbegriffes muss von der Frage der Berufsbezogenheit die Frage der Unternehmensbezogenheit iSd KSchG streng unterschieden werden, da die Anknüpfungspunkte zu verschieden sind, als dass ohne weiteres die Grundsätze des HGB zur Handelsgewerbezugehörigkeit, mediiert durch das KSchG, den Haftpflichtigen des PHG bestimmen könnten. Gibt man die Gleichsetzung der beiden Unternehmerbegriffe auf, besteht kein Grund, für die Frage der Berufsbezogenheit noch auf das KSchG zu rekurrieren. Die Erzeugung im Rahmen des Berufes ist daher nicht gleichzusetzen mit dem Geschäft im Rahmen des Unternehmens oder dem zum Handelsgewerbe gehörigen Geschäft. Da sich nach der Produkthaftungs-RL auch juristische Personen entlasten können, muss der Unternehmerbegriff im PHG so verstanden werden, dass nicht als Unternehmer tätig wird, wer eine Sache ohne Kommerzialisierungsabsicht und außerhalb seines Berufes erzeugt. Dies gilt für natürliche und juristische Personen gleichermaßen.

### V. Importeur

#### A. Importeurbegriff

Nicht immer ist der Hersteller eines Produktes leicht ausfindig zu machen. Ist er im Ausland ansässig, ist die Rechtsverfolgung oft schwierig oder gar aussichtslos. PHG und Produkthaftungs-RL lassen deshalb auch den Importeur eines Produktes haften. Das PHG verwendet zur Definition auch hier den Unternehmerbegriff. Importeur ist der Unternehmer, der ein Produkt zum Vertrieb in den Europäischen Wirtschaftsraum ein-

führt<sup>125</sup>) und hier in den Verkehr gebracht hat (§ 1 Abs 1 Z 2 PHG). Auch die Produkthaftungs-RL bleibt ihrem vom Hersteller bekannten Konzept der Umschreibung des Passivlegitimierten grundsätzlich treu. Der Importeur soll wie der Hersteller haften. Grundsätzlich stehen dem Importeur auch die Entlastungsmöglichkeiten des Art 7 Produkthaftungs-RL offen. Dies ist freilich für Art 7 lit c Produkthaftungs-RL schon begrifflich unmöglich: Nur wer ein Produkt zum Zweck des Verkaufs, der Vermietung, des Mietkaufs oder einer anderen Form des Vertriebs im Rahmen seiner geschäftlichen Tätigkeit in die Gemeinschaft einführt, ist Importeur (Art 3 Abs 2). „Geschäftlich“ wird dabei wie die berufliche Tätigkeit nach Art 7 lit c verstanden<sup>126</sup>), sodass im Ergebnis auch hier auf Kommerzialisierung und Professionalisierung abgestellt wird. Das Vorliegen auch nur eines Befreiungstatbestandes ist mit der Importeureigenschaft daher unvereinbar<sup>127</sup>). Es besteht damit ein wesentlicher Unterschied zum weiteren Herstellerbegriff, bei dem schon das alternative Vorliegen von Kommerzialisierungs- oder Professionalisierungsmoment haftungsbegründend ist. Als Importeur haftet nach dem Wortlaut der Richtlinie nur, wer sowohl zu kommerziellen Zwecken als auch im Rahmen seiner geschäftlichen Tätigkeit Produkte einführt.

Nach hM unterscheiden sich Importeur und Hersteller auch in der Frage, wann die Kommerzialisierungsabsicht vorliegen muss: Der Importeur, der eine Sache ohne Kommerzialisierungsabsicht einführt und sie dann doch kommerziell vertreibt, soll nach hM nicht nach der strengen Produzentenhaftung haften, da Art 3 Abs 2 Produkthaftungs-RL an die Absicht im Moment der Einfuhr anknüpft<sup>128</sup>). Dies steht im Widerspruch zur Lösung

<sup>125</sup>) Entscheidend ist nach hM die Verwendungsabsicht im Zeitpunkt der Einfuhr. Zur alten Rechtslage: *Andréewitch*, Zur Importeurshaftung im Produkthaftungsgesetz, RdW 1988, 444; *Barchetti/Formanek*, Produkthaftungsgesetz 39; *Fitz/Purtscheller* in *Fitz/Purtscheller/Reindl*, Produkthaftung § 1 Rz 39; *Kurschel*, Produkthaftung und Vertriebsabsicht, wbl 1989, 42; zuletzt *Preslmayr*, Handbuch<sup>2</sup>, 25 ff.

<sup>126</sup>) Zum dProdHaftG: *Frietsch* in *Taschner/Frietsch*, ProdHaftG und EG-RL<sup>2</sup> § 4 ProdHaftG Rz 61; *Rolland*, ProdHaftG § 4 Rz 58; diesen für das schweizerische Produktehaftpflichtgesetz folgend *Hess*, PrHG<sup>2</sup> Art 2 Rz 93.

<sup>127</sup>) Auch *Taschner* in *Taschner/Frietsch*, ProdHaftG und EG-RL<sup>2</sup> Art 7 Rz 21, hält den Haftungsausschluss des Art 7 lit c für den Importeur für gegenstandslos.

<sup>128</sup>) *Frietsch*, Die Produkthaftungs-Richtlinie der Europäischen Gemeinschaft und der Luftverkehr, ZLW 1987, 177; *Taschner* in *Taschner/Frietsch*, ProdHaftG und EG-RL<sup>2</sup> Art 3 Rz 19, der das Inverkehrbringen allerdings schon im Zeitpunkt der Einfuhr annimmt, sodass bei unentgeltlicher Einfuhr im (selben) Zeitpunkt des Inverkehrbringens keine Gewinnerzielungsabsicht vorliegen kann; *Schmidt-Salzer*, Produkthaftung I Art 3 Rz 214; zum dProdHaftG; *Kullmann*, ProdHaftG Kommentar 99; *ders* in *Kullmann/Pfister*, Produkthaftung Kza 3605, 21; *Bartl*, Produkthaftung nach neuem EG-Recht § 4 Rz 21; *Rolland*, ProdHaftG § 4 Rz 62; zum schweizerischen Produktehaftpflichtgesetz *Fellmann* in *Honsell*, OR I<sup>2</sup> Art 2 PrHG Rz 14.

der hM für die unkommerzielle Herstellung bei anschließender Vermarktung, nach der die mangelnde Kommerzialisierungsabsicht bei der Herstellung durch die später tatsächlich eingetretene Kommerzialisierung überlagert wird (siehe bereits oben IV.C.2). Wenn in solchen Fällen nachträglicher Zweckänderung zur Begründung der Haftung des Herstellers gesagt wird, es könne „für den Geschädigten keinen Unterschied machen, welche Vorstellungen der Hersteller bei der Produktion hatte und welche er später hegte“<sup>129</sup>), ist nicht einzusehen, wieso dieselbe ratio nicht auch bei der in der Textierung ganz ähnlichen Bestimmung über den Importeur zur Bejahung der Haftung führen sollte<sup>130</sup>).

Eine ähnliche Problematik stellt sich auch im PHG, da nach dem Wortlaut des § 1 PHG der Hersteller stets, der Importeur aber nur dann haften soll, wenn er das Produkt „zum Vertrieb“ eingeführt hat. Zutreffend bezweifelt *Kurschel* die sachliche Rechtfertigung einer solchen Differenzierung. Es wäre in der Tat nicht sachgerecht, die nachträgliche Kommerzialisierung einer Sache durch den Hersteller anders zu behandeln als jene durch den Importeur<sup>131</sup>). *Kurschel* will deshalb die Privilegierung des Importeurs auch auf den Hersteller ausdehnen. Hier soll jedoch der hM zum Hersteller in der Produkthaftungs-RL und im dProdHaftG gefolgt werden. Die spätere Kommerzialisierung überlagert mE das frühere Fehlen der entsprechenden Absicht haftungsbegründend. Die Überlegung, dass der Verbraucher nicht um seinen Schutz gebracht werden soll, nur weil sich der potenziell Haftpflichtige erst zu einem späteren Zeitpunkt zur Kommerzialisierung entschließt, überzeugt. *Im Ergebnis gilt daher auch für den Importeur, dass eine tatsächliche nachträgliche Kommerzialisierung die ursprünglich fehlende Kommerzialisierungsabsicht überlagert.*

Durch das Abstellen auf *wirtschaftlich orientierte und geschäftliche Einfuhr* gleichen einander die Importeurbegriffe der Produkthaftungs-RL und des herrschenden Verständnisses zum PHG. Wer „geschäftlich“ handelt, ist wohl meist Unternehmer und verfolgt idR auch einen wirtschaftlichen Zweck. Die hM könnte von der Produkthaftungs-RL nur in Randbereichen abweichen, wo eine Einfuhr geschäftlich und zu wirtschaftlichen Zwecken erfolgt, aber der Unternehmerumfang noch nicht gegeben ist. Importiert etwa ein Weinliebhaber regelmäßig australischen Shiraz in den Europäischen Wirtschaftsraum, um ihn dann Gewinn bringend an einen kleinen Kreis Önophiler weiterzuverkaufen, haftet er gewiss nach der RL, ob er nach dem PHG haftet, hängt aber von der Klassifizierung seiner Tätigkeit als Unternehmen ab. *In den meisten Fällen wird für den Importeur*

*die herrschende Definition als Unternehmer iSd KSchG richtlinienkonform sein. Schutzdefizite könnten sich nur dann ergeben, wenn der Importeur ausnahmsweise noch nicht als Unternehmer anzusehen ist, obwohl er schon „geschäftlich“ iSd Produkthaftungs-RL agiert.*

ME spricht wie beim Herstellerbegriff nichts gegen eine richtlinienkonforme Interpretation des Importeurbegriffes und damit des Unternehmerbegriffes. Die gesetzgeberische Intention ist klar (siehe oben IV.C.2). Der Importeurbegriff der Produkthaftungs-RL lässt sich im Unternehmerbegriff unproblematisch unterbringen, da sich die Interpretation der hM der Produkthaftungs-RL ohnehin schon sehr annähert. Allerdings führt dies zu einem zweiten Unternehmerbegriff innerhalb des PHG. Dies ist die unvermeidliche Konsequenz der Transformation zweier verschiedener Tatbestände der Produkthaftungs-RL durch einen Begriff. Während beim Hersteller schon derjenige Unternehmer ist, der kommerziell oder professionell handelt, ist beim Importeur das Vorliegen beider Merkmale erforderlich. „Unternehmer“ muss jeweils anders verstanden werden.

## B. Unentgeltliches Inverkehrbringen durch den Importeur

Die hA zur Haftung des Importeurs könnte in einem anderen Punkt allerdings unzulässigerweise weiter reichen als die Produkthaftungs-RL. Nach dem PHG haftet der Unternehmer, der ein Produkt zum Vertrieb in den EWR eingeführt und in den Verkehr gebracht hat. Wie beim Hersteller<sup>132</sup>) knüpft die Haftung an das Inverkehrbringen, gleich auf Grund welchen Titels, an (§ 6 PHG)<sup>133</sup>). Dies erfasst nach hM auch den unentgeltlichen Vertrieb, nur für uneigennütziges Handeln soll nicht gehaftet werden<sup>134</sup>).

Die Produkthaftungs-RL erfasst hingegen nur die Einfuhr „zum Zweck des Verkaufes, der Vermietung, des Mietkaufes oder einer anderen Form des Vertriebes“. Obwohl – anders als in Art 7 lit c Produkthaftungs-RL – diese Formulierung nicht durch den Zusatz „mit wirtschaftlichem Zweck“ ergänzt wird, lässt sich aus dem Zusammenhang der aufgezählten (durchwegs entgeltlichen) Vertriebsarten schließen, dass der „sonstige Vertrieb“

<sup>132</sup>) Siehe zur beruflichen Produktion ohne Kommerzialisierungsabsicht schon oben IV.C.3.

<sup>133</sup>) OGH in JBl 1995, 456 = EvBl 1995/12 = ecolex 1995, 330 = KRES 4/20 = HS 26.867, 26.872: „Inverkehrbringen bedeutet die auf Grund eines Rechtsverhältnisses vorgenommene freiwillige Übertragung der selbständigen Gewahrsame an einem Produkt und die sonstige Einräumung des Gebrauches daran. Wesentlich ist die willentliche Aufgabe der eigenen Verfügungsmacht über das Produkt.“

<sup>134</sup>) *Fitz/Purtscheller* in *Fitz/Purtscheller/Reindl*, Produkthaftung § 1 Rz 40; *Welser*, PHG § 1 Rz 13; aM *Barchetti/Formanek*, Produkthaftungsgesetz 38 f; diesen folgend *Andréewitch*, RdW 1988, 444; diff *Preslmayr*, Handbuch<sup>2</sup>, 26, der auf die „Hoffnung auf eine Gegenleistung“ abstellen will und damit der Meinung *Schmidt-Salzers*, Produkthaftung I Art 7 Rz 70 ff, nahe kommt.

<sup>129</sup>) *Taschner* in *Taschner/Frietsch*, ProdHaftG und EG-RL<sup>2</sup> Art 3 Rz 19

<sup>130</sup>) So im Ergebnis auch *Wagener* in *Kretschmer et al*, Unternehmenspraxis Rz 123 zum dProdHaftG.

<sup>131</sup>) *Kurschel*, wbl 1989, 42.

auch hier einen wirtschaftlichen Zweck verfolgen muss, sodass kein Unterschied zur Vertriebsabsicht beim Hersteller besteht.

Wie bereits dargestellt<sup>135)</sup>, kann ein solcher wirtschaftlicher Zweck auch bei unentgeltlichem Vertrieb verfolgt werden, zB bei Werbegeschenken und Warenproben, da diese mittelbar der Gewinnerzielung dienen. Bei unentgeltlichen Zuwendungen, bei denen der wirtschaftliche Zweck weiter entfernt ist, zB Schenkungen oder Stiftungen an Universitätsinstitute oder karitative Organisationen, wird es jedoch schwierig, die Kommerzialisierung zu bejahen<sup>136)</sup>. Dies hat beim Hersteller, der eine Sache verschenkt, keine weiteren Auswirkungen, wenn er sie im Rahmen seines Berufes erzeugt hat, was regelmäßig der Fall sein wird: Das Professionalisierungsmoment reicht für die Begründung der Haftung aus, auch wenn das Kommerzialisierungsmoment nicht erfüllt ist: Verschenkt ein Chemikalienhersteller eine Laboreinrichtung an eine Schule, so haftet er, wenn er die Einrichtung selbst hergestellt hat.

Beim Import reicht das Vorliegen nur eines Merkmales aber nicht aus. Um die verschuldensunabhängige Haftung des Importeurs zu begründen, ist neben der „professionellen“ Einfuhr auch das Vorliegen des Kommerzialisierungsmoments notwendig. Folgt man auch hier den Ausführungen *Schmidt-Salzers*, der beim uneigennützigem Vertrieb durch den Hersteller die Kommerzialisierungsabsicht verneint, wäre der Importeur nicht haftpflichtig, wenn eine Sache zwar im Rahmen des Geschäftes importiert wird, sie aber verschenkt werden soll. Die Importfirma, die Chemikalien und Laborbedarf importiert und einer Schule eine Laborausstattung schenkt, kann daher – anders als der Hersteller – nicht nach dem Produkthaftungsrecht in Anspruch genommen werden. *Nach dem Wortlaut des § 6 PHG steht dem Importeur eine solche Haftungsentlastung nicht zu, da auch das unentgeltliche Inverkehrbringen die Haftung begründet. Das PHG ginge über die Produkthaftungs-RL hinaus<sup>137)</sup>. Folgt man aber beim Importeur der beim Hersteller abgelehnten Meinung, dass Uneigennützigkeit von der Haftung befreie, kämen die Richtlinie und das PHG zum selben Ergebnis.*

Ob dieses Auslegungsergebnis im Rahmen richtlinienkonformer Interpretation erzielbar ist, ist allerdings fraglich. Im System des PHG setzt die Be-

urteilung der Haftung für uneigennützigem Vertrieb nicht beim Haftpflichtigen, sondern primär beim Inverkehrbringen iSd § 6 PHG an. Nach § 6 PHG haftet der Hersteller auch beim uneigennützigem Inverkehrbringen, wenn er das Produkt im Rahmen seines Berufes erzeugt hat (siehe oben IV.C.3). Dies ist angesichts des Wortlautes, der ohnehin vom Inverkehrbringen „gleich auf Grund welchen Titels“ spricht, zwanglos möglich, zumal die hL ja bereits vor dem EU-Beitritt die Ansicht vertreten hat, dass zumindest auch unentgeltliche Zuwendungen erfasst seien<sup>138)</sup>. Für den Importeur müsste man jedoch im Lichte der Überlegungen zum Importeurbegriff der Produkthaftungs-RL zum gegenteiligen Ergebnis kommen. Der Importeur dürfte nicht haften, wenn er das Produkt nicht mit einem zumindest mittelbaren wirtschaftlichen Zweck eingeführt hat, haftungsfrei wären daher zB die erwähnten Schenkungen oder Stiftungen an Hochschulen etc. Hier stößt die richtlinienkonforme Interpretation an ihre Grenzen. Wenngleich es angehen mag, den Begriff des Unternehmers in unterschiedlichem Zusammenhang verschieden zu definieren, scheint es nicht möglich, ein und derselben Rechtsvorschrift einen zweideutigen Inhalt beizumessen. Ein richtlinienkonformes Auslegungsergebnis lässt sich daher über § 6 PHG nicht erzielen.

Dieses Problem kann nur umgangen werden, indem auch hier nochmals beim Haftpflichtigen – also beim Importeur und damit wieder beim Unternehmer – angesetzt wird. Wer Produkte nicht mit wirtschaftlichem Zweck einführt, wäre schon nicht als Importeur anzusehen. Die Haftung würde dadurch bereits auf einer dem Inverkehrbringen vorgelagerten Ebene ausgeschlossen. Bei dieser Lösung wird allerdings die Systematik des PHG, die den Titel des Inverkehrbringens und Haftpflichtigen getrennt regelt, insofern durchbrochen, als die Absicht zum wirtschaftlichen Vertrieb bereits in den Importeurbegriff aufgenommen wird. Damit wird der Wendung „gleich auf Grund welchen Titels“ des § 6 PHG in diesem Zusammenhang die Bedeutung genommen.

## VI. Händler

Das Produkthaftungsrecht regelt primär die Haftung des Herstellers. Die Gründe, warum ihn auch verschuldensunabhängig das Risiko für die mangelhafte Sicherheit seines Erzeugnisses treffen soll, tragen beim Händler nicht. Er hat mit der Erzeugung des Produktes nichts zu tun, die Erfüllung der Sicherheitserwartungen nicht in Händen. Auch nach den Regeln der Verschuldenshaftung kann er meist nicht in Anspruch genommen werden, da ihn selten Verschulden treffen wird. Trotzdem kann es zur Haftung des Lieferanten kommen, wenn der Hersteller des Produktes nicht festgestellt werden kann. Dann wird der Lieferant nämlich als Hersteller behandelt, es sei denn, dass er dem Ge-

<sup>135)</sup> Siehe oben IV.B.1.

<sup>136)</sup> *Schmidt-Salzer*, Produkthaftung I Art 7 Rz 70 ff; diesem zum schweizerischen Produkthaftpflichtgesetz folgend: *Hess*, PrHG<sup>2</sup> Art 2 Rz 94; aM zum dProdHaftG: *Rolland*, ProdHaftG § 1 Rz 122; diff zum PHG *Preslmayr*, Handbuch<sup>2</sup>, 26.

<sup>137)</sup> Dieses Ergebnis steht nicht im Widerspruch zum Ergebnis für unentgeltliches Inverkehrbringen durch den Hersteller (siehe oben IV.C.3). Auch der Hersteller handelt nicht mit wirtschaftlichem Zweck, bei ihm reicht jedoch die Beruflichkeit der Produktion aus, um eine Haftung zu begründen. Beim Importeur bedarf es aber eben des Vorliegens beider Kriterien.

<sup>138)</sup> *Welser*, PHG § 6 Rz 6; aM *Barchetti/Formanek*, Produkthaftungsgesetz 91.

schädigten innerhalb angemessener Zeit den Hersteller oder Importeur oder diejenige Person benennt, die ihm das Produkt geliefert hat (Art 3 Abs 3). Die Lieferantenhaftung soll als Auffangtatbestand den Verbraucherschutz komplettieren und Druck auf den Händler ausüben<sup>139</sup>), dem Geschädigten die Rechtsverfolgung zu erleichtern.

Da der Lieferant als Hersteller behandelt wird, stehen ihm nach *Taschner* und *Schmidt-Salzer* auch die Entlastungsmöglichkeiten des Art 7 lit c offen<sup>140</sup>). Zu den Entlastungskriterien der mangelnden Kommerzialisierungs- und Professionalisierungsabsicht kann auf das bisher Gesagte verwiesen werden. Negativ gewendet müsste der Lieferant, auch wenn er seine Benennungsobliegenheit nicht erfüllt, nicht haften, wenn er das Produkt weder mit wirtschaftlichem Zweck noch professionell geliefert hätte. Positiv gewendet würde dies aber bedeuten, dass schon jeder Lieferant wie der Hersteller haftbar wäre, der mit wirtschaftlichem Zweck eine Sache liefert! Beruflichkeit der Lieferung wäre nicht erforderlich. Unter Zugrundelegung dieser Ansicht haftet, wer immer ein Produkt auch nur mit mittelbarer Gewinnabsicht liefert, als Händler, wenn er nicht den Hersteller, den Importeur oder seinen Vormann benennt. Dadurch würde sich der Anwendungsbereich des PHG dramatisch erweitern, jeder Privatverkauf wäre miteinbezogen. Der Student, der sein gebrauchtes Mobiltelefon über das Internet verkauft, wäre ebenso Lieferant wie der private Verkäufer eines Gebrauchtwagens. Die Anzahl der Beispiele ließe sich beliebig fortsetzen, nahezu jeder im privaten Bereich angesiedelte Erwerbsvorgang wäre – was die Lieferantenhaftung angeht – ein Fall für das PHG<sup>141</sup>). Dies bedeutete eine

drastische Erweiterung des Anwendungsbereiches<sup>142</sup>).

Während *Schmidt-Salzer* auf Art 7 lit a und b näher eingeht, lässt er den Verweis auf lit c unerörtert. Auch *Taschner* führt nicht näher aus, wie sich ein Privater entlasten könnte. Mit dem lapidaren Verweis auf lit c war jedoch sicher keine derart grundlegende Ausweitung des Anwendungsbereiches der Produkthaftungs-RL gemeint. An anderer Stelle führt *Schmidt-Salzer* dann auch aus, dass die Regelung seines Erachtens nicht auf den Fall passe, dass der Produktbenutzer die Ware gebraucht vom Vormann erworben habe<sup>143</sup>). Dies lässt sich mit dem Hinweis auf Art 7 lit c freilich kaum harmonisieren.

Richtig ist sicher, dass die Richtlinie nicht den Privatverkauf als Regelungsziel im Auge hatte. Dass *Schmidt-Salzer* eine Haftung für „unpassend“ hält, vermag aber nichts daran zu ändern, dass der Lieferant nach Art 3 Abs 3 als Hersteller behandelt wird<sup>144</sup>). Da es widersinnig wäre, ihn einer strengeren Haftung zu unterwerfen als den Produzenten, und da er „als Hersteller behandelt“ wird, wird man ihm – soweit dies möglich ist – auch dessen Entlastungsmöglichkeiten zugestehen müssen. Art 7 lit c entlastet aber nach seinem eindeutigen Wortlaut nur denjenigen, der weder kommerziell noch professionell handelt, wobei bei auch nur mittelbarem Verfolgen eines wirtschaftlichen Zwecks gehaftet wird. Der Wortlaut der Richtlinie spricht also für die Einbeziehung von Privatgeschäften. Dies ist auch nicht denkunmöglich, da eben auch der private Hersteller einer Sache für diese zu haften hat.

ME spricht gegen diesen Lösungsansatz jedoch, dass dann die Voraussetzungen der Haftung des Händlers – von der Benennungsobliegenheit abgesehen – strenger als jene des Importeurs wären. Als Importeur haftet auf Grund der Anordnung des Art 3 Abs 2 Produkthaftungs-RL nur, wer mit Gewinnerzielungsabsicht im Rahmen seiner geschäftlichen Tätigkeit handelt (siehe oben IV.A.).

die Ansicht, dass zur Gewährleistung effektiven Schutzes auch derjenige, der ein Produkt privat weitergibt, als Lieferant zu gelten habe. Mit dem Hinweis, dass dieser sich regelmäßig unter Berufung auf die Entlastungsgründe der mangelnden Kommerzialisierung und Professionalisierung entlasten könne, bleibt die Frage, wie die entgeltliche Lieferung eines Produktes von privat an privat zu beurteilen ist, aber offen.

<sup>142</sup>) Im Ergebnis wären die Auswirkungen freilich weniger gravierend. Der Lieferant haftet ja nur dann, wenn der Hersteller nicht feststeht und er nicht in der Lage ist, diesen oder seinen Vormann zu benennen. Besteht eine Benennungsobliegenheit, wäre deren Erfüllung bei der Anzahl der Geschäftsfälle, die ein Privater abwickelt, meist auch kein großer Aufwand. So wird ein Privater zumindest bei der Anschaffung größerer Sachen idR wissen, von wem er sie gekauft hat, und meist auch zB die Rechnung aufbewahren, um gegebenenfalls Gewährleistungsrechte oder Garantieansprüche geltend zu machen.

<sup>143</sup>) *Schmidt-Salzer*, Produkthaftung I Art 3 Rz 289.

<sup>144</sup>) Für das österr PHG schließt *Posch* in *Schwimann*<sup>2</sup> § 6 PHG Rz 2 die Anwendung auf Privatverkäufe auch fabriksneuer Sachen aus.

<sup>139</sup>) *Taschner* in *Taschner/Frietsch*, ProdHaftG und EG-RL<sup>2</sup> Art 3 Rz 23; zum dProdHaftG: *Kullmann* in *Kullmann/Pfister*, Produzentenhaftung, Kza 3605, 24; *Westphalen* in *Westphalen*, Produkthaftungshandbuch II<sup>2</sup> § 75 Rz 68; zum PHG: *Ch. Rabl*, JBI 1999, 491; zum schweizerischen Produkthaftungspflichtgesetz: *Hess*, PrHG<sup>2</sup> Art 2 Rz 102.

<sup>140</sup>) *Taschner*, Produkthaftung, Art 7 Rz 23; *Schmidt-Salzer*, Produkthaftung I Art 3 Rz 340; so zur deutschen Rechtslage ausdrücklich *Bartl*, Produkthaftung nach neuem EG-Recht § 1 Rz 61 f und *Rolland*, ProdHaftG § 1 Rz 127; wohl auch *Kullmann* in *Kullmann/Pfister*, Produzentenhaftung, Kza 3605, 29; *Cahn* in Münchener Kommentar V<sup>3</sup> § 5 ProdHaftG Rz 35.

<sup>141</sup>) Dieses Ergebnis umgeht *Westphalen* in *Westphalen*, Produkthaftungshandbuch<sup>2</sup> § 75 Rz 70 nur, wenn er meint, jedermann hafte, der im Rahmen *geschäftlicher* oder beruflicher Tätigkeit ein Produkt liefere. Dies erweckt den Eindruck, es müsse ein bestimmtes Organisationsniveau vorliegen. Vielmehr trifft zu, was *Westphalen* zum Hersteller ausführt: Der Zweck der Entgelts-erzielung ist haftungsbegründend! Bei konsequenter Beurteilung des Kommerzialisierungsmoments müsste daher *Westphalen* auch zu diesem Ergebnis kommen. Auch *Pott/Frieling*, ProdHaftG § 4 Rz 93, beschränken sich auf den Hinweis, dass der Lieferant sich durch den Nachweis des privaten Vertriebes entlasten könne. Was privater Vertrieb sein soll, bleibt offen. Zum schweizerischen Produkthaftungspflichtgesetz vertritt *Hess*, PrHG<sup>2</sup> Art 2 Rz 103,

Der Importeur, der der Risikoverursachung ferner steht als der Hersteller, hat also mehr Möglichkeiten, sich zu entlasten, als dieser. Dieses Konzept scheint sinnvoll und ausbaufähig. Der Lieferant steht dem Risiko nämlich um nichts näher als der Importeur, er ist im Gegenteil sogar ein noch weniger entscheidender Teil der Absatzkette. Dass dann der Hersteller streng, der Importeur weniger streng und der Lieferant wiederum streng haften soll, scheint wertungswidersprüchlich. Um diesen Widerspruch zu vermeiden, scheint es geboten, die Unterscheidung zwischen Herstellung und Vertrieb beim Importeur auch beim Lieferanten zu machen. Auch er haftet daher mE nur, wenn er mit wirtschaftlichem Zweck und im Rahmen seines Berufes handelt.

Das PHG bleibt bei der Haftung des Händlers seinem Konzept treu und nimmt nur Unternehmer in die Pflicht, die das Produkt in den Verkehr gebracht haben, wenn sie nicht in angemessener Frist den Hersteller, den Importeur oder denjenigen nennen, der ihnen das Produkt geliefert hat (§ 1 Abs 2 PHG). Im Vergleich zwischen den Vorgaben der Richtlinie und dem Unternehmerbegriff der hM gilt das zum Importeur Gesagte. *Nimmt man an, dass nur Händler ist, wer eine Sache kommerziell und professionell liefert, nähern sich diese Kriterien der Richtlinie dem Unternehmerbegriff des KSchG weitgehend an. Verbleibende Unschärfen können mittels richtlinienkonformer Interpretation beseitigt werden.*

## VII. Schutzgut

### A. Schutzgut des PHG

Das PHG differenzierte in seiner Stammfassung nicht zwischen unternehmerischen und privaten Schäden<sup>145)</sup>. Lediglich § 9 sah eine Freizeichnungsmöglichkeit für Sachschäden vor, wenn diese Vereinbarung für den künftigen Geschädigten ein Unternehmergeschäft war<sup>146)</sup>. Durch das EWR-Anpassungsgesetz wurde die haftungsrechtliche Gleichbehandlung von Schäden an unternehmerisch und privat genutzten Sachen beseitigt<sup>147)</sup>.

<sup>145)</sup> § 1322a ABGB idF MinE 1986 (auszugsweise abgedruckt in RdW 1986, 198) folgte in diesem Punkt noch nahezu wörtlich der RL. Dazu zB *Purtscheller*, Anmerkungen zur geplanten gesetzlichen Regelung der Produkthaftung, RZ 1986, 186 f; *Gladt*, Zum Ministerialentwurf eines Produkthaftungsgesetzes, RdW 1986, 302.

<sup>146)</sup> *Fitz/Purtscheller* in *Fitz/Purtscheller/Reindl*, Produkthaftung § 2 Rz 4; *Welser*, PHG § 9 Rz 2 und 3; *Posch* in *Schwimmann*<sup>2</sup> § 2 PHG Rz 4.

<sup>147)</sup> Kritisch zur Stammfassung schon *Posch*, RdW 1988, 72; *ders*, Zur EWR-bedingten Anpassung des Produkthaftungsgesetzes an das Produkthaftungsrecht der EG, wbl 1992, 215; *ders* in *Schwimmann*<sup>2</sup> § 2 PHG Rz 4 ff, der betont, dass Österreich nach dem EWR-Beitritt zu dieser Einschränkung verpflichtet war. Dem ist voll zuzustimmen. Diese Ansicht wurde durch den EuGH nunmehr in Rs C-52/00 explizit bestätigt. Unrichtig ist daher die Kritik von *Reindl* in *Fitz/Purtscheller/Reindl*, Produkthaftung. Ergänzungsheft 1995, 11, dass „die Haftung für Produktschäden an unternehmerisch genutzten Ge-

Nun wird für Sachschäden nur mehr gehaftet, wenn sie nicht ein Unternehmer erlitten hat, der die Sache überwiegend in seinem Unternehmen verwendet hat (§ 2 Z 1 PHG)<sup>148)</sup>. Es kommt ausschließlich auf die Nutzung der Sache im konkreten Fall an. Ersatz kann daher grundsätzlich für alle Sachen gebühren, wenn sie nur privat genutzt wurden.

### B. Schutzgut der Produkthaftungs-RL

Nach der Produkthaftungs-RL sind Schäden an Sachen zu ersetzen, die von einer Art sind, wie sie gewöhnlich für den privaten Ge- oder Verbrauch bestimmt ist (Art 9 lit b Nr i Produkthaftungs-RL), und die von dem Geschädigten hauptsächlich zum privaten Ge- oder Verbrauch verwendet wurden (Art 9 lit b Nr ii Produkthaftungs-RL). Die Produkthaftungs-RL stellt damit sowohl ein objektives Kriterium, die gewöhnliche Bestimmung zum privaten Gebrauch<sup>149)</sup>, als auch ein subjektives Kriterium, die tatsächliche, hauptsächlich private Nutzung durch den Geschädigten, auf<sup>150)</sup>.

Hinsichtlich des objektiven Kriteriums wird es oft schwierig sein, die Grenzen der gewöhnlich privaten Nutzung zu ziehen<sup>151)</sup>: Maßstab soll der idealtypische Privatmann sein<sup>152)</sup>. Dass Spielsachen, Wohnungsmöbel, Kleidung, Fernseher, Stereoanlagen etc gewöhnlich privat verwendet werden, leuchtet ein. Ebenso ist nachvollziehbar, dass eine Dampfwalze, ein LKW, ein aufwändiges Mikroskop, Laborgegenstände, ein Zahnarztstuhl etc gewöhnlich nicht privat genutzt werden<sup>153)</sup>.

genständen überhaupt außerhalb des Regelungsbereiches der Richtlinie liegt und daher ihre Aufrechterhaltung nicht richtlinienwidrig wäre“. Ebenso unrichtig sind die EB RV 648 BlgNR 18. GP 4, die wieder unter Berufung auf Quellen in der EG-Kommission berichten, dass Österreich zu einer entsprechenden Haftungseinschränkung nicht gezwungen wäre, da dem nationalen Gesetzgeber freistehe, für derartige oder andere Schäden eine selbstständige Regelung zu treffen.

<sup>148)</sup> Siehe zu den Abgrenzungsschwierigkeiten zB *Preslmayr*, Handbuch<sup>2</sup>, 9 f.

<sup>149)</sup> Ob eine Sache gewöhnlich privat genutzt wird, soll nach *Taschner* in *Taschner/Frietsch*, ProdHaftG und EG-RL<sup>2</sup> Art 9 Rz 9 durch die Zweckbestimmung der Sache durch den Hersteller festgelegt werden. Nach hM ist aber nicht auf die Widmung durch den Hersteller, sondern die Verkehrsanschauung abzustellen, so etwa zum dProdHaftG: *Frietsch* in *Taschner/Frietsch*, ProdHaftG und EG-RL<sup>2</sup> § 1 Rz 34; *Bartl*, Produkthaftung nach neuem EG-Recht § 1 Rz 25; *Rolland*, ProdHaftG § 1 Rz 81; *Pott/Frieling*, ProdHaftG § 1 Rz 21; *Cahn* in Münchener Kommentar V<sup>3</sup> § 1 ProdHaftG Rz 13; *Kullmann* in *Kullmann/Pfister*, Produzentenhaftung, Kza 3602, 4a.

<sup>150)</sup> Siehe zum dProdHaftG: *Kullmann*, Aktuelle Rechtsfragen<sup>3</sup>, 155; *ders* in *Kullmann/Pfister*, Produzentenhaftung, Kza 3602, 4; zum schweizerischen Produkthaftungspflichtgesetz: *Fellmann* in *Honsell*, OR I<sup>2</sup> Art 1 PrHG Rz 9.

<sup>151)</sup> Auch der englische („ordinarily“) und französische („normalement“) Richtlinien-text helfen hier nicht weiter. <sup>152)</sup> *Schmidt-Salzer*, Produkthaftung I Art 9 Rz 47, („Lieschen Müller“ und „Otto Normalverbraucher“).

<sup>153)</sup> Krit zur Benachteiligung aller Personen, „die auf Grund ihrer besonderen Interessenlage Sachen erwerben,

Bei zahlreichen Gegenständen ist eine eindeutige Grenzziehung jedoch nicht möglich, da sie gleichermaßen privat oder beruflich verwendet werden können: So kann ein Computer dem privaten Zeitvertreib oder dem Broterwerb des Programmierers dienen, können Gartengeräte im Schrebergarten oder von einem Gärtner verwendet werden, kann eine Lampe im Wohnzimmer oder in einem Büro aufgestellt werden etc. Auch im Bereich ambitionierter Heimwerker mit aufwändigen Arbeitsgeräten und Maschinen käme es rasch zu Schutzdefiziten. In solchen Grenzfällen ist die Haftpflicht zu bejahen<sup>154</sup>). Dadurch wird dem Gedanken des Verbraucherschutzes adäquat Rechnung getragen, indem verhindert wird, dass Schäden an manchen – durchaus privat nutzbaren – Sachen schon von vornherein nicht zu ersetzen sind. Eine extensive Interpretation ist überdies unproblematisch, da bei weiter Auslegung der „gewöhnlich privaten“ Nutzung die Weichenstellung eben im zweiten Tatbestandsmerkmal erfolgt<sup>155</sup>).

Denn ist eine Sache gewöhnlich für den privaten Gebrauch bestimmt, wird für Schäden an ihr nur gehaftet, wenn sie auch tatsächlich hauptsächlich<sup>156</sup>) privat verwendet wurde<sup>157</sup>). Unerheblich

die gewöhnlich dem gewerblichen Bereich zuzuordnen sind“, *Ulbrich*, Die Abgrenzung des privaten Gebrauchs im Verhältnis zum gewerblichen oder sonstigen Gebrauch nach dem Entwurf des Produkthaftungsgesetzes, ZRP 1988, 252.

<sup>154</sup>) So auch *Schmidt-Salzer*, Produkthaftung I Art 9 Rz 55; zum dProdHaftG: *Frietsch* in *Taschner/Frietsch*, ProdHaftG und EG-RL<sup>2</sup> § 1 ProdHaftG Rz 33, *Bartl*, Produkthaftung nach neuem EG-Recht § 1 Rz 27; *Rolland*, ProdHaftG § 1 Rz 81; *Alleweldt* in *Kretschmer et al.*, Unternehmenspraxis, Rz 73; *Kullmann* in *Kullmann/Pfister*, Produzentenhaftung, Kza 3602, 4; aM noch *Kullmann*, ProdHaftG Kommentar 30; *Lorenz*, Europäische Rechtsangleichung auf dem Gebiet der Produkthaftung: Zur Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 25. Juli 1985, ZHR 151 (1987) 16, will auf die primäre Nutzung abstellen

<sup>155</sup>) *Schmidt-Salzer*, Produkthaftung I Art 9 Rz 55; diesem für das ProdHaftG folgend *Alleweldt* in *Kretschmer et al.*, Unternehmenspraxis Rz 74; *Bartl*, Produkthaftung nach neuem EG-Recht § 1 Rz 29; *Landscheidt*, Produkthaftungsrecht<sup>2</sup>, 120; zum schweizerischen Produkthaftungsgesetz *Christen*, Produkthaftung nach der EG-Produkthaftungsrichtlinie im Vergleich zur Produkthaftung nach schweizerischem Recht (1992) 58.

<sup>156</sup>) Was „hauptsächlich private Verwendung“ ist, hat die deutsche Lehre zu definieren versucht: Nach *Bartl*, Produkthaftung nach neuem EG-Recht § 1 Rz 31, soll eine private Nutzung von 60% nicht ausreichen; allenfalls bei einem Verhältnis von 90 zu 10 zu Gunsten der privaten Verwendung sei das Tatbestandsmerkmal erfüllt; *Frietsch* in *Taschner/Frietsch*, ProdHaftG und EG-RL<sup>2</sup> § 1 ProdHaftG Rz 37, verlangt eine „ganz überwiegende“ private Verwendung; *Pott/Frieling*, ProdHaftG § 1 Rz 23 umschreiben die hauptsächliche Verwendung als „in erster Linie“ private Verwendung. Der Nutzen dieser Abgrenzungsversuche dürfte sich in Grenzen halten.

<sup>157</sup>) Sachen, die im Eigentum einer Kapitalgesellschaft stehen, können von dieser nur im Rahmen ihres Unter-

ist dabei, wie die Sache gerade bei Schadenseintritt gebraucht wurde<sup>158</sup>), da es nur um den üblichen Gebrauch geht<sup>159</sup>). Wird also der Privat-PKW im Zeitpunkt des Schadensereignisses gerade beruflich genutzt, schadet dies nicht<sup>160</sup>). Ebenso wenig nützt es aber, wenn ein Taxi während einer Urlaubsfahrt seines Eigentümers beschädigt wird.

### C. Vergleich Produkthaftungs-RL und PHG

Das System der Produkthaftungs-RL ist – wenn auch manchmal schwer handhabbar – sehr differenziert. Der österr Gesetzgeber hat als Intention des Richtliniengesetzgebers erkannt, dass nur für Schäden an „grob gesprochen<sup>161</sup>)“ (sic!) Privatgegenständen gehaftet werden solle. Ähnlich grob wird die Richtlinie dann auch durch den ziemlich schematischen § 2 Z 1 PHG umgesetzt<sup>162</sup>). Dies liege daran, dass bei genauer Übernahme des Art 9 Produkthaftungs-RL auch Sachschäden, die Verbraucher erleiden, aus der Haftung ausgeschlossen sein könnten<sup>163</sup>). Da aber bei der EWR-Anpassung das geltende Niveau des Verbraucherschutzes grundsätzlich nicht herabgesetzt werden sollte, wurde die erste Voraussetzung des Art 9 lit b Produkthaftungs-RL gar nicht übernommen, die zweite „dahin gelockert, dass nur überwiegend unternehmerische Verwendung die Haftung ausschließt“<sup>164</sup>). Abgesehen davon, dass damit die Haftungseinschränkung auf gewöhnlich privat genutzte Sachen ganz entfällt, verkehrt das PHG das subjektive Abgrenzungskriterium geradezu ins Gegenteil<sup>165</sup>): Nicht für überwiegend privat genutzte Sachen wird gehaftet, sondern nur für überwiegend unternehmerisch genutzte Sachen wird nicht gehaftet. Während nach der Richtlinie etwa für eine Planierraupe, die in einem privaten

nehmens, nicht aber auch privat genutzt werden: EvBl 1999/126 = ecolex 1999/249 = RdW 1999, 407 = KRES 4/39; vgl dazu aber die Überlegungen bei *Schmidt-Salzer*, Produkthaftung I Art 9 Rz 41 ff.

<sup>158</sup>) So aber *Taschner*, Produkthaftung, Art 9 Rz 12; zur deutschen Regelung wohl auch *Pott/Frieling*, ProdHaftG § 1 Rz 28.

<sup>159</sup>) Zum dProdHaftG: *Rolland*, ProdHaftG § 1 Rz 84 f; *Frietsch* in *Taschner/Frietsch*, ProdHaftG und EG-RL<sup>2</sup> § 1 ProdHaftG, Rz 37; *Kullmann* in *Kullmann/Pfister*, Produzentenhaftung, Kza 3602, 5; *Westphalen* in *Westphalen*, Produkthaftungshandbuch II<sup>2</sup> § 72 Rz 29; *Cahn* in Münchener Kommentar V<sup>3</sup> § 1 ProdHaftG Rz 16.

<sup>160</sup>) Zum schweizerischen Produkthaftungsgesetz: *Hess*, PrHG<sup>2</sup> Art I Rz 76.

<sup>161</sup>) EB RV 648 BlgNR 18. GP 4.

<sup>162</sup>) Krit auch *Magnus*, Reformüberlegungen, 14. ÖJT II/1, 34; vgl auch *Stabentheiner*, JBl 1997, 70.

<sup>163</sup>) Der Gesetzgeber muss dabei in Anbetracht der fein abgestuften Regelung der Richtlinie an eher außergewöhnliche Konstellationen wie privat genutzte Baumaschinen, Hightech-Geräte etc gedacht haben. Siehe dazu *Ulbrich*, ZRP 1988, 252.

<sup>164</sup>) EB RV 648 BlgNR 18. GP 4.

<sup>165</sup>) Krit auch *Posch*, WBl 1992, 218; *ders* in *Schwimmann*<sup>2</sup> § 2 PHG Rz 12; *Eustacchio*, Produkthaftung 69; zuletzt *Spitzer*, ecolex 2003, 144; offen lassend *Hill-Arning/Hoffman*, Produkthaftung in Europa (1995) 141.

Reitstall verwendet wird, um die Koppel zu planen, nicht gehaftet würde, da es sich nicht um eine Sache handelt, die gewöhnlich zum privaten Gebrauch bestimmt ist, ist eine Haftung nach dem PHG möglich. Auch im praktischeren Fall des Hobbyhandwerkers sind Abweichungen denkbar.

Außerdem führt die Verwendung des Unternehmerbegriffes zu Unschärfen. Ob der Geschädigte Unternehmer ist, interessiert nach dem Haftungsregime der Richtlinie nicht, sondern nur, ob er die Sache privat verwendet hat. Eine Sache kann aber ohne weiteres nicht-unternehmerisch und trotzdem nicht privat verwendet werden. *Preslmayr* nennt als Beispiel für unternehmerische Verwendung den PC eines Journalisten, der damit Zeitungsartikel schreibt. Hier müsste aber wohl schon für das PHG differenziert werden. Ist der Journalist unselbstständiger Angestellter, der seinen privaten Computer dazu verwendet, Beiträge zu schreiben, ist er nicht Unternehmer, ein Schaden an dem PC wäre nach dem PHG zu ersetzen. Nach der Produkthaftungs-RL steht hingegen kein Ersatz zu, da berufliche Nutzung vorliegt<sup>166</sup>). *Das PHG geht mit seinem Schutz daher deutlich über die Produkthaftungs-RL hinaus.*

#### D. Möglichkeit der richtlinienkonformen Auslegung

Das PHG verkehrt die Definition der zu ersetzenden Sachschäden ins genaue Gegenteil der Produkthaftungs-RL und verzichtet außerdem völlig auf die objektive Schranke der „gewöhnlich privaten Nutzung“. Ob sich § 2 Z 1 PHG in Anbetracht des Wortlautes richtlinienkonform interpretieren

lässt, darf deshalb bezweifelt werden<sup>167</sup>). ME lässt der Wortlaut eine richtlinienkonforme Auslegung nicht mehr zu.

Überdies weicht der Gesetzgeber absichtlich – wenn auch unter Berufung auf Quellen in der Kommission – von den Vorgaben der Richtlinie ab. Anders als bei Hersteller und Importeur war kein Wille zur Harmonisierung vorhanden. Österreich wollte seine Haftungsregelung nicht einschränken, da „das geltende Niveau des Verbraucherschutzes grundsätzlich nicht herabgesetzt werden soll“<sup>168</sup>). *§ 2 Z 1 PHG ist daher richtlinienwidrig, eine Sanierung dieses Mangels durch richtlinienkonforme Interpretation scheidet wegen des klaren Willens des historischen Gesetzgebers aus*<sup>169</sup>).

#### VIII. Zusammenfassung

Im Ergebnis muss die hA, dass der Unternehmer des PHG mit jenem des KSchG identisch sei, aufgegeben werden. In richtlinienkonformer Interpretation ist der Unternehmerbegriff an die Tatbestände der kommerziellen oder beruflichen Erzeugung sowie der kommerziellen und beruflichen Einfuhr oder Lieferung iSd Produkthaftungs-RL anzulehnen, womit die Richtlinienwidrigkeit saniert wäre. Da die Umsetzung des Sachschadensbegriffs irreparabel richtlinienwidrig ist, kann hier nur der Gesetzgeber Abhilfe schaffen. Hiebei ist eine engere Anlehnung an den Wortlaut der Richtlinie zu empfehlen.

**Korrespondenz:** V.-Ass. Mag. *Martin Spitzer*, Institut für Zivilrecht, Universität Wien, Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien, Österreich.

<sup>166</sup>) *Preslmayr*, Handbuch<sup>2</sup>, 9.

<sup>167</sup>) Zweifelnd auch *Posch* in *Schwimann*<sup>2</sup> § 2 PHG Rz 13.

<sup>168</sup>) EB RV 648 BlgNR 18. GP 4.

<sup>169</sup>) *Spitzer*, *ecolex* 2003, 144.