

23

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VI ZR 190/79

URTEIL

Verkündet am
17. März 1981

in dem Rechtsstreit

W a l z
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

der H [REDACTED] AG,
vertreten durch ihren Vorstand,
F [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dres. [REDACTED] und
[REDACTED] -

g e g e n

den Landwirt Otto E [REDACTED],
N [REDACTED], Haus Nr. [REDACTED] a, S [REDACTED] L [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof.Dr. [REDACTED] -

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Dezember 1980 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Weber und die Richter Dunz, Scheffen, Dr. Steffen und Dr. Kullmann

für R e c h t erkannt:

I. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 18. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 15. Mai 1979 aufgehoben.

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Stade vom 3. Januar 1978 wird zurückgewiesen.

II. Die Kosten beider Rechtsmittelzüge fallen dem Kläger zur Last.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger, ein Obstbauer aus dem "Alten Land" an der Niederelbe, verlangt von der Beklagten, der H[REDACTED] AG in F[REDACTED] a.M., Schadensersatz, weil sich das von dieser hergestellte und seit 1971 vertriebene neue Spritzmittel "Derosal" im Jahre 1974 bei der Bekämpfung des Apfelschorfs als unwirksam erwiesen hat. Infolgedessen breitete sich der den Apfelschorf hervorrufende Pilz *Venturia inaequalis* an den Apfelbäumen aus, so daß der Kläger bei der Ernte erhebliche Ausfälle erlitt.

"Derosal" gehört zur Gruppe der Benzimidazole und ist ein sog. systemisches Fungizid mit breitem Anwendungsgebiet. Seit 1970 wurden auch im "Alten Land" verschiedene Benzimidazole als Spritzmittel gegen den Apfelschorfpilz verwendet, wobei sehr gute Erfolge erzielt wurden. Der entscheidende Wirkstoff dieser Fungizide ist das Methylbenzimidazolcarbammat, das nicht, wie bei den früher ausschließlich verwendeten sog. Kontaktfungiziden, von der Oberfläche der Blätter und Früchte her den Zellkern der Pilze abtötet, sondern deren Wachstum aus der Pflanze bzw. den Früchten heraus stoppt. Daher haben sie gegenüber den gebräuchlichen Kontaktfungiziden den Vorzug, daß sie nicht so häufig gespritzt werden müssen; auch wird ihre Wirksamkeit nicht so stark durch Regen beeinträchtigt.

Der Kläger hatte in den Jahren 1971 und 1972 das Benzimidazol "Benomyl" (hergestellt von Du Pont de Nemours in den USA) verwendet. Im Jahre 1973 suchte ihn ein Vertriebsbeauftragter der Beklagten auf seinem Hof auf und erläuterte ihm das Mittel "Derosal". Daraufhin entschloß er sich zu dessen Anwendung. Er erwarb das Mittel bei einem Fachhändler. Der Vertriebsbeauftragte der Beklagten stellte ihm aber einen auf die Größe seines Betriebes zugeschnittenen Spritzplan auf und erschien auch während der Spritzperiode des Jahres 1973 wiederholt beim Kläger, um sich über das Ergebnis der Schorfbekämpfung zu unterrichten.

Im Juni 1973 stellte der Kläger an seinen Apfelbäumen erste Anzeichen einer Schorfbildung fest. Er unterrichtete die Beklagte, worauf Mitarbeiter von ihr die Bäume begutachteten und ihm eine Erhöhung der Aufwandmenge empfahlen.



Nachdem der Kläger diesen Rat befolgt hatte, kam es nicht zu einem weiteren Ausbreiten des Apfelschorfs. Ein Ernteschaden trat nicht ein. Vor Beginn der Spritzperiode des Jahres 1974 führte die Beklagte im "Alten Land" weitere Werbeveranstaltungen durch, auf denen sie für die Anwendung von "Derosal" gegen Apfelschorf warb. Der Kläger wurde auch erneut von dem Vertriebsbeauftragten der Beklagten aufgesucht.

Im April und Mai 1974 führte der Kläger wieder drei Spritzungen mit "Derosal" durch. Einige Tage danach stellte er auf den Blättern der Apfelbäume Schorfbefall fest. Trotz anschließend durchgeführter Spritzungen mit Kontaktfungiziden konnte er ein Ausbreiten des Apfelschorfs nicht verhindern. Ebenso wie bei ihm kam es 1974 bei anderen Obstbauern im "Alten Land" nach der Anwendung von Benzimidazolen (so von "Benomyl" und von "Cercobin M", das von der BASF herausgebracht worden war) zu erheblichen Schäden durch Schorfbefall. Dieser ist darauf zurückzuführen, daß sich nach der Anwendung dieser systemischen Fungizide resistente Stämme des Apfelschorfpilzes gebildet und ausgebreitet hatten. Auf diese Gefahr hatte die Beklagte weder in den Gebrauchsanweisungen noch bei den Informationsveranstaltungen hingewiesen. Inzwischen hat sie in ihre Gebrauchsanweisung für "Derosal" einen Hinweis auf die Gefahr von Resistenzbildungen aufgenommen; darin empfiehlt sie zur Vermeidung der Entstehung von Toleranzen eine alternierende Spritzfolge mit "Derosal" und den herkömmlichen Kontaktfungiziden.

Der Kläger verlangt von der Beklagten den Ersatz seiner Ernteschäden, die er aufgrund eines Gutachtens auf 68.059 DM errechnet.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht hat ihr stattgegeben. Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe

I.

Das Berufungsgericht stellt im Anschluß an das von ihm eingeholte Gutachten des Sachverständigen Dr. Martin von der Biologischen Bundesanstalt (Braunschweig) fest, "Derosal" habe sich als zur Pilzkämpfung durchaus geeignet erwiesen und zeige ebenso wie die übrigen Benzimidazole bei ihrer Anwendung deutliche Vorteile gegenüber den herkömmlichen Kontaktfungiziden. Die schnelle Resistenzbildung bei einer Reihe von Pilzarten berechtige nicht schon dazu, "Derosal" als eine Fehlentwicklung anzusehen. Allerdings habe sich aus der besonderen punktuellen Wirkungsweise der Benzimidazole bei allen Pilzen eine erhöhte Resistenzgefahr ihnen gegenüber ergeben. Diese generelle Gefahr habe sich durch die im Weinbau schon im Jahre 1972/1973 beobachteten Resistenzen (des Pilzes *Botrytis cinerea*) verdichtet; außerdem hätten Anfang 1974 eine Reihe von Veröffentlichungen

Über Resistenzerscheinungen verschiedener Pilzgattungen gegenüber Benzimidazolen vorgelegen. Wenn es auch noch keine Hinweise auf eine bereits zutage getretene oder unmittelbar bevorstehende Resistenzbildung des Apfelschorf-Pilzes gegenüber Benzimidazolen im Freiland gegeben habe, so habe jedoch eine schnelle Ausbreitung der Resistenz bei Apfelschorf nicht außerhalb der Wahrscheinlichkeit gelegen, sondern sei ohne weiteres möglich gewesen. Vor allem in dem Anbaugebiet des "Alten Landes" habe sich infolge der mehrjährigen intensiven Anwendung von Benzimidazolen eine besondere "Streß-situation" für den Apfelschorfpilz ergeben, welche die Auslese resistenter Stämme begünstigt habe; auf den dortigen großen zusammenhängenden Anbauflächen sei daher die Gefahr einer Resistenz erheblich größer gewesen als auf kleineren Versuchsflächen. Dieser Gefahr hätte zumindest weitgehend vorgebeugt werden können, wenn die systemischen Fungizide nicht ausschließlich, sondern im Wechsel mit Kontaktfungiziden zur Anwendung gekommen wären.

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, der Kläger könne seine Schadensersatzansprüche nicht auf die Verletzung vertraglicher Pflichten durch die Beklagte stützen, weil zwischen den Parteien keine vertraglichen Beziehungen bestanden hätten und auch nicht durch die Beratungstätigkeit des Vertriebsbeauftragten der Beklagten begründet worden seien. Der Klageanspruch sei jedoch aus § 823 Abs. 1 BGB gerechtfertigt. Denn der Hersteller eines Schädlingsbekämpfungs-

mittels sei verpflichtet, die Anwender auf die Grenzen der Wirksamkeit solcher Mittel hinzuweisen. Diese Pflicht habe die Beklagte objektiv verletzt, weil sie nicht auf die Resistenzgefahr hingewiesen und vor der ausschließlichen Anwendung von Benzimidazolen gewarnt habe. Die Beweislast dafür, daß ihr insoweit ein Verschulden nicht vorgeworfen werden könne, treffe sie. Diesen Nachweis habe sie nicht erbracht. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme sei sogar davon auszugehen, daß sie ein Verschulden treffe. Sie habe, wenn auch nach Erkennen der Unwirksamkeit der Benzimidazole gegen Botrytis im Weinbau noch keine bestimmte Prognose für das Verhalten des Apfelschorf-Pilzes hätte gestellt werden können, das Risiko, ob und in welchem Umfang sich eine Resistenz beim Apfelschorfpilz entwickeln werde, nicht schweigend auf die Anwender abwälzen dürfen.

II.

Das Berufungsurteil hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Nicht zu beanstanden sind allerdings die Erwägungen des Berufungsgerichts, von denen es zunächst ausgegangen ist.

a) Rechtsfehlerfrei verneint das Berufungsgericht vertragliche Beziehungen zwischen den Parteien, so daß dem Kläger gegen die Beklagte keine Schadensersatzansprüche wegen Verletzung vertraglicher Pflichten zustehen können. Da der Kläger das Spritzmittel "Derosal" nicht bei der

Beklagten gekauft hat, hätten zwischen ihr und dem Kläger Vertragsbeziehungen nur anlässlich der Beratung durch ihren Vertriebsbeauftragten oder auf einer der Werbeveranstaltungen entstehen können. Das Berufungsgericht stellt dazu aber fest, die Beklagte habe durch diese Maßnahmen für "Derosal", das erst später auf den Markt kam als das entsprechende Spritzmittel "Benomyl", einen breiteren Abnehmerkreis erschließen wollen, habe aber keine umfassende Beratung über die verschiedenen Möglichkeiten der Schädlingsbekämpfung beabsichtigt, zumal es sich bei dem Vertriebsbeauftragten nur um einen ihrer kaufmännischen Mitarbeiter gehandelt habe. Die daraus vom Berufungsgericht gezogene Schlußfolgerung, die Einzelbesuche des Vertriebsbeauftragten und die Werbeveranstaltungen hätten in erster Linie der Verkaufsförderung gedient, dadurch sei aber kein Beratungsvertrag zustande gekommen, ist rechtlich einwandfrei.

b) Der Senat ist ferner mit dem Berufungsgericht der Auffassung, daß der Kläger gegen die Beklagte grundsätzlich Schadensersatzansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB haben könnte, obwohl "Derosal" keinen Schorfbefall hervorgerufen hat, das Spritzmittel sich vielmehr "nur" als unwirksam zur Bekämpfung des schädlichen Pilzes erwiesen hat. Das hat der Senat im einzelnen in dem heute verkündeten Urteil in dem Parallelverfahren des Landwirts S. [REDACTED] gegen die Beklagte - VI ZR 191/79 - ausgeführt. Hierauf wird Bezug genommen.

c) Im Streitfalle geht es nur darum, ob die Beklagte sogenannte Instruktionspflichten in der Form von Warnpflichten gegenüber den Verwendern ihres Pflanzenschutzmittels verletzt hat.

aa) Das Berufungsgericht kommt rechtlich einwandfrei zu dem Ergebnis, daß die Beklagte nicht schon bei der Entwicklung von "Derosal" ihre Gefahrabwendungspflichten (Konstruktionspflichten) verletzt hat, nachdem sich das Mittel durchaus als geeignet zur Bekämpfung des den Apfelschorf hervorrufenden Pilzes erwiesen hat. Selbst wenn "Derosal" die vom Berufungsgericht festgestellten Vorteile gegenüber den damals gebräuchlichen Kontaktfungiziden nicht gehabt hätte, könnte man es nicht als "Fehlkonstruktion" bezeichnen. Die Beklagte verletzte auch dadurch, daß sie das Mittel trotz der, wie jetzt erkannt ist, bereits damals bestehenden abstrakten Gefahr schnellerer Resistenzbildung zum Vertrieb freigab, noch keine Gefahrabwendungspflichten. Ebenso schied von vornherein eine fehlerhafte Herstellung, also die falsche Zusammensetzung der einzelnen Charge des Pflanzenschutzmittels (Fabrikationsfehler), als Schadensursache aus.

bb) Ein Hersteller kann allerdings seine Verkehrssicherungspflichten auch durch unzureichende Beobachtung seines Produkts in der praktischen Verwendung verletzen. Das hat der Senat in dem ebenfalls heute verkündeten Urteil in der Sache VI ZR 286/78, in der es um die Haftbarkeit der Firma Du Pont de Nemours & Co. für das von ihr hergestellte systemische Fungizid "Benomyl" geht, im einzelnen begründet; darauf wird Bezug genommen.

Zwischen den Parteien ist es jedoch unstreitig, daß die Beklagte ihre Produktbeobachtungspflichten erfüllt hat; sie hat sich fortlaufend darum gekümmert, ob "Derosal" wirksam blieb, vor allem nicht gar schädliche Wirkungen hervorrief. Die Parteien streiten nur darum, ob die Beklagte aufgrund ihrer Produktbeobachtung und der dabei

gewonnenen Erkenntnisse, insbesondere der Auswertung des erreichbaren und ihr vorliegenden (ausländischen) Fachschrifttums und der allgemeinen wissenschaftlichen Erfahrung über das Auftreten von Resistenzen, bereits Anfang 1974 bestimmte Warnhinweise bezüglich der Anwendung von "Derosal" geben mußte und wie diese bejahendenfalls hätten gefaßt sein müssen.

d) Diese dem Hersteller obliegende Pflicht hat allerdings, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, Grenzen. Auch das hat der Senat in dem Parallelverfahren Schliecker gegen die Beklagte im einzelnen ausgeführt, so daß hierauf verwiesen werden kann.

2. Die weiteren Ausführungen des Berufungsgerichts sind jedoch rechtlich nicht haltbar.

a) Rechtsfehlerhaft geht das Berufungsgericht zunächst davon aus, die Frage, ob und wie weit für die Beklagte eine Warnpflicht entstanden war, sei, soweit es um die Prüfung eines objektiven Pflichtenverstosses geht, nach der im Zeitpunkt seiner letzten mündlichen Verhandlung vorhandenen Sicht zu beantworten, also nach dem neueren Stand der wissenschaftlichen Erkenntnis. Der Umfang der erforderlichen Sicherungspflicht bestimmt sich nach dem (objektiven) Sorgfaltsmaßstab des § 276 Abs. 1 Satz 2 BGB; daher ist darauf abzustellen, ob und in welchem Maß für ein sachkundiges Urteil im Zeitpunkt des zu beurteilenden Verhaltens die naheliegende Möglichkeit bestand, daß Rechtsgüter anderer gefährdet werden konnten, wenn Sicherungsmaßnahmen unterblieben. Maßgebend können also nur die Erkenntnisse sein, die zu der Zeit bestanden, als eine Schadensabwendung in Betracht kam.

b) Das Berufungsgericht nimmt aufgrund der Bekundungen des Sachverständigen Dr. M. (Biologische Bundesanstalt für Land- und Forstwirtschaft) an, durch die 1972 und 1973 im Weinbau beobachteten Resistenzen des Pilzes *Botrytis cinerea* gegen Benzimidazole habe sich Anfang 1974 die generelle Gefahr einer Resistenzbildung bei der Anwendung systemischer Fungizide überhaupt verdichtet gehabt. Vor allem auf den großen, zusammenhängenden Anbauflächen des "Alten Landes" habe sich infolge der mehrjährigen intensiven Anwendung von Benzimidazolen eine besondere "Streß-situation" für den Apfelschorf ergeben, welche die Auslese resistenter Stämme von *Venturia inaequalis* begünstigt habe, so daß dort die Gefahr einer Resistenz erheblich größer gewesen sei als auf kleineren Flächen. Bereits dies habe eine Warnpflicht der Beklagten ausgelöst.

Die Revision rügt mit Recht, daß diese Begründung des Berufungsgerichts mit den getroffenen Feststellungen nicht in Einklang steht.

Das Berufungsgericht hat selbst festgestellt, daß zwar Anfang 1974 bereits eine Reihe von Veröffentlichungen über Resistenzerscheinungen bei verschiedenen Pilzgattungen vorgelegen hätten, es aber noch keine Hinweise auf eine bereits bestehende oder unmittelbar bevorstehende Resistenzbildung des Apfelschorferregers gegenüber Benzimidazolen im Freiland gegeben habe, und daß auch die Veröffentlichung der russischen Forscher A. und G. über deren Laborversuche nicht auf eine bevorstehende Unwirksamkeit unter Freilandbedingungen hingewiesen habe (nach den Ausführungen des Sachverständigen war es überhaupt fraglich, ob der von diesen Forschern bei den Laborversuchen beobachtete geringe Verlust der Sensibilität des Pilzes gegenüber dem Wirkstoff als echte Resistenz gedeutet werden darf, oder ob dies nur dafür sprach, daß sich der Pilz ledig-

lich den steigenden Dosierungen anpaßte). Außerdem räumt auch das Berufungsgericht ein, daß trotz der zwischen dem Botrytis-Pilz und Venturia inaequalis bestehenden Parallelen beide Pilze verschieden strukturiert sind, und daß bei ersterem wegen der Vielkernigkeit der Zellen eine besondere Resistenzanfälligkeit bestand, so daß die Ähnlichkeit "wohl nicht ausreichte, um nach der Unwirksamkeit bei Botrytis bereits eine bestimmte Prognose für das Verhalten von Venturia inaequalis zu stellen" (so BU S.16). Im übrigen hat das Berufungsgericht aus dem Auge verloren, daß es zu dem Ergebnis gekommen war, Anfang 1974 sei noch nicht vorherzusehen gewesen, ob überhaupt und gegebenenfalls wann und in welchem Umfang sich eine Unwirksamkeit von "Derosal" bei der Bekämpfung des Apfelschorfs ergeben würde.

Trotz dieser Feststellungen bejaht das Berufungsgericht die Warnpflicht der Beklagten, weil der Sachverständige ausgeführt habe, die generelle Gefahr der Resistenzbildung habe sich durch die bereits im Weinbau beobachteten Resistenzen für die Anwendung von systemischen Fungiziden allgemein "verdichtet". Indes übersieht es dabei, daß der Sachverständige hinzugefügt hat, er könne sich nicht dazu äußern, in welcher Art sich diese Gefahr für andere Pilze verdichtet, wenn sie sich bei einem Pilz herausbildet. Dann aber hatte sich jedenfalls Anfang 1974 die Wahrscheinlichkeit einer Resistenzbildung beim Apfelschorf, auf die es allein ankommt, auch für den Bereich des "Alten Landes" nach den damaligen Erkenntnissen entgegen der Würdigung des Berufungsgerichts noch nicht so verdichtet, daß die Beklagte damals schon für verpflichtet angesehen werden mußte, vorsorglich die Verwender von "Derosal" zu warnen. Die zwischenzeitlich gewonnenen

Erkenntnisse gaben neben der sonstigen Produktbeobachtung wohl Veranlassung, jedes Zeichen nachlassender Wirkung sorgfältig zu registrieren, um rechtzeitig eingreifen zu können (so schon Kessel, Zeitschrift "Obst- und Weinbau" 1973, 93 f.). Das hat die Beklagte aber getan. Daß sie damals schon zu mehr verpflichtet gewesen wäre, läßt sich nicht feststellen.

3. Die vom Berufungsgericht für die Verurteilung der Beklagten gegebene Begründung trägt daher seine Entscheidung nicht. Sie kann auch nicht mit anderer Begründung aufrecht erhalten werden.

a) Es ist zwar möglich, daß es rechtzeitig vor Beginn der Spritzperiode 1974 andere wissenschaftliche Erkenntnisse gab, aus denen die Beklagte zumindest Hinweise auf eine unmittelbar bevorstehende Resistenz des Apfelschorfpilzes gegen Benzimidazole entnehmen konnte, insbesondere weitere Veröffentlichungen, zu denen sie Zugang haben konnte und mußte, also Erkenntnisse, die ihr unter .. Umständen auch Veranlassung zu einer Warnung der Landwirte hätten geben müssen.

Die Verurteilung der Beklagten könnte aber nur bestehen bleiben, wenn sie die Beweislast dafür trägt, daß sie im Frühjahr 1974 objektiv ihre Warnpflicht nicht verletzt hat. Das ist nicht der Fall, wie der Senat ebenfalls in dem Parallelverfahren des Landwirts Schliecker gegen die Beklagte ausgeführt hat. Auch hierauf wird Bezug genommen.

b) Andere Anspruchsgrundlagen für den vom Kläger geltend gemachten Anspruch sind nicht ersichtlich. Insbesondere kann er seinen Anspruch nicht aus § 823 Abs. 2 BGB

in Verbindung mit § 12 Abs. 1 Nr. 5 des Pflanzenschutz-,
gesetzes vom 10. Mai 1968 in der Fassung vom 27. Mai 1971
(BGBl I S. 1161) herleiten. Dies hat der Senat in dem
Parallelverfahren bezüglich des Spritzmittels "Benomyl"
- VI ZR 286/78 - im einzelnen dargelegt. Hierauf wird
Bezug genommen.

III.

Bei dieser Sachlage mußte unter Aufhebung des
Berufungsurteils das klagabweisende landgerichtliche
Urteil wieder hergestellt werden.

Dr. Weber

Dunz

Scheffen

Dr. Steffen

Dr. Kullmann