

## Die Produkthaftung der Tabakindustrie

*Dr. Benedikt Buchner, wiss. Assistent, München*

### I. Die Situation in den USA

In den USA ist die Tabakindustrie im Jahr 1999 bereits mehrmals zu Schadensersatzleistungen in beträchtlicher Höhe verurteilt worden. Im Februar sprach eine kalifornische Jury einer an Lungenkrebs erkrankten Raucherin 51,5 Mio. US-\$ an Schadensersatz zu<sup>1</sup>. Im März wurden der Familie eines Mannes, der an Lungenkrebs gestorben war, von einer Jury in Oregon 81 Mio. US-\$ an Schadensersatz zugesprochen<sup>2</sup>. Im Juli kam es dann

zur bisher letzten und gleichzeitig spektakulärsten Verurteilung<sup>3</sup>. Sie ging auf eine Sammelklage zurück, die stell-

1 Henley v. Philip Morris, Inc., et al. Californian Super. Ct., San Francisco, No. 995172 (später auf 26,5 Mio. US-\$ gekürzt).

2 Joann Williams-Branch v. Philip Morris, Inc., Circuit Court for the County of Multnomah (Portland) No. 9705-03957 (später auf 33 Mio. US-\$ gekürzt).

3 Engle et al. v. R. J. Reynolds Tobacco Co. et al. Dade County, Florida, Eleventh Judicial Circuit (<http://www.tobacco.neu.edu/>).

vertretend für mehr als 500 000 Raucher (bzw. deren Hinterbliebene) gegen die fünf größten Tabakunternehmen eingereicht worden war. Sollte diese Entscheidung Bestand haben, wird für die Folgeprozesse mit einer Gesamtschadenssumme von insgesamt bis zu 500 Mrd. US-\$ gerechnet.

## II. Produkthaftung als Haftungsgrundlage

Haftungsgrundlage im amerikanischen Recht ist die verschuldensunabhängige „strict liability“: Die von den Zigarettenherstellern auf den Markt gebrachten Produkte seien „defective and unreasonably dangerous“. Auch für das deutsche Recht ist die Produkthaftung der richtige Ansatzpunkt, um eine Verantwortlichkeit der Zigarettenhersteller zu begründen. Sie setzt neben der Fehlerhaftigkeit der Zigaretten voraus, dass ein Ursachenzusammenhang zwischen Produktfehler und Gesundheitsschaden nachgewiesen werden kann und dass die Haftung nicht wegen Mitverschuldens seitens des Geschädigten ausgeschlossen ist.

### 1. Zigaretten als „fehlerhafte Produkte“

Da Zigaretten generell als gesundheitsschädlich zu qualifizieren sind, liegt es nahe, einen „Konstruktionsfehler“ anzunehmen. Denn ein Produkt, das seiner Natur nach dazu geeignet ist, die körperliche Unversehrtheit sowohl seiner Benutzer als auch Dritter zu beschädigen, ist grundsätzlich fehlerhaft. Allerdings: Anders als sonstige Produktgattungen kann eine Zigarette oder allgemeiner ein Tabakerzeugnis ausschließlich als gesundheitsgefährdendes Produkt konstruiert und benutzt werden. Die Zufuhr von Nikotin ist gleichermaßen Zweck wie Gefahr jedes Tabakprodukts – fällt sie weg, entfällt zwar die Fehlerhaftigkeit, ebenso existiert aber das Produkt als solches auch nicht mehr. Selbst eine Differenzierung zwischen mehr oder weniger fehlerhaften Zigaretten kann nur schwer getroffen werden. So gibt es zwar beispielsweise sogenannte leichte Zigaretten, deren Nikotingehalt geringer ist und damit auch ihr Gesundheitsrisiko. Der Unterschied wird jedoch dadurch wieder nivelliert, dass solche Zigaretten intensiver und häufiger geraucht werden<sup>4</sup>. Dieses Beispiel belegt ebenso wie das der erfolglosen Einführung von rauchlosen Zigaretten, dass es dem Konsumenten gerade auf die Zufuhr einer bestimmten Menge von Nikotin ankommt, was wiederum alle Versuche erschwert oder gar unmöglich macht, eine „fehlerfreie“ Zigarette zu konstruieren<sup>5</sup>.

#### a) Herrschende Meinung: keine Fehlerhaftigkeit

Die herrschende Meinung lehnt es daher ab, Zigaretten als fehlerhaft i. S. d. § 3 ProdHaftG bzw. § 823 Abs. 1 BGB anzusehen: Seien die Gefahren eines Produkts seiner Natur nach unvermeidbar und allgemein bekannt, so soll von diesem Produkt auch nicht „berechtigterweise erwartet werden“<sup>6</sup> dürfen, dass es insoweit fehlerfrei sei. Da das Gesundheitsrisiko beim Nikotingenuss unvermeidbar und offenkundig sei, sei die Zigarette auch nicht fehlerhaft<sup>7</sup>. Wenn der Einzelne trotzdem mit dem Rauchen beginne, sei dies seine eigene und eigenverantwortliche Entscheidung und er allein habe deshalb auch die Konsequenzen dieser Entscheidung zu tragen<sup>8</sup>.

#### b) Kritik

##### aa) Aktuelles Risikobewusstsein als Voraussetzung eines „allgemeinen Erfahrungswissens“

Es ist jedoch zweifelhaft, ob ein allgemeines, die Fehlerhaftigkeit des Produkts Zigarette ausschließendes Erfahrungswissen allein damit begründet werden kann, dass kaum jemand nicht schon einmal von den Gefah-

ren des Rauchens gehört habe. Zu fordern ist darüber hinaus vielmehr, dass dieses Wissen beim Einzelnen nicht nur latent vorhanden ist, sondern sich auch in einem aktuellen Risikobewusstsein manifestiert, das es rechtfertigt, von einer wirklich eigenverantwortlichen Entscheidung des Verbrauchers auszugehen. Die Entscheidung für oder gegen das Rauchen ist weniger rational als emotional geprägt, sie ist – gerade auch wegen der Werbekampagnen der Tabakindustrie – keine Vernunft-, sondern eine Gefühlsentscheidung („Ich rauche gern“). Entsprechend reicht es nicht aus, dass die Gefahren des Rauchens objektiv bekannt sind. Erforderlich ist darüber hinaus vielmehr, dass dieses Wissen beim Verbraucher so ausgeprägt ist, dass er auch tatsächlich von einem bedenkenlosen Tabakkonsum abgehalten wird. Dass ein solchermaßen geartetes Risikobewusstsein in Deutschland existiert, ist allerdings mit Blick auf den immer noch ansteigenden Tabakkonsum mehr als fraglich<sup>9</sup>. Und man kann erst recht nicht von einer eigenverantwortlichen Entscheidung des Konsumenten ausgehen, wenn dieser durch den Tabakkonsum in eine Nikotinabhängigkeit geraten ist<sup>10</sup>. Hinzu kommt schließlich, dass die Tabakindustrie selbst entscheidend dazu beiträgt, dass ein entsprechendes Gefahrenbewusstsein wieder unterwandert wird, indem sie in der Werbung ein Bild vom Rauchen vermittelt, das geprägt ist von Charisma, Erfolg und Lebensfreude anstatt von Lungenkrebs und Herzinfarkt.

#### bb) Berechtigtes Schutzbedürfnis von Kindern und Jugendlichen

Eine generelle Verneinung der Fehlerhaftigkeit von Zigaretten mit dem Hinweis auf die Offenkundigkeit der Gefahren würde darüber hinaus dem berechtigten Schutzbedürfnis von Kindern und Jugendlichen nicht gerecht. Zwar ist grundsätzlich für die Sicherheitserwartungen der Verbraucher nicht auf einzelne Personen oder Sondergruppen, sondern auf die Allgemeinheit abzustellen<sup>11</sup>.

- 4 Von manchen Forschern werden leichte Zigaretten sogar als schädlicher eingestuft (vgl. Prof. K. Opitz, Pharmakologe, Münster, im Süddeutschen Rundfunk Januar 1996 [http://www.rauchen.de/gifte/nikotin.htm]).
- 5 Ganz anders stellt sich die Situation dar, falls sich der Vorwurf bewahrheiten sollte, dass Zigarettenhersteller ihren Produkten absichtlich Zusatzstoffe begeben, die die suchtfördernden Nikotineigenschaften verstärken sollen (s. Ärzte Zeitung vom 30. 3. 1999 [http://www.aerztezeitung.de/de/htm/net/rauchen/059a0901.htm]). In einem solchen Fall ist bereits deshalb von einem Produktfehler auszugehen, weil die Zigaretten über das unvermeidbare und dem Nikotingenuss inhärente Maß hinaus für den Verbraucher nachteilige Eigenschaften aufweisen.
- 6 S. § 3 Abs. 1 ProdHaftG. Auch im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB wird auf den Erwartungshorizont der gefährdeten Benutzerkreise abgestellt (BGH VersR 1989, 1307 [1308] = NJW 1990, 906 [907]; Foerste, Produkthaftungshandbuch Bd. 1 2. Aufl. § 24 Rdn. 3 ff.; Mertens in Münch. Komm. zum BGB 3. Aufl. § 823 Rdn. 283).
- 7 BT-Drucks. 11/2447 S. 18; Foerste aaO (Fn. 6) § 24 Rdn. 9; Kullmann in Festschrift für Deutsch 1999 S. 217 (218, 227); Palandt/Thomas, BGB 58. Aufl. § 3 ProdHaftG Rdn. 9; Oechsler in Staudinger, BGB 13. Aufl. § 3 ProdHaftG Rdn. 91; Steffen NJW 1996, 3062.
- 8 Kullmann aaO (Fn. 7) S. 219, 227; Oechsler aaO (Fn. 7) Rdn. 90; Steffen NJW 1996, 3062; Zekoll NJW 1999, 2722; a. A. v. Hippel JZ 1999, 781; differenzierend Hirte VersR 1997, 550.
- 9 S. FAZ vom 13. 8. 1999 S. 14 („Deutsche rauchen wieder mehr“), wonach der Konsum von Zigaretten im zweiten Quartal 1999 im Vergleich zum Vorjahreszeitraum um 0,9 % auf insgesamt 35,3 Mrd. Stück angestiegen ist.
- 10 Mitte Oktober dieses Jahres hat mit Philip Morris erstmals ein Tabakunternehmen öffentlich eingeräumt, dass Rauchen süchtig macht: „Cigarette smoking is addictive, as that term is most commonly used today“ (Web-Seite von Philip Morris [http://www.philipmorrison.com/tobacco\_bus/tobacco\_issues/health\_issues.html]).
- 11 Palandt/Thomas aaO (Fn. 7) § 3 ProdHaftG Rdn. 8.

Dies gilt jedoch nicht, wenn – wie hier – durch das Produkt auch besondere Risikogruppen gefährdet werden<sup>12</sup>. Gerade die Gruppe der Kinder und Jugendlichen ist aber hinsichtlich des Nikotinkonsums in erhöhtem Maße der Gefahr ausgesetzt, aufgrund von Werbung, Gruppendynamik u. ä. das Rauchen zu beginnen und damit in frühen Jahren den Grundstein für eine spätere Nikotinabhängigkeit zu legen<sup>13</sup>. Denn von ihnen kann noch viel weniger als von einem Erwachsenen erwartet werden, dass sie die Konsequenzen des Rauchens bereits voll überblicken. Es fehlt ihnen gerade das entsprechende Gefahrenbewusstsein, das ihnen eine eigenverantwortliche Entscheidung ermöglichen würde. Andererseits wird ihnen – vor allem durch das Aufstellen von Zigarettenautomaten – der Zugriff auf Zigaretten unnötig leicht gemacht. Selbst wenn daher einer „Allgemeinheit“ die Gefahren des Rauchens bekannt und offenkundig sein sollten, rechtfertigt dies allein nicht, Zigaretten als fehlerfrei zu bewerten, obwohl sich ihr Gefährdungspotential nicht auf diese „Allgemeinheit“ eingrenzen lässt.

#### cc) Berechtigtes Schutzbedürfnis von Passivrauchern

Das eben Gesagte gilt erst recht für die Gruppe der Passivraucher, denen von vornherein die Möglichkeit einer eigenverantwortlichen Entscheidung versagt bleibt, ob sie sich den schädigenden Wirkungen des Nikotins aussetzen wollen oder nicht. Gegenüber einem Nichtraucher, der berufsbedingt – etwa als Gastwirt, Bedienung oder Stewardess – Zigarettenrauch ausgesetzt ist, ist es nicht gerechtfertigt, die Fehlerhaftigkeit von Zigaretten mit dem Hinweis auf die allgemeine Bekanntheit ihrer Risiken abzulehnen. Denn diesem ist es gar nicht möglich, solches Wissen umzusetzen und sein Verhalten darauf einzustellen, da die schädigenden Raucheinwirkungen nicht auf seine, sondern auf die Entscheidung Dritter zurückgehen. Noch deutlicher wird die Schutzbedürftigkeit im Falle von Kindern und Ungeborenen als Passivrauchern<sup>14</sup>. Haben diese aufgrund des Nikotinkonsums ihrer Eltern einen Gesundheitsschaden erlitten, lässt sich ihnen gegenüber die Fehlerhaftigkeit von Zigaretten kaum mit dem Argument ablehnen, die Gefahren des Rauchens seien allgemein bekannt.

#### c) Ergebnis: Bekanntheit der Gefahren des Rauchens – eine Frage des Mitverschuldens

Die von Fall zu Fall unterschiedliche Schutzbedürftigkeit des jeweiligen Geschädigten lässt es nicht zu, die Fehlerhaftigkeit von Zigaretten und damit die Haftung der Hersteller pauschal mit einem Hinweis auf die Offenkundigkeit der Gefahren abzulehnen. Keineswegs soll hier dem Einzelnen seine Eigenverantwortlichkeit abgesprochen und dem Produzenten die alleinige Verantwortung aufgebürdet werden. Der – gewichtige – Einwand der Eigenverantwortlichkeit ist jedoch keine Frage der Fehlerhaftigkeit des Produkts. Er ist vielmehr dort zu berücksichtigen, wo es um den individuellen Schadensersatzanspruch des Einzelnen geht, eben deshalb, weil auch der Nikotingenuss auf eine individuelle Entscheidung zurückgeht. Die eigenverantwortliche Entscheidung des Konsumenten und seine Risikobereitschaft betreffen allein die Frage, ob diesem auch dann noch ein Schadensersatzanspruch zusteht, wenn er wegen seines bewussten und gewollten Nikotinkonsums diejenige Aufmerksamkeit außer Acht gelassen hat, die jedem verständigen Menschen obliegt, um sich vor Schaden zu bewahren<sup>15</sup>. Es geht also um ein Mitverschulden des Geschädigten, welches sach- und systemgerecht erst im Rahmen des § 6 ProdHaftG bzw. § 254 BGB zu berücksichtigen ist.

## 2. Ursachenzusammenhang

### a) Ursächlichkeit zwischen Produktfehler und Gesundheitsschaden

Eine weitere Hürde, die der geschädigte Raucher zu überwinden hat, ist der Nachweis der Ursächlichkeit des Produktfehlers für seine Gesundheitsschäden. Gem. § 1 Abs. 4 S. 1 ProdHaftG bzw. nach den allgemeinen Grundsätzen des Produkthaftungsrechts muss er beweisen, dass seine Gesundheitsschäden aus dem Zigarettenkonsum resultieren und dass es gerade die Zigaretten dieses oder jenes bestimmten Produzenten gewesen sind. Eine Beweislastumkehr zugunsten des Klägers kommt dabei nicht in Betracht: Für das ProdHaftG folgt dies zwingend bereits aus den klaren Vorgaben der Produkthaftungsrichtlinie<sup>16</sup>. Und auch für § 823 Abs. 1 BGB ist eine Umkehr der Beweislast abzulehnen. Denn anders als bei den Fragen der Pflichtverletzung und des Verschuldens kann eine Überbürdung der Beweislast auf den Schädiger bezüglich der Ursächlichkeit in der Regel nicht mit dessen größerer Sachnähe gerechtfertigt werden. Vielmehr geht es zunächst allein um die Frage, ob aus dem Lebensbereich des Geschädigten heraus irgendwelche anderen Ursachen denkbar sind, die seinen Gesundheitsschaden ebenso gut hätten verursachen können.

Dem Verbraucher ist aber über die Beweiserleichterung des Anscheinsbeweises die Möglichkeit eines Kausalitätsnachweises eröffnet. Diese Beweiserleichterung kommt dem Geschädigten sowohl im Rahmen der deliktsrechtlichen Produkthaftung als auch des ProdHaftG zugute<sup>17</sup>. Es stellt sich dann die Frage, ob der Gesundheitsschaden des Klägers als Konsequenz eines typischen Geschehensablaufs angesehen werden kann. Für die Annahme der Ursächlichkeit eines Konstruktionsfehlers reicht es dementsprechend grundsätzlich aus, dass der Kläger eine typische Raucherkrankheit hat. Allerdings wird man darüber hinaus von ihm auch den Nachweis fordern müssen, dass keine anderen Ursachen für seine Krankheit ernsthaft infrage kommen, etwa Schadstoffbelastungen am Arbeitsplatz, erbliche Krankheitsanlagen oder die individuelle Krankheitsgeschichte<sup>18</sup>. Hat aber der Geschädigte solcherlei Eventualitäten ausgeräumt, wird man von einem typischen Sachverhalt im Sinne eines „Rauchen macht krank“ sprechen können.

12 Foerste aaO (Fn. 6) § 24 Rdn. 13; Oechsler aaO (Fn. 7) § 3 ProdHaftG Rdn. 28.

13 Nach einem Bericht der Ärzte Zeitung vom 31. 5. 1999 ist der Anteil der 12- bis 17-jährigen Raucher im Zeitraum von 1993 bis 1997 in Westdeutschland von 21 auf 26 % gestiegen, in Ostdeutschland sogar von 19 auf 34 % (<http://www.aerztezeitung.de/de/htm/net/rauchen/099a1601.htm>).

14 Eine Zusammenstellung möglicher Gesundheitsschäden durch Rauchen während und nach der Schwangerschaft findet sich unter <http://www.rauchen.de/schwang/schw-v-t.htm>.

15 So genanntes Verschulden gegen sich selbst (vgl. Grunsky in Münch. Komm. zum BGB 3. Aufl. § 254 Rdn. 2).

16 Vgl. BT-Drucks. 11/5520 S. 13; Taschner/Frietsch, Produkthaftungsgesetz und EG-Produkthaftungsrichtlinie 2. Aufl. § 1 Rdn. 143.

17 Cahn in Münch. Komm. zum BGB 3. Aufl. § 1 ProdHaftG Rdn. 71; Oechsler aaO (Fn. 7) § 1 ProdHaftG Rdn. 163; Taschner/Frietsch aaO (Fn. 16) § 1 Rdn. 137; a. A. Arens ZZP 104 (1991), 123 (125).

18 Vgl. die Kritik bei Zöller/Greger (ZPO 20. Aufl. Vor § 284 Rdn. 29), wonach in der Praxis häufig zu schnell von einer näheren Sachverhaltsaufklärung abgesehen und sogleich zur Frage der Erschütterung des Anscheinsbeweises übergegangen wird. Hinzu kommt, dass es für den Beklagten ungleich schwerer wäre, wenn er zur Erschütterung des ersten Anscheins entsprechende Umstände aus der individuellen Lebensgeschichte des Geschädigten darlegen müsste.

## b) Urheberzweifel beim Konsum verschiedener Tabakmarken

Ein weiteres Problem des Kausalitätsnachweises stellt sich, wenn der Kläger nicht nur Zigaretten eines, sondern unterschiedlicher Hersteller geraucht hat. Denn je öfter der Raucher von Marke zu Marke gewechselt hat, desto schwieriger wird für ihn der Nachweis zu führen sein, ob überhaupt und wenn ja in welchem Umfang gerade die Zigaretten dieses oder jenes Herstellers für seine Gesundheitsschäden ursächlich waren. Auch bleibt ihm die Beweiserleichterung des § 830 Abs. 1 S. 2 BGB verwehrt. Zutreffend wird nämlich eingewandt, dass dessen Anwendbarkeit nur dann in Betracht käme, wenn auch der Konsum der Zigaretten jedes einzelnen Produzenten für sich allein zum gesamten Schaden hätte führen können<sup>19</sup>.

Dieser Nachweis wird dem Kläger aber kaum möglich sein. Er muss schon deshalb scheitern, weil es bei der Frage des Ursachenzusammenhangs zwischen Rauchen und Gesundheitsschaden nicht darum geht, ob gerade die eine oder andere Zigarette schädlich war, sondern darum, ob der wievielten Zigarette *insgesamt* der kritische Punkt überschritten ist und sich der Nikotinkonsum als Ganzes in einem Gesundheitsschaden niedergeschlagen hat. Es handelt sich somit nicht um eine Frage der alternativen, sondern der kumulativen Kausalität<sup>20</sup>, da die verschiedenen Zigaretten gerade in ihrem Zusammenwirken zu einem Gesundheitsschaden führen und daher keine der einzelnen Marken hinweggedacht werden kann, ohne dass der konkrete Erfolg entfielen. Es ist daher ebenso zutreffend wie unerheblich, dass § 830 Abs. 1 S. 2 BGB nicht einschlägig ist, da sich eine gesamtverschuldnerische Haftung bereits aus § 840 Abs. 1 BGB ergibt<sup>21</sup>. Zwar sind auch Konstellationen denkbar, in denen nicht eindeutig nachgewiesen werden kann, dass der Schaden erst durch den Konsum auch dieser oder jener Marke entstanden ist, weil deren Konsum von vergleichsweise nur ganz untergeordneter Bedeutung war<sup>22</sup>. In solchen eindeutigen Fällen wird sich der Kläger aber ohnehin nicht an diese, sondern an seine „Hauptmarke“ halten, die dann sogar als allein (jedenfalls aber als kumulativ) ursächlich herangezogen werden kann.

## c) Urheberzweifel beim Passivrauchen

Schwieriger stellt es sich für einen Passivraucher dar, die Kausalität der Fehlerhaftigkeit einer bestimmten Tabakmarke für seinen Gesundheitsschaden nachzuweisen. Denn dieser konsumiert anders als der aktive Raucher in der Regel nicht über einen langen Zeitraum hinweg nur eine einzelne Zigarettenart, sondern ist einem Tabakrauch ausgesetzt, der sich aus einer Vielzahl verschiedener Sorten zusammensetzt<sup>23</sup>. Eine kumulative Kausalität kommt hier nicht in Frage, da der Passivraucher kaum belegen kann, dass sein Gesundheitsschaden entfielen, wenn eine Marke isoliert aus dem „Tabakmix“ hinweggedacht würde. Andererseits aber hat der Rauch jeder einzelnen Marke in irgendeinem Umfang zum Gesundheitsschaden des Passivrauchers mit beigetragen. Denn der Tabakrauch, dem sich ein Passivraucher ausgesetzt sieht, ist gerade gekennzeichnet durch die Kombination der verschiedenen Einzelmarken. Man begegnet daher dem gleichen Kausalitätsproblem wie im Umweltrecht, wo es ebenfalls um „Mehrbeteiligungen“ geht, die zusammenwirken und sich so in einem Schaden summieren<sup>24</sup>. Hier wie dort steht fest, dass ein bestimmter Beitrag für einen bestimmten Schaden jedenfalls mitursächlich ist – hier wie dort kommt man dann aber zu dem Problem, den vom einzelnen Beitrag verursachten Schadensanteil nicht exakt bestimmen zu können.

Insoweit bietet sich jedoch der Rückgriff auf § 287 ZPO an<sup>25</sup>. Die Bestimmung kann zwar nicht darüber hinweghelfen, dass der Rauch einer bestimmten Zigarettenmarke für den Gesundheitsschaden als haftungs begründend kausal festgestellt sein muss. Für die Bejahung des Haftungsgrunds und die Anwendbarkeit des § 287 ZPO reicht es jedoch aus, wenn feststeht, dass der Rauch jeder einzelnen Zigarettenmarke überhaupt irgendwie die Gesundheit des Passivrauchers tangiert hat<sup>26</sup>. Kommt man so zu einer Anwendbarkeit des § 287 ZPO, stellt sich – anders als im Umweltrecht – nicht das unlösbare Problem, wegen der Komplexität des Schadensvorgangs die einzelnen Schadensanteile nicht sachgerecht einschätzen zu können. Denn als Richtschnur bietet sich hier der über den entsprechenden Zeitraum hinweg ermittelte durchschnittliche Marktanteil der einzelnen Zigarettenmarken an. Dieser gibt im Zweifel einen zutreffenden Aufschluss über den Querschnitt der „Rauchmischung“, der ein Passivraucher über die Jahre hinweg in der Öffentlichkeit ausgesetzt gewesen ist. Über § 287 ZPO wird somit für den vorliegenden Fall nichts anderes eingeführt als das aus dem amerikanischen Recht bekannte Prinzip der Marktanteilhaftung (market share liability) – eine solche Haftung ist zwar im deutschen Recht bisher nicht explizit festgeschrieben, lässt sich aber hier in das bestehende rechtliche Instrumentarium ohne weiteres einfügen<sup>27</sup>.

Der Nachweis eines Ursachenzusammenhangs ist für den Kläger somit zwar schwer, insbesondere wenn er Zigaretten verschiedener Unternehmen konsumiert hat oder lediglich als Passivraucher einen Schadensersatzanspruch geltend macht. Angesichts der Beweiserleichterung des Anscheinsbeweises und der Möglichkeit der richterlichen Schadensschätzung nach § 287 ZPO ist ein Nachweis aber keineswegs ausgeschlossen.

## 3. Mitverschulden

Scheitert die Haftung der Tabakindustrie somit weder an der Fehlereigenschaft noch an der Kausalität, entscheidet sich deren Verantwortlichkeit letztlich an der Frage des Mitverschuldens seitens des Rauchers (§§ 6 Abs. 1 ProdHaftG, 254 BGB). Die Tatsache, dass dieser durch den bewussten und gewollten Tabakkonsum seine eigenen Gesundheitsinteressen außer Acht gelassen hat, kann durchaus dazu führen, dass sein Schadensersatzanspruch völlig entfällt, ebenso wie wenn man den Aspekt der Eigenverantwortlichkeit schon im Rahmen der Frage eines Produktfehlers berücksichtigt hätte. Eine Berücksichtigung erst im Rahmen des Mitverschuldens

19 Kullmann aaO (Fn. 7) S. 230; Zekoll NJW 1999, 2722 (2723); vgl. auch BGH VersR 1994, 439 (441) = NJW 1994, 932 (934) (Kindertee II).

20 Teilweise ist auch die Rede von komplementärer Kausalität (vgl. Brüggemeier JZ 1995, 905 [906]; Foerste aaO [Fn. 6] § 42 Rdn. 13).

21 Vgl. BGH VersR 1994, 439 (441) = NJW 1994, 932 (934) (Kindertee II); Foerste aaO (Fn. 6) § 42 Rdn. 12 f.

22 Etwa wenn der Kläger nur für einen ganz kurzen Zeitraum eine bestimmte Marke geraucht hat.

23 Anders ist dies bei Kindern und Ungeborenen als Passivrauchern (s. oben bei Fn. 13), die in erster Linie durch den Nikotinkonsum ihrer Eltern geschädigt werden.

24 Vgl. Steffen NJW 1990, 1817 (1821).

25 Vgl. Hager NJW 1991, 134 (139); Steffen NJW 1990, 1817 (1821).

26 Steffen NJW 1990, 1817 (1821); BGH VersR 1983, 985.

27 Auch im jüngsten Grünbuch der Europäischen Kommission zur zivilrechtlichen Haftung für fehlerhafte Produkte wird die Einführung einer „market share liability“ im Interesse einer Beweiserleichterung für den Geschädigten erwogen (Grünbuch der Kommission [„Die zivilrechtliche Haftung für fehlerhafte Produkte“] vom 28. 7. 1999 S. 22 [<http://europa.eu.int/comm/dg15/de/update/consumer/99-580.htm>]).

ist jedoch deshalb sachgerechter, weil es hier nicht zu einer Alles-oder-nichts-Entscheidung kommt, sondern Raum bleibt für ein flexibles Eingehen auf die individuellen Umstände des Einzelfalls.

#### a) Aktivraucher

So wird etwa ein Erwachsener, der heutzutage mit dem Rauchen beginnt, auch die volle Verantwortung für die gesundheitlichen Konsequenzen zu tragen haben. Fraglich ist hingegen, ob dies auch für einen Fall wie den des deutschen Klägers gilt, der in den 70er Jahren begann, als Rauchen noch Ausdruck eines positiven Lebensgefühls und nicht mit der Aura des Schädlichen behaftet war<sup>28</sup>. Mit Sicherheit anders ist der Grad des Mitverschuldens zu beurteilen bei einer Fallkonstellation, wie sie der aktuellen Klage vor einem französischen Gericht zugrunde liegt: Dort ist der führende Tabakfabrikant des Landes von der Witwe eines Rauchers verklagt worden, der bereits im Alter von zwölf Jahren mit dem Rauchen begonnen hatte<sup>29</sup>. Zwar ist auch bei einem Zwölfjährigen bereits von der nach § 254 BGB vorausgesetzten Deliktsfähigkeit i. S. d. § 828 Abs. 2 BGB auszugehen, da hierfür die allgemeine Einsicht, dass man sich selbst vor Schaden zu bewahren hat, ausreicht. Jedoch ist auch im Rahmen des § 254 BGB die bei § 276 Abs. 1 S. 2 BGB geltende Abstufung der Sorgfaltsanforderungen nach Gruppen beizubehalten und daher das Mitverschulden eines Minderjährigen generell geringer zu bewerten als das eines Erwachsenen<sup>30</sup>.

Diese Abstufung ist vor allem auch deshalb gerechtfertigt, weil die gesundheitlichen Konsequenzen des Rauchens nicht sofort und unmittelbar drohen, sondern erst nach langer Zeit, es daher gerade für einen Heranwachsenden besonders schwer ist, ein entsprechendes Gefahrenbewusstsein zu entwickeln. Darüber hinaus ist diese Altersgruppe in besonderem Maße für die Suggestionen und Prophezeiungen der Werbung anfällig, was umso mehr ins Gewicht fällt, falls es zutrifft, dass die Tabakindustrie ihr Marketing zum Teil gezielt auf diese Gruppe ausgerichtet hat<sup>31</sup>. Andererseits wird sich der Geschädigte aber erschwerend anrechnen lassen müssen, wenn er mit zunehmendem Alter und Risikobewusstsein trotzdem nicht mit dem Rauchen wieder aufgehört hat. Dies kann jedoch niemals zu einem gänzlichen Haftungsausschluss aufgrund Mitverschuldens führen, schon deshalb, weil es in jedem Fall schwerer ist, mit dem Rauchen aufzuhören als erst gar nicht damit zu beginnen, und erst recht, wenn der Kläger belegen kann, dass er trotz ernstlicher Versuche wegen Nikotinsucht nicht aufhören konnte<sup>32</sup>.

#### b) Passivraucher

Überhaupt kein Mitverschulden trifft schließlich die Gruppe der Passivraucher. Hier käme eine Haftungsminde- rung der Tabakindustrie nur dann in Betracht, wenn jene sich ein Mitverschulden Dritter anrechnen lassen müssten, beispielsweise Kinder das Verhalten ihrer Eltern als den gesetzlichen Vertretern, wenn sie durch deren Nikotinkonsum einen Gesundheitsschaden erlitten haben. Eine solche Zurechnung über § 254 Abs. 2 S. 2 BGB (i. V. m. § 6 Abs. 1 Halbs. 1 ProdHaftG) scheitert aber daran, dass vor dem Zeitpunkt des Verletzungseintritts noch keine rechtliche Sonderverbindung i. S. d. § 278 BGB bestanden hat<sup>33</sup>. Das Tabakunternehmen haftet somit zumindest als Gesamtschuldner für den ganzen Schaden, und es kommt lediglich ein Rückgriff auf den Nebenschädiger infrage<sup>34</sup>. Entsprechend schließt auch § 6 Abs. 2 S. 1 ProdHaftG eine Minderung der Haftung des Herstellers aus, wenn ein Dritter den Schaden mit- verursacht haben sollte.

### III. Ergebnis

Eine Haftung der Tabakindustrie scheitert weder an der Annahme eines Produktfehlers noch an dem Nachweis eines Ursachenzusammenhangs zwischen Fehler und Gesundheitsschaden. Inwieweit ein Schadensersatzanspruch möglicherweise begrenzt oder ausgeschlossen ist, hängt vom jeweiligen Grad des Mitverschuldens seitens des Klägers ab. Hierbei ist in erster Linie zu berücksichtigen, ob der Kläger ein Aktiv- oder Passivraucher ist, zu welcher Zeit und in welchem Alter er mit dem Rauchen begonnen hat und ob er ernsthaft versucht hat, das Rauchen wieder aufzugeben.

28 Im Juli vergangenen Jahres hat erstmals in Deutschland ein an Lungenkrebs erkrankter Raucher die Tochtergesellschaften zweier amerikanischer Zigarettenunternehmen auf Schadensersatz verklagt (FAZ vom 14. 7. 1999 S. 4).

29 FAZ vom 9. 9. 1999 S. 21. Inzwischen hat das französische Gericht festgestellt, dass der Tabakhersteller eine Mitverantwortung für die Erkrankung des Rauchers trägt (FAZ vom 10. 12. 1999 S. 20).

30 BGHZ 39, 281 (283); *Grunsky* aaO (Fn. 15) § 254 Rdn. 21; *Schiemann* in Staudinger aaO (Fn. 7) § 254 Rdn. 39.

31 Vgl. *Zekoll* NJW 1999, 2722 (2723).

32 Dafür reicht es allerdings nicht, dass der Geschädigte das Aufhören irgendwie probiert hat. Vielmehr muss er ernsthafte und nachhaltige Anstrengungen unternommen haben, etwa unter ärztlicher Betreuung und mit Hilfe von Ersatznikotinprodukten (z. B. Nikotinpflaster und -kaugummi).

33 Vgl. BGH VersR 1992, 96 (99 f.) = NJW 1992, 560 (563) (Kindertee I).

34 Vgl. *Foerste* aaO (Fn. 6) § 40 Rdn. 7 ff.