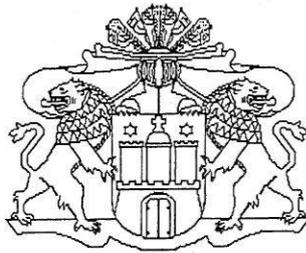


U 12309-6

EINGEGANGEN
RECHTSANWÄLTE U. NOTARE
EB 24 AUG. 2009



HANSEATISCHES OBERLANDESGERICHT
URTEIL
IM NAMEN DES VOLKES

Geschäftszeichen:
5 U 11/08
406 O 175/07

Verbraucherzentrale

Bundesverband

25. Aug. 2009

Verkündet am:
19. August 2009
Justizfachangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

EINGEGANGEN

In dem Rechtsstreit

**Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände
Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.,**
vertreten durch den Vorstand Gerd Billen,
Märkische Straße 66, 10969 Berlin

- Klägerin und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte/r:



gegen

British American Tobacco GmbH,
vertreten durch den Geschäftsführer [Redacted]
Alsterufer 4, 20354 Hamburg

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

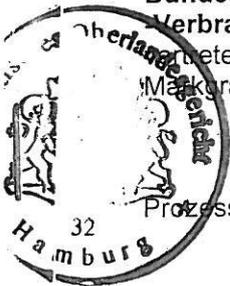
Prozessbevollmächtigte/r:



hat das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg, 5. Zivilsenat, durch die Richter



nach der am 08. Juli 2009 geschlossenen mündlichen Verhandlung für Recht erkannt:



Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichts Hamburg – Kammer 6 für Handelssachen – vom 14.12.2007 teilweise geändert :

Die Beklagte wird verurteilt, es bei Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu € 250.000, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu unterlassen,

durch geschäftliche Handlungen für Tabakerzeugnisse in Zeitschriften wie nachfolgend abgebildet zu werben bzw. werben zu lassen, sofern nicht die Voraussetzungen des § 21a Abs.3 S.2 VTabakG erfüllt sind,

Unser wichtigstes Cigarettenpapier.

Bestellen Sie unseren Social Report. Immer noch gibt es Unternehmen, die unreflektiert Augenwischerrei betreiben und die Dinge nicht so sehen wollen, wie sie sind. BAT stellt sich nicht nur den kritischen Fragen, sondern beweist Engagement mit vielfältigen Taten. Wie wir uns konkret mit der Problematik des Cigarettenkonsums auseinandersetzen, können Sie jetzt im aktuellen Social Report nachlesen. Sie finden ihn auf unserer Homepage www.bat.de oder Sie fordern eine kostenlose Printausgabe an unter Fax 040-41512732.



**BRITISH AMERICAN
TOBACCO
GERMANY**

In Deutschland vertreibt British American Tobacco (Germany) GmbH u.a. die folgenden Marken: Lucky Strike, HS, Pall Mall, Winfield, Lord, Dumhill, Cavalosca Blondes, Prince, Westpoint, Samson, Jovante Jüngere, Schwarzer Raucher

Die EG-Gesundheitsminister: Rauchen kann tödlich sein.

3
3a

Im Übrigen wird die Berufung des Klägers zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits in erster Instanz tragen die Parteien je zur Hälfte. Die Kosten der Berufung hat die Beklagte allein zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung von € 31.000 abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Der Kläger kann eine Vollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung von 110 % des aufgrund dieses Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte zuvor Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu volltreckenden Betrages

Die Revision wird zugelassen.

Gründe

I.

Der Kläger ist der Dachverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände und als sog. qualifizierte Einrichtung gemäß § 8 Abs.3 Nr.3 UWG zur Verfolgung von Verstößen gegen das UWG berechtigt. Er nimmt die Beklagte, die verschiedene Tabakerzeugnisse in Deutschland herstellt und vertreibt, wegen eines Verstoßes gegen das Verbot, in der Presse oder in einer anderen gedruckten Veröffentlichung für Tabakerzeugnisse zu werben (§ 21a Abs.3 S.1 Vorläufiges Tabakgesetz – VTabakG) und wegen eines Verstoßes gegen §§ 22 Abs.2 Nr. 1a VTabakG gemäß den §§ 3, 4 Nr.11, 8 Abs.1 UWG auf Unterlassung in Anspruch. Außerdem verlangt er den Ersatz von Abmahnkosten.

Die Beklagte warb im Mai und Juni 2007 in der SPD-Mitgliederzeitung „Vorwärts“ mit zwei Anzeigen. Die Anzeige von Juni 2007 ist nachfolgend eingeblendet.

Hier einscannen Abbildung Bl.5 d.A.

Hierin sieht der Kläger eine Verletzung des Tabakwerbeverbots nach § 21a Abs.3 S.1 VTabakG und hat erstinstanzlich beantragt, die Beklagte bei Meidung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu verurteilen,

im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs für Tabakerzeugnisse in Zeitungen wie nachfolgend abgebildet zu werben bzw. werben zu lassen (*es folgt die Abbildung der obigen Anzeige*).

Einen entsprechenden Unterlassungsantrag hat der Kläger auch bezüglich der Anzeige von Mai 2007 gestellt und ferner die Zahlung von insgesamt € 400.- für zwei vorgerichtliche Abmahnungen begehrt.

Das Landgericht hat die Klage bezüglich beider Anzeigen abgewiesen. Zum Sachvortrag der Parteien in erster Instanz wird auf den Tatbestand des landgerichtlichen Urteils Bezug genommen.

Mit seiner Berufung verfolgt der Kläger nur noch seinen Unterlassungsantrag bezüglich der Anzeige von Juni 2007 weiter und begehrt außerdem die Zahlung von € 200.- Abmahnkosten. Den Unterlassungsantrag hat er zuletzt so gestellt, wie er in diesem Urteil tenoriert worden ist.

Der Kläger ist der Auffassung, dass es sich bei der streitigen Anzeige um eine Werbung i.S. d. § 21a VTabakG handele, die entgegen der Meinung des Landgerichts auch nicht von der Meinungsfreiheit nach Art.5 Abs.1 GG gerechtfertigt werde.

In weiteren Schriftsätzen trägt er vor, dass die Kommission der Europäischen Gemeinschaften in der sog. Imagewerbung eines Unternehmens auch ein Mittel zur Vermarktung von Produkten sehe (Anlage K 5). Entgegen der Auffassung des Landgerichts müsse der „Vorwärts“ als eine Publikumszeitschrift angesehen werden, denn als solche werde er in der Datenbank des IVW für Publikumszeitschriften gelistet. Er könne abonniert, gekauft oder als Freistücke abgegeben werden. Jeder Interessent erhalte den „Vorwärts“ auf einfache Anfrage zugeschickt.

Schließlich folge aus Ziff.18 der Begründungserwägungen zur Richtlinie 2003/33/EG, dass das Werbeverbot für Tabakwaren bereits unter Berücksichtigung der Meinungsfreiheit erlassen worden sei. Wenn der Senat der Auffassung des Landgerichts folgen wolle, wäre der Rechtsstreit dem EUGH gemäß Art. 234 EGV vorzulegen.

Die Beklagte verteidigt das erstinstanzliche Urteil. Den ergänzenden Sachvortrag zu Zielgruppe, Erscheinungsort und Bezugsmöglichkeiten des „Vorwärts“ rügt sie als verspätet.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivortrags wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung des Klägers ist hinsichtlich des Unterlassungsantrags auch begründet. Hinsichtlich der Erstattung von Abmahnkosten hat sie hingegen keinen Erfolg. Im Einzelnen :

1.Gegenstand des zuletzt gestellten Unterlassungsantrags ist das Verbot, durch geschäftliche Handlungen für Tabakerzeugnisse in Zeitschriften gemäß der im Antrag eingeblendeten Anzeige zu werben bzw. werben zu lassen, sofern nicht die Voraussetzungen des § 21 a Abs.3 S.2 VTabakG erfüllt sind.

a) Gegenstand des Verbots ist also die konkrete Verletzungsform dieser Anzeige, allerdings ohne Beschränkung auf eine Veröffentlichung in der Zeitschrift „Vorwärts“.

b) Die dem Antrag hinzugefügte Ausnahme aus dem Verbot, also der mit „sofern..“ beginnende Satz trägt den Bedenken der Beklagten Rechnung, der Antrag in der ursprünglichen Form sei zu weit, weil gemäß § 21a Abs.3 S.2 VTabakG in bestimmten Zeitschriften doch für Tabakerzeugnisse geworben werden könne.

Hierin liegt zwar eine Einschränkung des ursprünglich beantragten Verbots, diese rechtfertigt indessen keine teilweise Kostenbelastung des Klägers. Denn zwischen den Parteien war stets unstrittig, dass eine der Ausnahmen des § 21a Abs.3 S.2 VTabakG vorliegend nicht gegeben ist. Auch gibt es keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger mit seinem Unterlassungsantrag ein über den gesetzlichen Verbotsumfang hinausgehendes gerichtliches Verbot erreichen wollte.

Das Verbot in seiner jetzigen Fassung ist auch nicht zu unbestimmt, weil die Ausnahme – der „sofern“-Satz – lediglich auf den Gesetzestext von § 21a Abs.3 S.2 VTabakG Bezug nimmt, der wiederum drei Ausnahmen mit teilweise auslegungsbedürftigen Rechtsbegriffen enthält. Der Senat hat in einem früheren Verfahren zum Aktz. 5 U 36/07, welches das Verbot betraf „für Tabakerzeugnisse im Internet zu werben, sofern nicht die Voraussetzungen des §§ 21a Abs.3 S.2 des Vorläufigen Tabakgesetzes erfüllt sind“, hierzu folgendes ausgeführt :

„1. Die konkrete Fassung des Unterlassungsantrags erweist sich letztlich auch nach Auffassung des Senats als zulässig. Das Landgericht hat zutreffend darauf hingewiesen, dass die Formulierung eines an den Gesetzeswortlaut angelehnten Unterlassungsantrages nicht grundsätzlich zu beanstanden ist.

a. Allerdings ist in der höchstrichterlichen Rechtsprechung anerkannt, dass ein auf die Verurteilung zur Unterlassung gerichteter Unterlassungsantrag, der sich darauf beschränkt, die Tatbestandsmerkmale des Gesetzes, auf das er sich stützt, wieder zu geben, grundsätzlich unbestimmt ist (BGH GRUR 00, 438, 440 – Gesetzeswiederholende Unterlassungsanträge). Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die in die Antragsfassung übernommenen Tatbestandsmerkmale bei ihrer Anwendung auf konkrete Fälle in vieler Hinsicht der Auslegung bedürfen werden und deshalb als Bestandteil eines Unterlassungsantrags den Anforderungen des Bestimmtheitsgebots, das angestrebte Verbot klar zu umreißen, nicht genügen können (BGH GRUR 00, 438, 440 – Gesetzeswiederholende Unterlassungsanträge). Die bloße Wiedergabe des gesetzlichen Verbotstatbestandes genügt dem Erfordernis der Bestimmtheit jedenfalls dann nicht, wenn streitig ist, welche von mehreren Verhaltensweisen dem gesetzlichen Verbotstatbestand unterfällt.

b. Ein derartiger Sachverhalt liegt hier jedoch im Ergebnis nicht vor.

aa. Allerdings besteht zwischen den Parteien grundlegender Streit über die Auslegung von Rechtsvorschriften, auf die sich der Unterlassungsantrag bezieht. Der Ausnahmeregelung des § 21a Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 i.V.m. Abs. 4 VTabakG entnimmt die Antragsgegnerin – anders als die Antragstellerin – im Ergebnis eine Befugnis, Tabakwerbung unverändert sowohl in Printmedien als auch im Internet an eine "geschlossene Benutzergruppe" der Raucher zu richten. Sie hat in diesem Zusammenhang insbesondere betont, dass an das Kriterium eines "redaktionellen Inhalts" keine besonderen Anforderungen zu stellen sind. Damit wäre auf der Grundlage ihrer Auffassung durch diese Ausnahmeregelung - i. V. m. Abs. 4 - letztlich auch ihr Internetauftritt gerechtfertigt, wie dieser aus der Anlage AS5 zu ersehen ist, solange nur sichergestellt ist, dass sich dieser ausschließlich an Raucher richtet (von den übrigen Voraussetzungen der Volljährigkeit und des ausschließlichen Inlandsbezugs einmal abgesehen).

bb. Diese Bewertungsunterschiede führen indes nicht zur Unzulässigkeit des gestellten Antrags.

aaa. Der Antragsteller-Vertreter hat in der Senatssitzung zutreffend darauf hingewiesen, dass eine etwaige Unbestimmtheit nicht das begehrte Verbot als solches, sondern diejenigen Sachverhalte beträfe, mit denen sich die Antragsgegnerin aus einem gesetzlich klar umschriebenen Verbotsbereich heraus bewegen könnte. Bereits dieser Umstand steht bei der hier konkret gegebenen Sachlage einer Unzulässigkeit des gestellten Verfügungsantrags entgegen.

bbb. Der Antragsteller-Vertreter hat ebenfalls ausgeführt, dass es angesichts der Komplexität der Regelungsmaterie und der hiervon umfassten Lebenssachverhalte ihm letztlich nicht möglich sei, das begehrte Verbot verbal eindeutiger, aber zugleich umfassend zu formulieren. Diese Darstellung ist für den Senat nachvollziehbar und auch seitens der Antragsgegnerin ohne hinreichend substantiierten Widerspruch geblieben. Auch hieraus ergibt sich die Zulässigkeit der gewählten Fassung des Antrags.

ccc. Allerdings hatte die Antragsgegnerin in diesem Zusammenhang geltend gemacht, die Antragstellerin könne (bzw. müsse) in einem derartigen Fall ihren Angriff auf die konkrete Verletzungsform beschränken. Eine derartige Beschränkung - die stets möglich ist - hält der Senat indes im vorliegenden Fall weder für sachgerecht noch für zielführend. Denn die Parteien streiten erklärtermaßen um ein abstraktes Normverständnis nationaler und gemeinschaftsrechtlicher Regelungen. Selbst wenn der Internetauftritt der Antragsgegnerin für ihre Marke „Lucky Strike“ (Anlage AS5) zum Anlass für den vorliegenden Rechtsstreit genommen worden ist, beziehen (bzw. beschränken) sich die rechtlichen Bedenken der Antragstellerin erkennbar nicht auf die konkrete Art und Weise dieses Internetauftritts. Es geht vielmehr im Kern - abstrahierend - darum, ob sich die Antragsgegnerin mit Produktwerbung bzw. -darstellung in diesem Medium überhaupt an einem eingeschränkten

Kreis der Öffentlichkeit wenden darf. Für die Klärung dieser allgemeinen Rechtsfrage wäre ein auf die konkrete Verletzungsform bezogenes bzw. beschränktes Verbot letztlich nicht zielführend. Denn es könnte die allgemeine Rechtsfrage nicht zufriedenstellend beantworten.

ddd. Dementsprechend hält es der Senat jedenfalls im Hinblick auf die vorliegende Sachverhaltskonstellation für unvermeidlich, verbleibende Ungewissheiten über die Reichweite des Verbotstitels in ein etwaiges Zwangsvollstreckungsverfahren zu verlagern. Ein derartiges Vorgehen ist für andere Sachverhaltskonstellationen auch höchstrichterlich anerkannt. Müsste in bestimmten Sachverhaltskonstellationen (z.B. bei Belästigungen i.S.v. § 7 Abs. 1 UWG) ein Unterlassungsantrag entsprechend den festgestellten Besonderheiten des festgestellten Einzelfalles gefasst werden, wäre für den Kläger eine antragsgemäße Verurteilung in aller Regel nutzlos, weil der konkrete Wettbewerbsverstoß kaum jemals in gleicher Weise wiederholt werden kann. Dies würde auch die Wirksamkeit des Schutzes gegen unlauteren Wettbewerb in bestimmten Situationen beeinträchtigen. Es ist deshalb bei der Fassung des Klageantrags und des entsprechenden Urteilsausspruchs hinzunehmen, dass das Vollstreckungsgericht bei der Beurteilung behaupteter Verstöße gegen ein in bestimmter Weise gefasstes Unterlassungsgebot auch Wertungen vornehmen muss (BGH CR 05, 338, 340 – Ansprechen in der Öffentlichkeit II). Entsprechende Überlegungen gelten auch im vorliegenden Fall.“

Diese Ausführungen gelten im vorliegenden Fall erst recht, wo zwischen den Parteien nicht einmal streitig ist, ob die angegriffene Anzeige der Beklagten unter die Ausnahmevorschrift des § 21a Abs.3 S.2 VTabakG fällt.

c) Die Rüge der Beklagten in erster Instanz, dass sie keine Begehungsfahr für ein „werben lassen“ gesetzt habe, ist unbegründet. Es handelt sich um eine anerkannte Verallgemeinerung der konkreten Verletzungsform, mit der eine Umgehung des Verbots durch Beauftragung eines Dritten erfasst werden soll.

2. Bei § 21 a Abs.3 S.1 VTabakG handelt es sich um eine Vorschrift, die im Sinne des § 4 Nr.11 UWG auch dazu bestimmt ist, das Marktverhalten zu regeln. Hierüber besteht zwischen den Parteien richtigerweise kein Streit.

3. Die Mitgliederzeitung „Vorwärts“ der SPD ist zumindest eine „andere gedruckte Veröffentlichung“ i.S. v. § 21a Abs.3 S.1 VTabakG.

a) Nach Auffassung des EUGH in seinem Urteil vom 12.12.2006 zum Aktz. C-380/03 (erfolglose Nichtigkeitsklage Deutschlands gegen die Richtlinie 2003/33/EG) erfasst der Ausdruck „gedruckte Veröffentlichungen“ im Art.3 Abs. 1 der Richtlinie, die § 21a VTabakG zugrunde liegt, solche Zeitungen, Zeitschriften und Magazine, die sich an eine breite Öffentlichkeit wenden, nicht aber Mitteilungsblätter lokaler Vereine, Programmhefte kultureller Veranstaltungen, Plakate, Telefonbücher

oder Hand- und Werbezettel. Der EUGH folgert aus der vierten Begründungserwägung der Richtlinie, dass nur bei Medien, die sich an eine breite Öffentlichkeit wenden, durch ein einheitliches Tabakwerbeverbot der freie Verkehr im Binnenmarkt gewährleistet werden solle (vgl. dazu Rz.84 – 86 des EUGH-Urteils).

Die Beklagte ist dem Vortrag des Klägers mit Schriftsatz vom 9.11.2007, wonach der „Vorwärts“ auch von nicht SPD-Mitgliedern abonniert werden könne und an Kiosken und in Zeitungsgeschäften erhältlich sei, bis und in der Verhandlung vor dem Landgericht am 26.11.2007 nicht mehr entgegengetreten. Soweit in dem Schriftsatz der Beklagten vom 24.3.2009 ein diesbezügliches Bestreiten zu sehen sein sollte (tatsächlich bezieht sich dieser wohl nur auf den Vortrag des Klägers aus dem Schriftsatz v. 18.3.2009) , wäre dies in der Berufungsinstanz verspätet; Gründe für eine Zulassung des etwaigen Bestreitens nach § 531 Abs.2 ZPO sind nicht ersichtlich.

Im Übrigen ist auch gerichtsbekannt, dass der „Vorwärts“ eine namhafte, regelmäßig erscheinende Publikation einer großen Volkspartei ist. Mit dem Mitteilungsblatt eines lokalen Vereins, wie sie der EUGH als Beispiel nennt, ist der „Vorwärts“ nicht vergleichbar. Es liegt eine gedruckte Veröffentlichung vor, die sich mit Beiträgen zu gesellschaftlichen und politischen Fragen an eine breite Öffentlichkeit wendet und die jedenfalls potenziell auch grenzüberschreitend vertrieben werden könnte, zumal sich auch die SPD grenzüberschreitend im Binnenmarkt betätigt, etwa durch ihre Abgeordneten im Europa-Parlament.

b) Allerdings ist nicht einmal erforderlich, dass nur solche „gedruckte Veröffentlichungen“ von § 21 a Abs.3 S.1 VTabakG in richtlinienkonformer Auslegung erfasst werden, die **tatsächlich oder jedenfalls potenziell** grenzüberschreitend vertrieben werden. Eine solche Einschränkung lässt sich dem Wortlaut der Vorschrift nicht entnehmen und ergibt sich entgegen der Meinung der Beklagten auch nicht aus dem Urteil des EUGH vom 12.12.2006 zur Richtlinie 2003/33/EG . Auch zu dieser Frage hat sich der Senat in seinem Urteil zum Aktz. 5 U 36/07 bereits positioniert, dort im Zusammenhang mit einer Internetwerbung für Tabakerzeugnisse, für die das Werbeverbot nach § 21a Abs.3 VTabakG über Abs.4 entsprechende Anwendung findet. Es heißt dort u.a. :

„Der Senat ist mit dem Landgericht der Auffassung, dass selbst bei einer richtlinienkonformen Auslegung das in § 21a Abs. 3 u. 4 VTabakG normierte Werbeverbot nicht - ohne Rücksicht auf den insoweit eindeutigen Wortlaut des nationalen Gesetzes und der EU-Richtlinie - allein auf die für den Erlass der Richtlinie 2003/33/EG maßgebliche Frage reduziert werden kann, ob auch eine grenzüberschreitende Wirkung bzw. Beeinträchtigung besteht bzw. zu befürchten ist. Der Antragsgegnerin ist ohne Zweifel darin zuzustimmen, dass diese Überlegungen sowohl für den Richtliniengeber als auch für den EuGH bei der Frage nach Sinn und Zweck sowie Erstreckung des Werbeverbots für Tabakwaren im Vordergrund gestanden haben. ...

b. Der Senat teilt deshalb die Auffassung des Landgerichts, dass der Anwendungsbereich von § 21a Abs. 3 und 4 VTabakG nicht – entgegen seinem Wortlaut – teleologisch auf solche Sachverhalte zu reduzieren bzw. primärrechtlich auszulegen ist, die eine potenziell grenzüberschreitende Wirkung haben.

aa. Ein "ungeschriebenes Erfordernis", dass das Verbot nur gilt, wenn die jeweiligen Tabakwerbung potenziell grenzüberschreitende Wirkung haben kann, ist nicht Gesetz geworden. Hierzu hat das Landgericht die zutreffenden Ausführungen gemacht, auf die der Senat Bezug nehmen kann. Eine Wiederholung ist nicht veranlasst. Es ist lediglich darauf hinzuweisen, dass der nationale Gesetzgeber selbst dann, wenn eine bestimmte Vorschrift erklärtermaßen der Umsetzung einer EU-Richtlinie dient, in der konkreten Formulierung z. B. von Verschärfungen solange frei ist, als diese nicht dem Regelungsgegenstand dieser Richtlinie bzw. anderer Vorschriften zuwiderlaufen. Da die maßgebliche Richtlinie gerade keine eindeutige Einschränkung der Zulässigkeit der Tabakwerbung im Internet enthielt, konnte auch der deutsche Gesetzgeber Abs. 4 von § 21a VTabakG entsprechend einschränkungslos formulieren. Der Senat ist mit dem Landgericht der Auffassung, dass auf die von der Antragsgegnerin konstruierten Einschränkungen insoweit auch bewusst verzichtet worden ist, weil die Richtlinie hierfür zumindest keine hinreichende tragfähige Regelungsbevollmächtigung enthält. Dementsprechend kommt es auch auf die Ausführungen der Antragsgegnerin dazu, ob bzw. dass der deutsche Gesetzgeber lediglich den zwingenden Regelungsgehaltsrichtlinie 2003/33/EG umsetzen wollte, nicht weiter an. Denn inhaltlich geht der deutsche Gesetzgeber mit Abs. 4 von § 21a VTabakG über den Regelungsinhalt nicht hinaus, allenfalls enthält die gewählte Formulierung eine zulässige Konkretisierung.....

cc. Der Senat teilt zwar die Auffassung der Antragsgegnerin, dass für die Beurteilung der Reichweite einer Richtlinie des Gemeinschaftsrechts sowie der ihrer Umsetzung dienenden nationalen Norm die von dem EuGH aufgestellten Rechtsgrundsätze zu beachten sind. Indes vermag der Senat der Entscheidung des EuGH vom 12.12.06 (Anlage AS3) nicht das einschränkende Verständnis zu entnehmen, auf welches die Antragsgegnerin ihre Rechtsverteidigung maßgeblich stützt. Der EuGH spricht in Erwägungsgrund 53 gerade ausdrücklich und einschränkungslos, von dem Internet als "dem grenzüberschreitenden Medium par excellence" und stellt in Erwägungsgrund 63 fest, dass die Tabakwerbung unter anderem im Internet grenzüberschreitenden Charakter hat. In den folgenden Ausführungen beschäftigt sich der EuGH auch nicht etwa mit der Frage, wie Art. 3 der Richtlinie in seiner konkreten Anwendung auf den Einzelfall zu verstehen ist. Gegenstand des Verfahrens war vielmehr eine Klage der Bundesrepublik Deutschland auf Nichtigerklärung unter anderem dieses Artikels der Richtlinie. Die Ausführungen des EuGH beschäftigen sich dementsprechend in erster Linie mit der Frage, ob bzw. warum der Richtliniengeber eine Rechtsgrundlage sowie eine Veranlassung dafür hatte, entsprechende Sachverhalte zu regeln und ob diese

Regelung sachlich gerechtfertigt und verhältnismäßig ist. Soweit sich der EuGH in Erwägungsgrund 79 mit dem Verständnis der dortigen Klägerin auseinandersetzt, Art. 3 der Richtlinie erfasse nur nationale Werbeträger ohne grenzüberschreitende Wirkung, entnimmt der Senat auch dieser Äußerung nicht eine für die richtlinienkonforme Auslegung von § 21a VTabakG maßgebliche Äußerung. Denn in diesem Zusammenhang befasst sich der EuGH ausschließlich mit der Frage, ob Artikel 95 EG als Rechtsgrundlage infrage kommt und stellt fest, dass dieses Ergebnis durch die Schlussfolgerung der Klägerin "nicht in Frage gestellt" wird. Eine derartige Äußerung konkretisiert die Anwendung der Norm nicht auf das einschränkende Normverständnis der Antragsgegnerin. Soweit die Antragsgegnerin etwa Erwägungsgrund 149 Gegenteiliges entnimmt, teilt der Senat diese Auffassung ebenfalls nicht. Denn diese Ausführungen des EuGH sind vor dem Hintergrund zu verstehen, dass der Gerichtshof - ebenso wie der Richtliniengeber - das Internet generell als grenzüberschreitendes Medium ansieht.

dd. Letztlich vermag der Senat selbst der Entscheidung des EuGH vom 12.12.06 nicht mit der erforderlichen Deutlichkeit das von der Antragsgegnerin favorisierte Verständnis der Richtlinie zu entnehmen. Deshalb scheidet dieses Urteil als hinreichend eindeutige Grundlage für eine richtlinienkonforme Auslegung im Sinne der Antragsgegnerin aus. Dem Ziel einer einheitlichen Umsetzung einer Richtlinie in den 27 Mitgliedstaaten der Gemeinschaft kann in der Regel ohnehin nur dann Rechnung getragen werden, wenn der eindeutige - hier einschränkungslose - Wortlaut des Richtlinienwortes die Grenze des maßgeblichen Verständnisses einer nationalen Auslegung bildet. Dies gilt insbesondere für mögliche Ausnahmeregelungen. Die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts und der Gleichheitsgrundsatz verlangen es, dass die Begriffe einer Vorschrift des Gemeinschaftsrechts, die für die Ermittlung ihres Sinnes und ihrer Bedeutung nicht ausdrücklich auf das Recht der Mitgliedsstaaten verweist, in der Regel in der gesamten Gemeinschaft autonom und einheitlich auszulegen sind, wobei die Auslegung unter Berücksichtigung des Regelungszusammenhangs und des mit der Regelung verfolgten Zwecks zu ermitteln ist (EuGH GRUR.03, 425, 427- Ansul/Ajax). Zwar hat der Senat als nationales Gericht bei der Anwendung innerstaatlicher Rechtsvorschriften, die speziell zur Umsetzung einer Richtlinie erlassen worden sind, in Anbetracht des Art 249 Abs. 3 EG davon auszugehen, dass der Staat, wenn er von dem ihm durch eine Bestimmung eingeräumten Gestaltungsspielraum Gebrauch gemacht hat, die Absicht hatte, den sich aus der Richtlinie ergebenden Verpflichtungen in vollem Umfang nachzukommen (EuGH NJW 04, 3547, 3549 - Bernhard Pfeiffer/Deutsches Rotes Kreuz). Insoweit wird der von der Antragsgegnerin in den Vordergrund ihrer Argumentation gestellten systematischen, primärrechtskonformen Auslegung aber durch den Wortlaut der Richtlinie eine Grenze gesetzt, die im vorliegenden Fall auch durch die Rechtsprechung des BGH keine hinreichend eindeutige Einschränkung erfahren hat. Eine abweichende Handhabung hätte eine erhebliche Rechtsunsicherheit zur Folge, die zum Zwecke der Harmonisierung durch die

Richtlinie gerade behoben werden sollte. Auf diese Gefahr weist auch der EuGH in Erwägungsgrund Nr. 4 seines Urteils vom 12.12.06 ausdrücklich hin.“

4. Bei der Anzeige der Beklagten handelt es sich um eine „Werbung für Tabakerzeugnisse“ i.S.v. § 21a VTabakG i.V.m. Art.2 b der Richtlinie 2003/33/EG . Danach ist Werbung „jede Art der kommerziellen Kommunikation mit dem Ziel oder der direkten oder indirekten Wirkung, den Verkauf eines Tabakerzeugnisses zu fördern“.

a) Die Beklagte meint, dass keine Werbung für Tabakerzeugnisse, sondern nur eine solche für ihr Unternehmen vorliege, und verweist in diesem Zusammenhang auf den auch in Art.2 b der Richtlinie 2003/33/EG verwendeten Begriff der „kommerziellen Kommunikation“. Für diesen Begriff werde in einer anderen Richtlinie, nämlich der Richtlinie 2000/31/EG, unterschieden zwischen Kommunikation, die der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes von Waren und Dienstleistungen **oder** des Erscheinungsbildes eines Unternehmens diene (Art.2 f der Richtlinie 2000/31/EG)

Nach Auffassung des Senats ist allein Art.2 b der Richtlinie 2003/33/EG für die Auslegung des Begriffs der Werbung in § 21a VTabakG zugrunde zu legen, wie es auch ausdrücklich im Gesetz angeordnet ist. Der Begriff der „Werbung“ wird z.B. in der Richtlinie 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung wiederum eigenständig definiert und gilt dann für den Anwendungsbereich dieser Richtlinie (Art.2 a der Richtlinie 2006/114/EG : „Werbung“ jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, zu fördern“). Es entspricht der Gesetzestechnik des EU-Gesetzgebers, dieselben Begriffe in verschiedenen Normen eigenständig und damit auch unterschiedlich zu definieren.

b) Nach Art. 2 b der Richtlinie 2003/33/EG genügt für den Begriff der Werbung eine Kommunikation, die das Ziel oder die **indirekte Wirkung** hat, den Verkauf eines Tabakerzeugnisses zu fördern. Eine Anzeige wie die vorliegende, in der sich die Beklagte als ein Unternehmen darstellt, das sich in vielfältigen Taten engagiert und sich konkret mit der Problematik des Zigarettenkonsums auseinandersetzt, besitzt eine solche indirekte Wirkung, denn man wird eher geneigt sein, die Produkte eines solchen Unternehmens zu kaufen als eines solchen, das sich um die Gefahren des Rauchens keinerlei Gedanken macht. Dabei ist es nach der Definition der Richtlinie nicht erforderlich, dass die Beklagte mit der Anzeige selbst **das Ziel** verfolgt hat, den Absatz ihrer Produkte zu fördern. Es genügt alternativ die **indirekte Wirkung**. Jedenfalls in Verbindung mit der Nennung der Marken einzelner Tabakerzeugnisse in der Fußnote der Anzeige kann das Vorliegen einer Werbung nicht zweifelhaft sein, auch wenn diese Fußnote in deutlich kleinerer Schrift als die restliche Anzeige gehalten ist.

Für eine weite Auslegung des Begriffs der Werbung im Zusammenhang mit dem Tabakwerbeverbot spricht schließlich auch, dass die Richtlinie und das VTabakG sogar das Sponsoring von

Hörfunkprogrammen und grenzüberschreitenden Veranstaltungen verbietet, also Aktivitäten, bei denen das Tabakunternehmen auch unerkannt im Hintergrund bleiben kann.

5. Der Senat folgt dem Landgericht im Grundsatz dahin, dass § 21 a Abs.3 S.1 VTabakG verfassungskonform auszulegen ist. Trotz des Werbeverbots für Tabakerzeugnisse kann es einem Tabakunternehmen nicht gänzlich verwehrt werden, im Rahmen der Meinungsäußerungsfreiheit auch Imagewerbung für sein Unternehmen als solches betreiben zu dürfen, selbst wenn diese eine indirekte Werbewirkung für seine Erzeugnisse besitzt.

a) Die Anzeige enthält jedenfalls auch eine Meinungsäußerung der Beklagten. Denn aus ihr ergibt sich die Auffassung der Beklagten, dass sie im Gegensatz zu anderen Unternehmen Engagement in vielfältigen Taten beweise, insbesondere durch die konkrete Auseinandersetzung mit der Problematik des Zigarettenkonsums. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind auch kommerzielle Meinungsäußerungen von der Meinungsfreiheit geschützt, insbesondere die sog. Imagewerbung eines Unternehmens (BVerfG GRUR 2001, 170, 173 – Schockwerbung ; GRUR 2003,442 – Benetton-Werbung II). Die Normen des Wettbewerbsrechts stellen zwar „allgemeine Gesetze“ i.S.d. Art 5 Abs.2 GG dar, sie sind jedoch ihrerseits im Lichte der wertsetzenden Bedeutung dieser Grundsätze zu sehen und so in ihrer grundrechtsbeschränkenden Wirkung selbst wieder einzuschränken (BVerfGE 12, 124 F.; BGH GRUR 95, 593, 597 – Kinderarbeit).

b) Diese Grundsätze sind auch anwendbar, wenn es sich um ein grundrechtsbeschränkendes Gesetz handelt, das eine europäische Richtlinie umsetzt. Es ist anerkannt, dass sich der Schutz der Meinungsäußerungsfreiheit nach Art.10 EMRK (Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte) auch auf wettbewerbliche Äußerungen erstreckt (Nachweise bei Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 26.Aufl., § 3 Rn.29)

Nach der Rechtsprechung des EUGH gehört das Grundrecht der Meinungsfreiheit gemäß Art.10 EMRK zu den Rechtsgrundsätzen, deren Wahrung er zu sichern hat (EUGH v.25.3.2004, C-71/02, Rz.48). Unter Bezugnahme auf dieses Urteil hat der EUGH in seiner Entscheidung vom 12.12.2006 zur Richtlinie 2003/33/EG Folgendes ausgeführt :

„154. Nach ständiger Rechtsprechung ist die Freiheit der Meinungsäußerung zwar in Artikel 10 EMRK ausdrücklich anerkannt und bildet eine wesentliche Grundlage einer demokratischen Gesellschaft; sie kann jedoch, wie sich aus Artikel 10 Absatz 2 ergibt, bestimmten durch Ziele des Allgemeininteresses gerechtfertigten Beschränkungen unterworfen werden, sofern diese Ausnahmen gesetzlich vorgesehen sind, einem oder mehreren nach Artikel 10 legitimen Zielen entsprechen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind, d. h. durch ein dringendes gesellschaftliches Bedürfnis gerechtfertigt sind und insbesondere in einem angemessenen Verhältnis zu dem verfolgten legitimen Ziel stehen (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 26. Juni 1997 in der Rechtssache C-368/95, Familiapress, Slg. 1997, I-3689, Randnr. 26, vom 11. Juli 2002 in der Rechtssache C-60/00, Carpenter, Slg. 2002, I-6279, Randnr. 42, vom 12. Juni 2003 in der Rechtssache C-112/00, Schmidberger, Slg. 2003, I-5659, Randnr. 79, und Karner, Randnr. 50).

155. Ebenso ist, worauf das Parlament, der Rat und ihre Streithelfer zutreffend hingewiesen haben, der Entscheidungsspielraum, über den die zuständigen Stellen bei der Abwägung zwischen der Freiheit der Meinungsäußerung und den in Artikel 10 Absatz 2 EMRK genannten Zielen des Allgemeininteresses verfügen, je nach dem Ziel, das eine Beschränkung dieses Rechts rechtfertigt,

und je nach der Art der Tätigkeit, um die es geht, unterschiedlich. Besteht ein gewisser Entscheidungsspielraum, so beschränkt sich die Kontrolle auf die Prüfung, ob der Eingriff in einem angemessenen Verhältnis zu den verfolgten Zielen steht. Dies gilt namentlich für den Gebrauch der Freiheit der Meinungsäußerung im Geschäftsverkehr, in einem Bereich, der so komplex und wandelbar ist wie die Werbung (vgl. insbesondere Urteil Karner, Randnr. 51).“

Die Ausführungen unter Ziff.155 dürften so zu verstehen sein, dass mit den „zuständigen Stellen“ auch die Gerichte gemeint sind, die – ebenso wie nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – im Einzelfall zwischen den Zielen des werblichen Verbots und der Meinungsfreiheit abzuwägen haben.

Gegenteiliges vermag der Senat entgegen der Ansicht des Klägers auch nicht aus Ziff.18 der Erwägungsgründe zu der Richtlinie 2033/33/EG abzuleiten („ Diese Richtlinie steht im Einklang mit den Grundrechten und befolgt die insbesondere in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union anerkannten Prinzipien. Sie zielt insbesondere darauf ab, die Einhaltung des Grundrechts der freien Meinungsäußerung sicherzustellen“). Aus dieser allgemein gehaltenen Formulierung kann nicht der Schluss gezogen werden, dass die Meinungsäußerungsfreiheit **stets** hinter dem Werbeverbot nach Art.3 Abs.1 der Richtlinie (= § 21 a Abs.3 VTabakG) zurückzustehen habe, und die Abwägung im Einzelfall von vornherein ausgeschlossen ist.

c) Die vorliegende Anzeige kann indessen auch bei verfassungskonformer Anwendung des grundsätzlich uneingeschränkten Werbeverbots aus § 21a Abs.3 VTabakG nicht mit der Meinungsfreiheit gerechtfertigt werden. Die Nennungen der Zigarettenmarken sind zwar in sehr kleiner Schrift gehalten und befinden sich nach Art einer Fußnote am Ende der Anzeige. Andererseits sind sie trotz dieser kleinen Schriftgröße noch deutlich wahrnehmbar.

Vor allem aber besteht inhaltlich zwischen dem Text der Anzeige und den Nennungen der Marken der einzelnen Tabakerzeugnisse keinerlei Beziehung; der Text befasst sich allein mit dem Engagement der Beklagten in vielfältigen Taten und konkret mit der Auseinandersetzung mit der Problematik des Zigarettenkonsums und verweist wegen der Einzelheiten auf die Homepage der Beklagten oder deren Printausgabe. Es ist nicht ersichtlich, inwieweit die einzelnen Tabakprodukte in irgendeiner Weise Teil der in der Anzeige getätigten Meinungsäußerung sein könnten.

Auch das Argument, die Beklagte müsse ihre Erzeugnisse benennen können, da ihr Unternehmensname als solcher eines Tabakunternehmens nicht bekannt sei, vermag den Senat nicht zu überzeugen. Es ist der Beklagten nicht verwehrt, sich als Herstellerin von Tabakprodukten zu identifizieren und dies tut sie auch schon mit dem Slogan „Unser wichtigstes Cigarettenpapier“ und dem weiteren Inhalt des Anzeigentextes. Die hiermit verbundene indirekte Werbewirkung für ihre Erzeugnisse ist in verfassungskonformer Anwendung des Werbeverbots aus § 21a VTabakG noch hinzunehmen. Die Benennung auch einzelner Produkte ist jedenfalls dann nicht mehr von ihrer Meinungsäußerungsfreiheit gedeckt, wenn sie – wie hier – gänzlich beziehungslos zu dem übrigen Anzeigentext erfolgt.

6. Unbegründet ist die Berufung des Klägers hinsichtlich der verlangten Abmahnkosten. Zwar kann der Kläger seine Abmahnkosten als qualifizierte Einrichtung gemäß § 8 Abs.3 Nr.3 UWG grundsätzlich im Wege einer Pauschale abrechnen (s. für Vereine nach § 8 Abs.3 Nr.2 UWG : Hefermehl/Bornkamm/Köhler, UWG, 26.Aufl., § 12 Rn.1.98). Allerdings fehlt hier schon jeglicher Vortrag des Klägers dazu, dass es sich bei den verlangten € 200.- um eine Pauschale handelt, erst recht aber dazu, wie der Betrag von € 200.- errechnet worden sind. Dies ist von der Beklagten bereits in erster Instanz zu Recht beanstandet worden, ohne den Kläger zu ergänzenden Ausführungen zu veranlassen.

Zwar hat der Kläger in seiner vorgerichtlichen Abmahnung (Anlage K 3, S.3) eine Kostenpauschale aufgrund einer Durchschnittskalkulation verlangt. Hierauf hat sich der Kläger trotz der mehrfachen Beanstandung der Beklagten in seinem prozessualen Vortrag jedoch nicht bezogen und die dortigen Ausführungen zum Gegenstand seines prozessualen Vorbringens gemacht.

Die Nebenentscheidungen über die Kosten und die vorläufige Vollstreckbarkeit beruhen auf den §§ 92 Abs. 1, 708 Nr.10, 711 ZPO. Der Senat hat die Revision gemäß § 543 Abs.2 Nr.1 ZPO zugelassen. Nach Auffassung des Senats hat die Frage, inwieweit trotz des uneingeschränkten Werbeverbots nach § 21a Abs.3 VTabakG für Tabakerzeugnisse ihre indirekte Bewerbung über eine sog. Imagewerbung des Tabakunternehmens in verfassungskonformer Anwendung des Verbots zulässig ist, grundsätzliche Bedeutung.

