



OBERLANDESGERICHT MÜNCHEN

U 15088-1
(tabak)

Beglaubigte Abschrift

Aktenzeichen: 6 U 2775/15
72 O 3510/14 LG Landshut

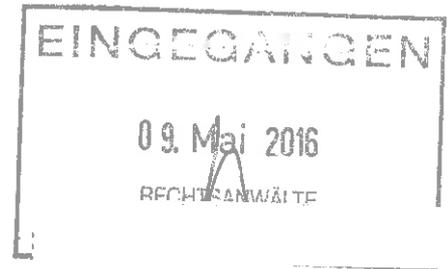
Verkündet am 21.04.2016
Die Urkundsbeamtin:

Justizangestellte

verbraucherzentrale
Bundesverband

18. Mai 2016

EINGEGANGEN



IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., vertreten durch den Vorstand Klaus Müller, Markgrafenstraße 66, 10969 Berlin

- Kläger und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte:

gegen

Pöschl Tabak GmbH & Co. KG, vertreten durch die persönlich haftende Gesellschafterin Pöschl Landshut GmbH, diese vertreten durch den Dipl.-Kfm. Patrick Engels, Dieselstraße 1, 84144 Geisenhausen

- Beklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:

erlässt der 6. Zivilsenat des Oberlandesgerichts München durch die unterzeichnenden Richter aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 18.02.2016 folgendes

E N D U R T E I L :

- I. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts Landshut vom 29.06.2015, Az. 72 O 3510/14, wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass es in Ziffer 1 lautet „...zu unterlassen, auf ihrer Unternehmenswebseite im Internet für *Tabakerzeugnisse* ...“.
- II. Von den Kosten des Rechtsstreits in beiden Instanzen haben der Kläger 1/5 und die Beklagte 4/5 zu tragen.
- III. Das Urteil des Landgerichts Landshut, Az. 72 O 3510/14, wird in der durch Ziffer I. dieses Urteils geänderten Fassung ohne Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar erklärt.
- IV. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung hinsichtlich Ziffer 1 des landgerichtlichen Urteils durch Sicherheitsleistung in Höhe von € 13.200,- sowie hinsichtlich Ziffer 2 des landgerichtlichen Urteils durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung jeweils Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Hinsichtlich der Kosten kann jede Partei die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, sofern nicht die jeweils andere Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.
- V. Die Revision wird zugelassen.

Gründe:

I.

Der Kläger nimmt die Beklagte wegen behaupteter Wettbewerbsrechtsverletzung auf Unterlassung und Zahlung von Abmahnkosten in Anspruch.

Der Kläger ist ein Verbraucherschutzverband. Die Beklagte ein mittelständischer Tabakhersteller, die unter www.poeschl-tobacco.com eine Webseite betreibt, auf der sich interessierte Nutzer über das Unternehmen, Karrieremöglichkeiten, die einzelnen Produkte und die Tabakkultur informieren können, wobei den Besuchern der Webseite nach einer elektronischen Altersabfrage Zugang zu den einzelnen Inhalten gewährt wird.

Die streitgegenständliche Abbildung, welche vier Tabakerzeugnisse konsumierende, gut gelaunte und lässig anmutende Personen zeigt, befand sich am 04.11.2014 auf der Startseite der genannten Unternehmenshomepage und wurde binnen der Folgetage nach informeller Beanstandung durch das Landratsamt Landshut von der Beklagten entfernt.

Mit Abmahnschreiben vom 06.11.2014 (Anlage K 1) forderte der Kläger die Beklagte unter Bezugnahme auf § 22 Abs. 2 Nr. 1 lit. c) VTabakG auf, hinsichtlich der streitgegenständlichen Abbildung eine Unterlassungserklärung abzugeben. In einem weiteren Schreiben vom 24.11.2014 (Anlage K 2) stützte sich der Kläger dann auch auf § 21a VTabakG. Die Beklagte gab keine Unterlassungserklärung ab.

Das Landgericht hat der Klage vollumfänglich stattgegeben und die Beklagte zur Zahlung von außergerichtlichen Anwaltskosten i. H. v. 214,- € zzgl. Zinsen sowie dazu verurteilt, es bei Meidung der gesetzlich vorgesehenen Ordnungsmittel zu unterlassen,

im Rahmen geschäftlicher Handlungen für Tabakerzeugnisse wie nachfolgend abgebildet zu werben bzw. werben zu lassen.

The image shows a screenshot of the Pöschl Tabak website. At the top, there is a dark header with the text "SEIT 1802" and a logo, followed by "PÖSCHL TABAK". To the right of the header are links for "Kontakt", "Impressum", and "Imprint". Below the header, there are two language selection boxes. The left one is titled "WILLKOMMEN BEI PÖSCHL TABAK" and contains the text: "Die Inhalte des Online-Angebots richten sich ausschließlich an Erwachsene über 18 Jahren. Bitte geben Sie zur Altersüberprüfung ihr Geburtsdatum ein." The right one is titled "WELCOME TO PÖSCHL TABAK" and contains the text: "The content of this website is intended only for adults over 18. Please enter your date of birth for verification." Below these boxes is a form with dropdown menus for "Tag", "Monat", and "Jahr", and a "Bestätigen - Enter" button. At the bottom of the screenshot is a large black and white photograph of four people (two men and two women) in a social setting, some holding cigarettes.

Zur Begründung ist im Ersturteil, auf dessen tatsächliche Feststellungen gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen wird, ausgeführt:

Die streitgegenständliche Abbildung verstoße gegen § 21a Abs. 3, Abs. 4 VTabakG als Marktverhaltensregel i. S. v. §§ 3, 4 Nr. 11 UWG bzw. als Verbraucherschützende Vorschrift i. S. v. § 2 UKlaG, weshalb ein Unterlassungsanspruch gegeben sei.

Bei der Abbildung handle es sich um „Werbung“ i. S. v. Art. 2 lit. b) der Richtlinie 2003/33/EG, da dieser Begriff auch eine kommerzielle Kommunikation erfasse, die den Verkauf eines Tabakerzeugnisses indirekt fördere. Es sei mindestens von einer indirekten Werbewirkung der Anzeige der Beklagten auszugehen, weil sie sich auf ihrer Webseite, auf der u. a. die produzierten und vertriebenen Produkte samt Hinweise zu ihrer korrekten Anwendung sowie gesundheitliche Risiken dargestellt würden, als professionelles und verantwortungsbewusstes Unternehmen darstelle. Für die Werbewir-

kung reiche die Eignung zur Verkaufsförderung aus, ohne dass der Nachweis einer konkreten Absatzsteigerung der Zigarettenmarken nach Veröffentlichung der Anzeige erforderlich sei.

Ferner stelle die Homepage der Beklagten einen „Dienst der Informationsgesellschaft“ i. S. d. § 21a Abs. 3 VTabakG dar, da ausweislich der Gesetzesbegründung damit das Internet gemeint sei, soweit es zu wirtschaftlichen Zwecken, namentlich für Werbung, Datensuche und Datenabfrage sowie für Online-Verkäufe, genutzt werde; auch der Sinn und Zweck des Tabakwerbeverbots im Internet gem. § 21a Abs. 4 VTabakG – nämlich die Verhinderung einer Umgehung des für gedruckte Veröffentlichungen geltende Verbots aufgrund der Medienkonvergenz durch einen verstärkten Einsatz dieser Medien – spreche hierfür. Auch bei einer Tabakwerbung etwa auf „Spiegel Online“ werde dem Nutzer gegenüber keine entgeltliche Dienstleistung im Fernabsatzwege erbracht. Eine Einschränkung auf Werbung, mit der der Nutzer bei Inanspruchnahme einer anderen Leistung oder eines anderen Inhalts in sachfremder Weise konfrontiert werde, lasse sich dem Gesetz nicht entnehmen. Auch die von der Beklagten ins Feld geführte fehlende erforderliche Vergleichbarkeit der Webseiteninhalte mit „anderen gedruckten Veröffentlichungen“ i. S. v. § 21a Abs. 3 S. 1 VTabakG verfange nicht, da der nationale Gesetzgeber im Hinblick auf die Erstreckung des Verbots auf das Medium Internet durch § 21a Abs. 4 VTabakG ebenso wie der Richtliniengeber in Art. 3 Abs. 2 der RL 2003/33/EG davon abgesehen habe, zulässige Internetwerbung für Tabakerzeugnisse differenziert zu regeln, so dass sich die von der Beklagten angesprochenen Abgrenzungsfragen nach der Intention des Normgebers gerade nicht stellen.

Die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestands nach § 21a Abs. 3 S. 2 VTabakG seien nicht erfüllt, insbesondere nicht die in Ziff. 3 für Fachzeitschriften enthaltene Ausnahme: Die kumulative Anforderung gem. lit. b) nehme auf eine Art Fachöffentlichkeit Bezug, so dass im Printbereich allgemeine Publikumsmedien jedenfalls ausschieden und entsprechende Grundsätze aufgrund § 21a Abs. 4 VTabakG auf den Onlinebereich zu übertragen seien. Eine Beschränkung auf die entsprechende Zielgruppe i. S. v. lit. b) sei vorliegend nicht erfüllt, da das Gesetz hiermit Leser von Fachpublikationen über Tabakprodukte im Visier habe, nicht hingegen den Internetnutzer als potentiellen Jedermann, der den Internetauftritt eines tabakherstellenden Unternehmen besuche, selbst wenn dieser die Webseite in Kenntnis des Unternehmensgegenstandes ansteu-

ere; die vorliegende Werbung richte sich an eine breite Öffentlichkeit, nämlich jeden, der sich für das Unternehmen der Beklagten interessiere, und gerade nicht nur an (volljährige) Raucher und auch nicht nur an Personen, die Inhalte über Tabakerzeugnisse und Tabakkonsum gezielt abfragten. Von markanter Bedeutung sei in diesem Zusammenhang auch, dass sich die Abbildung auf der Startseite des Unternehmens befunden habe, da sich der Internetnutzer unabhängig von ihrer Sichtbarkeit schon vor oder erst nach der Altersabfrage jedenfalls im Zeitpunkt der Konfrontation mit der Werbung nicht bereits Zugang zu möglicherweise tabakbezogenen Inhalten der Unternehmensseite verschafft hätte. Die Abbildung auf der Startseite stelle sich für den Internetnutzer als nichts anderes als eine Unternehmens- und Produktwerbung dar; dass auf den einzelnen Seiten der Homepage möglicherweise redaktionell aufgearbeitete Informationen zu Tabakerzeugnissen etc. zu finden seien, könne den Anwendungsbereich der Ausnahmeregelung nicht begründen. Eine extensive Anwendung der Ausnahmeregelung verbiete sich schließlich aus Gründen der Richtlinienkonformität.

Dagegen liege ein Verstoß gegen § 22 Abs. 2 Nr. 1 lit. c) VTabakG nicht vor, da durch die streitgegenständliche Abbildung das Inhalieren von Rauch nicht dargestellt werde. Ein durchschnittlicher Betrachter werde bei der Darstellung eines Zigarette rauchenden Menschen davon ausgehen, dass dieser den Rauch inhaliere, der Vorgang des Inhalierens selbst werde in der Abbildung jedoch nicht als solcher dargestellt, was auch nur im Rahmen eines Videos oder animierten Webdesigns möglich sei. Auch ein Verstoß gegen § 22 Abs. 2 Nr. 1 lit. a) oder b) oder Nr. 2 VTabakG sei abzulehnen; insbesondere liege lit. a) Var. 4 nicht vor, da die Darstellung glücklich bzw. lässig wirkender, gut aussehender Raucher nicht als ausreichend angesehen werden könne, um von einem veranlassten Eindruck dahingehend auszugehen, der Tabakkonsum sei geeignet, das Wohlbefinden – ein in hohem Maße unbestimmter Begriff – günstig zu beeinflussen.

Gegen diese Entscheidung, dem Vertreter der Beklagten zugestellt am 02.07.2015, richtet sich die am 03.08.2015 (Montag) bei Gericht eingegangene und, nach antragsgemäß (Bl. 66 d.A.) bewilligter Verlängerung (Bl. 67 d.A.), mit Schriftsatz vom 15.09.2015, bei Gericht eingegangen am selben Tage (Bl. 68 ff. d.A.), begründete Berufung der Beklagten, mit der sie weiterhin Klageabweisung in vollem Umfang erstrebt.

Unter Verweis auf ihr erstinstanzliches Vorbringen macht sie folgendes geltend:

Die Unternehmenswebseite der Beklagten stelle nach der Definition in Art. 2 lit. d) RL 2003/33/EG i. V. m. Art. 1 Abs. 2 RL 98/34/EG keinen Dienst der Informationsgesellschaft dar. Soweit das Landgericht die Webseite der Beklagten mit einer Anzeige gleichsetze und in diesem Zusammenhang auf die Entscheidung des BGH „*Unser wichtigstes Cigarettenpapier*“ (GRUR 2011, 631) verweise, habe es nicht zwischen der im dortigen Fall geschalteten Anzeige in einer Parteizeitung – durch die sich die dortige Beklagte über ihren Unternehmenskreis hinaus bewegt habe und den Konsum ihrer Produkte durch die moralisierende Darstellung ihres Unternehmens attraktiv habe machen wollen – und dem Betreiben einer Unternehmenswebseite im vorliegenden Fall differenziert. Verfolge man die Auslegung des Landgerichts für § 21a VTabakG weiter, wäre es für einen Tabakhersteller verboten, eine Homepage zu betreiben, da für eine Unternehmenshomepage nicht ausgeschlossen werden könne, dass hierdurch Kommunikation im Rahmen des geschäftlichen Betriebs und damit kommerziell statffinde, die indirekt den Verkauf von Tabakerzeugnissen fördere. Auch in der zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofs werde aus Gründen einer verfassungskonformen Auslegung des Verbots einem Tabakunternehmen nicht gänzlich verwehrt, im Rahmen der Meinungsfreiheit Imagewerbung für sein Unternehmen als solches zu betreiben, sofern sie nicht gänzlich beziehungslos zu dem übrigen Anzeigentext erfolge (vgl. dort Rn. 5). Bei der Unternehmenswebseite der Beklagten handele es sich aber um eine nüchterne Unternehmensdarstellung, so dass deren Betreiben im Printbereich eher dem Drucken einer Unternehmensbroschüre entspreche, ähnlich einem Hand- oder Werbezetteln, welche nach der EuGH-Entscheidung (Urt. v. 12.12.2006 – C 380/03 = EuZW 2007, 46) nicht vom Verbot des § 21a Abs. 3 VTabakG erfasst seien. Erfasst werden sollen nach Erwägungsgrund 4 der RL 2003/33/EG nur diejenigen Veröffentlichungen, die sich an eine breite Öffentlichkeit wendeten und für die durch ein einheitliches Tabakwerbeverbot der freie Verkehr im Binnenmarkt gewährleistet werden solle; Unternehmensbroschüren würden aber in der Regel gar nicht vertrieben, sondern kostenlos an Interessenten abgegeben, so dass nicht die Gefahr einer Beeinträchtigung des Binnenmarktes bestünde.

Soweit das Landgericht bei der Anwendung des Merkmals „Dienste der Informationsgesellschaft“ die Definition in der Richtlinie überspringe und direkt auf die Gesetzesbe-

gründung abstelle, sehe es letztere nicht im Lichte der Definition. Einer Unternehmenswebseite, die als kommerzielle Kommunikation anzusehen sei, fehle es an der entgeltlichen Dienstleistung gegenüber den Benutzern und könne nicht mit einer Bannerwerbung einer Onlinezeitung gleichgesetzt werden, welche tatsächlich eine kostenpflichtige Dienstleistung sei, wobei die Kosten von den Werbekunden getragen würden. Bei der Webseite der Beklagten würden über die Präsentation des Unternehmens und seiner Produkte hinaus keine Informationen für Besucher bereitgestellt und damit keine Dienstleistungen erbracht.

Weiterhin habe das Landgericht zu Unrecht die Unternehmenswebseite der Beklagten mit einem allgemeinen Presseerzeugnis oder einer anderen gedruckten Veröffentlichung gleichgesetzt, so dass § 21a Abs. 3 VTabakG nicht entsprechend auf diese angewandt werden könne. Die Verweisung in § 21a Abs. 4 VTabakG verbiete nicht etwa pauschal Tabakwerbung in Diensten der Informationsgesellschaft, sondern knüpfe explizit an das Werbeverbot in der Presse und anderen gedruckten Veröffentlichungen an; nur eine solche Werbung sei auch in Diensten der Informationsgesellschaft verboten, die unabhängig von der Tabakwerbung vertrieben und gerade nicht wegen ihrer Inhalte zum Thema Tabak in Anspruch genommen würden. Die Unternehmenswebseite der Beklagten als Tabakherstellerin werde jedoch im Wesentlichen aufgrund ihres Tabakbezugs in Anspruch genommen, da dies den entscheidenden und überwiegenden Inhalt der Seite ausmache.

Ferner treffe die gesetzliche Ausnahme des § 21a Abs. 3 S. 2 Nr. 3 VTabakG, welche im Printbereich für Fachzeitschriften gelte, im Onlinebereich entsprechend für Fachwebseiten und damit für die Unternehmenswebseite der Beklagten zu, welche dort über Tabakprodukte und ihre Unternehmensgeschichte informiere, die mit der Herstellung von Tabakprodukten eng verwoben sei. Unabhängig davon, dass auch andere Themen wie etwa Karrieremöglichkeiten bei der Beklagten auf der Webseite dargestellt würden, werde jedenfalls weit überwiegend über Tabakerzeugnisse im redaktionellen Bereich berichtet. Auch die Eingrenzung der Nr. 3 lit. b) werde rein thematisch durch die inhaltliche Ausrichtung der Publikation bestimmt, so dass diese weitere Ausnahmevoraussetzung vorliegend greife, da sich der Adressatenkreis der Webseite der Beklagten weit überwiegend aus Personen zusammensetze, die sie aufgrund ihres Interesses für Tabakprodukte ansteuerten.

Schließlich verstoße das in Rede stehende Bild, wie das Landgericht zu Recht erkannt habe, nicht gegen § 22 VTabakG, da ein Inhalieren auf der Abbildung nicht zu erkennen sei. Da im Übrigen das Landgericht die Klage diesbezüglich abgewiesen habe, hätte die Klägerin insoweit die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Die Beklagte **beantragt**,

die Klage unter Aufhebung des am 29.06.2015 verkündeten Urteils des Landgerichts Landshut, Az. 72 O 3510/14, abzuweisen.

Der Kläger hat im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 18.02.2016 mit Zustimmung der Beklagten erklärt, seinen Klageantrag auf das Internet zu beschränken, und **beantragt**,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Der Kläger verteidigt das Ersturteil und führt hierzu lediglich ergänzend aus, dass nach seiner Auffassung durch die Abbildung eines Mannes, der eine brennende Zigarette in der Hand hält, ein Verstoß gegen § 22 Abs. 2 Nr. 1 lit. c) VTabakG gegeben sei. Ein durchschnittlicher Betrachter werde bei der Darstellung einer rauchenden Person davon ausgehen, dass dieser den Rauch auch inhaliere. Die Annahme des Landgerichts, im Falle einer Abbildung gehe das Verbot ins Leere, da gerade der Vorgang des Raucheinziehens in die Lunge durch eine Abbildung nicht eingefangen werden könne, könne nach Sinn und Zweck der Vorschrift nicht gewollt sein; wenn die Botschaft der Abbildung einer rauchenden Person als Inhalieren des Zigarettenrauchs zu verstehen sei, handele es sich im Ergebnis um die Darstellung eines inhalierenden Rauchers im Sinne der Vorschrift.

Wegen des Parteivorbringens im Übrigen wird auf die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen und auf die Sitzungsniederschrift vom 18.02.2016 (Bl. 82 ff. d.A.) Bezug genommen.

II.

Die nach § 511 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige, insbesondere gem. §§ 519 Abs. 1, Abs. 2, 517 ZPO form- und fristgerecht eingelegte sowie gem. § 520 Abs. 3, Abs. 2 Nr. 1 ZPO begründete Berufung der Beklagten bleibt in der Sache erfolglos. Zu Recht ist das Landgericht davon ausgegangen, dass die streitgegenständliche Abbildung eine „Werbung“ auf der Unternehmenswebseite der Beklagten als „Dienst der Informationsgesellschaft“ darstellt und somit unter das Verbot des § 21a Abs. 4 i.V.m. Abs. 3 S. 1 VTabakG fällt, ohne dass die Ausnahme in § 21a Abs. 3 S. 2 Nr. 3 VTabakG greifen würde. Die hiergegen von der Beklagten erhobenen Einwände verhelfen ihrer Berufung nicht zum Erfolg. Ebenfalls zutreffend hat das Landgericht ein Verbot gem. § 22 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 lit. a) oder c) VTabakG abgelehnt. Da der Kläger seinen Klageantrag in der mündlichen Berufungsverhandlung entsprechend im Wege der Teilklagerücknahme eingeschränkt hat, war die beanstandete Werbung nur auf der Unternehmenswebseite der Beklagten im Internet zu verbieten. Im Einzelnen:

1. Die beanstandete Abbildung verstößt gegen das Werbeverbot gemäß § 21a Abs. 4 i.V.m. Abs. 3 S. 1 VTabakG als Verbraucherschützende Norm i.S.v. § 2 Abs. 1 S. 1 UKlaG bzw. als Marktverhaltensregelung i.S.v. § 3a UWG n. F. = § 4 Nr. 11 UWG a. F. (vgl. hierzu BGH GRUR 2011, 631 Rn. 10 – *Unser wichtigstes Cigarettenpapier*, Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 34. Aufl., § 3a Rn. 1.240), so dass dem gem. § 3 Abs. 1 Nr. 1 UKlaG bzw. § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG klagebefugten Kläger ein Unterlassungsanspruch aus § 2 Abs. 1 S. 1 UKlaG bzw. §§ 3, 8 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 UWG zusteht, soweit die Beklagte die Abbildung auf ihrer Unternehmenswebseite verwendet.
 - a. Die vom Kläger angegriffene bildliche Darstellung auf der Startseite der Unternehmenswebseite der Beklagten ist als „Werbung“ für Tabakerzeugnisse im Sinne der genannten Verbotsnorm einzuordnen.
 - aa. In § 21a Abs. 1 Nr. 1 VTabakG wird hinsichtlich des Werbungsbegriffs ausdrücklich auf die Definition in Art. 2 lit. b) der RL 2003/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Mai 2003 zur Anglei-

chung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen Bezug genommen.

bb. Art. 2 lit. b) der RL 2003/33/EG definiert Werbung als *„jede Art kommerzieller Kommunikation mit dem Ziel oder der direkten oder indirekten Wirkung, den Verkauf eines Tabakerzeugnisses zu fördern“*.

cc. Wie das Landgericht im Ergebnis zutreffend ausgeführt hat, erfüllt die beanstandete Abbildung die Kriterien dieser Definition. Dadurch, dass in der Abbildung vier gut gelaunte Personen zu sehen sind, die genau die vier Arten der Produkte (Schnupftabak, Zigarettentabak, Zigaretten und Pfeifentabak) in der Hand halten, die von der Beklagten verkauft werden, tritt die Beklagte mit dem Webseitenbesucher in der Absicht in Kommunikation, ihm diese Produkte näher zu bringen bzw. diese als attraktiv darzustellen; insofern soll diese die Waren der Beklagten anpreisende Abbildung jedenfalls indirekt zum Kauf der Produkte anregen (vgl. *Rohnfelder/Freytag* in Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 203. Erg. Lfg. Juli 2015, § 22 VTabakG Rn. 3); dagegen ist der Nachweis einer konkreten Absatzsteigerung der angepriesenen Produkte nach Veröffentlichung der streitgegenständlichen Abbildung nicht erforderlich, da für die Werbewirkung die Eignung zur Verkaufsförderung ausreicht (vgl. BGH GRUR 2011, 631 Rn. 17 – *Unser wichtigstes Cigarettenpapier*).

b. Darüber hinaus ist das Landgericht zu Recht davon ausgegangen, dass die streitgegenständliche Werbung für die Tabakprodukte der Beklagten in „Diensten der Informationsgesellschaft“ gem. § 21a Abs. 4 VTabakG erfolgte.

aa. § 21a Abs. 1 Nr. 3 VTabakG verweist für die Definition des Begriffs „Dienste der Informationsgesellschaft“ auf Art. 2 lit. d) der Richtlinie 2003/33/EG.

bb. Art. 2 lit. d) der Richtlinie 2003/33/EG verweist wiederum auf Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 98/34/EG des Europäischen Parlaments und des

Rates vom 22. Juni 1998 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft, wonach unter einem solchen Dienst „jede in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung“ zu verstehen ist.

- cc. Auf Basis dieser Definition wäre fraglich, ob eine Unternehmenshomepage, auf der ausschließlich Informationen über das Unternehmen gegeben werden, ohne dass deren Produkte über die Webseite verkauft würden oder sonstige kostenpflichtige Angebote abrufbar wären, als Dienst der Informationsgesellschaft angesehen werden kann, da in diesem Fall „gegen Entgelt erbrachte Dienstleistungen“ gerade nicht vorlägen. Insofern würde auch die vom Landgericht gezogene Parallele zu Tabakwerbung auf Webseiten einer für Leser kostenfrei zugängliche Internetzeitung wie etwa „Spiegel Online“ nicht passen, weil die hierüber erbrachte Dienstleistung der journalistischen Nachrichtenaufbereitung tatsächlich entgeltlich erfolgt und (sofern die Anbieter nicht bereits dazu übergegangen sind, vom Webseitenbesucher selbst ein Entgelt z.B. im Wege eines Online-Abonnements zu verlangen) der für den Internetnutzer kostenfreie Zugang über die Werbebannerkunden finanziert wird, wie die Beklagte zu Recht einwendet. Auf der anderen Seite schränkt die in Art. 1 Abs. 2 der RL 98/34/EG erfolgte Definition das Merkmal der Entgeltlichkeit aber dahingehend ein, dass diese lediglich „in der Regel“ vorliegen müsse, so dass offensichtlich vom Wortlaut der Definition auch Konstellationen unter diesen Begriff subsumiert werden können, in denen gegen Entgelt erbrachte Dienstleistungen nicht gegeben sind.
- dd. Der europäische Richtliniengeber selbst hat jedoch hinsichtlich der Auslegung des Begriffs „Dienste der Informationsgesellschaft“ an anderer Stelle ausgeführt, dass dieser Begriff weit zu verstehen sei: In Erwägungsgrund 17 der Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen

Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“) wird (ebenso wie in Art. 2 lit. a) dieser Richtlinie) auf die in der RL 98/34/EG erfolgte Definition der Dienste der Informationsgesellschaft ausdrücklich Bezug genommen, um sodann in Erwägungsgrund 18 diesen Begriff näher wie folgt zu erläutern:

„Die Dienste der Informationsgesellschaft umfassen einen weiten Bereich von wirtschaftlichen Tätigkeiten, die online vonstatten gehen. Diese Tätigkeiten können insbesondere im Online-Verkauf von Waren bestehen. Tätigkeiten wie die Auslieferung von Waren als solche oder die Erbringung von Offline-Diensten werden nicht erfaßt. Die Dienste der Informationsgesellschaft beschränken sich nicht nur auf Dienste, bei denen online Verträge geschlossen werden können, sondern erstrecken sich, soweit es sich überhaupt um eine wirtschaftliche Tätigkeit handelt, auch auf Dienste, die nicht von denjenigen vergütet werden, die sie empfangen, wie etwa Online-Informationendienste, kommerzielle Kommunikation oder Dienste, die Instrumente zur Datensuche, zum Zugang zu Daten und zur Datenabfrage bereitstellen. Zu den Diensten der Informationsgesellschaft zählen auch Dienste, die Informationen über ein Kommunikationsnetz übermitteln, Zugang zu einem Kommunikationsnetz anbieten oder Informationen, die von einem Nutzer des Dienstes stammen, speichern. [...]“

Ausdrücklich vom Begriff der „Dienste der Informationsgesellschaft“ soll nach dem Willen des Richtliniengabers also u. a. auch die „*kommerzielle Kommunikation*“ – also Werbung, s. o. Ziff. II. 1. a. bb. – erfaßt sein, so dass es auf das Vorliegen einer Entgeltlichkeit der Online-Dienstleistung im engeren Sinne nicht entscheidend ankommt.

- ee. Auch der deutsche Gesetzgeber hat im Rahmen der Umsetzung der Richtlinie 2003/33/EG in nationales Recht durch die Vorschrift des § 21a VTabakG ausdrücklich auf die in Erwägungsgrund 18 der Richtlinie 2000/31/EG erfolgte Konkretisierung des Begriffs „Dienste der Informationsgesellschaft“ Bezug genommen und im Übrigen weiter ausgeführt, dass die „Dienste der Informationsgesellschaft“ in Deutschland auf Bundesebene als Umsetzung der Richtlinie 2000/31/EG im Teledienstegesetz (TDG) geregelt seien, ohne dass ein neuer Begriff eingeführt würde (vgl. BT-Dr. 16/1940, S. 7).

- ff. In der Konsequenz definiert § 2 Nr. 5 Hs. 1 des Telemediengesetzes (TMG), in das das TDG zum 01.03.2007 überführt wurde (vgl. die Vorgängernorm in § 3 Nr. 5 TDG), den Begriff der kommerziellen Kommunikation – entsprechend der in Art. 2 lit. f) der Richtlinie 2000/31/EG enthaltenen Definition – als *„jede Form der Kommunikation, die der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes von Waren, Dienstleistungen oder des Erscheinungsbilds eines Unternehmens, einer sonstigen Organisation oder einer natürlichen Person dient, die eine Tätigkeit im Handel, Gewerbe oder Handwerk oder einen freien Beruf ausübt“*. Die Ausnahme gem. § 2 Nr. 5 Hs. 2 lit. b) TMG, wonach *„Angaben in Bezug auf Waren und Dienstleistungen oder das Erscheinungsbild eines Unternehmens, einer Organisation oder Person, die unabhängig und insbesondere ohne finanzielle Gegenleistungen gemacht werden“*, keine Form der kommerziellen Kommunikation darstellen, ist vorliegend nicht einschlägig: Erfasst werden soll durch diese Ausnahme nämlich beispielsweise die Tätigkeit unabhängiger Privatpersonen, die auf ihrer „Homepage“ unabhängig und ohne finanzielle Gegenleistungen der betroffenen Unternehmen Informationen zu bestimmten Themen oder Warenarten anbieten sowie die Vermittlung von Informationen, die keine Werbung sind, wie etwa die „objektive Produktförderung“ durch Warentestberichte unabhängiger Institute (vgl. die amtliche Begründung zu § 3 Nr. 5 TDG in BT-Dr. 14/6098, S. 16). Im Ergebnis ist der Begriff der kommerziellen Kommunikation in einem umfassenden Sinn zu verstehen und schließt daher sämtliche Formen der Werbung ein, wobei die im Wettbewerbsrecht entwickelten Begriffe der geschäftlichen Handlung gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG und der Werbung herangezogen werden können (vgl. BT-Dr. 14/6098, S. 16; *Müller-Broich*, TMG, § 2 Rn. 6).
- gg. Zusammengefasst ist mit dem Begriff „Dienste der Informationsgesellschaft“ also das Internet gemeint, soweit es zu wirtschaftlichen Zwecken genutzt wird, namentlich für Werbung (vgl. *Rohnfelder/Freytag*, a. a. O., § 21a VTabakG Rn. 4). Entsprechend erfolgte die beanstandete Abbildung auf der Startseite der Unternehmenswebseite der Beklagten, die

Werbezwecken diene (s. o. Ziff. II. 1. a. cc.), auch in Diensten der Informationsgesellschaft i. S. v. § 21a Abs. 4 VTabakG.

hh. Mit diesem Ergebnis wird es der Beklagten auch nicht, wie sie aber argumentiert, verwehrt, im Internet eine Unternehmenshomepage zu unterhalten: Solange ein Tabakunternehmen auf seiner Webseite eine nüchterne, auf Produktpreisung verzichtende Unternehmensdarstellung und -information betreibt und somit den Bereich der kommerziellen Kommunikation noch nicht betritt, ist ihm der Betrieb einer Unternehmenswebseite – gerade unter Berücksichtigung der für das Unternehmen streitenden Meinungsäußerungs- und Berufsausübungsfreiheiten, welche auch bei der Auslegung des Begriffs der kommerziellen Kommunikation berücksichtigt werden können – ohne Weiteres möglich; die Beklagte übersieht aber in diesem Zusammenhang, dass sie jedenfalls durch die streitgegenständliche Abbildung auf der Startseite (und nur diese Abbildung ist Gegenstand des klägerischen Antrags, nicht der auf den weiteren Webseiten folgende Internetauftritt!) den Bereich einer „nüchternen Information“ über ihr Unternehmen – auch bei ggf. einschränkender verfassungskonformer Auslegung des Begriffs der kommerziellen Kommunikation (welche im Übrigen jedenfalls für den Bereich der Meinungsäußerungsfreiheit im durch den Bundesgerichtshof in GRUR 2011, 631 Rn. 21 ff. – *Unser wichtigstes Cigarettenpapier* entschiedenen Fall abgelehnt wird) – verlassen und denjenigen der Werbung betreten hat, da der Abbildung über ihre Werbewirksamkeit hinaus keinerlei Informationswert innewohnt.

c. Ferner wird aufgrund der Verweisung durch § 21a Abs. 4 VTabakG auf die Verbotsnorm in § 21a Abs. 3 S. 1 VTabakG auch die Publikation der beanstandeten Werbung auf einer Unternehmenswebseite vom Verbot erfasst, da eine solche Unternehmenswebseite mit der in Abs. 3 genannten „Presse“ oder einer „anderen gedruckten Veröffentlichung“ vergleichbar ist.

aa. Ob in diesem Zusammenhang die Argumentation des Landgerichts zutrifft, dass weder der europäische Richtlinienggeber noch der deutsche

Gesetzgeber die Frage der zulässigen Internetwerbung differenziert geregelt hätten, so dass sich die von der Beklagten gestellten Abgrenzungsfragen nach der Intention des Normgebers nicht stellen, ist jedenfalls vor dem Hintergrund der in Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie 2003/33/EG enthaltenen Regelung fraglich: Wenn dort festgestellt wird, dass *„Werbung, die in der Presse und anderen gedruckten Veröffentlichungen nicht erlaubt ist, [...] in Diensten der Informationsgesellschaft ebenfalls nicht gestattet“* ist, so dürfte hiermit durchaus zum Ausdruck kommen, dass für die Frage, welche Internetveröffentlichungen verboten sein sollen, an die Vergleichbarkeit im Printbereich angeknüpft werden soll.

bb. Selbst wenn man aber mit der Beklagten verlangt, dass durch die Verweisung in Abs. 4 auf Abs. 3 nur solche Werbung in Diensten der Informationsgesellschaft erfasst wird, die in Publikationen erscheint, die mit der in Abs. 3 genannten „Presse“ bzw. einer „anderen gedruckten Veröffentlichung“ vergleichbar sind, so ist diese Voraussetzung vorliegend gegeben.

(1) Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs erfasst der Begriff „gedruckte Veröffentlichungen“ in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2003/33/EG nur Veröffentlichungen wie Zeitungen, Zeitschriften und Magazine, die sich an die breite Öffentlichkeit richten, nicht dagegen Mitteilungsblätter lokaler Vereine, Programmhefte kultureller Veranstaltungen, Plakate, Telefonbücher oder Hand- und Werbezetteln (vgl. EuGH EuZW 2007, 46 Rn. 84-86; ebenso BGH GRUR 2011, 631 Rn. 12, 25 – *Unser wichtigstes Cigarettenpapier*).

(2) Eine Vergleichbarkeit der Unternehmenshomepage der Beklagten mit den nicht unter den Begriff der anderen gedruckten Veröffentlichungen fallenden „Mitteilungsblätter lokaler Vereine, Programmhefte kultureller Veranstaltungen, Plakate, Telefonbücher oder Hand- und Werbezetteln“ ist jedoch entgegen der Auffassung der Beklagten gerade nicht gegeben, da sie sich eben nicht an einen von vornherein lokal beschränkten Interessenkreis wendet, sondern – der Natur

einer Internetseite entsprechend – potentiell an Interessenten in der ganzen Welt (bzw. gemäß dem in Erwägungsgrund 4 der Richtlinie 2003/33/EG enthaltenen sowie vom Europäischen Gerichtshof angeführten Kriterium an eine „breite Öffentlichkeit“), was außerdem angesichts der Abrufbarkeit der Seiten der Beklagten in englischer Sprache (vgl. bereits die auf der angegriffenen Abbildung ersichtliche Sprachauswahlmöglichkeit) offensichtlich auch von der Beklagten bezweckt wird. Der Bundesgerichtshof hat in der Konsequenz bereits den von einer Parteizeitung angesprochenen Mitgliederbestand einer großen Volkspartei als „breite Öffentlichkeit“ angesehen und letzteres auch deswegen bejaht, weil die fragliche Publikation auch im Abonnement sowie an Kiosken und in Zeitschriftenläden für jedermann erhältlich sei (vgl. BGH GRUR 2011, 631 Rn. 14 – *Unser wichtigstes Cigarettenpapier*). Für die Unternehmenshomepage der Beklagten kann im Ergebnis nichts anderes gelten.

- (3) Auch wenn man davon ausginge, dass „andere gedruckte Veröffentlichungen“ i. S. v. Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2003/33/EG nur solche seien, die insoweit der Presse vergleichbar sind, als sie einen von der Werbung für Tabakwaren unabhängigen Inhalt haben und vom Verbraucher in erster Linie wegen dieses Inhalts, nicht wegen der Tabakwerbung erworben werden, und in der Konsequenz verlangte, dass sich das Tabakwerbeverbot nur an solche Dienste der Informationsgesellschaft richtet, die unabhängig von der Tabakwerbung vertrieben und gerade nicht wegen ihrer Inhalte zu Tabak in Anspruch genommen werden (vgl. OLG Karlsruhe GRUR-RR 2008, 66, 68 – *Tabakwerbung im Online-Shop*), ergäbe sich nichts anderes: Die Unternehmenswebseite der Beklagten kann von Internetbesuchern aus den verschiedensten Gründen besucht werden (etwa, um sich nur über offene Arbeitsstellen, über Unternehmenskennzahlen oder die Geschichte des Unternehmens zu informieren, oder auch nur, um die Qualität und Art des Internetauftritts zu begutachten) und nicht nur wegen der von der Beklagten vertriebenen Produkte oder ihrer Informationen hierzu oder zu Tabakprodukten im Allgemeinen.

- d. Schließlich ist dem Landgericht darin zuzustimmen, dass die in § 21a Abs. 3 S. 2 Nr. 3 VTabakG enthaltene Ausnahme vom Werbeverbot für Tabakfachzeitschriften zugunsten der Beklagten nicht zum Tragen kommt.
- aa. Zu berücksichtigen ist bereits, dass der europäische Normgeber in Art. 3 Abs. 1 S. 1 der Richtlinie 2003/33/EG ausnahmsweise zulässige Tabakwerbung nur auf solche Veröffentlichungen beschränkt hat, die ausschließlich für im Tabakhandel tätige Personen bestimmt sind, sowie auf Veröffentlichungen, die in Drittländern gedruckt und herausgegeben werden, sofern diese Veröffentlichungen nicht hauptsächlich für den Gemeinschaftsmarkt bestimmt sind; in Satz 2 wird darüber hinaus ausdrücklich geschlussfolgert: „*Sonstige Werbung in der Presse und anderen gedruckten Veröffentlichungen ist verboten.*“ Während der deutsche Gesetzgeber die beiden gerade aufgeführten Ausnahmen in § 21a Abs. 3 S. 2 Nr. 1 und Nr. 2 VTabakG umgesetzt hat, ist – gerade vor dem Hintergrund der eindeutigen Aussage in Art. 3 Abs. 1 S. 2 der Richtlinie 2003/33/EG – nicht ersichtlich, auf welcher Grundlage die in Nr. 3 normierte Ausnahme beruht; Ausführungen in der Richtlinie, die den Mitgliedsstaaten im Rahmen der Richtlinienumsetzung die Kompetenz zur Regelung weitergehender Ausnahmen vom Werbeverbot zubilligen würden, sind nicht ersichtlich (vgl. auch *Rohnfelder/Freytag*, a. a. O., § 21 VTabakG Rn. 9, wonach die Vereinbarkeit der Nr. 3 sowohl mit Art. 3 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie 2003/33/EG als auch mit dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG fraglich erscheine).
- bb. Rechtfertigen ließe sich die Zulässigkeit der in Nr. 3 enthaltenen, weiteren Ausnahme vom Werbeverbot ggf. mit dem Argument, dass Fachzeitschriften, die von dieser Vorschrift offensichtlich erfasst werden sollen (vgl. den Wortlaut „*Veröffentlichungen, die in ihrem redaktionellen Inhalt ...*“ sowie *Rohnfelder/Freytag*, a. a. O., § 21 VTabakG Rn. 9; die Gesetzesbegründung in BT-Dr. 16/1940 enthält hierzu keine Ausführungen), sich gerade nicht an eine „breite Öffentlichkeit“ wenden; diesen Begründungsansatz zieht der Bundesgerichtshof in GRUR 2011, 631 Rn. 25 a.E. – *Unser wichtigstes Cigarettenpapier* heran, wo unter ausdrückli-

cher Bezugnahme auf § 21a Abs. 3 Nr. 3 VTabakG „speziell für die beschränkte Öffentlichkeit der Raucher bestimmte Magazine“ als Publikationen mit zulässiger Tabakwerbung genannt werden. Allerdings ist fraglich, ob tatsächlich Tabakfachzeitschriften nicht unter den Begriff der „breiten Öffentlichkeit“ fallen sollen: Der Europäische Gerichtshof (EuZW 2007, 46 Rn. 84-86) hat jedenfalls bei seiner Begründung, welche Publikationen als gedruckte Veröffentlichungen i. S. v. Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2003/33/EG zu verstehen seien, eine entsprechende Einschränkung hinsichtlich der von ihm genannten, sich an die breite Öffentlichkeit richtenden „Zeitungen, Zeitschriften und Magazine“ nicht vorgenommen, sondern offensichtlich nur auf einen lokalen Bezug der Publikationen abgestellt, wenn er „Mitteilungsblätter lokaler Vereine, Programmhefte kultureller Veranstaltungen, Plakate, Telefonbücher oder Hand- und Werbezettel“ als Beispiele für Veröffentlichungen, die nur für eine beschränkte Öffentlichkeit bestimmt sind, aufgezählt hat. Hätte der Europäische Gerichtshof dagegen auch Tabakfachzeitschriften vom Werbeverbot ausnehmen wollen, weil sie sich nicht an eine breite Öffentlichkeit wendeten, hätte es näher gelegen, eine entsprechende Ausnahme explizit auszusprechen. Außerdem würde die in Art. 3 Abs. 1 Alt. 1 der Richtlinie 2003/33/EG bzw. in § 21a Abs. 3 S. 2 Nr. 1 VTabakG enthaltene Ausnahme für Veröffentlichungen, die ausschließlich für im Tabakhandel tätige Personen bestimmt sind, nur dann Sinn ergeben, wenn man solche Veröffentlichungen grundsätzlich zu den unter das Verbot fallenden „Tabakerzeugnissen in der Presse oder in einer anderen gedruckten Veröffentlichung“ zählen würde, da andernfalls eine gesonderte Ausnahme gar nicht erst hätte aufgestellt werden müssen; dann muss aber konsequenterweise das Gleiche für Tabakfachzeitschriften gelten, die in ihrer beschränkten Ausrichtung und Zielgruppe mit den Zeitschriften für im Tabakhandel tätige Personen vergleichbar sind und daher ebenfalls grundsätzlich zu Tabakerzeugnissen in der Presse oder in einer anderen gedruckten Veröffentlichung zu zählen wären, die sich an eine breite Öffentlichkeit richten. Im Ergebnis bestehen daher erhebliche Zweifel an der Vereinbarkeit von § 21a Abs. 3 S. 2 Nr. 3 VTabakG mit Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2003/33/EG.

cc. Hierauf kommt es aber letztlich nicht an, da unabhängig hiervon eine Tabakunternehmenswebseite jedenfalls nicht mit einer Fachzeitschrift, die gem. § 21a Abs. 3 S. 2 Nr. 3 lit. a) VTabakG „in ihrem redaktionellen Inhalt weit überwiegend Tabakprodukte oder ihrer Verwendung dienende Produkte betrifft“, zu vergleichen ist. In Abgrenzung zu den bereits von Nr. 1 erfassten Zeitschriften für im Tabakhandel tätige Personen, welche ebenfalls als Fachzeitschriften angesehen werden könnten (so etwa die Publikation „Die Tabakzeitung“, welche sich selbst als führende Fachzeitschrift für den Tabakwarenhandel in Deutschland bezeichnet und die Branche wöchentlich in einer Auflage von 10.000 Exemplaren mit Informationen rund um Tabak, Presse, Süßwaren, Getränken und Lotto versorgt, vgl. http://tabakzeitung.de/fe_2_200_wir_ueber_uns.php), sind demnach als von lit. a) erfasst (nur) solche Zeitschriften anzusehen, welche hersteller-, produkt- und markenübergreifend sowie journalistisch aufbereitet Reportagen, Interviews, Tests etc. für Tabakkonsumenten bieten (vgl. etwa das Magazin „Smokers Club“ für Pfeifen- und Zigarrenraucher, das nach eigener Beschreibung auf der gerade zitierten Webseite vierteljährlich in einer Auflage von 29.000 Exemplaren „facettenreich über die Welt der Zigarren, Pfeifen und Raucheraccessoires informiert“). Über die Verweisung in § 21a Abs. 4 VTabakG werden daher entsprechende Tabakfachzeitschriften erfasst, welche (zusätzlich oder ausschließlich) online veröffentlicht werden. Dagegen beschränkt sich eine Unternehmenswebseite wie die der Beklagten einerseits naturgemäß ausschließlich auf die Darstellung der eigenen Produktpalette mit dem Schwergewicht auf der reinen Informationsvermittlung und enthält andererseits häufig Auskünfte über den eigenen Unternehmensbereich wie etwa Presseinformationen, Unternehmenskennzahlen oder Informationen zu Tätigkeitsmöglichkeiten im Unternehmen, welche in Fachmagazinen regelmäßig nicht zu finden sind, so dass eine Unternehmenshomepage im Ergebnis mit einer „Fachzeitschrift“ nicht vergleichbar ist. Zusätzlich zu berücksichtigen ist überdies, dass die streitgegenständliche Werbeabbildung bereits auf der Startseite der Homepage der Beklagten zu sehen war, so dass etwaige redaktionelle Beiträge, welche auf den folgenden Unterseiten veröffentlicht sind (und die von denjenigen Be-

trachtern der Startseite, die von einem Besuch der weiteren Internetseiten der Beklagten aus welchen Gründen auch immer Abstand nehmen, gar nicht mehr wahrgenommen werden!) noch keine Rolle spielen.

- dd.** In jedem Fall fehlt es aber auch an der kumulativen Voraussetzung gem. § 21a Abs. 3 S. 2 Nr. 3 lit. b) VTabakG, wonach die Veröffentlichung i. S. v. lit. a) *„nur für eine sich aus Buchstabe a ergebende Öffentlichkeit bestimmt ist und an diese abgegeben wird“*: Im Unterschied zu einer Fachzeitschrift wendet sich eine Unternehmenswebseite eben potentiell an jedermann und kann entsprechend altersunabhängig von jedermann aufgerufen werden, der sich für das Unternehmen der Beklagten interessiert oder auch nur zufällig die Seite besucht. Auch hier spielt im Übrigen – wie das Landgericht zu Recht anführt – eine wesentliche Rolle, dass die beanstandete Werbung bereits auf der Startseite der Homepage der Beklagten und damit unabhängig von den nachfolgenden (von Besuchern der Startseite ggf. gar nicht mehr wahrgenommenen, s.o.) Inhalten der Unternehmenswebseite abgebildet ist, so dass die in lit. b) enthaltene Beschränkung auf eine Fachöffentlichkeit in concreto nicht erfüllt ist.
- e.** Da die Regelung des § 21a Abs. 4 i. V. m. Abs. 3 S. 1 VTabakG den Schutz der Gesundheit der Verbraucher bezweckt, ist der von der Beklagten begangene Rechtsverstoß auch geeignet, die Interessen der Verbraucher i. S. v. § 3a UWG (= § 3 Abs. 1 UWG a. F.) spürbar zu beeinträchtigen (vgl. BGH GRUR 2011, 633 Rn. 36 – *BIO TABAK* für die zweckgleiche Vorschrift des § 22 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 VTabakG).
- f.** Soweit allerdings der Kläger das beantragte Verbot in seinem ursprünglichen Klageantrag allgemein auf „geschäftliche Handlungen“ der Beklagten erstreckt hatte, hätte es auch nach § 21a Abs. 3 S. 2 VTabakG zulässige Werbung erfasst (etwa Werbung in gedruckten oder auch nur im Internet veröffentlichten Fachzeitschriften), so dass entsprechend der in der mündlichen Verhandlung vom 18.02.2016 erklärten Beschränkung des Klageantrags das Unterlassungsgebot lediglich auf die Unternehmenswebseite der Beklagten zu bezie-

hen war. Der Senat bewertet die damit einhergehende Teilklagerücknahme mit 1/5 des Streitwerts.

2. Zu Recht hat das Landgericht dagegen ein Werbeverbot gem. § 22 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VTabakG, welcher ebenfalls eine Verbraucherschützende bzw. marktverhaltensregelnde Norm ist, abgelehnt.
 - a. Das Verbot gem. § 22 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 lit. a) VTabakG betrifft u. a. Darstellungen, durch die der Eindruck erweckt wird, dass der Genuss oder die bestimmungsgemäße Verwendung von Tabakerzeugnissen gesundheitlich unbedenklich oder geeignet ist, die Funktion des Körpers, die Leistungsfähigkeit oder das Wohlbefinden günstig zu beeinflussen.
 - aa. Soweit die beanstandete Abbildung lediglich vier Personen zeigt, welche Tabakprodukte in der Hand halten und dabei sichtbar gut gelaunt sind, kann darin nicht gleichzeitig eine Aussage im Hinblick auf eine *gesundheitliche Unbedenklichkeit* gesehen werden; die gute Laune und das Lachen der Personen kann (sofern man darin überhaupt einen Bezug zur Gesundheit der Personen sehen wollte) ohne Weiteres auf andere Umstände zurückzuführen sein, so dass darin – über die gute Laune hinaus – keinerlei spezifischer Aussagegehalt in eine bestimmte Richtung zum Ausdruck kommt. Ohnehin wird regelmäßig eine behauptete gesundheitliche Unbedenklichkeit in Werbung vornehmlich durch Wortattribute und nicht durch bildliche Darstellungen ausgedrückt werden (vgl. die Beispiele bei *Rohnfelder/Freytag*, a. a. O., § 22 VTabakG Rn. 7, die als denkbare Möglichkeit einer unzulässigen Darstellung, durch die der Eindruck eines gesundheitlich unbedenklichen Genusses von Tabakerzeugnissen erweckt wird, die Abbildung eines Herzens auf einer Packung Zigarillos nennen).
 - bb. Aus demselben Grund kann auch nicht angenommen werden, dass die streitgegenständliche Abbildung den Eindruck erweckt, dass der Genuss der Produkte der Beklagten geeignet sei, die *Funktion des Körpers, die Leistungsfähigkeit oder das Wohlbefinden* günstig zu beeinflussen: So-

weit man aus der Fröhlichkeit der abgebildeten Personen und ihrem strahlenden, präsenten Eindruck auf deren Leistungsfähigkeit und/oder Wohlbefinden rückschließen wollte, wird die Kausalität der von den Personen in der Hand gehaltenen Produkte hierfür nicht hinreichend deutlich. Ebenso könnte aus der Darstellung z. B. die Botschaft entnommen werden, dass es sich gesunde, mitten im Leben stehende Menschen leisten könnten, die abgebildeten (zu ergänzen: gesundheitsschädlichen) Tabakprodukte zu konsumieren. Aus dem systematischen Zusammenhang der (zu Recht vom Landgericht als unbestimmt kritisierten) Tatbestandsalternative „Wohlbefinden“ mit den zuvor genannten Eigenschaften in § 22 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 lit. a) VTabakG ist jedenfalls zu verlangen, dass auch das Wohlbefinden gesundheitsbezogen oder leistungssteigernd zu verstehen ist (vgl. *Rohnfelder/Freytag*, a. a. O., § 22 VTabakG Rn. 8, die die Abbildung einer fröhlichen Runde rauchender Personen als noch nicht tatbestandsmäßig werten); eine unmissverständliche Konnotation der dargestellten Personen mit bestimmten Wirkungen der Tabakprodukte ist aber vorliegend nicht gegeben.

- b. Ebenfalls nicht erfüllt ist, wie vom Landgericht zutreffend erkannt wurde, das Werbeverbot gem. § 22 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 lit. c) VTabakG, wonach Darstellungen verboten sind, die das Inhalieren des Tabakrauchs als nachahmenswert erscheinen lassen.
 - aa. Das Landgericht führt hierbei zu Recht den Umstand an, dass sich ein Inhalieren von Tabakrauch durch einzelne Abbildungen nur schwerlich darstellen lässt. Die streitgegenständliche Darstellung zeigt bei der zweiten Person von rechts zwar angesichts der brennenden Zigarette (Rauch steigt an der Zigarettenspitze auf) und des austretenden Rauchstroms vom Mund der Person weg einen bestimmten Ausschnitt beim Vorgang des Rauchens; der vorausgehende und nachfolgende Vorgang des „Ziehens an der Zigarette“ samt Verbringen des Rauchs in das Körperinnere ist jedoch nicht zu sehen, so dass schon deswegen ein Verbot nach der genannten Vorschrift ausscheidet. Entsprechendes gilt für die Person ganz rechts auf der Abbildung, welche eine rauchende Pfeife in der

Hand hält, ohne dass ein vom Mund austretender Rauchstrom zu sehen wäre.

- bb.** Die Auffassung des Klägers, ein durchschnittlicher Betrachter werde bei der Darstellung eines Zigarette (oder Pfeife) rauchenden Menschen davon ausgehen, dass dieser den Rauch auch inhaliere, verfängt demgegenüber nicht: Zu berücksichtigen ist nämlich in diesem Zusammenhang, dass es neben der Rauchtchnik des Inhalierens, verstanden als Einatmen des Rauchs direkt in die Lunge, auch die (weniger gesundheitsschädliche) Technik des Paffens gibt, also das Verbringen des Rauchs lediglich in die Mundhöhle. Wenn also der Gesetzgeber bewusst nur die bestimmte (und gesundheitsschädlichere) Rauchtchnik des „Inhalierens“ als Anknüpfungspunkt des Verbotstatbestands anführt, kann die bloße Darstellung eines – wie vorliegend – eine Zigarette zwischen den Fingern haltenden, Rauch ausstoßenden bzw. eines eine Pfeife in der Hand haltenden Menschen, der den Zigaretten-/Pfeifenrauch auch nur paffen kann, anstatt ihn zu inhalieren, für ein Verbot nicht ausreichen.
- c.** Unzutreffend ist schließlich die von der Beklagten geäußerte Auffassung, wonach die Klage, soweit sie auf das Verbot gem. § 22 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VTabakG gestützt gewesen sei, durch das Landgericht teilweise abgewiesen worden sei, weshalb der Kläger die Kosten jedenfalls insoweit hätte tragen müssen. In Fällen, in denen sich die Klage wie vorliegend gegen eine konkrete Verletzungsform richtet, ist nämlich in dieser Verletzungsform der Lebenssachverhalt zu sehen, durch den der (einheitliche) Streitgegenstand bestimmt wird; der Streitgegenstand umfasst in diesem Fall – unabhängig davon, ob der Kläger sich auf diese Rechtsverletzung gestützt und den zu dieser Rechtsverletzung gehörenden Tatsachenvortrag gehalten hat – alle Rechtsverletzungen, die in der konkreten Verletzungsform verwirklicht sind, auch wenn die verschiedenen Verletzungen jeweils einen unterschiedlichen Tatsachenvortrag erfordern (vgl. BGH GRUR 2013, 401 Ls. 1, Rn. 24 – *Biomineralwasser*). Dass also das Landgericht der Klage unter dem Aspekt des § 22 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VTabakG keinen Erfolg verbeschrieben hat, ändert nichts an der im Verstoß gegen § 21a Abs. 4 i.V.m. Abs. 3 S. 1 VTabakG liegenden Rechtsverlet-

zung hinsichtlich des (einzigen) Streitgegenstands „beanstandete Abbildung auf der Unternehmenswebseite der Beklagten“, die ohne negative Auswirkung auf die Kostenfolge (abgesehen von der Berücksichtigung der Teilklagerücknahme, s. o. Ziffer II. 1. f.) zum vollständigen Klageerfolg führt.

3. Die in ihrer Höhe bzw. Berechnung von der Beklagten nicht angegriffene Kostenpauschale für die klägerische Abmahnung ist gem. (§ 5 UKlaG i.V.m.) § 12 Abs. 1 S. 2 UWG erstattungsfähig (vgl. zu deren Anerkennung in Rechtsprechung und Literatur, auch in dieser Höhe, *Bornkamm* in Köhler/Bornkamm, a.a.O., § 12 Rn. 1.98 m.w.N.; *Köhler*, a.a.O., § 5 UKlaG Rn. 4). Dass die Abmahnung entsprechend des ursprünglichen Klageantrags die Aufforderung zur Abgabe einer zu weit gefassten strafbewehrten Unterlassungserklärung enthielt, ist unschädlich, da die Kostenpauschale auch dann in voller Höhe zu zahlen ist, wenn die Abmahnung nur teilweise berechtigt war (vgl. BGH GRUR 2010, 744 Rn. 51 – *Sondernewsletter*, *Bornkamm*, a.a.O., § 12 Rn. 1.99). Ebenso ist unschädlich, dass die erste Abmahnung des Klägers vom 06.11.2014 noch ausschließlich auf den behaupteten Verstoß gegen § 22 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 lit. c) VTabakG gestützt war, da jedenfalls das nachfolgende Schreiben vom 24.11.2014 auch den einschlägigen Verstoß gegen § 21a Abs. 4 i.V.m. Abs. 3 S. 1 VTabakG rügte.

III.

1. Als unterlegene Partei hat die Beklagte gem. § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten ihres erfolglosen Rechtsmittels zu tragen. Soweit der Kläger seinen Klageantrag in Ziff. I. eingeschränkt hat, sind ihm die Kosten aufgrund der darin zu sehenden teilweisen Klagerücknahme gem. § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO anteilig aufzuerlegen.
2. Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit entspricht §§ 708 Nr. 10 S. 1, 711 S. 1, S. 2, 709 S. 1, S. 2 ZPO. In diesem Zusammenhang wurde berücksichtigt, dass das Interesse eines zur Unterlassung verurteilten Beklagten an einer Beseitigung der Verurteilung regelmäßig dem Interesse des Klägers an dieser Verurteilung entspricht und somit die Unterlassungspflicht die Kehrseite des Unterlassungsbegehrens ist (vgl. BGH GRUR 2013, 1067 Tz. 12 – *Beschwer des Unterlas-*

sungsschuldners; GRUR 2013, 1271 – *Umfang des Unterlassungsanspruchs; Ahrens*, LMK 2013, 351272 jeweils für die Bestimmung des Beschwerdegegenstands gem. § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO), so dass als maßgebliches Indiz hierfür die vorliegende Streitgegenstandsbewertung herangezogen wurde. Soweit außerdem im Berufungsverfahren die Entscheidung des Erstgerichts bestätigt wurde, war sie nach § 708 Nr. 10 S. 2 ZPO ohne Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar zu erklären.

3. Im Hinblick auf die zwischen den Parteien strittige und höchstrichterlich noch nicht entschiedene Frage, ob eine Werbung auf einer Internetseite als „in Diensten der Informationsgesellschaft“ i. S. v. § 21a Abs. 4, Abs. 1 Nr. 3 VTabakG i. V. m. Art. 2 lit. d) RL 2003/33/EG, Art. 1 Abs. 2 RL 98/34/EG zu qualifizieren ist, ist die Zulassung der Revision zum Bundesgerichtshof veranlasst, § 543 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 ZPO.

Vorsitzender Richter
am Oberlandesgericht

Richterin
am Oberlandesgericht

Richter
am Oberlandesgericht



**Für den Gleichlaut der beglaubigten Abschrift mit der Urschrift
Oberlandesgericht München, den 03.05.2016**

Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle