# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

**I ZR 137/09**

Verkündet am:
18. November 2010
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Unser wichtigstes Cigarettenpapier

UWG § 4 Nr. 11, § 21a VTabakG

Das Verbot, für Tabakerzeugnisse in der Presse zu werben, gilt auch für Anzeigen, in denen sich ein Zigarettenhersteller unter Bezugnahme auf seine Produkte als verantwortungsbewusstes Unternehmen darstellt, ohne direkt für den Absatz seiner Produkte zu werben.

BGH, Urteil vom 18. November 2010 - I ZR 137/09 - OLG Hamburg
LG Hamburg

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. November 2010 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Pokrant, Prof. Dr. Büscher, Dr. Kirchhoff und Dr. Koch

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg, 5. Zivilsenat, vom 19. August 2009 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger ist der Verband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. Die Beklagte vertreibt verschiedene Tabakerzeugnisse in Deutschland. Sie veröffentlichte im Juni 2007 im Monatsblatt „Vorwärts“ die nachfolgend verkleinert wiedergegebene Anzeige:

2 Der Kläger nimmt die Beklagte wegen eines Verstoßes gegen das Verbot, in der Presse oder in einer anderen gedruckten Veröffentlichung für Tabakerzeugnisse zu werben, auf Unterlassung in Anspruch. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht (OLG Hamburg, GRUR-RR 2010, 253) hat die Beklagte unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel verurteilt,

> es 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 Satz 2 VTabakG erfüllt sind (es folgt die oben wiedergegebene Anzeige).

3 Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, erstrebt die Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage.

## Entscheidungsgründe:

4 I. Das Berufungsgericht hat der Klage aus §§ 8, 3, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 21a Abs. 3 und 4 VTabakG stattgegeben und dazu ausgeführt:

5 Der Klageantrag sei trotz der Verweisung auf den Wortlaut der Vorschrift des § 21a Abs. 3 Satz 2 VTabakG nicht zu unbestimmt. Er sei auch begründet, weil die Beklagte mit ihrer Anzeige gegen die Marktverhaltensregel des § 21a Abs. 3 Satz 1 VTabakG verstoßen habe. Der „Vorwärts“ sei zumindest eine „andere gedruckte Veröffentlichung“ im Sinne dieser Norm. Bei der Anzeige handele es sich auch um eine „Werbung für Tabakerzeugnisse“ gemäß § 21a VTabakG und Art. 2 Buchst. b der Richtlinie 2003/33/EG zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen. Jedenfalls in Verbindung mit der Nennung der Marken einzelner Tabakerzeugnisse in der Fußnote der An-

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

zeige könne das Vorliegen einer Werbung nicht zweifelhaft sein. Zwar sei es bei der gebotenen verfassungskonformen Auslegung auch einem Tabakunternehmen nicht gänzlich verwehrt, im Rahmen der Meinungsäußerungsfreiheit Imagewerbung für sein Unternehmen als solches zu betreiben, selbst wenn dies mit einer indirekten Werbewirkung für seine Erzeugnisse verbunden sei. Die Benennung einzelner Tabakprodukte in der Werbung sei aber jedenfalls dann nicht mehr von der Meinungsäußerungsfreiheit gedeckt, wenn sie - wie hier - gänzlich beziehungslos zu dem übrigen Anzeigentext erfolge.

6 II. Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung im Ergebnis stand. Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht den Klageantrag als ausreichend bestimmt angesehen; es hat auch zutreffend einen Verstoß der Beklagten gegen das Werbeverbot des § 21a Abs. 3 VTabakG bejaht.

7 1. Dem Antrag fehlt es nicht deshalb an Bestimmtheit (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO), weil er auf die Ausnahmetatbestände des § 21a Abs. 3 Satz 2 VTabakG verweist. Der Kläger hat allein die im „Vorwärts“ erschienene Anzeige als konkrete Verletzungsform angegriffen. Ohne dass es einer Erwähnung dieser Ausnahmetatbestände bedurft hätte, konnte die Klage mit diesem Antrag nur Erfolg haben, wenn im Streitfall keiner der Ausnahmetatbestände in Betracht kam. Die Nennung der Ausnahmetatbestände stellt sich deshalb als unschädliche Überbestimmung dar.

8 2. Entgegen der Auffassung der Revision leidet das Berufungsurteil auch nicht an einem Begründungsmangel (§ 547 Nr. 6 ZPO), weil es in erheblichem Umfang auf ein nicht zwischen den Parteien des vorliegenden Rechtsstreits ergangenes Urteil des Berufungssenats Bezug nimmt. Das Berufungsgericht hat seine früheren Ausführungen in dem angefochtenen Urteil wörtlich wiederholt und seine Auffassung zum Ausdruck gebracht, dass diese Überlegungen im

Streitfall ebenfalls zutreffen. Diese Begründung des Berufungsgerichts ist vollständig und verständlich. Soweit dabei auf Erklärungen des Vertreters der Antragstellerin im früheren Verfahren Bezug genommen wird, ergibt sich aus den übernommenen Passagen, dass sich das Berufungsgericht die entsprechenden Erklärungen zu eigen gemacht hat.

9 3. Die beanstandete Werbung der Beklagten ist eine unlautere geschäftliche Handlung gemäß §§ 3, 4 Nr. 11 UWG, weil sie gegen das Werbeverbot des § 21a Abs. 3 Satz 1 VTabakG verstößt.

10 a) Die Vorschrift des § 21a Abs. 3 VTabakG ist eine Marktverhaltensregelung im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 29. Aufl., § 4 Rn. 11.136; Fezer/Götting, UWG, 2. Aufl., § 4-11 Rn. 141; zu § 22 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 VTabakG vgl. BGH, Urteil vom 4. November 2010 - I ZR 139/09 Rn. 34 - Bio Tabak). Der Anwendungsbereich des § 4 Nr. 11 UWG beschränkt sich nicht auf solche Marktverhaltensregelungen, die eine spezifisch wettbewerbsbezogene Schutzfunktion aufweisen, indem sie die Marktteilnehmer speziell vor dem Risiko einer unlauteren Beeinflussung ihres Marktverhaltens schützen (vgl. BGH, Urteil vom 10. Dezember 2009 - I ZR 189/07, GRUR 2010, 754 Rn. 20 ff. = WRP 2010, 869 - Golly Telly).

11 b) Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsfehler angenommen, dass es sich bei dem Monatsblatt „Vorwärts“ jedenfalls um eine „andere gedruckte Veröffentlichung“ im Sinne des § 21a Abs. 3 Satz 1 VTabakG handelt.

12 § 21a VTabakG dient der Umsetzung der Richtlinie 2003/33/EG zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen. Für die Auslegung des § 21a VTabakG ist deshalb die zu dieser Richtlinie ergangene Recht-

sprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union maßgeblich. Danach erfasst der Begriff „gedruckte Veröffentlichungen“ in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 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 Werbezettel (EuGH, Urteil vom 12. Dezember 2006 - C-380/03, Slg. 2006, I-11573 Rn. 84-86 = EuZW 2007, 46).

13 Dazu hat das Berufungsgericht ausgeführt, die Mitgliederzeitung der SPD „Vorwärts“ könne von jedermann abonniert werden und sei auch an Kiosken und in Zeitungsgeschäften erhältlich. Im Übrigen sei der „Vorwärts“ eine namhafte, regelmäßig erscheinende Publikation einer Volkspartei, die mit dem Mitteilungsblatt eines lokalen Vereins nicht vergleichbar sei. Das lässt keinen Rechtsfehler erkennen. Die Ausführungen des Berufungsgerichts stehen insbesondere in Einklang mit dem Vortrag der Beklagten, die Mitglieder der SPD erhielten den „Vorwärts“ kostenlos.

14 Der Mitgliederbestand einer großen Volkspartei ist als „breite Öffentlichkeit“ anzusehen. Im Übrigen ist dieses Merkmal auch erfüllt, weil die fragliche Publikation - unabhängig von ihrem tatsächlichen Verbreitungsgrad außerhalb des Kreises der SPD-Mitglieder - auch im Abonnement sowie an Kiosken und in Zeitschriftenläden für jedermann erhältlich ist.

15 c) Wie das Berufungsgericht zu Recht angenommen hat, stellt die streitgegenständliche Anzeige eine „Werbung für Tabakerzeugnisse“ im Sinne von § 21a Abs. 3 VTabakG dar. § 21a Abs. 1 Nr. 1 VTabakG verweist zur Definition des Begriffs der Werbung auf Art. 2 Buchst. b der Richtlinie 2003/33/EG. Danach ist Werbung „jede Art kommerzieller Kommunikation mit dem Ziel oder der

direkten oder indirekten Wirkung, den Verkauf eines Tabakerzeugnisses zu fördern“.

16 Entgegen der Auffassung der Revision ändert der Umstand, dass in der beanstandeten Anzeige nicht auf ein bestimmtes Tabakerzeugnis, sondern auf mehrere von der Beklagten vertriebene Tabakerzeugnisse Bezug genommen wird, nichts daran, dass die Anzeige den Verkauf eines Tabakerzeugnisses zu fördern vermag. Dies lässt sich bereits dem Wortlaut der Bestimmung entnehmen; denn die Werbung für mehrere Tabakerzeugnisse stellt zwangsläufig auch eine Werbung für jedes einzelne Erzeugnis dar. Auch nach Sinn und Zweck der Regelung ist es auszuschließen, dass der Gesetzgeber mit der Verwendung des Singulars eine Förderung des Vertriebs von zwei oder mehr Tabakerzeugnissen aus der Definition der Werbung für Tabakerzeugnisse ausschließen wollte.

17 Im Übrigen erfasst der Begriff der Werbung in Art. 2 Buchst. b der Richtlinie 2003/33/EG auch eine kommerzielle Kommunikation, die den Verkauf eines Tabakerzeugnisses indirekt fördert. Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsfehler eine solche indirekte Wirkung der Anzeige der Beklagten angenommen, weil sich die Beklagte damit als ein Unternehmen darstellt, das sich engagiert durch vielfältige Taten mit der Problematik des Zigarettenkonsums auseinandersetzt. Die von der Anzeige angesprochenen Verkehrskreise werden eher geneigt sein, die Produkte eines solchen - problembewussten - Unternehmens zu kaufen als die eines Wettbewerbers, der sich um die Gefahren des Rauchens keine Gedanken macht. Jedenfalls durch die Nennung der Hauptmarken der Beklagten in der Fußnote der Anzeige ist es dem Leser auch möglich, das positiv dargestellte Unternehmen konkret mit Produkten in Verbindung zu bringen, die er kaufen kann. Damit ist zumindest das Merkmal einer indirekten Werbewirkung gegeben. Der Nachweis einer konkreten Absatzsteigerung der Ziga-

rettenmarken nach Veröffentlichung der streitgegenständlichen Anzeige ist im Gegensatz zur Auffassung der Revision nicht erforderlich. Für die Werbewirkung reicht vielmehr die Eignung zur Verkaufsförderung aus.

18 d) Die Anzeige der Beklagten ist auch nicht durch die Meinungsäußerungsfreiheit gedeckt.

19 aa) Die Vorschrift des § 21a VTabakG setzt die Richtlinie 2003/33/EG um. Maßstab der grundrechtlichen Prüfung ist deshalb Art. 11 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (im Folgenden: EU-Grundrechtecharta), der eine Art. 5 GG entsprechende Grundrechtsgewährleistung vorsieht.

20 Die Anzeige fällt grundsätzlich in den Schutzbereich des Art. 11 Abs. 1 EU-Grundrechtecharta, weil die Beklagte darin ihre Auffassung zum Ausdruck bringt, sich im Gegensatz zu anderen Unternehmen durch vielfältige Taten konkret mit der Problematik des Zigarettenkonsums auseinanderzusetzen. Wie sich aus Art. 52 Abs. 1 EU-Grundrechtecharta ergibt, kann die Freiheit der Meinungsäußerung aber bestimmten, durch Ziele des Allgemeininteresses gerechtfertigten Beschränkungen unterworfen werden, sofern diese Ausnahmen gesetzlich vorgesehen sind, einem oder mehreren nach Art. 52 Abs. 1 EU-Grundrechtecharta legitimen Zielen entsprechen, durch ein dringendes gesellschaftliches Bedürfnis gerechtfertigt sind und in einem angemessenen Verhältnis zu dem verfolgten legitimen Ziel stehen (vgl. EuGH, EuZW 2007, 46 Rn. 154 zu Art. 10 EMRK). Dabei ist der Entscheidungsspielraum, über den die zuständigen Stellen bei der Abwägung zwischen der Freiheit der Meinungsäußerung und den in Art. 52 Abs. 1 EU-Grundrechtecharta genannten Zielen des Allgemeininteresses verfügen, je nach dem verfolgten Ziel 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 angemes-

senen Verhältnis zu den verfolgten Zielen steht. Das gilt namentlich für den Gebrauch der Meinungsfreiheit im Bereich kommerzieller Werbung (vgl. EuGH aaO Rn. 51).

21 bb) Nach diesen vom Gerichtshof der Europäischen Union entwickelten Maßstäben beeinträchtigt ein Verbot der streitgegenständlichen Anzeige nicht in unzulässiger Weise die Meinungsäußerungsfreiheit der Beklagten.

22 (1) Mit der Beschränkung der Tabakwerbung in Druckerzeugnissen gemäß Art. 3 der Richtlinie 2003/33/EG und § 21a VTabakG wird ausweislich des Erwägungsgrunds 3 der Richtlinie das Ziel verfolgt, die öffentliche Gesundheit zu schützen und zu vermeiden, dass junge Menschen durch diese Werbung frühzeitig zum Rauchen veranlasst und süchtig werden. Die Werbebeschränkung dient danach einem dringenden gesellschaftlichen Bedürfnis. Das Verbot einer indirekten Absatzförderung für Tabakerzeugnisse in gedruckten Veröffentlichungen ist geeignet, dieses Ziel zu fördern. Da gleich wirksame Maßnahmen nicht ersichtlich sind, ist das Verbot für den Gesundheits- und Jugendschutz auch erforderlich.

23 (2) Die Beschränkung der Meinungsäußerungsfreiheit der Beklagten steht auch in angemessenem Verhältnis zu dem verfolgten legitimen Ziel.

24 Bei der erforderlichen Abwägung erhält das Recht der Beklagten zur freien Meinungsäußerung durch den Erwägungsgrund 18 der Richtlinie kein besonderes Gewicht. Danach zielt die Richtlinie zwar insbesondere darauf ab, die Einhaltung des Grundrechts der freien Meinungsäußerung sicherzustellen. Diese besondere Zielsetzung der Richtlinie bezieht sich aber auf die Freiheit der journalistischen Meinungsäußerung in Zeitungen und Zeitschriften. Denn der freie Handelsverkehr mit Presseerzeugnissen im Binnenmarkt kann gefährdet

werden, wenn aufgrund unterschiedlicher Vorschriften zur Tabakwerbung Zeitschriften und Magazine, die eine bestimmte Werbung für Tabakerzeugnisse enthalten, in manchen Mitgliedstaaten verkauft werden dürften, in anderen jedoch nicht (vgl. Erwägungsgründe 1 und 4 der Richtlinie 2003/33/EG). Diese auf den Binnenmarkt mit Presseerzeugnissen bezogene Zielsetzung war erforderlich, um die Kompetenz der Europäischen Union zum Erlass der Richtlinie zu begründen. Die besondere Bedeutung der Meinungsäußerungsfreiheit für die werbende Tabakindustrie sollte damit aber nicht betont werden.

25 Vielmehr kommt dem mit einem Werbeverbot für Tabakerzeugnisse verfolgten Ziel des Gesundheits- und Jugendschutzes ein erheblich größeres Gewicht zu als der (auch) zum Zweck direkter oder indirekter Absatzförderung erfolgenden Meinungsäußerung von Unternehmen der Tabakindustrie. Davon ausgehend und unter Berücksichtigung des ihnen zustehenden Entscheidungsspielraums haben das Europäische Parlament und der Rat beim Erlass der Richtlinie 2003/33/EG in ausreichendem Maß auch die Meinungsäußerungsfreiheit der Tabakindustrie berücksichtigt. Sie haben sich nicht für ein vollständiges Werbeverbot für Tabak in Druckerzeugnissen entschieden. Vielmehr haben sie in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie (§ 21a Abs. 3 Nr. 1 und 2 VTabakG) Tabakwerbung in Veröffentlichungen zugelassen, die ausschließlich für im Tabakhandel tätige Personen bestimmt sind oder außerhalb der Europäischen Union gedruckt und herausgegeben werden, sofern die Veröffentlichung nicht hauptsächlich für den Binnenmarkt bestimmt ist. Weitere Beschränkungen des Werbeverbots ergeben sich aus der Auslegung des Begriffs der „gedruckten Veröffentlichung“ durch den Gerichtshof der Europäischen Union. Danach sind von dem Verbot diejenigen Veröffentlichungen ausgenommen, die sich nicht an eine breite Öffentlichkeit richten (EuGH, EuZW 2007, 46 Rn. 84, 86). Zulässig ist deshalb auch die Tabakwerbung in Mitteilungsblättern lokaler Vereine, Programmheften kultureller Veranstaltungen, Plakaten, Telefonbüchern sowie

Hand- und Werbezetteln, aber auch in speziell für die beschränkte Öffentlichkeit der Raucher bestimmten Magazinen (vgl. § 21a Abs. 3 Nr. 3 VTabakG).

26 Unter Berücksichtigung dieser Ausnahmen ist nicht erkennbar, dass ein Verbot auch indirekter und mit Meinungsäußerungen verbundener Tabakwerbung in sonstigen gedruckten Veröffentlichungen eine unangemessene Beeinträchtigung des Rechts der Beklagten auf freie Meinungsäußerung darstellt. Für die vom Berufungsgericht erwogene einschränkende verfassungskonforme Auslegung des Tabakwerbeverbots bei Imagewerbung im Hinblick auf die Meinungsäußerungsfreiheit besteht deshalb kein Anlass.

27 (3) Daher kommt es entgegen der Auffassung der Revision auch nicht darauf an, ob das Recht auf Meinungsfreiheit das Recht einschließt, im Zusammenhang mit einer Äußerung seinen Namen zu nennen, um für die Adressaten der Äußerung identifizierbar zu sein. Ist die Äußerung bereits als solche nicht mehr vom Recht auf Meinungsfreiheit gedeckt, weil dieses Recht in zulässiger Weise beschränkt ist, stellt sich die Frage der Identifizierbarkeit des Meinungsäußernden ebenfalls nicht mehr. Ohne entscheidende Bedeutung für die Abwägung im Lichte des Art. 11 EU-Grundrechtecharta ist im Streitfall ferner, dass die Beklagte den Bereich reiner Imagewerbung ohnehin verlassen hat, indem sie ihre Hauptmarken in der Fußnote der Anzeige in Kleindruck genannt hat.

28 4. Die Bestimmung des § 21a VTabakG regelt auch die Berufsausübung der Beklagten. Daraus erwachsen ihr aber keine weitergehenden grundrechtlichen Gewährleistungen als aus Art. 11 EU-Grundrechtecharta.

29 5. Es besteht kein Anlass, die Sache dem Gerichtshof der Europäischen Union gemäß Art. 267 Buchst. b AEUV zur Vorabentscheidung vorzulegen. Es

handelt sich um einen Einzelfall, in dem die entscheidungserheblichen Auslegungsfragen zum Gemeinschaftsrecht durch die gefestigte Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union geklärt sind (vgl. EuGH, Urteil vom 6. Oktober 1982 - C-283/81, Slg. 1982, 3415 Rn. 13 ff. = NJW 1983, 1257, 1258 - CILFIT).

30 III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Bornkamm Pokrant Büscher

Kirchhoff Koch

Vorinstanzen:
LG Hamburg, Entscheidung vom 14.12.2007 - 406 O 175/07 -
OLG Hamburg, Entscheidung vom 19.08.2009 - 5 U 11/08 -