

## KOMMENTAR

- 1 Der vorstehend abgedruckten Entscheidung, dass § 21 TabakerzG, der ausdrücklich auf „Tabakerzeugnisse“ abstellt, in der Streitgegenständlichen Konstellation nicht einschlägig sei (Rn. 21 ff.), auch nicht analog (Rn. 29), ist zuzustimmen. Nicht gefolgt werden kann dem Gericht jedoch in der Annahme, eine Irreführung nach § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 UWG liege nicht vor.
- 2 Der Senat stellt zwar fest, dass die E-Zigarette durchaus schädlich ist (Rn. 46, 51). Gleichwohl soll die Behauptung, E-Zigaretten würden „Leben retten“, nicht irreführend sein, weil Adressaten der Werbung Tabakraucher seien (Rn. 43), aus deren Sicht E-Zigaretten wegen der im Verhältnis zur Tabakzigarette geringeren Schädlichkeit durchaus eine „lebensrettende Wirkung“ hätten (Rn. 46 f.).
- 3 Dem kann aus mehreren Gründen nicht gefolgt werden.

### I. Zu enge Bestimmung der angesprochenen Verkehrskreise

- 4 Das Gericht bezieht sich zwar einleitend auf die Rechtsprechung des BGH (05.11.2015 – I ZR 182/14, WRP 2016, 590, 591 – Durchgestrichener Preis II), dass für die Beurteilung der Irreführung auf den von der Werbung angesprochenen Verbraucher abzustellen sei. Adressat der Streitgegenständlichen Werbung ist entgegen der Meinung des Senats aber nicht nur der „Verbraucherkreis der Konsumenten von Tabakerzeugnissen“ (Rn. 43), sondern unterschiedslos die Allgemeinheit.
  1. Gezielte Platzierung der Werbung in der breiten Öffentlichkeit
- 5 Zwar räumen die Koblenzer Richter ausdrücklich ein, dass die Werbung auch von Nichtraucherern wahrgenommen werde (Rn. 51). Die Allgemeinheit als Zielobjekt der Werbung soll allerdings wegen des Zusatzes „JETZT UMSTEIGEN!“ ausscheiden (Rn. 43).
- 6 Diese Einschränkung begegnet grundlegenden Bedenken. Geworben wurde nach den Feststellungen des Senats nicht etwa auf einer Website mit einem geschlossenen Zugangsbereich oder mit einem Altersverifikationssystem, sondern auf einem „großflächigen Plakat (...) am Straßenrand“ (Rn. 44). Die Werbung wird also nicht nur vom umstiegswilligen Tabakraucher zur Kenntnis genommen, sondern von allen Passanten gleichermaßen.
- 7 Die vom OLG aufgeworfene Frage nach der „Zielrichtung“ der Werbung (Rn. 43) verdunkelt bereits das Problem. Angesprochen werden nicht nur der Kettenraucher, der aufgefordert wird umzusteigen, sondern vor allem auch Jugendliche, die noch unentschlossen sind und die nun erfahren, dass E-Zigaretten (angeblich) sogar geeignet seien, Leben zu „retten“. Es ist vor diesem Hintergrund lebensfremd anzunehmen, dass der Jugendliche diese blickfangmäßige Werbeaussage deshalb ignorieren würde, weil er als Nicht-Raucher keinen Anlass für einen Umstieg habe. Entscheidend ist, dass die verharmlosende Wirkung des Claims ohne Weiteres geeignet ist, den Einstieg zu fördern.
- 8 Damit konterkariert der Senat die in der RL 2014/40/EU (EU-Tabakprodukttrichtlinie) ausdrücklich genannte Zielsetzung des europäischen Gesetzgebers, über einen restriktiven Werbeantritt bereits den Einstieg in die Nikotinabhängigkeit zu erschweren:

„Elektronische Zigaretten können sich zu einem Mittel für den Einstieg in die Nikotinabhängigkeit und letztlich in den herkömmlichen Tabakkonsum entwickeln, da mit ihnen der Vorgang des Rauchens nachgeahmt und normalisiert wird. Aus diesem Grund sollte ein restriktiver Ansatz in Bezug auf die Werbung für elektronische Zigaretten und Nachfüllbehälter verfolgt werden.“ (Erwägungsgrund 43 der Tabakprodukttrichtlinie).

Wenn das Gericht also darauf abstellt, der Nichtraucher erkenne, 9 dass das beworbene Produkt für ihn nicht „gesundheitlich gänzlich unbedenklich“ sei, weil er die Zielrichtung der Werbung durchschaue (Rn. 51), legt es eine analysierende Betrachtung zugrunde, die es an anderer Stelle seines Urteils (Rn. 34) ausdrücklich ablehnt.

### 2. Tatsächliche Anlockwirkung ausreichend

Auch aus rechtsdogmatischen Gründen kann der Aufforderung 10 „JETZT UMSTEIGEN!“ nicht die Bedeutung zukommen, von der das OLG ausgeht.

Der Unternehmer wird E-Zigaretten an *jeden* Interessenten verkaufen wollen, an Kettenraucher ebenso wie an Gelegenheitsraucher oder an Nichtraucher, deren Hemmungen durch das Werbeargument, E-Zigaretten würden Leben retten, endgültig beseitigt werden. 11

Auch wenn der Händler mit seinem Appell zum Umstieg primär 12 Zigarettenraucher als überwiegenden Teil seiner Zielgruppe ansprechen mag, rechtfertigt das noch nicht den Umkehrschluss, er verfolge mit seiner Werbung nicht auch das Ziel, die E-Zigarette als mögliches Genussmittel der breiten Öffentlichkeit anzupreisen. Ohnehin kommt es bekanntlich niemals auf das hinter einer Werbung stehende *Motiv* an, sondern auf den *objektiven* Aussagegehalt einer Werbung (Rn. 34).

Die Argumentation des Gerichts eröffnet hingegen dem Unternehmer die Möglichkeit, die lauterkeitsrechtliche Beurteilung einer der breiten Öffentlichkeit zugänglich gemachten Werbung unter Irreführungsgesichtspunkten durch geschickte Formulierungen steuern zu können. Das steht in Widerspruch zur Rechtsprechung des BGH, wonach § 3 UWG bereits die von einer allgemein an das Publikum gerichteten Werbung ausgehende *Anlockwirkung* erfasst (BGH, 18.06.1989 – I ZR 233/87, WRP 1990, 235, 236 – Teilzahlungskauf II). 13

### II. Fehlerhaftes Verständnis des Begriffs „retten“

Weiter liegt der Entscheidung ein problematisches Verständnis 14 der Formulierung „retten“ zugrunde, das weder mit dem allgemeinen Sprachgebrauch noch mit der Rechtsprechung des BGH zur Zulässigkeit gesundheitsbezogener Werbung zu vereinbaren ist.

Nach der überzeugenden Rechtsprechung des BGH kommt dem Wortsinn der Werbung nach dem allgemeinen Sprachgebrauch besonderes Gewicht zu (BGH, 18.01.2012 – I ZR 104/10, WRP 2012, 1094, 1095 f. – Neurologisch/Vaskuläres Zentrum). Denn der Verbraucher kann eine Werbeaussage regelmäßig nicht anders verstehen, als sie ihm bei Anwendung des allgemeinen Sprachverständnisses begegnet (OLG Stuttgart, 25.10.2018 – 2 U 34/18, WRP 2019, 516, 521 – Werbung mit „schadstofffrei“). 15

Davon abweichend vertritt das Koblenzer OLG die Auffassung, eine lebensrettende Wirkung könne „bereits dann angenommen werden, wenn schädliche Einflüsse *vermindert* werden, sodass im Ergebnis ein Zustand *geringerer* Schädigung erreicht werden kann“ (Rn. 46). 16

- 17 Damit legen die Richter ein problematisches Sprachverständnis zugrunde. Mit dem Begriff „retten“ wird nach allgemeinem Sprachgebrauch die erfolgreiche *Überwindung* einer Gefahrensituation umschrieben (z. B. die Rettung vor dem Ertrinken, das Retten eines Kunstschatzes, usw.). Der Arzt, der einen Herzinfarktpatienten durch Beatmung und Herz-Druck-Massage zunächst am Leben hält, dann allerdings erschöpft aufgeben muss, hat zwar versucht, den Patienten zu retten, aber sein Versuch ist misslungen. Der Patient wäre ohne die Reanimationsmaßnahmen zwar etwas *früher* gestorben. Mit der *Lebensrettung* ist er jedoch gescheitert.
- 18 Ersetzt man in der Werbung das Nervengift Nikotin durch Alkohol, dann dürfte, folgt man der Logik des Gerichts, nichts gegen die (insoweit bewusst überspitzt formulierte) Empfehlung des werbenden Unternehmers sprechen: „Verzichten Sie auf Schnaps! Bier rettet Leben.“ Denn beim Bierkonsum dürfte die Leberzirrhose bei gleichem Konsumverhalten deutlich später eintreten als beim Konsum von Schnaps. „Gerettet“ wird der durch die Werbung Angesprochene aber mit dieser Erkenntnis noch lang nicht.

### III. „Vordergründigkeit“ eines Gesundheitsbezugs als untaugliches Abgrenzungskriterium

- 19 Zuletzt berücksichtigt die Entscheidung des Gerichts nicht hinreichend die strengen Anforderungen, die der BGH an die Zulässigkeit gesundheitsbezogener Angaben stellt.
- 20 Zwar erkennen die Koblenzer Richter durchaus, dass bei der Prüfung gesundheitsbezogener Werbeaussagen besonders strenge Maßstäbe anzulegen seien; eine solche Werbung sei nur auf Basis gesicherter wissenschaftlicher Erkenntnisse zulässig (Rn. 49). Im vorliegenden Fall allerdings müsse, so der Senat, etwas anderes gelten, weil der Gesundheitsbezug „nicht im Vordergrund“ stehe (Rn. 49).
- 21 Ein Gesundheitsbezug wird vom Gericht also durchaus bejaht – und könnte objektiv auch schwerlich verneint werden bei der Behauptung, das beworbene Produkt „rette“ Leben. Die Frage nach dem „Vordergrund“ als Abgrenzungskriterium ist allerdings neu. Leider erläutert das OLG auch nicht, anhand welcher Kriterien diese Unterscheidung getroffen werden soll. Der im Urteil genannten Rechtsprechung des BGH (vgl. etwa BGH, 06.02.2013 – I ZR 62/11, WRP 2013, 772 – Basisinsulin mit Gewichtsvorteil) ist jedenfalls zu entnehmen, dass ein wie auch immer gearteter „Bezug“ der Werbeaussage zur Gesundheit ausreichend ist, also ohne Rücksicht auf Vorder- oder Hintergrund der gesundheitsbezogenen Angabe.
- 22 Unabhängig davon überzeugt die vom Gericht vorgenommene Differenzierung auch in der Sache nicht. Gemäß § 27 Abs. 2 TabakerzV ist auf der Außenverpackung von E-Zigaretten und Nachfüllbehältern ausnahmslos der Warnhinweis anzubringen „Dieses Produkt enthält Nikotin: einen Stoff, der sehr stark abhängig macht.“ – also völlig unabhängig davon, ob der Konsument bereits weiß, sich mit dem Konsum zu schädigen. Mit Blick auf diesen zwingenden „gesundheitsbezogenen Warnhinweis“ (so wortwörtlich in § 27 Abs. 2 TabakerzV) ist es kaum zu vereinbaren, die auf das Gegenteil abzielende Werbeaussage, E-Zigaretten würden Leben „retten“, als *unbedenkliche* gesundheitsbezogene Angabe einzustufen.

RA Dr. Benjamin Stillner, Stuttgart\*

## Wettbewerbsrecht

### Diana zur Löwen

#### UWG §§ 2 Nr. 1, 5a Abs. 6

OLG Köln, Urteil vom 19.02.2021 – 6 U 103/20

Vorinstanz: LG Köln, 21.07.2020 – 33 O 138/19

**1. Der Umstand, dass Äußerungen von Influencern auch redaktioneller oder informierender Natur sind, steht einer Bewertung als geschäftliche Handlung nicht entgegen, weil auch journalismusnahe Tätigkeiten der UWG-Kontrolle nicht entzogen sind, wenn sie mittelbar durch Werbung finanziert werden.**

**2. Eine Kennzeichnung von Influencer-Mitteilungen auf Instagram ist auch bei followerstarken Profilen nicht stets entbehrlich, denn gerade dieser Dienst profitiert davon, dass Profilinhaber sich nicht nur als kommerziell tätig, sondern als authentisch bezeichnen.**

**3. Eine überwiegende kommerzielle Absicht ist bei Postings von Influencern zu vermuten, wenn Mitteilungen durch ein direktes Entgelt oder eine sonstige, auch geringwertige Gegenleistung mitbeeinflusst werden.**

#### Aus den Gründen:

I. Der Kläger ist der Verband Sozialer Wettbewerb e.V. Die Beklagte ist Bloggerin, die überwiegend im Bereich Mode und Lebensstil tätig ist, in jüngerer Zeit auch zu politischen und gesellschaftlichen Themen Beiträge verbreitet. Sie hat ein eigenes Profilkonto auf Sozialen Mediendiensten, darunter Instagram und YouTube. Auf YouTube und Instagram hat sie jeweils eine hohe sechsstelligen Anzahl von Kanal-Abonnenten und Seitenaufrufen, beschäftigt einen Manager, unter dessen Firmenadresse sie auch erreichbar ist und hat jedenfalls in der Vergangenheit Kooperationsverträge mit Unternehmen wie D. unterhalten. Die Beklagte beschäftigt sich hauptberuflich mit Blogs und erzielt jährlich sechsstelligen Umsätze. Auf ihrem Instagram-Account veröffentlichte sie unter anderem im Juli 2018 mehrere Fotos von sich, die Modeartikel und -accessoires zeigten und mit elektronischen Markierungen („tags“) versehen waren, aus denen der Name der Hersteller von Bekleidung oder der Erbringer von Dienstleistungen wie Fotoshootings oder Körperstyling hervorging. Beim Anklicken der Markierung wurde der Nutzer auf die jeweiligen Profiseiten dieser Unternehmen geführt. Der Kläger mahnte die Beklagte wegen mehrerer Bilddarstellungen auf Instagram im Juli 2018 ab, die Beklagte versprach im August 2018 gegenüber dem Kläger, es zu unterlassen,

„auf Instagram Posts zu veröffentlichen, auf denen Produkte zu kommerziellen Zwecken im Bild des Posts getagged (d. h. mit sog. sprechenden Links versehen) sind, ohne den kommerziellen Zweck des jeweiligen Posts, soweit sich dieser nicht unmittelbar aus den Umständen des Posts ergibt, beispielsweise durch die Verwendung des Hinweises ‚Werbung‘ oder ähnlicher Hinweise, zu verdeutlichen (...).“

Sie versprach für jeden Fall der Zuwiderhandlung die Zahlung einer durch den Kläger festzusetzenden, gerichtlich überprüf-  
baren Vertragsstrafe, wobei der Kläger einen Betrag von 5.100,- Euro für jede Zuwiderhandlung gefordert hatte. Die Beklagte erklärte zudem, dass sich die Unterlassungserklärung auch auf kerngleiche Handlungen beziehe. Die Beklagte nahm die solchermaßen modifizierte Unterlassungserklärung an (...).

\* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 556.