

Werbung für E-Zigaretten mit Hinweis auf gesundheitliche Unbedenklichkeit irreführend

Oberlandesgericht Frankfurt

Urteil vom 27.02.2014

Az.: 6 U 244/12

Tenor

Auf die Berufung des Klägers wird das am 26. September 2012 verkündete Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main teilweise abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung fälligen Ordnungsgeldes in Höhe von bis zu 250.000,- €, ersatzweise Ordnungshaft oder von Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, zu vollstrecken an ihrem Geschäftsführer, zu unterlassen,

im geschäftlichen Verkehr für eine e-Zigarette, mit welcher propylenglycol- und nikotinhaltige Liquids verdampft und inhaliert werden sollen und/oder für propylenglycol- und nikotinhaltige Liquids zum Verdampfen und Inhalieren mittels e-Zigaretten mit der Aussage zu werben:

1. „Aber das ohne die Bildung der unzähligen chemischen Verbindungen und krebserregenden Stoffe, die das Verbrennen des Tabaks beim „normalen“ Rauchen mit sich bringt. ...“,
2. „Sauberer Dampf – Bei A entstehen keine toxischen Verbindungen durch die Verbrennung von Tabak“,
3. „Mit A geben sie ihrem Körper die Chance, sich wieder zu regenerieren. Wenn sie auf A umsteigen, gönnen sie ihrer Lunge

eine Verschnaufpause“,

4. „Eine saubere Sache: Verdampfung statt Verbrennung“,

5. „Dann werden sie schnell verstehen, warum elektrisches Rauchen die Lungen schont.“,

6. „Die elektrische Zigarette ist vielmehr eine saubere Alternative zur herkömmlichen Zigarette mit vielen, vielen offensichtlichen Vorzügen. Der sicherlich größte Vorteil ist, dass statt Rauch aromatischer Dampf eingeatmet wird. Purer Genuss. Denn die vielen schädlichen Verbrennungsstoffe, die im Tabakrauch enthalten sind, suchen sie bei der elektrischen Alternative ebenso vergeblich wie den Teer“,

jeweils sofern dies geschieht, wie in Anlage K1 wiedergegeben.

Die Beklagte wird weiter verurteilt, an den Kläger 166,60 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 14.6.2012 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen haben der Kläger 40% und die Beklagte 60% zu tragen.

Dieses Urteil ist ohne Sicherheitsleistungen vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe 20.000,- € abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Zwangsvollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Der Kläger kann die gegen ihn gerichtete Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des jeweils zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Entscheidungsgründe

I.

Die Beklagte vertreibt unter der Bezeichnung „A“ eine sog. „E-Zigarette“ mit dem Hauptbestandteil Propylenglycol, für die sie im Internet gemäß Anlage K 1 wirbt. Der Kläger – ein Wettbewerbsverband – nimmt die Beklagte wegen mehrerer Aussagen in dieser Werbung auf Unterlassung sowie Ersatz der Abmahnkosten in Anspruch. Im Übrigen wird auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil, mit dem das Landgericht die Klage abgewiesen hat, Bezug genommen (§ 540 I 1 ZPO).

Mit der Berufung verfolgt der Kläger die Klageansprüche weiter. Er behauptet unter Hinweis auf verschiedene Studien und fachliche Stellungnahmen (Anlagen K6 – K11, BB1 – BB14, BB20), das Einatmen von Propylenglykol könne Atemwegsreizungen verursachen. Die Auswirkungen langfristigen Inhalierens seien unbekannt. Es sei jedoch davon auszugehen, dass der dauerhafte Konsum Schädigungen der Atemwege verursachen könne. Das in E-Zigaretten enthaltene Glycerin berge eine Rückfallgefahr für trockene Alkoholiker. Er hat – nach dem erstinstanzlichen Urteil – ein Privatgutachten der Diplom-Biologin SV1 eingeholt, das zu den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils Stellung nimmt und eine Auswertung verfügbarer Publikationen zum Gebrauch von E-Zigaretten vornimmt (Anlage BB1). Er ist der Auffassung, die streitgegenständliche Werbung vermittle den Eindruck, der Konsum von E-Zigaretten sei – mit Ausnahme des damit verbundenen Konsums von Nikotin – gesundheitlich unbedenklich.

Der Kläger beantragt,

unter Abänderung des angefochtenen Urteils wie folgt zu urteilen:

I.

Die Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung fälligen Ordnungsgeldes in Höhe von bis zu 250.000,- €, ersatzweise Ordnungshaft oder von Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, zu vollstrecken an ihrem

Geschäftsführer, zu unterlassen,
im geschäftlichen Verkehr für eine e-Zigarette, mit welcher propylenglycol- und nikotinhaltige Liquids verdampft und inhaliert werden sollen und/oder für propylenglycol- und nikotinhaltige Liquids zum Verdampfen und Inhalieren mittels e-Zigaretten mit der Aussage zu werben:

1.

„Aber das ohne die Bildung der unzähligen chemischen Verbindungen und krebserregenden Stoffe, die das Verbrennen des Tabaks beim „normalen“ Rauchen mit sich bringt. ...“,

2.

„Sauberer Dampf – Bei A entstehen keine toxischen Verbindungen durch die Verbrennung von Tabak“,

3.

„Wenn sie schon rauchen, dann wenigstens elektrische Zigarette und damit ohne die schädlichen Verbindungen und Stoffe, die bei der Verbrennung von Tabak entstehen“,

4.

„Mit A geben sie ihrem Körper die Chance, sich wieder zu regenerieren. Wenn sie auf A umsteigen, gönnen sie ihrer Lunge eine Verschnaufpause“,

5.

„Auf Tabakverbrennung wird bei der elektrischen Zigarette komplett verzichtet. Und damit entfallen alle giftigen Stoffe, die bei einer herkömmlichen Zigarette durch die Verbrennung des Tabaks entstehen ...“,

6.

„Eine saubere Sache: Verdampfung statt Verbrennung“,

7.

„Warum auf Genuss verzichten, wenn dabei sogar weniger Schadstoffe in den Körper gelangen? Wenn sie nicht auf ihre Zigarette verzichten möchten, aber weniger schädliche Stoffe

in ihren Körper gelangen sollen, dann kann die elektrische Zigarette eine echte Alternative für sie sein. Unsere elektrischen Zigaretten sind in der Handhabung extrem nah am gewohnten Rauchen, aber ohne die Giftstoffe, die durch die Tabakverbrennung entstehen“,

8.

„... im Zusammenhang mit der elektrischen Zigarette von einer deutlich weniger belastenden Alternative zum Rauchen oder von einer „sauberen“ Möglichkeit des Rauchens zu sprechen“,

9.

„Dann werden sie schnell verstehen, warum elektrisches Rauchen die Lungen schont“,

10.

„Die elektrische Zigarette ist vielmehr eine saubere Alternative zur herkömmlichen Zigarette mit vielen, vielen offensichtlichen Vorzügen. Der sicherlich größte Vorteil ist, dass statt Rauch aromatischer Dampf eingeatmet wird. Purer Genuss. Denn die vielen schädlichen Verbrennungsstoffe, die im Tabakrauch enthalten sind, suchen sie bei der elektrischen Alternative ebenso vergeblich wie den Teer“,

jeweils sofern dies geschieht, wie in Anlage K1 wiedergegeben;

II.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 166,60 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Zustellung der Klage zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil. Sie bestreitet, dass die in E-Zigaretten enthaltenen Stoffe Propylenglycol, Glycerin und Aromastoffe schädliche Auswirkungen haben. Sie verweist in diesem Zusammenhang auf

die aus den Anlagen B6 – B9 ersichtlichen Studien und Gutachten. Sie bestreitet die wissenschaftliche Expertise der Privatgutachterin SV1. Sie ist der Auffassung, die angegriffenen Werbeaussagen hätten keinen Gesundheitsbezug.

Wegen des weiteren Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst deren Anlagen Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung hat teilweise Erfolg. Dem Kläger stehen die geltend gemachten Unterlassungsansprüche hinsichtlich der Aussagen gemäß Anträgen zu I. 1., 2., 4., 6., 9. und 10. aus §§ 3, 5, 8 III Nr. 2 UWG sowie der Anspruch auf Erstattung der Abmahnpauschale (Antrag zu II.) aus § 12 I 2 UWG zu. Die weitergehenden Klageansprüche (Anträge zu I. 3., 5., 7. und 8. hat das Landgericht mit Recht abgewiesen.

1.

Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass die von der Beklagten vertriebene E-Zigarette für die Gesundheit des Rauchers jedenfalls deutlich weniger schädlich ist als eine herkömmliche Tabakzigarette.

Andererseits kann es nach dem Sach- und Streitstand jedenfalls nicht als wissenschaftlich gesichert angesehen werden, dass das Produkt der Beklagten gesundheitlich völlig unbedenklich ist. Vielmehr ist es mindestens offen, ob Reizungen der Atemwege wie Husten etc. nicht auch durch den in E-Zigaretten enthaltenen Stoff Propylenglycol verursacht werden. Der Kläger hat durch zahlreiche fachliche Stellungnahmen belegt, dass die Unbedenklichkeit des Inhalierens von Propylenglycol gerade im Hinblick auf Atemwegserkrankungen nicht nachgewiesen ist. So heißt es etwa in der Veröffentlichung „B“ des C, 01 (Anlage BB20), die elektrische Zigarette sei nach der aktuellen Datenlage gesundheitlich nicht unbedenklich. Propylenglycol könne die Atemwege reizen und möglicherweise das Asthmarisiko erhöhen. Teilweise befänden sich krebserregende Substanzen im

Nebel (S. 12). In einer Stellungnahme des Bundesinstituts für Risikobewertung vom 24.2.2012 (Anlage BB4) heißt es, Propylenglycol könne zu Reizungen der oberen Atemwege führen und die Lungenfunktion beeinträchtigen. Über die Langzeitfolgen sei wenig bekannt.

Angesichts dieser fachlichen Einschätzungen reicht auch der Vortrag der Beklagten nicht aus, um die gesundheitliche Unbedenklichkeit der von ihr vertriebenen E-Zigarette als wissenschaftlich abgesichert einzustufen. Der Hinweis, dass Propylenglycol als Lebensmittelzusatzstoff zugelassen ist und dass E-Zigaretten seit Jahren umfangreich konsumiert werden, ohne dass die vom Kläger behaupteten Dauerfolgen bekannt geworden wären, genügt nicht. Die gesundheitliche Unbedenklichkeit von Propylenglycol-haltigen E-Zigaretten wird auch nicht durch die als Anlage B6 vorgelegte Studie von D/E vom 9.12.2010, die Studie von F vom 21.10.2008 (Anlage B7) und das Gutachten von SV2 vom 6.3.2006 (Anlage B8) wissenschaftlich abgesichert. Den Studien kann letztlich nur entnommen werden, dass das Gesundheitsrisiko bei elektrischen Zigaretten als niedriger eingeschätzt wird als bei Tabak-Zigaretten. Zwar heißt es in dem Gutachten von SV2 auch, der Zusatz von Propylenglykol sei bei gegenwärtigem Kenntnisstand als toxikologisch irrelevant zu werten. Im gleichen Absatz wird jedoch auf „leichte Irritationen der Konjunktiva“ hingewiesen. Außerdem belegt das Gutachten im Vergleich zu den vom Kläger vorgelegten fachlichen Stellungnahmen nur, dass die Wirkungen von Propylenglykol offenbar wissenschaftlich umstritten sind. Die Frage, ob Propylenglykol bei regelmäßigem Konsum tatsächlich in relevantem Umfang zu Atemwegserkrankungen führen kann, lässt sich nur durch eine Langzeitstudie klären. Eine solche Studie ist nach dem Vortrag der Parteien nicht verfügbar.

Unter diesen Umständen kann der Beklagten zwar nicht untersagt werden, in ihrer Werbung auf die gesundheitlichen Vorteile von „A“ gegenüber herkömmlichen Tabak-Zigaretten hinzuweisen.

Andererseits ist jedoch anerkannt, dass bei gesundheitsbezogener Werbung besonders strenge Anforderungen an die Richtigkeit, Eindeutigkeit und Klarheit der Werbeaussage zu stellen sind, da mit irreführenden gesundheitsbezogenen Angaben erhebliche Gefahren für das hohe Schutzgut des Einzelnen sowie der Bevölkerung verbunden sein können (BGH GRUR 2013, 649, Rn. 15 – Basisinsulin mit Gewichtsvorteil). Mit den Anforderungen von § 5 UWG unvereinbar ist es daher, wenn durch Werbeaussagen für „A“ der Eindruck erweckt wird, das Erzeugnis sei gesundheitlich unbedenklich. Denn solange dies – wie ausgeführt – wissenschaftlich nicht gesichert ist, wird der Verkehr durch die uneingeschränkte Inanspruchnahme einer gesundheitlichen Unbedenklichkeit bereits deshalb in relevanter Weise irregeführt, weil er bei gesundheitsbezogenen Wirkungsaussagen von der bestehenden wissenschaftlichen Absicherung ausgeht (vgl. Köhler/Bornkamm, UWG, 32. Aufl., Rdz. 4.183 zu § 5 UWG m.w.N.).

Bei der demnach vorzunehmenden Abgrenzung zwischen dem zulässigen Hinweis auf die Vorzüge von „A“ gegenüber Tabak-Zigaretten („relative“ Gesundheitswerbung) und dem unzulässigen Hinweis auf die gesundheitliche Unbedenklichkeit („absolute“ Gesundheitswerbung) ist neben dem Wortsinn der einzelnen angegriffenen Aussagen auch auf den Kontext abzustellen, in den sie im Rahmen der Gesamtwerbung gestellt werden.

2.

Bei Anwendung dieser Grundsätze erweisen sich die Aussagen gemäß Anträgen zu I. 1., 2., 4., 6., 9. und 10. als irreführende „absolute“ Gesundheitswerbung im vorstehend dargestellten Sinn.

a)

Die Aussagen

„Aber das ohne die Bildung der unzähligen chemischen Verbindungen und krebserregenden Stoffe, die das Verbrennen des Tabaks beim „normalen“ Rauchen mit sich bringt“ (Antrag zu I. 1.)

„Sauberer Dampf – Bei A entstehen keine toxischen Verbindungen durch die Verbrennung von Tabak“ (Antrag zu I. 2.)

„Die elektrische Zigarette ist vielmehr eine saubere Alternative zur herkömmlichen Zigarette mit vielen, vielen offensichtlichen Vorzügen. Der sicherlich größte Vorteil ist, dass statt Rauch aromatischer Dampf eingeatmet wird. Purer Genuss. Denn die vielen schädlichen Verbrennungsstoffe, die im Tabakrauch enthalten sind, suchen sie bei der elektrischen Alternative ebenso vergeblich wie den Teer“ (Antrag zu I. 10.)

sind übereinstimmend durch die Behauptung gekennzeichnet, dass beim Genuss von „A“ die besonders gesundheitsschädlichen Stoffe, die beim herkömmlichen Rauchen durch das Verbrennen von Teer entstehen, nicht entstehen und eingeatmet werden. Diese Behauptung ist zwar zutreffend, kann aber gleichwohl vom angesprochenen durchschnittlichen Werbeadressaten dahin missverstanden werden, dass damit sämtliche Gesundheitsgefahren des Rauchens ausgeschlossen seien. Gerade der nikotinabhängige Raucher, der sich der großen Gesundheitsrisiken seiner Sucht bewusst ist, wird für eine sich vermeintlich bietende Möglichkeit, seine Sucht gefahrlos befriedigen zu können, besonders empfänglich sein. Ein mit keinerlei Einschränkung versehener Hinweis auf die Vermeidung der schädlichen Stoffe bei der Teerverbrennung kann daher vom situationsadäquat aufmerksamen Durchschnittsverbraucher als Inanspruchnahme einer gesundheitlichen Unbedenklichkeit verstanden werden. Insbesondere ist nicht davon auszugehen, dass der Leser der Werbung gemäß Anlage K 1 deren Gesamtinhalt aufmerksam zur Kenntnis nimmt oder sonst ohne weiteres in Betracht zieht, dass die beworbene E-Zigarette aus anderen Gründen mit gesundheitlichen Gefahren verbunden sein könnte. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass gerade die bei der

Tabakverbrennung entstehenden toxischen Stoffe in erster Linie für die Schädlichkeit des Rauchens verantwortlich gemacht werden. Unter diesen Umständen erscheint der Schluss, eine alternative Zigarette, bei der diese Stoffe nicht erzeugt werden, sei gesundheitlich gänzlich unbedenklich, durchaus nahe liegend.

Die Werbung gemäß Anlage K 1 enthält auch keine Elemente, die die von den einzelnen Aussagen ausgehende Irreführungsgefahr ausschließen könnten. Geeignet hierzu wären nur Hinweise, die entweder auf Grund ihrer besonders hervorgehobenen Form oder ihrer unmittelbaren räumlichen Nähe zu den beanstandeten Aussagen deren Inhalt mit hinreichender Deutlichkeit dahin relativieren, dass mit dem Verzicht auf die bei der Teerverbrennung entstehenden Stoffe nicht unbedingt eine völlige gesundheitliche Unbedenklichkeit verbunden sei. Derartige Relativierungen finden sich in der gebotenen Form jedoch zu den Aussagen gemäß Anträgen zu I. 1., 2. und 10. in der Werbung gemäß Anlage K 1 nicht.

b)

Die Aussage

„Eine saubere Sache: Verdampfung statt Verbrennung“ (Antrag zu I. 6.)

beinhaltet ebenfalls eine „absolute“ Gesundheitswerbung im oben dargestellten Sinn. Denn sie findet sich als Überschrift in der Werbung gemäß Anlage K 1 und kann daher insbesondere auch wegen des Hinweises auf die „Sauberkeit“ dahin verstanden werden, dass wegen der nicht stattfindenden Verbrennung die beworbene E-Zigarette gesundheitlich unbedenklich sei.

c)

Irreführend sind auch die Aussagen

„Mit A geben sie ihrem Körper die Chance, sich wieder zu

regenerieren. Wenn sie auf A umsteigen, gönnen sie ihrer Lunge eine Verschnaufpause“ (Antrag zu I. 4.)

„Dann werden sie schnell verstehen, warum elektrisches Rauchen die Lungen schont.“ (Antrag zu I. 9.)

Der Hinweis auf die der Lunge gewährte „Verschnaufpause“ bzw. auf deren „Schonung“ ist als „absolute“ Gesundheitswerbung im oben genannten Sinn einzustufen, weil der angesprochene Verkehr nach dem Wortsinn dieser Aussagen keinen Anlass zu der Annahme hat, dass die Lunge lediglich weniger stark belastet wird als mit Tabak-Zigaretten. Im weiteren Kontext der Werbung finden sich wiederum keine Relativierungen, die diesem Eindruck hinreichend entgegenwirken könnten.

3.

Nicht irreführend (§ 5 UWG) sind dagegen die Aussagen gemäß Anträgen zu I. 3., 5., 7. und 8., da sie – jedenfalls im Kontext der Gesamtwerbung – mit Einschränkungen versehen sind, die es rechtfertigen, die Aussagen als zulässige „relative“ Gesundheitswerbung im dem unter 1. dargestellten Sinn einzustufen.

Bei der Aussage gemäß Antrag zu I. 3. ergibt sich die erforderliche Relativierung aus den einleitenden Worten „Wenn Sie schon rauchen, ...“. Dadurch wird dem Werbeadressaten mit ausreichender Deutlichkeit vermittelt, dass auch das Rauchen der beworbenen E-Zigarette nicht unbedingt gesundheitlich völlig unbedenklich ist.

Dasselbe gilt für Aussagen gemäß Anträgen zu I. 7. und 8., weil dort die dargestellten Vorteile von „A“ mit den Hinweisen verbunden werden, dass „weniger Schadstoffe“ in den Körper gelangen bzw. „A“ eine „deutlich weniger belastende Alternative“ darstellt.

Die Aussage gemäß Antrag zu I. 5. enthält als solche die erforderliche Relativierung zwar nicht. In der konkret

beanstandeten Werbung gemäß Anlage K 1 befindet sich diese Aussage jedoch in einem Absatz, der mit „Elektrische Zigarette: weniger Schadstoffe – voller Genuss“ überschrieben ist. Es kann davon ausgegangen werden, dass jeder Leser der beanstandeten Aussage auch die zugehörige Überschrift zur Kenntnis nimmt. Damit wird eine hinreichende Relativierung der Aussage erreicht.

4.

Die demnach nicht irreführenden (§ 5 UWG) Aussagen sind auch nicht deshalb unlauter im Sinne des § 5a II UWG, weil in der beanstandeten Werbung ein ausdrücklicher Hinweis darauf fehlt, dass die gesundheitliche Unbedenklichkeit von Propylenglykol, Glycerin und weiteren Aromastoffen wissenschaftlich noch nicht abgesichert ist.

Gemäß § 5a II UWG handelt unlauter, wer die Entscheidungsfähigkeit von Verbrauchern dadurch beeinflusst, dass er eine Information vorenthält, die im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller Umstände einschließlich der Beschränkungen des Kommunikationsmittels wesentlich ist. Dies trifft nicht für jede Information zu, die für die Kaufentscheidung des Verbrauchers von Bedeutung ist. Die Bestimmung begründet zwar Informationspflichten, die über das hinausreichen, was notwendig ist, um Fehlvorstellungen zu vermeiden und um dem allgemeinen Irreführungsverbot nach § 5 UWG zu genügen. Doch auch die weiterreichenden Pflichten zwingen nur zur Offenlegung von Informationen, die für die geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers erhebliches Gewicht haben und deren Angabe unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen vom Unternehmer erwartet werden kann (BGH GRUR 2012, 1275 Rn. 36 – Zweigstellenbriefbogen).

Danach kann der Hinweis, dass die gesundheitliche Unbedenklichkeit von Propylenglykol, Glycerin und weiteren Aromastoffen wissenschaftlich noch nicht abgesichert ist, nicht als wesentliche Information angesehen werden. Soweit die

angegriffenen Werbeaussagen hinreichend erkennen lassen, dass E-Zigaretten gesundheitlich nicht völlig unbedenklich sind, bedarf es keiner weitergehenden Erläuterung dazu, woraus sich die möglicherweise verbleibenden gesundheitlichen Risiken im Einzelnen ergeben.

5.

Der zuerkannte Anspruch auf Erstattung der Kostenpauschale für die Abmahnung ergibt sich aus § 12 I 2 UWG.

6.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 I, 97 I ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision (§ 543 II ZPO) sind nicht erfüllt.