Supermärkte müssen keine Schockbilder an Zigarettenautomaten anbringen

Landgericht München I

Urteil vom 05.07.2018

Az.: 17 HK O 17753/17

Tenor

I)

Die Klage wird abgewiesen.

II)

Die Klagepartei trägt die Kosten des Rechtsstreits.

III)

Das Urteil ist in Ziffer II. vorläufig vollstreckbar gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages.

Tatbestand

Der Kläger macht gegen den Beklagten wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche geltend.

Bei dem Kläger handelt es sich um eine qualifizierte Einrichtung im Sinne von § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG i.V.m. § 4 Unterlassungsklagengesetz (UKlaG).

Der Beklagte ist eingetragener Kaufmann und betreibt in München zwei Supermärkte.

In den Verkaufsräumen des von ihm betriebenen Supermarktes in

der (...) in München bietet der Beklagte diverse Tabakerzeugnisse zum Kauf an, wobei die angebotenen Zigaretten in einem Warenautomaten für Kunden bereitgehalten werden. Dieser Warenautomat ist wie folgt gestaltet:

Anlage A

Die gesetzlich vorgeschriebenen gesundheitsbezogenen Warnhinweise auf den Packungen sind durch diesen Warenautomaten vollständig verdeckt und für die Kunden des Supermarktes nicht sichtbar.

Weil die Klagepartei dies für wettbewerbsrechtlich unzulässig erachtet, mahnte sie mit Schreiben vom 02.07.2017 (Anlage K 7) den Beklagten ab und forderte ihn zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung auf. Da eine solche nicht abgegeben wurde, macht die Klagepartei den Unterlassungsanspruch im Klagewege geltend.

Die Klagepartei trägt vor, der geltend gemachte Unterlassungsanspruch ergebe sich zunächst aus § 3 a UWG i.V.m. § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 der Verordnung über Tabakerzeugnisse und verwandte Erzeugnisse (TabakerzV), wonach die gesundheitsbezogenen Warnhinweise auf Packungen und Außenverpackungen von Tabakerzeugnissen zum Zeitpunkt des in Verkehrbringens, einschließlich des Anbietens zum Verkauf, nicht teilweise oder vollständig verdeckt oder getrennt werden dürfen. Die Regelung des § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TabakerzV sei formell rechtmäßig, die Ermächtigungsgrundlage hierzu bilde § 6 Abs. 2 Nr. 1 TabakerzG. Die Neuregelung (Aufnahme des Satzteiles „einschließlich des Anbietens zum Verkauf“) diene auch der Umsetzung der Richtlinie 2014/40/EU. Unter dem Begriff des „Inverkehrbringens“ sei nicht durch der Akt der Abgabe selbst zu verstehen, sondern auch das Anbieten der Ware an den Endverbraucher. Dies ergebe sich aus Artikel 2 Nr. 40 der Richtlinie 2014/40/EU zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von

Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen, der Wortlaut dieser Vorschrift stelle situativ auf die Bereitstellung von Produkten für Verbraucher ab und differenziere nicht zwischen dem eigentlichen Verkauf der Waren und deren Übergabe an den Verbraucher einerseits und vorgelagerten Handlungen andererseits. Ein Bereitstellen sei gegeben, wenn der Verbraucher das Produkt erblicke, bereits in diesem Zeitpunkt könnten die gesetzlich vorgeschriebenen Warnhinweise auf die Verbraucherentscheidung einwirken. Dies bedeute, dass auch das Anbieten der Tabakwaren in den geschlossenen Automaten, wie von dem Beklagten vorgenommen, ein Bereitstellen für den Verbraucher darstelle und somit Teil des Inverkehrbringens sei.

Das Verdeckungsverbot nach der TabakerzV setze Artikel 8 Abs. 3 der Richtlinie 2014/40/EU um, wonach die Mitgliedsstaaten dafür sorgen, dass die gesundheitsbezogenen Warnhinweise auf einer Packung und der Außenverpackung unablässig aufgedruckt, unverwischbar und vollständig sichtbar sind und dass sie, wenn die Tabakerzeugnisse in Verkehr gebracht werden, nicht teilweise oder vollständig durch Steuerzeichen, Preisaufkleber, Sicherheitsmerkmale, Hüllen, Taschen, Schachteln oder sonstige Gegenstände verdeckt oder getrennt werden. Das „Verdecken“ sei weit zu verstehen, es seien damit nicht nur Verdeckungen erfasst, die mit der Verpackung unmittelbar verbunden seien, was sich aus dem Wortlaut der Richtlinie „Sonstige Gegenstände“ ergebe. Ein solcher sonstiger Gegenstand sei auch der Warenautomat des Beklagten. Durch diesen würden die Warnhinweise verdeckt, weil man nach allgemeinem Sprachgebrauch verdecken nur etwas könne, zu dem eine Sichtbeziehung besteht. Aus den gesetzlichen Regelungen ergebe sich damit, dass die Warnhinweise ohne Hindernis für den potenziellen Kunden sichtbar sein müssen.

Da es sich bei § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 TabakerzV um eine gesetzliche Vorschrift handle, die auch dazu bestimmt sei, im Interesse der Marktteilnehmer, insbesondere der Verbraucher,

das Marktverhalten zu regeln, liege ein Rechtsbruch seitens des Beklagten nach § 3 a UWG vor.

Im Übrigen ergebe sich der geltend gemachte Unterlassungsanspruch auch aus §§ 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 3; 5 a Abs. 2, Abs. 3 UWG, weil der Beklagte durch das Verdecken der gesetzlich vorgeschriebenen Warnhinweise dem potenziellen Kunden wesentliche Informationen vorenthalte.

Bei den gesetzlichen Warnhinweisen nach der TabakerzV handele es sich zweifelsfrei um wesentliche Informationen im Sinne dieser Vorschriften, weil die Vorgaben für die Warnhinweise, die den Verbraucher auf die mit dem Rauchen verbundenen gesundheitlichen Risiken hinweisen sollen, derart detailliert und umgehungssicher formuliert seien, dass allein aus der Strenge der Vorgaben für die Warnhinweise (Feldgröße, Schriftgröße, Rahmengröße usw.) abgeleitet werden könne, dass es sich um für den Verbraucher wesentliche Informationen handle.

Es stehe darüber hinaus fest, dass der Verbraucher in Kenntnis dieser Informationen in vielen Fällen eine andere informierte Entscheidung getroffen hätte und die Zigaretten nicht gekauft hätte, wenn ihm diese Warnhinweise vor seiner Entscheidung bekannt gewesen wären. Die Wirksamkeit der Warnhinweise sei gerade bei Jugendlichen und Heranwachsenden in zahlreichen Studien belegt worden.

Diese Informationen würden dem Verbraucher vor seiner Kaufentscheidung nicht rechtzeitig zur Verfügung gestellt. Es würden regelmäßig die Schachteln, die der Kunde aus dem Automaten herauslasse, beim Beklagten in der Menge der weiteren Einkäufe auf dem Kassenband untergehen bzw. hinter weiteren Einkäufen verschwinden und werde in der Stresssituation vor dem Bezahlvorgang an einer Supermarktkasse der Verbraucher die Verpackung nicht vom Band nehmen, um die Hinweise zu lesen.

Im Übrigen habe der Kunde zu diesem Zeitpunkt seine Kaufentscheidung bereits getroffen, als er auf den entsprechenden Knopf des Warenautomaten gedrückt habe. Er müsse die Kaufentscheidung also rückgängig machen und den Mitarbeiter an der Kasse bitten, die Packung auf dem Band nicht abzurechnen und zurückzunehmen.

Hilfsweise macht die Klagepartei geltend, dass ein Verstoß des Beklagten gegen § 11 Abs. 2 TabakerzV vorliege, wonach Abbildungen von Packungen und Außenverpackungen, die für an Verbraucher gerichtete Werbemaßnahmen in der Europäischen Union bestimmt sind, den Anforderungen dieses Unterabschnittes genügen müssen. Gegen diese Vorschrift verstoße das Verhalten des Beklagten jedenfalls, weil auf dem Automaten des Beklagten sich Abbildungen von Zigarettenpackungen befänden, auf welchen jedoch keine Warnhinweise ersichtlich sind. Es müssten nach der gesetzlichen Regelung allerdings auch Abbildungen der Zigarettschachteln, wie sie in den Verkaufsautomaten beim Beklagten verwendet würden, mit den gesetzlich vorgesehenen Warnhinweisen versehen sein. Bei der Darstellung, wie sie der Beklagte verwende, gehe es erkennbar nicht um die Kennzeichnung des Produktes, sondern auch um die (bildliche) Darstellung des Produktes in der Verkaufssituation und damit um die werbliche Kommunikation über das Produkt.

Die Klagepartei beantragt daher:

Der Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu € 250.000,-, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu unterlassen,

im geschäftlichen Verkehr Tabakprodukte, nämlich Zigaretten so zum Verkauf anzubieten, dass die gesundheitsbezogenen Warnhinweise auf den Packungen und Außenverpackungen im Zeitpunkt des Anbietens verdeckt sind, wenn dies geschieht, wie in Anlage A wiedergegeben.

Hilfsweise:

Der Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu € 250,000,-, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu unterlassen,

im geschäftlichen Verkehr als Wettbewerbshandlung Tabakprodukte, nämlich Zigaretten, so zum Verkauf anzubieten, dass statt der Produktverpackungen Abbildungen der Verpackungen ohne gesundheitsbezogene Warnhinweise präsentiert werden, wenn dies geschieht wie in Anlage A wiedergegeben.

Der Beklagte beantragt:

Die Klage wird abgewiesen.

Der Beklagte trägt vor, dass die entsprechende Vorschrift des § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TabakerzV gegen EU-Recht verstoße, weil die Tabakrichtlinie 2014/40/EU abschließend regele, wann Verdecken i.S.v. § 8 Abs. 3 Satz 1 der Richtlinie verboten ist. Nach dieser Richtlinie seien allerdings Aspekte, die nicht unmittelbar mit der Verpackung zusammenhängen, kein Verdecken im Sinne der Richtlinie. Nationale Vorschriften, welche darüber hinausgingen, seien im voll harmonisierten Regelungsbereich des Artikel 8 der Richtlinie unzulässig.

Artikel 8 Abs. 3 der Richtlinie betreffe nur die Verpackung, Maßnahmen, die nicht die Verpackung selbst betreffen, seien kein Verdecken. Dies ergebe sich aus Erwägungsgrund 53 der Richtlinie, wonach die Mitgliedsstaaten unter bestimmten Bedingungen weiterhin befugt sein sollten, in bestimmten Bereichen weitere Anforderungen zum Schutz der öffentlichen Gesundheit festzulegen. Damit werde klargestellt, dass der nationale Gesetzgeber nur „weitere Anforderungen“ zum Schutz der Gesundheit festlegen dürfe, was im Umkehrschluss bedeute, dass er im Bereich der vom Unionsgesetzgeber zum Schutz der Gesundheit erlassenen Vorschriften nicht mehr tätig werden dürfe.

Das Verdecken i.S.v. Artikel 8 Abs. 3 Satz 1 der Richtlinie erfordere eine Veränderung der Verpackung selbst. Dem Unionsgesetzgeber sei klar gewesen, dass Verpackungen und Außenverpackungen in irgendeiner Art und Weise zum Verkauf bereitgehalten werden müssen, bei der es auch immer zu einem zumindest teilweisen Verdecken von Schockbildern kommen kann, sei es bei der Lagerung in Regalen, Schubladen oder Automaten. Diese „zwangsläufigen Verdeckungshandlungen“ habe der Unionsgesetzgeber aber bewusst nicht regeln oder verbieten wollen. Damit stelle jede Maßnahme oder Handlung, die nicht unmittelbar die Packung bzw. Außenverpackung eines Tabakerzeugnisses betrifft, kein Verdecken im Sinne der Richtlinie dar.

Unter „sonstige Gegenstände“ wie in Artikel 8 der Richtlinie aufgeführt seien auch nur solche zu verstehen, die sich auf die Schachtel unmittelbar auswirken.

Darüber hinaus trägt der Beklagte vor, dass § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 der TabakerzV auch grundgesetzwidrig sei. Nach der Ermächtigungsgrundlage § 6 Abs. 2 Nr. 2 TabakerzG sei eine Ermächtigung nur zur Umsetzung von Rechtsakten der Europäischen Union zulässig. Soweit eine Regelung in der Tabakerzeugnisverordnung keine Grundlage im EU-Recht habe, überschreite sie das Ausmaß der erteilten Gesetzgebungskompetenz aus § 6 Abs. 2 Nr. 1 TabakerzG und verstoße gegen Artikel 80 Abs. 1 Satz 2 GG. Die Neuregelung diene aber gerade nicht der Umsetzung europäischer Rechtsakte. Im Übrigen gebe § 6 Abs. 2 Nr. 1 TabakerzG auch nur eine Kompetenz für Verfahren der Kennzeichnung mit gesundheitsbezogenen Warnhinweisen, somit also nur hinsichtlich der Gestaltung der Verpackung/Außenverpackung. Nicht umfasst seien Regelungen von heimischen Verkaufsmodalitäten.

Des Weiteren trägt der Beklagte vor, dass die Regelung auch aus sich heraus nicht vollziehbar sei, weil auch dann, wenn die Packungen frei im Regal stünden, jeweils eine Seite nicht

einsehbar sei. Im Übrigen sei es technisch unvermeidbar, dass bei Abgabe der Packungen über Automaten die Schachteln nicht zu sehen seien.

Darüber hinaus trägt die beklagte Partei vor, dass auch den Verbrauchern wesentliche Informationen i.S.v. § 5 a Abs. 2 Abs. 3 UWG nicht vorenthalten würden.

Zunächst bestreitet die beklagte Partei insoweit, dass es sich überhaupt um wesentliche Informationen i.S.d. Gesetzes handeln würde. Jedenfalls würden diese dem Verbraucher nicht vorenthalten, weil der Verbraucher diese zur Kenntnis nehmen kann, wenn er die Sortenwahltaste des Automaten betätigt. Der Kunde habe vor Abschluss des Kaufvertrages noch genügend Zeit, die Packung in Augenschein zu nehmen und die gesundheitsbezogenen Warnhinweise wahrzunehmen. Es liege auch keine nicht rechtzeitige Bereitstellung wesentlicher Informationen vor, weil die Informationen zweifelsfrei dem Kunden vor dem Kauf mitgeteilt würden.

Der von der Klagepartei geltend gemachte Hilfsantrag sei ebenfalls unbegründet. Die Voraussetzungen des § 11 Abs. 2 TabakerzV seien nicht erfüllt, weil es sich bei den Sortenwahltasten des Automaten des Beklagten um keine Werbemaßnahme handle, sondern lediglich um zur Identifizierung der Ware notwendige Bestandteile der Warenabgabe. Die Sortenwahltasten würden es dem Verbraucher überhaupt erst ermöglichen, die gewünschte Zigarettenmarke zu identifizieren und so die Ware zu erhalten, wobei der Verbraucher erkenne, dass die Wahltasten am Warenausgabeautomat keinen Werbezweck erfüllen sollen, sondern es lediglich ermöglichen sollen, die gewünschte Zigarette zu erhalten. Im Übrigen würden auf den Sortenwahltasten auch keine Zigarettenpackungen abgebildet, vielmehr handele es sich um die jeweiligen Markenlogos mit den erforderlichen Zusatzinformationen zu Geschmacksrichtung und/oder Packungsgröße.

Im Übrigen wird zur Ergänzung des Tatbestandes auf die

zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf das Sitzungsprotokoll vom 26.04.2018 Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

A.

Die zulässige Klage erweist sich insgesamt als unbegründet:

I. Der von der Klagepartei geltend gemachte Hauptantrag ist aus den folgenden Gründen nicht begründet:

1. Der geltend gemachte Unterlassungsanspruch ergibt sich nicht aus § 3 a UWG i.V.m. § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 TabakerzV.

a. Zur Überzeugung der Kammer (§ 286 ZPO) liegt bei der gebotenen richtlinien- und gesetzeskonformen Auslegung von § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 TabakerzV schon kein Verstoß des Beklagten gegen diese Verordnung vor, weil der vorliegende Sachverhalt von dem in § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 TabakerzV enthaltenen Verbot, die Warnhinweise zu „verdecken“, nicht erfasst sein sollte:

Soweit der Beklagte in sichtbarer Weise die Tabakerzeugnisse in dem Automaten wie aus Anlage A ersichtlich anbietet, geschieht dies „zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens“ i.S.v. Art. 11 Abs. 1 Satz 4 TabakerzV. Denn nach Auffassung der erkennenden Kammer beginnt der Vorgang des „Inverkehrbringens“ schon mit dem Anbieten zum Verkauf, welches mit der Präsentation in einem Verkaufsautomaten ohne Zweifel erfüllt ist. Diese Auffassung der Kammer deckt sich mit der Begriffsbestimmung in Artikel 3 Nr. 8 der Lebens-Basis-Verordnung (EG) 178/2002, welche ergänzend heranzuziehen ist. Selbst wenn das „Inverkehrbringen“ in Artikel 2 Nr. 40 der Richtlinie 2014/40/EU als begriffsabweichend von Artikel 3 Nr. 8 der Lebensmittelbasisverordnung definiert wird, kann wegen des notwendig europarechtlich einheitlichen Begriffsverständnisses jedenfalls davon ausgegangen werden, dass die Begriffe in verschiedenen Regelungsbereichen des

freien Warenverkehrs die selbe Bedeutung haben. Artikel 2 Nr. 40 der Richtlinie 2014/40/EU stellt ab auf das Bereitstellen, welches bereits dann gegeben ist, wenn der Verbraucher das entsprechende Produkt erblicken kann. Ein Anbieten zum Verkauf stellt somit auch ein Bereitstellen i.S. der Richtlinie dar, so dass es auf die nachträgliche Änderung von § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 TabakerzV durch die Einfügung der Worte „einschließlich des Anbietens zum Verkauf“ gar nicht entscheidend ankommt, weil dieses Anbieten zum Verkauf ohnehin bereits von dem Begriff „Inverkehrbringen“ erfasst war und ist. Soweit der Verordnungsgeber tatsächlich die Absicht gehabt haben sollte, durch die Änderung der Vorschrift der TabakerzV die in Rede stehende Produktpräsentation durch einen geschlossenen Automaten vom Verdeckungsverbot zu erfassen, ist dies jedenfalls objektiv nicht gelungen (so auch Landgericht Berlin, Urteil vom 20.3.2018, Az. 16 O 104/17).

Die von der Klagepartei angegriffene Gestaltung der Produktpräsentation durch den Beklagten erfüllt nach Auffassung der Kammer jedenfalls nicht den Tatbestand des teilweisen oder vollständigen Verdeckens i.S.v. § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 TabakerzV. Die Kammer geht davon aus, dass Gegenstand der in Rede stehenden Kennzeichnungs- und Hinweisgebote nach der Verordnung allein die Verpackung der Tabakerzeugnisse selbst ist. Dementsprechend kann das in der Verordnung enthaltene Gebot, nicht zu verdecken, sich auch nur auf die eigentliche Verpackungsgestaltung beziehen und nicht auf außerhalb des Produktes liegende Faktoren wie im vorliegenden Falle die Produktpräsentation als Verkaufsmodalität. Dies ergibt sich aus der systematischen, teleologischen und gesetzeskonformen Auslegung. Zunächst ist für das in Rede stehende Gebot die Gesamtregelung von § 11 Abs. 1 der TabakerzV heranzuziehen, die die Überschrift „Allgemeine Vorschriften zur Kennzeichnung von Tabakerzeugnissen“ trägt und besagt, dass „für die Geltung und Anbringung der gesundheitsbezogenen Warnhinweise nach den §§ 12 bis 17 auf Packungen und Außenverpackungen von

Tabakerzeugnissen gelten die folgenden allgemein Anforderungen.“

Dies bedeutet, dass bereits in dem Obersatz die Regelung auf die Gestaltung der Verpackungen beschränkt ist und damit ein Gebot hinsichtlich Verkaufsmodalitäten, nämlich die Art und Weise der Produktpräsentation bei dem Inverkehrbringen, durch die weiteren Bestimmungen von vornherein ausgeschlossen sind. Dementsprechend sind auch in den weiteren Regelungen in § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3, sowie 5 und 6 TabakerzV auch nur Vorgaben für die Verpackungs- und Produktgestaltung enthalten, nicht aber auch für den Verkauf und den Vertrieb.

Darüber hinaus ist auch die Ermächtigungsgrundlage zum Erlass der Tabakerzeugnisverordnung zu berücksichtigen, nämlich § 6 Abs. 1, Abs. 2 TabakerzG. Auch diese Ermächtigungsnorm ist in ihrem Anwendungsbereich auf die Gestaltung von gesundheitsbezogenen Warnhinweisen auf den Packungen und Außenverpackungen beschränkt. Nach § 6 Abs. 1 TabakerzG ist ein Inverkehrbringen nur mit gesundheitsbezogenen Warnhinweisen auf Packungen und Außenverpackungen erlaubt, die „eine Rechtsordnung nach dem folgenden Absatz 2 Nr. 1 vorschreibt“. Die Ermächtigung des Verordnungsgebers zur Durchführung von Rechtsakten der Europäischen Union, Inhalt, Art und Weise, Umfang und das Verfahren der Kennzeichnung mit gesundheitsbezogenen Warnhinweisen zu regeln, enthält dann § 6 Abs. 2 Nr. 1 TabakerzG. Damit ist die Regelung von Verkaufsmodalitäten in Bezug auf mit den Warnhinweisen gekennzeichnete Tabakerzeugnisse schon gar nicht Gegenstand der Ermächtigungsnorm des Gesetzgebers an den Verordnungsgeber.

Dies ergibt sich auch aus dem Inhalt der zugrundeliegenden Richtlinie 2014/40/EU, welche von dem Tabakerzeugnisgesetz und der Tabakerzeugnisverordnung umgesetzt werden sollen. Auch diese Richtlinie ist von ihrem Regelungsgehalt her ausschließlich auf die Produktgestaltung von Tabakerzeugnissen beschränkt, was sich bereits aus dem Wortlaut der Regelung in

Art. 8 Abs. 3 der Richtlinie ergibt und darüber hinaus auch aus Erwägungsgrund 48 der Richtlinie folgt, wonach mit dieser Richtlinie Vorschriften über heimische Verkaufsmodalitäten nicht harmonisiert werden.

Es ist davon auszugehen, dass der Verordnungsgeber sich gesetzeskonform verhalten wollte. § 6 Abs. 2 Nr. 1 TabakerzG erlaubt dem Verordnungsgeber nur „zur Durchführung von Rechtsakten der Europäischen Union Inhalt, Art und Weise, Umfang und das Verfahren der Kennzeichnung mit gesundheitsbezogenen Warnhinweisen zu regeln“. Dieser Rechtsakt der EU ist im vorliegenden Falle die Richtlinie 2014/40/EU, die aber gerade Verkaufsmodalitäten ausdrücklich nicht erfasst, es hinsichtlich solcher also gerader keiner Durchführung bedarf. Der Verordnungsgeber hätte daher die in § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 der TabakerzV enthaltenen Verbote nicht auf Verkaufsmodalitäten, wie in vorliegendem Falle Präsentation der Waren in einem Automaten, erstrecken dürfen, weil eine solche Regelung nicht von der Ermächtigungsnorm erfasst gewesen (zum Ganzen so auch LG Berlin, Urteil vom 20.3.2018, Az. 16 O 104/17).

b. Soweit der Verordnungsgeber mit der Neufassung von § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 TabakerzV ein Verbot von Verkaufsmodalitäten, insbesondere in Automaten, vorsehen wollte, wäre ein solches jedenfalls nicht von der Verordnungsermächtigung in § 6 Abs. 2 Nr. 1 TabakerzG gedeckt gewesen und deshalb unwirksam.

Die seitens der Klagepartei vorgelegte Anlage 8, Beschluss des Bundesrates zur Änderung der Tabakerzeugnisverordnung, könnte darauf hindeuten, dass der Verordnungsgeber die Absicht hatte, mit der Verordnung ein weiter gefasstes Verdeckungsverbot auszusprechen als es sich aus der oben ausgeführten objektiven Auslegung ergeben würde. Zwar würde es der Regelungsumfang der Richtlinie 2014/40/EU, der auf die Produktverpackung beschränkt ist, den Mitgliedsstaaten grundsätzlich erlauben, darüber hinausgehend weitere Regelungen hinsichtlich des in

Verkehrbringens von Tabakerzeugnissen zu erlassen, insbesondere auch Gebote bei der Produktpräsentation als Verkaufsmodalitäten. Dies folgt aus dem Erwägungsgrund 48 der Richtlinie 2014/40, wonach die heimischen Verkaufsmodalitäten nicht harmonisiert werden sollten. Allerdings hätte eine entsprechende nationale Regelung durch den Gesetzgeber selbst erfolgen müssen, weil sich die Verordnungsermächtigung nach § 6 Abs. 2 Nr. 1 TabakerzG gerade nicht auf Verkaufsmodalitäten bezieht, sondern lediglich auf die Durchführung von Rechtsakten der Europäischen Union zu Inhalt, Art und Weise, Umfang und das Verfahren der Kennzeichnung mit gesundheitsbezogenen Warnhinweisen. Die Regelung einer Verkaufsmodalität stellt aber gerade nicht die Durchführung eines Rechtsaktes der Europäischen Union in Bezug lediglich auf die Produktverpackungen wie aus Artikel 8 Abs. 3 der Richtlinie ersichtlich, dar. Wenn der Verordnungsgeber durch die Änderung der Tabakerzeugnisverordnung im Jahre 2017 den Anwendungsbereich auf Verkaufsmodalitäten erweitern wollte, wäre diese Regelung des Verordnungsgebers nicht rechtswirksam erfolgt, weil eine die Grenzen der Ermächtigung nicht eingehaltene Verordnung nichtig ist, vom Gericht nicht angewandt werden muss und damit auch nicht Grundlage des von der Klagepartei begehrten Unterlassen sein kann (zum Ganzen so auch LG Berlin, Urteil vom 20.3.2018, Az. 16 O 104/17).

Der seitens der Klagepartei geltend gemachte Unterlassungsanspruch ist somit nicht begründet nach § 3 a UWG i.V.m. § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 TabakerzV.

2. Der geltend gemachte Unterlassungsanspruch ergibt sich auch nicht aus §§ 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 3; 3; 5 a UWG, weil nach Auffassung der Kammer eine Irreführung seitens des Beklagten durch Unterlassen, Verschweigen oder nicht rechtzeitiges Bereitstellen von wesentlichen Informationen nicht vorliegt:

a. Zunächst ist auszuführen, dass die Kammer zweifelsfrei davon ausgeht, dass die gesetzlich vorgeschriebenen gesundheitsbezogenen Hinweise für die angesprochenen

Verkehrskreise wesentliche Informationen i.S.v. § 5 a UWG darstellen, die der Verbraucher je nach den Umständen benötigt, um eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen und dass diese Warnhinweise auch geeignet sind, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Handlung zu veranlassen, nämlich gegebenenfalls von dem Kauf von Tabakerzeugnissen Abstand zu nehmen.

Nach der Rechtsprechung des BGH ist eine Information dann wesentlich, wenn deren Angabe unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen vom Unternehmer erwartet werden kann und ihr für die vom Verbraucher zu treffende geschäftliche Entscheidung erhebliches Gewicht zukommt (vgl. Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 36. Aufl. 2018, Rdn. 3.11).

Unter Berücksichtigung dieser Kriterien sind die gesundheitsbezogenen Hinweise zweifelsfrei als wesentliche Information i.S.v. § 5 a UWG anzusehen, aufgrund der gesetzlichen Regelungen kann der Verbraucher davon ausgehen, dass diese Informationen ihm erteilt werden (müssen), diesen Warnhinweisen kommt für die geschäftliche Entscheidung des Kunden auch wesentliche Bedeutung zu, weil die Aufklärung darüber, welche gesundheitlichen Gefahren mit dem Rauchen verbunden sind, den angesprochenen Verbraucher zweifelsfrei davon abhalten kann, Tabakerzeugnisse zu erwerben.

b. Nach Überzeugung der Kammer stellt jedoch die seitens der Klagepartei angegriffene Verkaufsmodalität des Beklagten kein Vorenthalten i.S.v. § 5 a UWG dar:

Ein Vorenthalten liegt vor, wenn der Verbraucher die Information nicht oder nicht so erhält, dass er sie bei seiner geschäftlichen Entscheidung, einschließlich der damit unmittelbar zusammenhängenden Entscheidungen, berücksichtigen kann (vgl. Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 36. Aufl. 2018 Rdn. 3.23 zu § 5 a).

im vorliegenden Falle nimmt der Verbraucher die

gesundheitsbezogenen Warnhinweise jedenfalls dann zur Kenntnis, wenn er die Sortenwahltaste des Automaten des Beklagten betätigt hat, er dann die von ihm gewählte Schachtel einer bestimmten Marke erhält, auf der unstreitig die gesetzlich vorgesehenen gesundheitsbezogenen Hinweise aufgedruckt sind.

Damit werden diese gesundheitsbezogenen Hinweise dem Kunden nicht im Sinne des Gesetzes vorenthalten.

c. Diese Hinweise werden auch nicht verheimlicht i.S.v. § 5 a Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 UWG, noch werden sie in unklarer, unverständlicher oder zweideutiger Weise bereit gestellt (§ 5 a Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 UWG).

d. Nach Auffassung der Kammer liegt auch kein Fall der nicht rechtzeitigen Bereitstellung i.S.v. § 5 a Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 UWG vor.

Wesentliche Informationen sind dann nicht rechtzeitig bereitgestellt, wenn der Verbraucher sie nicht bis zu dem Zeitpunkt erhält, zu dem er sie für die jeweils zu treffende informierte geschäftliche Entscheidung benötigt, was bedeutet, dass er sie noch berücksichtigen können muss (vgl. Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 36. Aufl. 2018, Rdn. 3.31 zu § 5 a).

Im vorliegenden Falle kann der Verbraucher die Information, sobald er die Schachtel in der Hand hat, aber noch in seine Entscheidungsfindung einbringen und berücksichtigen. Die finale Kaufentscheidung fällt durch den Verbraucher erst dann, wenn er die entsprechende Packung tatsächlich an der Kasse dem dortigen Personal vorlegt und zu erkennen gibt, dass er diese tatsächlich käuflich erwerben will. Vor dem Abschluss des Kaufvertrages hat der Kunde noch genügend Zeit, die Packung in Augenschein zu nehmen und kann somit auch die gesundheitsbezogenen Warnhinweise wahrnehmen und Schlussfolgerungen aus diesen in seine Kaufentscheidung

einfließen lassen. Damit werden diese Informationen auch nicht „nicht rechtzeitig“ i.S.v. § 5 a Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 UWG bereitgestellt.

II. Der geltend gemachte Hilfsantrag erweist sich ebenfalls als unbegründet, weil ein Verstoß des Beklagten gegen § 11 Abs. 2 der TabakerzV nicht vorliegt.

§ 11 Abs. 2 der TabakerzV besagt:

„Abbildungen von Packungen und Außenverpackungen, die für an Verbraucher gerichtete Werbemaßnahmen in der Europäischen Union bestimmt sind, müssen den Anforderungen dieses Unterabschnittes genügen“.

Somit besagt bereits der Wortlaut dieser Vorschrift, dass diese nur für Werbemaßnahmen gilt. Nach Auffassung der Kammer stellen allerdings die Sortenwahltasten, wie sie aus Anlage A ersichtlich sind, keine Werbemaßnahme im Sinne der Tabakerzeugnisverordnung dar, sondern lediglich einen zur Identifizierung der Ware notwendigen Bestandteil der Warenabgabe. Diese Sortenwahltasten ermöglichen es dem Verbraucher überhaupt erst, die von ihm gewünschte Zigarettenmarke zu identifizieren und so die Ware erhalten zu können. Die angesprochenen Verkehrskreise, zu denen auch die Mitglieder der erkennenden Kammer gehören, erkennen dabei auch ohne Zweifel, dass diese Wahltasten an den Ausgabeautomaten gerade keine Werbezwecke erfüllen sollen, sondern dass diese den Kunden lediglich ermöglichen sollen, die gewünschten Zigaretten zu erhalten.

Im Übrigen ist auch zusätzlich noch zweifelhaft, ob auf den Sortenwahltasten überhaupt Zigarettenpackungen abgebildet sind. Ein substantiiertes Sachvortrag der Klagepartei dazu, dass diese Abbildungen auf den Sortenwahltasten tatsächlich mit dem Gesamtbild der jeweiligen Zigarettenpackungen übereinstimmen würden, fehlt, aus eigener Kenntnis kann die Kammer dies nicht beurteilen. Wie sich aus der vorgelegten

Anlage A ergibt, der bildlichen Abbildung dieses Automaten, handelt es sich vielmehr lediglich um die Präsentation der jeweiligen Markenlogos mit Zusatzinformationen zu Geschmacksrichtung und/oder Packungsgröße, so dass die Kammer davon ausgeht, dass es sich insoweit lediglich um eine Gestaltungsform der Sortenwahltasten handelt, um überhaupt erst eine korrekte Warenausgabe zu ermöglichen und es sich somit jedenfalls nicht um an Verbraucher gerichtete Werbemaßnahmen mit Abbildungen von Verpackungen oder Außenverpackungen handelt.

Aus diesem Grunde war auch der seitens der Klagepartei geltend gemachte Hilfsanspruch als unbegründet abzuweisen.

B.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO.

C.

Vorläufige Vollstreckbarkeit: § 709 Satz 2 ZPO.