Aktenzeichen:
2 UKl 9/24

Oberlandesgericht Stuttgart

2. ZIVILSENAT

Im Namen des Volkes

Urteil

In Sachen

Pro Rauchfrei e.V, vertreten durch d. Vorsitzenden, Leopoldstraße 104, 80802 München
- Verfügungskläger -

Prozessbevollmächtigter:
Rechtsanwalt Wolfgang **Wiesheier**, Königstraße 132, 90762 Fürth, Gz.: 1974

gegen

Bernd **Hansler**, Teuringerstraße 16, 88045 Friedrichshafen
- Verfügungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte **Schmitt Teworte-Vey Simon & Schumacher Part. mbB**, Im Klapperhof 3-5, 50670 Köln, Gz.: 57/25 MT/ bs

wegen einstweiliger Verfügung

hat das Oberlandesgericht Stuttgart - 2. Zivilsenat - durch den Richter am Oberlandesgericht Wahle, den Richter am Oberlandesgericht Dr. Essig und die Richterin am Amtsgericht Vogel am 30.04.2025 aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 17.04.2025 für Recht erkannt:

I.

Dem Verfügungsbeklagten wird geboten, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr Außenwerbung für Tabakerzeugnisse zu betreiben, wenn dies geschieht wie in den nachfolgend wiedergegebenen Abbildungen:

II.

Der Verfügungsbeklagte wird für jeden Fall der Zuwiderhandlung ein Ordnungsgeld bis zu 250.000,00 Euro, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, angedroht.

III.

Der Verfügungsbeklagte trägt die Kosten des Verfahrens.

Streitwert: 7.500,00 Euro

Gründe

A

Der Verfügungskläger begehrt im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes als Verbraucherschutzverein die Unterlassung von Werbung für Tabakerzeugnisse an einer Tankstelle, die der Verfügungsbeklagte in Friedrichshafen unter dem Namen „bft“ betreibt. Dort gibt es einen Verkaufsraum, in dem Lebensmittel, Kraftfahrzeugbedarf, Tabakerzeugnisse und elektronische Zigaretten angeboten werden.

Die Verfügungsklägerin beanstandet zwei Aufkleber, die wie aus der Entscheidungsformel ersichtlich am 16.11.2024 von außen sichtbar waren. Ein Plakat (DIN A 5) an der Eingangstüre aus Glas bewarb einen Tabakerhitzer, ein weiteres Plakat (DIN A 4) am Fensterglas bewarb eine Tabakdose.

Die Verfügungsklägerin mahnte den Verfügungsbeklagten unter dem Gesichtspunkt, dass gem. § 20a Satz 1 des Tabakerzeugnisgesetz (TabakerzG) keine Außenwerbung für Tabakerzeugnisse betrieben werden dürfe, ab. Der Verfügungsbeklagte wies die Abmahnung mit der Begründung zurück, er betreibe einen Fachhandel für Tabakwaren, dem die Außenwerbung an Außenflächen einschließlich dazugehöriger Fensterflächen von Geschäftsräumen gemäß § 20a Satz 2 TabakerzG erlaubt sei.

Mit der am 20.12.2024 eingegangen Antragsschrift beantragt der Verfügungskläger den Erlass einer einstweiligen Verfügung,

wie erkannt.

Der Verfügungsbeklagte beantragt,

den Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.

B

Der Verfügungsantrag ist zulässig und begründet.

I.

Das angerufene Gericht ist für Klagen nach dem Unterlassungsklagengesetz ausschließlich sachlich und örtlich zuständig (§ 6 UKlaG).

II.

Der Verfügungskläger hat den Verfügungsanspruch glaubhaft gemacht.

1.

Der Verfügungskläger ist als qualifizierter Verbraucherverband (§ 3 Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 UKlaG) berechtigt, Ansprüche gem. § 2 UklaG geltend zu machen. Demnach kann auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, wer Vorschriften zuwiderhandelt, die dem Schutz der Verbraucher dienen. Eine Norm dient dem Schutz der Verbraucher, wenn der Verbraucherschutz ihr eigentlicher Zweck ist und nicht nur untergeordnete Bedeutung hat oder eine nur zufällige Nebenwirkung ist. Die Norm muss Verhaltenspflichten des Unternehmers regeln, die sich zugunsten der Verbraucher auswirken (BGH, Urteil vom 06. Februar 2020 – I ZR 93/18, juris Rn. 15 – SEPA-Lastschrift; BGH, Urteil vom 26. November 2008 – VIII ZR 200/05, juris Rn. 39). Dies ist vorliegend der Fall. Mit dem Verbot der Außenwerbung hat der Gesetzgeber über die Vorgaben der Richtlinie 2014/40/EU hinaus eine Maßnahme zur Senkung der Raucherquote getroffen. Die Maßnahme dient dem Gesundheitsschutz, insbesondere dem Jugendschutz (Bundestag Drucksache 19/19495, S. 10), und damit Verbraucherinteressen.

2.

Der Verfügungsbeklagte hat der verbraucherschützenden Norm zuwidergehandelt.

a)

Gemäß § 20a Satz 1 TabakerzG ist es verboten, Außenwerbung für Tabakerzeugnisse zu betreiben. Unter dem Begriff der Außenwerbung fällt nach der gesetzlichen Definition jede Werbung außerhalb geschlossener Räume einschließlich Schaufensterwerbung (§ 2 Nr. 9 TabakerzG). Werbung ist dabei jede Art kommerzieller Kommunikation mit dem Ziel oder mit der direkten oder indirekten Wirkung, den Verkauf eines Erzeugnisses zu fördern (§ 2 Nr. 5 TabakerzG). Dabei ist nicht auf den Ort abzustellen ist, an dem die Verlautbarung abgegeben wird, sondern auf den Ort, an dem die Werbung bestimmungsgemäß oder doch erwartbar wahrgenommen wird (OLG Stuttgart, Urteil vom 1. August 2024 – 2 UKl 2/24, juris Rn. 26). Somit wird neben dem Einsatz von Werbemitteln außerhalb des

Ladenlokals auch Werbung im Ladenlokal vom Verbot umfasst, wenn sie im Außenbereich wahrgenommen wird (OLG Stuttgart, a.a.O., juris Rn. 37). Zwischen den Parteien steht nicht im Streit, dass es sich bei den angegriffenen Handlungen um Außenwerbung in diesem Sinne handelt.

b)
Zu Gunsten des Verfügungsbeklagten greift nicht der Ausnahmetatbestand des § 20a Satz 2 TabakerzG ein. Demnach gilt das Verbot des Betreibens von Außenwerbung nicht für Werbung an Außenflächen einschließlich dazugehöriger Fensterflächen von Geschäftsräumen des Fachhandels.

aa)
Der Verfügungsbeklagte macht geltend, er habe sich auf den Vertrieb von Tabakwaren und verwandten Erzeugnissen spezialisiert. Es mache sein existenzrelevantes Kerngeschäft aus. Als Pächter und Betreiber einer freien Tankstelle habe er im vergangenen Jahr nahezu 90 % seines Umsatzes mit dem Vertrieb von Tabakwaren erzielt. Demgegenüber betrage der Anteil der durch die Provisionen für den Kraftstoffvertrieb erzielten Umsatzerlöse lediglich 5 % und der Anteil aus dem Verkauf weiterer Artikel aus dem Bereich Lebensmittel und Kfz-Zubehör lediglich gut 5 %. Er führe ein breites Sortiment an klassischen Fabrik-Zigaretten, Tabak zum Selbstdrehen sowie E-Zigaretten, Tabakerhitzer, Shishas und Raucherbedarfsartikel. Diese Artikel dominierten den Innenraum des Geschäftslokals. Seine Mitarbeiter – ein Festangestellter und 15 Aushilfskräfte – seien speziell für die Beratung zu diesen Artikeln geschult.

bb)
Der Senat hat bereits ausgesprochen, dass eine Tankstelle gemeinhin nicht als Fachhandelsgeschäft für Tabakerzeugnisse verstanden wird (OLG Stuttgart, Urteil vom 1. August 2024 – 2 UKl 2/24, juris Rn. 45; so auch Boch, Tabakerzeugnisgesetz, 3. Aufl. 2024, § 20a TabakerzG Rn. 5; Horst in: Sosnitza/Meisterernst, Lebensmittelrecht, 190. EL August 2024, § 20a TabakerzG Rn. 9). Die vom Verfügungsbeklagten vorgebrachten Einwände begründen kein anderes Ergebnis.

(1)
Der Gesetzgeber sieht das Verbot der Außenwerbung für Tabakprodukte als wirksames Mittel an, um eine weitere Senkung der Raucherquote zu erreichen, was insbesondere auch dem Jugendschutz dienen soll (Bundestag Drucksache 19/19495, S. 10) und in

Übereinstimmung mit Artikel 13 des Tabakrahmenübereinkommens (BGBl. II 2004, S. 1538) steht. Wie sich aus dem Tatbestandsmerkmal „Fachhandel“ ergibt, ist die Außenwerbung nicht bereits dann zulässig, wenn an Ort und Stelle neben anderen Produkten auch Tabakwaren verkauft werden. Vielmehr ist die Außenwerbung nur spezialisierten Händlern von Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen (§ 2 Nr. 1 und 2 TabakerzG) erlaubt. Dabei soll die gesetzliche Ausnahme für Außenwerbung des Fachhandels zu einer Kanalisierung der Werbemaßnahmen führen, die aus Gründen des Gesundheits- und Jugendschutzes primär nur diejenigen Personen erreichen soll, die sich ohnehin schon in einem einschlägigen Verkaufsumfeld mit Warenpräsentation und ggf. werbenden Verkaufsgesprächen befinden (Bundestag Drucksache, a.a.O., S. 11).

(2)
Ausgehend von diesem gesetzgeberischen Ziel ist es nicht entscheidend, ob aus der Sicht des Verfügungsbeklagten die Umsätze mit Tabakwaren wirtschaftlich von Bedeutung sind. Dem Verfügungsbeklagten kann schon nicht darin gefolgt werden, dass sich sein Selbstverständnis eines Tabakwarenhändlers aus den vorgetragenen Umsatzanteilen ergebe. Der Verfügungsbeklagte setzt die Umsatzerlöse mit Tabakwaren nicht ins Verhältnis zu den Umsätzen mit Kraftstoffen, sondern zu seinen hieraus erlangten Provisionen. Zur Ermittlung des Schwerpunkts des Betriebs kommt es jedoch nicht auf die ihm verbleibenden Provisionsanteile an, sondern auf die Umsätze mit dem Verkauf von Kraftstoffen. Hierzu hält der darlegungs- und glaubhaftmachungsbelastete Verfügungsbeklagte (OLG Stuttgart, Urteil vom 1. August 2024 – 2 UKl 2/24, juris Rn. 50) jedoch keinen Vortrag.

Entgegen der Auffassung des Verfügungsbeklagten gebietet es auch nicht die Berufsfreiheit (Artikel 12 Absatz 1 GG), bei der Bewertung der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs darauf abzustellen, ob er mit Tabakerzeugnissen einen aus seiner Sicht wirtschaftlich bedeutenden Umsatz erzielt. In Bezug auf den Verfügungsbeklagten ist nicht feststellbar, dass das Verbot der streitgegenständlichen Werbung unverhältnismäßig in sein Recht auf Berufsfreiheit eingreift. Zum einen ist es dem Verbraucher im Allgemeinen auch ohne die beanstandeten Werbemaßnahmen bekannt, dass er an Tankstellen Tabakerzeugnisse erwerben kann. Zum anderen hat der Verfügungsbeklagte nicht dargelegt, inwieweit sich das Verbot der Außenwerbung auf seinen Umsatz und seinen Gewinn auswirkt. Er hat lediglich ausgeführt, dass er durch das Verbot die ihm von der Tabakindustrie gewährte Vergütung für die streitgegenständliche Außenwerbung verliert. Das fehlende Entgelt für Tabakwerbung führt nicht zur Unverhältnismäßigkeit des Eingriffs.

(3)
Vorliegend ist für die Einordnung entscheidend, dass der Betrieb des Verfügungsbeklagten vom Verkehr primär als Tankstelle wahrgenommen wird und sich sein Angebot an das breite öffentliche Publikum richtet. Die vom Gesetzgeber angestrebte Kanalisierung der Werbemaßnahmen kann in diesem Betriebsumfeld nicht erreicht werden. Ziel des Gesetzgebers ist es, dass Werbung für Tabakerzeugnisse nur noch in einem begrenzten Rahmen erfolgt (Bundestag Drucksache, a.a.O., S. 11). Die Werbung soll gezielt in ein Umfeld gelenkt und auf dieses begrenzt werden, in das sich primär Personen aus bereits vorhandenem Interesse am Erwerb von Tabakerzeugnissen hinbewegen.

Bei Tankstellen handelt es sich nicht um ein derartiges Umfeld. Tankstellen versorgen die Bevölkerung hauptsächlich mit Kraftstoffen, Kfz- und Reisebedarf (vgl. § 5 Absatz 2 Ladenöffnungsgesetz). Sie richten ihr Angebot an die allgemeine Bevölkerung, weil jeder als Fahrer oder Beifahrer von Zeit zu Zeit an einer Tankstelle anhält und potentieller Kunde ist. Dies trifft insbesondere auch auf junge Leute zu, die der Gesetzgeber durch das Verbot der Außenwerbung für Tabakerzeugnisse besonders schützen möchte. Sie werden aber nicht – wie vom Gesetzgeber intendiert – von der Tabakwerbung möglichst gut abgeschirmt, wenn die Reklame außen an einem Verkaufsraum mit einem breiten Warensortiment angebracht wird.

Damit kanalisiert sich die streitgegenständliche Werbung für Tabakwaren gerade nicht auf ein Umfeld, in dem sich die Kunden bewusst wegen eines bereits vorhandenen Interesses an Tabakwaren in das betreffende Ladenlokal bewegen. Ganz im Gegensatz hierzu werden durch die Außenwerbung an Tankstellen die Werbemaßnahmen an ein breites Publikum gestreut, was dem Gesetzeszweck zuwiderläuft. Dies schließt es aus, den Betrieb des Verfügungsbeklagten als Fachhandel für Tabakerzeugnisse anzusehen.

Dem Ziel, den Gesundheitsschutz möglichst gut zur Entfaltung kommen zu lassen, steht auch nicht die Erwägung entgegen, dass der geschützte Personenkreis auch in einer belebten Fußgängerzone erlaubte Außenwerbung eines Fachhandels für Tabakerzeugnisse wahrnehmen kann. Entscheidend ist vorliegend, dass der Betrieb des Verfügungsbeklagten mit seinem Warensortiment einen breiten Personenkreis anspricht und der geschützte Personenkreis deshalb dem Verkaufsraum nicht notwendigerweise als Interessent an Tabakerzeugnissen nähertritt.

cc)
Auf die Frage, ob der Verfügungsbeklagte eine Beratung durch geschulte Verkaufskräfte anbietet, kommt es nicht mehr an.

3.
Es besteht auch eine Wiederholungsgefahr. Unterlassungsansprüche nach § 2 UKlaG setzen das Bestehen einer Wiederholungs- oder Erstbegehungsgefahr voraus (OLG Stuttgart, Urteil vom 21. Januar 2021 – 2 U 565/19, juris Rn. 90). Die durch einen bereits begangenen Verstoß begründete tatsächliche Vermutung für das Vorliegen einer Wiederholungsgefahr kann regelmäßig nur durch die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung ausgeräumt werden (BGH, Urteil vom 17. Juli 2008 – I ZR 219/05, juris Rn. 33 – Clone-CD). Eine solche hat der Verfügungsbeklagte nicht abgegeben.

III.
Der erforderliche Verfügungsgrund liegt vor.

1.
Gemäß §§ 935, 940 ZPO sind einstweilige Verfügungen nur zulässig, wenn zu besorgen ist, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechts einer Partei vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Bei Unterlassungsklagen besteht zur Sicherung von Unterlassungsansprüchen nach § 5 UKlaG i.V.m. § 12 Absatz 1 UWG eine dahingehende Vermutung, die vom Unterlassungsschuldner widerlegt werden kann. Dabei kann die zugunsten des Antragstellers bestehende Vermutung der Dringlichkeit durch dessen eigenes Verhalten widerlegt werden. Sie entfällt insbesondere dann, wenn der Antragsteller mit der Rechtsverfolgung zu lange wartet oder das Verfahren nicht zügig, sondern schleppend betreibt (BGH, Beschluss vom 01. Juli 1999 - I ZB 7/99, juris Rn. 10/11).

Nach der Rechtsprechung des Senates ist eine Zeitspanne von unter einem Monat regelmäßig unschädlich, wohingegen ein Zuwarten von über acht Wochen regelmäßig die Dringlichkeitsvermutung widerlegt. Jedoch sind die Besonderheiten des Falles zu berücksichtigen (OLG Stuttgart, Urteil vom 12. Oktober 2017 – 2 U 162/16, juris Rn. 49; Beschluss vom 22. Februar 2018 – 2 W 37/17, juris Rn. 27; Urteil vom 05. Juli 2018 – 2 U 167/17, juris Rn. 16). Bei einem Zeitablauf zwischen einem Monat und acht Wochen hängt die Frage, ob die Dringlichkeitsvermutung widerlegt ist, von den konkreten Umständen

des Einzelfalls ab, insbesondere davon, ob etwa wegen der Art des Verstoßes, der Erforderlichkeit umfangreicher Ermittlungen, der Reaktion des Gegners auf die Abmahnung oder sonstiger Gründe das Zuwarten als sachlich geboten und nicht nur als Ausdruck fehlender Eilbedürftigkeit erscheint (OLG Stuttgart, Urteil vom 6. August 2020 – 2 U 95/19, juris Rn. 32). Unschädlich bleiben innerhalb dieses zeitlichen Rahmens insbesondere Bemühungen des Anspruchstellers, die aus der Sicht eines objektiven Dritten an dessen Stelle sinnvoll erscheinen, um einen Rechtsstreit zu vermeiden und den Anspruch außergerichtlich durchzusetzen; hierunter fallen insbesondere vom Abgemahnten erbetene kurze Fristverlängerungen zur Abgabe einer strafbewehrten Unterwerfungserklärung (OLG Stuttgart, Urteil vom 1. August 2024 – 2 UKl 2/24, juris Rn. 13).

2.

Nach diesen Maßstäben ist die Vermutung der Dringlichkeit nicht widerlegt. Der Verfügungskläger erlangte am 16.11.2024 Kenntnis von den wettbewerbswidrigen Handlungen. Nach rund fünf Wochen hat der Verfügungskläger am 20.11.2024 den Verfügungsantrag gestellt. Der Zeitablauf lässt sich als sachgerecht damit erklären, dass dem Verfügungsbeklagten eine Fristverlängerung gewährt wurde.

C

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO. Die Entscheidung im Verfügungsverfahren ist aus sich heraus vorläufig vollstreckbar. Die Revision ist nicht zuzulassen (§ 542 Absatz 2 Satz1 ZPO).

Wahle	Dr. Essig	Vogel
Richter am Oberlandesgericht	Richter am Oberlandesgericht	Richterin am Amtsgericht