HAMBURGISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

3 Bf 250/20
19 K 1834/20

3. Senat

Urteil vom 28. November 2024

TabakerzG
§§ 2 Nr. 4, 18 Abs. 2, 21 Abs. 1 Nr. 1
VO (EU) 2019/1020
Art. 2 Abs. 1

1. Zu den werblichen Informationen im Sinne der §§ 2 Nr. 4, 21 Abs. 1 TabakerzG kann auch der Markenname gehören.
2. Die Eintragung der Marke im Markenregister führt nicht dazu, ein Werbeverbot nach § 21 Abs. 1 TabakerzG nicht mehr überprüfen zu dürfen.
3. Als Maßstab für die Bewertung der Frage, ob das Werbeverbot nach § 21 Abs. 1 Nr. 1 TabakerzG verletzt ist, ist auf den normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher abzustellen.
4. Die gesundheitliche Unbedenklichkeit im Sinne des § 21 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 TabakerzG knüpft daran an, dass eine Substanz keinerlei schädlichen Einfluss auf den menschlichen Körper hat.

5. Die Vorschrift des § 18 Abs. 2 Satz 2 TabakerzG enthält eine der Konkretisierung dienende Erläuterung des allgemeinen Irreführungsverbots in § 18 Abs. 2 Satz 1 TabakerzG. Die Regelbeispiele des Satzes 2 sind insoweit nicht abschließend.
6. Der Grundtatbestand des § 18 Abs. 2 Satz 1 TabakerzG verbietet auch eine Irreführung im Hinblick auf das soziale Ansehen bzw. das Sozialleben.
7. Zum Verhältnis der Marktüberwachungsmaßnahmen nach der Verordnung (EU) 2019/1020 und der Richtlinie 2014/40/EU.

Hamburgisches Oberverwaltungsgericht

3 Bf 250/20
19 K 1834/20

Urteil

Im Namen des Volkes

In der Verwaltungsrechtssache

hat das Hamburgische Oberverwaltungsgericht, 3. Senat, auf Grund mündlicher Verhandlung vom 28. November 2024 durch

.....
.....
.....
.....
.....

für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Klägerin wird das aufgrund mündlicher Verhandlung am 8. September 2020 ergangene Urteil des Verwaltungsgerichts Hamburg geändert.

Der Bescheid der Beklagten vom 1. Juli 2019 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 25. März 2020 wird aufgehoben.

Die Beklagte trägt die Kosten des gesamten Verfahrens.

Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Rechtsmittelbelehrung

Die Nichtzulassung der Revision kann durch Beschwerde angefochten werden (§ 133 Abs. 1 VwGO).

Die Beschwerde ist innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Urteils bei dem Hamburgischen Obergerverwaltungsgericht, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, einzulegen.

Die Beschwerde ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils zu begründen. Die Begründung ist beim Hamburgischen Obergerverwaltungsgericht einzureichen.

Tatbestand

Die Klägerin wendet sich gegen eine Ordnungsverfügung der Beklagten, mit der ihr aufgegeben wird, das Inverkehrbringen von Tabakprodukten mit der Aufschrift „Power“ einzustellen.

Die Klägerin ist eine GmbH und 100-prozentige Tochtergesellschaft der E..... Stiftung & Co. KG. Sie vertreibt unter der Dachmarke „Power“ diverse Tabakprodukte, darunter die „Power Cigarillos“, „Power Cigarillos Gold“, „Power Filter Zigaretten“, „Power Filter Zigaretten Gold“, „Power Zigaretten“, „Power Zigaretten Gold“ und den „Power Volume Tobacco“. Auf den Verpackungen der Produkte findet sich die Aufschrift „Power“ sowie ein stilisierter Löwenkopf. Auf den Zigaretten findet sich zudem unterhalb des Filters die Aufschrift „Power“. Die Produkte der Klägerin sind bei rund 4000 E.-Kaufleuten gelistet. Die Klägerin verkauft nach eigenen Angaben rund 78 Millionen Produkte im Jahr und erzielt mit dem Verkauf einen Jahresumsatz von rund 360 Millionen Euro. Die Dachmarke „Power“ ist für Tabakprodukte seit dem 14. April 1994 im DPMA – Markenregister zugunsten der E. Tochtergesellschaft N.....Stiftung & Co. KG eingetragen. Diese lizenziert die Marke an die Klägerin.

Am 19. Juli 2017 erreichte die Beklagte ein als „Gutachten“ bezeichnetes Schreiben des Landratsamtes R..... vom 13. Juli 2017, das nach einer Untersuchung einer Probe „Power Zigaretten“ zu dem Ergebnis kam, dem Verbraucher werde durch die Verwendung des Wortes „Power“ und der Abbildung des Löwen suggeriert, dass der Konsum der Zigarette die Funktion des Körpers, die Leistungsfähigkeit und das Wohlbefinden günstig beeinflussen werde. Es liege ein Verstoß gegen § 21 Abs. 1 des Tabakerzeugnisgesetzes (im Folgenden: TabakerzG) vor. In der Folgezeit, zuletzt am 23. Juli 2019, erreichten die Beklagte weitere 20 „Gutachten“ teils wortgleichen Inhalts, betreffend die Produkte der Klägerin aus verschiedenen Bundesländern, die ebenfalls zu diesem Ergebnis kamen. Auf die „Gutachten“ wird verwiesen (Bl. 38 – 239a d. Sachakte). Die Klägerin erhielt Gelegenheit zur Stellungnahme.

Am 6. und 7. Juni 2018 wurden Gutachter aus verschiedenen Bundesländern im Rahmen einer Arbeitsgruppensitzung („AG der Tabaksachverständigen“) zu einer Einschätzung

befragt. Die Sachverständigen kamen zu dem Ergebnis, dass die Bezeichnung „Power“ eine Leistungssteigerung suggeriere, und stuften diese als irreführend ein. Auf das Ergebnisprotokoll wird verwiesen (Bl. 273 d. Sachakte). Dieses Ergebnis wurde am 7. Juni 2018 durch die Arbeitsgruppe der für Lebensmittel, Bedarfsgegenstände, Wein und Kosmetik tätigen Sachverständigen („ALB-Projektgruppe Tabaküberwachung“) bestätigt. Auch auf dieses Protokoll wird verwiesen (Bl. 282 d. Sachakte).

Am 30. und 31. Januar 2019 verständigten sich die „Gutachter“ der „AG der Tabaksachverständigen“ im Rahmen einer Zusammenkunft darauf, keine Irreführung anzunehmen, wenn das Wort „Power“ vom Produkt entfernt werde und ein Löwenkopf auf der Verpackung verbliebe. Entscheidend sei jedoch der Gesamteindruck, der im Einzelfall zu prüfen sei. Auf das Protokoll wird ebenfalls verwiesen (Bl. 127 d. A. 19 K 1834/20).

Mit Anhörungsschreiben vom 26. Februar 2019 teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass ein Verwaltungsverfahren eröffnet worden sei und in Erwägung gezogen werde, den Verkauf unter Verweis auf verschiedene Stellungnahmen einzelner Bundesländer zu untersagen, solange die genannten Tabakprodukte weiterhin mit der Kennzeichnung „Power“ in den Handel gebracht würden.

Mit Schreiben vom 31. Mai 2019 teilte die Klägerin der Beklagten mit, dass die Marke „Power“ zugunsten von N.....bzw. E.....bereits seit 1994 existiere und es in über 20 Jahren, in denen Zigaretten unter dieser Marke vertrieben würden, nie zu Beanstandungen wegen der Marke gekommen sei.

Mit Bescheid vom 1. Juli 2019, den Geschäftsführern der Klägerin am 3. Juli 2019 zugestellt, gab die Beklagte der Klägerin gemäß § 29 Abs. 2 Ziffer 4 TabakerzG auf, das Inverkehrbringen von Tabakprodukten mit der Aufschrift „Power“ bis zum 30. September 2019 einzustellen (Ziff. I). Daneben setzte die Beklagte für jede feststellbare Zuwiderhandlung gegen Ziff. 1 der Verfügung ein Zwangsgeld in Höhe von 35.000 Euro fest (Ziff. II). Zur Begründung führte sie an, ihr lägen verschiedene „Gutachten“ aus den Bundesländern Hamburg, Baden-Württemberg, Sachsen, Bayern und Berlin zu Tabakprodukten der Klägerin mit der Kennzeichnung „Power“ vor. In den genannten „Gutachten“ werde die Angabe „Power“, die auf der Verpackung in Verbindung mit einem stilisierten Löwenkopf und einzeln auch auf der Rauchware angebracht sei, als zu

beanstanden gewertet. Die „Gutachten“ seien der Klägerin mit der Bitte um Stellungnahme und Änderung der Auszeichnung zugeleitet worden. Bei den dort genannten Erzeugnissen handele es sich um Rauchtobakerzeugnisse gemäß § 2 Nr. 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 TabakerzG. Gemäß § 21 Abs. 1 Nr. 1 TabakerzG sei es verboten, im Verkehr mit Tabakerzeugnissen oder in der Werbung dafür, werbliche Informationen zu verwenden, durch die der Eindruck erweckt werde, dass der Genuss und die bestimmungsgemäße Verwendung von Tabakerzeugnissen gesundheitlich unbedenklich oder dazu geeignet sei, die Funktion des Körpers, die Leistungsfähigkeit oder das Wohlbefinden günstig zu beeinflussen. Die Tabakerzeugnisse der Klägerin würden mit der Angabe „Power“ in Kombination mit einer Abbildung eines skizzierten, stilisierten Löwenkopfes in den Verkehr gebracht werden. Die Prüfer seien in den bereits bezeichneten „Gutachten“ zu der Bewertung gekommen, dass das englische Wort „Power“ unter anderem mit Kraft, Stärke, und Leistung übersetzt werden könne. Die Skizze des Löwenkopfes unterstreiche dieses Wort, weil der Löwe im überbrachten Sinne ein Tier sei, das für Kraft und Stärke stehe. Der Löwenkopf und das Wort „Power“ in Verbindung miteinander würden nach sachverständiger Auffassung den Eindruck vermitteln, dass das Produkt geeignet sei, die Leistungsfähigkeit eines Rauchers positiv zu beeinflussen oder sich durch den Konsum stärker oder kräftiger zu fühlen. Die kombinierten Bild-Text-Warnhinweise, welche gemäß § 12 Nr. 3 TabakerzV verbindlich angebracht worden seien, könnten die durch die Angabe „Power“ und den stilisierten Löwenkopf transportierte Botschaft nicht nivellieren. Die Beklagte schließe sich der Beurteilung durch die Tabaksachverständigen an.

Der weitere Handel mit Tabakprodukten mit der Kennzeichnung „Power“ sei auch nicht deswegen rechtmäßig, weil die Verbotsnorm des § 21 Abs. 1 TabakerzG bereits in dem Vorgängergesetz, dem Vorläufigen Tabakgesetz in der Fassung von 1974, enthalten gewesen sei und aus dieser Zeit keine negativen Produktbewertungen vorlägen. Die Untersagung des Inverkehrbringens sei zudem verhältnismäßig. Insbesondere gelte es zu vermeiden, dass Verbraucher durch den Kauf dieser Produkte die irreführende Information erhielten, dass der Konsum dieser Tabakprodukte geeignet sei, die Leistungsfähigkeit eines Rauchers positiv zu beeinflussen oder sich durch den Konsum stärker oder kräftiger zu fühlen.

Gegen diesen Bescheid legte die Klägerin mit Schreiben vom 29. Juli 2019, bei der Beklagten am selben Tag eingegangen, Widerspruch ein. Zur Begründung trug sie vor, §

21 TabakerzG habe einen Ausnahmecharakter und sei daher restriktiv auszulegen. Dies habe bereits der Bundesgerichtshof zur wortgleichen Vorgängervorschrift des § 22 Abs. 2 Nr. 1 a Alt. 2 LMBG, entschieden (Urt. v. 15.10.1987, I ZR 180/85, MDR 1988, 288). Es sei der Sinn der Regelung, dem Missbrauch einen Riegel vorzuschieben und dazu die besonders gravierenden Fälle einer missbräuchlichen Werbung zu verbieten. Von einem solchen besonders gravierenden Fall einer missbräuchlichen Werbung könne vorliegend nicht die Rede sein. Die Bezeichnung „Power“ werde nicht einmal werblich verwendet, sondern sei der Produktname, der seit 1994 als Markenname geschützt sei. Aufgrund des restriktiven Charakters der Vorschrift sei ein erkennbarer Kausalzusammenhang zwischen dem Konsum und der positiven Wirkung des Tabakerzeugnisses erforderlich. Es müsse sich also um eine positive Wirkung im Sinne einer messbaren Steigerung der körperlichen oder geistigen Leistungsfähigkeit handeln, die in der Werbung ausgelobt werde. Durch den bloßen Markennamen „Power“, auch in Verbindung mit einem stilisierten Löwenkopf, werde nichts in diese Richtung suggeriert. Zudem könne die körperliche Leistungsfähigkeit durch Tabakkonsum nicht verbessert werden und dies sei den Verbrauchern bekannt. Insofern müsse allein die geistige Leistungsfähigkeit in die Beurteilung einfließen. Allein mit dem Markennamen „Power“ werde jedoch weder suggeriert, dass die Nervosität gedämpft, noch dass die Konzentrationsfähigkeit oder Kreativität gesteigert werde. Eine Beeinflussung des Wohlbefindens liege ebenfalls nicht vor. Bei diesem Merkmal gehe es allein darum, dass dem Verbraucher nicht in missbräuchlicher Weise suggeriert werden dürfe, dass das Tabakprodukt seiner Gesundheit in einer bestimmten Weise förderlich sei. Es gehe somit nicht darum, dass der Verbraucher mit dem Zug an einer Zigarette ein Wohlsein empfinde oder sich gar in seiner gesellschaftlichen Position gestärkt sehe. Die Beklagte stelle darauf zu Unrecht ab, denn sie und die amtlichen Gutachter bezögen sich auf das dem Verbraucher suggerierte Ansehen in der Gesellschaft, jedoch erfasse § 21 Abs. 1 Nr. 1 TabakerzG solch eine Assoziation gerade nicht. Ein Verbot würde überdies dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz widersprechen, denn es könne nicht einheitlich beurteilt werden, ob eine Person Macht habe oder in der Gesellschaft anerkannt sei und ob ein Produkt Macht und gesellschaftliches Ansehen suggeriere. Ohnehin werde mit dem Namen „Power“, auch in Verbindung mit dem Löwenkopf, ein solches gesellschaftliches Ansehen nicht suggeriert. Kein Verbraucher werde ernsthaft denken, dass er mit dem Konsum der Produkte Macht oder Stärke erhalte. Der Durchschnittsverbraucher sei heute mehr denn je durch das Internet und die sozialen

Medien informiert und könne Marken und Werbeschlagwörter von konkreten wirkungsbezogenen Aussagen unterscheiden.

Es liege zudem auch kein Verstoß gegen § 18 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 TabakerzG vor, weil keine wissenschaftlich nachprüfbare Wirkung suggeriert und somit auch nicht über Eigenschaften des Produktes getäuscht werde. Entgegen den Ausführungen des Landeslabors B.....liege ebenso wenig ein Verstoß gegen § 18 Abs. 2 Nr. 5 TabakerzG vor. Im Übrigen sei auch die Gesamtaufmachung des Produktes zu berücksichtigen. Die Warnhinweise auf den Zigarettenpackungen nähmen 60 % der Packung ein. Dem Verbraucher sei somit bewusst, dass das Rauchen ungesund sei und daher nehme er bei diesem Produkt den Markennamen „Power“ anders wahr als beispielsweise bei Nahrungsergänzungsmitteln.

Ein Verbot hätte zudem erhebliche wirtschaftliche Auswirkungen für sie – die Klägerin. Es würde dazu führen, dass die seit langem am Markt etablierte Marke vernichtet werde. Dies gelte insbesondere deshalb, weil es hier nicht nur um eine Änderung der Verpackung, sondern der Produkte selbst gehe.

Mit Widerspruchsbescheid vom 25. März 2020, zugestellt am 16. April 2020, hob die Beklagte den Bescheid vom 1. Juli 2019 insoweit auf, als er die Festsetzung des Zwangsgeldes betraf. Im Übrigen wies sie den Widerspruch zurück. Der angefochtene Bescheid sei hinsichtlich der Festsetzung des Zwangsgeldes rechtswidrig, denn die Voraussetzungen der Verwaltungsvollstreckung lägen nicht vor. Es fehle an einem vollstreckbaren Verwaltungsakt gemäß § 3 Abs. 3 HmbVwVG. Im Übrigen sei die Ordnungsverfügung rechtmäßig. Bei der Angabe „Power“ in Verbindung mit dem stilisierten Löwenkopf handele es sich um eine werbliche Information im Sinne des § 21 Abs. 1 Nr. 1 TabakerzG. Gemäß § 2 Nr. 5 TabakerzG sei Werbung jede Art der kommerziellen Kommunikation mit dem Ziel oder der direkten oder indirekten Wirkung, den Verkauf eines Erzeugnisses zu fördern. Der Schriftzug „Power“ stelle eine solche Art der kommerziellen Kommunikation dar, die dem Verbraucher suggeriere, dass er durch den Konsum der Produkte stärker werde und sein soziales Ansehen steige. Darüber hinaus handele es sich bei dem auf der Rauchware angebrachten Schriftzug „Power“ um eine solche anhaftende und den Verbraucher irreführende Beschriftung. Es werde zudem der Eindruck erweckt, dass der Genuss oder die bestimmungsgemäße Verwendung von Tabakerzeugnissen

gesundheitlich unbedenklich sei. Dies sei immer dann der Fall, wenn die vom Rauchen ausgehenden Gefahren der Gesundheitsschädigung verharmlost würden, wobei aufgrund der besonderen Bedeutung des Schutzgutes der menschlichen Gesundheit bei der Beurteilung von werblichen Informationen für Tabakerzeugnisse strenge Maßstäbe anzulegen seien. Abzustellen sei auf die Sichtweise eines Verbrauchers. Aus dieser Perspektive seien die Produkte der Klägerin geeignet, die Gesundheitsgefahren der Tabakerzeugnisse zu verharmlosen. Darüber hinaus entstehe der Eindruck, dass der Genuss oder die bestimmungsgemäße Verwendung von Tabakerzeugnissen dazu geeignet sei, die Funktion des Körpers, die Leistungsfähigkeit sowie das Wohlbefinden günstig zu beeinflussen. Bereits der Schriftzug „Power“ erwecke aus Verbrauchersicht den Anschein, dass der Konsum der Tabakerzeugnisse eine die körperliche Leistungsfähigkeit steigernde Wirkung entfalte, indem der Konsum dem Körper Energie liefere und damit eine belebende und stärkende Wirkung auf den menschlichen Organismus entfalte. Der abgedruckte stilisierte Löwenkopf verstärke durch den zusätzlichen optischen Reiz den Eindruck, indem er die Bedeutung des Schriftzuges bildhaft unterstreiche und damit weiter hervorhebe. Der erforderliche Kausalzusammenhang sei aus Verbrauchersicht dadurch gegeben, dass insbesondere die Verpackung, aber darüber hinaus auch die Rauchware den Schriftzug trage und ein bestimmungsgemäßer Einsatz der Rauchwaren in Form des Konsums die kräftigende Wirkung auf den Körper entfalte.

Die Ordnungsverfügung vom 1. Juli 2019 stelle auch eine notwendige Anordnung dar, die zur Beseitigung des Verstoßes gegen das in § 21 Abs. 1 Nr. 1 TabakerzG normierte Verbot von Werbung mit qualifizierten Zielen erforderlich sei. Das Einschreiten sei zudem aufgrund der Irreführung des Verbrauchers zwingend erforderlich gewesen. Bei der Aufforderung, das Inverkehrbringen von Tabakprodukten mit der Aufschrift „Power“ bis zum 30. September 2019 einzustellen, handele es sich insbesondere in Anbetracht der Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers um das denkbar mildeste und darüber hinaus bei Abwägung der Interessen angemessene Mittel. Dies sei insbesondere damit zu begründen, dass es sich bei dem Schutzgut der menschlichen Gesundheit um ein besonders hohes Schutzgut handele. Das Interesse der Klägerin, die Tabakerzeugnisse mit dem Schriftzug „Power“ zu vertreiben, habe dahinter zurückzutreten.

Die Klägerin hat am 29. April 2020 Klage erhoben. Zur Begründung hat sie ihr Vorbringen aus dem Verwaltungsverfahren wiederholt und vertieft. Ergänzend hat sie vorgetragen, mit

der auf den Tabakprodukten angebrachten Dachmarke „Power“, auch in Verbindung mit dem stilisierten Löwenkopf, werde nicht der Eindruck erweckt, dass der Genuss oder die bestimmungsgemäße Verwendung von Tabakerzeugnissen gesundheitlich unbedenklich sei, zumal die verpflichtenden Warnhinweise auf Zigarettenprodukten erheblichen Raum auf der Verpackung einnehmen. Soweit sich die Beklagte auf die Entscheidung des Landgerichts Hamburg vom 11. Mai 2016 (416 HKO 47/16 zu § 22 Abs. 2 Nr. 1 a) des Vorl. TabakG, LMuR 2016, 190, juris) berufe, sei ihr entgegenzuhalten, dass dort der Streitgegenstand die Bezeichnung „mild“ gewesen sei. Dieses Attribut führe nach Rechtsauffassung des Landgerichts Hamburg zu einer Assoziation mit „harmlos“ und sei daher irreführend. Die Aussage „mild“ sei jedoch nicht mit der Marke „Power“ zu vergleichen, weil mit dem Begriff „Power“, der hier nur erkennbar als Produktmarke erscheine, nichts „Harmloses“ suggeriert werde. Es treffe nicht zu, dass ein Verbraucher aus der rein markenmäßigen Nutzung des englischsprachigen Wortes „Power“ den Eindruck gewinnen würde, dass ihm der Konsum des Erzeugnisses Kraft gebe und ihn stark mache. Auch sei der Schluss von einem angeblich „stark machenden Produkt“ zu einem gesundheitlich unbedenklichen Produkt nicht nachzuvollziehen. Die Beklagte trage die Beweislast für das Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen und habe in keiner Weise belegt, dass ein informierter Verbraucher die Marke „Power“ in dem Sinne verstehe, wie es die Beklagte vertrete, zumal die Marke bereits seit 20 Jahren von den Verbrauchern wahrgenommen werde. Es existierten keine Verbrauchererhebungen, welche die Auffassung der Beklagten stützen könnten. Es sei zudem nicht erwiesen, dass das Verbot das „Schutzgut der menschlichen Gesundheit“ schützen könne.

Die Klägerin hat beantragt,

die Ordnungsverfügung der Beklagten vom 1. Juli 2019 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 25. März 2020 aufzuheben.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Zur Begründung hat sie auf die angefochtenen Bescheide verwiesen.

Das Verwaltungsgericht hat die Klage mit aufgrund mündlicher Verhandlung vom 8. September 2020 ergangenen Urteil abgewiesen. Die tatbestandlichen Voraussetzungen

für die Untersagung des Inverkehrbringens der streitgegenständlichen Produkte lägen vor, weil sowohl ein Verstoß nach § 21 Abs. 1 Nr. 1 TabakerzG als auch nach § 18 Abs. 2 Sätze 1 und 2 Nr. 1 TabakerzG vorliege. So handele es sich bei der Markenbezeichnung „Power“ in Verbindung mit dem stilisierten Löwenkopf um eine werbliche Information im Sinne des § 21 Abs. 1 Nr. 1 TabakerzG. Indem der Schriftzug auf der Verpackung und auf dem Produkt selbst angebracht sei, handele es sich um eine anhaftende Beschriftung. Unabhängig davon, ob ein Bezug zu gesundheitlichen Auswirkungen des Produktes bestehe, liege jedenfalls ein Bezug zum sozialen Status im vorgenannten Sinne vor, dem eine verkaufsfördernde Wirkung zukomme. Aus Art. 13 Abs. 3 RL 2014/40/EU ergebe sich, dass auch der Markenname als werbliche Information angesehen werden könne. Durch die Markenbezeichnung „Power“ werde zudem der Eindruck erweckt, dass der Genuss oder die bestimmungsgemäße Verwendung von Tabakerzeugnissen dazu geeignet sei, die Funktion des Körpers, die Leistungsfähigkeit oder das Wohlbefinden günstig zu beeinflussen. Die Verwendung des Wortes „Power“ in Verbindung mit dem stilisierten Löwenkopf vermittele den Eindruck, das Rauchen dieser Tabakprodukte sei geeignet, das Wohlbefinden des Rauchers über den subjektiven Genuss hinaus objektiv im Hinblick auf körperliche Funktionen und die Leistungsfähigkeit zu fördern. Das Bundespatentgericht habe entschieden, dass der Begriff „Power“ im allgemeinen Sprachgebrauch für Lebensmittel verwendet werde, die insbesondere für die Leistungsfähigkeit bei besonderer physischer oder psychischer Beanspruchung geeignet seien bzw. die eine starke Wirkung hätten. Diese Wertung des Begriffsinhalts gelte auch im vorliegenden Fall. Der Begriff „Power“, der unter anderem als „Leistung“ übersetzt werde, sei dazu geeignet, aus Verbrauchersicht den Anschein zu erwecken, dass der Konsum der Tabakerzeugnisse eine die körperliche Leistungsfähigkeit steigernde Wirkung habe, indem der Konsum dem Körper Energie liefere und damit belebende und stärkende Wirkung auf den menschlichen Organismus entfalte. Daneben sei der Begriff „Power“ auch dazu geeignet, eine Steigerung der geistigen Leistungsfähigkeit zu suggerieren, indem mit mehr „Kraft“ und „Energie“ unter anderem auch eine verbesserte Konzentrations- und Aufnahmefähigkeit assoziiert werde. Der erforderliche Kausalzusammenhang zwischen dem Konsum und der positiven Wirkung auf den Verbraucher sei gegeben, denn der auf der Verpackung und dem Produkt aufgedruckte Schriftzug „Power“ sei für den Verbraucher auf den ersten Blick erkennbar und führe unmittelbar zu der Assoziation der Leistungssteigerung und der Gewinnung zusätzlicher Energie durch den Konsum. Eine gesteigerte Leistung könne in der Regel

durch verbesserte körperliche Aktivität erreicht werden und führe dazu, dass sich auch das Wohlbefinden des Verbrauchers nicht nur unerheblich steigern.

Zudem verstoße der Markenname „Power“ gegen das Irreführungsverbot des § 18 Abs. 2 Sätze 1 und 2 Nr. 1 TabakerzG. Die Verwendung des Begriffs „Power“ vermittele im allgemeinen Sprachgebrauch u.a. eine Assoziation mit den Eigenschaften „Macht“ und „Leistungsfähigkeit“. Die Eigenschaft „Macht“ sei unmittelbar mit dem sozialen Status verbunden, während der Begriff „Leistungsfähigkeit“ eine Steigerung des körperlichen Wohlbefindens und damit eine stimulierende Wirkung suggeriere. Diese Angabe sei irreführend, denn ein Zusammenhang zwischen dem Tabakkonsum und der Steigerung des sozialen Ansehens oder des körperlichen Wohlbefindens des Konsumenten sei weder wissenschaftlich hinreichend gesichert noch anderweitig ersichtlich.

Schließlich habe die Beklagte das ihr zustehende Auswahlermessen fehlerfrei ausgeübt. Angesichts der erheblichen Gesundheitsgefährdung, welche mit dem Konsum von Tabakerzeugnissen verbunden sei, sei die Ordnungsverfügung auch bei Berücksichtigung der Berufsausübungsfreiheit der Klägerin aus Art. 12 Abs. 1 GG und ihrer erheblichen wirtschaftlichen Beeinträchtigungen durch die Maßnahme als verhältnismäßig anzusehen.

Das Berufungsgericht hat auf Antrag der Klägerin mit Beschluss vom 4. Juli 2023 die Berufung wegen besonderer rechtlicher Schwierigkeiten zugelassen.

Mit am 14. Juli 2023 bei Gericht eingegangenem Schriftsatz führt die Klägerin zur Begründung ihrer Berufung aus:

Die streitgegenständlichen Produkte verstießen nicht gegen das Tabakerzeugnisgesetz.

Der Anwendungsbereich des § 21 Abs. 1 Nr. 1 TabakerzG sei bereits nicht eröffnet, weil die Norm in Abgrenzung zu § 18 TabakerzG nur werbliche Aussagen außerhalb der Produktkennzeichnung erfasse. Für Aussagen im Rahmen der Kennzeichnung sei somit allein § 18 TabakerzG einschlägig. Die Kennzeichnung von Tabakprodukten sei abschließend durch Art. 13 RL 2014/40/EU vorgegeben und in § 18 TabakerzG umgesetzt. Nach Art. 24 Abs. 1 RL 2014/40/EU dürften die Mitgliedsstaaten grundsätzlich das Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen nicht aus Gründen untersagen oder

beschränken, die in der Richtlinie geregelte Gesichtspunkte betreffen. Insofern dürften keine weiteren Verbote für die Kennzeichnung von Tabakprodukten durch den nationalen Gesetzgeber eingeführt werden. Schon deshalb beziehe sich § 21 Abs. 1 Nr. 1 TabakerzG nicht auf die Kennzeichnung, um die es hier nur gehe.

Durch die Dachmarke „Power“ werde nicht der Eindruck erweckt, dass die streitgegenständlichen Produkte im Sinne des § 21 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 TabakerzG gesundheitlich unbedenklich seien. Die Auffassung der Beklagten, dass die vom Rauchen ausgehenden Gefahren der Gesundheitsschädigung mit der Dachmarke verharmlost würden, sei haltlos. In Bezug auf die gesundheitliche Unbedenklichkeit habe „Power“ keinerlei Aussagegehalt. Das zeige sich auch daran, dass das Verwaltungsgericht selbst davon ausgehe, dass sich der Begriff auf den sozialen Status wie auch auf die körperliche Leistungsfähigkeit beziehe. Die Regelung des § 21 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 TabakerzG weise Ausnahmecharakter auf und sei daher restriktiv auszulegen. Geahndet werden solle nur ein besonders gravierender Fall missbräuchlicher Werbung, der hier nicht vorliege. Sie – die Klägerin – verwende die Bezeichnung „Power“ nicht werblich als gesundheitsbezogene Leistungsaussage. Es handele sich nur um den schlagwortartigen, englischsprachigen Markennamen. Nirgends seien gesundheits- oder leistungsfördernde Aussagen oder Darstellungen auf ihren Produkten zu finden. Es fehle jeglicher von der Norm geforderter erkennbarer Gesundheitsbezug. Soweit das Verwaltungsgericht mit der Verharmlosung von Gesundheitsrisiken argumentiere, verkenne es, dass dies eine Frage des § 21 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 TabakerzG betreffe, der aber nicht Gegenstand der Prüfung gewesen sei.

Im Hinblick auf die günstige Beeinflussung der Funktion des Körpers sei der Anwendungsbereich der Vorschrift auf Werbeaussagen beschränkt, die sich auf die Gewichtszunahme durch das Rauchen bezögen. Dazu suggeriere der Markenname nichts. Der Markenname „Power“ mit dem stilisierten Löwenkopf suggeriere auch keine günstige Beeinflussung der Leistungsfähigkeit. Das Tatbestandsmerkmal meine allenfalls die geistige Leistungsfähigkeit, da allgemein bekannt sei, dass der Tabakkonsum keine positiven Effekte auf den menschlichen Organismus habe. Der Begriff „Power“ weise keinen konkreten Sinngehalt auf. Er vermittele keine positiven Effekte auf die geistige Leistungsfähigkeit wie eine Dämpfung von Nervosität oder Steigerung der Konzentrationsfähigkeit oder der Kreativität. Ebenso wenig werde eine günstige Beeinflussung des Wohlbefindens suggeriert. Das Wohlbefinden sei gesundheitsbezogen

zu verstehen. Angesichts des allgemeinen Verbraucherverständnisses von der Gesundheitsschädlichkeit des Rauchens wäre es erforderlich, dass dem verständigen Verbraucher mit hinreichender Deutlichkeit durch konkrete gesundheitsbezogene Aussagen in der Werbung das Gegenteil suggeriert werde. Daran fehle es hier.

Zur Auslegung des Begriffs „Power“ sei die Rechtsprechung des Bundespatentgerichts aus dem Lebensmittelrecht nicht heranzuziehen. Für die Frage, ob eine Marke für ein Lebensmittel unterscheidungskräftig oder rein beschreibend sei, gälten andere Auslegungsmaßstäbe als für die Frage, ob ein Begriff für ein Tabakerzeugnis den Eindruck erwecken könne, dass der Genuss dazu geeignet sei, die Funktion des Körpers, die Leistungsfähigkeit oder das Wohlbefinden günstig zu beeinflussen. Anders als § 21 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 TabakerzG weise § 8 Abs. 2 MarkenG keinen Ausnahmecharakter auf. Zudem habe der Begriff „Power“ bei Lebensmitteln für den verständigen Verbraucher eine andere Bedeutung als im Zusammenhang mit Tabakprodukten. Die Auslegung des Begriffs „Power“ hätte anhand der tabakrechtlichen Vorschriften erfolgen müssen und zu dem Ergebnis geführt, dass Tabakkonsumenten die hier streitgegenständliche Markenaufschrift nicht mit einer positiven Wirkung auf den Körper verbinden würden. Dem verständigen Durchschnittsverbraucher sei klar, dass Rauchen ungesund sei. Daher nehme er bei diesen Produkten den Begriff „Power“ anders wahr als bei Lebensmitteln, die vom Zweck her einen gesundheitlichen Nutzen aufweisen könnten und auch entsprechend beworben würden.

Auch der Tatbestand des § 18 Abs. 2 Sätze 1 u. 2 Nr. 1 TabakerzG sei nicht erfüllt. Der Verbotstatbestand erfasse keine Aussagen zum sozialen Ansehen wie „Stärke“, „Macht“ und „Einfluss“. Der Erwägungsgrund 27 RL 2014/40/EU erwähne zwar den „sozialen Status“, der sich aber weder in Art. 13 der RL 2014/40/EU noch in § 18 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 TabakerzG wiederfinde. Vielmehr seien danach nur Hinweise auf gesundheitliche oder stimulierende Wirkungen verboten, die Tabakerzeugnissen nach den Erkenntnissen der Wissenschaft nicht zukämen oder die wissenschaftlich nicht hinreichend gesichert seien. Damit habe eine „Steigerung des sozialen Ansehens“ nichts zu tun. Zudem suggeriere der Begriff „Power“ nicht, dass der Tabakkonsum jemanden stärker, einflussreicher oder mächtiger mache.

Mit dem Begriff „Power“ werde den Produkten keine gesundheitliche oder stimulierende Wirkung zugeschrieben. Der Begriff „Power“ treffe keine Wirkaussage, die so konkret

formuliert sei, dass sie einer wissenschaftlichen Nachprüfung zugänglich wäre. Es fehle dem Begriff ein hinreichend erkennbarer Inhalt in Bezug auf wissenschaftliche Wirkungen. Das Verwaltungsgericht vermenge unzulässig die Tatbestandsvoraussetzungen des § 21 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 TabakerzG mit denen des § 18 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 TabakerzG, indem es den Tatbestand des § 18 TabakerzG aufgrund einer Steigerung des körperlichen Wohlbefindens bejahe.

Schließlich sei das Verbot des Inverkehrbringens unverhältnismäßig. Als milderer Mittel wäre eine Anpassungs- und Aufbrauchfrist angezeigt gewesen. Die Beklagte habe ihre wirtschaftlichen Interessen nicht hinreichend berücksichtigt.

Die Klägerin beantragt,

unter Aufhebung des aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 8. September 2020 ergangenen Urteils des Verwaltungsgerichts Hamburg den Bescheid der Beklagten vom 1. Juli 2019 in Gestalt des Widerspruchsbescheids der Beklagten vom 25. März 2020 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verweist zur Begründung auf das Urteil des Verwaltungsgerichts und trägt ergänzend vor, § 21 TabakerzG finde neben § 18 TabakerzG auch für werbliche Informationen auf den Verpackungen und auf dem Produkt selbst Anwendung. Die Definition des § 2 Nr. 5 TabakerzG enthalte keine gegenteilige Aussage. Zudem stelle das Verwaltungsgericht auch zu Recht auf die Verharmlosung von Gesundheitsrisiken im Zusammenhang mit den suggerierten Eindrücken durch die Marke „Power“ in Kombination mit dem Löwenkopf ab. Dass die Verharmlosung von Gesundheitsrisiken mit der Leistungsfähigkeit in Zusammenhang stehe, werde auch in § 18 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 TabakerzG ganz eindeutig definiert. Laut dem Erwägungsgrund 27 RL 2014/40/EU betreffe die Verharmlosung von Gesundheitsrisiken auch die Auslobung von falschen Versprechungen im Hinblick auf den sozialen Status, Sex-Appeal usw..

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und des beigezogenen Verwaltungsvorgangs der Beklagten Bezug genommen. Dieser ist Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen.

Entscheidungsgründe

I.

Die Berufung der Klägerin ist zulässig und hat auch in der Sache Erfolg.

Die Berufung ist zulässig. Sie ist insbesondere fristgerecht erhoben (§ 124a Abs. 2 Satz 1 VwGO) und begründet (§ 124a Abs. 3 Satz 1 VwGO) worden.

Das angefochtene Urteil des Verwaltungsgerichts ist zu ändern und der Klage ist stattzugeben. Der angefochtene Bescheid vom 1. Juli 2019 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 25. März 2020, mit dem der Klägerin aufgegeben wurde, das Inverkehrbringen ihrer Tabakprodukte mit der Aufschrift „Power“ einzustellen, ist aufzuheben, denn die angeordnete Maßnahme ist rechtswidrig und verletzt die Klägerin in ihren Rechten, § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO.

Bei dem im streitgegenständlichen Bescheid angeordneten Verbot, das unbeschränkt in die Zukunft wirkt, handelt es sich um einen Dauerverwaltungsakt, so dass es für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts auf die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung ankommt (vgl. BVerwG, Urt. v. 14.9.2023, 3 C 11/22, GewArch 2024, 82, juris Rn. 10; Urt. v. 10.12.2015, 3 C 7/14, BVerwGE 153, 335, juris Rn. 10; Schübel-Pfister, in: Eyermann, VwGO, § 113 Rn. 80).

Das von der Beklagten angeordnete Verbot des Inverkehrbringens von Tabakprodukten mit der Aufschrift „Power“ kann weder auf § 29 Abs. 2 des Gesetzes über Tabakerzeugnisse und verwandte Erzeugnisse - Tabakerzeugnisgesetz - (TabakerzG; BGBl. I 2016, S. 569) (hierzu unter 1.) noch auf Vorschriften der Verordnung (EU) 2019/1020 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 über Marktüberwachung und die Konformität von Produkten sowie zur Änderung der Richtlinie 2004/42/EG und der Verordnungen (EG) Nr. 765/2008 und (EU) Nr. 305/2011 (gültig ab 16. Juli 2021; im Folgenden: VO (EU) 2019/1020) (hierzu unter 2.) gestützt werden.

1. Das angeordnete Verbot des Inverkehrbringens von Tabakprodukten mit der Aufschrift „Power“ kann nicht auf § 29 Abs. 2 TabakerzG gestützt werden.

Danach treffen die Marktüberwachungsbehörden die erforderlichen Maßnahmen, wenn sie den begründeten Verdacht haben, dass ein Erzeugnis nicht die Anforderungen dieses Gesetzes, der aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnungen und der unmittelbar geltenden Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft oder der Europäischen Union im Anwendungsbereich dieses Gesetzes erfüllt (Satz 1). Sie sind insbesondere befugt zu verbieten, dass ein Erzeugnis in den Verkehr gebracht wird (Satz 2 Nr. 4). Die Marktüberwachungsbehörden sind des Weiteren befugt, Maßnahmen anzuordnen, die gewährleisten, dass die Werbeverbote der §§ 19 bis 21 TabakerzG eingehalten werden (Satz 3).

Die Voraussetzungen des § 29 Abs. 2 TabakerzG liegen nicht vor. Denn die von der Klägerin vertriebenen Tabakprodukte, soweit der Name „Power“ verwendet wird, verletzen weder das Werbeverbot des § 21 Abs. 1 Nr. 1 TabakerzG (hierzu unter a]) noch das Irreführungsverbot des § 18 Abs. 2 TabakerzG (hierzu unter b]). Da beide Verbotstatbestände nicht erfüllt sind, braucht die Frage, ob § 18 Abs. 2 TabakerzG, der für irreführende werbliche Informationen auf den Verpackungen und auf dem Tabakerzeugnis selbst gilt, gegenüber dem allgemeinen Werbeverbot des § 21 TabakerzG abschließend ist und diesen verdrängt, nicht entschieden zu werden.

a) Vorliegend ist kein Verstoß gegen das für Tabakerzeugnisse geltende Werbeverbot des § 21 Abs. 1 Nr. 1 TabakerzG festzustellen.

Nach § 21 Abs. 1 Nr. 1 TabakerzG ist es verboten, im Verkehr mit Tabakerzeugnissen oder in der Werbung dafür werbliche Informationen zu verwenden, durch die der Eindruck erweckt wird, dass der Genuss oder die bestimmungsgemäße Verwendung von Tabakerzeugnissen dazu geeignet ist, die Funktion des Körpers, die Leistungsfähigkeit oder das Wohlbefinden günstig zu beeinflussen.

Zwar handelt es sich bei den streitgegenständlichen Produkten der Klägerin um Tabakerzeugnisse (hierzu unter aa)], die in den Verkehr (hierzu unter bb]) gebracht werden und dabei mit der Aufschrift „Power“ eine werbliche Information (hierzu unter cc]) tragen. Mangels konkreter Wirkaussage des Begriffs „Power“ ist aber keiner der Verbotstatbestände des § 21 Abs. 1 Nr. 1 TabakerzG erfüllt (hierzu unter dd]).

aa) Bei den streitgegenständlichen Produkten der Klägerin handelt es sich unstreitig um Tabakerzeugnisse.

Obwohl die Norm des § 21 TabakerzG rein nationales Recht darstellt (vgl. Rohnfelder, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtl. Nebengesetze, Werkstand: 254. EL Okt. 2024, § 21 TabakerzG Rn. 1), dessen Umsetzung in der Richtlinie 2014/40/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. April 2014 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen und zur Aufhebung der Richtlinie 2001/37/EG (ABl. L 127/1 v. 29.4.2014; im Folgenden: RL 2014/40/EU) nicht angelegt ist, kann für die Definition dieses Tatbestandsmerkmals auf Art. 2 Nr. 4 RL 2014/40/EU zurückgegriffen werden. Denn § 1 Abs. 1 Satz 1 TabakerzG implementiert die Begriffsbestimmungen des Art. 2 RL 2014/40/EU in das nationale Tabakerzeugnisrecht (vgl. Rohnfelder, a.a.O., § 1 TabakerzG Rn. 1). Danach ist ein Tabakerzeugnis ein Erzeugnis, das konsumiert werden kann und das aus Tabak besteht. Das ist bei den „klassischen“ Tabakprodukten der Klägerin unstreitig der Fall.

bb) Die Klägerin bringt ihre Produkte im Sinne des § 21 Abs. 1 Nr. 1 TabakerzG auch in den Verkehr.

Unter dem „Inverkehrbringen“ ist nach Art. 2 Nr. 40 RL 2014/40/EU i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 1 TabakerzG die entgeltliche oder unentgeltliche Bereitstellung von Produkten für Verbraucher, die sich in der Union befinden, zu verstehen. Die Bezugnahme in § 1 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe c TabakerzG auf Art. 2 Nr. 40 RL 2014/40/EU dient der Klarstellung, dass mit dem Begriff „Inverkehrbringen“ nicht nur die – „letzte“ – Abgabe an den Verbraucher gemeint ist, sondern jede Abgabe auf jeder Stufe in der Kette von der Herstellung bis zum Verbraucher (vgl. Horst, in: Sosnitzer/Meisterernst, Lebensmittelrecht, Werkstand: 190. EL

Aug. 2024, § 1 TabakerzG Rn. 19a). Das Tatbestandsmerkmal ist erfüllt. Die Produkte der Klägerin werden auf dem Markt angeboten.

cc) Die Aufschrift „Power“ auf der Verpackung der Tabakprodukte sowie auf dem Tabakprodukt selbst stellt eine werbliche Information im Sinne des Tabakerzeugnisgesetzes dar.

Der Begriff der „werblichen Informationen“ ist in § 2 Nr. 4 TabakerzG definiert. Es handelt sich danach um Bezeichnungen, Angaben, Aufmachungen, Darstellungen, Zeichen und Symbole zu Zwecken der Werbung. Der Begriff „Power“ erfüllt diese Anforderungen. Denn – erstens – handelt es sich dabei um eine Bezeichnung im Sinne der gesetzlichen Definition. Eine Bezeichnung ist die Repräsentation eines Begriffs mit sprachlichen oder anderen Mitteln. Erfolgt diese Repräsentation – wie hier – mittels Wörtern, handelt es sich um eine Benennung. Hier werden die Tabakprodukte durch das Wort „Power“ auf der Verpackung und auf dem Produkt selbst benannt. Zweitens erfolgt die Bezeichnung auch zu Zwecken der Werbung. Unter Werbung versteht das Gesetz nach § 2 Nr. 5 TabakerzG jede Art kommerzieller Kommunikation mit dem Ziel oder mit der direkten oder indirekten Wirkung, den Verkauf eines Erzeugnisses zu fördern. Das Wort „Power“ hat eine durchweg positive Besetzung. Der englischsprachige Begriff „Power“, der seit langer Zeit im deutschen Sprachgebrauch verankert ist (vgl. BPatG München, Beschl. v. 31.1.2007, 32 W (pat) 54/05, juris Rn. 13), wird unter anderem mit „Kraft“, „Stärke“, „Wucht“ und „Leistung“ übersetzt (<https://www.duden.de/rechtschreibung/Power>). Es wird so durch die Verwendung des Streitgegenständlichen Begriffs eine indirekte Wirkung, den Verkauf zu fördern, erzeugt, ohne jedoch einen Bezug zu einem konkreten Lebensbereich des Verbrauchers herzustellen.

Gegen die Annahme einer werblichen Information durch die Verwendung des Wortes „Power“ spricht nicht der Umstand, dass es sich bei dem Begriff um den Markennamen der Streitgegenständlichen Tabakprodukte handelt. Dies ergibt sich zwar nicht – wie vom Verwaltungsgericht angenommen – bereits aus Art. 13 Abs. 3 RL 2014/40/EU, wonach verbotene Elemente auch Markennamen sein können. Denn es handelt sich bei § 21 TabakerzG um rein nationales Recht, das nicht der Umsetzung der Richtlinie 2014/40/EU geschuldet ist. Die Auffassung folgt aber aus der Auslegung des Tabakerzeugnisgesetzes. Dieses kennt den Begriff des Markennamens nicht und nimmt daher auch – anders als

beispielweise Art. 1 Abs. 3 VO (EG) Nr. 1924/2006 („Health-Claims-VO“) – keine Privilegierung von Markennamen im besonders sensiblen Bereich der gesundheitsgefährdenden Tabakerzeugnisse vor. Für eine solche Privilegierung lassen sich auch aus der Gesetzesbegründung keinerlei Anhaltspunkte ableiten. Vielmehr enthält das Gesetz mit § 2 Nr. 4 TabakerzG ein weites Verständnis des Begriffs der werblichen Information. Es ist insoweit unzweifelhaft, dass es sich bei einem Markennamen um eine „Bezeichnung“ im Sinne dieser Vorschrift handelt. Dieses Verständnis des Begriffs „Bezeichnung“ wird auch vom Sinn und Zweck des Tabakerzeugnisgesetzes getragen, das unter anderem dem Schutz der Allgemeinheit vor Gesundheitsgefahren dienen soll (vgl. Gesetzesbegründung zur Vorgängerregelung des LMBG, BT-Drs. 7/255, S. 1; Rohnfelder, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtl. Nebengesetze, Werkstand: 254. EL Okt. 2024, § 21 TabakerzG Rn. 1). Diesem Zweck würde es zuwiderlaufen, wenn eine Information auf einem Tabakprodukt allein deshalb nicht als werblich angesehen werden könnte, weil es sich um den Markennamen handelt. In diesem Fall bestünde eine hohe Missbrauchs- und Umgehungsgefahr.

Auch führt die Eintragung der Marke „Power“ im Markenregister (<https://register.dpma.de/DPMAregister/marke/register/1190104/DE>; Schutzende eingetragen für den 30.11.2025) nicht dazu, ein Werbeverbot nach § 21 TabakerzG nicht mehr überprüfen zu dürfen.

Das Deutsche Patent- und Markenamt (DPMA) prüft nach der Anmeldung einer Marke, ob absolute Schutzhindernisse der Eintragung entgegenstehen, §§ 33 Abs. 2 Satz 2, 37 Abs. 1 MarkenG. Die Norm des § 8 Abs. 2 Nr. 13 MarkenG schließt Marken von der Eintragung aus, deren Benutzung ersichtlich nach sonstigen Vorschriften im öffentlichen Interesse untersagt werden kann und transportiert damit Kennzeichnungsverbote des Tabakerzeugnisgesetzes in das Registerrecht (vgl. Fezer/Fesenmair, in: Fezer, Markenrecht, 5. Aufl. 2023, § 8 MarkenG Rn. 598). Daher kann auch ein „ersichtlicher“ Verstoß gegen das Tabakerzeugnisgesetz ein Eintragungshindernis darstellen. Dabei zieht die Entscheidung über die Eintragungsfähigkeit eine Tatbestandswirkung über die Eintragungsfähigkeit der Marke nach sich, an die das DPMA, das Bundespatentgericht und die ordentlichen Gerichte gebunden sind (vgl. Fezer/Bingener, in: Fezer, a.a.O., § 37 MarkenG Rn. 34). Unabhängig von der Frage nach einer Erstreckung auf öffentlich-rechtliche Streitigkeiten lässt sich daraus aber keine Tatbestandswirkung in Bezug auf das

Nichtvorliegen von Verstößen gegen alle denkbaren Normen ableiten, aus denen ein Eintragungshindernis folgen kann. Das DPMA nimmt durch die Eintragung einer Marke Entscheidungen der spezialisierten Marktüberwachungsbehörden zur Einhaltung des Tabakerzeugnisgesetzes nicht vorweg. So darf die (zwischenzeitliche) Eintragung eines Produktnamens als Marke nicht zu einer Umgehung dieser Vorschriften führen (in diese Richtung OVG Magdeburg zum Lebensmittelrecht, Beschl. v. 8.10.2018, 3 L 358/17, Pharma Recht 2019, 34, juris Rn. 89). Überdies ist vorliegend insbesondere zu berücksichtigen, dass im Zeitpunkt der Eintragung der Marke der Klägerin im Jahre 1994 ohnehin noch § 4 WarenzeichenG galt, der eine dem § 8 Abs. 2 Nr. 13 MarkenG entsprechende Regelung nicht enthielt (BT/Drs. 12/6581, S. 71) und damit eine solche Prüfung ohnehin nicht vorsah. Auch gab es mit der Einführung des Markengesetzes keine Übergangsvorschrift, die eine solche Prüfung der bereits eingetragenen Marken vorsah. Bei der Verlängerung der Marke findet ebenso wenig eine erneute Überprüfung der Eintragungsfähigkeit statt.

dd) Mangels konkreter Wirkaussage des Begriffs „Power“ ist weder der Verbotstatbestand des § 21 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 TabakerzG (hierzu unter [1]) noch des § 21 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 TabakerzG (hierzu unter [2]) erfüllt.

Als Maßstab für die Bewertung der Frage, ob das Werbeverbot nach § 21 Abs. 1 Nr. 1 TabakerzG verletzt ist, ist auf den normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher abzustellen (vgl. HansOLG, Urt. v. 13.8.2009, 3 U 199/08, ZLR 2010, 734, juris Rn. 43; BGH, Urt. v. 16.12.2004, I ZR 222/02, GRUR 2005, 438, juris Rn. 22 f.; Steinbeck, Das Verbraucherleitbild im Lebensmittelrecht: Renaissance des flüchtigen Verbrauchers?, ZLR 2014, 302 (307); Boch, in: Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch, 10. Online-Aufl. 2024, § 11 Rn. 9). Dabei kann das Berufungsgericht aus eigener Sachkunde feststellen, ob die werbliche Information „Power“ den Eindruck der gesundheitlichen Unbedenklichkeit beim oben genannten Durchschnittsverbraucher erweckt (vgl. BVerwG, Beschl. v. 24.8.1983, 3 B 14/83, Buchholz 310 § 132 VwGO Nr 219, juris Rn. 7; OVG Münster, Urt. v. 17.6.2014, 13 A 1135/13, LRE 69, 219, juris Rn. 56). Das Tatsachengericht verletzt seine Aufklärungspflicht nur, wenn es sich eine ihm unmöglich zur Verfügung stehende Sachkunde zuschreibt oder seine Entscheidungsgründe auf mangelnde Sachkunde schließen lassen (vgl. BVerwG, Beschl.

v. 18.10.2000, 1 B 45/00, LRE 40, 166, juris Rn. 5). Das ist hier nicht der Fall. Vorliegend liegt die Feststellung nicht außerhalb des Erfahrungsbereichs des Berufungsgerichts.

(1) Die Aufschrift „Power“ erweckt nicht den Eindruck, dass der Konsum der Tabakprodukte der Klägerin gesundheitlich unbedenklich ist.

§ 21 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 TabakerzG verbietet, werbliche Informationen zu verwenden, durch die der Eindruck erweckt wird, dass der Genuss oder die bestimmungsgemäße Verwendung von Tabakerzeugnissen gesundheitlich unbedenklich ist. Dabei knüpft die gesundheitliche Unbedenklichkeit daran an, dass eine Substanz keinerlei schädlichen Einfluss auf den menschlichen Körper hat (vgl. OLG Koblenz, Urt. v. 3.2.2021, 9 U 809/20, WRP 2021, 516, juris Rn. 57).

Soweit die Beklagte davon ausgeht, dass das Tatbestandsmerkmal der „gesundheitlichen Unbedenklichkeit“ schon dann erfüllt sei, wenn die Gesundheitsgefährdung durch den Tabakkonsum heruntergespielt bzw. verharmlost werde und insoweit zur Auslegung auf den Erwägungsgrund 27 RL 2014/40/EU verweist, dringt sie damit nicht durch. Denn die Regelung des § 21 TabakerzG stellt – wie bereits oben ausgeführt – rein nationales Recht dar und ist damit nicht von der Richtlinie determiniert, so dass die Erwägungsgründe für die Auslegung dieser Regelung keine Rolle spielen. Auch das Argument der Beklagten, aus § 18 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 TabakerzG folge, dass auf die Verharmlosung von Gesundheitsrisiken abzustellen sei, verfängt nicht. Es besteht keine Ähnlichkeit zwischen dem Tatbestand des § 21 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 TabakerzG und § 18 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 TabakerzG, da das Merkmal der „gesundheitlichen Unbedenklichkeit“ nicht im Ansatz mit der „geringeren Schädlichkeit des Tabakprodukts als andere“ gleichgesetzt werden kann.

Bei Anlegung des obigen Maßstabs ist davon auszugehen, dass der Durchschnittsverbraucher als Adressat zahlreicher und umfangreicher Aufklärungskampagnen im Zusammenhang mit Tabakkonsum um die Gefährlichkeit der streitgegenständlichen Produkte für die Gesundheit weiß (vgl. OLG Koblenz, Urt. v. 3.2.2021, 9 U 809/20, WRP 2021, 516, juris Rn. 57), wodurch seine Vorerwartung in Bezug auf die Wirkung der streitgegenständlichen Produkte bereits geprägt ist (vgl. Rehart/Ruhl/Isele, in: BeckOK UWG, Fritzsche/Münker/Stollwerck, 26. Edition 1.10.2024, § 5 Rn. 127 ff.). An die Gefährlichkeit wird er zudem durch die Warnhinweise auf den

Verpackungen der Tabakerzeugnisse allgegenwärtig erinnert (vgl. Rohnfelder, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Werkstand: 254. EL Okt. 2024, § 21 TabakerzG Rn. 5). Insoweit erweckt der Begriff „Power“ nicht ernsthaft bei dem Durchschnittsverbraucher den Eindruck, dass der Konsum der streitgegenständlichen Produkte keine schädlichen Wirkungen auf seinen Körper hat bzw. haben wird. Denn der Begriff „Power“ (auch in Verbindung mit dem stilisierten Löwenkopf auf der Verpackung) trifft schon nicht einmal eine eindeutige gesundheitsbezogene Wirkaussage, geschweige denn eine Aussage, die die Kenntnis des Durchschnittsverbrauchers von der Gesundheitsgefahr widerlegen würde, was aber für die Annahme einer „gesundheitlichen Unbedenklichkeit“ erforderlich wäre. Vielmehr ist der Begriff „Power“ einer mehrfachen Interpretation zugänglich und hat eine diffuse bzw. vielschichtige Bedeutung (vgl. BPatG, Beschl. v. 20.12.2021, 29 W (pat) 531/20, juris Rn. 22 ff.). Keine der Interpretationsmöglichkeiten stellt sich insoweit als prägend dar bzw. drängt sich in den Vordergrund. So kann sich der Begriff „Power“ auf eine körperliche Stärke, auf eine geistige Stärke und auf das soziale Ansehen beziehen. Darüber hinaus erscheint auch eine Bezugnahme auf die Abbrauchwerte der streitgegenständlichen Produkte denkbar, wie es jedenfalls das Landeslabor B..... in seinen Ausführungen (Untersuchungsbefund und Beurteilung) vom 15. Juni 2018 (Bl. 111 ff. d. Sachakte) für möglich gehalten hat.

(2) Die Aufschrift „Power“ erweckt auch nicht den Eindruck, dass der Konsum der Tabakprodukte der Klägerin die Funktion des Körpers, die Leistungsfähigkeit oder das Wohlbefinden günstig beeinflusst.

§ 21 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 TabakerzG verbietet, werbliche Informationen zu verwenden, durch die der Eindruck erweckt wird, dass der Genuss oder die bestimmungsgemäße Verwendung von Tabakerzeugnissen dazu geeignet ist, die Funktion des Körpers, die Leistungsfähigkeit oder das Wohlbefinden günstig zu beeinflussen. Hierzu gehören unmittelbare und mittelbare Hinweise auf anregende, belebende, beruhigende, entspannende sowie leistungssteigernde Wirkungen des Konsums von Tabakerzeugnissen. Aus der werblichen Information muss sich ein erkennbarer Kausalzusammenhang zwischen Konsum und den positiven Wirkungen ergeben (vgl. Horst, in: Sosnitza/Meisterernst, Lebensmittelrecht, Werkstand: 190. EL Aug. 2024, § 21 TabakerzG Rn. 9).

Soweit das Verwaltungsgericht zur Definition des § 21 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 TabakerzG ausführt (UA S. 14), der Tatbestand sei erfüllt, wenn bestehende Gesundheitsrisiken verharmlost würden und der Verbraucher dadurch zu einem Tabakkonsum verleitet werden könne, von dem er anderenfalls abgesehen hätte, und dazu auf eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs (Urt. v. 13.7.2006, I ZR 234/03, GRUR 2006, 953, juris Rn. 19) Bezug nimmt, verfängt dies nicht. Die in Bezug genommene Entscheidung betrifft einen anderen Fall. Der Bundesgerichtshof hatte nämlich die Frage der Unlauterkeit einer Wettbewerbshandlung zu bewerten und hat hierzu ausgeführt, die Grenze sei dann überschritten, wenn der Einfluss ein solches Ausmaß auf den Verbraucher erreiche, dass seine freie Entscheidung beeinträchtigt werde. Beim Inverkehrbringen frei verkäuflicher Produkte, deren Ge- oder Verbrauch mit Risiken für die Sicherheit oder Gesundheit verbunden sei, sei dies insbesondere dann der Fall, wenn bestehende Sicherheits- und Gesundheitsrisiken verharmlost würden oder wenn der unzutreffende Eindruck der gesundheitlichen Unbedenklichkeit des Produkts erweckt werde (BGH, a.a.O.). Damit trifft die Entscheidung aber keine Aussagen dazu, wann – wie vorliegend maßgeblich – überhaupt gesundheitsbezogene Wirkaussagen zu bejahen sind.

Auch verkennt das Berufungsgericht nicht, dass für die Frage, ob eine gesundheitsbezogene Werbung irreführend ist, strenge Anforderungen an die Richtigkeit, Eindeutigkeit und Klarheit der Werbeaussagen gelten (vgl. zu § 5 UWG: BGH, Urt. v. 27.6.2024, I ZR 98/23, GRUR 2024, 1122, juris Rn. 24). Dafür muss es sich allerdings im ersten Schritt um eine gesundheitsbezogene Werbung handeln. Daran fehlt es hier:

(a) Das Wort „Power“ erweckt bei dem Durchschnittsverbraucher als Adressat zahlreicher und umfangreicher Aufklärungskampagnen im Zusammenhang mit dem Tabakkonsum nicht den Eindruck, dass der Konsum der streitgegenständlichen Produkte auf eine Funktion seines Körpers positive Wirkungen hat bzw. haben kann.

Wie bereits oben ausgeführt weiß der Verbraucher um die Gefährlichkeit der streitgegenständlichen Produkte für die Gesundheit, wodurch seine Vorerwartung in Bezug auf die Wirkung der streitgegenständlichen Produkte bereits vorgeprägt ist. Der Durchschnittsverbraucher erwartet demnach durch den Tabakkonsum grundsätzlich bereits keine positive Wirkung auf seinen Körper. Damit bedürfte es einer eindeutigen Wirkaussage der werblichen Information, um diese Vorkenntnis des Verbrauchers zu widerlegen. Daran

fehlt es dem Begriff „Power“ in Bezug auf eine Körperfunktion aber. Zwar steht mit dem Begriff schlagwortartig eine prägnante positive Aussage im Raum, die aber interpretationsbedürftig ist und keinen unmittelbar beschreibenden Begriffsinhalt oder engen sachlichen bzw. funktionellen Bezug zur günstigen Beeinflussung einer Körperfunktion hat (vgl. Boch, TabakerzG, 3. Aufl. 2024, § 18 Rn. 4). Eine eingängige Assoziation zu einer konkreten physiologischen, psychologischen oder mentalen Körperfunktion wird für den Durchschnittsverbraucher nicht erzeugt. In Bezug auf die streitgegenständlichen Produkte weist der Begriff „Power“ keinen präzisen Sinngehalt auf. So kann er sich – wie bereits ausgeführt – auf eine körperliche Stärke, auf eine geistige Stärke, auf das soziale Ansehen oder aber auch auf die Abbrauchwerte der streitgegenständlichen Produkte beziehen, wobei sich keine der Varianten in den Vordergrund drängt. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass sich zusätzlich auf den Verpackungen noch der stilisierte Löwenkopf befindet. Es handelt sich dabei zwar um ein kraftvolles Tier, das als der König der Tiere bekannt ist. Aber auch insoweit wird die Wirkaussage des Begriffs „Power“ nicht konkretisiert, sondern allein die positive Besetzung des Wortes unterstützt. Das zeigt sich auch schon daran, dass der Löwe als Zeichen für körperliche Kraft, aber auch für ein hohes soziales Ansehen stehen kann. Aus den Bewertungen der verschiedenen Landesbehörden folgt nichts Gegenteiliges, da diese die Begriffe des § 21 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 TabakerzG nur konturlos verwenden und damit letztlich bereits die positive Besetzung des Wortes „Power“ für die Erfüllung des Verbotstatbestandes ausreichen lassen. Dies ist mit der Regelung jedoch nicht in Einklang zu bringen.

(b) Der Begriff „Power“ erweckt bei dem Durchschnittsverbraucher nicht den Eindruck, dass der Konsum der streitgegenständlichen Produkte auf seine Leistungsfähigkeit positive Wirkungen hat bzw. haben kann.

Es ist für den in Bezug auf Tabakprodukte in seinem Verständnis vorgeprägten Durchschnittsverbraucher fernliegend, dass sich grundlegend gesundheitsschädliche Tabakprodukte positiv auf die physische Leistungsfähigkeit auswirken könnten. Insoweit bedürfte es einer eindeutigen auf die physische Leistungsfähigkeit bezogenen Wirkaussage der werblichen Information, um diese Vorkenntnis des Verbrauchers zu widerlegen. Daran fehlt es dem Begriff „Power“ (vgl. Rohnfelder, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Werkstand: 254. EL Okt. 2024, § 21 TabakerzG Rn. 7). Nichts Anderes gilt

im Hinblick auf die geistige Leistungsfähigkeit. Für den Verbraucher entsteht mit dem Begriff „Power“ keine automatische Assoziation zu seiner geistigen Leistungsfähigkeit, denn der Begriff „Power“ trifft auch insoweit keine konkrete Wirkaussage. Wie bereits mehrfach ausgeführt steht zwar mit dem Begriff „Power“ eine positive Aussage im Raum, die aber interpretationsbedürftig ist und keinen engen sachlichen bzw. funktionellen Bezug zur günstigen Beeinflussung der physischen oder geistigen Leistungsfähigkeit hat. In Bezug auf die streitgegenständlichen Produkte bleibt der Aussagegehalt diffus (zu den Gründen s.o.). Daran ändert auch der Umstand nichts, dass sich zusätzlich auf den Verpackungen noch der stilisierte Löwenkopf befindet (zu den Gründen s.o.).

Bei dieser Bewertung verkennt der Senat nicht, dass der Begriff „Power“ im Zusammenhang mit Lebensmitteln allerdings seit langem zur Bezeichnung für die Zubereitung von besonders energiereichen Speisen und Getränken verwendet wird, die insbesondere für die Leistungsfähigkeit bei besonderer physischer oder psychischer Beanspruchung geeignet sind (vgl. BPatG München, Beschl. v. 10.7.2019, 27 W (pat) 508/18, juris Rn. 22). Diese Rechtsprechung kann aber mangels Vergleichbarkeit nicht auf den vorliegenden Fall übertragen werden. Bei den streitgegenständlichen Produkten handelt es sich gerade nicht um Lebensmittel, sondern um – unstreitig gesundheitsschädliche – Tabakerzeugnisse. Für diese gibt es – anders als im Bereich der Lebensmittel – im Zusammenhang mit dem Begriff „Power“ keine Begriffsgeschichte. Eine Übertragung der lebensmittelrechtlichen Bedeutung des Begriffs „Power“ ist zudem unpassend, weil aus Sicht des Durchschnittsverbrauchers bei Lebensmitteln zumindest die Möglichkeit besteht, dass diese ausschließlich positive Effekte auf ihn haben. Das ist aber im Zusammenhang mit Tabakprodukten – unstreitig – ausgeschlossen. Da dem verständigen Durchschnittsverbraucher klar ist, dass Rauchen ungesund ist, nimmt er bei diesen Produkten den Begriff „Power“ anders wahr als bei Lebensmitteln. Dies ist auch schon dem Umstand geschuldet, dass der Warnhinweis auf der Zigarettenverpackung 65% des Platzes einnimmt.

(c) Das Wort „Power“ erweckt bei dem Durchschnittsverbraucher ebenso wenig den Eindruck, dass der Konsum der streitgegenständlichen Produkte sein Wohlbefinden günstig beeinflusst bzw. beeinflussen kann.

Die „Beeinflussung des Wohlbefindens“ lässt zwar vom Wortlaut her jede Art der Steigerung des Wohlbefindens durch den Konsum von Tabakerzeugnissen unter den Tatbestand fallen. Da sich aus der Gesetzesbegründung zu der im Wesentlichen wortgleichen Vorgängervorschrift des § 22 Abs. 2 Nr. 1a LMBG aber ergibt, dass die Regelung insgesamt dem Gesundheitsschutz dienen soll (BT-Drs- 7/255, S. 33), ist – gerade auch im Kontext zur Körperfunktion und zur Leistungsfähigkeit – diese Alternative dahin zu verstehen, dass nur ein Wohlbefinden mit Gesundheitsbezug gemeint sein kann (vgl. Rohnfelder, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Werkstand: 254. EL Okt. 2024, § 21 TabakerzG Rn. 8; Horst, in: Sosnitza/Meisterernst, Lebensmittelrecht, Werkstand: 190. EL Aug. 2024, § 21 Rn. 9). Daher findet auch die Entscheidung des Bundesgerichtshofs (Urt. v. 15.10.1987, I ZR 180/85, MDR 1988, 288, juris Rn. 9) zur Vorgängervorschrift – jedenfalls derzeit noch – weiter Beachtung. Nach dieser Rechtsprechung ist die Vorschrift aufgrund ihres Ausnahmecharakters eng auszulegen und kann nicht dahin verstanden werden, dass schlechthin jeder Hinweis auf eine Steigerung des Wohlbefindens durch den Genuss von Zigaretten verboten sein sollte. Andernfalls würde praktisch jede Zigarettenwerbung dem Verbot unterfallen und die vom Gesetz grundsätzlich nicht in Frage gestellte Freiheit der Werbung für Tabakerzeugnisse der Sache nach aufgehoben. Nach Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung – so weiter der Bundesgerichtshof – unterfalle eine Werbung dem Verbot danach nur insoweit, als sie den Eindruck vermittele, Rauchen sei geeignet, das Wohlbefinden des Rauchers über den subjektiven Genuss hinaus objektiv zu fördern, vor allem im Hinblick auf den Einfluss auf die in der genannten Vorschrift auch gesondert angesprochenen Funktionen des Körpers und auf die Leistungsfähigkeit. Obwohl die insoweit zur Begründung der Entscheidung angeführte Freiheit der Werbung für Tabakerzeugnisse im Laufe der Jahre stark eingeschränkt wurde, erscheint dieses Verständnis der Norm auch derzeit noch angezeigt. Ein weites Verständnis der Norm würde ansonsten einem absoluten Werbeverbot für Tabakerzeugnisse gleichkommen und damit die verbliebenen Möglichkeiten der Tabakerzeugniswerbung eliminieren.

Bei Anlegung dieser Maßstäbe fehlt dem Begriff „Power“ eine erkennbar gesundheitsbezogene Wirkaussage, die der Durchschnittserbraucher mit einer günstigen Beeinflussung seines gesundheitlichen Wohlbefindens assoziiert. Insoweit gilt nichts Anderes als zuvor (zu den Gründen s.o.).

(d) Die „Gutachten“ der verschiedenen Landesbehörden rechtfertigen keine andere Entscheidung. Sie erschöpfen sich in der letztlich dem Gericht obliegenden rechtlichen Bewertung, dass der Tatbestand des § 21 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 TabakerzG erfüllt sei, weil die Bezeichnung „Power“ und die Abbildung des Löwenkopfes den Eindruck erweckten, dass der Genuss der in Rede stehenden Produkte dazu geeignet sei, die Funktion des Körpers, die Leistungsfähigkeit oder das Wohlbefinden zu beeinflussen, und vermitteln keine tiefergehenden Erkenntnisse. Dasselbe gilt für die Einschätzung der Arbeitsgruppe der Tabaksachverständigen und der ALB-Projektgruppe Tabaküberwachung aus dem Juni 2018.

b) Die mit der Aufschrift „Power“ versehenen streitgegenständlichen Tabakprodukte verstoßen nicht gegen das Irreführungsverbot nach § 18 Abs. 2 TabakerzG.

Nach § 18 Abs. 2 Satz 1 TabakerzG ist es verboten, Tabakerzeugnisse unter Verwendung irreführender werblicher Informationen auf Packungen, Außenverpackungen oder auf dem Tabakerzeugnis selbst in den Verkehr zu bringen. Die Vorschrift des § 18 Abs. 2 Satz 2 TabakerzG enthält eine der Konkretisierung dienende Erläuterung des Irreführungsverbots des § 18 Abs. 2 Satz 1 TabakerzG. Dieses Verständnis der Norm folgt aus dem Wortlaut („insbesondere“) sowie aus dem systematischen Verhältnis dieser Bestimmung zum ihr vorangehenden Satz 1 (vgl. Rohnfelder, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Werkstand: 254. EL Okt. 2024, § 18 TabakerzG Rn. 2; Horst, in: Sosnitzer/Meisterernst, Lebensmittelrecht, Werkstand: 190. EL Aug. 2024, § 18 TabakerzG Rn. 49). Die Regelbeispiele in § 18 Abs. 2 Satz 2 TabakerzG des in Satz 1 allgemein geregelten Irreführungsverbots sind insoweit nicht abschließend.

Bei Anwendung des § 18 Abs. 2 TabakerzG ist als Maßstab für irreführende werbliche Informationen ebenfalls auf den normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher abzustellen (vgl. Boch, in: TabakerzG, 3. Aufl. 2024, § 18 Rn. 3).

Vorliegend handelt es sich bei den streitgegenständlichen Produkten der Klägerin zwar um Tabakerzeugnisse, die von der Klägerin in den Verkehr gebracht werden (s.o. unter I.1.a]aa]). Auch stellt die Aufschrift „Power“ eine werbliche Information dar (s.o. unter I.1.a]bb]), die sich sowohl auf der Verpackung der Tabakprodukte als auch auf den

Produkten selbst befindet. Das Tatbestandsmerkmal einer Irreführung des Verbrauchers liegt aber weder nach dem Regelbeispiel des § 18 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 TabakerzG (hierzu unter aa]) noch nach dem Regelbeispiel des § 18 Abs. 2 Satz 2 Nr. 5 TabakerzG (hierzu unter bb]) oder nach dem Grundtatbestand des § 18 Abs. 2 Satz 1 TabakerzG (hierzu unter cc]) vor.

aa) Der Begriff „Power“ schreibt den streitgegenständlichen Produkten keine gesundheitliche oder stimulierende Wirkung nach § 18 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 TabakerzG zu, die den Verbraucher in die Irre führt.

Nach § 18 Abs.2 Satz2 Nr.1 TabakerzG liegt eine Irreführung vor, wenn Tabakerzeugnissen insbesondere gesundheitliche oder stimulierende Wirkungen zugeschrieben werden, die ihnen nach den Erkenntnissen der Wissenschaft nicht zukommen oder die wissenschaftlich nicht hinreichend gesichert sind. Keine der beiden Tatbestandsalternativen ist hier gegeben.

(1) Dem Begriff „Power“ fehlt es bereits an einer konkreten Wirkaussage in Bezug auf die menschliche Gesundheit, da er eine Vielzahl von Bedeutungen hat und damit keine eindeutige diesbezügliche Aussage trifft (vgl. Boch, TabakerzG, 3. Aufl. 2024, § 18 Rn. 4). Zur Begründung wird insoweit auf die Ausführungen unter I.1.a)dd) verwiesen.

(2) Der Begriff „Power“ trifft auch keine stimulierende Wirkaussage.

Mit der „stimulierenden Wirkung“ sollen laut der Gesetzesbegründung „die in Artikel 13 Absatz 1 Buchstabe a und b der Richtlinie 2014/40/EU genannten energetisierenden Wirkungen“ umfasst werden (BT-Drs. 18/7218, S. 41). Unter einer „stimulierenden Wirkung“ ist zu verstehen, dass eine Substanz eine größere körperliche Aktivität anregt, steigert oder anspornt.

Zwar wird der Durchschnittsverbraucher den Begriff „Power“ mit Kraft übersetzen und mit einer positiven Aussage verbinden. Aber auch hier erscheint es – wie bei der ähnlich gelagerten „positiven Beeinflussung der Leistungsfähigkeit“ des § 21 Abs. 1 Nr. 1 TabakerzG (s.o. unter I.1.a)dd)[2][b]) – fernliegend, dass der Durchschnittsverbraucher, der um die von Tabakprodukten ausgehende Gesundheitsgefahr für jeden Bereich des

menschlichen Körpers weiß, den Begriff so versteht, dass die Tabakprodukte auf seinen Körper energetisierend wirken. Dafür fehlt es dem Begriff an einem unmittelbar beschreibenden Begriffsinhalt oder engen sachlichen bzw. funktionellen Bezug zur Energetisierung des Konsumenten, was an der Vielzahl seiner Bedeutungen liegt (vgl. Boch, TabakerzG, 3. Aufl. 2024, § 18 Rn. 4). In Bezug auf die streitgegenständlichen Produkte bleibt der Aussagegehalt (auch in Verbindung mit dem stilisierten Löwenkopf auf der Verpackung) wiederum diffus (zu den Gründen s.o.).

bb) Der Verbraucher wird durch den Begriff „Power“ nicht nach § 18 Abs. 2 Satz 2 Nr. 5 TabakerzG über Umstände der streitgegenständlichen Tabakerzeugnisse getäuscht, die für ihre Bewertung mitbestimmend sind.

Nach § 18 Abs. 2 Satz 2 Nr. 5 TabakerzG liegt eine Irreführung insbesondere dann vor, wenn zur Täuschung geeignete werbliche Informationen (...) über Umstände der Tabakerzeugnisse, die für ihre Bewertung mitbestimmend sind, verwendet werden. Die Informationen müssen unzutreffend sein (vgl. Rohnfelder, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 254. EL Okt. 2024, § 18 TabakerzG Rn. 14).

Das Berufungsgericht folgt insoweit nicht den Ausführungen des Landeslabors B. , das den Tatbestand des § 18 Abs. 2 Satz 2 Nr. 5 TabakerzG als erfüllt ansieht. Zur Begründung wird vom Landeslabor ausgeführt, dass sich die Kennzeichnung „Power“ auf den Zigaretten und den Verpackungen so durch den Konsumenten deuten lasse, mit vorliegendem Produkt Zigaretten zu erwerben, die besonders hohe Abbrauchwerte unter normierten Abbrauchbedingungen erzielten und daher als besonders „stark“ empfunden würden. Die Abbrauchbedingungen seien jedoch normiert. Damit werde durch den Begriff „Power“ in Verbindung mit der Farbe Rot und dem Löwenkopf eine Irreführung hervorgerufen, da keine Zigaretten angeboten würden, deren Emissionen die gesetzlichen Höchstwerte überschritten und daher nicht stärker als handelsüblich seien (Bl. 112 ff. d. Sachakte). Dem kann nicht gefolgt werden. Da der Begriff „Power“ eine Vielzahl von Bedeutungen im deutschen Sprachgebrauch hat, ist diesem keine eindeutige Aussage zugeschrieben (vgl. Boch, TabakerzG, 3. Aufl. 2024, § 18 Rn. 4; zu den Gründen s.o.). Daher ist nicht davon auszugehen, dass der Durchschnittsverbraucher ihn zwingend in den Zusammenhang mit erhöhten Abbrauchwerten der Produkte setzt und damit getäuscht wird.

cc) Es liegt auch kein Verstoß gegen das allgemeine Irreführungsverbot des § 18 Abs. 2 Satz 1 TabakerzG durch die Verwendung des Begriffs „Power“ auf den Verpackungen der Tabakprodukte und den Produkten selbst vor.

Ist – wie soeben aufgezeigt – keines der Regelbeispiele des § 18 Abs. 2 Satz 2 TabakerzG erfüllt, ist zu prüfen, ob ein Verstoß gegen das allgemeine Irreführungsverbot des § 18 Abs. 2 Satz 1 TabakerzG vorliegt, da die Regelbeispiele nicht abschließend sind. Nach § 18 Abs. 2 Satz 1 TabakerzG liegt eine Irreführung durch eine werbliche Information vor, wenn das Verständnis, das sie bei den Verkehrskreisen erweckt, an die sie sich richtet, mit den tatsächlichen Verhältnissen nicht übereinstimmt (vgl. BGH, Urt. v. 12.5.2022, I ZR 203/20, GRUR 2022, 925, juris Rn. 18 zu § 5 UWG). Für die Beurteilung ist der hervorgerufene Gesamteindruck maßgeblich. Der Gesetzgeber hat sich im Hinblick auf die Vielzahl der Möglichkeiten einer Irreführung des Verbrauchers insoweit entschieden, mit § 18 Abs. 2 Satz 1 TabakerzG einen weiten Grundtatbestand zu schaffen, der entgegen den Ausführungen der Klägerin auch eine Irreführung im Hinblick auf das soziale Ansehen bzw. das Sozialleben verbietet. Dies ergibt sich sowohl aus der Gesetzesbegründung zum Tabakerzeugnisgesetz als auch aus der Richtlinie 2014/40/EU, die hier heranzuziehen ist, weil § 18 TabakerzG die Umsetzung des Art. 13 RL 2014/40/EU darstellt. Nach der Gesetzesbegründung soll mit der Regelung verhindert werden, dass der Verbraucher mit falschen Versprechungen etwa im Hinblick auf Gewichtsabnahme, den sozialen Status oder Eigenschaften wie Weiblichkeit, Männlichkeit oder Eleganz in die Irre geführt werden (BT-Drs. 18/7218, S. 41). Auch der Erwägungsgrund 27 RL 2014/40/EU stellt darauf ab, dass bestimmte Packungen und Tabakerzeugnisse Verbraucher mit falschen Versprechungen im Hinblick auf Gewichtsabnahme, Sex-Appeal, den sozialen Status, das Sozialleben oder Eigenschaften wie Weiblichkeit, Männlichkeit oder Eleganz in die Irre führen könnten.

Dies zugrunde gelegt vermag der Begriff „Power“ beim Durchschnittsverbraucher aber nicht das Verständnis zu erwecken, seinen sozialen Status bzw. sein soziales Ansehen durch den Konsum der streitgegenständlichen Tabakprodukte aufzuwerten. Das liegt schon darin begründet, dass sich die soziale Akzeptanz im Hinblick auf das Rauchen im Laufe der Jahre erheblich verändert hat. Rauchen hat in Deutschland eine lange Geschichte und war lange Zeit ein gesellschaftlich akzeptiertes Verhalten. Doch in den letzten Jahrzehnten hat sich die Einstellung der Bevölkerung zum Rauchen grundlegend verändert. Die Gesellschaft ist zunehmend sensibler für die negativen Auswirkungen des Rauchens auf die Gesundheit

und das Wohlbefinden auch von Nichtrauchern geworden. Das Rauchen in Deutschland ist mittlerweile zwar nicht komplett tabuisiert, hat aber an sozialer Akzeptanz deutlich verloren. So müssen Raucher daher auch mit Einschränkungen rechnen. Überdies ist – wie bereits mehrfach ausgeführt – der Begriff „Power“ interpretationsbedürftig und hat keinen unmittelbar beschreibenden Begriffsinhalt, der eine direkte Assoziation zum sozialen Status herstellt. In Bezug auf die streitgegenständlichen Produkte bleibt der Aussagegehalt diffus (zu den Gründen s.o.).

2. Das von der Beklagten angeordnete Verbot kann vorliegend nicht auf die Marktüberwachungsmaßnahmen der Verordnung (EU) 2019/1020 gestützt werden.

Zwar ist die Verordnung nach ihrem Art. 2 Abs. 1 VO (EU) 2019/1020 grundsätzlich auf die streitgegenständlichen Tabakprodukte anwendbar, weil sie für Produkte, die den „in Anhang I angeführten Harmonisierungsrechtsvorschriften der Union“ unterliegen, gilt. Die Richtlinie 2014/40/EU, deren Gegenstand u.a. die Aufmachung von Tabakerzeugnissen und die damit entscheidungserheblich für den vorliegenden Fall ist, wird in Nr. 55 Anhang I der VO 2019/1020 aufgeführt.

Einschränkend ist in Art. 2 Abs. 1 VO (EU) 2019/1020 aber geregelt, dass die Verordnung nur insoweit gilt, als es in den Harmonisierungsrechtsvorschriften der Union keine speziellen Bestimmungen gibt, mit denen dasselbe Ziel verfolgt wird und bestimmte Aspekte der Marktüberwachung und der Durchsetzung konkreter geregelt werden (vgl. auch Erwägungsgrund 4 VO (EU) 2019/1020). Das ist hier der Fall. Die Regelungen der Richtlinie 2014/40/EU sind in Bezug auf Tabakprodukte spezieller und verdrängen die vorliegend in Betracht kommenden Rechtsgrundlagen der Art. 16 und 19 VO (EU) 2019/1020.

Art. 16 VO (EU) 2019/1020 stellt den materiell-rechtlichen Kern der Marktüberwachungsverordnung dar. Er regelt die Marktüberwachungsmaßnahmen der Marktüberwachungsbehörden im Anwendungsbereich der Verordnung. Art. 19 VO (EU) 2019/1020 erweitert das Maßnahmenregime der Marktüberwachungsbehörden aus Art. 16 MÜ-VO für Fälle ernster Produktgefahren (vgl. Giesberts/Gayger, in: Ehring/Taeger, Produkthaftungs- und Produktsicherheitsrecht, 1. Aufl. 2022, Art. 16 VO (EU) 2019/1020 Rn. 1, Art. 19 VO (EU) 2019/1020 Rn. 1).

Da Tabakprodukte gesundheitsgefährdend sind, geht von ihnen generell ein ernstes Risiko nach Art. 3 Nr. 20 VO (EU) 2019/1020 aus. Sie sind jedoch nicht generell verboten, sondern unterliegen aufgrund der von ihnen ausgehenden erheblichen Gesundheitsgefahr einem strengen Rechtsregime, wie bspw. durch die Richtlinie 2014/40/EU näher bestimmt. Die Regelungen der Richtlinie 2014/40/EU tragen dem von – dem Grunde nach erlaubten – Tabakprodukten ausgehenden erheblichen Risiko für die Gesundheit Rechnung, indem sie Vorschriften für die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen schaffen (Erwägungsgrund Nr. 60). Zur Durchsetzung dieser Vorschriften sind in Art. 23 RL 2014/40/EU die Marktüberwachungsmaßnahmen geregelt. Nach Absatz 2 und 3 sorgen die Mitgliedstaaten dafür, dass Tabakerzeugnisse und verwandte Erzeugnisse, die dieser Richtlinie sowie den darin vorgesehenen Durchführungs- und delegierten Rechtsakten nicht entsprechen, nicht in den Verkehr gebracht werden. Die Mitgliedstaaten sorgen auch dafür, dass Tabakerzeugnisse oder verwandte Erzeugnisse nicht in den Verkehr gebracht werden, wenn die in dieser Richtlinie festgelegten Meldepflichten nicht eingehalten werden. Die Mitgliedstaaten legen für Verstöße gegen die aufgrund dieser Richtlinie erlassenen nationalen Vorschriften Sanktionen fest und treffen die zur Anwendung dieser Sanktionen erforderlichen Maßnahmen. Insoweit ist ein Rückgriff auf die allgemeinen Marktüberwachungsmaßnahmen der VO (EU) 2019/1020 nicht angezeigt.

II.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf § 167 VwGO i. V. m. §§ 708 Nr. 10, 711, 709 Satz 2 ZPO.

Ein Grund, gemäß § 132 Abs. 2 VwGO die Revision zuzulassen, liegt nicht vor.