



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

I ZR 74/19

Verkündet am:
25. Juni 2020
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Peek & Cloppenburg KG, vertreten durch die persönlich haftende Gesellschafterin Peek & Cloppenburg Düsseldorf Komplementär B.V., diese vertreten durch deren Geschäftsführer, Berliner Allee 2, Düsseldorf,

Beklagte und Revisionsklägerin,

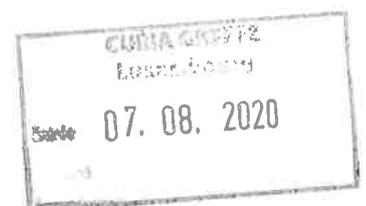
- Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. Baukelmann und Tretter -

gegen

Peek & Cloppenburg KG, vertreten durch die persönlich haftende Gesellschafterin Van Graaf Management GmbH, diese vertreten durch deren Geschäftsführer, Mönckebergstraße 8, Hamburg,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. Rohnke und Dr. Winter -



Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. März 2020 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Koch, die Richter Prof. Dr. Schaffert und Feddersen sowie die Richterinnen Pohl und Dr. Schmaltz

beschlossen:

- I. Das Verfahren wird ausgesetzt.
- II. Dem Gerichtshof der Europäischen Union werden zur Auslegung von Nr. 11 Satz 1 des Anhangs I der Richtlinie 2005/29/EG des Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken) folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:
 1. Ist eine "Bezahlung" einer Verkaufsförderung im Sinne von Nr. 11 Satz 1 des Anhangs I der Richtlinie 2005/29/EG nur dann gegeben, wenn für den Einsatz redaktioneller Inhalte in Medien zu Zwecken der Verkaufsförderung eine Gegenleistung in Geld erbracht wird, oder ist von dem Begriff der "Bezahlung" jede Art der Gegenleistung umfasst, ohne dass es darauf ankommt, ob diese in Geld, in Waren oder Dienstleistungen oder in sonstigen Vermögenswerten besteht?

2. Setzt Nr. 11 Satz 1 des Anhangs I der Richtlinie 2005/29/EG voraus, dass der Gewerbetreibende dem Medienunternehmer den geldwerten Vorteil als Gegenleistung für den Einsatz redaktioneller Inhalte verschafft und ist, falls dies zu bejahen ist, von einer solchen Gegenleistung auch in einem Fall auszugehen, in dem der Medienunternehmer über eine gemeinsam mit einem Gewerbetreibenden veranstaltete Werbeaktion berichtet, wenn der Gewerbetreibende dem Medienunternehmer für den Bericht Bildrechte zur Verfügung gestellt hat, sich beide Unternehmen an Kosten und Aufwand der Werbeaktion beteiligt haben und die Werbeaktion der Förderung des Verkaufs der Produkte beider Unternehmen dient?

Gründe:

- 1 A. Die Parteien sind zwei rechtlich und wirtschaftlich voneinander unabhängige Unternehmen, die beide unter der Unternehmensbezeichnung "Peek & Cloppenburg" über verschiedene Filialen den Einzelhandel mit Bekleidung betreiben. Zwischen den Parteien besteht eine Übereinkunft, nach der das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland in zwei Wirtschaftsräume ("NORD" und "SÜD") aufgeteilt ist und in jedem Wirtschaftsraum stets nur eine der Parteien Bekleidungshäuser unterhält. Die Parteien werben für ihre Bekleidungshäuser unabhängig und getrennt voneinander.

- 2 Streitgegenständlich ist eine bundesweite Werbemaßnahme der Beklagten, die im März 2011 in der Modezeitschrift "GRAZIA" veröffentlicht wurde. Auf einer als "LESERAKTION" gekennzeichneten Doppelseite dieser Zeitschrift wurden deren Leserinnen zu einem "exklusiven Late-Night-Shopping", nämlich zur "GRAZIA StyleNight by Peek & Cloppenburg" eingeladen. Weiter heißt es dort unter anderem: "Die Nacht für alle GRAZIA-Girls: Stöbern Sie mit uns nach Feierabend im Fashion-Tempel! Samt Sekt und persönlichem Stylisten. Wie Sie zum V.I.S. (Very Important Shopper) werden? Ganz schnell anmelden!". Anlässlich der "StyleNight"- Veranstaltungen konnten die Besucherinnen nach Geschäftsschluss einkaufen und sich zum Thema Mode, Haar- und Make-Up-Styling beraten lassen. Im Rahmen des Zeitschriftenbeitrags wurde der Ablauf der Veranstaltungen näher beschrieben und dabei verschiedentlich die Unternehmensbezeichnung "Peek & Cloppenburg" verwendet. Auch auf der fotografischen Abbildung eines Bekleidungshauses der Beklagten waren über den Eingängen in Leuchtschrift der Schriftzug "Peek & Cloppenburg" und auf den Türgriffen die Anfangsbuchstaben der Unternehmensbezeichnung ("P&C") zu erkennen.

3

Der Beitrag war wie folgt gestaltet:

GRAZIA
StyleNight
by Peek.Cloppenburg

WIR LADEN EIN!
ZUM EXKLUSIVEN
Late-Night

Die Nacht für alle **GRAZIA-Girls**: Stöbern Sie mit uns nach Feierabend im Fashion-Tempel! Samt Sekt und persönlichem Stylisten. Wie Sie zum V.I.S. (Very Important Shopper) werden? Ganz schnell anmelden!

Hört sich traumhaft an, oder? Feierabend-Shopping mit der besten Freundin, ganz ohne rempelnde Schnell-Einkäufer, dafür mit 50 persönlichen Stylisten im Schlepptau! Außerdem sorgen Sekt, Häppchen und DJs für entspanntes Afterwork-Feeling und karapultieren Sie auf Wolke sieben. Oder besser gesagt: in eines von sieben Peek & Cloppenburg-Häusern in Deutschland und Österreich. Denn dort feiern wir ab März die GRAZIA StyleNight mit Ihnen! Schnell anmelden unter www.grazia-magazin.de, denn die Einladungen sind limitiert – und heiß begehrt!

TOURDATEN: 16. 3. Berlin, 17. 3. Köln, 18. 3. Düsseldorf, 23. 3. Frankfurt, 24. 3. Mannheim, 25. 3. Stuttgart, 31. 3. Wien

Peek & Cloppenburg

ES GIBT ZWEI UNABHÄNGIGE UNTERNEHMEN PEEK & CLOPPENBURG MIT IHREN HAUPTSITZEN IN DÜSSELDORF UND HAMBURG. DIES IST EINE INFORMATION DER PEEK & CLOPPENBURG KG DÜSSELDORF. STANDORTE FINDEN SIE UNTER WWW.PEEK-CLOPPENBURG.DE

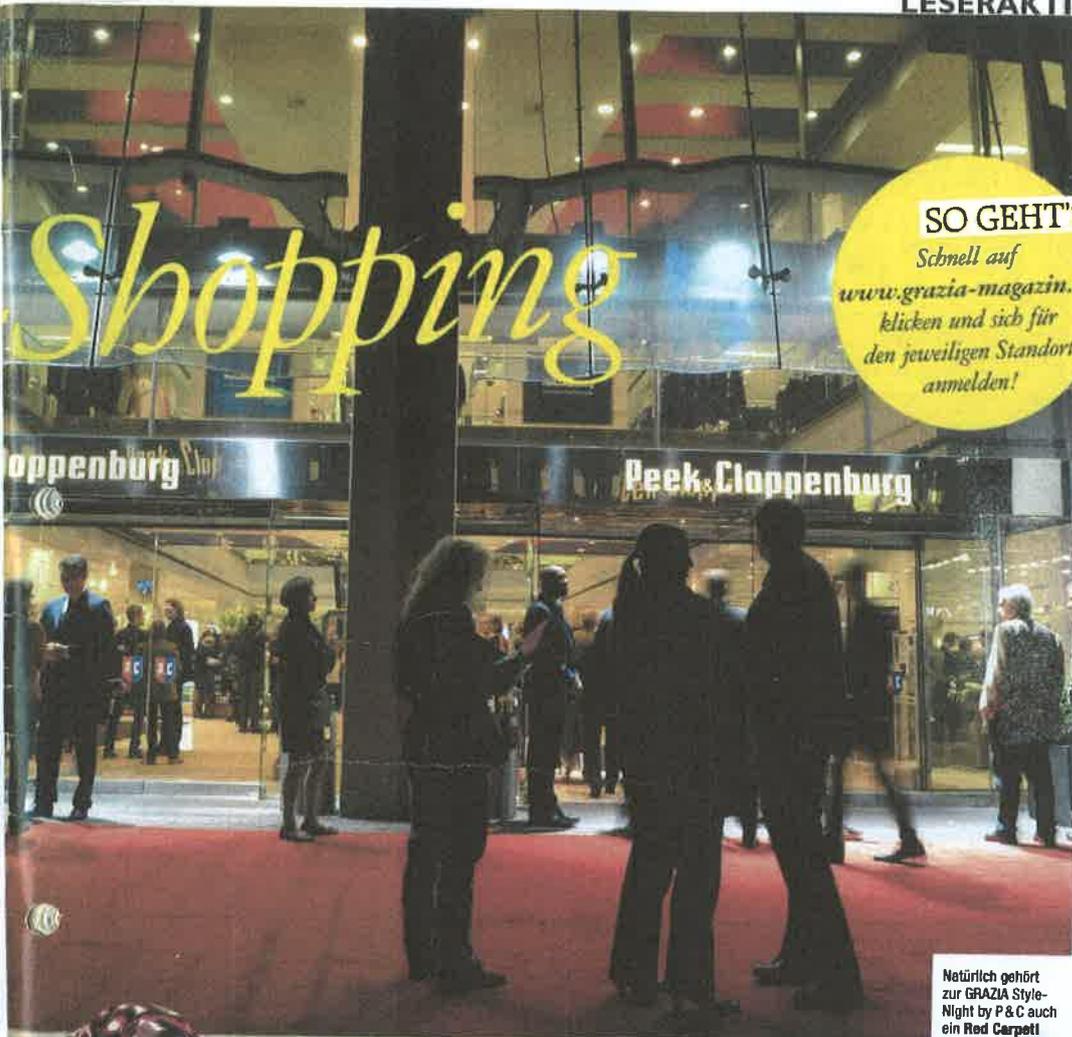
Ein Modehaus öffnet exklusiv für Sie die Türen: zum Shoppen, Staunen und Spaßhaben

Top Hair- & Make-up-Stylisten stehen bereit, um Sie zu beraten und zu verwöhnen – egal, ob es um eine Totalveränderung oder um Schminktipps geht!

LESERAKTION

Shopping

SO GEHT'S:
 Schnell auf www.grazia-magazin.de klicken und sich für den jeweiligen Standort anmelden!



Natürlich gehört zur GRAZIA Style-Night by P & C auch ein Red Carpet!



CODELLO

Unser Style-Tipp für windige Frühlingstage: das Print-Foulard!



BURBERRY

Der klassische Trenchcoat ist ein Must-Have im Frühling

Die warten schon auf Sie!



JAKES

Die süße Clutch im Marine-Look macht sofort Urlaubstaune



MARC CAIN

Trendy und sexy: ein Minidress aus Spitze

Die Veranstaltung am 11.5. im Wien ist eine Aktion der Peek & Cloppenburg, K&C Wien

4 Die Klägerin hat - soweit in dritter Instanz noch von Bedeutung - geltend gemacht, diese Werbemaßnahme verstoße gegen das Verbot redaktioneller Werbung aus § 3 Abs. 3 UWG in Verbindung mit Nr. 11 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG. Sie hat beantragt, der Beklagten zu verbieten, im Wettbewerb handelnd Anzeigen veröffentlichen zu lassen, ohne diese eindeutig als "Anzeige" zu kennzeichnen, wenn dies geschieht wie in den - oben wiedergegebenen - Seiten der Zeitschrift "GRAZIA". Darüber hinaus hat die Klägerin die Beklagte auf Auskunftserteilung und Feststellung ihrer Schadensersatzverpflichtung in Anspruch genommen.

5 Das Landgericht hat der Klage mit diesen Anträgen stattgegeben. Die Berufung der Beklagten ist insoweit ohne Erfolg geblieben. Mit der vom Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

6 B. Der Erfolg der Revision hängt von der Auslegung von Nr. 11 Satz 1 des Anhangs I der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken (nachfolgend: Richtlinie 2005/29/EG) ab. Vor einer Entscheidung ist das Verfahren deshalb auszusetzen und gemäß Art. 267 Abs. 1 Buchst. b und Abs. 3 AEUV eine Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union einzuholen.

I. Das Berufungsgericht hat die Klage mit den noch in Rede stehenden Anträgen für begründet erachtet. Es hat angenommen, die beanstandete Werbemaßnahme verstoße gegen das Verbot redaktioneller Werbung aus § 3 Abs. 3 UWG in Verbindung mit Nr. 11 des Anhangs zu dieser Vorschrift. Hierzu hat es ausgeführt:

8 Bei der Berichterstattung zur "StyleNight" handele es sich um eine geschäftliche Handlung der Beklagten und der Zeitschrift "GRAZIA", da sie unmittelbar der Absatzförderung dieser beiden Unternehmen diene. Der Beitrag habe einen redaktionellen Inhalt, weil er seiner Gestaltung und Farbgebung nach als

objektiv neutrale Berichterstattung durch das Medienunternehmen selbst er-
scheine. Er diene dem Zweck der Verkaufsförderung der Beklagten, was sich
bereits aus der Abbildung des "P&C"-Bekleidungshauses und der Einblendung
der dort zu erwerbenden Markenkleidungsstücke ergebe. Der Zeitschriftenbei-
trag sei von der Beklagten zumindest mitfinanziert worden. Der Begriff der Finan-
zierung sei weit auszulegen und umfasse jede Gegenleistung, unabhängig da-
von, ob diese in Geld, in Waren oder Dienstleistungen oder in sonstigen Vermö-
genswerten bestehe. Die Beklagte habe eingeräumt, dass sie die beworbenen
"StyleNights" zusammen mit der Zeitschrift "GRAZIA" veranstaltet habe und Kos-
ten und Aufwendungen von beiden Veranstaltern getragen worden seien. Zudem
habe sie ihre Bekleidungshäuser und ihr Personal zur Durchführung der
"StyleNights" und die Nutzungsrechte an dem in dem Beitrag verwendeten Bild-
material zur Verfügung gestellt. Darin liege eine geldwerte Leistung der Beklag-
ten, die zumindest mittelbar auch der Zeitschrift "GRAZIA" zugutegekommen sei.
Der werbliche und finanzielle Zusammenhang der als "Leseraktion" gekennzeich-
neten Berichterstattung sei nicht mit der erforderlichen Eindeutigkeit erkennbar.

9 II. Im Streitfall stellt sich die Frage, ob der Klage mit den noch in Rede
stehenden Anträgen mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung, die
beanstandete Werbemaßnahme verstoße gegen das Verbot redaktioneller Wer-
bung aus § 3 Abs. 3 UWG in Verbindung mit Nr. 11 des Anhangs zu dieser Vor-
schrift, stattgegeben werden kann.

10 1. Nach § 3 Abs. 3 UWG sind die im Anhang dieses Gesetzes aufgeführten
geschäftlichen Handlungen gegenüber Verbrauchern stets unzulässig. Zu diesen
stets unzulässigen geschäftlichen Handlungen zählt nach Nr. 11 des Anhangs zu
§ 3 Abs. 3 UWG der vom Unternehmer finanzierte Einsatz redaktioneller Inhalte
zu Zwecken der Verkaufsförderung, ohne dass sich dieser Zusammenhang aus
dem Inhalt oder aus der Art der optischen oder akustischen Darstellung eindeutig

ergibt (als Information getarnte Werbung). Diese Vorschriften dienen der Umsetzung von Art. 5 Abs. 5 Satz 1 der Richtlinie 2005/29/EG in Verbindung mit Nr. 11 Satz 1 des Anhangs zu dieser Vorschrift und sind daher richtlinienkonform auszulegen. Nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie 2005/29/EG enthält Anhang I eine Liste jener Geschäftspraktiken, die unter allen Umständen als unlauter anzusehen sind. Eine solche Geschäftspraktik liegt nach Nr. 11 Satz 1 des Anhangs I vor, wenn redaktionelle Inhalte zu Zwecken der Verkaufsförderung eingesetzt werden und der Gewerbetreibende diese Verkaufsförderung bezahlt hat, ohne dass dies aus dem Inhalt oder aus für den Verbraucher klar erkennbaren Bildern und Tönen eindeutig hervorgehen würde (als Information getarnte Werbung).

11 2. Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, bei der Berichterstattung zur "StyleNight" handele es sich um eine geschäftliche Handlung sowohl der Beklagten als auch der Zeitschrift "GRAZIA". Diese Beurteilung lässt keinen Rechtsfehler erkennen.

12 a) Eine "geschäftliche Handlung" ist nach der Legaldefinition des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt. Der Begriff der "geschäftlichen Handlung" gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG reicht weiter als der unionsrechtliche Begriff der "Geschäftspraktiken" in Art. 2 Buchst. d der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken, der nur Verhaltensweisen von Gewerbetreibenden umfasst, die unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts an Verbraucher zusammenhängen. Nach der Definition des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG erfasst der Begriff der "geschäftlichen Handlung" auch Maßnahmen gegenüber Unternehmern und sonstigen Marktteilnehmern sowie

Verhaltensweisen, die sich unmittelbar gegen Mitbewerber richten. Ebenso werden Handlungen Dritter zur Förderung des Absatzes oder Bezugs eines fremden Unternehmens erfasst, die nicht im Namen oder im Auftrag des Unternehmers handeln. Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken steht der weiterreichenden Definition der "geschäftlichen Handlung" nicht entgegen, da sie nur einen Teilaspekt auf dem Gebiet des unlauteren Wettbewerbs regelt (vgl. BGH, Urteil vom 6. Februar 2014 - I ZR 2/11, GRUR 2014, 879 Rn. 13 = WRP 2014, 1058 - GOOD NEWS II, mwN; EuGH, Urteil vom 17. Oktober 2013 - C-391/12, GRUR 2013, 1245 Rn. 34 bis 42 = WRP 2013, 1575 - RLvS).

13 b) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist die beanstandete Werbemaßnahme sowohl eine geschäftliche Handlung im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG als auch eine Geschäftspraktik im Sinne des Art. 2 Buchst. d der Richtlinie 2005/29/EG - und zwar nicht nur der Beklagten, sondern auch der Zeitschrift "GRAZIA" -, da sie unmittelbar der Absatzförderung der Beklagten sowie der Zeitschrift "GRAZIA" dient. Dabei besteht die angegriffene Werbeaktion allein in der Veröffentlichung des Beitrags und nicht in der Durchführung der darin angekündigten und beschriebenen Veranstaltungen.

14 3. Das Berufungsgericht hat weiter angenommen, der Beitrag habe einen redaktionellen Inhalt. Auch diese Beurteilung lässt keinen Rechtsfehler erkennen.

15 a) Ein Beitrag hat einen redaktionellen Inhalt, wenn er seiner Gestaltung nach als objektive neutrale Berichterstattung durch das Medienunternehmen selbst erscheint. Maßstab ist das Verständnis des durchschnittlich informierten, situationsadäquat aufmerksamen und verständigen Verbrauchers. Ohne Bedeutung ist dabei, ob der Beitrag vom werbenden Unternehmen selbst oder von einem Redakteur des Presseunternehmens verfasst worden ist (vgl. BGH, GRUR 2014, 879 Rn. 24 - GOOD NEWS II, mwN).

16 b) Die beanstandete Veröffentlichung erweckt nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen bei einem situationsadäquat aufmerksamen Durchschnittsleser schon deshalb den Eindruck einer objektiv neutralen Berichterstattung durch die Zeitschrift "GRAZIA" selbst, weil die Gestaltung und Farbgebung des Beitrags mit der Aufmachung anderer redaktioneller Beiträge übereinstimmt und sich deutlich von den in der Zeitschrift abgedruckten Werbeanzeigen unterscheidet.

17 c) Ohne Erfolg hält die Revision dem entgegen, dass die Aufmerksamkeit des Lesers auf gemeinsame Werbeveranstaltungen der Zeitschrift "GRAZIA" mit der Beklagten gelenkt werde, weshalb es sich allenfalls um eine "Berichterstattung in eigener Sache", nicht jedoch um eine als Information getarnte Werbung handeln könne. Hierbei übersieht die Revision, dass die Annahme einer "Berichterstattung in (auch) eigener Sache" dem Vorliegen einer als Information getarnten Werbung nicht entgegensteht. Vielmehr kann eine solche Berichterstattung zugleich eine als Information getarnte Werbung darstellen.

18 d) Die Revision macht weiter geltend, die Gestaltung des Layouts für sich allein könne für die Annahme des Eindrucks einer objektiv-neutralen Berichterstattung nicht genügen, weil die Erweckung eines solchen Eindrucks die Inanspruchnahme objektiv-kritischer Pressearbeit durch das Medienunternehmen voraussetze. Bei der Anpreisung eines Events zur Förderung (auch) des Absatzes des eigenen Presseerzeugnisses werde aber nicht der Eindruck erweckt, als sei etwa recherchiert oder bewertet worden. Der Anschein eines redaktionellen Beitrags setze irgendeine Form der Berichterstattung voraus. Keinesfalls genüge es, wenn der Beitrag insgesamt als Werbung angesehen werden müsse.

19 Auch diese Angriffe der Revision vermögen die tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichts nicht zu erschüttern. Insbesondere kann die Revision nicht mit Erfolg geltend machen, eine Berichterstattung liege nur vor, wenn der

Eindruck erweckt werde, dass ein Sachverhalt recherchiert oder qualitativ bewertet worden sei. Vielmehr ist maßgeblich darauf abzustellen, ob der betroffene Beitrag seiner Gestaltung nach als objektive, neutrale Berichterstattung durch das Medienunternehmen selbst erscheint (vgl. BGH, GRUR 2014, 879 Rn. 24 - GOOD NEWS II, mwN). Diese Voraussetzung ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts erfüllt.

20 4. Der redaktionelle Inhalt wird auch zu Zwecken der Verkaufsförderung eingesetzt.

21 a) Ein Einsatz zu Zwecken der Verkaufsförderung ist anzunehmen, wenn ein Unternehmer die Absicht hat, durch den redaktionellen Inhalt den Absatz seiner Waren oder Dienstleistungen zu fördern. Von einer solchen Absicht ist immer dann auszugehen, wenn der Beitrag objektiv eine Werbung enthält. Nicht erforderlich ist, dass in dem Beitrag ein bestimmtes Produkt kenntlich gemacht wird, dessen Absatz gefördert werden soll (vgl. BGH, GRUR 2014, 879 Rn. 26 - GOOD NEWS II, mwN).

22 b) Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der verkaufsfördernde Zweck des Beitrags ergebe sich bereits aus der Abbildung des "P&C"-Bekleidungshauses sowie der Einblendung der dort zu erwerbenden Markenkleidungsstücke. Zudem würden mehrfach die Angaben "Peek & Cloppenburg" und "P&C" verwendet, so dass auch auf diese Weise für das Unternehmen und die Produkte der Beklagten geworben werde. Diese Werbung werde noch durch die Ankündigung der verschiedenen Tourdaten in den Niederlassungen der Beklagten verstärkt, die unmittelbar dazu dienten, Kundinnen anzulocken. Diese Beurteilung lässt keinen Rechtsfehler erkennen. Aufgrund der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen ist ferner davon auszugehen, dass der Beitrag auch eine Verkaufsförde-

rung zugunsten der Zeitschrift "GRAZIA" bezweckt. Es handelt sich um eine gemeinsame Werbeaktion, die unmittelbar der Absatzförderung beider Unternehmen dient.

23 c) Die Revision macht vergeblich geltend, der beanstandete "Bericht" bestehe aus einladenden und auffordernden Texten zu einem Event, in denen keinerlei Aussagen über die Qualität von Waren gemacht würden. Ein Einsatz zu Verkaufszwecken setzt nicht voraus, dass Aussagen über die Qualität bestimmter Waren getroffen werden. Hinzu kommt, dass in dem beanstandeten Beitrag durchaus diverse konkrete Produkte unter Nennung des jeweiligen Markennamens abgebildet und (beispielsweise mit den Worten "Der klassische Trenchcoat ist ein Must-Have im Frühling") anpreisend hervorgehoben werden.

24 5. Fraglich ist, ob die Beklagte den Einsatz der redaktionellen Inhalte zu Zwecken der Verkaufsförderung im Sinne von Nr. 11 Satz 1 des Anhangs I der Richtlinie 2005/29/EG bezahlt und damit im Sinne der richtlinienkonform auszulegenden Bestimmung von Nr. 11 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG finanziert hat.

25 a) Das Berufungsgericht hat angenommen, der Begriff der Finanzierung sei weit auszulegen und umfasse jede Gegenleistung, sei es in Geld, in Waren oder Dienstleistungen oder in sonstigen Vermögenswerten. Die Beklagte habe eingeräumt, dass sie die beworbenen "StyleNights" zusammen mit der Zeitschrift "GRAZIA" veranstaltet habe und Kosten und Aufwendungen von beiden Veranstaltern getragen worden seien. Zudem habe sie ihre Bekleidungshäuser und ihr Personal zur Durchführung der "StyleNights" und die Nutzungsrechte an dem in dem Beitrag verwendeten Bildmaterial zur Verfügung gestellt. Darin liege eine geldwerte Leistung der Beklagten, die zumindest mittelbar auch der Zeitschrift "GRAZIA" zugutegekommen sei.

26 b) Zum einen stellt sich die Frage, ob eine "Bezahlung" im Sinne von Nr. 11 Satz 1 des Anhangs I der Richtlinie 2005/29/EG - und damit eine "Finanzierung" im Sinne von Nr. 11 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG - eine Leistung in Geld voraussetzt oder ob andere geldwerte Leistungen ausreichen. Aus Sicht des Senats spricht zwar vieles dafür, den Begriff "bezahlt" in Nr. 11 Satz 1 des Anhangs I der Richtlinie 2005/29/EG weit auszulegen und darunter jedwede geldwerte Gegenleistung zu fassen. Zweifelsfrei ist dies allerdings nicht, so dass diese Frage dem Gerichtshof der Europäischen Union zur Vorabentscheidung vorzulegen ist (Vorlagefrage 1).

27 aa) Für die Annahme, dass Nr. 11 Satz 1 des Anhangs I der Richtlinie 2005/29/EG keine Leistung in Geld voraussetzt, sondern andere geldwerte Leistungen ausreichen, spricht ein Vergleich des Wortlauts verschiedener Sprachfassungen. Zwar findet sich der in erster Linie auf eine Leistung in Geld hindeutende Begriff "bezahlt" nicht nur im deutschen Richtlinien text, sondern entsprechend etwa in der englischen ("paid for"), spanischen ("pagando") und niederländischen ("betaald") Fassung der Vorschrift. Andere Sprachfassungen enthalten aber eine dem in Nr. 11 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG verwendeten Begriff "finanziert" entsprechende Formulierung, die von vornherein auch sonstige geldwerte Leistungen einschließen kann. So wird etwa im französischen Richtlinien text der Begriff "financé" gebraucht. Noch weiter ist in der italienischen Fassung von einer Unterstützung der Kosten der Werbemaßnahme die Rede ("i costi di tale promozione siano stati sostenuti").

28 bb) Auch der Zweck der Vorschrift spricht für ein weites Verständnis des fraglichen Begriffs.

29 (1) Die Bestimmung des Nr. 11 Satz 1 des Anhangs I der Richtlinie 2005/29/EG dient der Trennung von Werbung und redaktionellem Teil der Medien. Hintergrund des Trennungsgebots ist die Erwägung, dass der Verbraucher

der Information eines am Wettbewerb selbst nicht unmittelbar beteiligten Dritten unkritischer gegenübertritt und ihr regelmäßig größere Bedeutung und Beachtung beimisst als entsprechenden, ohne weiteres als Werbung erkennbaren Angaben des Werbenden selbst (zu Nr. 11 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG vgl. BGH, Urteil vom 6. Juli 1995 - I ZR 58/93, BGHZ 130, 205, 214 [juris Rn. 53] - Feuer, Eis und Dynamit I; Urteil vom 31. Oktober 2012 - I ZR 205/11, GRUR 2013, 644 Rn. 16 = WRP 2013, 764 - Preisrätselgewinnauslobung V, mwN; zur nach § 1 UWG aF wettbewerbswidrigen getarnten Werbung vgl. BGH, Urteil vom 30. Juni 1994 - I ZR 167/92, GRUR 1994, 819, 821 [juris Rn. 23] = WRP 1994, 728 - Produktinformation II, mwN). Eine Tarnung der Verkaufsförderungsabsicht trägt dazu bei, Verbraucher zu veranlassen, ihre an sich kritische Haltung gegenüber Werbebotschaften abzulegen. Die Kennzeichnung als Werbung soll es dem Verbraucher ermöglichen, sich auf den kommerziellen Charakter der Mitteilung einzustellen und entsprechend darauf zu reagieren (vgl. Begründung zum Regierungsentwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, BT-Drucks. 16/10145, S. 32).

30

(2) Nach Auffassung des Senats kann der verfolgte Normzweck nur erreicht und können naheliegende Gesetzesumgehungen nur vermieden werden, wenn unter den in Nr. 11 Satz 1 des Anhangs I der Richtlinie 2005/29/EG verwendeten Begriff der "Bezahlung" (und damit unter den Begriff der "Finanzierung" in Nr. 11 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG) nicht nur die Gegenleistung in Geld gefasst wird, sondern jede Art der Gegenleistung - unabhängig davon, ob diese in Geld, in Waren oder Dienstleistungen oder in sonstigen Vermögenswerten besteht. Dieses weite Verständnis wird auch in der deutschen obergerichtlichen Rechtsprechung vertreten (vgl. OLG Düsseldorf, WRP 2011, 1085, 1087 f. [juris Rn. 30]; OLG Hamburg, WRP 2010, 1183, 1184 [juris Rn. 8]) und entspricht dem einhelligen Meinungsstand in der Literatur zum deutschen Lauterkeitsrecht (siehe etwa MünchKomm.UWG/Alexander, 3. Aufl., nach § 3 Abs. 3 Nr. 11

Rn. 31; Büscher/Büscher, UWG, Anhang zu § 3 Abs. 3 Nr. 11 Rn. 161; Frank in Harte/Henning, UWG, 4. Aufl., Anhang zu § 3 Abs. 3 Nr. 11 Rn. 23; Götting in Götting/Nordemann, UWG, 3. Aufl., § 3 Rn. 151; Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 38. Aufl., Anhang zu § 3 Abs. 3 Rn. 11.4; GroßKomm.UWG/Peifer, 2. Aufl., § 3 (E) Anhang Nr. 11 Rn. 19 f.; JurisPK.UWG/Seichter, Stand 1. Mai 2016, Anhang zu § 3 Abs. 3 Nr. 11 Rn. 3; Sosnitza in Ohly/Sosnitza, UWG, 7. Aufl., Anhang zu § 3 Abs. 3 Rn. 33).

31 cc) Schließlich spricht auch das mit der Richtlinie 2005/29/EG verfolgte Anliegen der Herstellung eines hohen Verbraucherschutzniveaus für eine weite Auslegung des in Nr. 11 Satz 1 des Anhangs I der Richtlinie verwendeten Begriffs der "Bezahlung". Dieses Anliegen wird nicht nur in Art. 1 der Richtlinie, sondern auch wiederholt in deren Erwägungsgründen hervorgehoben (siehe etwa die Erwägungsgründe 1, 5, 20, 23 und 24). Ihm dürfte wohl nur dann hinreichend Rechnung getragen werden, wenn vom Verbot der als Information getarnten Werbung nicht ausschließlich solche redaktionellen Beiträge erfasst werden, für die der Werbende eine Gegenleistung in Geld erbracht hat.

32 dd) Ein anderes Verständnis dürfte schließlich auch nicht vor dem Hintergrund des Grundrechts der Pressefreiheit geboten sein. Das Berufungsgericht hat aus Sicht des Senats zu Recht hervorgehoben, dass dieses Grundrecht den vom Unternehmer finanzierten Einsatz redaktioneller Inhalte zu Zwecken der Verkaufsförderung nicht zu rechtfertigen vermag, da dem Vertrauen des Lesers darauf, dass in redaktioneller Form präsentierte Empfehlungen auf der Überzeugung der Redaktion und nicht auf Zuwendungen des profitierenden Unternehmers beruhen, Vorrang gebührt. Gekaufte Beiträge zerstören letztlich das Fundament der Pressefreiheit (vgl. auch OLG Düsseldorf, WRP 2011, 1085, 1088 [juris Rn. 33]).

- 33 c) Zum anderen stellt sich die Frage, ob Nr. 11 Satz 1 des Anhangs I der Richtlinie 2005/29/EG voraussetzt, dass der Gewerbetreibende dem Medienunternehmer den geldwerten Vorteil als Gegenleistung im Sinne eines *do ut des* für den Einsatz redaktioneller Inhalte verschafft hat, und - falls diese Frage zu bejahen ist - ob diese Voraussetzung im hier gegebenen Fall erfüllt ist, in dem der Medienunternehmer über eine gemeinsam mit einem Gewerbetreibenden veranstaltete Werbeaktion berichtet, der Gewerbetreibende dem Medienunternehmer für den Bericht Bildrechte zur Verfügung gestellt hat und sich beide Unternehmen an Kosten und Aufwand der Werbeaktion, die der Förderung des Verkaufs der Produkte der beiden Unternehmen dient, beteiligen. Dies zu klären dient die Vorlagefrage 2.
- 34 aa) Die Revision macht geltend, die Annahme einer Gegenleistung für einen redaktionellen Beitrag setze eine Zweckbeziehung zwischen der Gewährung des wirtschaftlichen Vorteils und der Veröffentlichung in dem Sinn voraus, dass sich eine scheinbar neutral-objektive Berichterstattung als "gekauft" erweise. Hierfür genüge es nicht, wenn sich ein Gewerbetreibender an den Kosten einer gemeinsam mit dem Medienunternehmer veranstalteten Werbeaktion beteilige, die beiden Unternehmen zu Gute komme. Gemeinschaftlich finanziert werde in einem solchen Fall nur das gemeinsam durchgeführte "Event", während das Medienunternehmen mit dem redaktionellen Beitrag lediglich in seinem eigenen Interesse auf die Werbeaktion hinweise. Der durchschnittlich aufmerksame Leser erwarte schon deshalb keine objektiv-kritische Berichterstattung, weil die Veröffentlichung ersichtlich im Eigeninteresse des Medienunternehmers als Mitveranstalter erfolge. Der Werbecharakter liege bei derartigen "Leseraktionen" insgesamt offen zutage.
- 35 bb) Von der "Bezahlung" oder "Finanzierung" eines redaktionellen Inhalts dürfte im Rahmen des wettbewerbsrechtlichen Verbots der als Information getarnten Werbung in der Tat wohl nur dann auszugehen sein, wenn die Bezahlung

oder Finanzierung als Gegenleistung für den redaktionellen Inhalt anzusehen ist. An einer solchen Gegenleistung dürfte es jedenfalls dann fehlen, wenn die geldwerte Zuwendung in keinem Zusammenhang mit der Veröffentlichung des redaktionellen Beitrags steht (in diesem Sinne auch OLG Hamburg, WRP 2010, 1183, 1184 [juris Rn. 8]; Büscher/Büscher aaO Anhang zu § 3 Abs. 3 Nr. 11 Rn. 161; Frank in Harte/Henning aaO Anhang zu § 3 Abs. 3 Nr. 11 Rn. 23; Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO Anhang zu § 3 Abs. 3 Rn. 11.4).

36 Im Falle der hier zu beurteilenden Berichterstattung über eine gemeinsam veranstaltete und finanzierte Werbeaktion könnte ein solcher Zusammenhang möglicherweise schon deshalb anzunehmen sein, weil die Werbeaktion und die Berichterstattung darüber als Teile einer einheitlichen Werbemaßnahme anzusehen sein könnten, die lediglich einheitlich betrachtet und bewertet werden kann. Dies würde dazu führen, dass bereits aufgrund der gemeinsamen Finanzierung der Werbeaktion auch eine (Mit-)Finanzierung des hierüber veröffentlichten Beitrags zu bejahen wäre. Zwingend ist eine solche Argumentation allerdings nicht.

37 Jedenfalls aber haben sich im Streitfall nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die Beklagte und die Zeitschrift "GRAZIA" nicht nur gemeinsam an den Kosten und Aufwendungen der beworbenen "StyleNights" beteiligt. Vielmehr hat die Beklagte der Zeitschrift darüber hinaus auch die Nutzungsrechte an dem in dem beanstandeten Bericht verwendeten Bildmaterial zur Verfügung gestellt. Anders als die Revision geltend macht, beschränken sich die dort gezeigten Abbildungen nicht auf eine fotografische Wiedergabe der Unternehmenskennzeichen oder Bekleidungshäuser der Beklagten, sondern es werden auch diverse bei der Beklagten zu erwerbende Produkte sowie verschiedene Personen (insbesondere eine "Hair- und Make-up-Stylistin" sowie ein Disc-Jockey) abgebildet. Die Bewertung des Berufungsgerichts, der zufolge auch in der Zurverfügungstellung der Rechte an dem verwendeten Bildmaterial ein geldwerter Beitrag der Beklagten zu sehen sei, ist daher aus revisionsrechtlicher Sicht nicht zu

beanstanden. Damit dürfte zumindest ein Teil der von der Beklagten erbrachten geldwerten Leistungen in einem konkreten Zusammenhang auch mit der Veröffentlichung des beanstandeten Zeitschriftenbeitrags stehen.

38 Vor dem Hintergrund, dass der beanstandete Beitrag über eine gemeinsame Werbeaktion der Beklagten und der Zeitschrift "GRAZIA" berichtet, die der Absatzförderung beider Unternehmen dienen soll, ist allerdings fraglich, ob diese Leistungen tatsächlich als Gegenleistungen im oben dargestellten Sinne angesehen werden können oder nicht eher als Einlagen eines Gesellschafters zu qualifizieren sind und ob - wenn letzteres zu bejahen wäre - gleichwohl der Tatbestand der als Information getarnten Werbung erfüllt sein kann.

39 6. Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsfehler angenommen, der werbliche und finanzielle Zusammenhang sei nicht mit der erforderlichen Eindeutigkeit erkennbar.

40 a) Ein Verstoß gegen Nr. 11 Satz 1 des Anhangs I der Richtlinie 2005/29/EG scheidet aus, wenn aus dem Inhalt oder aus für den Verbraucher klar erkennbaren Bildern und Tönen eindeutig hervorgeht, dass redaktionelle Inhalte zu Zwecken der Verkaufsförderung eingesetzt werden und der Gewerbetreibende diese Verkaufsförderung bezahlt hat. Ein Verstoß gegen Nr. 11 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG liegt nicht vor, wenn sich aus dem Inhalt oder aus der Art der optischen oder akustischen Darstellung eindeutig ergibt, dass der Unternehmer den Einsatz redaktioneller Inhalte zu Zwecken der Verkaufsförderung finanziert hat.

41 b) Danach kommt es (nur) dann nicht zu einer Irreführung des angesprochenen Verkehrs, wenn der Werbecharakter des redaktionellen Beitrags für den Verbraucher eindeutig erkennbar ist. Die Erkennbarkeit kann sich unmittelbar aus dem Inhalt ergeben. Bei schriftlichen Beiträgen kann dies durch die Kennzeich-

nung als "Anzeige" oder die Verwendung eines vergleichbaren Begriffs geschehen. Die Kennzeichnung muss aber derart sein, dass beim situationsadäquat aufmerksamen Durchschnittsleser kein Zweifel am werblichen Charakter des Beitrags aufkommen kann (OLG Hamburg, WRP 2010, 1183, 1184 [juris Rn. 9]; Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO Anhang zu § 3 Abs. 3 Rn. 11.5).

42 c) Das Berufungsgericht hat angenommen, der angegriffene Zeitschriftenbeitrag genüge diesen Erfordernissen nicht. Der werbliche Charakter, die finanziellen Zusammenhänge und die Rolle der Beklagten im Hinblick auf die Veröffentlichung ergäben sich nicht mit der notwendigen Deutlichkeit aus dem Inhalt des Beitrags. Das gelte zum einen hinsichtlich der unmittelbar an die Leserinnen gerichteten Aufforderungen, etwa mit den Formulierungen "Wir laden ein [...]! Stöbern Sie mit uns nach Feierabend im Fashion-Tempel! Dort feiern wir [...] mit Ihnen! Schnell anmelden unter [...]". Zum anderen sei der Beitrag nicht als "Anzeige" oder "Werbung" gekennzeichnet, sondern lediglich als "Leseraktion". Aus diesem Begriff könne der Verbraucher keine tragfähigen Rückschlüsse auf den Werbecharakter ziehen.

43 d) Die Revision rügt ohne Erfolg, das Berufungsgericht habe bei seiner Würdigung übersehen, dass für die Bewertung von Eigenwerbung einer Zeitschrift abweichende und präzisierende Grundsätze gälten.

44 aa) Nach der Rechtsprechung des Senats gelten allerdings für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Preisrätseln und der darin enthaltenen Präsentation der ausgelobten Produkte, die grundsätzlich dem redaktionell gestalteten und zu verantwortenden Bereich einer Zeitschrift im weiteren Sinne zuzurechnen sind, andere Maßstäbe als für den engeren redaktionellen Bereich, der der Unterrichtung und der Meinungsbildung der Leser dient. Der durchschnittliche, situationsadäquat aufmerksame Leser erkennt in einem Gewinnspiel regelmäßig auch eine Form der Eigenwerbung des Verlags für die Zeitschrift und beurteilt sie

daher anders als Beiträge, die zum engeren redaktionellen Bereich zählen. Eine Präsentation der ausgelobten Produkte ist daher wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn sie die Grenzen des normalen und seriöserweise Üblichen nicht überschreitet. Die Darstellung von Preisen kann dagegen wettbewerbsrechtlich unzulässig sein, wenn die werbliche Herausstellung der ausgelobten Produkte deutlich im Vordergrund steht und dabei dem Verkehr der Eindruck vermittelt wird, die Redaktion habe in einem objektiven Auswahlverfahren ein nicht nur als Preis attraktives, sondern wegen seiner Eigenschaften auch sonst besonders empfehlenswertes Produkt ausgesucht (BGH, GRUR 2013, 644 Rn. 17 - Preisrätselgewinnauslobung V, mwN).

45 bb) Die Revision macht geltend, diese Grundsätze müssten auch dann gelten, wenn die Eigenwerbung mit einer Kooperation mit einem Unternehmen zusammenfalle. Der situationsadäquat aufmerksame Leser erwarte bei einem Beitrag in einer Modezeitschrift, mit dem auf ein Event hingewiesen werde, das gemeinsam mit einem Modehaus durchgeführt werde, nicht objektive und sachliche Informationen, sondern nähere Hinweise zur Durchführung des Events. In Fällen, in denen eine Fremdwerbung mit einer Eigenwerbung zusammenfalle, müssten wegen des abweichenden Aufmerksamkeitsgrades des angesprochenen Verkehrs andere Maßstäbe gelten, als sie sonst an eine "versteckte Werbung" angelegt würden. Eine solche sei hier auch gar nicht gegeben; vielmehr finde eine offene Förderung der Unternehmensinteressen sowohl der "GRAZIA" als auch der Beklagten statt.

46 cc) Damit dringt die Revision nicht durch. Der Umstand, dass die streitgegenständliche Veröffentlichung zugleich eine Eigenwerbung des Medienunternehmens enthält, erfordert entgegen der Auffassung der Revisionsklägerin keine andere Beurteilung. Zwar mag dem Durchschnittsleser in gewissem Umfang Eigenwerbung der Verlage bekannt sein. Hieraus folgt jedoch nicht, dass er er-

wartet, dass mit dieser Eigenwerbung gleichzeitig für ein Drittunternehmen geworben wird oder dass ein Drittunternehmen für die Berichterstattung selbst oder die in der Berichterstattung vorgestellte Kooperation geldwerte Gegenleistungen erbringt oder erbracht hat. Von einer "offenen Förderung" der Unternehmensinteressen (auch) der Beklagten kann daher entgegen der Auffassung der Revision nicht ausgegangen werden.

- 47 Aus den von der Revision in Bezug genommenen und unter Randnummer 44 wiedergegebenen Ausführungen in der Senatsentscheidung "Preisrätselgewinnauslobung V" ergibt sich nichts Abweichendes. Anders als es die Revision darstellt, betreffen diese nicht die Frage der Erkennbarkeit des werblichen Charakters eines Zeitschriftenbeitrags, sondern das Kriterium des Einsatzes redaktioneller Inhalte zu Zwecken der Verkaufsförderung. Ein solcher Einsatz ist wegen der Besonderheit von Preisrätseln (und nicht wegen der Besonderheit von Eigenwerbung) nur zu bejahen, wenn die werbliche Herausstellung der ausgelobten Produkte deutlich im Vordergrund steht.

48

III. Die aufgeworfenen Vorlagefragen sind entscheidungserheblich, da sich das Berufungsurteil nicht aus anderen Gründen als richtig darstellt. Auf Grundlage der Feststellungen des Berufungsgerichts kann nicht angenommen werden, dass die beanstandete Werbemaßnahme der Beklagten aus einem anderen Grund unlauter ist. Insbesondere hat das Berufungsgericht ausdrücklich offengelassen, ob der Zeitschriftenbeitrag die Voraussetzungen des § 4 Nr. 3 UWG aF und des § 5a Abs. 6 UWG erfüllt. Der Senat kann diese Beurteilung auch nicht selbst vornehmen, weil das Berufungsgericht nicht die hierzu erforderlichen Feststellungen getroffen hat.

Koch

Schaffert

Feddersen

Pohl

Schmaltz

Vorinstanzen:

LG Hamburg, Entscheidung vom 31.05.2012 - 315 O 415/11 -

OLG Hamburg, Entscheidung vom 14.03.2019 - 3 U 87/12 -



Beglaubigt
 (Führinger, *Führinger*)
 Justizangestellte
 als Urkundsbeamtin der
 Geschäftsstelle