



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 161/09

Verkündet am:
1. Juli 2010
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Flappe

UWG § 3 Abs. 1, 2 und 3, Nr. 11 des Anhangs zu § 3 Abs. 3, § 4 Nr. 3, § 4 Nr. 11; PresseG NRW § 10

- a) Ein Verstoß gegen das in Nr. 11 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG vorgesehene Verbot als Information getarnter Werbung liegt bei einer mehrseitigen Zeitschriftenwerbung nicht vor, wenn der Werbecharakter nach dem Inhalt der gesamten Werbung unverkennbar ist und bei einer Kenntnisnahme nur der ersten Seite deren isolierter Inhalt keine Verkaufsförderung bewirkt.
- b) Bei der unter a) beschriebenen Zeitschriftenwerbung liegt auch keine Verschleierung des Werbecharakters i.S. von § 4 Nr. 3 UWG vor.
- c) Ein Verstoß gegen das in den Landespressegesetzen verankerte Trennungsgebot redaktioneller Inhalte und Werbung liegt nicht vor, wenn der Leser den Werbecharakter einer mehrseitigen Zeitschriftenwerbung in ihrer Gesamtheit ohne weiteres erkennt und die erste Seite der Zeitschriftenwerbung für sich genommen keine Werbewirkung entfaltet.

BGH, Urteil vom 1. Juli 2010 - I ZR 161/09 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 1. Juli 2010 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Pokrant, Prof. Dr. Büscher, Dr. Schaffert und Dr. Koch

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 20. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 22. September 2009 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Beklagte verlegt die Zeitschrift "Wirtschaftswoche". Über die Titel- und Rückseite der Ausgabe vom 26. Mai 2008 fügte sie ein halbseitiges Vorschaltblatt (im Branchenjargon eine "Flappe"), wie es nachfolgend im Klageantrag wiedergegeben ist. Auf der Vorderseite - die Titelseite halb verdeckend - enthielt das Vorschaltblatt den Anfangsteil des Schriftzugs "Wirtschaftswoche" und auf rotem Untergrund die Aussage "Deutschlands Manager: Wir verplempern zu viel Zeit im Auto und an Flughäfen!" und "Das sehen Sie genauso? Dann drehen Sie diese Zeitschrift um, Herr (es folgt der Name des jeweiligen Abonnenten)".

2 Auf der Rückseite der Ausgabe der "Wirtschaftswoche" befand sich eine Werbeanzeige der Deutschen Bahn mit dem Text "Der 1. Klasse-Effekt: Flieger gecancelt. Dienstwagen geparkt. Arbeit erledigt" und mit der Abbildung zweier Reisender im Zug. Das Vorschaltblatt war auf der Rückseite graphisch so gestaltet wie der dadurch überdeckte Teil der rückseitigen Werbeanzeige.

3 Die Klägerin ist die Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs. Nach ihrer Auffassung verstößt die Gestaltung des Vorschaltblatts gegen das Gebot, den redaktionellen Teil und die Werbung einer Zeitschrift zu trennen.

4 Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu verurteilen, es zu unterlassen, im Wettbewerb handelnd Anzeigen zu veröffentlichen, ohne dies eindeutig als "Anzeige" zu kennzeichnen, wenn dies geschieht wie auf dem abgebildeten Umschlag zu der "Wirtschaftswoche" Nr. 22 vom 26. Mai 2008, Werbung der Deutschen Bahn mit dem Titel "Deutschlands Manager: Wir verplempern zu viel Zeit im Auto und an Flughäfen!",

Ordnung oder Saustall?
Was Ihr Büro über Sie verrät

wivo.de

Wirtschafts Woche

22

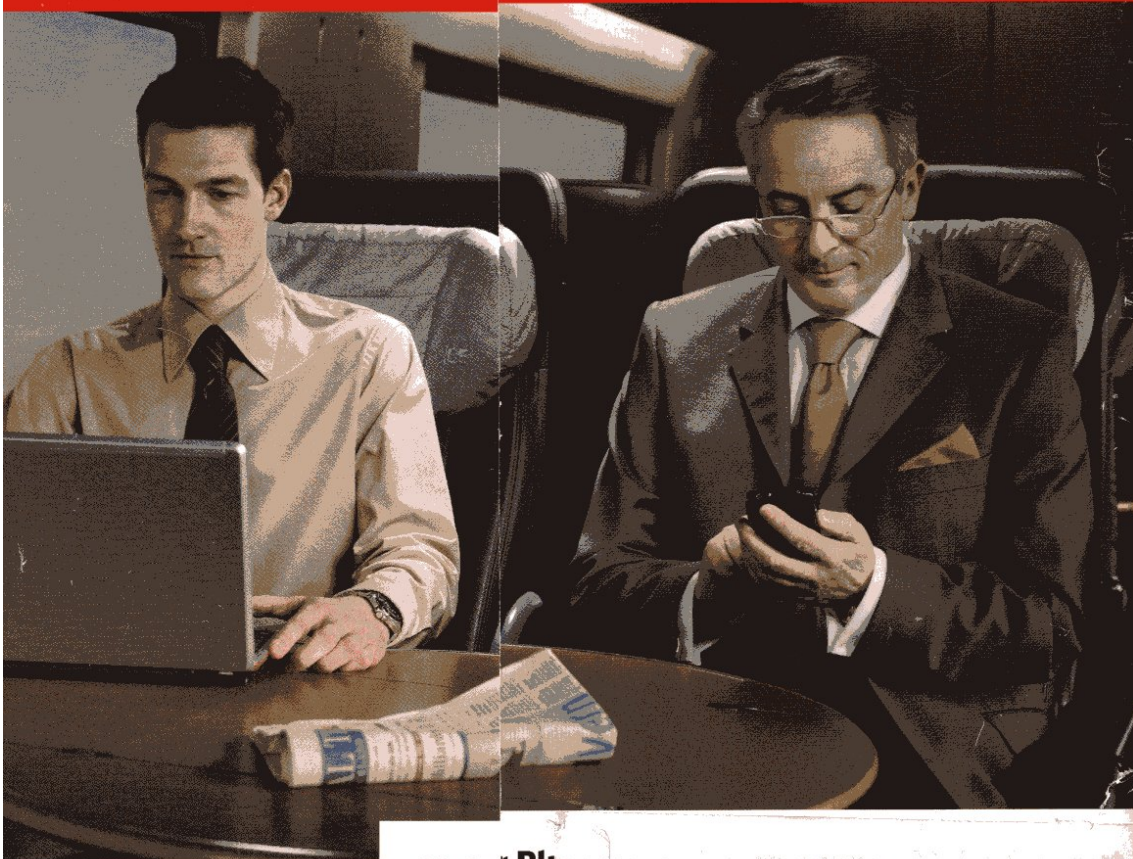
26.5.2008 Deutschland €3,60
22
4 198065 1803608

**Deutschlands
Manager:
„Wir verplem-
pern zu viel
Zeit im Auto
und an Flug-
häfen!“**

Das sehen Sie genauso? Dann
drehen Sie diese Zeitschrift um,
Herr

Die Folgen der
Finanzkrise
für Unternehmen,
Anleger
und Wirtschaft

Der 1. Klasse-Effekt: Flieger gecancelt. Dienstwagen geparkt. Arbeit erledigt.



Mehr Platz

Geschäftsreisereisen
Und schneller:
■ Köln-Frankfurt
■ Hamburg-Berlin
■ Frankfurt-Paderborn
Die Bahn 1 mac

WIRTSCHAFTSWOCHE
Verlagsleitung

5 Zudem hat die Klägerin Zahlung von 208,65 € nebst Zinsen für die Ab-
mahnung der Beklagten verlangt.

6 Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt (LG Düsseldorf
WRP 2009, 751). Die Berufung der Beklagten hat zur Abweisung der Klage ge-
führt (OLG Düsseldorf AfP 2009, 607).

7 Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurück-
weisung die Beklagte beantragt, erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des
landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

8 I. Das Berufungsgericht hat angenommen, die beanstandete Werbung
sei mit § 3 Abs. 3 UWG i.V. mit Nr. 11 des Anhangs und mit § 4 Nr. 3 UWG
vereinbar. Zur Begründung hat es ausgeführt:

9 Die in Rede stehenden Vorschriften dienten dem Schutz vor getarnter
Werbung, weil der Verbraucher durch eine derartige Werbung darüber ge-
täuscht werde, im redaktionellen Teil einer Zeitschrift eine von Eigeninteressen
des Werbenden freie Unterrichtung zu erhalten. In dieser Erwartung werde das
Publikum durch die beanstandete Werbung nicht getäuscht. Die Angaben auf
der Titelseite des Vorschaltblatts seien isoliert zwar nicht als Werbung zu er-
kennen. Dieser Teil des Blattes lasse für sich genommen aber auch nicht er-
kennen, für welches Unternehmen oder Produkt geworben werde. Betrachte
der Leser die Rückseite des Zeitschriftenheftes, werde sogleich offensichtlich,

dass Vorder- und Rückseite des Vorschaltblatts zusammen mit der Hefrückseite eine Werbung der Deutschen Bahn seien.

10 II. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision der Klägerin hat keinen Erfolg. Das Berufungsgericht hat den geltend gemachten Unterlassungsanspruch zu Recht verneint. Die beanstandete Verhaltensweise der Beklagten ist weder nach § 3 Abs. 3 UWG i.V. mit Nr. 11 des Anhangs zu dieser Vorschrift noch nach §§ 3, 4 Nr. 3 UWG unzulässig. Ein Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten nach § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG besteht daher ebenfalls nicht.

11 1. Die Klägerin hat ihren Unterlassungsanspruch auf Wiederholungsgefahr gestützt (§ 8 Abs. 1 Satz 1 UWG) und dazu eine ihrer Auffassung nach von der Beklagten im Mai 2008 begangene Zuwiderhandlung vorgetragen. Da der Unterlassungsanspruch auf die Abwehr künftiger Rechtsverstöße gerichtet ist, ist er nur begründet, wenn auf der Grundlage des zum Zeitpunkt der Entscheidung geltenden Rechts Unterlassung verlangt werden kann. Zudem muss die Handlung zum Zeitpunkt ihrer Begehung wettbewerbswidrig gewesen sein, weil es andernfalls an der Wiederholungsgefahr fehlt (st. Rspr.; BGH, Urt. v. 29.7.2009 - I ZR 166/06, GRUR 2009, 1077 Tz. 18 = WRP 2009, 1380 - Finanzsanie- rung). Das zur Zeit der beanstandeten Verhaltensweise geltende Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 3. Juli 2004 (BGBl. I S. 1414) ist Ende 2008 geändert worden. Auf der Grundlage der heute geltenden Vorschriften des UWG steht der Klägerin kein Unterlassungsanspruch zu.

12 2. Nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Beklagte nicht gegen § 3 Abs. 3 UWG i.V. mit Nr. 11 des Anhangs zu dieser Vorschrift verstoßen.

- 13 a) Nach Nr. 11 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG ist die als Information getarnte Werbung unzulässig. Von einer in diesem Sinne unzulässigen Werbung ist bei einem vom Unternehmer finanzierten Einsatz redaktioneller Inhalte zu Zwecken der Verkaufsförderung auszugehen, wenn sich dieser Zusammenhang nicht aus dem Inhalt oder aus der Art der optischen oder akustischen Darstellung eindeutig ergibt. Die Vorschrift des § 3 Abs. 3 UWG und Nr. 11 des Anhangs zu dieser Bestimmung setzen Art. 5 Abs. 5 und Nr. 11 des Anhangs I der Richtlinie 2005/24/EG über unlautere Geschäftspraktiken um. Die Bestimmungen dienen der Trennung von Werbung und redaktionellem Teil der Medien, weil der Verbraucher häufig den als redaktionelle Inhalte getarnten Werbemaßnahmen unkritischer gegenübersteht als der Wirtschaftswerbung (vgl. BGHZ 130, 205, 214 - Feuer, Eis & Dynamit I; Begründung zum Regierungsentwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, BT-Drucks. 16/10145, S. 32).
- 14 b) Die Voraussetzungen eines Verstoßes gegen Nr. 11 des Anhangs zu Art. 3 Abs. 3 UWG liegen unabhängig davon nicht vor, ob der Leser Vorder- und Rückseite oder nur die Vorderseite des Vorschaltblatts zur Kenntnis nimmt.
- 15 Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass der auf der Vorderseite des fraglichen Vorschaltblatts befindliche Text zwar den Eindruck erweckt, er sei dem redaktionellen Inhalt der Zeitschrift zuzurechnen. Der Text lasse ein beworbenes Unternehmen oder Produkt aber nicht erkennen und lege auch nicht nahe, an ein im Verhältnis zu Autos oder Flugzeugen alternatives Verkehrsmittel zu denken. Zwecken der Verkaufsförderung werde erst gedient, wenn der Leser die Hefrückseite mitbetrachte, die die Werbung der Deutschen Bahn enthalte. Im Zusammenhang mit der Rückseite werde der werbende Charakter des gesamten Vorschaltblatts als Verkaufsförderungsmaßnahme offensichtlich. Der Text auf der Vorderseite des Vorschaltblatts erwecke dann nicht mehr den

Eindruck eines redaktionellen Beitrags. Diese auf tatrichterlichem Gebiet liegende Würdigung des Berufungsgerichts hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung stand.

16 c) Die Revision macht demgegenüber geltend, der redaktionelle Inhalt werde zu Zwecken der Verkaufsförderung eingesetzt. Er diene dazu, den Leser in besonderem Maße auf die Rückseite der Zeitschrift aufmerksam zu machen und durch die dort angeführte Werbung den Umsatz der Deutschen Bahn zu steigern. Der Werbecharakter der Vorderseite sei nicht eindeutig zu erkennen. Darauf, dass auf der Vorderseite das beworbene Unternehmen oder Produkt nicht erkennbar sei, komme es nicht an. Aber auch wenn der Durchschnittsleser die Vorder- und Rückseite des Vorschaltblatts zur Kenntnis genommen habe, gehe er davon aus, dass der Inhalt der Vorderseite ein redaktioneller Hinweis auf die Aussage auf der Rückseite sei. Dem kann nicht beigetreten werden.

17 aa) Nimmt der Leser zunächst die Vorderseite des Vorschaltblatts und anschließend die auf der Rückseite der Zeitschrift befindliche Werbung der Deutschen Bahn wahr, ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts für den durchschnittlichen Leser unverkennbar, dass auch der Text der Vorderseite des Vorschaltblatts Teil der von der Deutschen Bahn finanzierten Werbung und kein redaktioneller Beitrag ist. Die hiergegen erhobene Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe den Vortrag der Klägerin nicht berücksichtigt, der durchschnittliche Leser werde den Text auf der Vorderseite auch nach Kenntnis der Werbung auf der Rückseite als redaktionellen Hinweis auffassen, greift nicht durch. Das Berufungsgericht hat diesen Vortrag der Klägerin nicht übergangen. Es ist nur aufgrund seiner verfahrensfehlerfrei getroffenen Feststellungen, wie der durchschnittliche Leser den Inhalt der Vorderseite des Vorschaltblatts nach Kenntnis der Werbung auf der Rückseite auffasst, zu einem anderen Ergebnis als die Klägerin gelangt.

18 bb) Zu Recht ist das Berufungsgericht auch davon ausgegangen, dass bei nur isolierter Wahrnehmung der Vorderseite des beanstandeten Vorschaltblatts ein Verstoß gegen das in § 3 Abs. 3 UWG i.V. mit Nr. 11 des Anhangs vorgesehene Verbot einer als Information getarnten Werbung nicht vorliegt. Nimmt der Leser nur den Text auf der Vorderseite des Vorschaltblatts wahr, fehlt der für Nr. 11 des Anhangs erforderliche Einsatz zu Zwecken der Verkaufsförderung. Zwar ist der Begriff der Verkaufsförderung weit auszulegen, so dass alle Maßnahmen, die unmittelbar oder mittelbar der Absatzförderung dienen, einschließlich der Aufmerksamkeitswerbung und der Produktplatzierung, hierunter fallen (Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 28. Aufl., Anh. zu § 3 Abs. 3 Rdn. 11.3; Begründung zum Regierungsentwurf BT-Drucks. 16/10145, S. 32). Das Berufungsgericht hat aber zu Recht angenommen, dass der Text der Vorderseite des Vorschaltblatts isoliert ohne Kenntnisnahme der auf der Rückseite angebrachten Werbung der Deutschen Bahn keine Verkaufsförderung bezweckt.

19 Es ist aus der Sicht eines durchschnittlichen Lesers nicht erfahrungswidrig, wenn das Berufungsgericht die Aussage "Deutschlands Manager: Wir verplempern zu viel Zeit im Auto und auf Flughäfen!" auf der Vorderseite des Vorschaltblatts dahin gewürdigt hat, sie lege keine bestimmte Schlussfolgerung im Hinblick auf dagegen zu ergreifende Maßnahmen nahe. Der Aussage ist - auch unter Einbeziehung der Aufforderung, die Zeitschrift umzudrehen - nicht zwingend ein Hinweis auf ein alternatives Verkehrsmittel zu entnehmen. Die Angabe kann ebenso als Aufforderung zur Verbesserung der Verkehrswege durch Ausbau des Straßennetzes und der Luftverkehrseinrichtungen oder zu weniger Geschäftsreisen und zur verstärkten Nutzung alternativer Kommunikationsformen wie etwa Videokonferenzen verstanden werden.

- 20 Ohne ein Zusammenwirken mit der Werbung der Deutschen Bahn auf der Rückseite der Zeitschrift kann der Text auf der Vorderseite des Vorschaltblatts nicht verkaufsfördernd wirken. Deshalb kommt es auch nicht auf die Frage an, ob ein Einsatz zum Zwecke der Verkaufsförderung generell voraussetzt, dass das geförderte Produkt kenntlich gemacht wird (hierzu Har- te/Henning/Frank, UWG, 2. Aufl., Anh. § 3 Abs. 3 Nr. 11 Rdn. 20).
- 21 3. Das beanstandete Verhalten der Beklagten verstößt auch nicht gegen § 3 Abs. 1 und 2, § 4 Nr. 3 UWG, weil der Werbecharakter des Vorschaltblatts der in Rede stehenden Ausgabe der Zeitschrift "Wirtschaftswoche" nicht verschleiert wird. Die Vorschrift des § 4 Nr. 3 UWG dient auch der Umsetzung des Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken. Danach liegt eine irreführende Unterlassung vor, wenn der kommerzielle Zweck der Geschäfts- praxis nicht kenntlich gemacht wird. Die Bestimmung des § 4 Nr. 3 dient dem Schutz der Verbraucher vor einer Täuschung über den kommerziellen Hinter- grund geschäftlicher Maßnahmen (Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 4 Rdn. 3.2; Fezer/Hoeren, UWG, 2. Aufl., § 4-3 Rdn. 2).
- 22 a) Im Streitfall wird der werbliche Charakter des fraglichen Vorschaltblatts nicht verschleiert, wenn der Leser die Werbung der Deutschen Bahn zur Kennt- nis nimmt. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nimmt der durch- schnittliche Leser Vorder- und Rückseite des Vorschaltblatts einheitlich als Werbemaßnahme der Deutschen Bahn wahr, wenn er der Aufforderung auf der Vorderseite des Blattes nachkommt, die Zeitschrift umzudrehen. Erkennt der Leser die Zugehörigkeit des Textes der Vorderseite zur Werbung der Deut- schen Bahn auf der Rückseite, so erliegt er keinen Fehlvorstellungen über die Neutralität der dort vorhandenen Aussagen.

- 23 b) Das Berufungsgericht ist auch zu Recht davon ausgegangen, dass bei isolierter Betrachtung der Vorderseite des Vorschaltblatts die beanstandete Gestaltung nicht geeignet ist, die Fähigkeit des Verbrauchers, sich aufgrund von Informationen zu entscheiden, spürbar zu beeinträchtigen und ihn damit zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er sonst nicht getroffen hätte (§ 3 Abs. 2 UWG). Der Text auf der Vorderseite des Vorschaltblatts lässt nicht unbedingt einen Bezug zu einem Unternehmen oder Produkt erkennen und legt auch nicht notwendig einen Schluss auf hier im Verhältnis zu Kraftfahrzeugen oder Flugzeugen alternatives Verkehrsmittel nahe (dazu II 2 b und c).
- 24 4. Entgegen der Ansicht der Revision verstößt die beanstandete Gestaltung des Vorschaltblatts nicht gegen §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i.V. mit den Vorschriften der Landespressegesetze über die Trennung von redaktionellen Inhalten und Werbung. Nach diesen in den Landespressegesetzen inhaltsgleich vorgesehenen Bestimmungen muss der Verleger oder Verantwortliche eines periodischen Druckwerks, der für eine Veröffentlichung ein Entgelt erhalten hat, diese Veröffentlichung mit dem Wort "Anzeige" bezeichnen, wenn die Veröffentlichung nicht schon durch die Anordnung und Gestaltung allgemein als Anzeige zu erkennen ist (vgl. etwa § 10 PresseG NRW, § 10 PresseG BW). Die Vorschriften dienen der Sicherung der Unabhängigkeit der Presse und dem Schutz der Lauterkeit des Wettbewerbs (vgl. Löffler/Sedelmeier, Presserecht, 5. Aufl., § 10 LPG Rdn. 52). Ein Verstoß gegen das in den Landespressegesetzen verankerte Trennungsgebot scheidet ebenfalls aus, weil der Leser den Werbecharakter der Aussage der Deutschen Bahn ohne weiteres erkennt und der Vorderseite des Vorschaltblatts für sich genommen ohne Zusammenwirken mit der Anzeige auf der Hefrückseite keine Werbewirkungen zukommen.
- 25 5. Der Klägerin steht ein Anspruch auf Ersatz der Abmahnkosten nach § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG nicht zu. Die Abmahnung war nicht berechtigt, weil der

Klägerin kein Unterlassungsanspruch nach § 8 Abs. 1 UWG gegen die Beklagte
zustand.

26 III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Bornkamm

Pokrant

Büscher

Schaffert

Koch

Vorinstanzen:

LG Düsseldorf, Entscheidung vom 17.12.2008 - 34 O 155/08 -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 22.09.2009 - I-20 U 15/09 -