



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 152/21

Verkündet am:
13. Juli 2023
Hemminger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

muenchen.de

GG Art. 5 Abs. 1 Satz 2, Art. 28 Abs. 2 Satz 1; UWG § 3 Abs. 1, §§ 3a, 8 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Nr. 1

- a) Zu der mit Blick auf das Gebot der Staatsferne der Presse zulässigen Öffentlichkeitsarbeit der Kommune gehören grundsätzlich auch das Stadtmarketing und die Tourismusförderung.
- b) Eine Anzeigenwerbung ist in einer kommunalen Publikation nur als fiskalisch motivierte Randnutzung zulässig. Für die Bestimmung einer zulässigen Randnutzung ist auf den Umfang der Anzeigenschaltung abzustellen. Die Randnutzung muss als Annex­tätigkeit eine untergeordnete, quantitativ nachgeordnete Tätigkeit in innerem Zusammenhang mit der Hauptnutzung bleiben (Fortführung von BGH, Urteil vom 20. Dezember 2018 - I ZR 112/17, GRUR 2019, 189 [juris Rn. 41] - Crailsheimer Stadtblatt II).
- c) Nach allgemeinen Regeln unzulässige geschäftliche Handlungen der öffentlichen Hand sind bei der Prüfung eines Verstoßes gegen das Gebot der Staatsferne der Presse nicht in die Gesamtwürdigung einzubeziehen. Wettbewerbsverstöße dieser Art sind nach den allgemeinen lauterkeitsrechtlichen Regelungen, wie zum Beispiel § 4 Nr. 4, §§ 4a, 5 Abs. 1 oder § 5a Abs. 4 Satz 1 UWG, zu beurteilen; sie können zudem nur zu einem Verbot des jeweils konkret angegriffenen Beitrags, nicht aber der kommunalen Publikation in der konkreten Verletzungsform insgesamt führen.

BGH, Urteil vom 13. Juli 2023 - I ZR 152/21 - OLG München
LG München I

ECLI:DE:BGH:2023:130723UIZR152.21.0

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. April 2023 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Koch, die Richterinnen Dr. Schwonke und Dr. Schmaltz, den Richter Odörfer und die Richterin Wille für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Oberlandesgerichts München - 6. Zivilsenat - vom 30. September 2021 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerinnen sind Münchner und überregionale Zeitungsverlage (Klägerinnen zu 1, 3, 5 und 6) bzw. die für deren Online-Auftritte verantwortlichen Unternehmen (Klägerinnen zu 2 und 4). Die Beklagte, deren Gesellschafter die Landeshauptstadt München und die Stadtwerke München sind, betreibt und verantwortet den Internetauftritt muenchen.de. Dabei handelt es sich um das im Jahr 2004 in Betrieb genommene "offizielle Stadtportal" für die Landeshauptstadt München. Das Portal umfasste im August 2019 circa 173.000 Seiten und ist mit bis zu 2,9 Millionen Besuchern und 12 Millionen Seitenaufrufen im Monat nach Angaben der Beklagten das mit Abstand meistbesuchte Serviceportal und gleichzeitig eines der erfolgreichsten deutschen Stadtportale. Es enthält unter anderem

die Rubriken "Rathaus", "Branchenbuch", "Veranstaltungen", "Kino", "Freizeit", "Sehenswertes", "Restaurants" und "Shopping".

2 Die Klägerinnen halten das Stadtportal wegen Verstoßes gegen das Gebot der Staatsferne der Presse für wettbewerbswidrig und mahnten die Beklagte nach vorangegangenen Gesprächen mit Anwaltsschreiben vom 29. Oktober 2019 wegen des Betriebs des Portals erfolglos ab. Mit ihrer Klage haben die Klägerinnen zuletzt beantragt, die Beklagte unter Androhung näher bezeichneter Ordnungsmittel zu verurteilen,

es zu unterlassen, das Telemedienangebot "muenchen.de" öffentlich zugänglich zu machen/machen zu lassen, wenn dies geschieht wie in der Aufzeichnung des Angebots zwischen dem 16. August bis 19. August 2019 auf dem "USB-Stick" Anlage K 1 wiedergegeben.

3 Im Hilfsantrag haben die Klägerinnen den USB-Stick gemäß Anlage K 1 und die exemplarische Dokumentation des Telemedienangebots in den Anlagen K 26 bis K 112 in Bezug genommen. Sie haben außerdem die Zahlung - hilfsweise die Freistellung - von außergerichtlichen Abmahnkosten in Höhe von 4.994,31 € begehrt.

4 Das Landgericht hat der Klage stattgegeben (LG München I, AfP 2021, 76/80). Die Berufung der Beklagten ist weitgehend erfolglos geblieben (OLG München, AfP 2021, 540). Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerinnen beantragen, verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf vollständige Abweisung der Klage weiter.

Entscheidungsgründe:

5 A. Das Berufungsgericht hat die Klage wegen Verstoßes des Betriebs des Stadtportals gegen das Gebot der Staatsferne der Presse für überwiegend begründet erachtet und dazu im Wesentlichen ausgeführt:

- 6 Die Klage sei zulässig. Insbesondere stehe der Bestimmtheit des Hauptantrags nicht die Bezugnahme auf den USB-Stick gemäß Anlage K 1 entgegen. Die Klage sei auch begründet. Das Angebot des Stadtportals muenchen.de in der streitgegenständlichen Form verstoße gegen das als Marktverhaltensregelung einzustufende Gebot der Staatsferne der Presse. Es weise aufgrund einer nicht unerheblichen Anzahl an redaktionellen Beiträgen, die den kommunalen Aufgabenbereich verließen, einen pressesubstituierenden Gesamtcharakter auf. Ein funktionales Äquivalent zu einem privaten Pressemedium sei jedenfalls aufgrund der inhaltlich nicht vom kommunalen Aufgabenbereich gedeckten und sich in Inhalt, Art und Aufmachung nicht von einem privaten Presseprodukt unterscheidenden zahlreichen Beiträge in den Rubriken "Restaurants" und "Shopping" anzunehmen. Eine abstrakte Gefährdung der Presse ergebe sich zudem aus der in erheblichem Umfang und weit über eine bloße Randnutzung hinausgehenden Anzeigenwerbung. Jedenfalls wenn die unzulässigen redaktionellen Beiträge und die Anzeigenwerbung zusammen betrachtet würden, überschreite das Stadtportal die Grenzen des Zulässigen.
- 7 Der Zahlungsanspruch sei begründet, bestehe jedoch nur Zug um Zug gegen Vorlage einer Rechnung gemäß § 14 Abs. 4 UStG.
- 8 B. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision hat Erfolg und führt zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Die Klage ist zwar zulässig (dazu B I). Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann den Klägerinnen der Unterlassungsanspruch aber nicht zugesprochen werden (dazu B II).
- 9 I. Die Klage ist zulässig. Das Berufungsgericht hat den Hauptantrag mit Recht als hinreichend bestimmt gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO angesehen. Insbesondere ist es zutreffend davon ausgegangen, dass die Bezugnahme auf den von den Klägerinnen als Anlage K 1 zu den Akten gereichten USB-Stick, der das beanstandete Telemedienangebot als konkrete Verletzungsform dokumentiert,

zur Konkretisierung des Unterlassungsantrags ausreicht (vgl. BGH, Urteil vom 14. Juli 2022 - I ZR 97/21, GRUR 2022, 1336 [juris Rn. 12 f.] = WRP 2022, 1246 - dortmund.de, mwN).

10 II. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann den Klägerinnen der geltend gemachte Unterlassungsanspruch aus § 8 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Nr. 1, § 3 Abs. 1, § 3a UWG in Verbindung mit dem aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG folgenden Gebot der Staatsferne der Presse nicht zugesprochen werden.

11 1. Nach § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG kann, wer eine nach § 3 UWG unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt, bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Nach § 3 Abs. 1 UWG sind unlautere geschäftliche Handlungen unzulässig. Unlauter handelt, wer einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln, und der Verstoß geeignet ist, die Interessen von Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern oder Mitbewerbern spürbar zu beeinträchtigen (§ 3a UWG).

12 2. Der auf Wiederholungsgefahr gestützte Unterlassungsanspruch ist nur begründet, wenn das beanstandete Verhalten sowohl nach dem zum Zeitpunkt seiner Vornahme geltenden Recht wettbewerbswidrig war als auch nach dem zur Zeit der Revisionsentscheidung geltenden Recht wettbewerbswidrig ist (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 24. Februar 2022 - I ZR 128/21, GRUR 2022, 729 [Rn. 10] = WRP 2022, 727 - Zweitmarkt für Lebensversicherungen II, mwN). Nach der beanstandeten Gestaltung des Stadtportals im Jahr 2019 und nach Erlass des Berufungsurteils ist die in § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG geregelte Anspruchsberechtigung der Mitbewerber mit Wirkung vom 1. Dezember 2021 neu gefasst worden (Art. 9 Abs. 2 Nr. 1 des Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs vom 26. November 2020, BGBl. I S. 2568; UWG nF). Die Ansprüche aus § 8

Abs. 1 UWG stehen nunmehr nur dem Mitbewerber zu, der Waren oder Dienstleistungen in nicht unerheblichem Maße und nicht nur gelegentlich vertreibt oder nachfragt. Eine Übergangsregelung sieht das Gesetz für die Vorschrift des § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG nF nicht vor.

13 3. Die Bereitstellung des Stadtportals muenchen.de stellt eine geschäftliche Handlung dar.

14 a) Nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG aF (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG nF) ist eine geschäftliche Handlung 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 unmittelbar und objektiv zusammenhängt.

15 Für die Frage, ob die öffentliche Hand eine geschäftliche Handlung vornimmt, muss zwischen rein erwerbswirtschaftlichen und hoheitlichen Tätigkeiten unterschieden werden. Die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand ist auch dann als geschäftliche Handlung anzusehen, wenn öffentliche Zwecke mitverfolgt werden (vgl. BGH, Urteil vom 20. Dezember 2018 - I ZR 112/17, GRUR 2019, 189 [juris Rn. 55] = WRP 2019, 317 - Crailsheimer Stadtblatt II, mwN).

16 b) Das Berufungsgericht hat angenommen, eine geschäftliche Handlung liege vor, weil die Beklagte auf dem Stadtportal gegen Entgelt Anzeigen veröffentlichte. Das stelle sowohl ein Verhalten im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG aF zugunsten des eigenen Unternehmens durch Erzielung von Werbeeinnahmen als auch zugunsten der werbenden fremden Unternehmen dar. Die Annahme einer geschäftlichen Handlung entfalle nicht deswegen, weil die Beklagte mit dem Stadtportal (auch) eine öffentliche Aufgabe erfülle. Sie verstoße dabei gegen das Gebot der Staatsferne der Presse, so dass eine hoheitliche Tätigkeit ausscheide.

- 17 c) Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung stand. Im Streitfall liegt schon wegen der auf dem Stadtportal veröffentlichten Anzeigenwerbung eine geschäftliche Handlung vor (vgl. Degenhart, AfP 2009, 207, 213; Köhler, GRUR 2019, 265, 266; Peter, GRUR 2022, 624, 627; Schmitt-Mücke, WRP 2023, 412, 414).
- 18 4. Das Berufungsgericht hat die Mitbewerberstellung der Klägerinnen nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG aF rechtsfehlerfrei bejaht.
- 19 a) Die Eigenschaft als Mitbewerber gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG aF erfordert ein konkretes Wettbewerbsverhältnis im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG aF (§ 2 Abs. 1 Nr. 4 UWG nF). Ein solches liegt vor, wenn beide Parteien gleichartige Waren oder Dienstleistungen innerhalb desselben Endverbraucherkreises abzusetzen versuchen und daher das Wettbewerbsverhalten des einen den anderen beeinträchtigen, das heißt im Absatz behindern oder stören kann. Da im Interesse eines wirksamen lauterkeitsrechtlichen Individualschutzes grundsätzlich keine hohen Anforderungen an das Vorliegen eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses zu stellen sind, reicht es hierfür aus, dass sich der Verletzer durch seine Verletzungshandlung im konkreten Fall in irgendeiner Weise in Wettbewerb zu dem Betroffenen stellt. Ein konkretes Wettbewerbsverhältnis ist daher anzunehmen, wenn zwischen den Vorteilen, die die eine Partei durch eine Maßnahme für ihr Unternehmen oder das eines Dritten zu erreichen sucht, und den Nachteilen, die die andere Partei dadurch erleidet, eine Wechselwirkung in dem Sinne besteht, dass der eigene Wettbewerb gefördert und der fremde Wettbewerb beeinträchtigt werden kann und die von den Parteien angebotenen Waren oder Dienstleistungen einen wettbewerblichen Bezug zueinander aufweisen (vgl. BGH, GRUR 2022, 729 [Rn. 13] - Zweitmarkt für Lebensversicherungen II, mwN).

20 b) Das Berufungsgericht hat angenommen, ein konkretes Wettbewerbsverhältnis ergebe sich jedenfalls daraus, dass sowohl die Klägerinnen als auch die Beklagte jeweils Angebote mit einem Anzeigenteil anböten und beide Seiten um Anzeigenkunden würben. Damit bestehe die erforderliche Wechselwirkung. Die angebotenen Waren beziehungsweise Dienstleistungen wiesen auch einen wettbewerblichen Bezug zueinander auf.

21 c) Das hält der rechtlichen Nachprüfung stand. Mit ihrem Geschäftsmodell eines kostenlosen Stadtportals, das sowohl redaktionelle Beiträge als auch kommerzielle Anzeigen enthält, stellt sich die Beklagte in Wettbewerb zu den Klägerinnen, die in München Tageszeitungen herausgeben und/oder Online-Nachrichtenportale bereitstellen, die jeweils ebenfalls kommerzielle Anzeigen enthalten.

22 Der für die Annahme eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses erforderliche wettbewerbliche Bezug liegt schon deswegen vor, weil sowohl das Stadtportal der Beklagten als auch die Angebote der Klägerinnen über einen Anzeigenteil verfügen und damit beide Parteien um Anzeigenkunden werben (vgl. BGH, GRUR 2019, 189 [juris Rn. 59] - Crailsheimer Stadtblatt II). Ein wettbewerblicher Bezug besteht aber auch mit Blick auf die vom Berufungsgericht festgestellten redaktionellen Inhalte des Stadtportals, bei denen es sich um Themen handelt, die typischerweise von der Presse besetzt werden.

23 Soweit die Revision einwendet, der Kreis der Leserinnen und Leser eines Stadtportals einerseits und einer (Online-)Tages- oder Wochenzeitung andererseits sei nicht deckungsgleich, so dass es auch hinsichtlich des Anzeigenteils an einem Wettbewerbsbezug fehle, hat sie damit keinen Erfolg. Bei der Rubrik "Branchenbuch" mag es zwar möglicherweise eine (teilweise) Abweichung im Lesermarkt zwischen dem Stadtportal einerseits und Online-Tages- oder Wochenzeitungen andererseits geben, weil Anzeigen in einem Branchenbuch längerfristig und für eine konkrete Suche geschaltet, Anzeigen in Online-Tages- oder Wochenzeitungen dagegen eher auf spontane Kenntnisaufnahme angelegt sein

können. Darauf kommt es aber nicht entscheidend an, weil das Berufungsgericht über das Branchenbuch hinaus eine umfangreiche Anzeigenwerbung unter anderem in den Rubriken "Restaurants" und "Shopping", die auch inhaltlich Überschneidungen zu Online-Tages- oder Wochenzeitungen und damit auch Überschneidungen im Lesermarkt aufweisen, festgestellt hat.

24 Entgegen der Auffassung der Revision bedarf es keiner differenzierenden Betrachtung etwa mit Blick auf das Angebot von Verzeichnismedien einerseits und lokalen Informationen andererseits. Das Berufungsgericht hat unter Verweis auf das landgerichtliche Urteil ein Wettbewerbsverhältnis zwischen den Parteien in Bezug auf das gesamte und insoweit einheitliche Geschäftsmodell der Beklagten - Stadtportal mit Informationen für München und Umgebung sowie kommerziellen Anzeigen einschließlich Branchenbuch - festgestellt.

25 5. Das Berufungsgericht hat auch zu Recht angenommen, dass es sich bei dem Gebot der Staatsferne der Presse, auf das sich die Klägerinnen berufen, um eine Marktverhaltensregelung im Sinne von § 3a UWG handelt. Das Gebot der Staatsferne der Presse setzt der am Markt tätigen öffentlichen Hand zugunsten der anderen Marktteilnehmer - insbesondere der institutionell geschützten Presse, aber auch im Interesse der Verbraucherinnen und Verbraucher an einer unabhängigen Information und Meinungsbildung - enge Grenzen. Es soll nicht bestimmte Anbieter von bestimmten Märkten fernhalten, sondern lässt zu, dass private und staatliche Stellen sich in einem überschneidenden Bereich auf dem Markt begegnen (vgl. BGH, Urteil vom 15. Dezember 2011 - I ZR 129/10, GRUR 2012, 728 [juris Rn. 11] = WRP 2012, 935 - Einkauf aktuell; BGH, GRUR 2019, 189 [juris Rn. 19] - Crailsheimer Stadtblatt II, mwN; GRUR 2022, 1336 [juris Rn. 21] - dortmund.de).

- 26 6. Die Begründung, mit der das Berufungsgericht angenommen hat, die von den Klägerinnen beanstandete konkrete Verletzungsform des Stadtportals muenchen.de verstoße gegen diese Marktverhaltensregelung, hält der rechtlichen Nachprüfung dagegen nicht stand.
- 27 a) Das Gebot der Staatsferne der Presse lässt eine Öffentlichkeits- und Informationsarbeit von Hoheitsträgern nur im Rahmen der ihnen zugewiesenen Aufgaben zu. Ausgangspunkt für die rechtliche Beurteilung des streitgegenständlichen Stadtportals unter dem Blickwinkel von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG ist die in Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG sowie in Art. 11 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 4 der Bayerischen Verfassung (BV) gewährleistete Selbstverwaltungsgarantie als Kompetenznorm. Diese gewährleistet den Gemeinden das Recht, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln (vgl. BGH, GRUR 2022, 1336 [juris Rn. 26 bis 28] - dortmund.de, mwN).
- 28 Dazu zählen Angelegenheiten, die als Aufgaben der kommunalen öffentlichen Verwaltung anzusehen sind. Die Zuständigkeit der Gemeinde ist aber nicht auf Verwaltungshandeln im bürokratisch-technischen Sinne reduziert. Ein Bezugspunkt für ihre Zuständigkeit kann vielmehr auch bei Angelegenheiten gegeben sein, mit denen sich die Gemeinde aufgrund eigener Betroffenheit im Vorfeld künftiger eigener Aufgabenwahrnehmung befassen darf. Allein ein lokaler oder gemeinschaftsstiftender Bezug macht dagegen eine Angelegenheit noch nicht zu einer solchen der örtlichen Gemeinschaft im Sinne von Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG (vgl. BGH, GRUR 2022, 1336 [juris Rn. 29] - dortmund.de).
- 29 b) Die Kompetenz zur Information der Bürgerinnen und Bürger erlaubt Kommunen nicht jegliche pressemäßige Äußerung, die irgendeinen Bezug zur örtlichen Gemeinschaft aufweist (BGH, GRUR 2022, 1336 [juris Rn. 31] - dortmund.de, mwN).

- 30 aa) Die innere Grenze wird durch den erforderlichen Bezug zur Gemeinde und ihren Aufgaben gesetzt. Kommunale Öffentlichkeitsarbeit ist begrenzt durch das Erfordernis eines spezifischen Orts- und Aufgabenbezugs; die Gemeinde erlangt aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG nur ein kommunalpolitisches, kein allgemeines politisches Mandat (BGH, GRUR 2022, 1336 [juris Rn. 32] - dortmund.de, mwN).
- 31 bb) Ihre äußere Grenze finden kommunale Publikationen in der institutionellen Garantie des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG (BGH, GRUR 2022, 1336 [juris Rn. 33 f.] - dortmund.de, mwN).
- 32 (1) Die Institutsgarantie der Presse ist unabhängig davon einschlägig, dass die Klägerinnen nicht ein Druckerzeugnis der Beklagten, sondern deren Internetauftritt und damit ein Telemedienangebot beanstanden.
- 33 Für die allein maßgebliche Frage, ob dieses Telemedienangebot die von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG gezogene äußere Grenze kommunaler Öffentlichkeitsarbeit überschreitet, kommt es nicht darauf an, ob grundsätzlich am traditionellen Pressebegriff festzuhalten ist, der an das körperliche Druckerzeugnis anknüpft, oder ob auch Online-Medien in den Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG fallen (BGH, GRUR 2022, 1336 [juris Rn. 36] - dortmund.de; vgl. dazu Grabenwarter in Dürig/Herzog/Scholz, GG, 82. Ergänzungslieferung Januar 2018, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 250 bis 254 mwN; bejahend für im Internet veröffentlichte Artikel, die im Wesentlichen inhaltsgleich mit der Druckausgabe sind, BVerfG, NJW 2017, 1537 [juris Rn. 16]; offengelassen für ein Internetportal BVerfG, NVwZ 2023, 665 [juris Rn. 16]; zum Schutz der Pressefreiheit für das Setzen eines in eine pressetypische Stellungnahme eingebetteten Links in einem Onlineartikel vgl. BVerfG, NJW 2012, 1205 [juris Rn. 31]).
- 34 Das verfassungsrechtliche Gebot, die Presse zur Sicherung der Meinungsvielfalt von staatlichen Einflüssen freizuhalten, bezieht sich nicht nur auf manifeste Gefahren unmittelbarer Lenkung oder Maßregelung der im Bereich der

Presse tätigen Unternehmen, sondern weitergehend auf die Verhinderung aller mittelbaren und subtilen Einflussnahmen des Staates. Dazu zählt auch ein ausuferndes Informationshandeln des Staates, gleich in welcher Form, das die Kommunikationsprozesse der freien Presse als Verbindungs- und Kontrollorgan zwischen dem Volk und seiner gewählten Vertretung und damit die Meinungsbildung von unten nach oben gefährdet. Das Gebot der Staatsferne der Presse schützt auch vor Substitutionseffekten kommunaler Online-Informationsangebote, die dazu führen, dass die private Presse ihre besondere Aufgabe im demokratischen Gemeinwesen nicht mehr erfüllen kann (BGH, GRUR 2022, 1336 [juris Rn. 37] - dortmund.de, mwN).

35 (2) Entgegen der Auffassung der Revision kommt es auch nicht darauf an, ob die Klägerinnen mit Blick auf ihre (reinen) Online-Angebote in den Schutzbereich der Pressefreiheit fallen oder ob sich der Streitgegenstand auf den digitalen Markt beschränkt. Mit dem Gebot der Staatsferne der Presse als Marktverhaltensregelung steht nicht die subjektiv-rechtliche Komponente des Grundrechts auf Pressefreiheit in Rede, sondern die Institutsgarantie der Presse als objektiv-rechtliche Komponente aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG. Diese dient nicht nur dem Schutz der Klägerinnen als Mitbewerberinnen, sondern auch dem Interesse der Verbraucherinnen und Verbraucher an einer unabhängigen Information und Meinungsbildung (vgl. BGH, GRUR 2022, 1336 [juris Rn. 21] - dortmund.de).

36 Im Übrigen ändert der alternative Verbreitungsweg über das Internet nichts am Charakter der von den Klägerinnen angebotenen Presseerzeugnisse (vgl. BVerfG, NJW 2017, 1537 [juris Rn. 16]). Das gilt mit Blick auf den fortschreitenden Übergang von reinen Printerzeugnissen zur (auch) digitalen Ausgabe von Zeitungen zumindest für Online-Auftritte von Zeitungsverlagen, wie sie die Klägerinnen zu 2 und 4 verantworten, die weitgehend einen vergleichbaren Inhalt wie die Printerzeugnisse haben und dieselbe Funktion erfüllen.

- 37 cc) Bei dem Verhältnis der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie und der institutionellen Garantie der Presse geht es um einen Konflikt zwischen staatlicher Kompetenz einerseits und grundrechtlicher Freiheit andererseits. Die beiden Verfassungsnormen müssen daher mit Rücksicht auf die Einheit der Verfassung und die von ihr geschützte gesamte Wertordnung zu einem sachgerechten Ausgleich gebracht werden. Im Ergebnis muss dabei die Institutsgarantie aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG größtmögliche Wirksamkeit erhalten, während die Gemeinde lediglich in der Lage sein muss, gemäß Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft in eigener Verantwortung zu regeln (vgl. BGH, GRUR 2022, 1336 [juris Rn. 38] - dortmund.de; vgl. auch Fadavian, NVwBl. 2019, 487, 490; kritisch Schwarz/Dorsch, NVwZ 2022, 1329, 1331).
- 38 dd) Die dargestellten Grenzen kommunaler Öffentlichkeitsarbeit verbieten auch bei einer vermeintlich unzureichenden Versorgung mit Informationen über das örtliche Geschehen durch die private Presse, eine solche angeblich vorhandene Informationslücke durch eine eigene, von amtlichen Bezügen losgelöste Informationstätigkeit zu schließen (vgl. Beater, WRP 2022, 1202 Rn. 24 f.; aA Katz, DÖV 2019, 261, 267; Leeb/Waldhauser, AnwZert ITR 8/2019 Anm. 2; Jung, Das kommunale Amtsblatt - Inhalt, Ausgestaltung, Präsentation, 2021, S. 129 f.; Schwarz/Dorsch, NVwZ 2022, 1329, 1332; vgl. auch Buhren, LKV 2001, 303, 305). Eine Einflussnahme des Staates auf den Meinungsmarkt könnte mit dem Institut der freien Presse überhaupt nur vereinbar sein, wenn sie wegen der Konkurrenz mit der Fülle der vom Staat unabhängigen Zeitungen und Zeitschriften am Bild der freien Presse substantiell nichts änderte. Ob und inwieweit dies bei kommunalen Online-Publikationen - im Unterschied zum Markt der klassischen lokalen (Print-)Presse - aufgrund der Informationsfülle im Internet der Fall ist, bedarf der Feststellung im Einzelfall (BGH, GRUR 2022, 1336 [juris Rn. 39] - dortmund.de, mwN).

- 39 c) Für die konkrete Beurteilung kommunaler Publikationen mit Blick auf das Gebot der Staatsferne der Presse sind Art und Inhalt der veröffentlichten Beiträge auf ihre Zugehörigkeit zum Aufgabenbereich der Gemeinde zu untersuchen und ist unter Einbeziehung des äußeren Erscheinungsbilds eine wertende Gesamtbetrachtung vorzunehmen (vgl. BGH, GRUR 2019, 189 [juris Rn. 35] - Crailsheimer Stadtblatt II; GRUR 2022, 1336 [juris Rn. 40] - dortmund.de, mwN).
- 40 aa) Bezogen auf den Inhalt einer gemeindlichen Publikation stellen nicht nur die Veröffentlichung amtlicher Mitteilungen, die kommunale Wirtschaftsförderung und die Information über die aktuelle Tätigkeit und künftigen Vorhaben der Kommunalverwaltung und des Gemeinderats auf jeden Fall zulässiges Informationshandeln der Kommunen dar (vgl. BGH, GRUR 2019, 189 [juris Rn. 37] - Crailsheimer Stadtblatt II). Zur zulässigen Öffentlichkeitsarbeit der Kommune gehören grundsätzlich auch - worauf das Berufungsgericht zutreffend hinweist - das Stadtmarketing und die Tourismusförderung.
- 41 bb) Einzelne die Grenzen zulässiger staatlicher Öffentlichkeitsarbeit überschreitende Artikel allein begründen keine Verletzung des Gebots der Staatsferne der Presse. Notwendig ist vielmehr eine wertende Betrachtung der Publikation insgesamt, bei der sich jede schematische Betrachtungsweise verbietet. Im Rahmen einer Einzelfallprüfung ist entscheidend, ob der Gesamtcharakter der kommunalen Publikation geeignet ist, die Institutsgarantie des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG zu gefährden. Anhaltspunkte für eine Gefährdung bestehen zum Beispiel, wenn die Gemeinde als Teil des Staates auf den lokalen Kommunikationsprozess bestimmend Einfluss nimmt. Je stärker die kommunale Publikation den Bereich der ohne weiteres zulässigen Berichterstattung überschreitet und bei den angesprochenen Verkehrskreisen als funktionales Äquivalent zu einer privaten Zeitung wirkt, desto eher sind die Institutsgarantie des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG und die daraus abgeleitete Marktverhaltensregelung des Gebots der Staatsferne

der Presse verletzt. Keinesfalls darf die kommunale Publikation den Lesern eine Fülle von Informationen bieten, die den Erwerb einer Zeitung - jedenfalls subjektiv - entbehrlich macht. Je deutlicher - in Quantität und Qualität - eine kommunale Publikation Themen besetzt, deretwegen Zeitungen gekauft werden, desto wahrscheinlicher ist der Leserverlust bei der privaten Presse und eine damit einhergehende, dem Institut der freien Presse zuwiderlaufende Meinungsbildung durch den Staat von oben nach unten (vgl. BGH, GRUR 2019, 189 [juris Rn. 40] - Crailsheimer Stadtblatt II; GRUR 2022, 1336 [juris Rn. 52] - dortmund.de).

42 cc) Bei Online-Informationsangeboten, die nach ihren technischen Gegebenheiten nicht den für Druckerzeugnisse bestehenden Kapazitätsbeschränkungen unterliegen, ist das quantitative Verhältnis zwischen zulässigen und unzulässigen Beiträgen insoweit regelmäßig weniger aussagekräftig als bei Printmedien (kritisch Schwarz/Dorsch, NVwZ 2022, 1329, 1334; Beater, WRP 2022, 1202 Rn. 28; von Wallenberg, NJW 2022, 3191, 3193). Daher kann für die Gesamtbeurteilung bedeutsam sein, ob gerade die das Gebot der Staatsferne der Presse verletzenden Beiträge besonderes Gewicht haben und das Gesamtangebot prägen. Dafür können Verlinkungen auf diese Beiträge sprechen - zum Beispiel von der Startseite des Informationsangebots - oder der Umstand, dass sie zu den meistgelesenen Beiträgen zählen (vgl. BGH, GRUR 2022, 1336 [juris Rn. 54] - dortmund.de).

43 dd) Neben den inhaltlichen Kriterien ist in die Gesamtwürdigung insbesondere miteinzubeziehen, wie die Informationen den angesprochenen Nutzerinnen und Nutzern präsentiert werden. Dabei sind die optische Gestaltung, redaktionelle Elemente der meinungsbildenden Presse - wie Glossen, Kommentare oder Interviews - und die Frequenz des Vertriebs zu berücksichtigen. Allein die Verwendung pressemäßiger Darstellungselemente und eine regelmäßige Erscheinungsweise führen zwar nicht automatisch zu einer Verletzung des Gebots der Staatsferne der Presse. Die Grenze wird aber überschritten, wenn das Angebot

nicht mehr als staatliche Publikation erkennbar ist (vgl. BGH, GRUR 2022, 1336 [juris Rn. 53] - dortmund.de). Bei Online-Informationsangeboten ist insofern zu berücksichtigen, dass insbesondere Verlinkungen keine pressetypische, sondern eine internettypische Gestaltung darstellen. Es ist der Gemeinde weder verwehrt, bei kommunalen Publikationen im Internet auf internettypische Gestaltungen zurückzugreifen, noch ist es ihr grundsätzlich versagt, Überschriften, Unterüberschriften und Bilder zu verwenden (vgl. BGH, GRUR 2022, 1336 [juris Rn. 65] - dortmund.de).

- 44 ee) Erfolgt die Verteilung der Publikation oder die Bereitstellung des Online-Angebots kostenlos, erhöht sich die Gefahr einer Substitution privater Presse (BGH, GRUR 2022, 1336 [juris Rn. 53] - dortmund.de). Das gilt vor allem angesichts der zunehmenden Zahl von - zumindest teilweise - kostenpflichtigen Online-Nachrichtenportalen, weil damit die Wahrscheinlichkeit steigt, dass Verbraucherinnen und Verbraucher eher zu dem kostenfreien Internetangebot einer Kommune greifen, als das kostenpflichtige Online-Angebot der Lokalzeitung in Anspruch zu nehmen (vgl. Ettig, ZUM 2022, 846, 847; dies., K&R 2023, 16, 19).
- 45 ff) Eine Anzeigenschaltung ist ebenfalls in die Gesamtwürdigung einzubeziehen. Sie ist nicht generell unzulässig, sondern kann zulässiger, fiskalisch motivierter Randnutzen sein (vgl. BGH, GRUR 2022, 1336 [juris Rn. 53] - dortmund.de, mwN). Geht sie über einen solchen Randnutzen hinaus, kann dies zu einer Verletzung der Marktverhaltensregelung des Gebots der Staatsferne der Presse jedenfalls beitragen.
- 46 d) Von diesen Maßstäben für die Beurteilung, ob ein kommunales Internetportal gegen § 3a UWG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG verstößt, ist das Berufungsgericht im Grundsatz ausgegangen. Die Revision rügt allerdings mit Recht, dass es diese Grundsätze rechtsfehlerhaft ergänzt hat.

47 aa) Das Berufungsgericht hat angenommen, ergänzend zu den vom Bundesgerichtshof aufgestellten Grundsätzen seien, auch soweit ein Hoheitsträger nicht pressemäßig tätig werde, nach allgemeinen Regeln unzulässige geschäftliche Handlungen der öffentlichen Hand in die Gesamtwürdigung miteinzubeziehen. Insoweit sei zu berücksichtigen, ob staatliche Empfehlungen im Aufgabenbereich der jeweiligen Verwaltung lägen und neutral, objektiv und sachgerecht seien. Bei einer Randnutzung öffentlicher Einrichtungen für eigene erwerbswirtschaftliche Zwecke müsse die öffentliche Tätigkeit deutlich von der privaten getrennt sein und der Eindruck vermieden werden, die erwerbswirtschaftliche Betätigung sei noch Teil der hoheitlichen Aufgabenerfüllung.

48 bb) Das Berufungsgericht ist insoweit zwar zutreffend von einem besonderen Neutralitäts- und Sachlichkeitsgebot der öffentlichen Hand ausgegangen (vgl. dazu BGH, Urteil vom 1. März 2018 - I ZR 264/16, GRUR 2018, 622 [juris Rn. 17] = WRP 2018, 682 - Verkürzter Versorgungsweg II), dem auch die privatrechtlich organisierte Beklagte bei ihrer Tätigkeit unterliegt (zur Grundrechtsbindung beim Einsatz privatrechtlicher Organisations- und Gesellschaftsformen vgl. BVerfGE 128, 226 [juris Rn. 46]) und das bei der Empfehlung einer fremden Leistung verletzt sein kann (vgl. BGH, Urteil vom 18. Oktober 2001 - I ZR 193/99, GRUR 2002, 550 [juris Rn. 36] = WRP 2002, 527 - Elternbriefe). Ebenfalls zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, dass eine erwerbswirtschaftliche Randnutzung öffentlicher Einrichtungen - wie das Stadtportal - unter bestimmten Umständen unlauter sein kann, wenn beispielsweise die hoheitliche Aufgabenerfüllung mit der erwerbswirtschaftlichen Betätigung verquickt wird (vgl. BGH, GRUR 2002, 550 [juris Rn. 34 und 36] - Elternbriefe; BGH, Urteil vom 26. Februar 2009 - I ZR 106/06, GRUR 2009, 606 [juris Rn. 14] = WRP 2009, 611 - Buchgeschenk vom Standesamt).

- 49 cc) Zu Unrecht hat das Berufungsgericht diese Umstände allerdings in die Gesamtwürdigung bei der Prüfung eines Verstoßes gegen das Gebot der Staatsferne der Presse einbezogen. Geschäftliche Handlungen der öffentlichen Hand dieser Art sind nach den allgemeinen lauterkeitsrechtlichen Regelungen, wie zum Beispiel § 4 Nr. 4, §§ 4a, 5 Abs. 1 oder § 5a Abs. 4 Satz 1 UWG nF, zu beurteilen. Daraus resultierende Wettbewerbsverstöße, die im Übrigen nicht zu dem von den Klägerinnen begehrten Verbot des streitgegenständlichen Stadtportals in der konkreten Verletzungsform insgesamt, sondern nur zu einem Verbot des jeweils konkret angegriffenen Beitrags führen könnten, rügen die Klägerinnen entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung jedoch nicht (zum insoweit erforderlichen schlüssigen Vortrag vgl. BGH, Urteil vom 11. Oktober 2017 - I ZR 78/16, GRUR 2018, 431 [juris Rn. 16] = WRP 2018, 413 - Tiegelgröße).
- 50 e) Dieser Rechtsfehler ist entscheidungserheblich. Das Berufungsgericht hat im Rahmen seiner Gesamtwürdigung auch auf Verstöße wegen nach den allgemeinen Grundsätzen wettbewerbsrechtlich unzulässiger Empfehlungen durch die öffentliche Hand sowie auf Verstöße gegen die Verpflichtung zur objektiven und neutralen Amtsführung abgestellt.
- 51 aa) Das Berufungsgericht hat angenommen, der Gesamtcharakter des angegriffenen Stadtportals sei geeignet, die Institutsgarantie des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG zu gefährden. Das Stadtportal weise wegen einer nicht unerheblichen Zahl von redaktionellen Beiträgen, die den kommunalen Aufgabenbereich verließen, einen pressesubstituierenden Gesamtcharakter auf.
- 52 Ein funktionales Äquivalent zu einem privaten Pressemedium sei jedenfalls aufgrund der inhaltlich nicht vom kommunalen Aufgabenbereich gedeckten und sich in Inhalt, Art und Aufmachung nicht von einem privaten Presseprodukt unterscheidenden zahlreichen Beiträge in den Rubriken "Restaurants" und "Shopping" in Form der sogenannten "Restaurant Guides" und "Shopping Guides" anzunehmen. Presserelevanz habe nicht nur die Berichterstattung über

aktuelle Ereignisse und betreffend den politischen Meinungsbildungsprozess. Es handle sich auch bei Restaurantvorstellungen oder -kritiken und Einkaufstipps um Themen, die typischerweise von der Presse besetzt würden.

53 Die Beklagte könne sich nicht darauf berufen, die beanstandeten Beiträge gingen gegenüber den zulässigen Inhalten unter. Es sei bereits fraglich, ob eine Betrachtung anhand der von der Beklagten vorgetragene Prozentzahlen zulässig sei. Jedenfalls aber seien die 66 unzulässigen redaktionellen Beiträge in der Rubrik "Restaurant Guides" nicht ins Verhältnis zu 5.756 Listeneinträgen ("Gastro-Orte") zu setzen. Vielmehr stünden der erheblichen Zahl von 66 unzulässigen Beiträgen in der Unterrubrik "Restaurant Guides" und 42 unzulässigen Beiträgen in der Unterrubrik "Shopping Guides" keinerlei vergleichbare zulässige redaktionelle Beiträge in den jeweiligen Rubriken gegenüber. Auch bei einer Betrachtung des Portals insgesamt gingen diese unzulässigen Beiträge nach dem Gesamteindruck nicht gegenüber den zulässigen Verwaltungsinformationen in den anderen Rubriken des Stadtportals unter.

54 Auf eine konkrete Gefährdung der Presse komme es im Rahmen von § 3a UWG nicht an. Unerheblich sei deswegen, ob und in welchem Umfang Personen aufgrund des Angebots auf dem Stadtportal tatsächlich vom Erwerb einer Zeitung oder vom Besuch eines Online-Pressangebots absehen würden.

55 Ungeachtet dessen stellten sich die Beiträge in den Unterrubriken "Restaurant Guides" und "Shopping Guides" auch als nach allgemeinen Grundsätzen wettbewerbsrechtlich unzulässige Empfehlungen durch die öffentliche Hand und zugleich als Verstoß gegen die Verpflichtung zur objektiven und neutralen Amtsführung dar.

- 56 Eine abstrakte Gefährdung der Presse ergebe sich zudem daraus, dass in nahezu sämtlichen Rubriken in einem erheblichen Umfang, der weit über eine bloße Randnutzung hinausgehe, Anzeigenwerbung betrieben werde. Das Offerieren von Anzeigen und Stellenanzeigen gehöre zum typischen Tätigkeitsgebiet der Presse und stelle eine erhebliche Einnahmequelle für private Presseunternehmen dar. Zu berücksichtigen sei auch, dass das Internetangebot der Beklagten kostenlos bereitgestellt werde, während privat verantwortete Pressemedien häufig Bezahlschranken unterlägen.
- 57 Auch insoweit sei ergänzend anzumerken, dass selbst dann, wenn man eine Presserelevanz der Anzeigenwerbung nicht annähme, diese bereits nach den allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Maßstäben unzulässig wäre, weil sie über die bloße Randnutzung einer öffentlichen Einrichtung weit hinausgehe und zudem vielfach eine unzulässige Verquickung zwischen hoheitlicher und kommerzieller Tätigkeit erfolge.
- 58 Jedenfalls bei einer gemeinsamen Betrachtung der unzulässigen Beiträge und der Anzeigenwerbung überschreite das Stadtportal in der Gesamtschau die Grenzen des Zulässigen in einem solchen Maß, dass dieses unter keinen Umständen mehr hingenommen werden könne.
- 59 bb) Diese Gesamtwürdigung hält der rechtlichen Nachprüfung schon deshalb nicht stand, weil das Berufungsgericht bei der wertenden Gesamtbetrachtung des angegriffenen Stadtportals von dem von ihm rechtsfehlerhaft erweiterten Maßstab für einen Verstoß gegen das Gebot der Staatsferne der Presse ausgegangen ist und im Rahmen der Gesamtwürdigung jeweils auch darauf abgestellt hat, dass die Unterrubriken "Restaurant Guides" und "Shopping Guides" sowie die Anzeigenwerbung unabhängig von einer pressemäßigen Tätigkeit der Beklagten nach allgemeinen Grundsätzen wettbewerbsrechtlich unzulässig seien.

60 C. Danach ist das Berufungsurteil aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO) und die
Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zu-
rückzuverweisen, weil sie nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 1 Satz 1,
Abs. 3 ZPO).

61 D. Für die wiedereröffnete Berufungsinstanz wird auf Folgendes hingewie-
sen:

62 I. Das Berufungsgericht hatte seiner angefochtenen Entscheidung noch
allein die Vorschrift des § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG aF zugrunde zu legen. Im wieder-
eröffneten Berufungsverfahren wird es deshalb erstmals prüfen müssen, ob die
Klägerinnen die weiteren Voraussetzungen des § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG nF erfüllen.

63 II. Hinsichtlich der vom Berufungsgericht beanstandeten übermäßigen,
über eine zulässige Randnutzung hinausgehenden Anzeigenwerbung wendet
sich die Revision vergeblich dagegen, dass das Berufungsgericht vor allem auf
den Umfang der Werbung abgestellt hat.

64 1. Bei der Anzeigenwerbung ist zwar zu berücksichtigen, dass sie in einer
kommunalen Publikation unter dem Gesichtspunkt des Gebots der Staatsferne
der Presse nicht generell unzulässig ist, sondern zulässige, fiskalisch motivierte
Randnutzung sein kann (vgl. BGH, GRUR 2019, 189 [juris Rn. 41] - Crailsheimer
Stadtblatt II, mwN). Eine die Grenzen der zulässigen Randnutzung überschrei-
tende Werbung in einem kommunalen Amtsblatt oder Online-Portal birgt aber die
Gefahr existenzieller Schäden für die Presse, wenn private Unternehmen nicht
mehr in der Tageszeitung oder deren Online-Ausgabe, sondern bei der Kom-
mune im digitalen oder auch im Printbereich inserieren (vgl. Schwarz/Dorsch,
NVwZ 2022, 1329, 1333; vgl. auch Papier/Schröder, DVBI 2017, 1, 10; Peter,
GRUR 2022, 624, 629). Dieser wirtschaftliche Aspekt wird von der Pressefreiheit
umfasst, die sich auf den Anzeigenteil eines Presseerzeugnisses erstreckt (vgl.
BVerfGE 21, 271 [juris Rn. 28 und 33]; BVerfGE 64, 108 [juris Rn. 16]), weil er

für die Erhaltung der wirtschaftlichen Grundlagen der Presse als wesentlicher Voraussetzung ihrer Unabhängigkeit von Bedeutung ist (vgl. BVerfGE 64, 108 [juris Rn. 16]). Überdies erfüllt die Presse auch mit dem Anzeigenteil die ihr obliegende Kommunikationsaufgabe (vgl. BVerfGE 21, 271 [juris Rn. 31 f.]; BVerfGE 64, 108 [juris Rn. 16]). Ist die Verbreitung von Inseraten typische, auch grundrechtlich zugeordnete Funktion privater Presse, darf sie bei staatlichen Publikationen nur eine untergeordnete Rolle spielen (Degenhart, K&R Beilage 2016, Nr. 01, 1, 19 und 21 f.). Das gilt insbesondere für Online-Angebote, die in geringerem Maße auf eine Refinanzierung durch eine erwerbswirtschaftliche Randnutzung angewiesen sind (vgl. Papier/Schröder, DVBl 2017, 1, 10; Peter, GRUR 2022, 624, 629 f.).

65 2. Für die Bestimmung einer danach zulässigen Randnutzung in einem kommunalen Online-Portal hat das Berufungsgericht entgegen der Auffassung der Revision zutreffend auf den Umfang der Anzeigenschaltung abgestellt. Die Randnutzung bezeichnet eine Annex­tätigkeit. Dieser "Annex" muss ein solcher bleiben; die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe darf nicht umgekehrt zum Annex der erwerbswirtschaftlichen Betätigung werden (vgl. Ipsen, ZHR 2006, 422, 446). Die Randnutzung muss deshalb eine untergeordnete, quantitativ nachgeordnete Tätigkeit in innerem Zusammenhang mit der Hauptnutzung darstellen (Ruland, NZS 2013, 721, 725; vgl. auch Britz, NVwZ 2001, 380, 384; Degenhart, K&R Beilage 2016, Nr. 01, 1, 19; Krämer, LKV 2016, 348, 352).

66 III. Im Rahmen der erforderlichen Gesamtwürdigung wird das Berufungsgericht die neuere Rechtsprechung des Senats zu berücksichtigen haben.

67 1. Bei kommunalen Online-Publikationen und insbesondere bei den vom Berufungsgericht als presseähnlich gerügten Rubriken "Restaurants" und "Shopping" ist zu prüfen, ob die Informationsfülle im Internet im Streitfall möglicher-

weise dazu führt, dass sich trotz der Tätigkeit des Staates auf dem Meinungsmarkt am Bild der freien Presse nichts ändert (vgl. BGH, GRUR 2022, 1336 [juris Rn. 39] - dortmund.de).

68 2. Mit Blick auf die neuere Rechtsprechung des Senats wird das Berufungsgericht zudem eine Gewichtung der von ihm als unzulässig gerügten Rubriken vornehmen und feststellen müssen, ob gerade diese Beiträge besonderes Gewicht haben und das Gesamtangebot prägen (vgl. BGH, GRUR 2022, 1336 [juris Rn. 54] - dortmund.de). Die bloße Feststellung, die unzulässigen Beiträge gingen bei einer Gesamtbetrachtung des Portals nicht gegenüber den zulässigen Verwaltungsinformationen in anderen Rubriken des Stadtportals unter, ist dafür nicht ausreichend.

69 3. Das Berufungsgericht ist ferner zwar zutreffend davon ausgegangen, dass es im Rahmen von § 3a UWG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG nicht auf eine konkrete Gefährdung der Presse ankommt. Allerdings kann es ein Indiz gegen einen Verstoß gegen das Gebot der Staatsferne der Presse darstellen, wenn es keinerlei Anhaltspunkte dafür gibt, dass die kommunale Publikation bei den angesprochenen Verkehrskreisen als funktionales Äquivalent zu einer privaten Zeitung wirkt (zum umgekehrten Fall vgl. BGH, GRUR 2019, 189 [juris Rn. 40] - Crailsheimer Stadtblatt II, mwN).

70 IV. Hinsichtlich der von den Klägerinnen geltend gemachten vorgerichtlichen Abmahnkosten wendet sich die Revision mit Erfolg gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte könne sich nicht darauf berufen, die Klägerinnen hätten nicht schlüssig vorgetragen und schon gar nicht bewiesen, dass der Zahlungsanspruch im Innenverhältnis entstanden sei.

71 1. Für den Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten kommt es auf die Rechtslage zum Zeitpunkt des Zugangs der anwaltlichen Abmahnung mit Schreiben vom 29. Oktober 2019 und damit auf § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG in der bis zum

1. Dezember 2020 geltenden Fassung an (vgl. BGH, GRUR 2022, 729 [juris Rn. 11] - Zweitmarkt für Lebensversicherungen II, mwN). Der Ersatz der erforderlichen Aufwendungen kann danach verlangt werden, soweit die Abmahnung berechtigt ist. Voraussetzung für den Erstattungsanspruch ist grundsätzlich, dass der Abmahnende im Innenverhältnis zur Zahlung der geltend gemachten Kosten verpflichtet ist; fiktive Kosten sind nicht erstattungsfähig (vgl. BGH, Urteil vom 29. November 2018 - I ZR 237/16, GRUR 2019, 203 [juris Rn. 55] = WRP 2019, 187 - Versandapotheke, mwN; Urteil vom 22. Januar 2019 - VI ZR 402/17, GRUR 2019, 763 [juris Rn. 11]).

72

2. Die darlegungs- und beweisbelasteten Klägerinnen haben den Beweis, der Anspruch sei entstanden, bislang nicht geführt. Die Beklagte hat entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts sowohl in der Klageerwiderung als auch in der Berufungsbegründung substantiiert bestritten, dass die geltend gemachten Kosten durch die streitgegenständliche Abmahnung entstanden seien. Sie hat insbesondere vorgetragen, durch die von den Prozessbevollmächtigten der Klägerinnen bereits vor der Abmahnung entfaltete Tätigkeit in Form von Gesprächen seien die vorprozessualen Anwaltskosten bereits entstanden gewesen.

73 3. Im Übrigen weist die Revision zutreffend darauf hin, dass die Abmahnung vom 29. Oktober 2019, die Gegenstand des Kostenerstattungsantrags ist, nicht im Namen der Klägerin zu 5 ausgesprochen worden ist. Ausweislich des Abmahnschreibens waren die Prozessbevollmächtigten im Zeitpunkt der Abmahnung lediglich für die Klägerinnen zu 1 bis 4 sowie die Klägerin zu 6 mandatiert.

Koch

Schwonke

Schmaltz

Odörfer

Wille

Vorinstanzen:

LG München I, Entscheidung vom 17.11.2020 - 33 O 16274/19 -

OLG München, Entscheidung vom 30.09.2021 - 6 U 6754/20 -