Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
MACIEJ SZPUNAR
vom 24. Juni 2021 [1]

Rechtssache C-371/20

Peek & Cloppenburg KG, vertreten durch die Peek & Cloppenburg Düsseldorf Komplementär BV
gegen
Peek & Cloppenburg KG, vertreten durch die Van Graaf Management GmbH

(Vorabentscheidungsersuchen des Bundesgerichtshofs [Deutschland])

„Vorlage zur Vorabentscheidung – Verbraucherschutz – Unlautere Geschäftspraktiken – Werbeaktion – Förderung des Verkaufs der Produkte des Medienunternehmens und des Gewerbetreibenden“

I. Einleitung

1. Ein H. G. Wells zugeschriebenes Zitat lautet: „Werbung ist legalisiertes Lügen“ Ohne darauf einzugehen, ob diese Behauptung zutrifft, steht jedenfalls fest, dass im Unionsrecht eine Werbung in Form eines redaktionellen Inhalts, der seinen werblichen Charakter nicht deutlich erkennen lässt, keineswegs „legalisiert“ wird.

2. Nach Anhang I Nr. 11 der Richtlinie 2005/29/EG [2] stellt als Information getarnte Werbung nämlich eine Geschäftspraxis dar, die unter allen Umständen als unlauter gilt, ohne dass es einer Einzelfallprüfung anhand der Art. 5 bis 9 dieser Richtlinie bedarf. Außerdem hat der Gerichtshof entschieden, dass diese Richtlinie den inserierenden Unternehmen aufgibt, deutlich darauf hinzuweisen, dass sie einen redaktionellen Medieninhalt finanziert haben, wenn dieser Inhalt dazu dient, ein Produkt oder eine Dienstleistung dieser Gewerbetreibenden zu bewerben [3].

3. Das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen gibt dem Gerichtshof Gelegenheit, die Tragweite von Anhang I Nr. 11 der Richtlinie 2005/29 zu präzisieren. Der Gerichtshof wird insbesondere den Begriff „bezahlt“ auszulegen haben, der in dieser Bestimmung verwendet wird, um den Vorteil zu beschreiben, den ein inserierendes Unternehmen dem Medienunternehmen verschafft.

[1] Originalsprache: Französisch.

[2] Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, 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) (ABl. 2005, L 149, S. 22).

[3] Urteil vom 17. Oktober 2013, RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, Rn. 48).

II. Rechtlicher Rahmen

A. Unionsrecht

4. Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie 2005/29 bestimmt:

„Anhang I enthält eine Liste jener Geschäftspraktiken, die unter allen Umständen als unlauter anzusehen sind. Diese Liste gilt einheitlich in allen Mitgliedstaaten und kann nur durch eine Änderung dieser Richtlinie abgeändert werden."

5. Anhang I Nr. 11 dieser Richtlinie lautet:

„Es werden redaktionelle Inhalte in Medien zu Zwecken der Verkaufsförderung eingesetzt und der Gewerbetreibende hat diese Verkaufsförderung bezahlt, ohne dass dies aus dem Inhalt oder aus für den Verbraucher klar erkennbaren Bildern und Tönen eindeutig hervorgehen würde (als Information getarnte Werbung). …"

B. Deutsches Recht

6. Mit dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb in seiner auf den Ausgangsrechtsstreit anwendbaren Fassung (im Folgenden: UWG)[4] wurde die Richtlinie 2005/29 umgesetzt. § 3 („Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen") Abs. 1 und 3 des UWG sieht vor:

„(1) Unlautere geschäftliche Handlungen sind unzulässig.

…

(3) Die im Anhang dieses Gesetzes aufgeführten geschäftlichen Handlungen gegenüber Verbrauchern sind stets unzulässig. …"

7. Nr. 11 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG lautet:

„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)."

III. Sachverhalt des Ausgangsrechtsstreits

8. Die Peek & Cloppenburg KG, vertreten durch die Peek & Cloppenburg Düsseldorf Komplementär BV (im Folgenden: P&C Düsseldorf), und die Peek & Cloppenburg KG, vertreten durch die Van Graaf Management GmbH (im Folgenden: P&C Hamburg), sind zwei rechtlich und wirtschaftlich voneinander unabhängige Unternehmen, die beide unter der Unternehmensbezeichnung „Peek & Cloppenburg" über verschiedene Filialen den Einzelhandel mit Bekleidung betreiben. Sie sind in verschiedenen Regionen des deutschen Hoheitsgebiets tätig und in jeder dieser Regionen betreibt nur eine der beiden Parteien Bekleidungshäuser. Die Parteien werben für ihre Bekleidungshäuser getrennt und unabhängig voneinander.

[4] BGBl. I 2010, S. 254.

9. Im März 2011 lud ein doppelseitiger Artikel im Modemagazin *GRAZIA* unter dem Titel „Leseraktion“ die Leserinnen zu einem exklusiven Shopping-Abend namens „GRAZIA StyleNight by Peek & Cloppenburg“ ein.

10. Vor dem Hintergrund von Bildern eines Bekleidungshauses, über dessen Eingängen in Leuchtschrift der Schriftzug „Peek & Cloppenburg“ zu erkennen war, hieß es im Text: „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!“ Im Artikel war angegeben, dass es zwei unabhängige Unternehmen mit der Bezeichnung Peek & Cloppenburg gebe und dass es sich im vorliegenden Fall um eine Information der „Peek & Cloppenburg KG Düsseldorf“ handele.

11. Mit einer beim Landgericht Hamburg (Deutschland) erhobenen Klage machte P&C Hamburg geltend, eine solche Geschäftspraxis verstoße gegen das Verbot redaktioneller Werbung in § 3 Abs. 3 UWG in Verbindung mit Nr. 11 des Anhangs zu diesem Gesetz. P&C Hamburg beantragte, P&C Düsseldorf zu verbieten, als Mitbewerberin Anzeigen veröffentlichen zu lassen, ohne diese eindeutig als „Anzeige“ zu kennzeichnen, sie zur Erteilung bestimmter Auskünfte zu verurteilen und ihre Schadensersatzverpflichtung festzustellen.

12. Das erstinstanzliche Gericht gab den Anträgen von P&C Hamburg statt. Die beim Oberlandesgericht Hamburg (Deutschland) eingelegte Berufung von P&C Düsseldorf wurde zurückgewiesen. Mit ihrer Revision zum vorlegenden Gericht beantragt P&C Düsseldorf, die Klage von P&C Hamburg abzuweisen.

IV. Vorlagefragen und Verfahren vor dem Gerichtshof

13. Mit Beschluss vom 25. Juni 2020, beim Gerichtshof eingegangen am 7. August 2020, hat der mit der Revision von P&C Düsseldorf befasste Bundesgerichtshof das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen vorgelegt:

1. Ist eine „Bezahlung“ einer Verkaufsförderung im Sinne von Nr. 11 Satz 1 des Anhangs I der Richtlinie 2005/29 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 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?

14. P&C Düsseldorf, P&C Hamburg, die ungarische Regierung und die Europäische Kommission haben schriftliche Erklärungen eingereicht. Im vorliegenden Fall hat keine mündliche Verhandlung stattgefunden.

V. Würdigung

15. Das vorlegende Gericht führt in der Begründung für seine beiden Vorlagefragen aus, dass der Erfolg des bei ihm anhängigen Rechtsmittels von der Auslegung von Anhang I Nr. 11 der Richtlinie 2005/29 abhänge. Art. 5 Abs. 5 und Anhang I Nr. 11 dieser Richtlinie seien mit § 3 Abs. 3 UWG und Nr. 11 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG in deutsches Recht umgesetzt worden, so dass diese Bestimmungen des deutschen Rechts im Einklang mit dieser Richtlinie auszulegen seien.

16. In Anbetracht der Besonderheiten des rechtlichen und tatsächlichen Rahmens des vorliegenden Vorabentscheidungsersuchens halte ich es für zweckmäßig, vorab einige Bemerkungen zum Anwendungsbereich der Richtlinie 2005/29 zu machen, bevor ich die Vorlagefragen prüfe.

17. Genauer gesagt werde ich erstens prüfen, ob die im Ausgangsrechtsstreit in Rede stehende Praxis eine Geschäftspraxis im Sinne von Art. 2 Buchst. d der Richtlinie 2005/29 darstellt und daher den Vorschriften dieser Richtlinie unterliegt, und zweitens, ob der Umstand, dass die Vorlagefragen im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen zwei Wettbewerbern gestellt wurden, die Anwendbarkeit dieser Richtlinie ausschließen kann.

A. Die im Ausgangsrechtsstreit beanstandete Praxis als Geschäftspraxis

18. Unter Bezugnahme auf die Erläuterungen des Berufungsgerichts weist das vorlegende Gericht darauf hin, dass die im Ausgangsrechtsstreit beanstandete Praxis nicht in der Durchführung der im betreffenden Presseartikel angekündigten und beschriebenen Veranstaltungen bestehe, sondern in der Veröffentlichung dieses Artikels [5].

19. Das vorlegende Gericht führt weiter aus, dass die Beurteilung des Berufungsgerichts, wonach die in Rede stehende Veröffentlichung eine gemeinsame Geschäftspraxis von P&C Düsseldorf und der Zeitschrift *GRAZIA* darstelle, die den Absatz dieser beiden Unternehmen fördern solle, keinen Rechtsfehler erkennen lasse. Die von P&C Hamburg erhobene Klage richtet sich jedoch ausschließlich gegen P&C Düsseldorf.

20. Um in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2005/29 zu fallen, muss die im Ausgangsrechtsstreit beanstandete Praxis eine Geschäftspraxis im Sinne von Art. 2 Buchst. d dieser Richtlinie darstellen.

21. Diese Praxis muss daher zum einen von einem „Gewerbetreibenden“ im Sinne von Art. 2 Buchst. b dieser Richtlinie ausgehen, d. h. von einer Person, die zu „Zwecken tätig wird, die ihrer gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden

[5] In der Begründung des Vorabentscheidungsersuchens führt das vorlegende Gericht aus, dass „die angegriffene Werbeaktion allein in der Veröffentlichung des Beitrags und nicht in der Durchführung der darin angekündigten und beschriebenen Veranstaltungen [bestehe]“ und „[s]treitgegenständlich … eine bundesweite Werbemaßnahme [von P&C Düsseldorf sei], die … in der Modezeitschrift … veröffentlicht“ worden sei. Im Wortlaut der zweiten Vorlagefrage und in anderen Passagen der Begründung des Vorabentscheidungsersuchens wird der Begriff „Werbeaktion“ allerdings verwendet, um die in den Bekleidungshäusern von P&C Düsseldorf durchgeführten Veranstaltungen zu bezeichnen, die Gegenstand des in der Zeitschrift *GRAZIA* veröffentlichten Artikels waren. Um jegliche Verwechslung zu vermeiden, gehe ich davon aus, dass die im Ausgangsrechtsstreit beanstandete Praxis die Veröffentlichung dieses Artikels betrifft, und werde den Begriff „Werbeaktion“ in den vorliegenden Schlussanträgen verwenden, um die darin angekündigten und beschriebenen Veranstaltungen zu beschreiben.

können“, oder im Namen bzw. Auftrag des Gewerbetreibenden handelt [6]. Zum anderen muss diese Praxis eine Handlung, Unterlassung, Verhaltensweise oder Erklärung darstellen, die „unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts an Verbraucher zusammenhängt“ [7].

22. Wie das vorlegende Gericht unter Bezugnahme auf die Feststellungen des Berufungsgerichts ausführt, wurde die streitige Praxis von P&C Düsseldorf initiiert [8] und diente dem Zweck, den Absatz dieses Unternehmens zu fördern. Diese Praxis geht zum einen von P&C Düsseldorf aus und fügt sich zum anderen in die Geschäftsstrategie dieses Unternehmens ein und hängt unmittelbar mit der Absatzförderung und dem Verkauf seiner Produkte zusammen. Diese Praxis stellt somit eine Geschäftspraxis im Sinne von Art. 2 Buchst. d der Richtlinie 2005/29 dar und fällt damit in deren Anwendungsbereich [9].

23. Diese Erwägung wird weder dadurch in Frage gestellt, dass der in der Zeitschrift *GRAZIA* veröffentlichte Artikel eine von P&C Düsseldorf in Zusammenarbeit mit dieser Zeitschrift veranstaltete Werbeaktion zum Gegenstand hatte, noch dadurch, dass dieser Artikel der Förderung des Absatzes dieser beiden Wirtschaftsteilnehmer dienen sollte.

24. Wie der Gerichtshof bereits ausgeführt hat, kann die Richtlinie 2005/29 nach der Definition des Begriffs des Gewerbetreibenden in Art. 2 Buchst. b dieser Richtlinie in einer Situation anwendbar sein, in der die Geschäftspraktiken eines Wirtschaftsteilnehmers von einem anderen Unternehmen ausgeübt werden, das im Namen und/oder Auftrag dieses Wirtschaftsteilnehmers tätig wird, so dass die Bestimmungen dieser Richtlinie in bestimmten Situationen sowohl diesem Wirtschaftsteilnehmer als auch diesem Unternehmen entgegengehalten werden können, wenn beide der Definition des „Gewerbetreibenden“ entsprechen [10]. Erst recht ist nicht auszuschließen, dass eine einzige Geschäftspraxis zwei verschiedenen Wirtschaftsteilnehmern zuzurechnen ist, wenn diese für eigene Rechnung und für Rechnung eines mitwirkenden Unternehmens handeln. Eine solche Geschäftspraxis würde ebenfalls in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2005/29 fallen. Dies vorausgeschickt, richtet sich die Klage von P&C Hamburg aber, wie ich bereits in Nr. 19 der vorliegenden Schlussanträge ausgeführt habe, allein gegen P&C Düsseldorf, so dass sich die Frage, ob die Bestimmungen dieser Richtlinie der Zeitschrift *GRAZIA* entgegengehalten werden können, im vorliegenden Fall nicht stellt [11].

25. Außerdem entspricht die in Nr. 22 der vorliegenden Schlussanträge dargelegte rechtliche Einordnung im Wesentlichen derjenigen des vorlegenden Gerichts. Dieses Gericht weist nämlich darauf hin, dass die Veröffentlichung des Artikels nach den Feststellungen des Berufungsgerichts sowohl eine geschäftliche Handlung im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG als auch eine Geschäftspraxis im Sinne von Art. 2 Buchst. d der Richtlinie 2005/29 darstelle. Außerdem sei die

6 Vgl. Urteil vom 4. Oktober 2018, Kamenova (C-105/17, EU:C:2018:808, Rn. 32). Art. 2 Buchst. b der Richtlinie 2005/29 definiert den Gewerbetreibenden als „jede natürliche oder juristische Person, die im Geschäftsverkehr im Sinne dieser Richtlinie im Rahmen ihrer gewerblichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit handelt, und jede Person, die im Namen oder Auftrag des Gewerbetreibenden handelt“.

7 Vgl. Urteil vom 4. Oktober 2018, Kamenova (C-105/17, EU:C:2018:808, Rn. 42 und 43).

8 Siehe Fn. 5 der vorliegenden Schlussanträge, insbesondere die Angabe, „[s]treitgegenständlich [sei] eine bundesweite Werbemaßnahme [von P&C Düsseldorf] … in der Modezeitschrift“.

9 Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 17. Oktober 2013, RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, Rn. 36).

10 Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 17. Oktober 2013, RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, Rn. 38).

11 Ohne die Antwort auf eine solche Frage vorwegnehmen zu wollen, trifft es zwar zu, dass Rn. 39 des Urteils vom 17. Oktober 2013, RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669), den Eindruck erwecken kann, dass die Veröffentlichung eines Artikels keine Geschäftspraxis eines Presseverlegers darstellen könne. In der Rechtssache, in der dieses Urteil ergangen ist, ging es jedoch um Artikel, die sich auf Ereignisse außerhalb eines Presseverlags bezogen, während die vorliegende Rechtssache die Veröffentlichung eines Artikels betrifft, der sich mit einer von einem Presseverlag in Zusammenarbeit mit P&C Düsseldorf veranstalteten Werbeaktion befasst.

Beurteilung des Berufungsgerichts nicht rechtsfehlerhaft. Ich verstehe diese Aussage so, dass sie auch die rechtliche Einstufung der Veröffentlichung des Artikels im Hinblick auf diese Bestimmung des Unionsrechts betrifft.

26. In diesem Zusammenhang weist das vorlegende Gericht auf eine Nuance hin, die den im deutschen Recht definierten Begriff „geschäftliche Handlung" kennzeichne. Es erläutert, dieser Begriff werde in § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG definiert als 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 objektiv zusammenhängt. Nach Auffassung des vorlegenden Gerichts reicht der Begriff der „geschäftlichen Handlung" im deutschen Recht weiter als der in Art. 2 Buchst. d der Richtlinie 2005/29 verwendete Begriff, weil er auch Handlungen Dritter zur Förderung des Absatzes oder Bezugs eines fremden Unternehmens erfasse, die nicht im Namen oder im Auftrag des Unternehmers handelten. Die Richtlinie 2005/29 stehe der weiterreichenden Definition der „geschäftlichen Handlung" aber nicht entgegen, weil sie nur einen Teilaspekt auf dem Gebiet des unlauteren Wettbewerbs regele.

27. Allerdings hat der Gerichtshof nicht zu klären, ob § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG eine ordnungsgemäße Umsetzung von Art. 2 Buchst. d der Richtlinie 2005/29 darstellt. Für die Beantwortung der Vorlagefragen ist es auch nicht erforderlich, zu bestimmen, inwieweit die Definition im deutschen Recht weiter reicht als die im Unionsrecht. Es ist nur zu prüfen, ob die im Ausgangsrechtsstreit beanstandete Praxis eine Geschäftspraxis von P&C Düsseldorf im Sinne dieser Richtlinie darstellt, was, wie ich ausgeführt habe [12], der Fall ist.

B. Zur Beanstandung einer Geschäftspraxis im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen zwei Wettbewerbern

28. Das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits, in dem P&C Hamburg beantragt, P&C Düsseldorf zu verbieten, als Mitbewerberin Werbeanzeigen erscheinen zu lassen, die nicht eindeutig als solche erkennbar sind, sie zur Erteilung bestimmter Auskünfte zu verpflichten und sie zum Ersatz des entstandenen Schadens zu verurteilen. Im Kontext dieses Rechtsstreits möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die Veröffentlichung des in Rede stehenden Artikels eine Geschäftspraxis darstellt, die von Anhang I Nr. 11 der Richtlinie 2005/29 erfasst wird und daher unter allen Umständen als unlauter gilt.

29. Eine Geschäftspraxis im Sinne der Richtlinie 2005/29 kommt zwar nur in Betracht, wenn sie einerseits einen Gewerbetreibenden und andererseits einen Verbraucher betrifft [13].

30. Der Umstand, dass sich im Ausgangsrechtsstreit zwei Gewerbetreibende gegenüberstehen, die offenbar im Wettbewerb miteinander stehen, bedeutet jedoch nicht automatisch, dass die nationalen Vorschriften, mit denen die Richtlinie 2005/29 umgesetzt wurde, im vorliegenden Fall nicht anwendbar sind.

31. Der Gerichtshof hat nämlich bereits festgestellt, dass nationale Bestimmungen, die im Interesse der Verbraucher eine unlautere Geschäftspraxis unter Androhung von Sanktionen verbieten, in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2005/29 fallen [14]. Das Interesse der

[12] Siehe Nr. 22 der vorliegenden Schlussanträge.

[13] Vgl. meine Schlussanträge in der Rechtssache Kamenova (C-105/17, EU:C:2018:378, Nr. 40).

[14] Vgl. Urteil vom 17. Januar 2013, Köck (C-206/11, EU:C:2013:14, Rn. 33).

Verbraucher kann durch Rechtsstreitigkeiten zwischen Wettbewerbern geschützt werden, wobei in diesem Fall das in Art. 11 Abs. 1 dieser Richtlinie vorgesehene „*private enforcement*“ des Verbraucherschutzrechts zum Tragen kommt. Nach dieser Bestimmung stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass geeignete und wirksame Mittel zur Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken vorhanden sind. Diese Mittel können Rechtsvorschriften umfassen, die es Mitbewerbern gestatten, gerichtlich gegen solche Geschäftspraktiken vorzugehen.

32. Der Umstand, dass ein Wettbewerber ein eigenes Interesse an einer solchen Klage hat, kann die Anwendbarkeit der Richtlinie 2005/29 nicht ausschließen.

33. Die Richtlinie 2005/29 wurde nämlich auf der Grundlage von Art. 114 AEUV erlassen, und eines ihrer Ziele besteht nach ihrem Art. 1 darin, zu einem reibungslosen Funktionieren des Binnenmarkts beizutragen [15]. In diesem Zusammenhang heißt es im sechsten und im achten Erwägungsgrund dieser Richtlinie, sie schütze unmittelbar die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher vor unlauteren Geschäftspraktiken im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und somit auch mittelbar die wirtschaftlichen Interessen rechtmäßig handelnder Mitbewerber [16]. Wie der Gerichtshof unter Bezugnahme auf den sechsten Erwägungsgrund dieser Richtlinie bereits ausgeführt hat, sind vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie nur solche nationalen Rechtsvorschriften ausgenommen, die unlautere Geschäftspraktiken betreffen, die „lediglich“ die wirtschaftlichen Interessen von Mitbewerbern schädigen oder sich auf ein Rechtsgeschäft zwischen Gewerbetreibenden beziehen [17].

C. Bemerkungen zum Gegenstand und zur Tragweite der Vorlagefragen

34. Mit seinen beiden Vorabentscheidungsfragen möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die beanstandete Geschäftspraxis in Anbetracht der Umstände des Ausgangsrechtsstreits und insbesondere der Vorteile, die P&C Düsseldorf dem Medienunternehmen, d. h. dem Verleger der Zeitschrift *GRAZIA*, gewährt hat, eine unter allen Umständen unlautere Geschäftspraxis im Sinne von Anhang I Nr. 11 der Richtlinie 2005/29 darstellt. Während diese Bestimmung für den Nachweis des Vorliegens einer Geschäftspraxis, die unter allen Umständen als unlauter gilt, mehrere Voraussetzungen aufstellt, betreffen die beiden Vorlagefragen nur die Voraussetzung der Bezahlung der Verkaufsförderung.

35. Mit seiner ersten Frage möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob Anhang I Nr. 11 der Richtlinie 2005/29 dahin auszulegen ist, dass der Einsatz eines redaktionellen Inhalts zu Zwecken der Verkaufsförderung vom Gewerbetreibenden nicht nur dann „bezahlt“ wird, wenn dieser dem Medienunternehmen für die Verkaufsförderung eine Gegenleistung in Geld erbringt, sondern auch dann, wenn er ihm einen Vorteil verschafft, der in Waren oder Dienstleistungen oder sonstigen Vermögenswerten besteht [18].

[15] Vgl. in diesem Sinne meine Schlussanträge in der Rechtssache Kamenova (C-105/17, EU:C:2018:378, Nr. 32). Zum Zusammenhang zwischen dem reibungslosen Funktionieren des Binnenmarkts und den unterschiedlichen Formen des „*private enforcement*“ des Unionsrechts vgl. entsprechend Urteil vom 17. September 2002, Muñoz und Superior Fruiticola (C-253/00, EU:C:2002:497, Rn. 29 bis 32).

[16] Vgl. in diesem Sinne auch Urteil vom 17. Oktober 2013, RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, Rn. 40), in dem der Gerichtshof festgestellt hat, dass die Richtlinie 2005/29 die Verbraucher der Produkte und Dienstleistungen dieser Unternehmen sowie deren rechtmäßig handelnde Mitbewerber schützen soll.

[17] Vgl. Urteile vom 14. Januar 2010, Plus Warenhandelsgesellschaft (C-304/08, EU:C:2010:12 Rn. 39), und vom 17. Januar 2013, Köck (C-206/11, EU:C:2013:14, Rn. 30).

[18] Ich weise darauf hin, dass das vorlegende Gericht den Gerichtshof nicht um Klärung ersucht, ob eine Finanzierung in Form eines Vorteils erfolgen kann, der kein Vermögensvorteil ist. Der Vollständigkeit halber genügt der Hinweis, dass in der Lehre in Betracht gezogen wird, diese Frage zu bejahen. Vgl. Namysłowska, M., Sztobryn, K., „Ukryta reklama po implementacji dyrektywy o nieuczciwych praktykach rynkowych“, *Państwo i Prawo*, 2008, Bd. 11, S. 61.

36. Die zweite Vorlagefrage besteht aus zwei Teilen. Mit dem ersten Teil dieser Frage, der nur zu beantworten ist, wenn die erste Frage bejaht wird, möchte das vorlegende Gericht wissen, ob ein solcher Vermögenswert eine Gegenleistung für den Einsatz redaktioneller Inhalte zu Zwecken der Verkaufsförderung im Sinne von Anhang I Nr. 11 der Richtlinie 2005/29 darstellt.

37. Der in der Formulierung der ersten Frage verwendete Ausdruck „für den Einsatz redaktioneller Inhalte [erbrachte] Gegenleistung“ mag zwar den Eindruck erwecken, diese Frage überschneide sich mit dem ersten Teil der zweiten Frage, aber so ist es nicht. Während es bei der ersten Frage nämlich darum geht, ob die „Bezahlung“ eine andere Form als die einer Geldzahlung annehmen kann, bezieht sich der erste Teil der zweiten Frage darauf, ob eine solche Bezahlung, wie das vorlegende Gericht in der Begründung des Vorabentscheidungsersuchens erläutert, eine geldwerte Gegenleistung „im Sinne eines *do ut des*“ darstellen muss.

38. Diese Frage greift das von P&C Düsseldorf mit ihrer Revision geltend gemachte Argument auf, vom Vorliegen einer unter allen Umständen als unlauter geltenden Geschäftspraxis könne nur ausgegangen werden, wenn zwischen dem vom Gewerbetreibenden gewährten Vorteil und dem redaktionellen Inhalt eine Zweckbeziehung bestehe, so dass sich die Berichterstattung aufgrund dieser Finanzierung als vom Gewerbetreibenden „gekauft“ erweise. Nach Auffassung von P&C Düsseldorf lässt sich diese Schlussfolgerung hingegen nicht aus dem Umstand ziehen, dass sich der Gewerbetreibende an den Kosten einer gemeinsam mit einem Medienunternehmen veranstalteten Werbeaktion beteilige, die beiden Marktteilnehmern zugutekomme. Gemeinschaftlich finanziert werde in einem solchen Fall nur die gemeinsam durchgeführte Veranstaltung, während das Medienunternehmen mit dem redaktionellen Beitrag lediglich in seinem eigenen Interesse auf die Werbeaktion hinweise.

39. Das vorlegende Gericht führt hierzu aus, dass von der Zweckbeziehung, auf die P&C Düsseldorf verweise, möglicherweise schon deshalb auszugehen sei, weil die Werbeaktion und der Presseartikel als Teile einer einheitlichen Werbeaktion anzusehen sein könnten, die sich nur einheitlich betrachten und bewerten lasse. Zwingend sei eine solche Lösung allerdings nicht. Im Hinblick auf diese Ausführungen weist das vorlegende Gericht darauf hin, dass P&C Düsseldorf dem Medienunternehmen nach den Feststellungen des Berufungsgerichts u. a. Nutzungsrechte an den in diesem Artikel verwendeten Bildern zur Verfügung gestellt habe. Nach Auffassung des vorlegenden Gerichts dürfte somit zumindest ein Teil der von P&C Düsseldorf erbrachten geldwerten Leistungen in einem konkreten Zusammenhang mit der Veröffentlichung dieses Presseartikels stehen.

40. Wie sich aus der Formulierung der zweiten Frage ergibt, stellt sich deren zweiter Teil nur dann, wenn der erste Teil zu bejahen ist. Mit dem zweiten Teil der zweiten Frage möchte das vorlegende Gericht geklärt wissen, ob der Einsatz des redaktionellen Inhalts im Sinne von Anhang I Nr. 11 der Richtlinie 2005/29 „bezahlt“ worden ist, wenn der Gewerbetreibende dem Medienunternehmen Bildrechte zur Verfügung gestellt hat und sich beide Unternehmen an Kosten und Aufwand der Werbeaktion zur Förderung des Verkaufs ihrer Produkte beteiligt haben.

41. Meines Erachtens sind diese beiden Fragen in Anbetracht ihres gemeinsamen Gegenstands sowie des Umstands, dass sie untrennbar miteinander verbunden sind, zusammen zu beantworten und erfordern eine einheitliche Antwort.

42. Folglich ist in einem ersten Schritt zu klären, ob Anhang I Nr. 11 der Richtlinie 2005/29 dahin auszulegen ist, dass ein Gewerbetreibender den Einsatz eines redaktionellen Inhalts zu Zwecken der Verkaufsförderung nicht nur dann „bezahlt“, wenn er dem Medienunternehmen hierfür eine Geldleistung gewährt, sondern auch dann, wenn er ihm einen Vorteil verschafft, der in Waren, Dienstleistungen oder sonstigen Vermögenswerten besteht (Abschnitt D).

43. Ist dies zu bejahen, wird in einem zweiten Schritt zu prüfen sein, ob ein solcher Vermögensvorteil eine Gegenleistung für den Einsatz redaktioneller Inhalte zu Zwecken der Verkaufsförderung im Sinne von Anhang I Nr. 11 der Richtlinie 2005/29 darstellt, so dass ein Zusammenhang zwischen dem in Rede stehenden Vorteil und der in Rede stehenden Verkaufsförderung besteht. Trifft dies zu, wird zu prüfen sein, ob in einem Fall, in dem ein Medienunternehmen über eine gemeinsam mit dem Gewerbetreibenden veranstaltete Werbeaktion berichtet, die dem Medienunternehmen überlassenen Nutzungsrechte an den Bildern und/oder die Beteiligung an Kosten und Aufwand dieser Werbeaktion eine solche Gegenleistung darstellen (Abschnitt E).

D. „Bezahlung“ in Form vermögenswerter Vorteile

1. Wörtliche Auslegung

44. Wie sich aus dem fünften Erwägungsgrund der Richtlinie 2005/29 ergibt, war der Unionsgesetzgeber der Auffassung, dass die Hemmnisse für den grenzüberschreitenden Dienstleistungs- und Warenverkehr und für die Niederlassungsfreiheit nur durch die Festlegung einheitlicher Regeln und durch die Klärung bestimmter Rechtskonzepte beseitigt werden können. Daraus schließe ich, dass die in dieser Richtlinie verwendeten Begriffe für den Unionsgesetzgeber grundsätzlich autonome Begriffe des Unionsrechts darstellen.

45. Je nach den verschiedenen Sprachfassungen der Richtlinie 2005/29 und den in ihnen verwendeten Begriffen kann Anhang I Nr. 11 dieser Richtlinie in dem Sinne verstanden werden, dass eine Bezahlung in Form eines Geldvorteils erfolgen muss [19], oder aber – nach den weiter gefassten Begriffen in anderen Sprachfassungen – in dem Sinne, dass eine solche Bezahlung jede Form eines vermögenswerten Vorteils annehmen kann [20].

[19] Zu erwähnen sind die spanische („*pagando*“), die tschechische („*zaplatil*“), die dänische („*betalt*“), die deutsche („*bezahlt*“), die estnische („*maksnud*“), die englische („*paid for*“), die lettische („*ir samaksājis*“), die litauische („*sumokėjo*“), die niederländische („*betaald*“), die polnische („*zapłacił*“), die rumänische („*a plătit*“), die slowakische („*zaplatil*“), die slowenische („*plačal*“), die finnische („*maksanut*“) und die schwedische („*betalat*“) Sprachfassung, die verschiedene grammatikalische Formen des Verbs „bezahlen“ verwenden.

[20] Dies gilt vor allem für die italienische Sprachfassung („*costi […] sostenuti*“), die in freier Übersetzung „Tragung der Kosten der Verkaufsförderung“ bedeutet. In gleicher Weise schließt der Wortlaut der französischen („*financer*“), der ungarischen („*fizetett*“) und der portugiesischen Sprachfassung („*financiar*“) andere Formen vermögenswerter Vorteile als Geld offenbar nicht aus.

46. Aufgrund dieser Unterschiedlichkeit lässt sich nicht eindeutig feststellen, welcher Art ein Vorteil sein muss, um eine Bezahlung im Sinne von Anhang I Nr. 11 dieser Richtlinie darstellen zu können. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs muss daher auf andere Auslegungsmethoden als die der wörtlichen Auslegung zurückgegriffen werden [21].

2. Systematische Auslegung

47. Die Bestimmungen der Richtlinie 2005/29 sind im Wesentlichen aus der Sicht des Verbrauchers als des Adressaten und Opfers unlauterer Geschäftspraktiken konzipiert [22]. In dem so konzipierten System wird die in Anhang I Nr. 11 der Richtlinie 2005/29 beschriebene Geschäftspraxis als eine „unter allen Umständen als unlauter geltende" und – wie sich aus den Überschriften dieses Anhangs ergibt – „irreführende Geschäftspraxis" eingestuft.

48. Die Unterteilung von Geschäftspraktiken in solche, die unter allen Umständen als unlauter gelten, und solche, die nur nach einer Einzelfallprüfung anhand der Bestimmungen der Art. 5 bis 9 der Richtlinie 2005/29 für unlauter erklärt werden können, beruht auf der Erwägung, dass nur die verbraucherschädlichsten Geschäftspraktiken unter ein absolutes Verbot fallen [23].

49. Aus der Sicht des Verbrauchers spielt es keine Rolle, ob die Bezahlung des Einsatzes redaktioneller Inhalte in Form einer Geldleistung erfolgt oder nicht. Die in Anhang I Nr. 11 der Richtlinie 2005/29 beschriebene Geschäftspraxis gilt wegen der Täuschung, zu der sie führen kann, unter allen Umständen als unlauter. Um eine solche Täuschung zu vermeiden, gibt, wie der Gerichtshof bereits ausgeführt hat, „die Richtlinie 2005/29, insbesondere Nr. 11 ihres Anhangs I, … den inserierenden Unternehmen [tatsächlich] auf, deutlich darauf hinzuweisen, dass sie einen redaktionellen Medieninhalt finanziert haben, wenn dieser Inhalt dazu dient, ein Produkt oder eine Dienstleistung dieser Gewerbetreibenden zu bewerben" [24].

50. Somit spricht die systematische Auslegung der Richtlinie 2005/29 für die Auffassung, dass es ohne Belang ist, in welcher Form – ob durch Geldleistung oder einen sonstigen vermögenswerten Vorteil – die Bezahlung erfolgt.

[21] Im Urteil 4finance hat der Gerichtshof das Ergebnis der wörtlichen Auslegung von Anhang I Nr. 14 der Richtlinie 2005/29 anhand des Ergebnisses der teleologischen Auslegung bestätigt und dies mit dem Hinweis verbunden, dass die Notwendigkeit einer einheitlichen Anwendung und Auslegung einer Vorschrift des Unionsrechts es ausschließt, sie in einer ihrer Sprachfassungen isoliert zu betrachten, und es vielmehr gebietet, sie nach dem wirklichen Willen ihres Urhebers und dem von diesem verfolgten Zweck namentlich im Licht ihrer Fassung in allen Sprachen auszulegen (Urteil vom 3. April 2014, C-515/12, EU:C:2014:211, Rn. 19, 20 und 24). Ebenfalls im Kontext dieser Richtlinie hat der Gerichtshof im Urteil Trento Sviluppo und Centrale Adriatica ausgeführt, dass die fragliche Vorschrift im Fall voneinander abweichender Sprachfassungen nach der allgemeinen Systematik und dem Zweck der Regelung ausgelegt werden muss, zu der sie gehört (Urteil vom 19. Dezember 2013, C-281/12, EU:C:2013:859, Rn. 26). Darüber hinaus hat der Gerichtshof im Urteil Purely Creative u. a. die Vorlagefragen zu Anhang I Nr. 31 der Richtlinie 2005/29 unter Rückgriff auf eine wörtliche (Rn. 25 und 26), historische (Rn. 28), systematische (Rn. 35 und 42) und teleologische (Rn. 43) Auslegung dieser Bestimmung beantwortet (Urteil vom 18. Oktober 2012, C-428/11, EU:C:2012:651, im Folgenden: Urteil Purely Creative u. a.). In gleicher Weise hat der Gerichtshof im Urteil Wind Tre und Vodafone Italia zur Beantwortung der Vorlagefrage zu Anhang I Nr. 21 dieser Richtlinie auf die wörtliche (Rn. 43), systematische (Rn. 45) und teleologische (Rn. 54) Auslegung zurückgegriffen (Urteil vom 13. September 2018, C-54/17 und C-55/17, EU:C:2018:710). Zwar hat der Gerichtshof in den beiden letztgenannten Urteilen das Bestehen von Unterschieden zwischen den Sprachfassungen dieser Richtlinie nicht erwähnt. Der in diesen Urteilen gewählte methodische Ansatz bestätigt jedoch, dass das Ergebnis der wörtlichen Auslegung die Ergebnisse anderer Auslegungsmethoden nicht verdrängen darf.

[22] Vgl. Urteil vom 16. April 2015, UPC Magyarország (C-388/13, EU:C:2015:225, Rn. 52).

[23] Vgl. Urteil vom 3. April 2014, 4finance (C-515/12, EU:C:2014:211, Rn. 32). Die Kommission hat im Lauf der Vorarbeiten darauf hingewiesen, dass Anhang I der Richtlinie 2005/29 Geschäftspraktiken enthalte, die die Entscheidungen der Verbraucher stets wesentlich beeinflussten. Vgl. Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Juni 2003 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinien 84/450/EWG, 97/7/EG und 98/27/EG (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken), KOM(2003) 356 endgültig, S. 10.

[24] Urteil vom 17. Oktober 2013, RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, Rn. 48).

3. Teleologische Auslegung

51. Unter Bezugnahme auf die Rn. 46 und 47 des Urteils Purely Creative u. a. trägt P&C Düsseldorf vor, der Gerichtshof habe festgestellt, dass das Ziel der Richtlinie 2005/29 nicht erreicht würde, wenn die Auslegung der verschiedenen Fallgestaltungen zur Folge hätte, dass bei der Anwendung der Bestimmungen des Anhangs I dieser Richtlinie Voraussetzungen berücksichtigt werden müssten, die schwierige Beurteilungen des Einzelfalls erforderten.

52. Meines Erachtens wird diese Feststellung durch die teleologische Auslegung der Richtlinie 2005/29 nicht gestützt und ist das Ergebnis einer selektiven Betrachtung dieses Urteils.

53. In der Rechtssache, in der das Urteil Purely Creative u. a. ergangen ist, hatte der Gerichtshof Anhang I Nr. 31 der Richtlinie 2005/29 auszulegen, um zu klären, ob eine Geschäftspraxis nach dem Wortlaut dieser Bestimmung unter allen Umständen als unlauter gilt, wenn einem Verbraucher, dem mitgeteilt wurde, dass er einen Preis gewonnen hat, auch nur geringfügige Kosten auferlegt werden.

54. In einem ersten Schritt ist der Gerichtshof auf der Grundlage der wörtlichen und systematischen Auslegung von Nr. 31 dieses Anhangs zu dem Ergebnis gelangt, dass das Verbot der Auferlegung von Kosten absoluten Charakter hat[25]. In einem zweiten Schritt hat der Gerichtshof zur Bestätigung des Ergebnisses der wörtlichen Auslegung dieser Bestimmung auf die teleologische Auslegung zurückgegriffen[26]. Dabei hat der Gerichtshof darauf hingewiesen, dass die Rechtssicherheit, wie aus dem 17. Erwägungsgrund der Richtlinie 2005/29 hervorgeht, für ein reibungsloses Funktionieren des Binnenmarkts wesentlich ist und der Gesetzgeber, um dieses Ziel zu erreichen, in Anhang I dieser Richtlinie diejenigen Geschäftspraktiken zusammengestellt hat, die unter allen Umständen als unlauter gelten[27].

55. Sodann hat der Gerichtshof festgestellt, dass dieses Ziel nicht erreicht würde, wenn Nr. 31 des Anhangs I der Richtlinie 2005/29 zum einen dahin ausgelegt würde, dass diese Bestimmung ein Merkmal der Irreführung enthält, das gegenüber den in ihrem zweiten Teil beschriebenen Sachverhalten eigenständig ist, und zum anderen dahin, dass sie es gestattet, dem Verbraucher im Verhältnis zum Wert des Preises „unerhebliche Kosten“ aufzuerlegen[28]. Er hat auch die Feststellungen getroffen, auf die P&C Düsseldorf Bezug nimmt und wonach eine andere Auslegung schwierige Beurteilungen des Einzelfalls erfordern würde, die durch die Aufnahme dieser Praxis in den Anhang I gerade vermieden werden sollen.

56. Erstens ist festzustellen, dass der Gerichtshof die teleologische Auslegung nur herangezogen hat, um die wörtliche Auslegung von Anhang I Nr. 31 der Richtlinie 2005/29, die im Unterschied zur vorliegenden Rechtssache eine eindeutige Schlussfolgerung erlaubte, zu bestätigen.

57. Zweitens konnte durch diesen Rückgriff auf die teleologische Auslegung ausgeschlossen werden, dass die Beschreibung einer unter Anhang I fallenden Geschäftspraxis ein Merkmal enthält, das gegenüber den in dieser Bestimmung ausdrücklich vorgesehenen Sachverhalten eigenständig ist. Außerdem ist stets zu prüfen, ob die Umstände, die der Beschreibung einer unter Anhang I fallenden Geschäftspraxis entsprechen, im vorliegenden Fall erfüllt sind. Der

[25] Urteil Purely Creative u. a., Rn. 30 und 36.

[26] Urteil Purely Creative u. a., Rn. 43.

[27] Urteil Purely Creative u. a., Rn. 46.

[28] Urteil Purely Creative u. a., Rn. 46 und 47.

Gerichtshof hat nämlich entschieden, dass die Anwendung dieses Anhangs die Einstufung bestimmter Umstände als „hauptsächlich“ oder „grundsätzlich“ sowie die Berücksichtigung bestimmter Umstände erfordert, die mittelbar mit anderen Umständen zusammenhängen [29].

58. Drittens ist festzustellen, dass das Ergebnis der Erwägungen des Gerichtshofs im Widerspruch zu dem von P&C Düsseldorf angestrebten Ergebnis steht. Der Gerichtshof hat die teleologische Auslegung herangezogen, um die Definition der „Geschäftspraktiken, die unter allen Umständen als unlauter anzusehen sind“, nicht einzuschränken, während P&C Düsseldorf versucht, von dieser Definition jede andere Form der Bezahlung als der in Geld auszuschließen.

59. Viertens halte ich die Argumentation des Gerichtshofs für voll und ganz mit dem zweiten Ziel der Richtlinie 2005/29 vereinbar, das ebenfalls im Urteil Purely Creative u. a. [30] angeführt wird, nämlich dem Ziel, zum Erreichen eines hohen Verbraucherschutzniveaus beizutragen.

60. Fünftens bestünde bei einer Beschränkung der Definition des Begriffs der unter Anhang I Nr. 11 der Richtlinie 2005/29 fallenden „Geschäftspraktiken“ auf eine Geldleistung die Gefahr, dass dieser Bestimmung die praktische Wirksamkeit genommen würde, weil eine solche Beschränkung es ermöglichen würde, das Verbot als Information getarnter Werbung leicht zu umgehen [31]. Insoweit würde, wie P&C Hamburg ausführt, eine Differenzierung zwischen Geldleistungen und sonstigen vermögenswerten Vorteilen der Realität der journalistischen Praxis in keiner Weise gerecht.

61. Die Ziele der Richtlinie 2005/29 bestätigen daher die Auslegung, nach der es unerheblich ist, ob eine Bezahlung im Sinne von Anhang I Nr. 11 dieser Richtlinie in Form einer Geldleistung oder eines sonstigen vermögenswerten Vorteils erfolgt.

4. Historische Auslegung

62. Im Lauf der Vorarbeiten hatte das Europäische Parlament mit der Abänderung 72 [32] vorgeschlagen, die in Anhang I Nr. 11 der Richtlinie 2005/29 aufgeführte Geschäftspraxis wie folgt zu beschreiben: „Werbebeiträge, Bekanntmachungen oder Verkaufsförderungsmaßnahmen, die gelegentlich als ‚Advertorials‘ – als Information getarnte Werbung – bezeichnet werden und *gegen Bezahlung oder eine andere gegenseitige Vereinbarung verbreitet werden*, müssen dieser Richtlinie entsprechen, wenn der Werbungstreibende und nicht der Verleger ihren Inhalt kontrolliert. Gewerbetreibende und Verleger müssen deutlich machen, dass Werbebeiträge Werbung sind, indem sie etwa eine Überschrift ‚Werbebeitrag‘ einfügen“ [33].

[29] Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 15. Dezember 2016, Nationale Loterij (C-667/15, EU:C:2016:958, Rn. 30). Vgl. in diesem Sinne auch Urteil vom 3. April 2014, 4finance (C-515/12, EU:C:2014:211, Rn. 33).

[30] Urteil Purely Creative u. a., Rn. 48 und 49.

[31] Vgl. entsprechend zu Nr. 14 dieses Anhangs Urteil vom 15. Dezember 2016, Nationale Loterij (C-667/15, EU:C:2016:958, Rn. 31).

[32] Bericht vom 18. März 2004: Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinien 84/450/EWG, 97/7/EG und 98/27/EG (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken) (KOM[2003] 356 – C5-0288/2003 – 2003/0134[COD]) (A5-0188/2004 final).

[33] Hervorhebung nur hier.

63. Der Rat der Europäischen Union widersprach dieser Abänderung mit folgender Begründung: „[Sie] konnte nicht akzeptiert werden, weil die dort definierte Praxis nicht generell unlauter ist und somit das Kriterium für die Aufnahme in den Anhang nicht erfüllt war“ [34]. Die Kommission ihrerseits hat die betreffende Abänderung nicht übernommen, und Anhang I Nr. 11 der Richtlinie 2005/29 ist während der vorbereitenden Arbeiten nicht wesentlich geändert worden [35]. Diese Umstände können jedoch nicht dahin verstanden werden, dass sich der Unionsgesetzgeber der Auslegung widersetzt hätte, nach der als Information getarnte Werbung nicht nur vorliegt, wenn sie gegen Bezahlung, sondern auch dann, wenn sie gegen eine andere gegenseitige Vereinbarung verbreitet wird.

64. Was zum einen den Einwand des Rates betrifft, könnte die Abänderung 72 in der Tat dahin verstanden werden, dass sie keine Beschreibung der unter allen Umständen als unlauter geltenden Geschäftspraxis enthält, sondern eher eine Anweisung, die verhindern soll, dass redaktionelle Inhalte als eine solche Praxis angesehen werden („müssen dieser Richtlinie entsprechen … Gewerbetreibende und Verleger müssen deutlich machen, dass Werbebeiträge Werbung sind“). Es überrascht daher nicht, dass die Kommission diese Abänderung nicht in der vom Parlament vorgeschlagenen Form übernommen hat.

65. Zum anderen enthielt die Abänderung 72 eine Klarstellung in Bezug auf den Vorteil, den der Gewerbetreibende gewähren muss („gegen Bezahlung oder eine andere gegenseitige Vereinbarung verbreitet“). Das Parlament hat diese Abänderung jedoch damit begründet, eine zu weite Auslegung des Begriffs „als Information getarnte Werbung“ verhindern zu wollen, die dahin verstanden werden könnte, dass sie („ungewollt“) auch den redaktionellen Teil einschließt. Ich schließe daraus, dass das Parlament die Einfügung der Wendung, wonach eine als Information getarnte Werbung dadurch gekennzeichnet ist, dass „der Werbungstreibende und nicht der Verleger [den Inhalt einer Veröffentlichung] kontrolliert“, als Änderung der ursprünglich von der Kommission vorgeschlagenen Beschreibung angesehen hat. Man könnte auch vermuten, dass das Parlament der Auffassung war, die ursprünglich vorgeschlagene Beschreibung habe bereits bedeutet, dass der Vorteil, den ein Gewerbetreibender gewähre, nicht notwendigerweise in einer Zahlung bestehen müsse. Dieses Verständnis der Abänderung 72 scheint durch die Feststellung der Kommission bestätigt, dass sie einige der nicht berücksichtigten Änderungen, einschließlich der Abänderung 72, wenigstens teilweise hätte akzeptieren können [36].

66. Die Auslegung, wonach jeder vermögenswerte Vorteil eine Bezahlung im Sinne von Anhang I Nr. 11 der Richtlinie 2005/29 darstellen kann, wird daher durch die Materialien zu dieser Richtlinie nicht in Frage gestellt.

[34] Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr. 6/2005 vom 15. November 2004, vom Rat festgelegt gemäß dem Verfahren des Artikels 251 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft im Hinblick auf den Erlass einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, 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) (ABl. 2005, C 38 E, S. 1).

[35] Im ursprünglichen Vorschlag der Kommission war diese Praxis wie folgt beschrieben: „Es werden redaktionelle Inhalte in Medien zu Zwecken der Verkaufsförderung eingesetzt und der Gewerbetreibende hat diese Verkaufsförderung bezahlt, ohne dass dies aus dem Inhalt eindeutig hervorgehen würde (als Information getarnte Werbung)“. Vgl. Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinien 84/450/EWG, 97/7/EG und 98/27/EG (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken) (KOM[2003] 356 endgültig).

[36] Mitteilung der Kommission vom 16. November 2004 an das Europäische Parlament(KOM[2004] 753 endgültig), S. 6.

5. Zwischenergebnis

67. Da die wörtliche Auslegung von Anhang I Nr. 11 der Richtlinie 2005/29 keine zufriedenstellende Schlussfolgerung zulässt, und unter Berücksichtigung der eindeutigen Schlussfolgerungen, die sich aus der systematischen und teleologischen Auslegung des Anhangs I Nr. 11 der Richtlinie 2005/29 ergeben und denen die historischen Auslegung nicht entgegensteht, ist diese Bestimmung meines Erachtens dahin auszulegen, dass der Einsatz eines redaktionellen Inhalts zu Zwecken der Verkaufsförderung vom Gewerbetreibenden „bezahlt" wird, wenn dieser dem Medienunternehmen einen Vorteil verschafft, der in Waren oder Dienstleistungen oder sonstigen Vermögenswerten besteht.

68. Ich werde mich nun der Frage zuwenden, ob im Sinne von Anhang I Nr. 11 der Richtlinie 2005/29 ein solcher vermögenswerter Vorteil eine Gegenleistung für den Einsatz des redaktionellen Inhalts zu Zwecken der Verkaufsförderung darstellt und, wenn ja, ob unter den Umständen des Ausgangsrechtsstreits eine solche Gegenleistung erbracht wurde.

E. Bezahlung als Gegenleistung für den Einsatz eines redaktionellen Inhalts

69. Die Verwendung des Begriffs „bezahlt" und der Begriffe in anderen Sprachfassungen des Anhangs I Nr. 11 der Richtlinie 2005/29 legt nahe, dass ein vermögenswerter Vorteil für den Einsatz eines redaktionellen Inhalts zu Zwecken der Verkaufsförderung gewährt werden und daher ein eindeutiger Zusammenhang zwischen einem solchen Vorteil und dieser Verkaufsförderung bestehen muss.

70. Insoweit ist auf eine Nuance hinzuweisen, durch die sich die in dieser Bestimmung des Unionsrechts enthaltene Beschreibung von vornherein von derjenigen im deutschen Recht unterscheidet. Nach Anhang I Nr. 11 der Richtlinie 2005/29 besteht die Geschäftspraxis, die mit dem Ausdruck „als Information getarnte Werbung" bezeichnet wird, nämlich im Einsatz redaktioneller Inhalte zu Zwecken der Verkaufsförderung, *sofern der Gewerbetreibende diese Verkaufsförderung bezahlt hat*, während es nach Nr. 11 des Anhangs zum UWG der *Einsatz redaktioneller Inhalte* zu Zwecken der Verkaufsförderung ist, der vom Unternehmer finanziert sein muss. Der Gerichtshof hat bereits im Urteil RLvS[37] eine Klarstellung zu Nr. 11 des Anhangs I der Richtlinie 2005/29 gegeben, indem er festgestellt hat, dass diese Bestimmung den inserierenden Unternehmen aufgibt, deutlich darauf hinzuweisen, *dass sie einen redaktionellen Medieninhalt finanziert haben*. Dieses Urteil bestätigt somit die von mir dargelegte Auslegung des Begriffs „bezahlt".

71. Aus den gleichen Gründen, wie sie im Rahmen der Prüfung der ersten Frage dargelegt worden sind[38], könnte man argumentieren, dass auch die historische Auslegung für diese Auslegung spricht. Mit der vom Parlament vorgeschlagenen Abänderung 72 sollte nämlich im Hinblick auf die als Information getarnte Werbung klargestellt werden, dass diese die Werbebeiträge, Bekanntmachungen oder Verkaufsförderungsmaßnahmen umfasst, die *gegen Bezahlung oder eine andere gegenseitige Vereinbarung verbreitet werden*. Wie ich erläutert habe, dürfte diese Änderung nicht deswegen abgelehnt worden sein, weil ihr diese Klarstellung hinzugefügt worden war.

[37] Urteil vom 17. Oktober 2013 (C-391/12, EU:C:2013:669, Rn. 48).

[38] Siehe Nrn. 64 und 65 der vorliegenden Schlussanträge.

72. Nach alledem ist davon auszugehen, dass im Sinne von Anhang I Nr. 11 der Richtlinie 2005/29 ein vermögenswerter Vorteil, den der Gewerbetreibende dem Medienunternehmen gewährt, eine Gegenleistung für den Einsatz des redaktionellen Inhalts zu Zwecken der Verkaufsförderung darstellt, so dass ein eindeutiger Zusammenhang zwischen diesem Vorteil und der Verkaufsförderung besteht.

73. In diesem Zusammenhang ist die Überlassung der Rechte zur Nutzung der Bilder, auf die das vorlegende Gericht im zweiten Teil der zweiten Frage Bezug nimmt, meines Erachtens eine Gegenleistung für den Einsatz des redaktionellen Inhalts zu Zwecken der Verkaufsförderung.

74. Zum einen besteht nämlich ein eindeutiger und unmittelbarer Zusammenhang zwischen dem von P&C Düsseldorf gewährten Vorteil und der mit diesem redaktionellen Inhalt erzielten Verkaufsförderung, weil die Nutzungsrechte an den Bildern dem Medienunternehmen zur Verfügung gestellt wurden, damit es über eine ebenfalls von P&C Düsseldorf veranstaltete Werbeaktion berichtet, und weil die in diesem Inhalt verwendeten Bilder Ansichten der Bekleidungshäuser von P&C Düsseldorf sowie von diesem Gewerbetreibenden zum Verkauf angebotene Produkte zeigten.

75. Zum anderen sieht Anhang I Nr. 11 der Richtlinie 2005/29 keinen Mindestbetrag vor, dem ein vermögenswerter Vorteil entsprechen muss, um als Bezahlung im Sinne dieser Bestimmung angesehen zu werden [39]. Folglich ist es unerheblich, dass auch das Medienunternehmen selbst einen Teil der Kosten und des Aufwands für die Veröffentlichung getragen hat. Die Veröffentlichung eines redaktionellen Inhalts ist für ein Medienunternehmen stets mit solchen Kosten und Aufwendungen verbunden. Da Anhang I Nr. 11 der Richtlinie 2005/29 für den vom Gewerbetreibenden gewährten vermögenswerten Vorteil keinen Mindestbetrag vorsieht, verlangt diese Bestimmung erst recht keine Gleichwertigkeit zwischen diesem Vorteil und den Kosten und Aufwendungen, die dem Medienunternehmen entstanden sind.

76. Mithin könnte die in Nr. 72 der vorliegenden Schlussanträge dargelegte Erwägung den Abschluss der Prüfung der zweiten Frage bilden und dem vorlegenden Gericht eine sachdienliche Antwort geben. Diese Erwägung lässt nämlich den Schluss zu, dass Anhang I Nr. 11 der Richtlinie 2005/29 dahin auszulegen ist, dass ein vermögenswerter Vorteil eine Gegenleistung für den Einsatz des redaktionellen Inhalts zu Zwecken der Verkaufsförderung darstellen muss, so dass ein eindeutiger Zusammenhang zwischen diesem Vorteil und dieser Verkaufsförderung besteht. Eine solcher Zusammenhang besteht insbesondere dann, wenn ein Medienunternehmen über eine Werbeaktion berichtet, die von diesem Unternehmen gemeinsam mit einem Gewerbetreibenden veranstaltet wird, der seinerseits diesem Medienunternehmen die Nutzungsrechte an Bildern überlässt, die Ansichten von Bekleidungshäusern und zum Verkauf angebotenen Produkten dieses Gewerbetreibenden zeigen.

77. Allerdings könnte man sich der Vollständigkeit halber noch die Frage stellen, ob der eindeutige Zusammenhang zwischen einem vermögenswerten Vorteil und dem Einsatz redaktioneller Inhalte zu Zwecken der Verkaufsförderung auch mittelbaren Charakter haben kann, und wenn ja, ob im vorliegenden Fall ein solcher eindeutiger und mittelbarer Zusammenhang zwischen der Beteiligung an Kosten und Aufwand einer in Zusammenarbeit mit einem Medienunternehmen veranstalteten Werbeaktion und der Veröffentlichung des

[39] Zudem wäre das im 17. Erwägungsgrund dieser Richtlinie genannte Ziel, größere Rechtssicherheit bei der Identifizierung unlauterer Geschäftspraktiken zu schaffen, nicht gewährleistet, wenn die Mitgliedstaaten entscheiden könnten, welche Beträge als Bezahlung im Sinne von Anhang I Nr. 11 der Richtlinie 2005/29 angesehen werden können. Vgl. entsprechend Urteil vom 3. April 2014, 4finance (C-515/12, EU:C:2014:211, Rn. 26).

beanstandeten Artikels besteht. Isoliert betrachtet weist die gemeinsame Veranstaltung einer solchen Werbeaktion keinen unmittelbaren Zusammenhang mit dieser Veröffentlichung auf. Gerade das Fehlen eines solchen unmittelbaren Zusammenhangs scheint das vorlegende Gericht veranlasst zu haben, in Betracht zu ziehen, dass diese Werbeaktion und dieser Presseartikel eine Einheit bilden könnten [40].

78. Ich möchte nicht von vornherein ausschließen, dass auch ein mittelbarer Zusammenhang zwischen einem dem Medienunternehmen verschafften vermögenswerten Vorteil und dem Einsatz seines redaktionellen Inhalts zu Zwecken der Verkaufsförderung ausreicht, um auf eine unter allen Umständen unlautere Geschäftspraxis im Sinne von Anhang I Nr. 11 der Richtlinie 2005/29 zu schließen. Bei einer gegenteiligen Auslegung dieser Bestimmung bestünde die Gefahr, dass ihr die praktische Wirksamkeit genommen würde, weil das Erfordernis eines unmittelbaren Zusammenhangs es ermöglichen würde, das absolute Verbot als Information getarnter Werbung leicht zu umgehen [41].

79. Der mittelbare Zusammenhang zwischen der Beteiligung an Kosten und Aufwand einer in Zusammenarbeit mit einem Medienunternehmen veranstalteten Werbeaktion und der Veröffentlichung des beanstandeten Presseartikels würde jedoch nur auf der Grundlage einer zweifelhaften Vermutung hergestellt und wäre daher nicht sicher.

80. Zunächst einmal liefe nämlich die Annahme, dass der Gewerbetreibende den Einsatz eines redaktionellen Inhalts zu Zwecken der Verkaufsförderung bezahlt hat, wenn ein Medienunternehmen über eine in Zusammenarbeit mit dem Gewerbetreibenden veranstaltete Werbeaktion berichtet, darauf hinaus, das Bestehen einer Vermutung anzuerkennen, dass sich der Gewerbetreibende mit diesem Medienunternehmen verbunden habe, um eine solche Verkaufsförderung zu betreiben. Ferner könnte die Anerkennung der Geltung dieser Vermutung im Kontext von Anhang I Nr. 11 der Richtlinie 2005/29 darauf hinauslaufen, dieser Vermutung angesichts der Tatsache, dass es sich um eine unter allen Umständen unlautere Geschäftspraxis handelt, einen unwiderlegbaren Charakter zu verleihen. Schließlich würde diese Geschäftspraxis selbst dann als Handlung dieses Gewerbetreibenden angesehen, wenn sich seine Beteiligung am Einsatz des redaktionellen Inhalts zu Zwecken der Verkaufsförderung allein aus dieser Vermutung ergäbe.

81. In Ausübung der unternehmerischen Freiheit darf ein Gewerbetreibender aber mit einem Medienunternehmen, das seinerseits verschiedene Tätigkeiten ausüben darf, eine Zusammenarbeit eingehen, die nicht dazu bestimmt ist, ihm eine Berichterstattung in den Medien zu sichern, sondern dazu dienen soll, ihn in den Genuss der Bekanntheit, des Know-how, der Ressourcen oder der geschäftlichen Kontakte dieses Medienunternehmens kommen zu lassen.

82. Fehlt es an einer Bezahlung im Sinne von Anhang I Nr. 11 der Richtlinie 2005/29, kann eine Geschäftspraxis nach dieser Bestimmung nicht als unter allen Umständen unlauter angesehen werden. Eine derartige Geschäftspraxis, die in diesem Anhang nicht aufgeführt ist, kann allenfalls nach einer Einzelfallprüfung ihrer Merkmale anhand der Kriterien der Art. 5 bis 9 dieser Richtlinie für unlauter erklärt werden.

[40] Siehe Nr. 39 der vorliegenden Schlussanträge.

[41] Vgl. entsprechend Urteil vom 15. Dezember 2016, Nationale Loterij (C-667/15, EU:C:2016:958, Rn. 31). In diesem Urteil hatte der Gerichtshof zu klären, ob Anhang I Nr. 14 der Richtlinie 2005/29 dahin auszulegen ist, dass nach dieser Bestimmung eine Geschäftspraxis auch dann als „Schneeballsystem“ eingestuft werden kann, wenn zwischen den Beiträgen, die neue Mitglieder an das System zahlen, und den Vergütungen, die die bereits vorhandenen Teilnehmer beziehen, nur ein mittelbarer Zusammenhang besteht. Der Gerichtshof hat hierzu ausgeführt, dass die Finanzierung der Vergütung, die ein bereits vorhandener Teilnehmer beziehen kann, mittelbar von den Beiträgen abhängen kann, die von neuen Teilnehmern am System gezahlt werden.

83. Unbeschadet der vorstehenden Ausführungen zur Beteiligung an Kosten und Aufwand einer in Zusammenarbeit mit einem Medienunternehmen veranstalteten Werbeaktion halte ich die in Nr. 76 der vorliegenden Schlussanträge gezogene Schlussfolgerung aufrecht.

84. Im Übrigen weise ich darauf hin, dass für die Feststellung, ob eine unter allen Umständen als unlauter geltende Geschäftspraxis im Sinne von Anhang I Nr. 11 der Richtlinie 2005/29 vorliegt, stets zu prüfen ist, ob auch die von dieser Bestimmung verlangten anderen Voraussetzungen als die der Bezahlung der Verkaufsförderung erfüllt sind. Unter Umständen wie denen des Ausgangsrechtsstreits ist insbesondere zu prüfen, ob es sich um einen „redaktionellen Inhalt“ im Sinne dieser Bestimmung handelt, wobei der Gerichtshof diesen Begriff in seiner Rechtsprechung noch nicht ausgelegt hat, und ob aus dem fraglichen Artikel nicht eindeutig hervorgeht, dass es sich um einen vom Gewerbetreibenden kofinanzierten Inhalt handelt. Diese weiteren Voraussetzungen sind jedoch nicht Gegenstand der dem Gerichtshof zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen und werden daher in den vorliegenden Schlussanträgen nicht geprüft.

VI. Ergebnis

85. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, die erste Vorlagefrage des Bundesgerichtshofs (Deutschland) wie folgt zu beantworten:

Anhang I Nr. 11 der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, 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) ist dahin auszulegen, dass der Einsatz eines redaktionellen Inhalts zu Zwecken der Verkaufsförderung vom Gewerbetreibenden „bezahlt“ wird, wenn dieser dem Medienunternehmen einen Vorteil verschafft, der in Waren, Dienstleistungen oder sonstigen Vermögenswerten besteht.

Ein solcher vermögenswerter Vorteil muss eine Gegenleistung für den Einsatz des redaktionellen Inhalts zu Zwecken der Verkaufsförderung darstellen, so dass ein eindeutiger Zusammenhang zwischen diesem Vorteil und dieser Verkaufsförderung bestehen muss.

Eine solcher Zusammenhang besteht insbesondere dann, wenn ein Medienunternehmen über eine Werbeaktion berichtet, die es gemeinsam mit einem Gewerbetreibenden veranstaltet, der seinerseits diesem Medienunternehmen die Nutzungsrechte an Bildern überlässt, die Ansichten von Bekleidungshäusern und zum Verkauf angebotenen Produkten dieses Gewerbetreibenden zeigen.