BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 192/12

Verkündet am:
12. Dezember 2013
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Goldbärenbarren

UWG § 3 Abs. 2 Satz 2 und 3, § 3 Abs. 3 in Verbindung mit Nr. 28 des Anhangs, § 4 Nr. 6

a) Für die Anwendung von § 3 Abs. 2 Satz 3 UWG ist es erforderlich, aber auch ausreichend, dass die geschäftliche Handlung voraussichtlich und vorhersehbar allein das geschäftliche Verhalten einer Verbrauchergruppe wesentlich beeinflusst, die als besonders schutzbedürftig bezeichnet ist.

b) Die Anwendung von § 3 Abs. 2 Satz 2 Fall 2 UWG setzt voraus, dass eine Werbung gezielt eine bestimmte Gruppe von Verbrauchern anspricht.

c) Der Umstand, dass der Verkehr an eine nach früherer Rechtslage per se verbotene Geschäftspraxis möglicherweise noch nicht ebenso wie an andere Verkaufsförderungsmaßnahmen gewöhnt ist, rechtfertigt bei der Prüfung des § 4 Nr. 6 UWG keine strengere Bewertung.

d) Eine unmittelbare Aufforderung zum Kauf im Sinne von Nr. 28 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG setzt einen Kaufappell voraus, für den eine Ansprache im Imperativ typisch, jedoch nicht unerlässlich ist; nicht erforderlich ist, dass die Aufforderung im Wege eines Direktkontakts zum umworbenen Kind erfolgt.

BGH, Urteil vom 12. Dezember 2013 - I ZR 192/12 - OLG Köln
LG Köln

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Dezember 2013 durch die Richter Prof. Dr. Büscher, Pokrant, Prof. Dr. Schaffert, Dr. Kirchhoff und Dr. Koch

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 21. September 2012 aufgehoben.

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln vom 8. Februar 2012 abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Parteien produzieren und vertreiben Lakritz und Fruchtgummi. Die Klägerin wendet sich gegen eine Werbung der Beklagten für das Gewinnspiel "H. GLÜCKS-WOCHEN".

2 An dem Gewinnspiel konnten Kunden teilnehmen, die zuvor fünf Produkte der Beklagten erworben und dies durch Einsendung von Kassenbons nach-

gewiesen hatten. Die Beklagte warb für das Gewinnspiel ab Februar 2011 mit einem Werbespot, der auf verschiedenen Fernsehsendern überwiegend tagsüber und am frühen Abend ausgestrahlt wurde und auch auf ihrer Internetseite abgerufen werden konnte. Darin traf der Fernsehmoderator Thomas Gottschalk im Supermarkt auf eine Familie und eine Mutter mit jeweils zwei Kindern. Er warb dabei für die Produkte der Beklagten und die Teilnahme an dem Gewinnspiel, bei dem die Chance bestand, einen von 100 Goldbarren im Wert von jeweils 5.000 € zu gewinnen.

3 Die Klägerin ist der Ansicht, die Beklagte nutze die geschäftliche Unerfahrenheit von Kindern und Jugendlichen wettbewerbswidrig aus, die sie dazu verleite, ihre Produkte über Bedarf zu kaufen.

4 Die Klägerin hat zuletzt beantragt,

> es der Beklagten unter Androhung von Ordnungsmitteln zu verbieten, unter der Bezeichnung "H. GLÜCKS-WOCHEN" ein Gewinnspiel zu veranstalten, bei dem zur Teilnahme jeweils fünf Produkte der Beklagten erworben werden müssen, was durch entsprechende Kaufbelege nachgewiesen werden muss, wenn dies in einem 30-sekündigen TV-Spot, wie auf (der Klage) beigefügter DVD-R gespeichert und nachstehend durch Storyboard wiedergegeben, geschieht:
>
> (es folgen 18 Einzelbilder aus dem Werbespot mit dem zugehörigen Text)

5 Sie hat die Beklagte zudem auf Auskunft und Zahlung von Abmahnkosten in Anspruch genommen sowie die Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten begehrt.

6 Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Die Berufung der Beklagten ist ohne Erfolg geblieben (OLG Köln, GRUR-RR 2013, 168 = WRP 2013, 92). Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Zurückweisung die Klägerin beantragt, erstrebt die Beklagte weiter die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

7 I. Das Berufungsgericht hat die Klageansprüche als begründet angesehen, weil die angegriffene Werbung für das von der Beklagten veranstaltete Gewinnspiel eine unlautere geschäftliche Handlung im Sinne von § 4 Nr. 6 UWG darstelle. Hierzu hat es ausgeführt:

8 Die Unlauterkeit ergebe sich zwar nicht aus Nr. 28 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG, weil eine unmittelbare Aufforderung zum Kauf nicht schon dann anzunehmen sei, wenn Kinder in der Werbung gezeigt würden, die sich das Produkt kauften oder ihre Eltern zum Kauf aufforderten. Der Werbespot enthalte lediglich eine jeder Werbung innewohnende mittelbare Aufforderung, bei der sich allein aus den Umständen ein Kaufappell ergebe.

9 Das Verbot der beanstandeten Werbung folge aber aus einer richtlinienkonformen Auslegung des § 4 Nr. 6 UWG. Die Kopplung von Gewinnspiel und Kauf stelle eine unlautere Geschäftspraktik dar, weil sie in ihrer konkreten Ausgestaltung gegen die fachliche Sorgfalt verstoße. Der angegriffene Werbespot sei objektiv erkennbar dazu bestimmt, die gesamte Familie und damit auch Kinder und Jugendliche anzusprechen. Deshalb sei gemäß § 3 Abs. 2 Satz 3 UWG auf die Sichtweise eines durchschnittlichen Minderjährigen abzustellen. Die in diesem Fall für eine Gewinnspielkopplung geltenden erhöhten Sorgfaltsanforderungen habe die Beklagte nicht beachtet, da der Werbespot einen unzutreffenden Zusammenhang zwischen dem Umfang des Wareneinkaufs und den Gewinnchancen nahelege. Durch einen zusätzlichen Einkauf könne man voraus-

sichtlich nur eine Minderung der eigenen Gewinnchancen verhindern, sie aber nicht ohne weiteres steigern, weil sich infolge der Gewinnspielwerbung auch die Einkäufe anderer Kunden erhöhten. Dieser Zusammenhang werde verschleiert, indem der kleine blonde Junge in dem Werbespot sage "Aber Thomas, wir haben aber viel größere Gewinnchancen" und Thomas Gottschalk dies bestätige mit "Da hat er Recht". Diese Aussage werde dadurch unterstrichen, dass die Mutter im Anschluss an diesen Dialog den Einkaufswagen mit Produkten der Beklagten belade. Kinder und Jugendliche seien auch in der Lage, durch den Einsatz von Taschengeld in Höhe von jeweils 5 € zu versuchen, ihre Gewinnchancen zu erhöhen. Der Werbespot sei daher geeignet, Kinder und Jugendliche, die an diese Art der Werbung nicht gewöhnt seien, in übertriebener Weise anzulocken und zu einem Kauf über Bedarf zu veranlassen.

10 II. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision haben Erfolg. Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts verstößt die Veranstaltung des Gewinnspiels in der angegriffenen Verletzungsform des Werbespots nicht gegen §§ 3, 4 Nr. 6 UWG.

11 1. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass sich das Verbot einer Gewinnspielkopplung aus einer richtlinienkonformen Auslegung des § 4 Nr. 6 UWG im Einzelfall ergeben kann. Da ein generelles Verbot der Kopplung von Gewinnspielen mit Umsatzgeschäften mit der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken unvereinbar ist (EuGH, Urteil vom 14. Januar 2010 - C-304/08, Slg. 2010, I-217 = GRUR 2010, 244 Rn. 45, 47, 54 - Plus Warenhandelsgesellschaft), ist die Bestimmung richtlinienkonform dahin auszulegen, dass eine solche Kopplung nur dann unlauter ist, wenn sie im Einzelfall eine unlautere Geschäftspraxis im Sinne der Richtlinie darstellt. Das ist namentlich dann der Fall, wenn die betreffende Verhaltensweise einen Verstoß gegen die berufliche Sorgfalt im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Buchst. a der

Richtlinie 2005/29/EG darstellt (vgl. BGH, Urteil vom 5. Oktober 2010 - I ZR 4/06, BGHZ 187, 231 Rn. 25 f. - Millionen-Chance II).

12 2. Die Revision rügt aber mit Erfolg, dass das Berufungsgericht zu hohe Anforderungen an die berufliche Sorgfalt gestellt hat. Die auf § 4 Nr. 6 UWG gestützte Verurteilung der Beklagten hat daher keinen Bestand.

13 a) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist Maßstab für die Beurteilung der angegriffenen Gewinnspielkopplung nicht gemäß § 3 Abs. 2 Satz 3 UWG die Sichtweise eines durchschnittlichen Mitglieds der Gruppe der Kinder und Jugendlichen.

14 aa) Nach § 3 Abs. 2 Satz 3 UWG ist auf die Sicht eines durchschnittlichen Mitglieds einer unter anderem aufgrund von Alter oder Leichtgläubigkeit besonders schutzbedürftigen und eindeutig identifizierbaren Gruppe von Verbrauchern abzustellen, wenn eine Werbung für den Unternehmer vorhersehbar nur diese Gruppe betrifft. Diese Bestimmung dient der Umsetzung von Art. 5 Abs. 3 Satz 1 der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken und ist daher richtlinienkonform auszulegen. Daraus ergibt sich, dass das Tatbestandsmerkmal "nur diese Gruppe betrifft" in § 3 Abs. 2 Satz 3 UWG zu verstehen ist im Sinne von "nur das wirtschaftliche Verhalten (einer der bestimmt bezeichneten besonders schutzbedürftigen Verbrauchergruppen) wesentlich beeinflusst" (vgl. auch Erwägungsgründe 18 Satz 3 und 19 der Richtlinie 2005/29/EG). Dieses Verständnis wird durch die englische, italienische, spanische und niederländische Sprachfassung der Richtlinie bestätigt ("only of a clearly identifiable group of consumers"; "solo di un gruppo di consumatori chiaramente individuabile"; "el comportamiento económico únicamente de un grupo claramente identificable de consumidores"; "van slechts een duidelijk herkenbare groep consumenten"). Die französische Fassung des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 der Richtli-

nie ist zwar insoweit nicht eindeutig ("le comportement économique d'un groupe clairement identifiable de consommateurs"). Wie sich aus Erwägungsgrund 19 der Richtlinie 2005/29/EG ergibt, soll damit aber kein von den anderen Sprachfassungen abweichender Norminhalt zum Ausdruck gebracht werden ("ou lorsque le comportement économique de ce seul groupe de consommateurs est susceptible d'être altéré par cette pratique").

15 Da an der Auslegung des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 der Richtlinie 2005/29/EG keine vernünftigen Zweifel bestehen, ist eine Anrufung des Gerichtshofs der Europäischen Union gem. Art. 267 AEUV nicht erforderlich (vgl. EuGH, Urteil vom 6. Oktober 1982 - 283/81, Slg. 1982, 3415 = NJW 1983, 1257, 1258 - CILFIT).

16 bb) Nicht erforderlich ist, dass sich eine geschäftliche Handlung an eine bestimmte Gruppe schutzbedürftiger Verbraucher "wendet" (vgl. § 3 Abs. 2 Satz 2 UWG) oder - wie bei Nr. 28 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG (vgl. Rn. 30) - auf sie abzielt (vgl. Fezer/Fezer, UWG, 2. Aufl., § 3 Rn. 120; Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 32. Aufl., § 3 Rn. 14; aA Podszun in Harte/Henning, UWG, 3. Aufl., § 3 Rn. 72; Sosnitza in Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, 5. Aufl., § 3 Rn. 84). Für die Anwendung von Satz 3 ist es vielmehr erforderlich, aber auch ausreichend, dass die geschäftliche Handlung voraussichtlich und vorhersehbar allein das geschäftliche Verhalten dieser Verbrauchergruppe wesentlich beeinflusst. Entgegen der Ansicht der Revision entspricht diese richtlinienkonforme Auslegung auch der im Wortlaut von § 3 Abs. 2 Satz 2 und 3 UWG zum Ausdruck gekommenen Intention des Gesetzgebers (vgl. Regierungsentwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, BT-Drucks. 16/10145, S. 22).

17 cc) Danach ist der strengere Prüfungsmaßstab des § 3 Abs. 2 Satz 3 UWG nicht schon heranzuziehen, wenn möglicherweise auch Kinder und Jugendliche durch die fragliche Geschäftspraktik beeinflusst werden, weil sie jedenfalls auch von ihr angesprochen werden. Die gegenteilige Auffassung des Berufungsgerichts hat weder im Wortlaut noch in Sinn und Zweck der Richtlinie 2005/29/EG eine tragfähige Grundlage. Der von der Richtlinie bezweckte Schutz der Kinder und Jugendlichen wird im deutschen Recht durch die Nr. 28 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG und durch § 4 Nr. 2 UWG gewährleistet. Da § 4 Nr. 2 UWG nicht erfordert, dass eine geschäftliche Handlung nur auf schutzbedürftige Verbraucher abzielt oder sich nur ihnen gegenüber auswirken kann, reicht es dort aus, dass sich eine Werbung jedenfalls auch gezielt an Kinder und Jugendliche wendet (vgl. BGH, Urteil vom 6. April 2006 - I ZR 125/03, GRUR 2006, 776 Rn. 20 = WRP 2006, 885 - Werbung für Klingeltöne; Urteil vom 17. Juli 2008 - I ZR 160/05, GRUR 2009, 71 Rn. 12 = WRP 2009, 45 - Sammelaktion für Schoko-Riegel).

18 dd) Das Berufungsgericht hat angenommen, die beanstandete Glücksspielwerbung könne voraussichtlich und vorhersehbar nicht allein das geschäftliche Verhalten der Verbrauchergruppe der Kinder und Jugendlichen wesentlich beeinflussen. Der Werbespot solle erkennbar die gesamte Familie ansprechen und das beworbene Produkt sei bei Kindern und Erwachsenen gleichermaßen beliebt. Dass sich der Werbespot an alle Mitglieder einer Familie richte, werde auch durch seine Platzierung tagsüber, im Vorabendprogramm sowie - wenn auch in geringerem Umfang - nach 19 Uhr bestätigt.

19 Das lässt keinen Rechtsfehler erkennen. Maßgeblicher Ausgangspunkt für die Beurteilung ist, dass es sich um eine Werbung für ein Gewinnspiel handelt, in der Eltern und eine Mutter mit jeweils zwei Kindern in einem Supermarkt dargestellt werden. Bei dieser Situation des Familieneinkaufs handelt es sich

weder um eine typische Szenerie einer Kinderwerbung, noch stellt die Werbung auf einen Einkauf mit dem Taschengeld der Kinder ab. Die in dem Gewinnspiel ausgelobten "Goldbärenbarren" sind wegen ihres hohen und liquiden Werts jedenfalls auch, wenn nicht sogar in erster Linie für Erwachsene attraktiv. Der Werbespot ist damit vorhersehbar geeignet, zumindest auch die Einkaufsentscheidungen von Eltern und anderen Erwachsenen wesentlich zu beeinflussen. Sie werden dazu veranlasst, die Produkte der Beklagten für sich oder ihre Familien in größerer Menge oder eher zu kaufen, als sie es ohne das Gewinnspiel täten.

20 ee) Das Berufungsgericht hat damit für die lauterkeitsrechtliche Beurteilung der Werbung für das Gewinnspiel nach § 4 Nr. 6 UWG zu Unrecht den strengen Prüfungsmaßstab des § 3 Abs. 2 Satz 3 UWG angewendet.

21 b) Auch ein Fall des § 3 Abs. 2 Satz 2 Fall 2 UWG liegt nicht vor. Anders als bei Satz 3 kommt es dabei zwar nicht auf die Verhaltensbeeinflussung sondern auf die Zielrichtung der Werbung an. Erforderlich ist, dass sie sich an eine bestimmte Gruppe von Verbrauchern wendet, sie also gezielt anspricht (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 3 Rn. 16). Auch daran fehlt es aber im Streitfall. Die auf Familien ausgerichtete Werbung der Beklagten wendet sich an alle Familienmitglieder und damit jedenfalls im selben Maße an Erwachsene wie an Kinder und Jugendliche.

22 c) Für die Beurteilung der Werbung maßgeblich ist daher nach § 3 Abs. 2 Satz 2 Fall 1 UWG das Verständnis eines durchschnittlichen Verbrauchers. Danach verstößt die beanstandete Gewinnspielwerbung nicht gegen die berufliche Sorgfalt.

23 aa) Die Beurteilung, ob eine Geschäftspraxis der beruflichen Sorgfalt im Sinne des § 3 Abs. 2 Satz 1 UWG und des Art. 5 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2005/29/EG widerspricht, ist an der Zielsetzung der Richtlinie auszurichten, dem Verbraucher eine informationsgeleitete und freie, mithin rationale Entscheidung zu ermöglichen (vgl. Art. 2 Buchst. e der Richtlinie). Eine Gewinnspielkopplung kann daher im Einzelfall gegen die berufliche Sorgfalt verstoßen, wenn die Fähigkeit des Verbrauchers, eine solche geschäftliche Entscheidung treffen zu können, spürbar beeinträchtigt wird (vgl. Köhler, GRUR 2010, 767, 773 f.; ders., WRP 2012, 22, 28). Dabei sind die Art des beworbenen Produkts, seine wirtschaftliche Bedeutung und die durch die Teilnahme an dem Gewinnspiel entstehende finanzielle Gesamtbelastung zu berücksichtigen. Weiter kann von Bedeutung sein, welche Gewinne ausgelobt werden, und ob die Gewinnchancen transparent dargestellt werden (vgl. Köhler, GRUR 2009, 626, 632; ders., GRUR 2010, 767, 774). Anders als das Berufungsgericht angenommen hat, lässt sich aber aus dem Umstand, dass der Verkehr an eine nach früherer Rechtslage per se verbotene Geschäftspraxis möglicherweise noch nicht in gleicher Weise wie an andere Verkaufsförderungsmaßnahmen gewöhnt ist, für die Prüfung des § 4 Nr. 6 UWG keine strengere Bewertung herleiten.

24 bb) Bei Anwendung dieser Grundsätze steht die Gewinnspielwerbung der Beklagten mit der beruflichen Sorgfalt in Einklang. Die finanzielle Gesamtbelastung, die sich durch die Teilnahme an dem Gewinnspiel ergibt, wird deutlich. Es spricht auch nichts dafür, dass der Werbespot zu unzutreffenden Vorstellungen über die Gewinnchancen führt. Das Berufungsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass von einem Werbenden nicht verlangt werden kann, die Wechselwirkung zwischen einem infolge der Gewinnspielwerbung erhöhten Wareneinkauf und den Gewinnchancen der Kunden in einem Werbespot darzustellen. Der von der Werbung angesprochene Durchschnittsverbraucher wird auch durch den Auftritt des blonden Jungen in dem Werbespot, der auf den mit

Produkten der Beklagten gefüllten Einkaufswagen seiner Mutter zeigt und dabei auf ihre "viel größeren Gewinnchancen" hinweist, nicht von einer informationsgeleiteten Nachfrageentscheidung abgehalten. Der Durchschnittsverbraucher weiß, dass die Chance für den Gewinn eines "Goldbärenbarrens" außer von der Zahl seiner Einsendungen mit je fünf Kassenbons ganz wesentlich auch von der Gesamtzahl der Einsendungen aller Kunden abhängt, die an der angekündigten Verlosung teilnehmen. Im Übrigen wird nach der Äußerung des Jungen und der Aussage Thomas Gottschalks "Da hat er Recht" zu der zutreffenden Erläuterung übergeleitet, dass es für fünf gekaufte H.-Produkte jeweils eine Gewinnchance gibt.

25 Ein Verstoß gegen die fachliche Sorgfalt liegt auch nicht darin, dass in dem sich an die Belehrung über die Teilnahme- und Gewinnmöglichkeiten anschließenden Teil des Werbespots die beiden Familien ihre Einkaufswagen mit Produkten der Beklagten füllen und dabei ersichtlich über einen bestehenden Bedarf hinaus einkaufen. Insoweit handelt es sich - worauf die Revision mit Recht hinweist - um eine bloß werbetypische Übertreibung, die nach Maßgabe des Art. 5 Abs. 3 Satz 2 der Richtlinie 2005/29/EG nicht zu beanstanden ist.

26 III. Die Entscheidung des Berufungsgerichts stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO).

27 1. Zu Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die beanstandete Gewinnspielwerbung nicht gegen das Per-se-Verbot der Nr. 28 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG verstößt.

28 a) Diese Vorschrift kann zwar auch bei einer Gewinnspielkopplung anwendbar sein, wenn Kinder unmittelbar zum Kauf des gekoppelten Produkts aufgefordert werden (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm aaO Anh. zu § 3 III

Rn. 28.9). Eine unmittelbare Aufforderung zum Kauf setzt aber einen Kaufappell voraus, für den eine Ansprache im Imperativ typisch, jedoch nicht unerlässlich ist (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm aaO Anh. zu § 3 III Rn. 28.8; Sosnitza in Piper/Ohly/Sosnitza aaO Anh. zu § 3 Abs. 3 Rn. 61; Mankowski, WRP 2008, 421, 423). Dagegen ist nicht erforderlich, dass die Aufforderung im Wege eines Direktkontakts zum umworbenen Kind erfolgt, da die Vorschrift anderenfalls weitgehend leer liefe (vgl. Fezer/Scherer aaO Anh. UWG Nr. 28 Rn. 14; Mankowski, WRP 2008, 421, 423; aA Steinbeck, WRP 2008, 865, 868, wonach nur die persönliche Ansprache von Kindern im Rahmen einer Verkaufsveranstaltung erfasst sein soll).

29 b) Das Berufungsgericht hat im Ergebnis zutreffend angenommen, dass die angegriffene Werbung keine unmittelbare Kaufaufforderung an Kinder im Sinne der Nr. 28 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG enthält.

30 Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung lässt sich der Aussage "einfach fünf leckere H.-Produkte kaufen und gewinnen" kein an Kinder gerichteter Kaufappell entnehmen. Selbst wenn man darin eine unmittelbare Aufforderung zum Kauf und nicht lediglich eine Information über die Teilnahmevoraussetzungen des Gewinnspiels sehen wollte, ist diese jedenfalls nicht gezielt an Kinder gerichtet. Da Nr. 28 des Anhangs nicht jede an Kinder gerichtete Werbung untersagen will (vgl. Erwägungsgrund 18 Satz 4 der Richtlinie 2005/29/EG), ist für die Anwendung dieser Bestimmung entscheidend, dass Kinder jedenfalls gezielt angesprochen werden. Nicht erfasst ist dagegen eine an jedermann gerichtete Werbung, von der sich auch Kinder angesprochen fühlen können (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm aaO Anh. zu § 3 III Rn. 28.7).

31 So liegt der Fall hier. Zur Teilnahme an dem von der Beklagten veranstalteten Gewinnspiel und dem dafür erforderlichen Kauf ihrer Produkte soll er-

kennbar jedermann animiert werden. Das kommt schon darin zum Ausdruck, dass sämtliche Mitglieder der im Werbespot auftretenden Familie durch Übergabe von Produkten der Beklagten ausdrücklich angesprochen werden. Auch die vom Berufungsgericht festgestellte Gestaltung des Werbespots, insbesondere die Verwendung einer einfach gehaltenen Sprache und der Auftritt von Kindern, rechtfertigt nicht die Annahme, die Werbung sei gezielt an Kinder gerichtet und spreche lediglich daneben auch Erwachsene an. Nichts anderes ergibt sich aus dem Umstand, dass Süßigkeiten der von der Beklagten beworbenen Art bei Kindern besonders beliebt sein mögen.

32 c) Liegen die Voraussetzungen der Nr. 28 des Anhangs nicht vor, kann die Frage offenbleiben, ob dieser Tatbestand im Streitfall überhaupt anwendbar ist. Bedenken gegen eine Anwendung könnten sich daraus ergeben, dass es sich vorliegend um audiovisuelle kommerzielle Kommunikation im Sinne von Art. 1 Abs. 1 Buchst. a Ziffer ii und Buchst. h der Richtlinie 2010/13/EU über audiovisuelle Mediendienste handelt. Insoweit wird im Schrifttum unter Berufung auf Art. 3 Abs. 4 der Richtlinie 2005/29/EG teilweise angenommen, die Bestimmung des Art. 9 Abs. 1 Buchst. g der Richtlinie 2010/13/EU, die durch § 6 Abs. 2 JMStV umgesetzt wird, habe Vorrang vor Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie 2005/29/EG in Verbindung mit Nr. 28 des Anhangs und schließe dessen Anwendung aus (zu Art. 9 Abs. 1 Buchst. g der Richtlinie 2010/13/EU oder den Bestimmungen der zuvor gültigen einschlägigen Richtlinien Fezer/Scherer aaO Anhang UWG Nr. 28 Rn. 7; Köhler in Köhler/Bornkamm aaO Anhang zu § 3 Abs. 3 Rn. 28.18; Mankowski, WRP 2008, 421, 429; vgl. auch Regierungsentwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb aaO S. 34).

33 2. Entgegen der Ansicht der Klägerin liegt auch kein Verstoß gegen § 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit § 6 Abs. 2 JMStV vor. Dabei kann dahinstehen,

ob es sich bei dieser Vorschrift um eine Marktverhaltensregelung handelt. Es fehlt jedenfalls an einem direkten Kaufappell an Kinder oder Jugendliche (dazu vorstehend Rn. 30). Die Werbung enthält auch keine unmittelbare Aufforderung an Kinder oder Jugendliche, ihre Eltern oder Dritte zum Kauf der beworbenen Produkte zu bewegen.

34 3. Von seinem Standpunkt aus folgerichtig hat das Berufungsgericht nicht geprüft, ob die angegriffene Gewinnspielkopplung - wie von der Klägerin geltend gemacht - gegen §§ 3, 4 Nr. 2 UWG verstößt. Die Gewinnspielwerbung der Beklagten ist indes nicht geeignet, die geschäftliche Unerfahrenheit minderjähriger Verbraucher auszunutzen, was der Senat auf der Grundlage der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen selbst beurteilen kann.

35 Danach handelt es sich bei den beworbenen Fruchtgummis um Produkte, die regelmäßig auch von Kindern und Jugendlichen gekauft werden, und deren Eigenschaften und Preiswürdigkeit ihnen hinreichend bekannt sind. Auch für minderjährige Werbeadressaten wird zudem die finanzielle Gesamtbelastung einer Teilnahme am Gewinnspiel deutlich, die sich im Rahmen ihres üblichen Taschengelds hält (vgl. BGH, Urteil vom 22. September 2005 - I ZR 28/03, GRUR 2006, 161 Rn. 19, 22 = WRP 2006, 69 - Zeitschrift mit Sonnenbrille; BGH, GRUR 2009, 71 Rn. 16 ff. - Sammelaktion für Schoko-Riegel).

36 Eine Ausnutzung der geschäftlichen Unerfahrenheit von Minderjährigen erfolgt durch den Werbespot auch nicht deshalb, weil sie - wie das Berufungsgericht angenommen hat - durch eine unzutreffend suggerierte Gewinnchance zu einem Kauf über Bedarf verleitet werden. Der Auftritt des blonden Jungen, der auf "viel größere Gewinnchancen" bei dem mit Produkten der Beklagten gefüllten Einkaufswagen seiner Mutter hinweist, ist nicht geeignet, eine unrichtige Vorstellung über die Gewinnchancen hervorzurufen. Seine Aussage wird

durch die Antwort von Thomas Gottschalk "Da hat er Recht, denn für fünf gekaufte H.-Produkte gibt es jeweils eine Gewinnchance" auf die an der Verlosung teilnehmenden Einsendungen bezogen. Das ist nicht zu beanstanden. Zudem wissen nach der Lebenserfahrung schon Minderjährige, dass die Gewinnchancen bei einer steigenden Zahl der an einer Verlosung teilnehmenden Einsendungen abnehmen. Da ein bestimmter Kunde das Verhalten der anderen Kunden nicht beeinflussen kann, trifft im Übrigen die Aussage zu, mit einem Kauf von mehr Produkten seien größere Gewinnchancen verbunden.

37 Wie der Senat bereits für Sammel- und Treueaktionen entschieden hat (BGH, GRUR 2009, 71 Rn. 15 - Sammelaktion für Schoko-Riegel), gilt zudem auch für Gewinnspielkopplungen, dass sie wegen der Notwendigkeit, Kinder und Jugendliche auf das alltägliche Marktgeschehen in der Welt der Erwachsenen vorzubereiten, nicht generell unzulässig sind. Dabei ist vorliegend zu berücksichtigen, dass sich der Wert der Hauptgewinne von 5.000 € im Rahmen im Einzelhandel üblicher Gewinnspiele hält und nicht ersichtlich ist, dass Minderjährige dadurch stärker als bei vergleichbaren Sach- oder Barprämien dazu veranlasst würden, Lakritz und Fruchtgummi im Übermaß zu erwerben.

38 4. Die beanstandete Gewinnspielwerbung der Beklagten erfüllt auch keinen der Tatbestände irreführender oder aggressiver Geschäftspraktiken, auf die sich die Klägerin noch berufen hat. Ohne das Hinzutreten besonderer Umstände im Einzelfall lässt sich eine Gewinnspielkopplung weder als aggressive (Art. 8 und 9 der Richtlinie 2005/29/EG) noch als irreführende Geschäftspraktik (Art. 6 und 7 der Richtlinie 2005/29/EG) ansehen (BGHZ 187, 231 Rn. 22, 25 - Millionen-Chance II). Solche Umstände sind im Streitfall nicht festgestellt und von der Klägerin auch nicht vorgetragen. Die Klägerin macht nicht geltend, dass die Beklagte den angesprochenen Verkehr unter Druck gesetzt, in die Irre ge-

führt oder auch nur unzureichend über die Teilnahmebedingungen oder Gewinnmöglichkeiten unterrichtet hat.

39 5. Mit dem Hauptantrag erweisen sich auch die darauf rückbezogenen Folgeansprüche sowie der Antrag auf Erstattung der Abmahnkosten als unbegründet.

40 IV. Da die Sache zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO), ist das angefochtene Urteil aufzuheben. Auf die Berufung der Beklagten ist das landgerichtliche Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen.

41 V. Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 ZPO.

Büscher Pokrant Schaffert

Kirchhoff Koch

Vorinstanzen:
LG Köln, Entscheidung vom 08.02.2012 - 84 O 215/11 -
OLG Köln, Entscheidung vom 21.09.2012 - 6 U 53/12 -