



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 126/20

Verkündet am:
9. September 2021
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. Juli 2021 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Koch, den Richter Dr. Löffler, die Richterin Dr. Schwonke, den Richter Feddersen und die Richterin Dr. Schmaltz

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 29. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 25. Juni 2020 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger ist ein Verein, zu dessen satzungsmäßigen Aufgaben die Wahrung der gewerblichen Interessen seiner Mitglieder, insbesondere betreffend die Einhaltung der Regeln des lautereren Wettbewerbs, gehört. Die Beklagte betätigt sich als sogenannte Influencerin auf Instagram, wo sie regelmäßig Bilder von sich selbst, oftmals mit kurzen Begleittexten veröffentlicht. Darin beschäftigt sie sich vor allem mit Themen wie Mode, ihrem Leben als Mutter eines Kleinkinds, Yoga oder Reisen. Die Beiträge sind teilweise mit Hinweisen auf die Hersteller der von ihr getragenen Kleidung, ihrer Schuhe und Accessoires oder sonstiger abgebildeter Gegenstände versehen.
- 2 Die Kleidungsstücke und anderen Gegenstände sind auf den Fotos teilweise "getagt". Klickt man auf die Stelle im Bild, an der sich der jeweilige Gegenstand befindet, erscheint in einem "Tap Tag" der Name des Unternehmens, von

dem das Produkt stammt. Klickt man erneut auf den Namen des Unternehmens, wird man auf das jeweilige Instagram-Profil dieses Unternehmens weitergeleitet. Auf diese Weise sind drei der vier streitgegenständlichen Beiträge gestaltet. Im vierten Beitrag hält die Beklagte einen Plüschelafanten des Unternehmens S. in der Hand, ohne dass das Bild mit einem "Tap Tag" versehen war.

3 Diejenigen Instagram-Beiträge, für die die Beklagte nach eigenem Bekunden von den verlinkten Unternehmen bezahlt wird, kennzeichnet sie mit dem Hinweis "bezahlte Partnerschaft mit ...". Die streitgegenständlichen Beiträge enthielten keine entsprechende Kennzeichnung.

4 Der Kläger sieht darin unzulässige Schleichwerbung. Er hat zuletzt beantragt, die Beklagte unter Androhung von Ordnungsmitteln zu verurteilen, es zu unterlassen,

im geschäftlichen Verkehr in sozialen Medien, beispielsweise in dem sozialen Medium "Instagram", unter Abbildung einer Person (Bezeichnung "c. ") kommerzielle Inhalte vorzustellen, ohne den kommerziellen Zweck der Veröffentlichung zu verdeutlichen, sofern er sich nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt, indem dies geschieht durch Veröffentlichung von Beiträgen

1. mit der Abbildung einer Person ("c. ") = 1. Ansicht,

- nach Aufruf der 1. Ansicht durch einen Klick des Anzeigens des Namens von einem oder mehreren Unternehmen auf der gleichen Seite = 2. Ansicht

und

- durch einen weiteren Klick des Accounts des Unternehmens, dessen Name bei der zweiten Ansicht ins Bild gekommen ist = 3. Ansicht,

ohne die 1. oder 2. Ansicht als kommerzielle Veröffentlichung zu kennzeichnen;

jeweils wenn dies geschieht wie in den Anlagen K 4a - K 6c wiedergegeben,

2. mit der Abbildung eines Plüschelafanten mit dem Markenzeichen "S. " im Ohr, ohne die Abbildung als kommerzielle Veröffentlichung zu kennzeichnen,

wenn dies geschieht wie in Anlage K 8 wiedergegeben.

5 Darüber hinaus hat der Kläger beantragt, die Beklagte zur Zahlung einer
Abmahnkostenpauschale in Höhe von 178,50 € nebst Zinsen zu verurteilen.

6 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen (LG München I, GRUR-RR
2019, 332). Die Berufung des Klägers ist ohne Erfolg geblieben (OLG München,
GRUR 2020, 1096). Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision,
deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger seine Klagean-
träge weiter.

Entscheidungsgründe:

7 A. Das Berufungsgericht hat die Klage für unbegründet erachtet und hierzu
ausgeführt:

8 Das Handeln der Beklagten sei nicht unlauter im Sinne von § 5a Abs. 6
UWG, weil es an einer geschäftlichen Handlung im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1
UWG fehle. Selbst wenn man im Hinblick darauf, dass die Beiträge der Förderung
des eigenen Images zur Erlangung von Werbeverträgen dienen, vom Vorliegen
einer geschäftlichen Handlung ausginge, wäre diese nicht gemäß § 5a Abs. 6
UWG unlauter, da sich dieser kommerzielle Zweck der Handlung unmittelbar aus
den Umständen ergebe und es daher einer besonderen Kenntlichmachung nicht
bedürfe. Ansprüche aus § 7 Abs. 3 und 7, §§ 8, 58 Abs. 1 und 3 RStV in Verbin-
dung mit §§ 3a, 3 Abs. 1, § 8 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Nr. 2 UWG schieden aus, weil
nach § 2 Abs. 2 Nr. 7 RStV in den Beiträgen nur dann Werbung zu sehen wäre,
wenn der Influencer dafür ein Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung erhalte,
was hinsichtlich der streitgegenständlichen Beiträgen nicht der Fall sei. Gleiches
gelte für Ansprüche nach § 6 Abs. 1 TMG in Verbindung mit §§ 3a, 3 Abs. 1, § 8
Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Nr. 2 UWG, da nach § 2 Nr. 5 Buchst. b TMG Angaben

ohne finanzielle Gegenleistung keine Form der kommerziellen Kommunikation darstellen.

9 B. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision des Klägers hat keinen Erfolg. Die Klage ist zwar zulässig (dazu B I). Dem Kläger stehen gegen die Beklagte jedoch der mit der Klage geltend gemachte Unterlassungsanspruch sowie der Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten nicht zu (dazu B II).

10 I. Die Klage ist zulässig. Der Kläger ist insbesondere nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG klagebefugt.

11 1. Nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG stehen die Ansprüche aus § 8 Abs. 1 UWG rechtsfähigen Verbänden zur Förderung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen zu, soweit ihnen eine erhebliche Zahl von Unternehmern angehört, die Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben, wenn sie insbesondere nach ihrer personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung imstande sind, ihre satzungsmäßigen Aufgaben der Verfolgung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen tatsächlich wahrzunehmen und soweit die Zuwiderhandlung die Interessen ihrer Mitglieder berührt. § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG regelt nicht nur die sachlich-rechtliche Anspruchsberechtigung, sondern auch die prozessuale Klagebefugnis, die als Sachurteilsvoraussetzung nicht nur im Zeitpunkt der beanstandeten Wettbewerbshandlung bestanden haben, sondern auch im Revisionsverfahren noch fortbestehen muss. Bei der Prüfung, ob dies der Fall ist, ist der Senat auch als Revisionsgericht nicht an die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts gebunden. Das Revisionsgericht hat vielmehr selbständig festzustellen, ob die Voraussetzungen für die Klagebefugnis erfüllt sind; es kann sich hierbei des Freibeweises bedienen. Die Tatsachen, aus denen sich die Klagebefugnis ergibt, müssen spätestens im

Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz vorgelegen haben und im Revisionsverfahren fortbestehen (vgl. BGH, Urteil vom 27. April 2017 - I ZR 55/16, BGHZ 215, 12 Rn. 10 - Preisportal, mwN).

12 2. Dass der Kläger entsprechend seiner Behauptung nach seiner persönlichen, sachlichen und finanziellen Ausstattung imstande ist, seine satzungsmäßigen Aufgaben der Verfolgung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen tatsächlich wahrzunehmen, zieht die Revisionserwiderung nicht in Zweifel.

13 3. Dem Kläger gehört auch eine erhebliche Zahl von Unternehmern an, die Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben und deren Interessen berührt sind.

14 a) Ob im Rahmen des § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG bei der Bestimmung des relevanten Markts auf den Beklagten oder auf das fremde Unternehmen abzustellen ist, zu dessen Gunsten der Beklagte gehandelt hat, hängt davon ab, ob der Kläger eine geschäftliche Handlung des Beklagten zugunsten dessen eigenen Unternehmens oder zugunsten des fremden Unternehmens angreift (zu § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG aF vgl. BGH, Urteil vom 30. April 1997 - I ZR 154/95, GRUR 1997, 914, 915 [juris Rn. 20 f.] = WRP 1997, 1051 - Die Besten II). Im Fall der Förderung fremden Wettbewerbs muss das Wettbewerbsverhältnis nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG zwischen dem geförderten Unternehmen und den Mitgliedsunternehmen bestehen (zu § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG aF vgl. BGH, Urteil vom 9. November 2000 - I ZR 167/98, GRUR 2001, 529, 531 [juris Rn. 24] = WRP 2001, 531 - Herz-Kreislauf-Studie; Köhler/Feddersen in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 39. Aufl., § 8 Rn. 3.36; Büscher in Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, 3. Aufl., § 8 Rn. 256; Goldmann in Harte/Henning, UWG, 4. Aufl., § 8 Rn. 306; Münch-Komm.UWG/Ottofülling, 2. Aufl., § 8 Rn. 382; Lehmler in Büscher/Dittmer/Schiwy, Gewerblicher Rechtsschutz Urheberrecht Medienrecht, 3. Aufl., § 8

UWG Rn. 94; Fritzsche in Gloy/Loschelder/Danckwerts, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 5. Aufl., § 79 Rn. 188; zur entsprechenden Bestimmung des Mitbewerberverhältnisses im Rahmen von § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG vgl. BGH, Urteil vom 5. November 2020 - I ZR 234/19, GRUR 2021, 497 Rn. 16 = WRP 2021, 184 - Zweitmarkt für Lebensversicherungen, mwN).

15 b) Da der Kläger die Beiträge der Beklagten sowohl unter dem Gesichtspunkt angreift, dass es sich um geschäftliche Handlungen zugunsten der Beklagten selbst handele, als auch unter dem Gesichtspunkt, dass sie damit den Absatz der über die "Tap Tags" verlinkten Unternehmen bzw. des Unternehmens S. fördere, muss der Kläger sowohl über eine erhebliche Zahl an Mitgliedern verfügen, die in einem Wettbewerbsverhältnis im Sinne des § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG zu der Beklagten stehen, als auch über solche, die in einem entsprechenden Wettbewerbsverhältnis zu den geförderten Drittunternehmen stehen. Beides ist hier der Fall, was die Revisionserwiderung auch nicht in Zweifel zieht.

16 II. Die Verneinung des geltend gemachten Unterlassungsanspruchs gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1, § 3 Abs. 1 UWG und in der Folge auch des Anspruchs auf Ersatz einer Abmahnkostenpauschale hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand. Es fehlte zwar nicht an geschäftlichen Handlungen der Beklagten, die gemäß § 3 Abs. 1 UWG einer lauterkeitsrechtlichen Prüfung unterzogen werden können (dazu B II 1). Das Berufungsgericht hat jedoch im Ergebnis zutreffend eine Unlauterkeit wegen eines Verstoßes gegen § 5a Abs. 6 UWG (dazu B II 2) sowie nach § 3a UWG in Verbindung mit § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG und § 58 Abs. 1 Satz 1 RStV (dazu B II 3) verneint. Dem Kläger steht auch kein Unterlassungsanspruch wegen einer Unzulässigkeit der geschäftlichen Handlungen der Beklagten nach § 3 Abs. 3 UWG in Verbindung mit Nr. 11 der Anlage zu § 3 Abs. 3 UWG zu (dazu B II 4).

- 17 1. Die Veröffentlichung der streitgegenständlichen Instagram-Beiträge erfolgte im Rahmen von geschäftlichen Handlungen der Beklagten im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG. Es liegen geschäftliche Handlungen zugunsten des eigenen Unternehmens der Beklagten vor. Es kann zudem nicht ausgeschlossen werden, dass auch geschäftliche Handlungen zugunsten der Drittunternehmen vorliegen.
- 18 a) Das Berufungsgericht hat angenommen, dass es an einer geschäftlichen Handlung im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG fehle. Die Beklagte handele bei ihren Instagram-Beiträgen nicht allein zu privaten Zwecken, sondern auch als Unternehmerin. Als Influencerin habe sie das Interesse ihrer Follower an ihrem Leben und an ihrer Person inklusive der von ihr getragenen Kleidung und der von ihr verwendeten Produkte zu ihrem Geschäftsmodell gemacht. Die streitgegenständlichen Beiträge beruhten nicht nur auf der Mitteilungsfreudigkeit der Beklagten, sondern seien auch darauf gerichtet, Aufmerksamkeit und Resonanz sowohl in Verbraucher- wie auch in Unternehmerkreisen zu erzielen, um das Image der Influencerin zu stärken, etwa durch die Erhöhung der Zahl der Follower und der Zahl der Kommentare der Besucher ihres Auftritts bei Instagram. Durch die Aufwertung ihres Images bei den angesprochenen Verbrauchern und Unternehmern erhöhe die Beklagte den Wert der von ihr im eigenen Unternehmen angebotenen Dienstleistungen, die darin bestünden, im Rahmen von gegenwärtigen oder künftigen "bezahlten Partnerschaften" für Drittunternehmen Produktwerbung zu betreiben.
- 19 Die Intention, durch die Beiträge auch Werbeverträge zu akquirieren, führe aber nicht dazu, dass die streitgegenständlichen Beiträge, für die die Beklagte kein Entgelt erhalte, als geschäftliche Handlungen anzusehen seien. Das allgemeine Interesse, sich durch Publikationen für Werbeverträge interessant zu machen, reiche nicht aus, um einen objektiven Zusammenhang zwischen den Publikationen und der Absatzförderung anzunehmen. Die Beklagte komme mit ihren

Beiträgen dem Informationsinteresse ihrer Follower nach, die sich nicht nur dafür interessierten, was die Beklagte in ihrem Leben gerade tue, sondern auch - und möglicherweise sogar besonders - dafür, welche Produkte sie trage und verwende. Die Informationen zu den von ihr verwendeten Produkten, inklusive der angebrachten "Tap Tags" und Links, gehörten somit genauso wie die Informationen zu ihren Erlebnissen und Eindrücken zum "redaktionellen" Teil ihrer Beiträge. Insofern unterschieden sie sich nicht von redaktionellen Beiträgen beispielsweise in Modezeitschriften, in denen gleichfalls Produkte dargestellt und beschrieben würden. Dass die Beklagte über diese Beiträge auch beabsichtige, sich für Werbeverträge interessanter zu machen und damit Einnahmen zu erzielen, sei dem Handeln der auch ansonsten von Werbeeinnahmen sehr abhängigen Medienbranche immanent und unterscheide ihre Beiträge nicht von sonstigen dem Informationsinteresse der Leserschaft dienenden Beiträgen. Dass die Beiträge zu den von ihr getragenen oder verwendeten Produkten auch den Absatz dieser Produkte förderten, sei ein bloßer Reflex der Selbstdarstellung der Beklagten und führe, sofern die Beklagte kein Entgelt dafür bekomme, nicht dazu, dass eine geschäftliche Handlung zugunsten des fremden Unternehmens anzunehmen wäre.

20 Eine geschäftliche Handlung hinsichtlich der streitgegenständlichen Beiträge sei auch nicht deshalb anzunehmen, weil die Beklagte, anders als dies etwa bei Modezeitschriften regelmäßig der Fall sei, Einnahmen nur über Werbeverträge erziele und nicht auch über den Vertrieb der Publikationen als solche, so dass die unentgeltlichen Beiträge "conditio sine qua non" für die erfolgreiche Akquisition dieser Werbeverträge seien. Die Frage, ob ein Beitrag vorrangig dem Informationsinteresse der Leser oder vorrangig der Absatzförderung diene, sei von der Frage des Vergütungssystems zu trennen. Gerade im Bereich von Online-Publikationen sei es nicht unüblich, dass Einnahmen nur über Werbung generiert und die Artikel für die Leser kostenlos zur Verfügung gestellt würden.

- 21 Dies hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.
- 22 b) Gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG 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 objektiv zusammenhängt.
- 23 Das Merkmal des objektiven Zusammenhangs ist funktional zu verstehen und setzt voraus, dass die Handlung bei objektiver Betrachtung darauf gerichtet ist, durch Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidung der Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer den Absatz oder Bezug von Waren oder Dienstleistungen des eigenen oder eines fremden Unternehmens zu fördern (vgl. BGH, Urteil vom 10. Januar 2013 - I ZR 190/11, GRUR 2013, 945 Rn. 17 = WRP 2013, 1183 - Standardisierte Mandatsbearbeitung; Urteil vom 11. Dezember 2014 - I ZR 113/13, GRUR 2015, 694 Rn. 20 = WRP 2015, 856 - Bezugsquellen für Bachblüten; Urteil vom 6. Juni 2019 - I ZR 216/17, GRUR 2019, 1202 Rn. 13 = WRP 2019, 1471 - Identitätsdiebstahl; Urteil vom 23. April 2020 - I ZR 85/19, GRUR 2020, 886 Rn. 32 = WRP 2020, 1017 - Preisänderungsregelung). Ein Indiz für eine geschäftliche Handlung zugunsten eines fremden Unternehmens kann darin liegen, dass zu diesem eine geschäftliche Beziehung besteht (vgl. BGH, GRUR 2021, 497 Rn. 25 - Zweitmarkt für Lebensversicherungen).
- 24 Dient die Handlung vorrangig anderen Zielen als der Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidung von Verbrauchern in Bezug auf Produkte und wirkt sie sich lediglich reflexartig auf die Absatz- oder Bezugsförderung aus, so stellt sie keine geschäftliche Handlung im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG dar (vgl. BGH, GRUR 2013, 945 Rn. 18 und 29 - Standardisierte Mandatsbearbeitung; GRUR 2015, 694 Rn. 22 - Bezugsquellen für Bachblüten; BGH, Urteil vom

31. März 2016 - I ZR 160/14, GRUR 2016, 710 Rn. 12 und 16 = WRP 2016, 843 - Im Immobiliensumpf; BGH, GRUR 2021, 497 Rn. 27 - Zweitmarkt für Lebensversicherungen). Weltanschauliche, wissenschaftliche, redaktionelle oder verbraucherpolitische Äußerungen von Unternehmen oder anderen Personen, die nicht in funktionalem Zusammenhang mit der Absatz- oder Bezugsförderung stehen, unterfallen demnach nicht dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (vgl. BGH, GRUR 2016, 710 Rn. 12 - Im Immobiliensumpf).

25 Es besteht keine Vermutung, dass die Handlung eines Unternehmers, die in den Bereich seiner gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit fällt, mit der Förderung des Absatzes des eigenen Unternehmens oder gar der Förderung des Absatzes eines fremden Unternehmens objektiv zusammenhängt (aA OLG Braunschweig, GRUR-RR 2020, 452, 453 [juris Rn. 38 f.]). Zwar erforderte eine Wettbewerbshandlung bis zur Neufassung des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG durch das Erste Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 22. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2949) die Absicht, eigenen oder fremden Wettbewerb zu fördern (vgl. BGH, Urteil vom 27. November 2014 - I ZR 67/11, GRUR 2015, 692 Rn. 14 = WRP 2015, 854 - Hohlkammerprofilplatten, mwN) und wurde die Absicht des Beklagten, den Wettbewerb des eigenen Unternehmens zu fördern, vermutet, sofern sein Handeln objektiv für diese Förderung geeignet war (vgl. BGH, Urteil vom 5. Februar 2009 - I ZR 119/06, GRUR 2009, 876 Rn. 17 = WRP 2009, 1086 - Änderung der Voreinstellung II, mwN). Dieser Grundsatz ist mit der Neufassung des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG jedoch obsolet geworden, da ein subjektives Merkmal im Sinne einer Wettbewerbsförderungsabsicht nicht mehr erforderlich ist (vgl. Begründung zum Regierungsentwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, BT-Drucks. 16/10145, S. 12; Götting in Götting/Nordemann, UWG, 3. Aufl., § 2 Rn. 13 f.; Maatsch, jurisPR-WettbR 4/2019 Anm. 5 unter C; aA OLG Braunschweig, GRUR-RR 2020, 452, 453 [juris Rn. 38 f.]; jurisPK.UWG/Ernst, 5. Aufl., § 2

Rn. 21). Die Frage, ob eine Handlung vorrangig der Förderung des eigenen oder fremden Absatzes oder Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder aber anderen Zielen dient, ist vielmehr aufgrund einer Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalls zu beurteilen (vgl. BGH, GRUR 2015, 694 Rn. 20 - Bezugsquellen für Bachblüten).

26 c) Mit Recht rügt die Revision, dass nach diesen Maßstäben die Veröffentlichung der Instagram-Beiträge im Rahmen einer geschäftlichen Handlung der Beklagten zur Förderung ihres eigenen Unternehmens erfolgte.

27 aa) Die Beklagte betreibt ein Unternehmen.

28 (1) Mit dem Begriff des Unternehmens wird die organisatorische Einheit beschrieben, in der eine gewerbliche, handwerkliche oder selbständige berufliche Tätigkeit ausgeübt wird (vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 6 UWG; Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO § 2 Rn. 20). Eine gewerbliche Tätigkeit setzt ein selbständiges und planmäßiges, auf eine gewisse Dauer angelegtes Anbieten entgeltlicher Leistungen am Markt voraus (vgl. BGH, Urteil vom 4. Dezember 2008 - I ZR 3/06, GRUR 2009, 871 Rn. 33 = WRP 2009, 967 - Ohrclips, mwN).

29 Für Influencer gilt nichts anderes, so dass auch sie ein Unternehmen betreiben, sofern sie selbst Waren oder Dienstleistungen vertreiben (vgl. Mallick/Weller, WRP 2018, 155 Rn. 14; Mach, WRP 2018, 1166 Rn. 17) oder das eigene Image vermarkten und durch Werbeeinnahmen kommerzialisieren (vgl. KG, GRUR 2019, 543, 544 [juris Rn. 54]; OLG Karlsruhe, WRP 2020, 1467, 1471 [juris Rn. 68]; OLG Koblenz, WRP 2021, 677, 681 [juris Rn. 96]; LG Hamburg, Urteil vom 28. März 2019 - 403 HKO 127/18, juris Rn. 35; LG Koblenz, GRUR-RS 2020, 45895 Rn. 61; LG Köln, AfP 2020, 433, 435 [juris Rn. 38]; Großkomm.UWG/Peukert, 3. Aufl., § 2 Rn. 70; Schöwerling/Siegel in Paschke/Berlit/Meyer/Kröner, Hamburger Kommentar Gesamtes Medienrecht, 4. Aufl., 23. Abschnitt Rn. 17; Henning-Bodewig, WRP 2017, 1415 Rn. 19; Mallick/Weller, WRP

2018, 155 Rn. 15; Mach, WRP 2018, 1166 Rn. 17; Timmermann/Berndt, WRP 2020, 996 Rn. 16).

30 (2) Davon ist auch das Berufungsgericht ausgegangen und hat festgestellt, dass die Beklagte unternehmerisch tätig ist. Insofern erhebt die Revisionserwiderung keine Einwände und sind auch keine Rechtsfehler ersichtlich, da die Beklagte gegen Entgelt Werbung für fremde Unternehmen veröffentlicht.

31 bb) Der Betrieb des Instagram-Profiles, in dessen Rahmen die streitgegenständlichen Beiträge veröffentlicht wurden, ist objektiv dazu geeignet, das Unternehmen der Beklagten zu fördern.

32 (1) Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass die Beklagte durch die Beiträge ihr Image stärken wolle, etwa durch die Erhöhung der Zahl der Follower und der Zahl der Kommentare der Besucher ihres Auftritts bei Instagram, wodurch sich wiederum der Wert der von ihr angebotenen Dienstleistungen erhöhen solle. Auch das zieht die Revisionserwiderung nicht in Zweifel.

33 (2) Durch die Steigerung ihres Werbewerts fördern Influencer wie die Beklagte ihr eigenes Unternehmen (vgl. OLG Hamburg, K&R 2020, 630, 632 [juris Rn. 51]; OLG Karlsruhe, WRP 2020, 1467, 1471 f. [juris Rn. 69 und 74]; OLG Koblenz, WRP 2021, 677, 682 [juris Rn. 98]; OLG Köln, GRUR-RR 2021, 167, 168 [juris Rn. 50]; LG Berlin, MMR 2018, 543, 544 [juris Rn. 31]; LG Heilbronn, ZUM-RD 2019, 180, 183 [juris Rn. 48 bis 52]; LG Hamburg, Urteil vom 28. März 2019 - 403 HKO 127/18, juris Rn. 35 und 37; LG Karlsruhe, GRUR-RR 2019, 328, 330 [juris Rn. 43 bis 45 und 50]; LG Köln, AfP 2020, 433, 435 [juris Rn. 38]; BeckOK.UWG/Alexander, 12. Edition [Stand 1. Mai 2021], § 2 Rn. 112; ders., WRP 2021, 136 Rn. 18; Weiler in Götting/Meyer/Vormbrock, Gewerblicher Rechtsschutz, 2. Aufl., § 31 Rn. 280; Alberts, Die rechtliche Bewertung der Tätigkeit von Influencern unter besonderer Berücksichtigung werberechtlicher

Problemstellungen, 2021, S. 64; Mallick/Weller, WRP 2018, 1289 Rn. 22 f.; Wagner, jurisPR-ITR 12/2019 Anm. 5 unter C; Douglas, GRUR-Prax 2019, 561; Ruess/Bredies, WRP 2020, 18 Rn. 42 bis 44; Köberlein, ZVertriebsR 2020, 221, 223; Böhler, K&R 2020, 697; Eibenstein, ZVertriebsR 2020, 320, 321; Eibenstein/Schlereth, MMR 2020, 771).

34 (3) Dass im Rahmen des Instagram-Profiles auch vordergründig private Beiträge veröffentlicht werden wie derjenige in der Anlage K 8, in dem die Beklagte mit ihrem Kind und einem Plüschelefanten von S. abgebildet ist und in dem sie mitteilt: "Sorry - Mama is Not available today because I am having a play date", ändert nichts am geschäftlichen Charakter der Veröffentlichung sämtlicher Beiträge. Ein Unternehmer, der private Äußerungen nutzt, um den Wettbewerb seines Unternehmens zu fördern, gibt diesen eine geschäftliche Wendung (vgl. BGH, Urteil vom 26. Februar 1960 - I ZR 166/58, GRUR 1960, 384, 386 - Mampe Halb und Halb I; Großkomm.UWG/Peukert aaO § 2 Rn. 74). Das ist bei unternehmerisch tätigen Influencern hinsichtlich ihrer scheinbar privaten Beiträge der Fall (aA Fries, Influencer-Marketing, 2019, S. 105; Schleife, Ökonomisches Potential und wettbewerbsrechtliche Grenzen des Influencer-Marketings in sozialen Medien, 2019, S. 16; Köhler, ZUM-RD 2019, 141, 142). Gerade die Öffnung des privaten Lebensbereichs macht es für das Publikum attraktiv, Influencern zu folgen, da diese so glaubwürdiger, nahbarer und sympathischer wirken (vgl. LG Hamburg, Urteil vom 28. März 2019 - 403 HKO 127/18, juris Rn. 44; BeckOK.UWG/Alexander aaO § 2 Rn. 112.1; Mallick/Weller, WRP 2018, 155 Rn. 10; Terhaag/Schwarz, K&R 2019, 612, 616; Spoenle, jurisPR-ITR 9/2019 Anm. 2 unter C; ders., jurisPR-ITR 25/2020 Anm. 2 unter C; Wesche, jM 2020, 2, 5; Ruess/Bredies, WRP 2020, 18 Rn. 44; Timmermann/Berndt, WRP 2020, 996 Rn. 9). Dass die Förderung des eigenen Images charakteristisch für Influencer ist und das Streben nach einer Reichweitensteigerung den Gegebenheiten der sozialen Netzwerke und dem Wunsch nach Aufmerksamkeit inhärent ist, kann an

dem damit unweigerlich verbundenen Charakter als geschäftliche Handlung nichts ändern (aA Kubat, ÖBl 2020, 8, 14; Timmermann/Berndt, WRP 2020, 996 Rn. 30 f.).

35 (4) Der Betrieb eines Instagram-Profiles, das - wie im Streitfall - dazu geeignet ist, den Werbewert der Influencerin zu steigern, ist unabhängig davon eine geschäftliche Handlung zur Förderung des eigenen Unternehmens, dass darin redaktionelle Beiträge veröffentlicht werden. In dieser Konstellation dient die Veröffentlichung redaktioneller Beiträge vorrangig dem Ziel, geschäftliche Entscheidungen von Verbrauchern oder sonstiger Marktteilnehmer in Bezug auf Produkte des eigenen Unternehmens zu beeinflussen.

36 Diese Annahme steht nicht in Widerspruch zu den Grundsätzen, die für die Veröffentlichung von Presseerzeugnissen gelten. Der Umstand, dass ein Presseunternehmen mit der Veröffentlichung redaktioneller Beiträge das Ziel verfolgt, die eigene Wettbewerbslage im Verhältnis zu anderen Presseunternehmen zu verbessern oder zu behaupten, führt zwar grundsätzlich nicht zur Einordnung dieser Veröffentlichung als geschäftliche Handlung zur Förderung des eigenen Unternehmens, weil eine solche Wirkung die notwendige Begleiterscheinung funktionsgerechten Pressehandelns ist; anderes gilt jedoch, wenn die Förderung eigenen Wettbewerbs im Vordergrund steht (zu § 1 UWG aF vgl. BGH, Urteil vom 12. Oktober 1989 - I ZR 29/88, GRUR 1990, 373, 374 [juris Rn. 13] = WRP 1990, 270 - Schönheits-Chirurgie; Ahrens in Gloy/Loschelder/Danckwerts aaO § 69 Rn. 52). Auch außerhalb des Bereichs der Presseunternehmen kann etwa die Veröffentlichung eines redaktionell aufgemachten Newsletters durch einen Verband, der Dienstleistungen anbietet, eine geschäftliche Handlung zur Förderung des eigenen Unternehmens darstellen (BGH, Urteil vom 19. Mai 2011 - I ZR 147/09, GRUR 2012, 74 Rn. 15 f. = WRP 2012, 77 - Coaching-Newsletter).

- 37 Im Streitfall steht der eigennützige kommerzielle Zweck der Veröffentlichungen der Beklagten auf Instagram im Vordergrund, weil sich diese zugunsten des Absatzes der von der Beklagten angebotenen Werbedienstleistungen auswirken. Die Beklagte nutzt die über Instagram gewonnene Gefolgschaft zur Steigerung ihres Werbewerts.
- 38 (5) Schließlich scheidet die Einordnung der hier in Rede stehenden Handlungen als geschäftliche Handlungen zugunsten des eigenen Unternehmens auch nicht insoweit aus, als diese Handlungen ohne finanzielle Gegenleistung erbracht werden.
- 39 Der Einordnung als geschäftliche Handlung steht das Fehlen einer Gegenleistung auch mit Blick auf Art. 2 Buchst. f 2. Spiegelstrich der Richtlinie 2000/31/EG über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt nicht entgegen. Nach dieser Vorschrift liegt bei Angaben in Bezug auf Waren oder Dienstleistungen oder das Erscheinungsbild eines Unternehmens, einer Organisation oder Person, "die unabhängig und insbesondere ohne finanzielle Gegenleistung gemacht werden", keine kommerzielle Kommunikation vor. Es kommt nicht darauf an, ob unter einer kommerziellen Mitteilung im Sinne der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken dasselbe zu verstehen ist wie unter einer "kommerziellen Kommunikation" im Sinne der Richtlinie 2000/31/EG. Der Begriff der Geschäftspraktiken im Sinne des Art. 2 Buchst. d der Richtlinie 2005/29/EG erfasst "jede Handlung, Unterlassung, Verhaltensweise oder Erklärung, kommerzielle Mitteilung einschließlich Werbung und Marketing eines Gewerbetreibenden, die unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts an Verbraucher zusammenhängt". Die "kommerzielle Mitteilung" ist danach lediglich eine Erscheinungsform einer Geschäftspraxis. Die Veröffentlichung eines Instagram-Beitrags kann daher auch

dann als Geschäftspraxis einzustufen sein, wenn keine kommerzielle Kommunikation im Sinne von Art. 2 Buchst. f 2. Spiegelstrich der Richtlinie 2000/31/EG vorliegt, weil der Influencer keine Gegenleistung erhält.

40 Für die Annahme einer geschäftlichen Handlung ist der unentgeltliche Charakter des fraglichen Verhaltens unerheblich, sofern dieses der Förderung der gewerblichen Tätigkeit des Unternehmers dient (vgl. BGH, Urteil vom 19. April 2018 - I ZR 154/16, BGHZ 218, 236 Rn. 21 - Werbeblocker II; Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO § 2 Rn. 35). Dies ist vorliegend der Fall.

41 e) Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass auch geschäftliche Handlungen zugunsten der Drittunternehmen vorliegen.

42 aa) Das Berufungsgericht hat angenommen, die Informationen zu den von der Beklagten verwendeten Produkten, inklusive der angebrachten "Tap Tags" und Links, gehörten genauso wie die Informationen zu ihren Erlebnissen und Eindrücken zum "redaktionellen" Teil ihrer Beiträge. Dass die Beiträge zu den von ihr getragenen oder verwendeten Produkten auch den Absatz dieser Produkte förderten, sei ein bloßer Reflex der Selbstdarstellung der Beklagten und führe, sofern die Beklagte kein Entgelt dafür bekomme, nicht dazu, dass eine geschäftliche Handlung zugunsten des fremden Unternehmens anzunehmen wäre.

43 bb) Erhält ein Influencer für einen werblichen Beitrag eine Gegenleistung, stellt diese Veröffentlichung ohne Weiteres eine geschäftliche Handlung zugunsten des beworbenen Unternehmens dar (vgl. KG, WRP 2018, 98 [juris Rn. 10]; KG, GRUR-RR 2018, 155 [juris Rn. 9]; OLG Frankfurt, WRP 2019, 1213 [juris Rn. 9]; OLG Karlsruhe, WRP 2020, 1467, 1474 [juris Rn. 91]; OLG Köln, GRUR-RR 2021, 167, 168 [juris Rn. 51]; Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO § 5a Rn. 7.71; Großkomm.UWG/Peukert aaO § 2 Rn. 204; jurisPK.UWG/Seichter aaO § 5a Rn. 196; Weiler in Götting/Meyer/Vormbrock aaO § 31 Rn. 280; Meyer in Götting/Meyer/Vormbrock aaO § 36 Rn. 385; Fries aaO

S. 103 f.; Alberts aaO S. 65; Lehmann, WRP 2017, 772 Rn. 5; Reinholz/Schirmbacher, K&R 2017, 753, 754 f.; Mallick/Weller, WRP 2018, 155 Rn. 17; dies., WRP 2018, 1289 Rn. 20 und 28; Schonhofen/Detmering, WRP 2018, 1171 Rn. 31; Leeb/Maisch, ZUM 2019, 29, 33; Gerecke, GRUR-Prax 2019, 69; Scherer, WRP 2019, 277 Rn. 17; Maatsch, jurisPR-WettbR 4/2019 Anm. 5 unter C; Köhler, GRUR-Prax 2019, 343, 344; Klickermann, MMR 2020, 150, 154; Köberlein, ZVertriebsR 2020, 221, 222). Es gilt insofern nichts anderes als bezüglich des entgeltlichen Anzeigengeschäfts der Presse (vgl. BGH, Urteil vom 29. März 1974 - I ZR 15/73, GRUR 1975, 75, 77 [juris Rn. 17] = WRP 1974, 394 - Wirtschaftsanzeigen-public-relations; Urteil vom 26. April 1990 - I ZR 127/88, GRUR 1990, 1012, 1013 [juris Rn. 30] = WRP 1991, 19 - Pressehaftung I; Urteil vom 6. Dezember 2001 - I ZR 284/00, BGHZ 149, 247, 268 [juris Rn. 58] - "H.I.V. POSITIVE" II; Urteil vom 5. Februar 2015 - I ZR 136/13, GRUR 2015, 906 Rn. 16 = WRP 2015, 1098 - TIP der Woche; Koch in Festschrift Köhler, 2014, S. 359, 364). Der Erhalt einer Gegenleistung ist jedoch keine zwingende Voraussetzung für das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung zugunsten eines fremden Unternehmens (vgl. OLG Braunschweig, GRUR-RR 2020, 452, 454 [juris Rn. 48]).

44 cc) Wie das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat, folgt die Förderung fremden Wettbewerbs allerdings nicht aus dem weit verbreiteten allgemeinen Interesse von Influencern, Anzeigenkunden zu gewinnen, indem deren Interesse an einer Kooperation durch das Setzen von "Tap Tags", die auf deren Instagram-Profile verweisen, geweckt werden soll (vgl. BGH, Urteil vom 9. Februar 2006 - I ZR 124/03, GRUR 2006, 875 Rn. 28 = WRP 2006, 1109 - Rechtsanwalts-Ranglisten; Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO § 2 Rn. 67; aA OLG Braunschweig, GRUR-RR 2020, 452, 454 [juris Rn. 48]; OLG Karlsruhe, WRP 2020, 1467, 1475 [juris Rn. 102]). Dass die Beklagte das Setzen von "Tap Tags" in irgendeiner Weise mit ihrem Anzeigengeschäft verknüpft hat, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt.

45 dd) Zu der Annahme, die Beiträge der Beklagten gehörten zum redaktionellen Teil ihrer Beiträge, ist das Berufungsgericht jedoch gelangt, ohne die Inhalte der Instagram-Beiträge in vollem Umfang zu würdigen.

46 (1) Bei der Prüfung, ob der Internetauftritt von Influencern vorrangig der Absatzförderung oder anderen, insbesondere redaktionellen Zielen dient, ist das Informationsinteresse ihrer Follower in Betracht zu ziehen. Diese interessieren sich nicht nur für die private Lebensgestaltung der Influencer, sondern auch dafür, welche Kleidungsstücke sie tragen oder welche anderen Produkte sie verwenden (vgl. KG, GRUR 2019, 543, 546 [juris Rn. 109]). Aus dem Umstand allein, dass die Follower den Lebensstil der Influencer als Anregung für die eigene Lebensgestaltung verstehen und womöglich nachahmen, kann noch nicht darauf geschlossen werden, dass der Internetauftritt vorrangig der Absatzförderung dient (aA OLG Hamburg, K&R 2020, 630, 631 [juris Rn. 47]; OLG Karlsruhe, WRP 2020, 1467, 1474 f. [juris Rn. 96]).

47 Die sozialen Medien im Allgemeinen und die Beiträge von Influencern im Besonderen haben gegenüber einem nicht unwesentlichen, insbesondere jüngeren Teil der Allgemeinheit eine Informations- und Unterhaltungsfunktion, die neben die der klassischen Medien getreten ist. Die Beiträge von Influencern können insbesondere mit denen klassischer Modezeitschriften oder anderer Special-Interest-Medien vergleichbar sein (vgl. KG, GRUR 2019, 543, 546 [juris Rn. 111]; OLG Hamburg, Urteil vom 2. Juli 2020 - 15 U 142/19, juris Rn. 62; Großkomm.UWG/Peukert aaO § 2 Rn. 204; jurisPK.UWG/Seichter aaO § 5a Rn. 197; Böse, MDR 2019, 769; Nadi, WRP 2019, 935 Rn. 11; Köhler, ZUM-RD 2019, 141, 143; ders., ZUM 2020, 294, 296; Ruess/Bredies, WRP 2020, 18 Rn. 35; Kubat, ÖBI 2020, 8, 13; Maier, jurisPR-WettbR 10/2020 Anm. 5 unter C; Spoenle, jurisPR-ITR 25/2020 Anm. 2 unter C).

48 (2) Bei der Beurteilung der Beiträge von Influencern in sozialen Medien kann auf die Kriterien zurückgegriffen werden, die für die Einordnung scheinbar redaktioneller Presseartikel als werblich entwickelt worden sind (vgl. OLG Karlsruhe, WRP 2020, 1467, 1474 [juris Rn. 91 f.]; OLG Koblenz, WRP 2021, 677, 682 [juris Rn. 100]; Großkomm.UWG/Peukert aaO § 2 Rn. 204; Großkomm.UWG/Peifer aaO § 5a Rn. 136 und 154; jurisPK.UWG/Seichter aaO § 5a Rn. 196; Schöwerling/Siegel in Paschke/Berlit/Meyer/Kröner aaO 23. Abschnitt Rn. 17; Leitfaden der Medienanstalten, Werbekennzeichnung bei Social-Media-Angeboten, 2020, S. 5; Alberts aaO S. 75; Reinholz/Schirmbacher, K&R 2017, 753, 755; Leeb/Maisch, ZUM 2019, 29, 34; Gerecke, GRUR-Prax 2019, 69; ders., GWR 2021, 44; Zurth/Pless, GRUR-RR 2019, 335, 336; Kubat, ÖBI 2020, 8, 13; aA Köhler, WRP 2020, Heft Nr. 4, S. I).

49 Auch wenn ein klassisches Medienunternehmen für eine scheinbar redaktionelle Veröffentlichung keine Gegenleistung von einem fremden Unternehmen erhält, kann es sich dennoch um eine geschäftliche Handlung zugunsten dieses Unternehmens handeln, wenn der Beitrag nach seinem Gesamteindruck übertrieben werblich ist, also einen werblichen Überschuss enthält, so dass die Förderung fremden Wettbewerbs eine größere als nur eine notwendigerweise begleitende Rolle spielt (vgl. BGH, GRUR 1990, 373, 374 [juris Rn. 13] - Schönheits-Chirurgie; BGH, Urteil vom 3. Februar 1994 - I ZR 321/91, GRUR 1994, 441, 442 [juris Rn. 13 f.] = WRP 1994, 398 - Kosmetikstudio; Urteil vom 30. April 1997 - I ZR 196/94, GRUR 1997, 912, 913 [juris Rn. 15] = WRP 1997, 1048 - Die Besten I; BGH, GRUR 2002, 987, 993 [juris Rn. 34] - Wir Schuldenmacher; BGH, Urteil vom 1. April 2004 - I ZR 317/01, BGHZ 158, 343, 348 [juris Rn. 25] - Schöner Wetten; BGH, GRUR 2006, 875 Rn. 23 - Rechtsanwalts-Ranglisten; Keller in Harte/Henning aaO § 2 Rn. 80; Großkomm.UWG/Peukert aaO § 2 Rn. 194 f. und 204; Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO § 2 Rn. 67 und § 5a Rn. 7.50; Erdmann/Pommerening in Gloy/Loschelder/Danckwerts aaO § 31 Rn. 69; Weiler

in Götting/Meyer/Vormbrock aaO § 31 Rn. 294; aA OGH, MR 2016, 288, 292). Dies entscheidet sich anhand einer objektiven Beurteilung des äußeren Erscheinungsbilds der Publikation aus Sicht eines durchschnittlichen Adressaten (vgl. Großkomm.UWG/Peukert aaO § 2 Rn. 203; Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO § 2 Rn. 67).

50 Danach ist zu berücksichtigen, ob der Beitrag ohne jede kritische Distanz allein die Vorzüge in einer Weise lobend hervorhebt, die bei dem Verkehr den Eindruck erweckt, dass das Produkt oder die Dienstleistung von Seiten des Influencers geradezu anempfohlen werde (vgl. BGH, GRUR 1994, 441, 442 [juris Rn. 13] - Kosmetikstudio), oder ob die fremden Produkte oder Dienstleistungen namentlich genannt und angepriesen werden (vgl. BGH, Urteil vom 19. September 1996 - I ZR 130/94, GRUR 1997, 139, 140 [juris Rn. 15] = WRP 1997, 24 - Orangerhaut; Urteil vom 19. Februar 1998 - I ZR 120/95, GRUR 1998, 947, 948 [juris Rn. 28] = WRP 1998, 595 - AZUBI '94) und die Darstellung damit den Rahmen einer sachlich veranlassten Information verlässt (vgl. BGH, Urteil vom 18. Februar 1993 - I ZR 14/91, GRUR 1993, 561, 562 [juris Rn. 14] = WRP 1993, 476 - Produktinformation I; Urteil vom 23. Januar 1997 - I ZR 238/93, GRUR 1997, 541, 542 f. [juris Rn. 17] = WRP 1997, 711 - Produkt-Interview; BGH, GRUR 2006, 875 Rn. 27 - Rechtsanwalts-Ranglisten; kritisch Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO § 5a Rn. 7.54). Ein werblicher Überschuss kann deshalb etwa vorliegen, wenn in dem Text des Instagram-Beitrags ein in dem Bild zur Schau gestelltes Produkt in werbetypisch euphorischer Weise angepriesen wird (vgl. LG Köln, AfP 2020, 433, 435 f. [juris Rn. 44]).

51 (3) Durch die Anwendung dieser Grundsätze ist zugleich sichergestellt, dass den Anforderungen des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG genügt wird, ohne dass im Streitfall entschieden werden muss, ob und unter welchen Voraussetzungen diese Vorschrift auf Beiträge, die in den sozialen Medien verbreitet werden, an-

wendbar ist. Insbesondere kann offenbleiben, ob die Pressefreiheit (vgl. Grabenwarter in Maunz/Dürig, GG, 82. Lieferung Januar 2018, Art. 5 Rn. 245, 250 bis 253, 262 bis 266; BeckOK.Informations- und Medienrecht/Kühling, 32. Edition [Stand 1. Februar 2021], Art. 5 GG Rn. 88; Gersdorf, BayVBl 2015, 625, 627 f.; Adelberg, Rechtspflichten und -grenzen der Betreiber sozialer Netzwerke, 2020, S. 38 f.), die Rundfunkfreiheit (vgl. Sachs/Bethge, GG, 9. Aufl., Art. 5 Rn. 73a; BeckOK.GG/Schemmer, 47. Edition [Stand 15. Mai 2021], Art. 5 Rn. 43 und 67; Fries aaO S. 52 bis 54), ein Grundrecht der Medienfreiheit (vgl. Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheiten, 2002, Art. 5 Abs. 1 und 2 GG Rn. 138; Koreng, Zensur im Internet, 2010, S. 98 bis 100; Bock, Die Übertragbarkeit der Kommunikationsfreiheiten des Artikel 5 GG auf das Internet, 2018, S. 276; Fechner, Medienrecht, 21. Aufl., 3. Kapitel Rn. 100 und 12. Kapitel Rn. 213) oder ein Internetgrundrecht eigener Art (vgl. Mecklenburg, ZUM 1997, 525 f., 530 bis 532, 536; Holznagel/Schumacher in Klopfer, Netzneutralität in der Informationsgesellschaft, 2011, S. 47, 57 bis 59) betroffen ist.

52 Im vorliegenden Zusammenhang ist auf die Grundrechte des Grundgesetzes und nicht die der EU-Grundrechtecharta abzustellen. Nach ihrem Art. 51 Abs. 1 Satz 1 gilt die EU-Grundrechtecharta ausschließlich bei der Durchführung von Unionsrecht. Die Frage, wann geschäftliche Handlungen zugunsten fremder Unternehmen vorliegen, ist jedoch nicht Gegenstand des Unionsrechts, sondern allein anhand des deutschen Rechts zu beurteilen. Insbesondere ist insoweit nicht der Anwendungsbereich der Richtlinie 2005/29/EG eröffnet, da diese nur Geschäftspraktiken eines Gewerbetreibenden im Zusammenhang mit der Absatzförderung und dem Verkauf seiner eigenen Produkte und Dienstleistungen erfasst oder Geschäftspraktiken eines Wirtschaftsteilnehmers, die von einem anderen Unternehmen ausgeübt werden, das jedoch im Namen und/oder Auftrag dieses Wirtschaftsteilnehmers tätig werden muss (vgl. EuGH, Urteil vom 17. Oktober 2013 - C-391/12, GRUR 2013, 1245 Rn. 39 = WRP 2013, 1575 - RLvS).

Da der Begriff der "geschäftlichen Handlung" gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG auch Handlungen Dritter zur Förderung des Absatzes oder Bezugs eines fremden Unternehmens umfasst, die nicht im Namen oder im Auftrag des Unternehmers handeln, reicht er weiter als der unionsrechtliche Begriff der "Geschäftspraktiken" in Art. 2 Buchst. d der Richtlinie 2005/29/EG (vgl. BGH, Urteil vom 6. Februar 2014 - I ZR 2/11, GRUR 2014, 879 Rn. 13 = WRP 2014, 1058 - GOOD NEWS II; BGH, GRUR 2015, 694 Rn. 26 - Bezugsquellen für Bachblüten; BGH, Beschluss vom 25. Juni 2020 - I ZR 74/19, GRUR 2020, 997 Rn. 12 = WRP 2020, 1295 - GRAZIA StyleNights).

53 Bei redaktionellen Beiträgen eines Medienunternehmens, die unter den besonderen Schutz des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG fallen, ist ein objektiver Zusammenhang im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG mit der Förderung des Absatzes eines fremden Unternehmens zwar zu verneinen, wenn der Beitrag allein der Information und Meinungsbildung seiner Adressaten dient (vgl. BGH, GRUR 2012, 74 Rn. 15 - Coaching-Newsletter; GRUR 2015, 694 Rn. 34 - Bezugsquellen für Bachblüten; BGH, Urteil vom 18. Juni 2015 - I ZR 74/14, BGHZ 206, 103 Rn. 10 - Haftung für Hyperlink; Urteil vom 17. Dezember 2015 - I ZR 219/13, GRUR-RR 2016, 410 Rn. 11). Im Falle eines werblichen Überschusses im vorstehend dargestellten Sinne ist diese Voraussetzung jedoch nicht gegeben.

54 (4) Der Umstand, dass die Beklagte die Bilder mit "Tap Tags" versehen hat, um insbesondere die Hersteller der von ihr getragenen Kleidungsstücke zu bezeichnen, genügt als solcher nicht, um einen werblichen Überschuss der Instagram-Beiträge anzunehmen (aA OLG Karlsruhe, WRP 2020, 1467, 1480 [juris Rn. 144]; OLG Koblenz, WRP 2021, 677, 682 [juris Rn. 100]; LG Hagen, GRUR-RR 2017, 510, 511 [juris Rn. 19]; LG Köln, AfP 2020, 433, 434 f. [juris Rn. 37, 40 und 43]; Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO § 5a Rn. 7.80d; Mitterer/Wiedemann/Thress, BB 2021, 2, 13; Janning/Mäder/Hebbinghaus, PharmR 2021, 49, 52), und zwar auch dann nicht, wenn die Beklagte über eine erhebliche

Zahl von Followern verfügen sollte (aA vgl. OLG Köln, GRUR-RR 2021, 167, 168 f. [juris Rn. 51 f.]).

55 Bei der Würdigung des dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit dienenden Gehalts der "Tap Tags" ist zu beachten, dass die Angaben im "Tap Tag" weiterführende Informationen zum Text- oder Bildbeitrag bieten können, indem etwa im "Tap Tag" der Hersteller des abgebildeten Produkts genannt wird (vgl. Maier, jurisPR-WettbR 10/2020 Anm. 5 unter C; aA OLG Karlsruhe, WRP 2020, 1467, 1475 [juris Rn. 99 bis 101]; LG Karlsruhe, GRUR-RR 2019, 328, 330 und 332 [juris Rn. 41 f. und 68]; Gerecke, GRUR-Prax 2019, 69; Nadi, WRP 2019, 935 Rn. 11). Hat der "Tap Tag" jedoch aus der maßgeblichen Sicht des durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Besuchers des Instagram-Profiles keinen erkennbaren Bezug zu dem Text- oder dem Bildbeitrag, wird dies in der Regel für eine geschäftliche Handlung zugunsten des fremden Unternehmens sprechen (vgl. KG, GRUR 2019, 543, 544 [juris Rn. 58 und 63]; Boden/Bosch, IPRB 2019, 79, 82; Köhler, ZUM-RD 2019, 141, 143; Gerecke, GRUR-Prax 2019, 400).

56 (5) Die Verlinkung auf eine Internetseite des Herstellers des abgebildeten Produkts beinhaltet regelmäßig einen werblichen Überschuss (vgl. OLG Hamburg, K&R 2020, 630, 631 [juris Rn. 48]; OLG Koblenz, WRP 2021, 677, 682 [juris Rn. 100]; LG Köln, AfP 2020, 433, 435 [juris Rn. 43]; Mallick/Weller, WRP 2018, 1289 Rn. 21 und 33; Terhaag/Schwarz, K&R 2020, 634; Böhler, K&R 2020, 697; Eibenstein, ZVertriebsR 2020, 320 f.; Eibenstein/Schlereth, MMR 2020, 771; Eibenstein, MMR 2020, 774; aA KG, GRUR 2019, 543, 547 [juris Rn. 123 bis 129]; jurisPK.UWG/Seichter aaO § 5a Rn. 197; Spoenle, jurisPR-ITR 25/2020 Anm. 2 unter C). Auch wenn im Allgemeinen Verlinkungen zusätzliche Informationsquellen im Internet erschließen (vgl. BGHZ 158, 343, 348 [juris Rn. 24] - Schöner Wetten; BGH, Urteil vom 14. Oktober 2010 - I ZR 191/08, BGHZ 187, 240 Rn. 19 bis 24 - AnyDVD), gelangt der Leser des Instagram-Beitrags durch

das Anwählen der Verlinkung direkt in den werblichen Einflussbereich des Herstellerunternehmens. Die Annahme eines werblichen Überschusses ist regelmäßig nicht nur dann gerechtfertigt, wenn auf eine Internetseite verwiesen wird, über die das abgebildete Produkt erworben werden kann (vgl. BGH, GRUR 2015, 694 Rn. 30 - Bezugsquellen für Bachblüten; Großkomm.UWG/Peukert aaO § 2 Rn. 204; MünchKomm.UWG/Alexander, 3. Aufl., § 5a Rn. 850), sondern bereits bei Verweis auf eine Internetseite, die den Erwerb nicht unmittelbar ermöglicht (vgl. KG, GRUR-RR 2019, 34, 37 [juris Rn. 25]; OLG Karlsruhe, WRP 2020, 1467, 1474 [juris Rn. 94]). In beiden Fällen kann eine hinreichende Förderung des Absatzes des Drittunternehmens darin liegen, dass der Zugang des Verbrauchers zu den Produkten des Drittunternehmens erleichtert und beschleunigt wird.

57 (6) Ob es sich bei Beiträgen von Influencern in sozialen Medien nach diesen Maßstäben um geschäftliche Handlungen zugunsten der fremden Unternehmen handelt, bedarf einer umfassenden tatgerichtlichen Würdigung. Dabei ist maßgeblich, ob der Betrachter nach den gesamten Umständen des Einzelfalls aufgrund des Zusammenwirkens eines geposteten Produktfotos, eines etwaigen redaktionellen Kontexts und der Verlinkung auf kommerzielle Interessen des Influencers schließen kann. Die im Streitfall vom Berufungsgericht vorgenommene Würdigung genügt diesen Maßstäben nicht vollständig. Zugunsten der Revision ist daher zu unterstellen, dass die Beiträge geschäftliche Handlungen zur Förderung der fremden Unternehmen darstellen.

58 2. Das Berufungsgericht hat in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise angenommen, dass die Beklagte durch die Veröffentlichung der Beiträge im Rahmen einer geschäftlichen Handlung zur Förderung des eigenen Unternehmens § 5a Abs. 6 UWG nicht verletzt hat (dazu B II 2 a und b). Dass das Berufungsgericht hinsichtlich der geschäftlichen Handlungen zugunsten der fremden Unternehmen insoweit keine Feststellungen getroffen hat, ist im Ergebnis nicht zu beanstanden, denn eine Unlauterkeit dieser geschäftlichen Handlungen nach

§ 5a Abs. 6 UWG scheidet im Streitfall jedenfalls deshalb aus, weil sich dieses Verhalten nach den speziellen Vorschriften, die für die kommerzielle Kommunikation oder Werbung in Telemedien gelten, nicht als unlauter erweist (dazu B II 2 c).

59

a) Nach § 5a Abs. 6 UWG handelt unlauter, wer den kommerziellen Zweck einer geschäftlichen Handlung nicht kenntlich macht, sofern sich dieser nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt, und das Nichtkenntlichmachen geeignet ist, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Mit der Vorschrift soll das medienrechtliche Verbot der Schleichwerbung auf alle Formen der Werbung ausgedehnt werden (zu § 4 Nr. 3 UWG aF vgl. BGH, Urteil vom 31. Oktober 2012 - I ZR 205/11, GRUR 2013, 644 Rn. 15 = WRP 2013, 764 - Preisrätselgewinnauslobung V; Begründung zum Regierungsentwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, BT-Drucks. 15/1487, S. 17). Sie bezweckt damit den Schutz der Verbraucher vor einer Täuschung über den kommerziellen Hintergrund geschäftlicher Maßnahmen. Insofern dient sie auch der Umsetzung von Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2005/29/EG (vgl. Begründung zum Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, BT-Drucks. 18/4535, S. 16; zu § 4 Nr. 3 UWG aF vgl. BGH, Urteil vom 1. Juli 2010 - I ZR 161/09, GRUR 2011, 163 Rn. 21 = WRP 2011, 747 - Flappe; BGH, GRUR 2013, 644 Rn. 15 - Preisrätselgewinnauslobung V), wonach es als irreführende Unterlassung gilt, wenn ein Gewerbetreibender den kommerziellen Zweck der Geschäftspraxis nicht kenntlich macht, sofern dieser sich nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt, und dies einen Durchschnittsverbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst oder zu veranlassen geeignet ist, die er ansonsten nicht getroffen hätte. Grundlage des Verbots ist die damit regelmäßig einhergehende Irreführung des Lesers, der dem Beitrag aufgrund seines redaktionellen Charakters unkritischer gegenübertritt und ihm auch größere Bedeutung

und Beachtung bemisst (vgl. BGH, GRUR 1975, 75, 77 [juris Rn. 17] - Wirtschaftsanzeigen-public-relations; GRUR 1993, 561, 562 [juris Rn. 14] - Produktinformation I; BGH, Urteil vom 6. Juli 1995 - I ZR 58/93, BGHZ 130, 205, 214 f. [juris Rn. 53] - Feuer, Eis & Dynamit I; BGH, GRUR 2013, 644 Rn. 16 - Preisrätselfgewinnauslobung V; Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO § 5a Rn. 7.4).

60 b) Die Verneinung eines Verstoßes gegen § 5a Abs. 6 UWG durch die Veröffentlichung der Beiträge im Rahmen einer geschäftlichen Handlung zur Förderung des eigenen Unternehmens ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

61 aa) Diese geschäftliche Handlung hatte den kommerziellen Zweck, das eigene Unternehmen der Beklagten zu fördern.

62 (1) Ebenso wenig wie in Bezug auf das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung greift hinsichtlich des kommerziellen Zwecks eine Vermutung ein, die vom Anspruchsgegner zu widerlegen wäre (aa OLG Köln, GRUR-RR 2021, 167, 169 f. [juris Rn. 59, 62 und 65]). Es hat vielmehr eine Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalls zu erfolgen.

63 (2) Wie der "kommerzielle Zweck" im Sinne des § 5a Abs. 6 UWG zu bestimmen ist, ist umstritten.

64 Nach einer Ansicht setzt der Begriff der geschäftlichen Handlung nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG bereits definitionsgemäß einen kommerziellen Zweck voraus, da diese "zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens" erfolgt, also unternehmerischen Interessen dient. § 5a Abs. 6 UWG übernimmt demnach das Kriterium des kommerziellen Zwecks der geschäftlichen Handlung (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO § 5a Rn. 7.23; Büscher/Bücher, UWG, 2. Aufl., § 5a Rn. 199; BeckOK.UWG/Ritlewski aaO § 5a Rn. 193; Schöwerling/Siegel in Paschke/Berlit/Meyer/Kröner aaO 22. Abschnitt Rn. 11;

Sosnitza in Ohly/Sosnitza, UWG, 7. Aufl., § 5a Rn. 95; Meyer in Götting/Meyer/Vormbrock aaO § 36 Rn. 337; Alexander, Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. Rn. 761; Böse, MDR 2019, 769, 770). Danach ist der kommerzielle Zweck bei Vorliegen einer geschäftlichen Handlung gegeben.

65 Nach einer anderen Ansicht stellt der "kommerzielle Zweck" ein zusätzliches subjektives Tatbestandsmerkmal dar, so dass eine Werbeabsicht des Unternehmers festzustellen ist (vgl. OLG Köln, GRUR-RR 2021, 167, 169 [juris Rn. 57]; Jäger, Trennungs- und Kennzeichnungsgebot im Lauterkeits- und Medienrecht, 2017, S. 295 bis 297; Fries aaO S. 111; Alberts aaO S. 81 f.; Timmermann/Berndt, WRP 2020, 996 Rn. 22 f.). Dafür spricht die französische Sprachfassung des Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2005/29/EG, wonach es - anders als etwa in der deutschen, englischen, italienischen oder spanischen Sprachfassung - nicht darauf ankommt, ob der Gewerbetreibende "den kommerziellen Zweck der Geschäftspraxis" nicht kenntlich macht, sondern darauf, ob er "seine wahre kommerzielle Absicht" nicht kenntlich macht ("*n'indique pas sa véritable intention commerciale*").

66 (3) Diese Frage bedarf keiner Entscheidung, da die genannten Ansichten in der praktischen Anwendung zu keinen unterschiedlichen Ergebnissen kommen (vgl. Timmermann/Berndt, WRP 2020, 996 Rn. 22). Auch wenn der kommerzielle Zweck im Ansatz auf die subjektive Motivation des Unternehmers abstellte, kann diese in der Praxis gleichwohl regelmäßig nur anhand objektiver Indizien bestimmt werden (vgl. OLG Köln, GRUR-RR 2021, 167, 169 [juris Rn. 58]; Jäger aaO S. 297 bis 299; Fries aaO S. 112). Insoweit würde daher dasselbe gelten wie bei der Beurteilung der Frage, ob ein vom Unternehmer finanzierter Einsatz redaktioneller Inhalte gemäß Nr. 11 der Anlage zu § 3 Abs. 3 UWG "zu Zwecken der Verkaufsförderung" erfolgt. Ein Einsatz zu "Zwecken der Verkaufsförderung" im Sinne dieser Vorschrift ist anzunehmen, wenn ein Unternehmer die Absicht hat, durch den redaktionellen Inhalt den Absatz seiner Waren oder

Dienstleistungen zu fördern. Von einer solchen Absicht ist wiederum immer dann auszugehen, wenn der Beitrag objektiv eine Werbung enthält (vgl. BGH, GRUR 2020, 997 Rn. 21 - GRAZIA StyleNights).

67 (4) Auch im Streitfall folgt das Vorliegen des kommerziellen Zwecks der Förderung des eigenen Unternehmens daher aus dem Vorliegen einer entsprechenden geschäftlichen Handlung.

68 bb) Die Beklagte hat den kommerziellen Zweck der Förderung des eigenen Unternehmens nicht kenntlich gemacht.

69 cc) Die Kennzeichnung dieses kommerziellen Zwecks war allerdings entbehrlich.

70 (1) Eine Kennzeichnung des kommerziellen Zwecks ist dann nicht erforderlich, wenn das äußere Erscheinungsbild der geschäftlichen Handlung so gestaltet wird, dass die Verbraucher den kommerziellen Zweck klar und eindeutig auf den ersten Blick erkennen können (vgl. BGH, Urteil vom 30. Juni 2011 - I ZR 157/10, GRUR 2012, 184 Rn. 18 = WRP 2012, 194 - Branchenbuch Berg; BGH, GRUR 2013, 644 Rn. 15 - Preisrätselgewinnauslobung V; OLG Celle, GRUR 2017, 1158, 1159 [juris Rn. 16]; KG, WRP 2018, 98, 99 [juris Rn. 16]; OLG Frankfurt, GRUR-RR 2020, 87, 90 [juris Rn. 28]; OLG Braunschweig, GRUR-RR 2020, 452, 454 [juris Rn. 54]; OLG Hamburg, MMR 2020, 767, 769 [juris Rn. 56]; OLG Karlsruhe, WRP 2020, 1467, 1476 f. [juris Rn. 109 und 123]; OLG Koblenz, WRP 2021, 677, 683 [juris Rn. 105]; Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO § 5a Rn. 7.25). Für die Frage, wie die Werbung verstanden wird, ist gemäß § 3 Abs. 4 Satz 1 UWG auf die Sichtweise des durchschnittlich informierten, situationsadäquat aufmerksamen und verständigen Verbrauchers abzustellen, der zur angesprochenen Gruppe gehört (vgl. BGH, GRUR 2012, 184 Rn. 19 - Branchenbuch Berg; GRUR 2013, 644 Rn. 17 - Preisrätselgewinnauslobung V; OLG Frankfurt, GRUR 2020, 208, 209 [juris Rn. 14]; OLG Hamburg, MMR 2020, 767, 769

[juris Rn. 56]; OLG Karlsruhe, WRP 2020, 1467, 1476 [juris Rn. 110]; Nadi, WRP 2021, 586 Rn. 7 bis 11).

71 Bei der Beurteilung, ob die Verbraucher den kommerziellen Zweck eines Instagram-Beitrags klar und eindeutig erkennen können, kommt es nicht darauf an, ob der durchschnittliche Nutzer erst nach einem analysierenden Studium des Beitrags dessen werbliche Wirkung erkennt. Das schließt nämlich nicht aus, dass der Nutzer dem Beitrag zunächst eine eingehendere Beachtung widmet, weil er der irrigen Annahme unterliegt, es handele sich um eine nicht-kommerzielle Äußerung. In diesem Zusammenhang genügt es nicht, dass der Verkehr etwa eine äußerst positive Beschreibung eines Produkts erkennt. Er muss vielmehr sofort und zweifelsfrei erkennen, dass diese Beschreibung der Bewerbung des Produkts dient (vgl. BGH, GRUR 2013, 644 Rn. 21 - Preisrätselgewinnauslobung V; OLG Celle, GRUR 2017, 1158, 1159 [juris Rn. 16]; KG, WRP 2018, 98, 99 [juris Rn. 16]; OLG Karlsruhe, WRP 2020, 1467, 1476 [juris Rn. 109]; OLG Koblenz, WRP 2021, 677, 683 [juris Rn. 105]).

72 Nicht ausreichend ist daher, wenn sich der werbliche Charakter eines Beitrags dem Verbraucher erst erschließt, wenn er ihn bereits zur Kenntnis genommen hat, denn dann ist er der Anlockwirkung bereits erlegen, die das Kennzeichnungsgebot gerade unterbinden soll, und war der Werbebotschaft unvorbereitet ausgesetzt (vgl. OLG Köln, GRUR-RR 2014, 62, 64 [juris Rn. 18]; Wiebe/Kreutz, WRP 2015, 1179 Rn. 37). Die Kennzeichnung soll dem Verbraucher gerade die Möglichkeit verschaffen, sich auf den kommerziellen Charakter der Handlung einzustellen, damit er sie von vornherein kritisch beurteilen oder sich ihr ganz entziehen kann (vgl. OLG München, GRUR-RR 2012, 260, 262 [juris Rn. 50]; LG München I, WRP 2009, 1018, 1019 [juris Rn. 71]; Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO § 5a Rn. 7.4; Wiebe/Kreutz, WRP 2015, 1179 Rn. 37; Radtke/Camen, WRP 2020, 24 Rn. 4; Nadi, WRP 2021, 586 Rn. 22). Es ist daher nicht widersprüchlich, dass auch Instagram-Beiträge kennzeichnungsbedürftig

sein können, deren werblicher Überschuss erst nach dem Studium des gesamten Beitrags erkennbar ist (vgl. KG, GRUR-RR 2019, 34, 37 [juris Rn. 26]; Alberts aaO S. 85; aA Matthes, GRUR-Prax 2020, 320; Eibenstein, ZVertriebsR 2020, 320, 321).

73 (2) Von diesen Grundsätzen ist auch das Berufungsgericht ausgegangen. Es hat angenommen, die maßgebliche angesprochene Verbrauchergruppe, auf die abzustellen sei, seien alle Verbraucher, die soziale Medien wie Instagram nutzten. Der Senat des Berufungsgerichts könne aufgrund eigener Sachkunde beurteilen, wie die angesprochenen Verbraucher die Handlungen der Beklagten verstünden, da er ständig mit Wettbewerbssachen befasst sei. Bei Berücksichtigung der konkreten Umstände der streitgegenständlichen vier Beiträge und der Besonderheiten des Mediums Instagram sei davon auszugehen, dass die Durchschnittsverbraucher auf den ersten Blick und ohne jeden Zweifel erkennen würden, dass den Beiträgen ein kommerzieller Zweck insoweit zugrunde liege, als sie auch der Wertsteigerung des Images der Beklagten dienten und damit dieser für bereits bestehende und künftige "bezahlte Partnerschaften" Vorteile brächten. Denn der angesprochene Nutzer des sozialen Mediums Instagram wisse, dass Influencer wie die Beklagte auch Werbeverträge abschließen und sich der Marktwert der Influencer nach der Zahl der Follower bemesse, die wiederum von der Attraktivität der Beiträge des Influencers abhängig sei. Dies ist aus revisionsrechtlichen Gründen nicht zu beanstanden.

74 (3) Die Ermittlung der Verkehrsauffassung unterliegt nur einer eingeschränkten revisionsgerichtlichen Überprüfung dahingehend, ob das Berufungsgericht den Tatsachenstoff verfahrensfehlerfrei ausgeschöpft hat und die Beurteilung mit den Denkgesetzen und den allgemeinen Erfahrungssätzen in Einklang steht (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 11. Februar 2021 - I ZR 126/19, GRUR 2021, 746 Rn. 43 = WRP 2021, 604 - Dr. Z, mwN). Entsprechende Rechtsfehler

zeigt die Revision nicht auf. Sie wendet sich allein dagegen, dass das Berufungsgericht mit seiner Begründung nur einen Teil der von der Beklagten verfolgten geschäftlichen Zwecke reflektiere und sich damit das Erfordernis der gesonderten Kenntlichmachung der Werbung für Drittfirmen nicht verneinen lasse. Die Würdigung des Berufungsgerichts hinsichtlich der Erkennbarkeit des kommerziellen Zwecks der Förderung des eigenen Unternehmens der Beklagten greift die Revision nicht an.

75 c) In Bezug auf die geschäftlichen Handlungen der Beklagten zugunsten der fremden Unternehmen hat das Berufungsgericht zwar keine Feststellungen dazu getroffen, ob insoweit eine Unlauterkeit nach § 5a Abs. 6 UWG vorliegt. Eine Unlauterkeit dieser geschäftlichen Handlungen kommt im Streitfall jedoch bereits aus Rechtsgründen nicht in Betracht, da dieses Verhalten den vorrangigen Spezialvorschriften des § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG für kommerzielle Kommunikation in Telemedien sowie des § 58 Abs. 1 Satz 1 RStV und des § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV für Werbung in Telemedien genügt.

76 aa) Das beanstandete Verhalten genügt den Erfordernissen, die § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG an Werbung in Telemedien stellt.

77 (1) Nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG haben Diensteanbieter bei kommerziellen Kommunikationen, die Telemedien oder Bestandteile von Telemedien sind, zu beachten, dass die kommerziellen Kommunikationen klar als solche zu erkennen sein müssen.

78 (2) Die Instagram-Beiträge der Beklagten sind Bestandteile ihres Instagram-Profiles, bei dem es sich um ein Telemedium handelt, nämlich einen elektronischen Informations- und Kommunikationsdienst im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 1 TMG.

79 (3) Die Beklagte ist Diensteanbieterin im Sinne von § 2 Satz 1 Nr. 1 TMG.

80 Nach § 2 Satz 1 Nr. 1 TMG, der durch das nach Erlass des Berufungsurteils mit Wirkung vom 19. November 2020 in Kraft getretene Gesetz zur Änderung des Telemediengesetzes und weiterer Gesetze vom 19. November 2020 (BGBl. I S. 2456) nicht in für den Streitfall relevanter Weise geändert worden ist, ist Diensteanbieter, wer eigene oder fremde Telemedien zur Nutzung bereithält oder den Zugang zur Nutzung vermittelt. Der Begriff des Diensteanbieters ist funktionell zu bestimmen. Er muss durch seine Weisungen oder seine Herrschaftsmacht über Rechner und Kommunikationskanäle die Verbreitung oder das Speichern von Informationen ermöglichen und nach außen als Erbringer von Diensten auftreten (vgl. BGH, Urteil vom 15. Oktober 2020 - I ZR 13/19, GRUR 2021, 63 Rn. 16 = WRP 2021, 56 - Störerhaftung des Registrars). Neben dem Inhaber einer Internetseite sind bei Internetportalen wie insbesondere sozialen Medien, bei denen Nutzer Unterseiten mit einer kommunikationsbezogenen Eigenständigkeit unterhalten, daher auch diese Nutzer Diensteanbieter (vgl. OLG Düsseldorf, GRUR-RR 2013, 433, 435 [juris Rn. 28]; WRP 2014, 88 [juris Rn. 16]; GRUR-RR 2020, 265, 268 [juris Rn. 53]; Spindler in Spindler/Schmitz, TMG, 2. Aufl., § 2 Rn. 23; BeckOK.Informations- und Medienrecht/Martini aaO § 2 TMG Rn. 7a; jurisPK-Internetrecht/Marx, 7. Aufl., Kap. 1.2 Rn. 155; Alberts aaO S. 120 f.; Rockstroh, MMR 2013, 627, 268 f.; Radtke/Camen, WRP 2020, 24 Rn. 34).

81 Nach diesem Maßstab ist auch die Beklagte Diensteanbieterin, da sie ein eigenständiges Profil auf der Social-Media-Plattform Instagram betreibt.

82 (4) Bei den Instagram-Beiträgen der Beklagten handelt es sich allerdings nicht um kommerzielle Kommunikation im Sinne des § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG, so dass das beanstandete geschäftliche Handeln der Beklagten zugunsten fremder Unternehmen nicht gegen diese Vorschrift verstößt.

83 Kommerzielle Kommunikation ist gemäß § 2 Satz 1 Nr. 5 TMG jede Form der Kommunikation, die der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes von Waren, Dienstleistungen oder des Erscheinungsbilds eines Unternehmens, einer sonstigen Organisation oder einer natürlichen Person dient, die eine Tätigkeit im Handel, Gewerbe oder Handwerk oder einen freien Beruf ausübt. Keine kommerzielle Kommunikation stellt nach § 2 Satz 1 Nr. 5 Buchst. b TMG die Übermittlung von Angaben in Bezug auf Waren und Dienstleistungen oder das Erscheinungsbild eines Unternehmens, einer Organisation oder Person dar, die unabhängig und insbesondere ohne finanzielle Gegenleistung gemacht werden. Gemäß einer Ergänzung in § 2 Satz 1 Nr. 5 Buchst. b TMG durch das Gesetz zur Änderung des Telemediengesetzes und weiterer Gesetze vom 19. November 2020 umfasst dies auch solche unabhängig und insbesondere ohne finanzielle Gegenleistung oder sonstige Vorteile von natürlichen Personen gemachten Angaben, die eine unmittelbare Verbindung zu einem Nutzerkonto von weiteren natürlichen Personen bei Diensteanbietern ermöglichen.

84 Danach liegt sowohl nach der alten als auch nach der neuen Fassung des § 2 Satz 1 Nr. 5 Buchst. b TMG kommerzielle Kommunikation zugunsten fremder Unternehmen nur vor, wenn für sie eine Gegenleistung erbracht wird. Die Beklagte hat für ihre Instagram-Beiträge jedoch keine Gegenleistungen erhalten.

85 bb) Die Vorschrift des § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG geht § 5a Abs. 6 UWG als Spezialvorschrift vor, so dass die Annahme eines Verstoßes gegen § 5a Abs. 6 UWG im Streitfall ausscheidet.

86 (1) Dieser Normvorrang folgt in der hier zu beurteilenden Konstellation zwar nicht aus Art. 3 Abs. 4 der Richtlinie 2005/29/EG, der für den Fall, dass die Bestimmungen dieser Richtlinie mit anderen Rechtsvorschriften der Union, die besondere Aspekte unlauterer Geschäftspraktiken regeln, kollidieren, bestimmt, dass die Letzteren vorgehen und für diese besonderen Aspekte maßgebend

sind. Das hier in Rede stehende geschäftliche Handeln zugunsten eines fremden Unternehmens fällt nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2005/29/EG. Diese erfasst nur Geschäftspraktiken eines Gewerbetreibenden im Zusammenhang mit der Förderung des Absatzes und dem Verkauf seiner eigenen Produkte und Dienstleistungen oder Geschäftspraktiken eines Wirtschaftsteilnehmers, die von einem anderen Unternehmen ausgeübt werden, das jedoch im Namen oder Auftrag dieses Wirtschaftsteilnehmers tätig werden muss (vgl. EuGH, GRUR 2013, 1245 Rn. 36 bis 38 - RLvS; BGH, GRUR 2014, 879 Rn. 13 - GOOD NEWS II; GRUR 2015, 694 Rn. 26 - Bezugsquellen für Bachblüten; GRUR 2020, 997 Rn. 12 - GRAZIA StyleNights). Deshalb liegt im Streitfall keine Kollision der unionsrechtlichen Bestimmungen des Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2005/29/EG (§ 5a Abs. 6 UWG) und des Art. 6 Buchst. a der Richtlinie 2000/31/EG (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG) im Sinne des Art. 3 Abs. 4 der Richtlinie 2005/29/EG vor.

87 (2) Der Normvorrang folgt allerdings aus dem Charakter des § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG als spezifische Vorschrift über die Anforderungen die Erkennbarkeit kommerzieller Kommunikation im Bereich der Telemedien (vgl. Sosnitza in Ohly/Sosnitza aaO § 5a Rn. 92; BeckOK.UWG/Ritlewski aaO § 5a Rn. 179 f.; Bruhn in Gloy/Loschelder/Danckwerts aaO § 59a Rn. 16; Meyer in Götting/Meyer/Vormbrock aaO § 36 Rn. 334; aA Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO § 5a Rn. 7.16 und 7.80g; Büscher/Bücher aaO § 5a Rn. 193; Fries aaO S. 131; Reinholz/Schirnbacher, K&R 2017, 753, 754; Gerecke, GRUR 2018, 153, 154; Troge, GRUR-Prax 2018, 87; Leeb/Maisch, ZUM 2019, 29, 31).

88 In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist anerkannt, dass reichsspezifische Vorschriften den Anwendungsbereich allgemeiner lauterkeitsrechtlicher Bestimmungen einschränken können. So kommt etwa die Annahme einer Informationspflichtverletzung nach der allgemeinen Vorschrift des § 5a Abs. 2 und 3 UWG im Falle der Textilkennzeichnung nicht in Betracht, wenn nach

der über § 3a UWG lauterkeitsrechtlich zur Wirkung kommenden textilkennzeichnungsrechtlichen Spezialvorschrift die Voraussetzungen einer Informationspflichtverletzung nicht vorliegen (BGH, Urteil vom 24. März 2016 - I ZR 7/15, GRUR 2016, 1068 Rn. 20 = WRP 2016, 1219 - Textilkennzeichnung; zum Vorrang unionsrechtlicher Bestimmungen, die besondere Aspekte unlauterer Geschäftspraktiken regeln, gemäß Art. 3 Abs. 4 der Richtlinie 2005/29/EG vgl. ferner BGH, Urteil vom 10. November 2016 - I ZR 29/15, GRUR 2017, 286 Rn. 15 = WRP 2017, 296 - Hörgeräteausstellung; Beschluss vom 25. Juni 2020 - I ZR 176/19, GRUR 2020, 1002 Rn. 47 = WRP 2020, 1300 - Zigarettenausgabeautomat; zu § 1 Abs. 2 UWG in der Fassung des Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerbebereich vgl. schließlich die Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 19/27873, S. 31).

89 § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG stellt eine solche bereichsspezifische Spezialvorschrift dar, die für den Bereich der Telemedien die Anforderungen an die Erkennbarkeit der kommerziellen Kommunikation festlegt. Weil es sich bei dieser Vorschrift um eine Marktverhaltensregelung handelt, die über den Tatbestand des § 3a UWG lauterkeitsrechtlich zur Wirkung gelangt (vgl. OLG Nürnberg, GRUR-RR 2019, 170, 172 [juris Rn. 43]; LG Berlin, MMR 2018, 543, 545 [juris Rn. 35]; Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO § 3a Rn. 1.310a und § 5a Rn. 7.80g; MünchKomm.UWG/Schaffert, 3. Aufl., § 3a Rn. 479; Großkomm.UWG/Pahlow aaO § 3a Rn. 260; Sosnitzer in Ohly/Sosnitzer aaO § 5a Rn. 93; v. Jagow in Harte/Henning aaO § 3a Rn. 115; Ahrens in Gloy/Loschelder/Danckwerts aaO § 70 Rn. 100; Fries aaO S. 131), dürfen die in der bereichsspezifischen Vorschrift des § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG zum Ausdruck kommenden speziellen medienrechtlichen Wertungen durch die Anwendung der allgemeinen lauterkeitsrechtlichen Vorschrift des § 5a Abs. 6 UWG nicht unterlaufen werden.

90 Die Vorschrift des § 6 Abs. 5 TMG, nach der die Vorschriften des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb unberührt bleiben, steht dieser Sichtweise

nicht entgegen. Aus § 6 Abs. 5 TMG folgt zum einen, dass ein gegen § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG verstoßendes Verhalten auch nach den Vorschriften des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (etwa § 3a, § 5a Abs. 6 UWG) verboten werden kann. Zum anderen stellt § 6 Abs. 5 TMG klar, dass nach § 6 Abs. 1 bis 4 TMG ordnungsgemäß gekennzeichnete kommerzielle Kommunikation unter anderen lauterkeitsrechtlichen Gesichtspunkten als dem der Erkennbarkeit kommerzieller Kommunikation durchaus (etwa als irreführend im Sinne des § 5 UWG) verboten werden kann (vgl. Micklitz/Schirnbacher in Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl., § 6 TMG Rn. 12).

91 cc) Das beanstandete Verhalten genügt auch den Erfordernissen, die § 58 Abs. 1 Satz 1 RStV bzw. § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV an Werbung in Telemedien stellen.

92 (1) Nach § 58 Abs. 1 Satz 1 RStV muss Werbung als solche klar erkennbar und vom übrigen Inhalt der Angebote eindeutig getrennt sein. Dieser Regelung entspricht § 22 Abs. 1 Satz 1 des Medienstaatsvertrags vom 14. bis 28. April 2020 (Bay. GVBl. S. 450), der mit Wirkung vom 7. November 2020 an die Stelle des Rundfunkstaatsvertrags getreten ist. Beide Vorschriften sind auf Werbung in Telemedien anwendbar, da sie im VI. Abschnitt des Rundfunkstaatsvertrags bzw. im 2. Unterabschnitt des Medienstaatsvertrags enthalten sind, die jeweils den Titel "Telemedien" tragen.

93 (2) Bei den Instagram-Beiträgen zugunsten der fremden Unternehmen handelt es sich nicht um Werbung.

94 Gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 7 RStV ist Werbung jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs, die im Rundfunk von einem öffentlich-rechtlichen oder einem privaten Veranstalter oder einer natürlichen Person entweder gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung oder als Eigenwerbung gesendet wird, mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die

Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, gegen Entgelt zu fördern.

- 95 Diese Definition ist auch auf den Begriff der Werbung in Telemedien gemäß § 58 Abs. 1 RStV anzuwenden. Dass § 2 Abs. 2 Nr. 7 RStV dem Wortlaut nach nur Werbung "im Rundfunk" erfasst, stellt eine systematische Schwäche (vgl. Begründung zum Staatsvertrag zur Modernisierung der Medienordnung in Deutschland, Drucks. 18/7640 des Bayerischen Landtags, S. 82) bzw. einen redaktionellen Fehler (vgl. Eibenstein, MMR 2020, 774, 775) dar. Die dadurch entstandene Lücke ist durch eine entsprechende Anwendung des § 2 Abs. 2 Nr. 7 RStV zu schließen (vgl. jurisPK-Internetrecht/Paschke, 6. Aufl., Kap. 4.5 Rn. 175; Tenkhoff, "In-Game-Advertising" - Grenzen der Werbemaßnahmen in Computerspielen unter dem Gesichtspunkt des lauterkeitsrechtlichen Verbraucherschutzes, 2013, S. 121; Fries aaO S. 109 f.; Enthoven, Schleichwerbung als Medienrechtsproblem, 2020, S. 129; Zurth/Pless, ZUM 2019, 457 Fn. 9; Radtke/Camen, WRP 2020, 24 Rn. 39; Eibenstein, MMR 2020, 774, 775; aA Mallick, Product Placement in den Massenmedien, 2009, S. 202; Holzgraefe, Werbeintegration in Fernsehsendungen und Videospiele, 2010, S. 363; Kempe, Die Geltung des Trennungsgrundsatzes im Internet, 2017, S. 166).
- 96 Dementsprechend wird der Begriff der Werbung nun auch in § 2 Abs. 2 Nr. 7 MStV als jede Äußerung definiert, die der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes von Waren und Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, oder des Erscheinungsbilds natürlicher oder juristischer Personen, die einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachgehen, dient und gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung oder als Eigenwerbung im Rundfunk oder in einem Telemedium aufgenommen ist.
- 97 Da die Beklagte für die beanstandeten Instagram-Beiträge keine Gegenleistungen erhalten hat, stellen sie keine Werbung im vorgenannten Sinne dar

und unterliegen nicht dem Erfordernis der Erkennbarkeit gemäß § 58 Abs. 1 Satz 1 RStV bzw. § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV.

98 (3) Die Anwendung anderer Vorschriften des Rundfunkstaatsvertrags oder des Medienstaatsvertrags zur Regelung von Werbung oder Sponsoring scheidet im Streitfall aus. So finden §§ 7, 8 RStV und §§ 8, 10 MStV keine Anwendung, da sie sich nur auf Werbung im Rundfunk und nicht in Telemedien beziehen (vgl. § 1 Abs. 1 Halbsatz 2 RStV bzw. die Stellung von §§ 8, 10 MStV im 1. Unterabschnitt mit dem Titel "Rundfunk"; Zurth/Pless, GRUR-RR 2019, 335; Eibenstein, MMR 2020, 774, 775). Diese Vorschriften können auch nicht über die Verweise in § 58 Abs. 3 Satz 1 RStV bzw. § 74 Satz 1 MStV Anwendung finden. § 58 Abs. 3 Satz 1 RStV gilt nur für Telemedien mit Inhalten, die nach Form und Inhalt fernsehähnlich sind, und § 74 Satz 1 MStV gilt nur für rundfunkähnliche Telemedien, wobei es sich gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 13 MStV um Telemedien mit Inhalten handelt, die nach Form und Gestaltung hörfunk- oder fernsehähnlich sind. Fernsehähnlich bzw. hörfunkähnlich ist ein Inhalt nur dann, wenn er wie das Fernsehen über bewegte Bilder (vgl. Erwägungsgrund 23 Satz 1 und Art. 1 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2010/13/EU zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste) bzw. wie der Hörfunk über eine Tonübertragung verfügt und nicht alleine aus "stehenden" Texten und Bildern besteht (vgl. BGH, Urteil vom 30. April 2015 - I ZR 13/14, BGHZ 205, 195 Rn. 66 - Tagesschau-App). Bloße statische Fotosseiten mit Text wie im Streitfall fallen daher nicht darunter (vgl. Gerecke, GRUR 2018, 153, 154; Peifer, GRUR 2018, 1218, 1222; Zurth/Pless, GRUR-RR 2019, 335; dies., ZUM 2019, 457, 463; Eibenstein, MMR 2020, 774, 775).

99 dd) Auch die Vorschriften des § 58 Abs. 1 Satz 1 RStV bzw. des § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV gehen § 5a Abs. 6 UWG als Spezialvorschriften vor, so dass die Annahme eines Verstoßes gegen § 5a Abs. 6 UWG im Streitfall ausscheidet.

100 Die Vorschriften des § 58 Abs. 1 Satz 1 RStV und des § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV regeln ebenfalls bereichsspezifisch die Anforderungen an die Erkennbarkeit von Werbung in Telemedien. Da auch diese Vorschriften als Marktverhaltensregelungen im Sinne von § 3a UWG (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO § 3a Rn. 2.73; BeckOK.UWG/Niebel aaO § 3a Rn. 103; BeckOK.UWG/Ritlewski aaO § 5a Rn. 180g; jurisPK.UWG/Seichter aaO § 5a Rn. 40; Bruhn in Gloy/Loschelder/Danckwerts aaO § 59a Rn. 16; Ahrens in Gloy/Loschelder/Danckwerts aaO § 70 Rn. 100) lauterkeitsrechtlich zur Wirkung kommen, dürfen die in ihnen zum Ausdruck kommenden spezifischen medienrechtlichen Wertungen nicht durch die Anwendung der allgemeinen lauterkeitsrechtlichen Vorschrift des § 5a Abs. 6 UWG unterlaufen werden (vgl. Bruhn in Gloy/Loschelder/Danckwerts aaO § 59a Rn. 16; Meyer in Götting/Meyer/Vormbrock aaO § 36 Rn. 334; aA Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO § 5a Rn. 7.16; BeckOK.Informationen- und Medienrecht/Fiedler aaO § 22 MStV Rn. 1; Fries aaO S. 131; Fuchs/Hahn, MMR 2016, 503, 504; Reinholz/Schirmbacher, K&R 2017, 753, 754; Gerecke, GRUR 2018, 153, 154; Troge, GRUR-Prax 2018, 87; Leeb/Maisch, ZUM 2019, 29, 31).

101 3. Das Berufungsgericht hat auch mit Recht angenommen, dass dem Kläger keine Unterlassungsansprüche wegen einer Unlauterkeit nach § 3a UWG in Verbindung mit § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG oder § 58 Abs. 1 Satz 1 RStV und § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV zustehen.

102 a) In Bezug auf die geschäftlichen Handlungen zur Förderung der fremden Unternehmen fehlt es aus den genannten Gründen an einer kommerziellen Kommunikation im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 5 TMG (dazu oben Rn. 82 bis 84) und an einer Werbung im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 7 RStV und § 2 Abs. 2 Nr. 7 (dazu oben Rn. 93 bis 97).

- 103 b) In Bezug auf die Veröffentlichung der Instagram-Beiträge im Rahmen einer geschäftlichen Handlung zur Förderung des eigenen Unternehmens der Beklagten liegt ebenfalls kein Verstoß gegen § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG oder § 58 Abs. 1 Satz 1 RStV und § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV vor.
- 104 aa) Ein Verstoß gegen § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG oder § 58 Abs. 1 Satz 1 RStV und § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV ist allerdings nicht deshalb ausgeschlossen, weil es im Streitfall an einer Gegenleistung fehlt. Die vorgenannten Vorschriften setzen im Fall der Eigenwerbung das Gewähren einer Gegenleistung nicht voraus.
- 105 (1) Die Ausnahmeregelung gemäß § 2 Satz 1 Nr. 5 Buchst. b TMG, die der Umsetzung von Art. 2 Buchst. f 2. Spiegelstrich der Richtlinie 2000/31/EG dient, wonach Angaben in Bezug auf Waren und Dienstleistungen oder das Erscheinungsbild eines Unternehmens, einer Organisation oder Person, die unabhängig und insbesondere ohne finanzielle Gegenleistung gemacht werden, als solche keine Form der kommerziellen Kommunikation darstellen, bezieht sich nur auf kommerzielle Kommunikation zugunsten fremder Unternehmen. Angaben in Bezug auf Waren oder Dienstleistungen, die der Förderung des eigenen Unternehmens dienen, nimmt der Unternehmer in aller Regel "unabhängig" vor und ohne dass er dafür von jemandem eine Gegenleistung erhält. Es entspricht nicht dem Sinn und Zweck der Regelung, weite Teile der kommerziellen Kommunikation aus dem Anwendungsbereich des Telemediengesetzes bzw. der Richtlinie 2000/31/EG auszunehmen. Die Ausnahmeregelung erfasst daher nur Fälle, in denen die kommerzielle Kommunikation von unabhängigen Dritten zugunsten fremder Unternehmen vorgenommen wird, beispielsweise durch die Tätigkeit von Privatpersonen, die im Internet Informationen zu bestimmten Themen oder Warenarten anbieten, oder durch Warentestberichte unabhängiger Institute (vgl. Begründung zum Regierungsentwurf eines Gesetzes über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr, BT-Drucks. 14/6098, S. 16; BeckOK.Informations- und Medienrecht/Martini aaO § 2 TMG Rn. 29; Ricke in

Spindler/Schuster aaO § 2 TMG Rn. 16; Spindler in Spindler/Schmitz aaO § 2 Rn. 47; Roßnagel/Gitter, Beck'scher Kommentar zum Recht der Telemediendienste, § 2 TMG Rn. 27).

106 (2) Auch § 2 Abs. 2 Nr. 7 RStV bzw. § 2 Abs. 2 Nr. 7 MStV setzt im Fall von Eigenwerbung nicht voraus, dass für diese ein Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung erbracht wird.

107 bb) Die Annahme eines Verstoßes scheidet allerdings deshalb aus, weil die kommerzielle Kommunikation gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG sowie die Werbung gemäß § 58 Abs. 1 Satz 1 RStV und § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV als solche klar erkennbar ist.

108 Die Revision macht ohne Erfolg geltend, da die Beklagte auch den Absatz ihrer eigenen (Werbe-)Dienstleistungen fördere, handele es sich bei den streitgegenständlichen Beiträgen um kommerzielle Kommunikation bzw. Werbung im Sinne dieser Vorschriften und habe die Beklagte im Rahmen ihrer kommerziellen Kommunikation bzw. Werbung die von ihr verfolgten geschäftlichen Zwecke vollständig durch geeignete Hinweise offenzulegen. Die Revision zeigt auch in diesem Zusammenhang nicht auf, dass die Würdigung des Berufungsgerichts, einer gesonderten Kennzeichnung bedürfe es nicht, weil sich dieser kommerzielle Zweck unmittelbar aus den Umständen ergebe, rechtsfehlerhaft ist.

109 4. Dem Kläger steht schließlich auch kein Unterlassungsanspruch wegen einer Unzulässigkeit der geschäftlichen Handlungen der Beklagten nach § 3 Abs. 3 UWG in Verbindung mit Nr. 11 der Anlage zu § 3 Abs. 3 UWG zu.

110 a) Nr. 11 der Anlage zu § 3 Abs. 3 UWG setzt einen vom Unternehmer finanzierten Einsatz redaktioneller Inhalte zu Zwecken der Verkaufsförderung voraus, ohne dass sich dieser Zusammenhang aus dem Inhalt oder aus der Art der optischen oder akustischen Darstellung eindeutig ergibt.

111 b) Diese Voraussetzungen sind im Streitfall bereits deshalb nicht erfüllt, weil es an einer Finanzierung der beanstandeten Instagram-Beiträge der Beklagten durch Dritte fehlt.

112 C. Eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 Abs. 3 AEUV ist nicht veranlasst (vgl. EuGH, Urteil vom 6. Oktober 1982 - 283/81, Slg. 1982, 3415 Rn. 21 = NJW 1983, 1257 - Cilfit u.a.; Urteil vom 1. Oktober 2015 - C-452/14, GRUR Int. 2015, 1152 Rn. 43 - Doc Generici, mwN). Im Streitfall stellt sich keine entscheidungserhebliche Frage zur Auslegung des Unionsrechts, die nicht bereits durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs geklärt oder nicht zweifelsfrei zu beantworten ist.

113 D. Die Revision des Klägers ist danach mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Koch

Löffler

Schwonke

Feddersen

Schmaltz

Vorinstanzen:

LG München I, Entscheidung vom 29.04.2019 - 4 HKO 14312/18 -

OLG München, Entscheidung vom 25.06.2020 - 29 U 2333/19 -