



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 9/21

Verkündet am:
13. Januar 2022
Braucher
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. Januar 2022 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 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 16. Dezember 2020 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger ist der Verband Sozialer Wettbewerb e.V.
- 2 Die Beklagte ist Influencerin und präsentiert in sozialen Medien in privater Aufmachung zu erwerbende Waren mit Bildern und Beschreibungen. Ihr Instagram-Profil betreibt die Beklagte mit der Absicht, sich damit ihren Lebensunterhalt zu verdienen. Sie verfügt über eine Umsatzsteuer-Identifikationsnummer, die im Impressum ihres Internet-Auftritts angegeben ist. Sie schließt auch Werbeverträge mit Unternehmen. Ein solcher Vertrag bestand mit dem Aachener Unternehmen "Salon Zauberschön" jedenfalls ab dem 5. April 2017.
- 3 Im Februar 2017 in sozialen Medien verfügbare Beiträge der Beklagten nahm der Kläger zum Anlass, die Beklagte abzumahnen. Die Beklagte verpflichtete sich nachfolgend strafbewehrt zur Unterlassung.

4 Am 11. Juli 2017 veröffentlichte die Beklagte folgenden Inhalt auf ihrem Instagram-Profil:



5 In die Bilder waren "Tap Tags" eingebettet, die durch Anklicken sichtbar gemacht werden können. Mittels eines weiteren Klicks auf den "Tap Tag" mit der Bezeichnung "zauberschoen_aachen" wurde man aufgrund einer Verlinkung zum Instagram-Profil des in Aachen ansässigen Unternehmens "Salon Zauberschön" weitergeleitet.

6 Der Kläger hält diese Veröffentlichung für unlauter, weil ihr kommerzieller Zweck nicht kenntlich gemacht sei.

7 Das Landgericht hat die Beklagte - soweit für die Revisionsinstanz von Bedeutung - antragsgemäß unter Androhung näher bezeichneter Ordnungsmittel verurteilt,

es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr in sozialen Medien kommerzielle Inhalte vorzustellen, ohne den kommerziellen Zweck der jeweiligen Veröffentlichung zu verdeutlichen, sofern er sich nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt, indem dies geschieht durch Veröffentlichung folgender Ansichten mit der Abbildung der Beklagten, wenn nach einem "Klick" auf diese Abbildung der/die Namen eines/mehrerer Unternehmen/s eingeblendet wird/werden und ein "Klick" auf einen Namen zum Account des Unternehmens führt und die Ansichten vor und nach dem ersten "Klick" nicht als kommerzielle Veröffentlichung gekennzeichnet sind, und/oder in inhaltlich identischer Weise:

[es folgen die beiden oben eingeblendeten Abbildungen mit der Überschrift "vanezia_blum - Zauberschön"].

8 Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und die Revision hinsichtlich des Unterlassungsanspruchs zugelassen (OLG Koblenz, WRP 2021, 677). Die Beklagte möchte mit ihrer Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, die Abweisung der Klage erreichen.

Entscheidungsgründe:

9 A. Das Berufungsgericht hat die Klage hinsichtlich des Unterlassungsantrags für zulässig und begründet erachtet und hierzu ausgeführt:

- 10 Der Kläger sei für die Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs klagebefugt. Mitglieder des Klägers seien auf demselben sachlichen und räumlich relevanten Markt tätig wie die Beklagte. Hierbei handele es sich insbesondere um die Verlage Heinrich Bauer Verlag KG und Klambt Verlag GmbH & Co. KG, die bundesweit eine Vielzahl von Frauenzeitschriften und Jugendzeitschriften veröffentlichten, in denen Produkte - Mode, Kosmetik, Lebensmittel, Lifestyleprodukte - beworben würden, die auch die Beklagte über soziale Medien präsentiere. Sowohl die Verlage als auch die Beklagte erhielten Werbeaufträge von Unternehmen. Sie stünden damit in einem Konkurrenzverhältnis sowohl gegenüber den potentiell bei ihnen werbenden Unternehmen als auch den Verbrauchern, die sich über aktuelle Trends bei Mode und Lebensstil informieren wollten. Je mehr Verbraucher ihr Informationsbedürfnis über Angebote der Beklagten befriedigten, um so seltener würden sie eine Zeitschrift eines Verlags erwerben. Die Beklagte stehe auch in einem Wettbewerbsverhältnis zu den dem Kläger angehörenden drei Werbeagenturen, die sich ebenso wie die Beklagte um die Akquise von Werbeetats der Produkthersteller bemühten. Die Mitglieder des Klägers verfügten über eine hinreichende Marktbedeutung.
- 11 Der Unterlassungsanspruch sei begründet, weil die Beklagte die Veröffentlichung mit der Überschrift "Vanezia Blum - Zauberschön" nicht als Werbung gekennzeichnet habe.
- 12 Hierbei handele es sich um eine geschäftliche Handlung, weil die Beklagte sowohl ihr eigenes Unternehmen als auch den Absatz von Waren und Dienstleistungen des fremden Unternehmens fördere. Die Beklagte sei Unternehmerin. Jedenfalls seit dem 5. April 2017 bestehe ein Werbevertrag mit dem "Salon Zauberschön". Die Beklagte betreibe das Instagram-Profil auch mit der Absicht, sich ihren Lebensunterhalt zu verdienen. Mit ihren Veröffentlichungen auf sozialen Medien fördere die Beklagte ihr eigenes Unternehmen, weil diese darauf gerichtet seien, ihr Image als Influencerin zu stärken, die Zahl ihrer Follower zu vergrößern und so den Wert der von ihr angebotenen Werbedienstleistungen zu

steigern. Die Förderung des eigenen Unternehmens erfolge unabhängig davon, ob die Beklagte im Einzelfall für Veröffentlichungen eine Gegenleistung von anderen Unternehmen erhalte. Mit der streitgegenständlichen Veröffentlichung habe die Beklagte auch zur Förderung des Absatzes des "Salon Zauberschön" gehandelt. Die Verlinkung auf den Internetauftritt dieses Unternehmens sei zumindest Aufmerksamkeitswerbung, weil sie dazu diene, den Namen des beworbenen Unternehmens im Verkehr bekannt zu machen und mittelbar dessen Absatz zu fördern. Die Verlinkung befriedige nicht lediglich das Informationsinteresse ihrer Follower, sondern enthalte einen werblichen Überschuss, so dass eine geschäftliche Handlung unabhängig von der Gewährung einer Gegenleistung vorliege.

13 Den kommerziellen Zweck der Verlinkung auf den Internetauftritt des "Salon Zauberschön" habe die Beklagte nicht hinreichend kenntlich gemacht. Der kommerzielle Zweck ergebe sich auch nicht unmittelbar aus den Umständen.

14 Die fehlende Kenntlichmachung des kommerziellen Zwecks sei geeignet, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Es sei gerade Sinn der Werbung der Beklagten, ihre Follower mittels eines Posts wie des vorliegenden zum Erwerb der Waren und Dienstleistungen des Fremdunternehmens zu bewegen. Geschäftliche Entscheidung sei bereits das Öffnen einer Internetseite, die es ermögliche, sich näher mit einem bestimmten Produkt zu befassen. Bei alledem komme es nicht darauf an, ob der Beklagten für den vorliegenden Post ein Entgelt geleistet worden sei.

15 B. Die Revision der Beklagten hat keinen Erfolg. Die Klage ist zulässig (dazu nachfolgend B I). Das Berufungsgericht hat den Unterlassungsanspruch im Ergebnis zu Recht zuerkannt (dazu nachfolgend B II).

16 I. Die Klage ist zulässig. Insbesondere ist der Kläger zur Geltendmachung des mit der Klage verfolgten Unterlassungsanspruchs gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG in der bis zum 1. Dezember 2020 geltenden Fassung (aF) befugt.

17 1. Nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG aF 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. Diese Vorschrift 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 (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 9. September 2021 - I ZR 90/20, GRUR 2021, 1400 Rn. 12 = WRP 2021, 1415 - Influencer I, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt; Urteil vom 9. September 2021 - I ZR 125/20, GRUR 2021, 1414 Rn. 11 = WRP 2021, 1429 - Influencer II, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt, jeweils mwN).

- 18 § 15a Abs. 1 UWG bestimmt, dass § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG in der Fassung des Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs (BGBl. I 2020 S. 2568), der nach Art. 9 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 dieses Gesetzes am 1. Dezember 2021 in Kraft getreten ist, nicht auf Verfahren anzuwenden ist, die am 1. September 2021 bereits rechtshängig sind. Im Streitfall, der an diesem Stichtag bereits rechtshängig war, verbleibt es daher bei der Anwendung des § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG aF.
- 19 2. 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 des über den "Tap Tag" verlinkten Unternehmens "Salon Zauberschön" 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 aF zu der Beklagten stehen, als auch über solche, die in einem entsprechenden Wettbewerbsverhältnis zum geförderten Drittunternehmen stehen (vgl. BGH, GRUR 2021, 1400 Rn. 16 f. - Influencer I; GRUR 2021, 1414 Rn. 14 f. - Influencer II, jeweils mwN).
- 20 a) Hinsichtlich geschäftlicher Handlungen der Beklagten zugunsten des eigenen Unternehmens hat das Berufungsgericht die Voraussetzungen des § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG aF mit Recht und von der Revision unangegriffen bejaht.
- 21 b) Hinsichtlich geschäftlicher Handlungen der Beklagten zugunsten des Friseurgeschäfts "Salon Zauberschön" liegen die Voraussetzungen des § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG aF ebenfalls vor.
- 22 aa) Der Begriff der Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art im Sinne des § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG aF ist weit auszulegen. Die beiderseitigen Waren oder Dienstleistungen müssen sich ihrer Art nach so gleichen oder nahe stehen, dass der Absatz des einen Unternehmers durch irgendein wettbewerbswidriges Handeln des anderen beeinträchtigt werden kann. Es reicht aus, dass

eine nicht gänzlich unbedeutende potentielle Beeinträchtigung mit einer gewissen, wenn auch nur geringen Wahrscheinlichkeit in Betracht gezogen werden kann. Ein entsprechendes Wettbewerbsverhältnis wird wesentlich durch die gemeinsame Zugehörigkeit zur selben Branche oder zu zumindest angrenzenden Branchen begründet (BGH, Urteil vom 16. April 2015 - I ZR 27/14, GRUR 2015, 1140 Rn. 11 = WRP 2015, 1332 - Bohnengewächsextrakt, mwN). Ein Wettbewerbsverhältnis kann auch zwischen einem Waren (etwa Arzneimittel) vertreibenden Unternehmen und einem (etwa Heilbehandlungen durchführenden) Dienstleistungsunternehmen bestehen (vgl. BGH, Urteil vom 24. November 1999 - I ZR 189/97, GRUR 2000, 438, 440 [juris Rn. 41] = WRP 2000, 389 - Gesetzeswiederholende Unterlassungsanträge; Köhler/Feddersen in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl., § 8 Rn. 3.40).

23 bb) Nach diesen Maßstäben besteht zwischen dem Friseursalon und denjenigen in erheblicher Zahl dem Kläger angehörenden Unternehmen ein Wettbewerbsverhältnis, die als Hersteller sowie Groß- oder Einzelhändler Kosmetika vertreiben. Hierbei ist zum einen davon auszugehen, dass der Friseursalon - wie in dieser Branche üblich - nicht nur Friseurdienstleistungen erbringt, sondern auch Kosmetikprodukte, insbesondere solche für die Haarpflege, vertreibt. Darüber hinaus begründet der von beiden Branchen verfolgte Zweck der Körperpflege und des Stylings einen wettbewerblichen Berührungspunkt, weil nach der Lebenserfahrung durchaus zwischen der Erbringung von Friseurdienstleistungen unter Einsatz von Kosmetikprodukten und deren Eigenanwendung gewählt wird.

24 Auch insoweit ist der Kläger imstande, seine satzungsmäßigen Aufgaben der Verfolgung gewerblicher Interessen tatsächlich wahrzunehmen und berühren die beanstandeten Zuwiderhandlungen die Interessen der Mitglieder des Klägers.

25 II. Das Berufungsgericht hat den geltend gemachten Unterlassungsanspruch gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1, § 3 Abs. 1, § 5a Abs. 6 UWG im Ergebnis zu

Recht zuerkannt. Die Beklagte hat zugunsten des eigenen Unternehmens und zugunsten des Friseursalons geschäftlich gehandelt (dazu nachfolgend B II 1). Die beanstandete Handlung ist im Sinne des § 5a Abs. 6 UWG unlauter (dazu nachfolgend B II 2).

26 1. Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsfehler geurteilt, dass die Beklagte im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG zugunsten des eigenen Unternehmens und eines fremden Unternehmens, des Friseursalons, geschäftlich gehandelt hat.

27 a) 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.

28 b) Die Beklagte hat zugunsten ihres eigenen Unternehmens geschäftlich gehandelt.

29 aa) Dass die Beklagte ein Unternehmen betreibt, stellt die Revision zu Recht nicht in Abrede. Influencer, die selbst Waren oder Dienstleistungen vertreiben oder das eigene Image vermarkten und durch Werbeeinnahmen kommerzialisieren, handeln unternehmerisch (vgl. BGH, GRUR 2021, 1400 Rn. 34 bis 36 - Influencer I, mwN).

30 bb) Gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte habe zugunsten ihres eigenen Unternehmens unabhängig von der Frage einer Gegenleistung geschäftlich gehandelt, verweist die Revision ohne Erfolg auf den Begriff der kommerziellen Kommunikation im Sinne des Art. 2 Buchst. f der Richtlinie 2000/31/EG über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt, der eine solche Gegenleistung erfordere.

31 Wie der Bundesgerichtshof entschieden hat, kann die Veröffentlichung eines Instagram-Beitrags auch dann als Geschäftspraxis und geschäftliche Handlung einzustufen sein, wenn mangels Gegenleistung keine kommerzielle Kommunikation vorliegt, weil der Begriff der kommerziellen Mitteilung im Sinne des Art. 2 Buchst. d der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt, dessen Umsetzung § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG dient, weiter ist als derjenige der kommerziellen Kommunikation im Sinne von Art. 2 Buchst. f der Richtlinie 2000/31/EG (vgl. dazu BGH, GRUR 2021, 1400 Rn. 47 bis 49 - Influencer I).

32 cc) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist der Betrieb eines Instagram-Profiles, in dessen Rahmen Beiträge der auch vorliegend beanstandeten Art veröffentlicht werden, objektiv geeignet, das Unternehmen eines Influencers zu fördern, sofern hierdurch die Bekanntheit und der Werbewert des Influencers gesteigert und das Interesse von Drittunternehmen an einer Kooperation mit dem Influencer geweckt werden (BGH, GRUR 2021, 1400 Rn. 42 - Influencer I, mwN). So verhält es sich nach den revisionsrechtlich unbedenklichen Feststellungen des Berufungsgerichts auch im Streitfall.

33 c) Die Revision wendet sich ebenfalls ohne Erfolg gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die beanstandeten Handlungen seien unabhängig davon als geschäftliche Handlungen zugunsten fremder Unternehmen anzusehen, ob eine Gegenleistung für sie erbracht worden sei.

34 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann bei der Prüfung, ob Beiträge von Influencern in sozialen Medien, die sich mit Waren oder Dienstleistungen fremder Unternehmen befassen, geschäftliche Handlungen zugunsten fremder Unternehmen sind, auf die Kriterien zurückgegriffen werden, die für die Einordnung scheinbar redaktioneller Presseartikel als werblich entwickelt

worden sind. Danach kann es sich auch dann, wenn für eine scheinbar redaktionelle Veröffentlichung keine Gegenleistung von einem fremden Unternehmen erfolgt ist, 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. Im Falle der Influencer besteht ein solcher werblicher Überschuss mit Blick darauf, dass die Beiträge auch einem Informationsbedürfnis der Follower dienen, zwar nicht bereits durch das Setzen von "Tap Tags", die Herstellerinformationen beinhalten, sehr wohl aber regelmäßig durch die in einem "Tap Tag" vorgesehene Verlinkung auf die Internetseite des Herstellers (vgl. BGH, GRUR 2021, 1400 Rn. 59 f. und 65 bis 67 - Influencer I, mwN). Nach den revisionsrechtlich unbedenklichen Feststellungen des Berufungsgerichts liegen diese Voraussetzungen im Streitfall vor.

35 2. Das Berufungsgericht hat im Ergebnis zu Recht den beanstandeten Beitrag als nach § 5a Abs. 6 UWG unlautere geschäftliche Handlungen angesehen.

36 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.

37 b) Das Verbot der beanstandeten Handlung ist nach § 5a Abs. 6 UWG zwar nur begründet, soweit die Beklagte zugunsten des Unternehmens "Salon Zauberschön" gehandelt hat, nicht jedoch hinsichtlich des eigennützigen Handelns der Beklagten. Dies rechtfertigt aber das auf die konkrete Verletzungsform bezogene Verbot (vgl. BGH, GRUR 2021, 1400 Rn. 22 und 130 - Influencer I).

38 aa) Das Berufungsgericht hat im Ergebnis zu Recht angenommen, dass die beanstandete Handlung kommerziellen Zwecken im Sinne des § 5a Abs. 6

UWG diene. Der kommerzielle Zweck ist, wie der Bundesgerichtshof nach dem Urteil des Berufungsgerichts entschieden hat, im Rahmen der Einzelfallwürdigung anhand derjenigen objektiven Indizien zu bestimmen, die auch für die Beurteilung geschäftlicher Handlungen im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG gelten (vgl. BGH, GRUR 2021, 1400 Rn. 73 bis 78 - Influencer I; GRUR 2021, 1414 Rn. 27 bis 31 - Influencer II, jeweils mwN).

39 Im Streitfall liegen der beanstandeten Handlung daher aus den Gründen, die zur Annahme einer geschäftlichen Handlung führen (dazu oben Rn. 26 bis 34 [II 1]), kommerzielle Zwecke im Sinne des § 5a Abs. 6 UWG zugrunde.

40 bb) Die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte habe die kommerziellen Zwecke der geschäftlichen Handlung nicht hinreichend kenntlich gemacht, hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

41 (1) Wie der kommerzielle Zweck einer geschäftlichen Handlung kenntlich zu machen ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Der Hinweis muss so deutlich erfolgen, dass der kommerzielle Zweck gemäß § 3 Abs. 4 Satz 1 UWG aus der Sicht des durchschnittlich informierten, situationsadäquat aufmerksamen und verständigen Verbrauchers, der zur angesprochenen Gruppe gehört, auf den ersten Blick und zweifelsfrei hervortritt (vgl. BGH, GRUR 2021, 1400 Rn. 80 - Influencer I; GRUR 2021, 1414 Rn. 45 - Influencer II, jeweils mwN).

42 (2) Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Beklagte habe den kommerziellen Zweck der Verlinkung auf den Internetauftritt des "Salon Zauberschön" nicht hinreichend kenntlich gemacht. Er ergebe sich nicht unzweifelhaft auf den ersten Blick, sondern erst nach einer analysierenden Betrachtung. Der im Streitfall angesprochene Verkehr seien alle Verbraucher, die soziale Medien wie Instagram oder Facebook nutzten. Das Verkehrsverständnis könne der erkennende Senat aus eigener Sachkunde beurteilen, da er ständig mit Wettbewerbssachen befasst sei und seine Mitglieder zum angesprochenen Verkehr zählten. Der angegriffene Beitrag enthalte lediglich im Fließtext, der neben dem Bild angeordnet

sei, das Wort "Werbung", welches weder farblich noch schriftbildlich hervorgehoben sei. Der Bezugspunkt des Hinweises sei unklar, weil aus seiner Anordnung nicht hervorgehe, ob er sich auch auf den in das Bild eingebetteten "Tap Tag" beziehen solle.

43 (3) Diese Feststellungen des Berufungsgerichts tragen seine Beurteilung, der kommerzielle Zweck der geschäftlichen Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens der Beklagten und des Unternehmens "Salon Zauberschön" sei nicht hinreichend kenntlich gemacht.

44 Die Revision wendet ohne Erfolg ein, das Berufungsgericht habe das Verkehrsverständnis nicht aus eigener Sachkunde und ohne Einholung eines demoskopischen Gutachtens ermitteln dürfen, weil es ihm am notwendigen konkreten Erfahrungswissen der angesprochenen Verbraucher fehle.

45 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 (vgl. BGH, GRUR 2021, 1400 Rn. 44 - Influencer I, mwN). Solche Rechtsfehler sind dem Berufungsgericht nicht unterlaufen. Insbesondere hat es den angesprochenen Verkehrskreis zutreffend bestimmt und durfte es das Verkehrsverständnis aus eigener Sachkunde beurteilen.

46 In diesem Zusammenhang macht die Revision erfolglos geltend, als angesprochener Verkehr seien ausschließlich "netzaffine" Jugendliche und junge Erwachsene anzusehen. Nach § 3 Abs. 4 Satz 1 UWG ist auf die Sicht des durchschnittlich informierten, situationsadäquat aufmerksamen und verständigen Verbrauchers abzustellen, der zu den angesprochenen Verkehrskreisen gehört. Auf die Sicht eines durchschnittlichen Mitglieds einer eindeutig identifizierbaren Gruppe von Verbrauchern, die auf Grund von geistigen oder körperlichen Beeinträchtigungen, Alter oder Leichtgläubigkeit im Hinblick auf diese geschäftlichen

Handlungen oder die diesen zugrundeliegenden Waren oder Dienstleistungen besonders schutzbedürftig sind, insbesondere Kinder und Jugendliche, ist gemäß § 3 Abs. 4 Satz 2 UWG nicht schon dann abzustellen, wenn möglicherweise auch diese durch die fragliche geschäftliche Handlung beeinflusst werden, sondern nur dann, wenn voraussichtlich und vorhersehbar allein das geschäftliche Verhalten dieser Verbrauchergruppe wesentlich beeinflusst wird (vgl. BGH, GRUR 2021, 1400 Rn. 80 - Influencer I; GRUR 2021, 1414 Rn. 45 - Influencer II, jeweils mwN). Dass diese Voraussetzung im Streitfall erfüllt ist, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt, und die Revision macht auch nicht geltend, dass das Berufungsgericht entsprechenden Vortrag des Klägers übergangen hätte.

47 Die Revision beanstandet schließlich ohne Erfolg die Annahme des Berufungsgerichts, das im Fließtext verwendete Wort "Werbung" reiche für die Kennzeichnung des kommerziellen Zwecks nicht aus. Auch insoweit nimmt die Revision eine eigene, von der Würdigung des Berufungsgerichts abweichende Würdigung vor, ohne Rechtsfehler aufzuzeigen.

48 cc) Die Annahme des Berufungsgerichts, der kommerzielle Zweck des Beitrags ergebe sich nicht unmittelbar aus den Umständen, hält nur hinsichtlich des Handelns der Beklagten zugunsten des Unternehmens "Salon Zauberschön", nicht aber hinsichtlich des Handelns zugunsten ihres eigenen Unternehmens der rechtlichen Nachprüfung stand.

49 (1) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist eine Kennzeichnung des kommerziellen Zwecks dann nicht erforderlich, wenn das äußere Erscheinungsbild der geschäftlichen Handlung so gestaltet wird, dass die durchschnittlich informierten, situationsadäquat aufmerksamen und verständigen Verbraucher, die zur angesprochenen Gruppe gehören, den kommerziellen Zweck klar und eindeutig auf den ersten Blick - und nicht erst nach einem analysierenden Studium - erkennen können. 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 er der Werbebotschaft unvorbereitet ausgesetzt. 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. BGH, GRUR 2021, 1400 Rn. 87 bis 89 - Influencer I; GRUR 2021, 1414 Rn. 34 bis 36 - Influencer II, jeweils mwN).

50 Der Annahme, der kommerzielle Zweck einzelner Beiträge, fremde Unternehmen zu fördern, ergebe sich aus den Umständen, kann die häufig anzutreffende Vermischung nicht-werblicher und werblicher Beiträge entgegenstehen. Bei einer solchen Vermischung der Beiträge ergibt sich dieser kommerzielle Zweck nicht bereits aus einer etwaigen Verifizierung des Profils (also der Kennzeichnung als "echtes Profil" des namentlich benannten Inhabers, die nur bei Personen mit einer bestimmten öffentlichen Bekanntheit bzw. ab einer gewissen Anzahl an Followern erfolgt), einer besonders hohen Anzahl der Follower oder aus einer generellen Bekanntheit des Influencers (vgl. BGH, GRUR 2021, 1400 Rn. 90 - Influencer I, mwN). Hinsichtlich der Erkennbarkeit der eigennützigen Tätigkeit des Influencers kann diesen Umständen hingegen durchaus Bedeutung zukommen (vgl. BGH, GRUR 2021, 1414 Rn. 37 bis 44 - Influencer II; BGH, Urteil vom 9. September 2021 - I ZR 126/20, ZUM-RD 2021, 693 Rn. 73 bis 74; OLG Hamburg, K&R 2020, 630, 632 f. [juris Rn. 55 ff.]; OLG München, GRUR 2020, 1096, 1098 [juris Rn. 48]).

51 (2) Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Erkennbarkeit des kommerziellen Zwecks folge weder aus einer hohen Anzahl von Followern noch aus einer generellen Bekanntheit des kommerziellen Handelns von Influencern. Das Konzept von Influencern bestehe gerade darin, private und kommerzielle Inhalte zu vermischen, indem Influencer ihr Privatleben unter Präsentation dazu passender Waren und Dienstleistungen präsentierten. Die Follower interessierten sich für

die Influencer in erster Linie als Privatpersonen, nicht jedoch als Werbebotschafter von Unternehmen. Gerade deshalb verstünden sie Influencer als Vorbild und folgten deren Beispiel bei der Auswahl von Waren und Dienstleistungen wie einer Empfehlung, der sie aufgrund ihrer scheinbar privaten Natur eine größere Objektivität und Neutralität beimäßen als gekennzeichnete Werbung. Der Instagram-Auftritt der Beklagten sei auch nicht als "Business-Account" gekennzeichnet. Es bedürfe daher einer analysierenden Betrachtung, um die Beklagte überhaupt als Influencerin zu identifizieren. Erst hieran schließe sich die weitere Frage an, ob der angesprochene Verkehr das Geschäftsmodell von Influencern kenne und deshalb wisse, dass die Beklagte mit Werbung Geld verdiene. Einer analysierenden Betrachtung bedürfe es auch deshalb, weil die für den kommerziellen Zweck mitentscheidenden Unternehmenstags erst nach einem Klick auf das gepostete Bild sichtbar würden.

52 (3) Diese Feststellungen tragen die Beurteilung des Berufungsgerichts, der fremdnützige kommerzielle Zweck der beanstandeten Angaben sei nicht unmittelbar aus den Umständen erkennbar. Soweit die Revision gegen diese Würdigung Einwände erhebt, setzt sie wiederum ihre eigene Auffassung an die Stelle der Würdigung des Tatgerichts, ohne Rechtsfehler aufzuzeigen. Hingegen tragen die Feststellungen des Berufungsgerichts nicht seine Annahme, auch das eigennützige Handeln der Beklagten ergebe sich nicht unmittelbar aus den Umständen. Soweit es angenommen hat, es bedürfe einer analysierenden Betrachtung, um die Beklagte als Influencerin zu identifizieren, fehlt es an konkreten Feststellungen, warum dies der Fall ist.

53 dd) Die Nichtkenntlichmachung des kommerziellen Zwecks der geschäftlichen Handlung war - wie das Berufungsgericht zu Recht angenommen hat - auch geeignet, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.

54 (1) Eine geschäftliche Entscheidung, zu deren Veranlassung die Nichtkenntlichmachung im Sinne des § 5a Abs. 6 UWG geeignet sein muss, ist gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG jede Entscheidung eines Verbrauchers oder sonstigen Marktteilnehmers darüber, ob, wie und unter welchen Bedingungen er ein Geschäft abschließen, eine Zahlung leisten, eine Ware oder Dienstleistung behalten oder abgeben oder ein vertragliches Recht im Zusammenhang mit einer Ware oder Dienstleistung ausüben will, unabhängig davon, ob der Verbraucher oder sonstige Marktteilnehmer sich entschließt, tätig zu werden.

55 Die Entscheidung des Verbrauchers, sich näher mit dem Instagram-Beitrag mit Bezug zu den genannten Drittunternehmen zu befassen und sich durch einen ersten Klick (auf die Abbildung des Produkts) den "Tap Tag" anzeigen zu lassen, stellt noch keine geschäftliche Entscheidung dar. Hingegen stellt der zweite Klick (auf den "Tap Tag"), mit dem sich der Verbraucher das Instagram-Profil des verlinkten Unternehmens anzeigen lässt, eine geschäftliche Entscheidung dar. Dabei kommt es nicht darauf an, dass die Verlinkungen nicht unmittelbar auf die Produktangebote dieser Unternehmen gesetzt wurden. Es reicht aus, dass der Verbraucher sich über das Instagram-Profil des Unternehmens näher mit dem jeweiligen Unternehmen und seinen Produkten auseinandersetzen konnte, insbesondere da dort ein weiterführender Link auf dessen Internetseite vorgehalten wurde (vgl. BGH, GRUR 2021, 1400 Rn. 95 f. - Influencer I, mwN).

56 (2) Das Nichtkenntlichmachen des kommerziellen Zwecks der geschäftlichen Handlung ist dazu geeignet, Nutzer des Instagram-Beitrags der Beklagten zum Klick auf den "Tap Tag" zu veranlassen.

57 Ebenso wie für die Informationspflichtverletzung nach § 5a Abs. 2 UWG gilt für die Informationspflichtverletzung nach § 5a Abs. 6 UWG die Annahme, dass die Nichtkenntlichmachung des kommerziellen Zwecks im Regelfall geeignet ist, eine geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers zu veranlassen. Denn

der Verbraucher steht einer geschäftlichen Handlung im Falle des Erkennens des kommerziellen Zwecks von vornherein kritischer gegenüber. Den Unternehmer trifft daher auch im Rahmen von § 5a Abs. 6 UWG die sekundäre Darlegungslast für Umstände, die gegen die Relevanz des Kennzeichnungsverstößes sprechen (vgl. BGH, GRUR 2021, 1400 Rn. 98 - Influencer I, mwN). Die Revision hat nicht auf vom Berufungsgericht überangenen Vortrag der Beklagten zu Umständen verwiesen, die gegen die Relevanz der Nichtkenntlichmachung des kommerziellen Zwecks der geschäftlichen Handlung sprechen.

58 ee) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist eine geschäftliche Handlung, die die Voraussetzungen des § 5a Abs. 6 UWG erfüllt, nicht als unlauter anzusehen, wenn sie den Erfordernissen des § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG sowie des § 58 Abs. 1 Satz 1 RStV und § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV genügt, weil es sich dabei um vorrangige Spezialvorschriften handelt, deren Wertungen durch das Lauterkeitsrecht nicht unterlaufen werden dürfen (vgl. dazu BGH, GRUR 2021, 1414 Rn. 58 bis 61 und 71 - Influencer II). Die im Streitfall zu beurteilende geschäftliche Handlung erfüllt die Voraussetzungen des § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG sowie des § 58 Abs. 1 Satz 1 RStV und § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV und ist daher als nach § 5a Abs. 6 UWG unlauter anzusehen.

59 (1) Die geschäftliche Handlung verstößt hinsichtlich der Förderung des Unternehmens "Salon Zauberschön" gegen § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG, weil es sich dabei um kommerzielle Kommunikation im Sinne dieser Vorschrift handelt, die nicht hinreichend als solche erkennbar ist.

60 (a) 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.

61 (b) Influencer, die ein eigenständiges Profil auf der Social-Media-Plattform Instagram, einem Telemedium im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 1 TMG, betreiben,

sind Diensteanbieter im Sinne des § 2 Satz 1 Nr. 1 TMG (dazu im Einzelnen BGH, GRUR 2021, 1400 Rn. 104 bis 107 - Influencer I; GRUR 2021, 1414 Rn. 49 bis 52 - Influencer II).

62 (c) 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 (BGBl. I S. 2456) 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.

63 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 nicht vor, wenn die Angaben unabhängig und insbesondere ohne finanzielle Gegenleistung gemacht werden. Für die Eigenwerbung gilt die Ausnahmeregelung des § 2 Satz 1 Nr. 5 Buchst. b TMG hingegen nicht, so dass es für die Beurteilung als kommerzielle Kommunikation nicht auf die Unabhängigkeit einer Angabe, insbesondere das Fehlen einer Gegenleistung, ankommt (BGH, GRUR 2021, 1414 Rn. 75 f. - Influencer II).

64

(d) Die beanstandete Handlung zugunsten des Unternehmens "Salon Zauberschön" stellt kommerzielle Kommunikation im Sinne des § 2 Satz 1 Nr. 5 TMG dar. Angaben, die durch die Gewährung geldwerter Vorteile veranlasst worden sind, erfolgen nicht unabhängig im Sinne des § 2 Satz 1 Nr. 5 Buchst. b TMG.

65 Die Vorschriften des § 2 Satz 1 Nr. 5 TMG und des § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG dienen der Umsetzung von Art. 2 Buchst. f und Art. 6 Buchst. a der Richtlinie 2000/31/EG und sind daher richtlinienkonform auszulegen (zu den Vorgängernormen § 3 Abs. 1 Nr. 5 und § 7 Nr. 1 TDG vgl. Regierungsentwurf eines Gesetzes über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr, BT-Drucks. 14/6098, S. 11, 16 und 22; zu § 2 und § 6 TMG vgl. Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Vereinheitlichung von Vorschriften über bestimmte elektronische Informations- und Kommunikationsdienste, BR-Drucks. 556/06, S. 13, 19 und 20).

66 Dem in Art. 6 Buchst. a der Richtlinie 2000/31/EG geregelten Gebot der klaren Erkennbarkeit kommerzieller Kommunikationen liegt die Erwägung zugrunde, dass die verschiedenen Formen kommerzieller Kommunikation im Interesse des Verbraucherschutzes und der Lauterkeit des Geschäftsverkehrs bestimmten Transparenzanforderungen genügen müssen (Satz 2 des Erwägungsgrunds 29 der Richtlinie 2000/31/EG). Die Empfänger kommerzieller Kommunikation sollen durch die Pflicht zur Kennzeichnung vor der Gefahr geschützt werden, dass ein Diensteanbieter sie über den kommerziellen Zweck einer Mitteilung im Unklaren lässt (BeckOK.Informations- und Medienrecht/Martini, 34. Edition [Stand 1. Februar 2021], § 2 TMG Rn. 25). Ausgenommen vom Begriff der kommerziellen Kommunikation sind nach Art. 2 Buchst. f 2. Spiegelstrich der Richtlinie 2000/31/EG 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. Unabhängig, insbesondere ohne Gegenleistung erfolgende Informationen zu

Produkten, etwa auch Testberichte, sind damit nicht als Werbung kennzeichnungspflichtig (zu § 3 Abs. 1 Nr. 5 TDG aF vgl. BT-Drucks. 14/6098, S. 11). Das Erfordernis der Unabhängigkeit stellt sicher, dass Verbraucher nicht durch die vermeintlich wirtschaftlich unbeeinflusste Authentizität einer Darstellung, etwa einer Produktempfehlung, in die Irre geführt werden (vgl. BeckOK. Informations- und Medienrecht/Martini aaO § 2 TMG Rn. 29c). Nach dem klaren Wortlaut der Vorschrift, in dem der vorgenannte Schutzzweck zum Ausdruck gelangt, handelt es sich bei dem Erfordernis der Unabhängigkeit um den Oberbegriff, der "insbesondere", also beispielhaft, im Falle einer Gegenleistung nicht erfüllt ist (vgl. auch den entsprechenden englischen, französischen und spanischen Wortlaut von Art. 2 Buchst. f 2. Spiegelstrich der Richtlinie 2000/31/EG: "... in an independent manner, particularly when this is without financial consideration"/"... d'une manière indépendante, en particulier lorsqu'elles sont fournies sans contrepartie financière"/"... de forma independiente de ella, en particular cuando estos se realizan sin contrapartida económica").

67 Der Schutzzweck dieser Regelung gleicht damit dem Schutzzweck der in Nr. 11 Satz 1 des Anhangs I zur Richtlinie 2005/29/EG vorgesehenen Regelung. Danach liegt eine unter allen Umständen als unlauter geltende irreführende Geschäftspraktik vor, wenn redaktionelle Inhalte in Medien zu Zwecken der Verkaufsförderung eingesetzt werden und der Gewerbetreibende diese Verkaufsförderung bezahlt hat, ohne dass dies aus dem Inhalt oder aus für den Verbraucher klar erkennbaren Bildern und Tönen eindeutig hervorgehen würde. Auch hiermit wird bezweckt, das Vertrauen von Verbrauchern in die Neutralität redaktioneller Inhalte zu schützen und versteckte Werbung im Interesse der Verbraucher und Wettbewerber zu verhindern (vgl. EuGH, Urteil vom 2. September 2021 - C-371/20, GRUR 2021, 1312 Rn. 29 = WRP 2021, 1411 - Peek & Cloppenburg; BGH, Beschluss vom 25. Juni 2020 - I ZR 74/19, GRUR 2020, 997 Rn. 29 = WRP 2020, 1295 - GRAZIA StyleNights). Dieser Zweck kann nur erreicht wer-

den, wenn unter Bezahlung im Sinne der Nr. 11 Satz 1 des Anhangs I zur Richtlinie 2005/29/EG nicht nur die Zahlung eines Geldbetrags, sondern jeder geldwerte Vorteil - auch in Form von Gegenständen oder Dienstleistungen - verstanden wird, sofern ein eindeutiger Zusammenhang zwischen der in dieser Weise vom Gewerbetreibenden geleisteten Bezahlung und der Veröffentlichung besteht (vgl. EuGH, GRUR 2021, 1312 Rn. 44 und 49 - Peek & Cloppenburg).

68 Die in Art. 6 Buchst. a in Verbindung mit Art. 2 Buchst. f der Richtlinie 2000/31/EG niedergelegten Transparenzanforderungen gebieten es in gleicher Weise, der Förderung des Absatzes von Waren oder Dienstleistungen dienende Angaben einer Influencerin mangels Unabhängigkeit als kommerzielle Kommunikation im Sinne des § 2 Satz 1 Nr. 5 TMG anzusehen, wenn der hierdurch begünstigte Unternehmer zwar keine Geldzahlung geleistet, jedoch das dargestellte Produkt der Influencerin zur Verfügung gestellt hat (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO § 5a Rn. 7.80j; Holznagel/Hartmann in Hoeren/Sieber/Holznagel, Handbuch Multimedia-Recht, 52. Ergänzungslieferung April 2020, Teil 3 Rn. 215; Lehmann, WRP 2017, 772 Rn. 6; Rauer/Kempf, WRP 2022, 16 Rn. 22). Der Bezug zwischen Bericht und geldwertem Vorteil wird hier durch die naheliegende und daher regelhaft anzunehmende Erwartung des durch den Bericht begünstigten Unternehmens hergestellt, dass die Influencerin über das Produkt berichten werde (vgl. Henning-Bodewig, WRP 2017, 1415 Rn. 22). Ein solcher Bericht ist durch die Produktbereitstellung initiiert und daher nicht unabhängig, so dass er als kommerzielle Kommunikation nach § 6 Abs. 1 TMG erkennbar sein muss. Der Schutzzweck der Regelung verlangt die Erfassung auch solcher Gewährungen geldwerter Vorteile, mit denen Beiträge gerade erst veranlasst werden sollen, ohne dass zuvor eine Vereinbarung getroffen wurde.

69 Eine für geldwerte Vorteile geltende Geringfügigkeitsschwelle sieht § 2 Satz 1 Nr. 5 TMG nicht vor. Demgegenüber ist nach § 2 Abs. 2 Nr. 11 RStV und § 2 Abs. 2 Nr. 12 MStV die kostenlose Bereitstellung von Waren oder Dienstleistungen nur als Produktplatzierung in Sendungen oder nutzergenerierten Videos

anzusehen, sofern die betreffende Ware oder Dienstleistung von bedeutendem Wert ist. Für die analoge Anwendung dieser für Produktplatzierung geltenden Geringfügigkeitsschwelle ist im Rahmen des § 6 Abs. 1 TMG jedoch mangels planwidriger Regelungslücke kein Raum.

70 Im Streitfall erfolgte die Angabe zugunsten des Unternehmens "Salon Zauberschön" nicht unabhängig im Sinne des § 2 Satz 1 Nr. 5 Buchst. b TMG, weil die Beklagte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts im Rahmen eines mit diesem Unternehmen bestehenden Werbevertrags gehandelt hat. Darüber hinaus hat die Beklagte nach den Feststellungen des Landgerichts Friseurdienstleistungen im zeitlichen Zusammenhang mit den beanstandeten Beiträgen gratis erhalten. Soweit das Berufungsgericht, das im Übrigen die landgerichtlichen Feststellungen in Bezug genommen hat, die Erbringung einer Gegenleistung für unerheblich gehalten hat, liegt dem eine (unzutreffende) rechtliche Beurteilung zugrunde, die die Wirksamkeit der genannten tatsächlichen Feststellungen - entgegen der Ansicht der Revision - unberührt lässt.

71 (2) Die beanstandete Handlung verstößt hinsichtlich der Förderung des Unternehmens "Salon Zauberschön" auch gegen § 58 Abs. 1 Satz 1 RStV und § 22 Abs. 1 Satz 1 des während des Rechtsstreits mit Wirkung vom 7. November 2020 an die Stelle des Rundfunkstaatsvertrags getretenen Medienstaatsvertrags (MStV) vom 14. September 2020 (GVBl. Rheinland-Pfalz 2020, 377).

72 (a) 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 diejenige in § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV.

73 (b) 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.

- 74 (c) 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. Diese Definition ist auch auf den Begriff der Werbung in Telemedien gemäß § 58 Abs. 1 RStV anzuwenden. § 2 Abs. 2 Nr. 7 MStV enthält nunmehr eine auch ausdrücklich auf Telemedien bezogene, im Übrigen übereinstimmende Definition (vgl. BGH, GRUR 2021, 1400 Rn. 116 bis 118 - Influencer I; GRUR 2021, 1414 Rn. 65 bis 67 - Influencer II, jeweils mwN).
- 75 Danach stellt eine Äußerung mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen eines fremden Unternehmens zu fördern, nur dann eine Werbung im Sinne dieser Vorschrift dar, wenn sie gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung gemacht wird. Für die Eigenwerbung setzen § 2 Abs. 2 Nr. 7 RStV und § 2 Abs. 2 Nr. 7 MStV hingegen nicht voraus, dass für diese ein Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung erfolgt (BGH, GRUR 2021, 1414 Rn. 77 - Influencer II).
- 76 (d) Unionsrechtlicher Hintergrund dieser Regelungen ist, soweit - wie im Streitfall - Telemedien betroffen sind, die keinen audiovisuellen Mediendienst im Sinne des Art. 1 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 2010/13/EU zur Koordinierung bestimmten Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste darstellen, ebenfalls Art. 2 Buchst. f und Art. 6 Buchst. a der Richtlinie 2000/31/EG (vgl. BeckOK. Informations- und Medienrecht/Fiedler aaO § 22 MStV Rn. 1). Bei der Auslegung der Tatbestandsmerkmale des Entgelts oder einer ähnlichen Gegenleistung ist somit - ebenso wie im Falle von § 2 Satz 1 Nr. 5 Buchst. b und § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG - der in Art. 2 Buchst. f 2. Spiegelstrich der Richtlinie 2000/31/EG genannte Oberbegriff der

Unabhängigkeit maßgeblich (dazu vorstehend Rn. 64 bis 70 [B II 2 b ee (1) (d)]). Diese Vorschriften dienen mithin gleichfalls dem Zweck, einer Irreführung des Empfängers über Motivation, Zweck und Zustandekommen einer Mitteilung vorzubeugen (vgl. BeckOK.Informations- und Medienrecht/Fiedler aaO § 22 MStV Rn. 2; Ladeur in Binder/Vesting, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 4. Aufl., § 58 RStV Rn. 4; Smid in Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl., § 58 RStV Rn. 1).

77 Diesem Schutzzweck entsprechend ist unter einem Entgelt oder einer ähnlichen Gegenleistung im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 7 RStV und § 2 Abs. 2 Nr. 7 MStV neben Geld- oder Sachleistungen jede geldwerte Gegenleistung zu verstehen (vgl. Schulz in Binder/Vesting aaO § 2 Rn. 91; Holznagel/Hartmann in Hoeren/Sieber/Holznagel aaO Teil 3 Rn. 215; BeckOK.Informations- und Medienrecht/Martini aaO § 2 MStV Rn. 52). Der Förderung des Absatzes von Waren oder Dienstleistungen dienende Angaben einer Influencerin sind daher als Werbung im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 7 RStV und § 2 Abs. 2 Nr. 7 MStV anzusehen, wenn der hierdurch begünstigte Unternehmer zwar keine Geldzahlung geleistet, jedoch das dargestellte Produkt zur Verfügung gestellt hat (vgl. Holznagel/Hartmann in Hoeren/Sieber/Holznagel aaO Teil 3 Rn. 215; Gerecke, GRUR 2018, 153, 154; Suwelack, MMR 2017, 661, 663). Stellt der durch die Angabe begünstigte Unternehmer das Produkt kostenlos und in der naheliegenden und daher regelhaft anzunehmenden Erwartung bereit, dass die Influencerin über das Produkt berichten werde, wird die Angabe gegen eine Gegenleistung gemacht.

78 Eine für geldwerte Vorteile geltende Geringfügigkeitsschwelle sehen weder § 2 Abs. 2 Nr. 7 RStV noch § 2 Abs. 2 Nr. 7 MStV vor. Eine analoge Anwendung der Geringfügigkeitsschwelle für Produktplatzierung in Sendungen oder nutzergenerierten Videos (§ 2 Abs. 2 Nr. 11 RStV und § 2 Abs. 2 Nr. 12 MStV), die zwar nicht in Art. 11 der Richtlinie 2010/13/EU, sehr wohl aber in Erwägungs-

grund 91 Satz 4 dieser Richtlinie erwähnt ist, auf Beiträge in - im Streitfall betroffenen - Telemedien, die keinen audiovisuellen Mediendienst im Sinne des Art. 1 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 2010/13/EU darstellen, scheidet mangels planwidriger Regelungslücke aus.

79 Hinsichtlich der Angaben zugunsten des Unternehmens "Salon Zauberschön" hat die Beklagte im Rahmen des mit dem Unternehmen bestehenden Werbevertrags im zeitlichen Zusammenhang mit dem Beitrag Friseurdienstleistungen kostenlos erhalten, so dass ein Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 7 RStV und § 2 Abs. 2 Nr. 7 MStV gewährt wurde und es sich um Werbung im Sinne dieser Vorschriften handelt.

80 (e) Die Werbung zugunsten des Unternehmens "Salon Zauberschön" ist entgegen § 58 Abs. 1 Satz 1 RStV und § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV nicht als solche klar erkennbar; die Ausführungen zur Erkennbarkeit nach § 5a Abs. 6 UWG (dazu Rn. 40 bis 52 [B II 2 b bb und cc]) gelten auch hier entsprechend.

81 c) Entgegen der Ansicht der Revision verletzt die Zuerkennung des Unterlassungsanspruchs keine Grundrechte der Beklagten aus Art. 5 Abs. 1 GG oder Art. 11 EU-Grundrechtecharta.

82 aa) Soweit der Unterlassungsanspruch auf das Handeln der Beklagten zugunsten eines fremden Unternehmens zielt, kommt Art. 5 Abs. 1 GG zur Anwendung, weil die Förderung fremden Wettbewerbs nicht Gegenstand des Unionsrechts ist und deshalb nicht die Durchführung von Unionsrecht im Sinne des Art. 51 Abs. 1 Satz 1 EU-Grundrechtecharta betroffen ist (vgl. BGH, GRUR 2021, 1400 Rn. 63 - Influencer I, mwN).

83 bb) Die Meinungsäußerungsfreiheit der Beklagten gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG ist nicht verletzt.

84 Zwar fallen auch werbliche Äußerungen, die einen wertenden, meinungsbildenden Inhalt haben - also auch die im Streitfall beanstandeten werblichen Angaben - in den Schutzbereich dieses Grundrechts. Die Grundrechte des Art. 5 Abs. 1 GG finden jedoch gemäß Art. 5 Abs. 2 GG ihre Schranke in den allgemeinen Gesetzen. Zu ihnen gehört auch die lauterkeitsrechtliche Bestimmung des § 5a Abs. 6 UWG, die ihrerseits allerdings im Licht der Bedeutung des Art. 5 Abs. 1 GG auszulegen und daher in ihrer dieses Grundrecht beschränkenden Wirkung selbst einzuschränken ist. Bei der vorzunehmenden Gesamtabwägung ist neben dem grundrechtlichen Interesse der Beklagten das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb zu berücksichtigen, zu dem auch die dem Verbraucherschutz dienende Kennzeichnungspflicht des § 5a Abs. 6 UWG beiträgt. Ist der lauterkeitsrechtliche Schutzzweck der Funktionsfähigkeit des Leistungswettbewerbs betroffen und zugleich festzustellen, dass die Pflicht zur Kennzeichnung nicht den Inhalt der Meinungsäußerung reguliert, sondern nur die Art ihrer Präsentation betrifft, erweist sich der im Verbot liegende Grundrechtseingriff als verhältnismäßig und daher gerechtfertigt (vgl. BGH, GRUR 2021, 1400 Rn. 122 bis 125 - Influencer I, mwN).

85 cc) Soweit - was hier keiner Entscheidung bedarf - Beiträge von Influencern in sozialen Medien der Pressefreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG unterfallen (hierzu vgl. BGH, GRUR 2021, 1400 Rn. 62 - Influencer I, mwN), erweist sich auch dieser Grundrechtseingriff nach den Gesamtumständen, insbesondere mit Blick darauf, dass durch § 5a Abs. 6 UWG nicht die redaktionelle Berichterstattung inhaltlich reguliert, sondern ein auf Werbung bezogenes, dem Verbraucherschutz dienendes Transparenzgebot gewährleistet wird, als verhältnismäßig und daher gerechtfertigt.

86 C. Danach ist die Revision mit der Kostenfolge des § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Koch

Löffler

Schwonke

Feddersen

Schmaltz

Vorinstanzen:

LG Koblenz, Entscheidung vom 08.04.2020 - 1 HK O 45/17 -

OLG Koblenz, Entscheidung vom 16.12.2020 - 9 U 595/20 -