



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 35/21

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

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Influencer III

Richtlinie 2000/31/EG Art. 2 Buchst. f, Art. 6 Buchst. a; Richtlinie 2010/13/EU Art. 11; UWG § 2 Abs. 1 Nr. 1, § 3 Abs. 1 und 4, § 5a Abs. 6, § 8 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 Nr. 2; TMG § 1 Abs. 1 Satz 1, § 2 Satz 1 Nr. 1 und 5, § 6 Abs. 1 Nr. 1; RStV § 58 Abs. 1 Satz 1; MStV § 22 Abs. 1 Satz 1

Fördert eine Influencerin durch einen Bericht über Waren oder Dienstleistungen in sozialen Medien (hier: Instagram) den Absatz eines fremden Unternehmens, so handelt es sich um kommerzielle Kommunikation im Sinne des § 2 Satz 1 Nr. 5 Buchst. b TMG und Werbung im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 7 RStV und § 2 Abs. 2 Nr. 7 MStV, wenn ihr die Waren oder Dienstleistungen von dem durch den Bericht begünstigten Unternehmen kostenlos zur Verfügung gestellt wurden (Fortführung von BGH, Urteil vom 9. September 2021 - I ZR 90/20, GRUR 2021, 1400 = WRP 2021, 1415 - Influencer I; Urteil vom 9. September 2021 - I ZR 125/20, GRUR 2021, 1414 = WRP 2021, 1429 - Influencer II).

BGH, Urteil vom 13. Januar 2022 - I ZR 35/21 - OLG Köln
LG Köln

ECLI:DE:BGH:2022:130122UIZR35.21.0

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 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 19. Februar 2021 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger ist der Verband Sozialer Wettbewerb e.V. Die Beklagte ist Bloggerin, die überwiegend im Bereich Mode und Lebensstil tätig ist, in jüngerer Zeit aber auch zu politischen und gesellschaftlichen Themen Beiträge verbreitet. Sie hat ein eigenes Profilkonto auf den Social-Media-Plattformen Instagram und YouTube mit jeweils einer hohen sechsstelligen Anzahl von Abonnenten und Seitenaufrufen. Die Beklagte beschäftigt sich hauptberuflich mit Blogs, hat einen Manager beauftragt und erzielt jährlich sechsstellige Umsätze.
- 2 Die Beklagte veröffentlichte auf ihrem Instagram-Profil im Juli 2018 Fotos von sich, die Modeartikel und -accessoires zeigten und mit elektronischen Markierungen ("Tap Tags") versehen waren, aus denen der Name der Hersteller von Bekleidung oder der Erbringer von Dienstleistungen wie Fotoshootings oder Körperstyling hervorging. Beim Anklicken der "Tap Tags" wurde der Nutzer auf die

jeweiligen Profilseiten dieser Unternehmen geführt. Nach Abmahnung durch den Kläger verpflichtete sich die Beklagte im August 2018 gegenüber dem Kläger,

es zu unterlassen, auf Instagram Posts zu veröffentlichen, auf denen Produkte zu kommerziellen Zwecken im Bild des Posts getagged (d.h. mit entsprechenden Links versehen) sind, ohne den kommerziellen Zweck des jeweiligen Posts, soweit sich dieser nicht unmittelbar aus den Umständen des Posts ergibt, beispielsweise durch die Verwendung des Hinweises "Werbung" oder ähnlicher Hinweise, zu verdeutlichen.

3 Für den Fall der Zuwiderhandlung versprach die Beklagte die Zahlung einer durch den Kläger festzusetzenden, gerichtlich überprüfbaren Vertragsstrafe und erklärte, die Unterlassungsverpflichtungserklärung beziehe sich auch auf kerngleiche Handlungen. Der Kläger nahm die Erklärung der Beklagten an.

4 Im vorliegenden Rechtsstreit beanstandet der Kläger drei Veröffentlichungen als unlauter, die am 2. Oktober 2019 auf dem Instagram-Profil der Beklagten abrufbar waren. Der Kläger forderte die Beklagte mit Schreiben vom 9. Oktober 2019 zur Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von 10.200 € und zur Abgabe einer neuen Unterlassungsverpflichtungserklärung mit einem Vertragsstrafeversprechen von mindestens 6.000 € für einen künftigen Verstoß auf. Die Beklagte verpflichtete sich lediglich hinsichtlich der dritten Veröffentlichung "im Hinblick auf den vorzitierten Begleittext" zur Unterlassung.

5 Der Kläger hat 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 (z. B. unter der Bezeichnung "dianazurloewen") 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 wie folgt:

- mit der Abbildung einer Person (z. B. unter Bezeichnung "dianazurloewen") = 1. Ansicht,
- nach Aufruf der 1. Ansicht durch einen Klick des Anzeigens des Namens von einem oder mehreren Unternehmen (oder Marken) auf der gleichen Seite = 2. Ansicht und

- durch einen weiteren Klick auf die eingeblendeten Namen der Unternehmen (oder Marken), deren Namen bei der 2. Ansicht ins Bild gekommen sind, Weiterleitung auf den jeweiligen Accounts der Unternehmen/des Unternehmens = 3. Ansicht,

ohne die 1. oder 2. Ansicht als kommerzielle Veröffentlichung zu kennzeichnen, insbesondere zu werben:

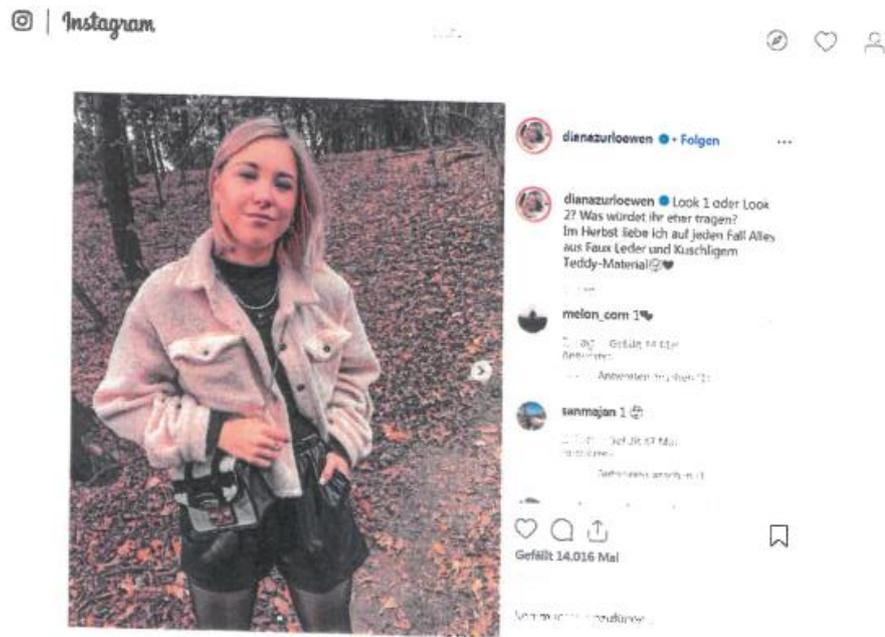
- a) mit der Abbildung der Beklagten in kurzer schwarzer Hose und rosafarbener Jacke mit Umhängetasche in einem lichten Waldstück stehend, offensichtlich Herbstlandschaft = 1. Abbildung (Anlage K 10.1),
 - Klick - gleiche Abbildung mit den Namen "six_accessoires", "clockhouse", "furla", "subdued" = 2. Abbildung (Anlage K 10.2),
 - 2. Klick - direkte Weiterleitung auf die jeweiligen Internetseiten der genannten Firmen "SIX", "CLOCKHOUSE", "FURLA" und "Subdued" = 3. Abbildung (Anlage K 10.3);

- b) mit der Abbildung der Beklagten im weiten grauen Pullover und weißen Rock = 1. Abbildung (Anlage K 11.1),
 - Klick auf die gleiche Abbildung zeigt diese mit den Namen "nevilalemawat", "givenchybeauty", "tomwagnerphoto", "iconistbyicon" = 2. Abbildung (Anlage K 11.2),
 - der 2. Klick führt direkt zu den Internetseiten der benannten Unternehmen = 3. Abbildung (Anlage K 11.3);

- c) mit der Abbildung der Beklagten im Dirndl, ersichtlich auf dem Münchener Oktoberfest = 1. Abbildung (Anlage K 12.1),
 - nach dem Klick gleiche Abbildung mit den Namen "six_accessoires", "giacomellitrachten", "weat" = 2. Abbildung (Anlage K 12.2),
 - ein weiterer Klick führt zu den Internetseiten dieser Unternehmen = 3. Abbildung (Anlage K 12.3),

wenn dies geschieht wie in den nachfolgenden Anlagen K 10.1 bis K 12.3 widergegeben:

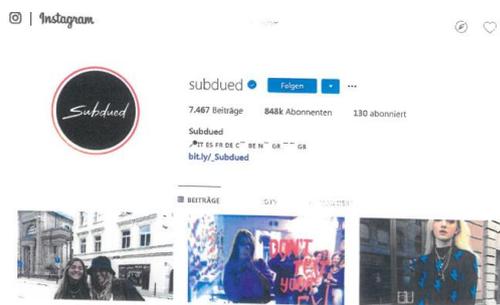
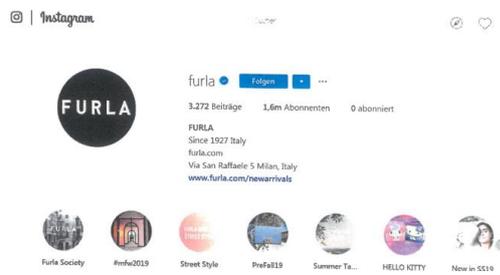
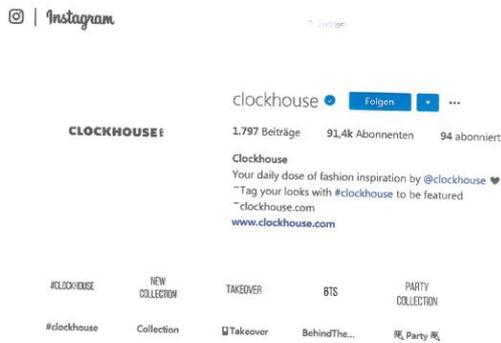
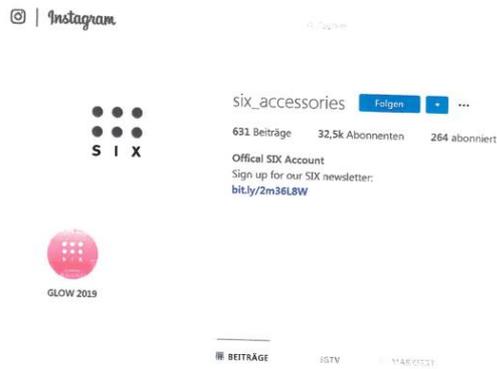
Anlage K 10.1:



Anlage K 10.2:



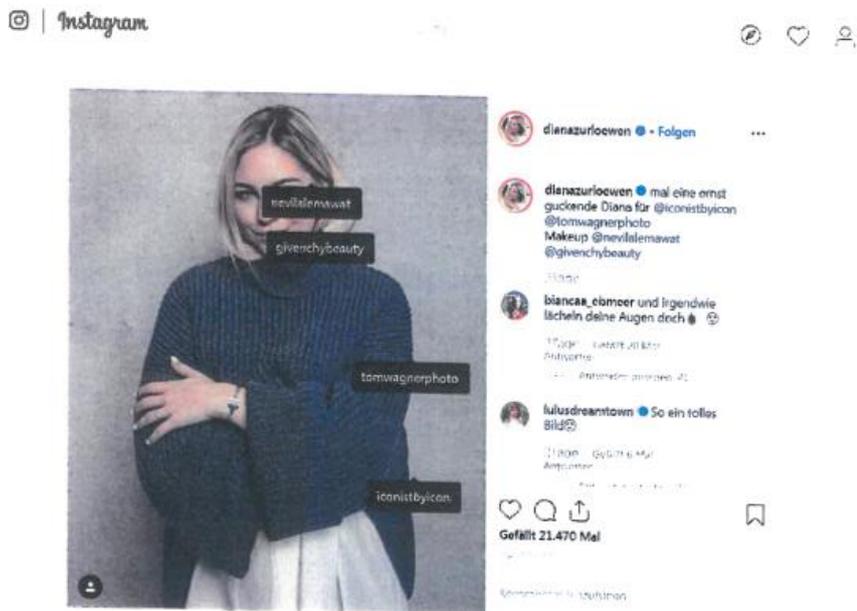
Anlage K 10.3:



Anlage K 11.1:



Anlage K 11.2:



Anlage K 11.3:

@ Instagram



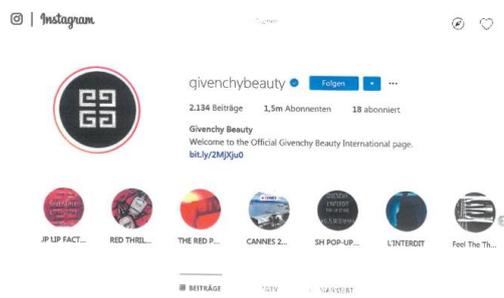
nevilalemawat [Folgen](#) ...

625 Beiträge 5.576 Abonnenten 477 abonniert

Nevil Alem-Awat
Creative National Make Up Artist Givenchy
facebook.com/nevilalemawat

Dieses Konto ist privat
Folge dem Konto, um Fotos und Videos anzusehen.

@ Instagram



givenchybeauty [Folgen](#) ...

2.134 Beiträge 1.5m Abonnenten 18 abonniert

Givenchy Beauty
Welcome to the Official Givenchy Beauty International page.
bit.ly/2MJXjw0

JP UP FACT... RED THRILL... THE RED P... CANNES 2... SH POP-UP... L'INTERDIT Feel The Th...

BEITRÄGE TAGS SAISONEN

@ Instagram



tomwagnerphoto [Folgen](#) ...

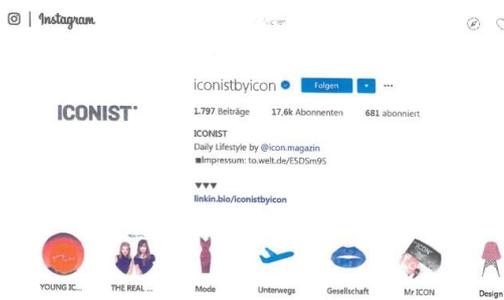
95 Beiträge 4.320 Abonnenten 1.084 abonniert

TOM WAGNER
Photographer in Portrait, Fashion, Travel, Art // Imprint:
www.tomwagner.de/pages/imprint

TALK!

BEITRÄGE TAGS SAISONEN

@ Instagram



iconistbyicon [Folgen](#) ...

1.797 Beiträge 17,6K Abonnenten 681 abonniert

ICONIST
Daily Lifestyle by @icon.magazin
Impressum: to.welt.de/ESDSin95

linkin.bio/iconistbyicon

YOUNG IC... THE REAL... Mode Unterwegs Gesellschaft Mr ICON Design

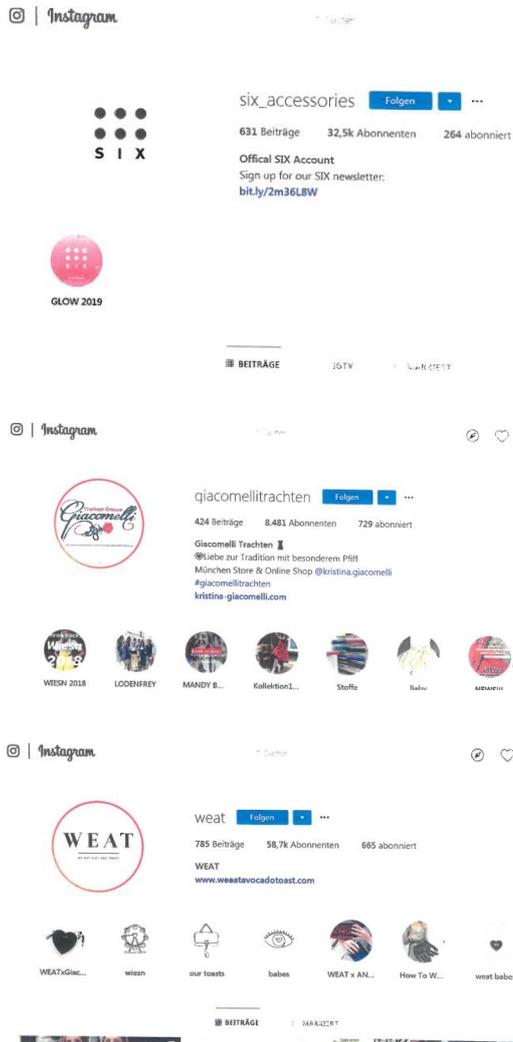
Anlage K 12.1:



Anlage K 12.2:



Anlage K 12.3:



6 Der Kläger hat weiter die Verurteilung zur Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von 10.200 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 19. Oktober 2019 beantragt.

7 Das Landgericht hat der Klage stattgegeben (LG Köln, AfP 2020, 433). Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen (OLG Köln, WRP 2021, 523). Die Beklagte möchte mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, die Abweisung der Klage erreichen.

Entscheidungsgründe:

8 A. Das Berufungsgericht hat die Klage hinsichtlich der vom Kläger geltend gemachten Ansprüche auf Unterlassung und Zahlung von Vertragsstrafe für zulässig und begründet erachtet und hierzu ausgeführt:

9 Der Kläger sei klagebefugt. Es sei nicht ersichtlich, dass er vorrangig aus Gewinnerzielungsinteresse gegen die Beklagte und andere Influencer vorgehe.

10 Der geltend gemachte Unterlassungsanspruch bestehe, weil die Beklagte unlauter geschäftlich gehandelt habe. Die Beklagte fördere ihr eigenes Unternehmen, soweit sie ihre Tätigkeit durch die Gegenleistung von Unternehmen finanziere und auf künftige Kooperationen durch ihre Bloggertätigkeit im produktnahen Bereich hoffe. Die Beklagte fördere auch Interessen fremder Unternehmen, soweit ein objektiver Zusammenhang durch Zahlung eines Entgelts oder durch das Erbringen einer sonstigen Gegenleistung bestehe. Soweit es am konkreten Nachweis einer Entgeltzahlung fehle, überwiege angesichts der Einbettung von "Tap Tags" und der Verlinkung auf Herstellerseiten die Verfolgung geschäftlicher Zwecke.

11 Im Streitfall bestehe die Vermutung einer kommerziellen Zwecksetzung, die die Beklagte nicht entkräftet habe. Im Motiv 1 (Anlage K 10) erschöpfe sich der Informationsgehalt darin, die zu einem bestimmten Anlass gezeigte Kleidung samt Accessoires zu zeigen und eine Vorliebe für bestimmte Kleidungsstücke zu

äußern. Der Text lobe die Kleidung ihrem Typ nach. Angesichts dieses eher geringen redaktionellen Inhalts bleibe ein werblicher Überschuss, weil die Beklagte nicht nachgewiesen habe, die Bekleidung mit eigenen Mitteln erworben zu haben. Jedenfalls die Ohrringe seien der Beklagten nach eigenem Bekunden vom Unternehmen Six ohne Gegenleistung zur Verfügung gestellt worden. Auch die Bereitstellung geringwertiger Gegenstände indiziere eine kommerzielle Absicht des Postings.

12 Bei Motiv 2 (Anlage K 11) sei der äußere Anlass für das Posting die Verleihung eines Preises an die Beklagte. Dieser Anlass sowie die Herkunft des Fotos aus einer anderen Zeitschrift würden allerdings nicht offenbart. Es bleibe als Informationsgehalt der Text, wonach die Beklagte "mal ernst guckt". Darüber hinaus erfolgten mehrere Hinweise auf Ausstatter und Dienstleister, die an der Gestaltung des Fotos mitgewirkt hätten. Auch hier verbleibe ein werblicher Überschuss. Die Beklagte habe eingeräumt, dass sämtliche Dienstleistungen ohne Gegenleistung zur Verfügung gestellt worden seien.

13 Bei Motiv 3 (Anlage K 12) danke die Beklagte denjenigen, die zum Foto beigetragen hätten, einseitig und überschwänglich. Auch hier seien Ausrüstungsgegenstände von Unternehmen zur Verfügung gestellt worden, so dass der werbliche Charakter überwiege.

14 Es fehle an einer hinreichenden Kennzeichnung der kommerziellen Zwecksetzung, die sich auch nicht hinreichend aus den Umständen ergebe. Dies sei auch geschäftlich relevant, weil der Verbraucher stets wissen solle, ob er ein in redaktioneller Unabhängigkeit gewähltes Angebot zur Kenntnis nehme, oder ob eine einseitige, werbende Äußerung vorliege. Gerade im Bereich der sozialen Medien sei der Schutz authentischer Äußerungen zentral, damit der Empfänger Klarheit über den Zweck der Veröffentlichung habe und daraufhin entscheiden könne, ob er sie näher zur Kenntnis nehme oder nicht.

15 Die Wiederholungsgefahr folge aus dem Verletzungstatbestand, nachdem die Beklagte eine Unterwerfung abgelehnt habe.

16 Der Kläger habe auch Anspruch auf Zahlung der Vertragsstrafe. Die Unterwerfung der Beklagten habe jeweils Darstellungen von Modeoutfits mit "Tap Tags" betroffen, deren Typus den streitgegenständlichen Motiven entspreche. Ob eine konkrete Kooperation mit Unternehmen bestehe, sei weder Gegenstand der Unterwerfung gewesen noch komme es hierauf an. Die im Streitfall beanstandeten Handlungen seien kerngleich. Die Vertragsstrafe sei auch der Höhe nach angemessen.

17 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). Auch die Verurteilung zur Zahlung der Vertragsstrafe hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung stand (dazu nachfolgend B III).

18 I. Die Klage ist zulässig. Insbesondere ist der Kläger zur Geltendmachung der mit der Klage verfolgten Ansprüche befugt.

19 1. Hinsichtlich des Unterlassungsanspruchs folgt die Klagebefugnis des Klägers aus § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG in der bis zum 1. Dezember 2020 geltenden Fassung (aF).

20 a) 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).

21 § 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.

22 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 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 zu den geförderten Drittunternehmen stehen (vgl. BGH, GRUR 2021, 1400 Rn. 16 f. - Influencer I; GRUR 2021, 1414 Rn. 14 f. - Influencer II, jeweils mwN).

23 aa) 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.

24 bb) Hinsichtlich geschäftlicher Handlungen der Beklagten zugunsten fremder, in den Warenbereichen Bekleidung, Accessoires und Kosmetik sowie im Verlagsbereich tätiger Unternehmen liegen die Voraussetzungen des § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG aF ebenfalls vor, weil der Kläger nachgewiesen hat, dass ihm eine erhebliche Zahl von Unternehmen angehört, die Waren auf demselben Markt vertreiben. 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 2. Hinsichtlich der Geltendmachung des Anspruchs auf Zahlung einer Vertragsstrafe ist der Kläger nach allgemeinen Grundsätzen prozessführungsbefugt, weil er geltend macht, Inhaber eines vertraglichen Leistungsanspruchs zu sein (vgl. BGH, Urteil vom 6. Juni 2019 - I ZR 67/18, GRUR 2019, 970 Rn. 12 = WRP 2019, 1304 - Erfolgshonorar für Versicherungsberater; Zöller/Althammer, ZPO, 34. Aufl., Vor § 50 Rn. 16).

26 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 fremder Unternehmen geschäftlich gehandelt (dazu nachfolgend B II 1). Die mit den Anlagen K 10, K 11 und K 12 dokumentierten Handlungen sind im Sinne des § 5a Abs. 6 UWG unlauter (dazu nachfolgend B II 2).

27 1. Die Beklagte hat im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG zugunsten des eigenen Unternehmens und fremder Unternehmen geschäftlich gehandelt.

28 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.

29 b) Die Revision wendet sich ohne Erfolg gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte habe zugunsten ihres eigenen Unternehmens geschäftlich gehandelt.

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

31 bb) Die Revision macht ohne Erfolg geltend, es fehle angesichts des redaktionellen Gehalts der beanstandeten Veröffentlichungen am nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG für die Annahme einer geschäftlichen Handlung erforderlichen objektiven Zusammenhang mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen.

32 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). Hierbei 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 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt (vgl. dazu BGH, GRUR 2021, 1400 Rn. 47 bis 49 - Influencer I).

33 Im Streitfall fördert die Beklagte nach den revisionsrechtlich unbedenklichen Feststellungen des Berufungsgerichts ihr eigenes Unternehmen, weil durch den Betrieb des Instagram-Profiles ihre Bekanntheit und ihr Werbewert gesteigert und das Interesse von Drittunternehmen an einer Kooperation geweckt werden.

34 Der Betrieb eines solchen Instagram-Profiles ist ferner 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 sonstigen Marktteilnehmern in Bezug auf Produkte des eigenen Unternehmens zu beeinflussen. Deshalb steht entgegen der Ansicht der Revision auch im Streitfall der Annahme einer geschäftlichen Handlung die lauterkeitsrechtliche Privilegierung vorrangig redaktionellen Zwecken dienender Beiträge nicht entgegen (vgl. BGH, GRUR 2021, 1400 Rn. 44 bis 46 - Influencer I).

35 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.

36 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.

37 Ohne Erfolg hält die Revision dem entgegen, Verlinkungen auf andere Internetseiten kämen in der redaktionellen Berichterstattung von Nachrichtenmedien und auch in sozialen Medien vielfach vor und dienten dem unkomplizierten Auffinden von Informationen, so dass die Bereitstellung dieser technischen Möglichkeit nicht zur Einordnung als geschäftliche Handlung führen dürfe. Ob ein Beitrag übertrieben werblich ist, ist aufgrund einer Gesamtbetrachtung zu prüfen, in die sämtliche Merkmale des Beitrags einschließlich einer etwaig bereitgestellten Verlinkung einfließen (vgl. BGH, GRUR 2021, 1400 Rn. 68 - Influencer I). Die

Annahme, dass die Bereitstellung eines Links auf das Instagram-Profil des Herstellers über einen "Tap Tag" im Beitrag eines Influencers regelmäßig übertrieben werblich wirkt, gründet darauf, dass der Leser durch die Verlinkung direkt in den werblichen Einflussbereich des Herstellerunternehmens gebracht und der Zugang der Verbraucher zu den Produkten des Drittunternehmens erleichtert und beschleunigt wird (vgl. BGH, GRUR 2021, 1400 Rn. 67 - Influencer I).

38 Soweit die Revision geltend macht, redaktioneller Anlass des Beitrags gemäß Anlage K 11 sei die Verleihung eines Preises des Magazins Icon an die Beklagte und ein damit verbundenes "Fotoshooting" gewesen, ist mit dem Berufungsgericht festzuhalten, dass dieser redaktionelle Gehalt im Beitrag nicht mitgeteilt wird, so dass er bei der Würdigung des Beitrags nach dem Horizont eines durchschnittlich informierten, situationsadäquat aufmerksamen und verständigen Verbrauchers außer Betracht zu bleiben hat.

39 2. Das Berufungsgericht hat im Ergebnis zu Recht die mit den Anlagen K 10, K 11 und K 12 dokumentierten Handlungen als nach § 5a Abs. 6 UWG unlautere geschäftliche Handlungen angesehen (zu Anlage K 10 unter Rn. 41 bis 78 [B II 2 b], zu Anlage K 11 unter Rn. 79 bis 83 [B II 2 c], zu Anlage K 12 unter Rn. 84 bis 87 [B II 2 d]).

40 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.

41 b) Das Verbot der mit der Anlage K 10 dokumentierten Handlung ist nach § 5a Abs. 6 UWG zwar nur begründet, soweit die Beklagte zugunsten des Unternehmens Six gehandelt hat, nicht jedoch hinsichtlich des Handelns der Beklagten zugunsten der Unternehmen Clockhouse, Furla und Subdued und zugunsten ih-

res eigenen Unternehmens. Die unlautere Handlung zugunsten des Unternehmens Six rechtfertigt das auf die konkrete Verletzungsform bezogene Verbot (vgl. BGH, GRUR 2021, 1400 Rn. 22 und 130 - Influencer I).

42 aa) Das Berufungsgericht hat im Ergebnis zu Recht angenommen, dass die mit der Anlage K 10 dokumentierte 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).

43 Im Streitfall liegen der mit der Anlage K 10 dokumentierten Handlung daher aus den Gründen, die zur Annahme einer geschäftlichen Handlung führen (dazu oben Rn. 27 bis 38 [B II 1]), kommerzielle Zwecke im Sinne des § 5a Abs. 6 UWG zugrunde. Entgegen der Auffassung der Revision scheidet die Annahme einer geschäftlichen Handlung und eines kommerziellen Zwecks nicht aus, wenn für sie keine Gegenleistung erbracht wird (vgl. vorstehend Rn. 32 und 35 f. [B II 1 b bb] und BGH, GRUR 2021, 1400 Rn. 47 bis 49 - Influencer I).

44 bb) Die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagten habe die kommerziellen Zwecke der geschäftlichen Handlung nicht hinreichend kenntlich gemacht und diese Kennzeichnung sei auch nicht entbehrlich, hält der rechtlichen Nachprüfung nur mit Blick auf das geschäftliche Handeln der Beklagten zugunsten der fremden Unternehmen stand, nicht jedoch mit Blick auf das geschäftliche Handeln der Beklagten zugunsten ihres eigenen Unternehmens.

45 (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 durch-

schnittlich 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).

46 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]).

47 (2) Das Berufungsgericht hat ausgeführt, eine Kennzeichnung sei erforderlich. Das allgemeine Wissen von Nutzern darüber, dass Blogger auf Instagram

häufig durch Werbekooperationen finanziert würden, stehe einer Pflicht zur Kennzeichnung einzelner Beiträge als Werbung für Drittunternehmen nicht entgegen. Selbst followerstarke Profile auf Instagram seien nicht stets kommerziell motiviert. Die Beklagte gestehe zu, dass ihre Follower Wert auf Authentizität legten. Gerade der Eindruck, dass Follower einen Einblick in die durch Werbeeinflüsse und Entgeltfinanzierung unbeeinflusste private Lebensführung erhielten, führe dazu, dass die Follower eine Haltung entwickelten, die sie gegenüber werbefinanzierten und daher gerade typischerweise wegen der Bezahlung geäußerten Vorlieben nicht entwickelten. Follower erwarteten zu Recht, dass auch ein etwaiges politisches Engagement nicht kommerziell beeinflusst sei.

48 (3) Diese Feststellungen des Berufungsgerichts tragen seine Beurteilung, der kommerzielle Zweck der geschäftlichen Handlung zugunsten der in der Anlage K 10 bezeichneten Drittunternehmen ergebe sich nicht unmittelbar aus den Umständen. Für die Annahme, der kommerzielle Zweck zugunsten des eigenen Unternehmens der Beklagten sei nicht unmittelbar erkennbar, reichen diese Feststellungen hingegen nicht aus (vgl. vorstehend Rn. 41 [B II 2 b aE]).

49 cc) Die Nichtkenntlichmachung des kommerziellen Zwecks der geschäftlichen Handlung zugunsten der in der Anlage K 10 bezeichneten Drittunternehmen war - wie das Berufungsgericht zu Recht angenommen hat - auch geeignet, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.

50 (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. Der Begriff "geschäftliche Entscheidung" erfasst außer der Entscheidung über den Erwerb oder Nichterwerb auch damit unmittelbar zusammenhängende Entscheidungen wie insbesondere das Betreten eines Geschäfts oder den Aufruf der Internetseite eines Unternehmens, um sich näher mit dessen Angebot und Produkten zu befassen. Dagegen stellt die Entscheidung des Verbrauchers, sich mit einem beworbenen Angebot in einer Werbeanzeige näher zu befassen, für sich gesehen mangels eines unmittelbaren Zusammenhangs mit einem Erwerbsvorgang noch keine geschäftliche Entscheidung dar (vgl. BGH, GRUR 2021, 1400 Rn. 95 - Influencer I, mwN).

51 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. 96 - Influencer I, mwN).

52 (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.

53 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 übergangenen Vortrag der Beklagten zu Umständen verwiesen, die gegen die Relevanz der Nichtkenntlichmachung des kommerziellen Zwecks der geschäftlichen Handlung sprechen.

54 dd) 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). Dies führt im Streitfall dazu, dass die in der Anlage K 10 dokumentierte geschäftliche Handlung nur unter dem Gesichtspunkt der Förderung des Unternehmens Six, nicht aber wegen der Förderung der Unternehmen Clockhouse, Furla und Subdued wegen Verstoßes gegen § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG (dazu Rn. 55 bis 68 [B II 2 b dd (1)]) sowie § 58 Abs. 1 Satz 1 RStV und § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV (dazu Rn. 69 bis 78 [B II 2 b dd (2)]) als nach § 5a Abs. 6 UWG unlauter anzusehen ist.

55 (1) Die in der Anlage K 10 dokumentierte geschäftliche Handlung verstößt unter dem Gesichtspunkt der Förderung fremden Wettbewerbs nur hinsichtlich des Unternehmens Six, nicht jedoch der Unternehmen Clockhouse, Furla und Subdued gegen § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG, weil es sich nur insoweit um kommerzielle Kommunikation im Sinne dieser Vorschrift handelt, die nicht hinreichend als solche erkennbar ist.

56 (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.

57 (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).

58 (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.

59 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).

60 (d) Die in der Anlage K 10 dokumentierte Handlung dient zwar der Förderung des Absatzes von Waren der dort bezeichneten Unternehmen Six, Clockhouse, Furla und Subdued (dazu bereits oben Rn. 35 bis 38 [B II 1 b c]). Nur das geschäftliche Handeln zugunsten des Unternehmens Six stellt jedoch kommerzielle Kommunikation im Sinne von § 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.

61 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).

62 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").

63 Der Schutzzweck dieser Regelung gleicht damit dem Schutzzweck der in Nr. 11 Satz 1 des Anhangs 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 werden, 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).

64 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, UWG, 40. Aufl., § 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.

65 Ohne Erfolg macht die Revision geltend, es bedürfe eines synallagmatischen Zusammenhangs zwischen Beitrag und Gegenleistung. Abgesehen davon, dass das Bewirken einer Gegenleistung nur einen Unterfall fehlender Unabhängigkeit im Sinne des § 2 Satz 1 Nr. 5 Buchst. b TMG darstellt, verlangt der Schutzzweck der Regelung die Erfassung auch solcher Gewährungen geldwerter Vorteile, mit denen Beiträge gerade erst veranlasst werden sollen, ohne dass zuvor eine Vereinbarung getroffen wurde.

66 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.

67 Im Streitfall erfolgte allein die das Unternehmen Six betreffende Darstellung nicht unabhängig im Sinne des § 2 Satz 1 Nr. 5 Buchst. b TMG, weil die Beklagte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die mit dem "Tap Tag" versehenen Ohrhinge von diesem Unternehmen zur Verfügung gestellt bekom-

men hat. Hingegen hatte die Beklagte die übrigen mit "Tap Tag" versehenen Bekleidungsstücke und Accessoires der anderen Unternehmen mit eigenen Mitteln erworben, so dass es sich um unabhängige Darstellungen handelt.

68 (e) Die in der Anlage K 10 enthaltene kommerzielle Kommunikation zugunsten des Unternehmens Six ist entgegen § 6 Abs. 1 TMG nicht als solche erkennbar. Hier kann auf die Ausführungen zur Erkennbarkeit der Werbung nach § 5a Abs. 6 UWG verwiesen werden, die entsprechend gelten (dazu Rn. 44 bis 48 [B II 2 b bb]).

69 (2) Die in der Anlage K 10 dokumentierte geschäftliche Handlung verstößt hinsichtlich der Förderung des Unternehmens Six, nicht jedoch hinsichtlich der Unternehmen Clockhouse, Furla und Subdued 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 (GV. Nordrhein-Westfalen 2020, 524).

70 (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.

71 (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.

72 (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).

73 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 erbracht wird (BGH, GRUR 2021, 1414 Rn. 77 - Influencer II).

74 (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 bestimmter 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. 60 bis 67 [B II 2 b dd (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).

75 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.

76 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 Erwägungsgrund 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.

- 77 Im Streitfall stellen Werbung im Sinne dieser Vorschriften nur die auf das Unternehmen Six bezogenen Angaben dar, weil die Beklagte die mit einem "Tap Tag" versehenen Ohringe von diesem Unternehmen zur Verfügung gestellt bekommen hat. Die übrigen, von fremden Unternehmen stammenden Waren, die im Beitrag gezeigt werden, hat sie hingegen selbst erworben.
- 78 (e) Die Werbung zugunsten des Unternehmens Six 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. 44 bis 48 [B II 2 b bb]) gelten auch hier entsprechend.
- 79 c) Hinsichtlich der mit der Anlage K 11 dokumentierten Handlung ist das Verbot nach § 5a Abs. 6 UWG mit Blick auf das Handeln der Beklagten zugunsten des Presseunternehmens, das das Magazin Icon verlegt, begründet, nicht jedoch mit Blick auf das Handeln der Beklagten zugunsten des Stylisten Alem-Awat, des Fotografen Wagner und des Kosmetikunternehmens Givenchy Beauty. Dies rechtfertigt das auf die konkrete Verletzungsform bezogene Verbot (vgl. BGH, GRUR 2021, 1400 Rn. 22 und 130 - Influencer I).
- 80 aa) Das Berufungsgericht hat festgestellt, äußerer Anlass des Beitrags sei die Verleihung eines Preises an die Beklagte gewesen, ohne dass dies mitgeteilt und die Herkunft des Fotos aus einer anderen Zeitschrift offensichtlich werde. Es folgten mehrere Hinweise auf Ausstatter und Dienstleister, die an der Gestaltung des Fotos mitgewirkt hätten. Die Beklagte habe angegeben, dass sämtliche Dienstleistungen ohne Gegenleistung zur Verfügung gestellt worden seien. Diese Feststellungen sind allerdings nicht dahin zu verstehen, dass die Beklagte die Dienstleistungen des Stylisten, der die im Beitrag ebenfalls bezeichneten Kosmetikprodukte verwandte, und des Fotografen von diesen kostenlos zugewandt erhalten hätte. Vielmehr sind sie mit Blick auf die Feststellungen des Landge-

richts, die das Berufungsgericht in Bezug genommen hat, und vor dem Hintergrund des Vortrags der Beklagten, dem der Kläger insoweit nicht entgegengetreten ist, dahin zu verstehen, dass die Beauftragung der Dienstleister vom den Preis verleihenden und gleichfalls im angegriffenen Beitrag bezeichneten Presseunternehmen ausging, das das Magazin Icon verlegt und der Beklagten ein "Fotoshooting" einschließlich der vorgelagerten Styling-Dienstleistung zukommen ließ.

81 bb) Die in § 5a Abs. 6 UWG vorgesehenen Tatbestandsmerkmale des kommerziellen Zwecks, seiner fehlenden unmittelbaren Erkennbarkeit und der geschäftlichen Relevanz sind hinsichtlich des Handelns der Beklagten zugunsten fremder Unternehmen in gleicher Weise erfüllt wie hinsichtlich der mit der Anlage K 10 dokumentierten Handlung. Die Feststellungen des Berufungsgerichts tragen allerdings auch hier nicht die Annahme, das Handeln der Beklagten zugunsten ihres eigenen Unternehmens ergebe sich nicht unmittelbar aus den Umständen. Die vorstehenden Ausführungen (Rn. 42 bis 53 [II 2 b aa, bb und cc]) gelten entsprechend.

82 cc) Die mit der Anlage K 11 dokumentierte Handlung verstößt auch gegen § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG sowie § 58 Abs. 1 Satz 1 RStV und § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV, soweit darin ein Handeln zugunsten des Presseunternehmens, das das Magazin Icon verlegt, liegt, nicht jedoch hinsichtlich der Angaben zugunsten des Stylisten Alem-Awat, des Fotografen Wagner und des Kosmetikherstellers Givenchy Beauty.

83 Die Beklagte hat vom Presseunternehmen die geldwerten Leistungen des "Fotoshootings" einschließlich der Styling-Dienstleistungen zugewandt bekommen. Der redaktionelle Zusammenhang mit der Preisverleihung wird im Beitrag nicht kommuniziert, so dass er bei der Beurteilung seines Aussagegehalts außer Betracht zu bleiben hat. Mit Blick auf die naheliegende Erwartung, dass die Beklagte über das "Fotoshooting" berichten werde, besteht auch der erforderliche

Zusammenhang zwischen Gewährung der geldwerten Vorteile und dem werblichen Beitrag. Nach den vorstehenden Ausführungen zur mit der Anlage K 10 dokumentierten Handlung (Rn. 54 bis 78 [B II 2 b dd]), die hier entsprechend gelten, handelt es sich daher insoweit um kennzeichnungspflichtige kommerzielle Kommunikation im Sinne des § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG und kennzeichnungspflichtige Werbung im Sinne des § 58 Abs. 1 Satz 1 RStV und § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV. Anders verhält es sich hinsichtlich der Angaben zugunsten des Stylisten, des Fotografen und des Kosmetikherstellers, denen keine von diesen Unternehmern ausgehenden geldwerten Leistungen an die Beklagte zugrunde liegen.

84 d) Das Verbot der mit der Anlage K 12 dokumentierten Handlung ist nach § 5a Abs. 6 UWG nur begründet, soweit die Beklagte hiermit zugunsten der Unternehmen Giacomelli und Weat gehandelt hat. Ob dies auch hinsichtlich des Handelns der Beklagten zugunsten ihres eigenen Unternehmens und des Unternehmens Six gilt, kann offenbleiben, weil das auf die konkrete Verletzungsform bezogene Verbot unabhängig davon begründet ist (vgl. BGH, GRUR 2021, 1400 Rn. 22 und 130 - Influencer I).

85 aa) Die in § 5a Abs. 6 UWG vorgesehenen Tatbestandsmerkmale des kommerziellen Zwecks, seiner fehlenden unmittelbaren Erkennbarkeit und der geschäftlichen Relevanz sind hinsichtlich des Handelns der Beklagten zugunsten fremder Unternehmen in gleicher Weise erfüllt wie hinsichtlich der mit der Anlage K 10 dokumentierten Handlung. Die Feststellungen des Berufungsgerichts tragen allerdings auch hier nicht die Annahme, das Handeln der Beklagten zugunsten ihres eigenen Unternehmens ergebe sich nicht unmittelbar aus den Umständen. Die vorstehenden Ausführungen (Rn. 42 bis 53 [II 2 b aa, bb und cc]) gelten entsprechend.

86 bb) Die mit der Anlage K 12 dokumentierte Handlung verletzt hinsichtlich der Angaben zugunsten der Unternehmen Giacomelli und Weat die medienrechtlichen Spezialvorschriften des § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG sowie des § 58 Abs. 1 Satz 1 RStV und § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV.

87 Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Beklagte in der Darstellung gezeigte Kleidungsstücke und Accessoires von diesen Unternehmen zur Verfügung gestellt bekommen. Nach den vorstehenden Ausführungen zur mit der Anlage K 10 dokumentierten Handlung (Rn. 54 bis 78 [B II 2 b dd]), die hier entsprechend gelten, handelt es sich daher insoweit um kennzeichnungspflichtige kommerzielle Kommunikation im Sinne des § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG und kennzeichnungspflichtige Werbung im Sinne des § 58 Abs. 1 Satz 1 RStV und § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV.

88 e) Soweit sich die Beklagte auf die erneute Abmahnung hinsichtlich der mit der Anlage K 12 dokumentierten Handlung strafbewehrt unterworfen hat, ist die Wiederholungsgefahr nicht entfallen. Angesichts der in der Erklärung der Beklagten vorgenommenen Einschränkung auf den Begleittext der Abbildungen erfasst sie nicht die mit dem gerichtlich verfolgten Unterlassungsanspruch beanstandeten Verhaltensweisen.

89 III. Die Verurteilung zur Zahlung der Vertragsstrafe hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung ebenfalls stand.

90 1. Gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, dass die als Verletzung der vertraglichen Unterlassungsverpflichtung beanstandeten Handlungen kerngleich mit dem Gegenstand des strafbewehrten Unterlassungsversprechens sind, wendet sich die Revision ebenso wenig wie gegen die Höhe der zugesprochenen Vertragsstrafe. Rechtliche Bedenken bestehen insoweit auch nicht.

- 91 2. Der Einwand der Revision, der Unterlassungsvertrag stehe unter der auflösenden Bedingung einer höchstrichterlichen Klärung des beanstandeten Verhaltens als rechtmäßig, bringt den Anspruch auf Zahlung der Vertragsstrafe nicht zu Fall.
- 92 a) Der Eintritt einer auf die Änderung oder endgültige Klärung der Rechtslage bezogenen auflösenden Bedingung einer vertraglichen Unterlassungsverpflichtung wirkt gemäß § 158 Abs. 2 BGB lediglich ex nunc, so dass er nicht zu einem Wegfall der Unterlassungsverpflichtung für die Vergangenheit führt (vgl. BGH, Urteil vom 26. September 1996 - I ZR 194/95, BGHZ 133, 331, 333 f. [juris Rn. 24] - Altunterwerfung II).
- 93 b) Im Zeitpunkt der Vornahme der im Streitfall beanstandeten Handlungen im Oktober 2019 stand eine höchstrichterliche Klärung der mit Blick auf § 5a Abs. 6 UWG an Beiträge von Influencern in sozialen Medien zu stellenden Anforderungen noch aus. Diese ist frühestens mit den Urteilen des Bundesgerichtshofs vom 9. September 2021 eingetreten (BGH, GRUR 2021, 1400 Rn. 16 f. - Influencer I; GRUR 2021, 1414 Rn. 14 f. - Influencer II). Die nachfolgende Klärung dieser Fragen lässt daher den Bestand der vertraglichen Unterlassungspflicht im Handlungszeitpunkt unberührt.

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

Koch

Löffler

Schwonke

Feddersen

Schmaltz

Vorinstanzen:

LG Köln, Entscheidung vom 21.07.2020 - 33 O 138/19 -

OLG Köln, Entscheidung vom 19.02.2021 - 6 U 103/20 -