

BGH: Kennzeichnungspflicht von Instagram-Beiträgen – Influencer III

Tap Tags

UWG §§ 2 Abs. 1 Nr. 1 u. Nr. 6, 3 Abs. 1 u. Abs. 3, 3a, 5a Abs. 6, 8 Abs. 1 S. 1; TMG §§ 1 Abs. 1 S. 1, 2 S. 1 Nr. 5, 6 Abs. 1 Nr. 1; RStV §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 2 Nr. 7, 7, 8, 58 Abs. 1 S. 1; MStV §§ 2 Abs. 2 Nr. 7 u. Nr. 13, 8, 10, 22 Abs. 1 S. 1, 74 S. 1; RL 2005/29/EG Art. 2 lit. d, 3 Abs. 4, 7 Abs. 2; RL 2000/31/EG Art. 2 lit. f, 6 lit. a; GRCh Art. 51 Abs. 1 S. 1; GG Art. 5 Abs. 1 S. 2

Urteil vom 9.9.2021 – IZR 126/20 (OLG München, LG München I)

Leitsätze der Redaktion

1. Eine Influencerin, die über soziale Medien (hier: Instagram) Waren und Dienstleistungen vermarktet, nimmt regelmäßig eine geschäftliche Handlung vor und fördert in der Veröffentlichung von Beiträgen den Werbewert ihres eigenen Unternehmens.

2. Erhält eine Influencerin für einen werblichen Beitrag in den sozialen Medien eine Gegenleistung, stellt diese Veröffentlichung eine geschäftliche Handlung zu Gunsten des beworbenen Unternehmens dar.

3. Erhält eine Influencerin keine Gegenleistung, stellt die Veröffentlichung des Beitrags nur dann eine geschäftliche Handlung zu Gunsten eines Drittunternehmens dar, wenn der Gesamteindruck übertrieben werblich ist und die Förderung des fremden Wettbewerbs im Vordergrund steht.

4. Allein der Umstand, dass Bilder von Produkten mit „Tap Tags“ versehen sind, reicht für die Annahme eines werblichen Überschusses nicht aus. Bei einer Verlinkung auf die Internetseite des Herstellers des abgebildeten Produkts liegt dagegen regelmäßig ein werblicher Überschuss vor.

Anm. d. Red.: Die Leitsätze wurden verfasst von RA Dr. Paul Klickermann, KLÄNER Rechtsanwälte, Koblenz. Die Vorinstanz (OLG München) ist abgedruckt in MMR 2020, 772 m. Anm. Eibenstein – Blauer Plüschelafant. Vgl. auch die Parallelentscheidungen des BGH Az. IZR 90/20, MMR 2021, 875 – Influencer I – in diesem Heft und Az. IZR 125/20, MMR 2021, 886 – Influencer II – in diesem Heft. Vgl. ferner Klickermann, MMR 2020, 150; BGH MMR 2014, 332 – Standardisierte Mandatsbearbeitung; BGH MMR 2015, 518 – Bezugsquellen für Bachblüten; BGH MMR 2020, 311 – Identitätsdiebstahl; OLG Braunschweig MMR 2020, 779; BGH MMR 2010, 248 m. Anm. Schulze zur Wiesche – Änderung der Voreinstellung II; BGH MMR 2009, 538 – Ohrclips; KG MMR 2019, 175; OLG Karlsruhe MMR 2021, 159; LG Hamburg MMR 2019, 855 (Ls.); LG Köln MMR 2020, 791 (Ls.); OLG Hamburg MMR 2020, 767 m. Anm. Eibenstein/Schlereth; OLG Köln MMR 2021, 413; LG Berlin MMR 2018, 543; LG Karlsruhe MMR 2019, 329; BGH MMR 2012, 101 – Coaching-Newsletter; BGH MMR 2018, 817 m. Anm. Hoeren/Brandenburg – Werblocker II; KG MMR 2018, 98; KG MMR 2018, 245; OLG Frankfurt/M. MMR 2020, 43; BGH MMR 2004, 529 m. Anm. Hoffmann – Schöner Wetten; BGH MMR 2016, 171 m. Anm. Hoeren – Haftung für Hyperlink; LG Hagen MMR 2018, 106 m. Anm. Laoutourmail/Heins; BGH MMR 2011, 391 – AnyDVD; BGH MMR-Aktuell 2011, 31269 (Ls.) – Flappe; BGH MMR 2012, 99 – Branchenbuch Berg; OLG Celle MMR 2017, 769 m. Anm. Sobottka/Czernik; OLG Frankfurt/M. MMR 2019, 313 m. Anm. Gulden; OLG Frankfurt/M. MMR 2020, 195; OLG Köln MMR 2014, 327; LG München I MMR 2010, 258 (Ls.); KG MMR 2019, 114; BGH MMR 2021, 138 – Störerhaftung des Registrars; OLG Düsseldorf MMR 2013, 649; OLG Düsseldorf MMR 2014, 393; OLG Düsseldorf MMR 2020, 486; Rockstroh, MMR 2013, 627; OLG Nürnberg MMR 2019, 458; BGH MMR 2015, 842 m. Anm. Klein – Tagesschau-App und Fuchs/Hahn, MMR 2016, 503.

Schlagnote: Instagram; Influencerin; Werbung; Tap Tags; geschäftliche Handlung

Sachverhalt

Der Kl. ist ein Verein, zu dessen satzungsmäßigen Aufgaben die Wahrung der gewerblichen Interessen seiner Mitglieder, insb. betreffend die Einhaltung der Regeln des lautereren Wettbewerbs, gehört. Die Bekl. betätigt sich als sog. Influencerin auf Instagram, wo sie regelmäßig Bilder von sich selbst, oftmals mit kurzen Begleittexten veröffentlicht. Darin beschäftigt sie sich vor allem mit Themen wie Mode, ihrem Leben als Mutter eines Kleinkinds, Yoga oder Reisen. Die Beiträge sind teilweise mit Hinweisen auf die Hersteller der von ihr getragenen Kleidung, ihrer Schuhe und Accessoires oder sonstiger abgebildeter Gegenstände versehen.

Die Kleidungsstücke und anderen Gegenstände sind auf den Fotos teilweise „getagt“. Klickt man auf die Stelle im Bild, an der sich der jeweilige Gegenstand befindet, erscheint in einem „Tap Tag“ der Name des Unternehmens, von dem das Produkt stammt. Klickt man erneut auf den Namen des Unternehmens, wird man auf das jeweilige Instagram-Profil dieses Unternehmens weitergeleitet. Auf diese Weise sind drei der vier streitgegenständlichen Beiträge gestaltet. Im vierten Beitrag hält die Bekl. einen Plüschelafant des Unternehmens S. in der Hand, ohne dass das Bild mit einem „Tap Tag“ versehen war.

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

Der Kl. sieht darin eine unzulässige Schleichwerbung.

Das LG hat die Klage abgewiesen (*LG München I* MMR 2019, 544). Die Berufung des Kl. ist ohne Erfolg geblieben (*OLG München* MMR 2020, 772 m. Anm. *Eibenstein* – Blauer Plüschelefant). Mit seiner vom *Berufungsgericht* zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Bekl. beantragt, verfolgt der Kl. seine Klageanträge weiter.

Aus den Gründen

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

8 Das Handeln der Bekl. sei nicht unlauter i.S.v. § 5a Abs. 6 UWG, weil es an einer geschäftlichen Handlung i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG fehle. ...

9 B. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision des Kl. hat keinen Erfolg. ... Dem Kl. stehen gegen die Bekl. ... der mit der Klage geltend gemachte Unterlassungsanspruch ... nicht zu (dazu B. II. [= Rn. 16]). ...

16 II. Die Verneinung des geltend gemachten Unterlassungsanspruchs gem. §§ 8 Abs. 1 S. 1, 3 Abs. 1 UWG und in der Folge auch des Anspruchs auf Ersatz einer Abmahnkostenpauschale hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand. Es fehlte zwar nicht an geschäftlichen Handlungen der Bekl., die gem. § 3 Abs. 1 UWG einer lauterkeitsrechtlichen Prüfung unterzogen werden können (dazu B. II. 1. [= Rn. 17]). Das *Berufungsgericht* hat jedoch i.E. zutreffend eine Unlauterkeit wegen eines Verstoßes gegen § 5a Abs. 6 UWG (dazu B. II. 2. [= Rn. 58]) sowie nach § 3a UWG i.V.m. § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG u. § 58 Abs. 1 S. 1 RStV (dazu B. II. 3. [= Rn. 101]) verneint. Dem Kl. steht auch kein Unterlassungsanspruch wegen einer Unzulässigkeit der geschäftlichen Handlungen der Bekl. nach § 3 Abs. 3 UWG i.V.m. Nr. 11 der Anlage zu § 3 Abs. 3 UWG zu (dazu B. II. 4. [= Rn. 109]).

17 1. Die Veröffentlichung der streitgegenständlichen Instagram-Beiträge erfolgte i.R.v. geschäftlichen Handlungen der Bekl. i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG. Es liegen geschäftliche Handlungen zu Gunsten des eigenen Unternehmens der Bekl. vor. Es kann zudem nicht ausgeschlossen werden, dass auch geschäftliche Handlungen zu Gunsten der Drittunternehmen vorliegen.

18 a) Das *Berufungsgericht* hat angenommen, dass es an einer geschäftlichen Handlung i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG fehle. Die Bekl. handele bei ihren Instagram-Beiträgen nicht allein zu privaten Zwecken, sondern auch als Unternehmerin. ...

19 Die Intention, durch die Beiträge auch Werbeverträge zu akquirieren, führe aber nicht dazu, dass die streitgegenständlichen Beiträge, für die die Bekl. kein Entgelt erhalte, als geschäftliche Handlungen anzusehen seien. Das allgemeine Interesse, sich durch Publikationen für Werbeverträge interessant zu machen, reiche nicht aus, um einen objektiven Zusammenhang zwischen den Publikationen und der Absatzförderung anzunehmen. Die Bekl. komme mit ihren Beiträgen dem Informationsinteresse ihrer Follower nach, die sich nicht nur dafür interessierten, was die Bekl. in ihrem Leben gerade tue, sondern auch – und möglicherweise sogar besonders – dafür, welche Produkte sie trage und verwende. Die Informationen zu den von ihr verwendeten Produkten, inklusive der angebrachten „Tap Tags“ und Links, gehörten somit genauso wie die Informationen zu ihren Erlebnissen und Eindrücken zum „redaktionellen“ Teil ihrer Beiträge. Insofern unterschieden sie sich nicht von redaktionellen Beiträgen z.B. in Modezeitschriften, in denen gleichfalls Produkte dargestellt und beschrieben würden. Dass die Bekl. über diese Beiträge auch beabsichtige, sich für Werbeverträge interessanter zu machen und damit Einnahmen zu erzielen, sei dem Handeln der auch ansonsten von Werbeeinflüssen sehr abhängigen Medienbranche immanent und unterscheide ihre Beiträge nicht von

sonstigen dem Informationsinteresse der Leserschaft dienenden Beiträgen. Dass die Beiträge zu den von ihr getragenen oder verwendeten Produkten auch den Absatz dieser Produkte fördern, sei ein bloßer Reflex der Selbstdarstellung der Bekl. und führe, sofern die Bekl. kein Entgelt dafür bekomme, nicht dazu, dass eine geschäftliche Handlung zu Gunsten des fremden Unternehmens anzunehmen wäre.

20 Eine geschäftliche Handlung hinsichtlich der streitgegenständlichen Beiträge sei auch nicht deshalb anzunehmen, weil die Bekl., anders als dies etwa bei Modezeitschriften regelmäßig der Fall sei, Einnahmen nur über Werbeverträge erziele und nicht auch über den Vertrieb der Publikationen als solche, sodass die unentgeltlichen Beiträge „conditio sine qua non“ für die erfolgreiche Akquisition dieser Werbeverträge seien. ...

21 Dies hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

22 b) Gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG ist eine geschäftliche Handlung jedes Verhalten einer Person zu Gunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt.

23 Das Merkmal des objektiven Zusammenhangs ist funktional zu verstehen und setzt voraus, dass die Handlung bei objektiver Betrachtung darauf gerichtet ist, durch Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidung der Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer den Absatz oder Bezug von Waren oder Dienstleistungen des eigenen oder eines fremden Unternehmens zu fördern (vgl. *BGH* U. v. 10.1.2013 – IZR 190/11 [= MMR 2014, 332], Rn. 17 – Standardisierte Mandatsbearbeitung; U. v. 11.12.2014 – IZR 113/13 [= MMR 2015, 518], Rn. 20 – Bezugsquellen für Bachblüten; U. v. 6.6.2019 – IZR 216/17 [= MMR 2020, 311], Rn. 13 – Identitätsdiebstahl; U. v. 23.4.2020 – IZR 85/19, Rn. 32 – Preisänderungsregelung). Ein Indiz für eine geschäftliche Handlung zu Gunsten eines fremden Unternehmens kann darin liegen, dass zu diesem eine geschäftliche Beziehung besteht (vgl. *BGH* GRUR 2021, 497, Rn. 25 – Zweitmarkt für Lebensversicherungen).

24 Dient die Handlung vorrangig anderen Zielen als der Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidung von Verbrauchern in Bezug auf Produkte und wirkt sie sich lediglich reflexartig auf die Absatz- oder Bezugsförderung aus, so stellt sie keine geschäftliche Handlung i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG dar (vgl. *BGH*, a.a.O., Rn. 18 und 29 – Standardisierte Mandatsbearbeitung; a.a.O., Rn. 22 – Bezugsquellen für Bachblüten; *BGH* U. v. 31.3.2016 – IZR 160/14, Rn. 12 und 16 – Im Immobiliensumpf; *BGH*, a.a.O., Rn. 27 – Zweitmarkt für Lebensversicherungen). Weltanschauliche, wissenschaftliche, redaktionelle oder verbraucherpolitische Äußerungen von Unternehmen oder anderen Personen, die nicht in funktionalem Zusammenhang mit der Absatz- oder Bezugsförderung stehen, unterfallen demnach nicht dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (vgl. *BGH*, a.a.O., Rn. 12 – Im Immobiliensumpf).

25 Es besteht keine Vermutung, dass die Handlung eines Unternehmers, die in den Bereich seiner gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit fällt, mit der Förderung des Absatzes des eigenen Unternehmens oder gar der Förderung des Absatzes eines fremden Unternehmens objektiv zusammenhängt (a.A. *OLG Braunschweig* GRUR-RR 2020, 452 (453) [= MMR 2020, 779], Rn. 38 f.). Zwar erforderte eine Wettbewerbsbehandlung bis zur Neufassung des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG durch das Erste Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb v. 22.12.2008 (BGBl. I 2949) die Absicht, eigenen oder fremden Wettbewerb zu fördern (vgl. *BGH* U. v. 27.11.2014 – IZR 67/11,

Rn. 14 – Hohlkammerprofilplatten, mwN) und wurde die Absicht des Bekl., den Wettbewerb des eigenen Unternehmens zu fördern, vermutet, sofern sein Handeln objektiv für diese Förderung geeignet war (vgl. *BGH U. v. 5.2.2009 – I ZR 119/06* [= MMR 2010, 248 m. Anm. *Schulze zur Wiesche*], Rn. 17 – Änderung der Voreinstellung II, mwN). Dieser Grundsatz ist mit der Neufassung des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG jedoch obsolet geworden, da ein subjektives Merkmal i.S.e. Wettbewerbsförderungsabsicht nicht mehr erforderlich ist (vgl. Begr. zum Regierungsentwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, BT-Drs. 16/10145, 12; *Götting*, in: *Götting/Nordemann, UWG*, 3. Aufl., § 2 Rn. 13 f.; *Maatsch*, jurisPR-WettBR 4/2019 Anm. 5 unter C; a.A. *OLG Braunschweig*, a.a.O.; jurisPK.UWG/*Ernst*, 5. Aufl., § 2 Rn. 21). Die Frage, ob eine Handlung vorrangig der Förderung des eigenen oder fremden Absatzes oder Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder aber anderen Zielen dient, ist vielmehr auf Grund einer Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalls zu beurteilen (vgl. *BGH*, a.a.O. – Bezugsquellen für Bachblüten).

26 c) Mit Recht rügt die Revision, dass nach diesen Maßstäben die Veröffentlichung der Instagram-Beiträge i.R.e. geschäftlichen Handlung der Bekl. zur Förderung ihres eigenen Unternehmens erfolgte.

27 aa) Die Bekl. betreibt ein Unternehmen.

28 (1) Mit dem Begriff des Unternehmens wird die organisatorische Einheit beschrieben, in der eine gewerbliche, handwerkliche oder selbstständige berufliche Tätigkeit ausgeübt wird (vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 6 UWG; *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG*, 39. Aufl., § 2 Rn. 20). Eine gewerbliche Tätigkeit setzt ein selbstständiges und planmäßiges, auf eine gewisse Dauer angelegtes Anbieten entgeltlicher Leistungen am Markt voraus (vgl. *BGH U. v. 4.12.2008 – I ZR 3/06* [= MMR 2009, 538], Rn. 33 – Ohrclips, mwN).

29 Für Influencer gilt nichts anderes, sodass auch sie ein Unternehmen betreiben, sofern sie selbst Waren oder Dienstleistungen vertreiben (vgl. *Mallick/Weller*, WRP 2018, 155, Rn. 14; *Mach*, WRP 2018, 1166, Rn. 17) oder das eigene Image vermarkten und durch Werbeeinnahmen kommerzialisieren (vgl. *KG GRUR* 2019, 543 (544) [= MMR 2019, 175], Rn. 54; *OLG Karlsruhe* WRP 2020, 1467 (1471) [= MMR 2021, 159], Rn. 68; *OLG Koblenz* WRP 2021, 677 (681), Rn. 96; *LG Hamburg U. v. 28.3.2019 – 403 HKO 127/18* [= MMR 2019, 855 (Ls.)], Rn. 35; *LG Koblenz GRUR-RS* 2020, 45895, Rn. 61; *LG Köln AfP* 2020, 433 (435) [= MMR 2020, 791 (Ls.)], Rn. 38; *Großkomm.UWG/Peukert*, 3. Aufl., § 2 Rn. 70; *Schöwerling/Siegel*, in: *Paschke/Berlit/Meyer/Kröner, Hamburger Komm. Gesamtes Medienrecht*, 4. Aufl., 23. Absch. Rn. 17; *Henning-Bodewig*, WRP 2017, 1415, Rn. 19; *Mallick/Weller*, WRP 2018, 155, Rn. 15; *Mach*, WRP 2018, 1166, Rn. 17; *Timmermann/Berndt*, WRP 2020, 996, Rn. 16).

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

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

32 (1) Das *Berufungsgericht* hat festgestellt, dass die Bekl. durch die Beiträge ihr Image stärken wolle, etwa durch die Erhöhung der Zahl der Follower und der Zahl der Kommentare der Besucher ihres Auftritts bei Instagram, wodurch sich wiederum der

Wert der von ihr angebotenen Dienstleistungen erhöhen solle. Auch das zieht die Revisionserwiderung nicht in Zweifel.

33 (2) Durch die Steigerung ihres Werbewerts fördern Influencer wie die Bekl. ihr eigenes Unternehmen (vgl. *OLG Hamburg K&R* 2020, 630 (632) [= MMR 2020, 767 m. Anm. *Eibenstein/Schle-reth*], Rn. 51; *OLG Karlsruhe*, a.a.O., Rn. 69 und 74; *OLG Koblenz WRP* 2021, 677 (682), Rn. 98; *OLG Köln GRUR-RR* 2021, 167 (168) [= MMR 2021, 413], Rn. 50; *LG Berlin MMR* 2018, 543 (544), Rn. 31; *LG Heilbronn ZUM-RD* 2019, 180 (183), Rn. 48 bis 52; *LG Hamburg*, a.a.O., Rn. 35 und 37; *LG Karlsruhe GRUR-RR* 2019, 328 (330) [= MMR 2019, 329], Rn. 43 bis 45 und 50; *LG Köln*, a.a.O.; *BeckOK UWG/Alexander*, 12. Ed., Stand: 1.5.2021, § 2 Rn. 112; *Alexander*, WRP 2021, 136, Rn. 18; *Weiler*, in: *Götting/Meyer/Vormbrock, Gewerblicher Rechtsschutz*, 2. Aufl., § 31 Rn. 280; *Alberts*, Die rechtliche Bewertung der Tätigkeit von Influencern unter besonderer Berücksichtigung werberechtlicher Problemstellungen, 2021, S. 64; *Mallick/Weller*, WRP 2018, 1289, Rn. 22 f.; *Wagner*, jurisPR-ITR 12/2019 Anm. 5 unter C; *Douglas*, GRUR-Prax 2019, 561; *Ruess/Bredies*, WRP 2020, 18, Rn. 42 bis 44; *Köberlein*, ZVertriebsR 2020, 221 (223); *Böhler*, K&R 2020, 697; *Eibenstein*, ZVertriebsR 2020, 320 (321) ...).

34 (3) Dass i.R.d. Instagram-Profiles auch vordergründig private Beiträge veröffentlicht werden wie derjenige ..., in dem die Bekl. mit ihrem Kind und einem Plüschelafanten von S.... abgebildet ist und in dem sie mittelt: „Sorry – Mama is Not available today because I am having a play date“, ändert nichts am geschäftlichen Charakter der Veröffentlichung sämtlicher Beiträge. Ein Unternehmer, der private Äußerungen nutzt, um den Wettbewerb seines Unternehmens zu fördern, gibt diesen eine geschäftliche Wendung (vgl. *BGH U. v. 26.2.1960 – I ZR 166/58 – Mampe Halb und Halb I*; *Peukert*, a.a.O., Rn. 74). Das ist bei unternehmerisch tätigen Influencern hinsichtlich ihrer scheinbar privaten Beiträge der Fall (a.A. *Fries*, Influencer-Marketing, 2019, S. 105; *Schleife*, Ökonomisches Potential und wettbewerbsrechtliche Grenzen des Influencer-Marketings in sozialen Medien, 2019, S. 16; *Köhler*, ZUM-RD 2019, 141 (142)). Gerade die Öffnung des privaten Lebensbereichs macht es für das Publikum attraktiv, Influencern zu folgen, da diese so glaubwürdiger, nahbarer und sympathischer wirken (vgl. *LG Hamburg U. v. 28.3.2019 – 403 HKO 127/18* [= MMR 2019, 855 (Ls.)], Rn. 44; *BeckOK UWG/Alexander*, a.a.O., § 2 Rn. 112.1; *Mallick/Weller*, WRP 2018, 155, Rn. 10; *Terhaag/Schwarz*, K&R 2019, 612 (616); *Spoenle*, jurisPR-ITR 9/2019 Anm. 2 unter C; *Spoenle*, jurisPR-ITR 25/2020 Anm. 2 unter C; *Wesche*, jM 2020, 2 (5); *Ruess/Bredies*, WRP 2020, 18, Rn. 44; *Timmermann/Berndt*, WRP 2020, 996, Rn. 9). Dass die Förderung des eigenen Images charakteristisch für Influencer ist und das Streben nach einer Reichensteigerung den Gegebenheiten der sozialen Netzwerke und dem Wunsch nach Aufmerksamkeit inhärent ist, kann an dem damit unweigerlich verbundenen Charakter als geschäftliche Handlung nichts ändern (a.A. *Kubat*, ÖBl 2020, 8 (14); *Timmermann/Berndt*, WRP 2020, 996, Rn. 30 f.).

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

36 Diese Annahme steht nicht in Widerspruch zu den Grundsätzen, die für die Veröffentlichung von Presseerzeugnissen gelten. Der Umstand, dass ein Presseunternehmen mit der Veröffentli-

chung redaktioneller Beiträge das Ziel verfolgt, die eigene Wettbewerbslage im Verhältnis zu anderen Presseunternehmen zu verbessern oder zu behaupten, führt zwar grds. nicht zur Einordnung dieser Veröffentlichung als geschäftliche Handlung zur Förderung des eigenen Unternehmens, weil eine solche Wirkung die notwendige Begleiterscheinung funktionsgerechten Pressehandelns ist; anderes gilt jedoch, wenn die Förderung eigenen Wettbewerbs im Vordergrund steht (zu § 1 UWG a.F. vgl. *BGH* U. v. 12.10.1989 – I ZR 29/88, Rn. 13 – Schönheits-Chirurgie; *Ahrens*, in: Gloy/Loschelder/Danckwerts, Hdb. des Wettbewerbsrechts, 5. Aufl., § 69 Rn. 52). Auch außerhalb des Bereichs der Presseunternehmen kann etwa die Veröffentlichung eines redaktionell aufgemachten Newsletters durch einen Verband, der Dienstleistungen anbietet, eine geschäftliche Handlung zur Förderung des eigenen Unternehmens darstellen (*BGH* U. v. 19.5.2011 – I ZR 147/09 [= MMR 2012, 101], Rn. 15 f. – Coaching-Newsletter).

37 Im Streitfall steht der eigennützige kommerzielle Zweck der Veröffentlichungen der Bekl. auf Instagram im Vordergrund, weil sich diese zu Gunsten des Absatzes der von der Bekl. angebotenen Werbedienstleistungen auswirken. Die Bekl. nutzt die über Instagram gewonnene Gefolgschaft zur Steigerung ihres Werbewerts.

38 (5) Schließlich scheidet die Einordnung der hier in Rede stehenden Handlungen als geschäftliche Handlungen zu Gunsten des eigenen Unternehmens auch nicht insoweit aus, als diese Handlungen ohne finanzielle Gegenleistung erbracht werden.

39 Der Einordnung als geschäftliche Handlung steht das Fehlen einer Gegenleistung auch mit Blick auf Art. 2 lit. f 2. Spiegelstrich RL 2000/31/EG ... nicht entgegen. Nach dieser Vorschrift liegt bei Angaben in Bezug auf Waren oder Dienstleistungen oder das Erscheinungsbild eines Unternehmens, einer Organisation oder Person, „die unabhängig und insb. ohne finanzielle Gegenleistung gemacht werden“, keine kommerzielle Kommunikation vor. Es kommt nicht darauf an, ob unter einer kommerziellen Mitteilung i.S.d. RL 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken dasselbe zu verstehen ist wie unter einer „kommerziellen Kommunikation“ i.S.d. RL 2000/31/EG. Der Begriff der Geschäftspraktiken i.S.d. Art. 2 lit. d RL 2005/29/EG erfasst „jede Handlung, Unterlassung, Verhaltensweise oder Erklärung, kommerzielle Mitteilung einschließlich Werbung und Marketing eines Gewerbetreibenden, die unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts an Verbraucher zusammenhängt“. Die „kommerzielle Mitteilung“ ist danach lediglich eine Erscheinungsform einer Geschäftspraxis. Die Veröffentlichung eines Instagram-Beitrags kann daher auch dann als Geschäftspraxis einzustufen sein, wenn keine kommerzielle Kommunikation i.S.v. Art. 2 lit. f 2. Spiegelstrich RL 2000/31/EG vorliegt, weil der Influencer keine Gegenleistung erhält.

40 Für die Annahme einer geschäftlichen Handlung ist der unentgeltliche Charakter des fraglichen Verhaltens unerheblich, sofern dieses der Förderung der gewerblichen Tätigkeit des Unternehmers dient (vgl. *BGH* U. v. 19.4.2018 – I ZR 154/16 [= MMR 2018, 817 m. Anm. *Hoeren/Brandenburg*], Rn. 21 – Werblocker II; *Köhler*, a.a.O., Rn. 35). Dies ist vorliegend der Fall.

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

42 aa) Das *Berufungsgericht* hat angenommen, die Informationen zu den von der Bekl. verwendeten Produkten, inklusive der angebrachten „Tap Tags“ und Links, gehörten genauso wie die Informationen zu ihren Erlebnissen und Eindrücken zum „redaktionellen“ Teil ihrer Beiträge. ...

43 bb) Erhält ein Influencer für einen werblichen Beitrag eine Gegenleistung, stellt diese Veröffentlichung ohne Weiteres eine geschäftliche Handlung zu Gunsten des beworbenen Unternehmens dar (vgl. *KG* WRP 2018, 98 [= MMR 2018, 98], Rn. 10; *KG* GRUR-RR 2018, 155 [= MMR 2018, 245], Rn. 9; *OLG Frankfurt/M.* WRP 2019, 1213 [= MMR 2020, 43], Rn. 9; *OLG Karlsruhe*, a.a.O., Rn. 91; *OLG Köln* GRUR-RR 2021, 167 (168) [= MMR 2021, 413], Rn. 51; *Köhler*, a.a.O., § 5a Rn. 7.71; *Peukert*, a.a.O., Rn. 204; *jurisPK.UWG/Seichter*, 5. Aufl., § 5a Rn. 196; *Weiler*, a.a.O.; *Meyer*, in: *Götting/Meyer/Vormbrock*, a.a.O., § 36 Rn. 385; *Fries*, a.a.O., S. 103 f.; *Alberts*, a.a.O., S. 65; *Lehmann*, WRP 2017, 772, Rn. 5; *Reinholz/Schirmbacher*, K&R 2017, 753 (754 f.); *Mallick/Weller*, WRP 2018, 155, Rn. 17; *Mallick/Weller*, WRP 2018, 1289, Rn. 20 und 28; *Schonhofen/Detmering*, WRP 2018, 1171, Rn. 31; *Leeb/Maisch*, ZUM 2019, 29 (33); *Gerecke*, GRUR-Prax 2019, 69; *Scherer*, WRP 2019, 277, Rn. 17; *Maatsch*, a.a.O.; *Köhler*, GRUR-Prax 2019, 343 (344); *Klickermann*, MMR 2020, 150 (154); *Köberlein*, ZVertriebsR 2020, 221 (222)). Es gilt insofern nichts anderes als bzgl. des entgeltlichen Anzeigengeschäfts der Presse (vgl. *BGH* U. v. 29.3.1974 – I ZR 15/73, Rn. 17 – Wirtschaftsanzeigen-public-relations; U. v. 26.4.1990 – I ZR 127/88, Rn. 30 – Pressehaftung I; U. v. 6.12.2001 – I ZR 284/00, Rn. 58 – „H.I.V. POSITIVE“ II; U. v. 5.2.2015 – I ZR 136/13, Rn. 16 – TIP der Woche; *Koch*, in: *FS Köhler*, 2014, S. 359 (364)). Der Erhalt einer Gegenleistung ist jedoch keine zwingende Voraussetzung für das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung zu Gunsten eines fremden Unternehmens (vgl. *OLG Braunschweig*, a.a.O., Rn. 48).

44 cc) Wie das *Berufungsgericht* mit Recht angenommen hat, folgt die Förderung fremden Wettbewerbs allerdings nicht aus dem weit verbreiteten allgemeinen Interesse von Influencern, Anzeigenkunden zu gewinnen, indem deren Interesse an einer Kooperation durch das Setzen von „Tap Tags“, die auf deren Instagram-Profilen verweisen, geweckt werden soll (vgl. *BGH* U. v. 9.2.2006 – I ZR 124/03, Rn. 28 – Rechtsanwalts-Ranglisten; *Köhler*, a.a.O., Rn. 67; a.A. *OLG Braunschweig*, a.a.O.; *OLG Karlsruhe*, a.a.O., Rn. 102). Dass die Bekl. das Setzen von „Tap Tags“ in irgendeiner Weise mit ihrem Anzeigengeschäft verknüpft hat, hat das *Berufungsgericht* nicht festgestellt.

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

46 (1) Bei der Prüfung, ob der Internetauftritt von Influencern vorrangig der Absatzförderung oder anderen, insb. redaktionellen Zielen dient, ist das Informationsinteresse ihrer Follower in Betracht zu ziehen. Diese interessieren sich nicht nur für die private Lebensgestaltung der Influencer, sondern auch dafür, welche Kleidungsstücke sie tragen oder welche anderen Produkte sie verwenden (vgl. *KG* GRUR 2019, 543 (546) [= MMR 2019, 175], Rn. 109). Aus dem Umstand allein, dass die Follower den Lebensstil der Influencer als Anregung für die eigene Lebensgestaltung verstehen und womöglich nachahmen, kann noch nicht darauf geschlossen werden, dass der Internetauftritt vorrangig der Absatzförderung dient (a.A. *OLG Hamburg* U. v. 2.7.2020 – 15 U 142/19 [= MMR 2020, 767 m. Anm. *Eibenstein/Schlereth*], Rn. 47; *OLG Karlsruhe*, a.a.O., Rn. 96).

47 Die sozialen Medien im Allgemeinen und die Beiträge von Influencern im Besonderen haben ggü. einem nicht unwesentlichen, insb. jüngeren Teil der Allgemeinheit eine Informations- und Unterhaltungsfunktion, die neben die der klassischen Medien getreten ist. Die Beiträge von Influencern können insb. mit denen klassischer Modezeitschriften oder anderer Special-Interest-Medien vergleichbar sein (vgl. *KG*, a.a.O., Rn. 111; *OLG Hamburg*, a.a.O., Rn. 62; *Peukert*, a.a.O., Rn. 204; *Seichter*,

a.a.O., Rn. 197; Böse, MDR 2019, 769; Nadi, WRP 2019, 935, Rn. 11; Köhler, ZUM-RD 2019, 141 (143); Köhler, ZUM 2020, 294 (296); Ruess/Bredies, WRP 2020, 18, Rn. 35; Kubat, ÖB 2020, 8 (13); Maier, jurisPR-WettbR 10/2020 Anm. 5 unter C; Spoenle, jurisPR-ITR 25/2020 Anm. 2 unter C).

48 (2) Bei der Beurteilung der Beiträge von Influencern in sozialen Medien kann auf die Kriterien zurückgegriffen werden, die für die Einordnung scheinbar redaktioneller Presseartikel als werblich entwickelt worden sind (vgl. OLG Karlsruhe, a.a.O., Rn. 91 f.; OLG Koblenz WRP 2021, 677 (682), Rn. 100; Peukert, a.a.O., Rn. 204; Großkomm.UWG/Peifer, 3. Aufl., § 5a Rn. 136 und 154; Seichter, a.a.O.; Schöwerling/Siegel, a.a.O.; Leitfaden der Medienanstalten, Werbekennzeichnung bei Social-Media-Angeboten, 2020, S. 5; Alberts, a.a.O., S. 75; Reinholz/Schirmbacher, K&R 2017, 753 (755); Leeb/Maisch, ZUM 2019, 29 (34); Gerecke, GRUR-Prax 2019, 69; Gerecke, GWR 2021, 44; Zurth/Pless, GRUR-RR 2019, 335 (336); Kubat, ÖB 2020, 8 (13); a.A. Köhler, WRP 2020, Heft Nr. 4, S. I).

49 Auch wenn ein klassisches Medienunternehmen für eine scheinbar redaktionelle Veröffentlichung keine Gegenleistung von einem fremden Unternehmen erhält, kann es sich dennoch um eine geschäftliche Handlung zu Gunsten dieses Unternehmens handeln, wenn der Beitrag nach seinem Gesamteindruck übertrieben werblich ist, also einen werblichen Überschuss enthält, sodass die Förderung fremden Wettbewerbs eine größere als nur eine notwendigerweise begleitende Rolle spielt (vgl. BGH, a.a.O. – Schönheits-Chirurgie; BGH U. v. 3.2.1994 – I ZR 321/91, Rn. 13 f. – Kosmetikstudio; U. v. 30.4.1997 – I ZR 196/94, Rn. 15 – Die Besten I; BGH GRUR 2002, 987 (993), Rn. 34 – Wir Schuldenmacher; BGH U. v. 1.4.2004 – I ZR 317/01 [= MMR 2004, 529 m. Anm. Hoffmann], Rn. 25 – Schöner Wetten; BGH, a.a.O., Rn. 23 – Rechtsanwalts-Ranglisten; Keller, in: Harte/Henning, UWG, 4. Aufl., § 2 Rn. 80; Peukert, a.a.O., Rn. 194 f. und 204; Köhler, a.a.O., Rn. 67 und § 5a Rn. 7.50; Erdmann/Pommerening, in: Gloy/Loschelder/Danckwerts, a.a.O., § 31 Rn. 69; Weiler, a.a.O., Rn. 294; a.A. ÖOGH MR 2016, 288 (292)). Dies entscheidet sich anhand einer objektiven Beurteilung des äußeren Erscheinungsbilds der Publikation aus Sicht eines durchschnittlichen Adressaten (vgl. Peukert, a.a.O., Rn. 203; Köhler, a.a.O., Rn. 67).

50 Danach ist zu berücksichtigen, ob der Beitrag ohne jede kritische Distanz allein die Vorzüge in einer Weise lobend hervorhebt, die bei dem Verkehr den Eindruck erweckt, dass das Produkt oder die Dienstleistung von Seiten des Influencers geradezu anempfohlen werde (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 13 – Kosmetikstudio), oder ob die fremden Produkte oder Dienstleistungen namentlich genannt und angepriesen werden (vgl. BGH U. v. 19.9.1996 – I ZR 130/94, Rn. 15 – Orangenhaut; U. v. 19.2.1998 – I ZR 120/95, Rn. 28 – AZUBI '94) und die Darstellung damit den Rahmen einer sachlich veranlassten Information verlässt (vgl. BGH U. v. 18.2.1993 – I ZR 14/91, Rn. 14 – Produktinformation I; U. v. 23.1.1997 – I ZR 238/93, Rn. 17 – Produkt-Interview; BGH, a.a.O., Rn. 27 – Rechtsanwalts-Ranglisten; krit. Köhler, a.a.O., § 5a Rn. 7.54). Ein werblicher Überschuss kann deshalb etwa vorliegen, wenn in dem Text des Instagram-Beitrags ein in dem Bild zur Schau gestelltes Produkt in werbety-pisch euphorischer Weise angepriesen wird (vgl. LG Köln, a.a.O., Rn. 44).

51 (3) Durch die Anwendung dieser Grundsätze ist zugleich sichergestellt, dass den Anforderungen des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG genügt wird, ohne dass im Streitfall entschieden werden muss, ob und unter welchen Voraussetzungen diese Vorschrift auf Beiträge, die in den sozialen Medien verbreitet werden, anwendbar ist. Insb. kann offenbleiben, ob die Pressefreiheit (vgl. Graben-warter, in: Maunz/Dürig, GG, 82. EL Januar 2018, Art. 5 Rn. 245,

250 bis 253, 262 bis 266; BeckOK Informations- und Medien-recht/Kühling, 32. Ed. (Stand: 1.2.2021), Art. 5 GG Rn. 88; Gers-dorf, BayVBl 2015, 625 (627 f.); Adelberg, Rechtspflichten und -grenzen der Betreiber sozialer Netzwerke, 2020, S. 38 f.), die Rundfunkfreiheit (vgl. Sachs/Bethge, GG, 9. Aufl., Art. 5 Rn. 73a; BeckOK GG/Schemmer, 47. Ed., Stand: 15.5.2021, Art. 5 Rn. 43 und 67; Fries, a.a.O., S. 52 bis 54), ein Grundrecht der Medienfreiheit (vgl. Hoffmann-Riem, Kommunikationsfrei-heiten, 2002, Art. 5 Abs. 1 und 2 GG Rn. 138; Koreng, Zensur im Internet, 2010, S. 98 bis 100; Bock, Die Übertragbarkeit der Kommunikationsfreiheiten des Artikel 5 GG auf das Internet, 2018, S. 276; Fechner, Medienrecht, 21. Aufl., 3. Kap. Rn. 100 und 12. Kap. Rn. 213) oder ein Internetgrundrecht eigener Art (vgl. Mecklenburg, ZUM 1997, 525 f. (530 bis 532) (536); Holz-nagel/Schumacher, in: Kloepfer, Netzneutralität in der Informati-onsgesellschaft, 2011, S. 47 (57 bis 59) betroffen ist.

52 Im vorliegenden Zusammenhang ist auf die Grundrechte des GG und nicht die der GRCh abzustellen. Nach ihrem Art. 51 Abs. 1 S. 1 gilt die GRCh ausschließlich bei der Durchführung von Unionsrecht. Die Frage, wann geschäftliche Handlungen zu Gunsten fremder Unternehmen vorliegen, ist jedoch nicht Gegenstand des Unionsrechts, sondern allein anhand des deut-schen Rechts zu beurteilen. Insb. ist insoweit nicht der Anwen-dungsbereich der RL 2005/29/EG eröffnet, da diese nur Ges-chäftspraktiken eines Gewerbetreibenden im Zusammenhang mit der Absatzförderung und dem Verkauf seiner eigenen Pro-dukte und Dienstleistungen erfasst oder Geschäftspraktiken eines Wirtschaftsteilnehmers, die von einem anderen Unterneh-men ausgeübt werden, das jedoch im Namen und/oder Auftrag dieses Wirtschaftsteilnehmers tätig werden muss (vgl. EuGH U. v. 17.10.2013 – C-391/12, Rn. 39 – RLvS). Da der Begriff der „geschäftlichen Handlung“ gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG auch Handlungen Dritter zur Förderung des Absatzes oder Bezugs eines fremden Unternehmens umfasst, die nicht im Namen oder im Auftrag des Unternehmers handeln, reicht er weiter als der unionsrechtliche Begriff der „Geschäftspraktiken“ in Art. 2 lit. d RL 2005/29/EG (vgl. BGH U. v. 6.2.2014 – I ZR 2/11, Rn. 13 – GOOD NEWS II; BGH, a.a.O., Rn. 26 – Bezugsquellen für Bach-blüten; BGHB. v. 25.6.2020 – I ZR 74/19, Rn. 12 – GRAZIA Style-Nights).

53 Bei redaktionellen Beiträgen eines Medienunternehmens, die unter den besonderen Schutz des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG fal-len, ist ein objektiver Zusammenhang i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG mit der Förderung des Absatzes eines fremden Unterneh-mens zwar zu verneinen, wenn der Beitrag allein der Informa-tion und Meinungsbildung seiner Adressaten dient (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 15 – Coaching-Newsletter; a.a.O., Rn. 34 – Bezugs-quellen für Bachblüten; BGH U. v. 18.6.2015 – I ZR 74/14 [= MMR 2016, 171 m. Anm. Hoeren], Rn. 10 – Haftung für Hyper-link; U. v. 17.12.2015 – I ZR 219/13, Rn. 11). Im Falle eines werblichen Überschusses im vorstehend dargestellten Sinne ist diese Voraussetzung jedoch nicht gegeben.

54 (4) Der Umstand, dass die Bekl. die Bilder mit „Tap Tags“ ver-sehen hat, um insb. die Hersteller der von ihr getragenen Klei-dungsstücke zu bezeichnen, genügt als solcher nicht, um einen werblichen Überschuss der Instagram-Beiträge anzunehmen (a.A. OLG Karlsruhe, a.a.O., Rn. 144; OLG Koblenz WRP 2021, 677 (682), Rn. 100; LG Hagen GRUR-RR 2017, 510 (511) [= MMR 2018, 106 m. Anm. Laoutoumail/Heins], Rn. 19; LG Köln, a.a.O., Rn. 37, 40 und 43; Köhler, a.a.O., § 5a Rn. 7.80d; Mitterer/Wiedemann/Thress, BB 2021, 2 (13); Janning/Mäder/Hebbinghaus, PharmR 2021, 49 (52)), und zwar auch dann nicht, wenn die Bekl. über eine erhebliche Zahl von Followern verfügen sollte (a.A. vgl. OLG Köln GRUR-RR 2021, 167 (168 f.) [= MMR 2021, 413], Rn. 51 f.).

55 Bei der Würdigung des dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit dienenden Gehalts der „Tap Tags“ ist zu beachten, dass die Angaben im „Tap Tag“ weiterführende Informationen zum Text- oder Bildbeitrag bieten können, indem etwa im „Tap Tag“ der Hersteller des abgebildeten Produkts genannt wird (vgl. *Maier*, a.a.O.; a.A. *OLG Karlsruhe*, a.a.O., Rn. 99 bis 101; *LG Karlsruhe*, a.a.O., Rn. 41 f. und 68; *Gerecke*, GRUR-Prax 2019, 69; *Nadi*, WRP 2019, 935, Rn. 11). Hat der „Tap Tag“ jedoch aus der maßgeblichen Sicht des durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Besuchers des Instagram-Profiles keinen erkennbaren Bezug zu dem Text- oder dem Bildbeitrag, wird dies in der Regel für eine geschäftliche Handlung zu Gunsten des fremden Unternehmens sprechen (vgl. *KG GRUR* 2019, 543 (544) [= MMR 2019, 175], Rn. 58 und 63; *Boden/Bosch*, IPRB 2019, 79 (82); *Köhler*, ZUM-RD 2019, 141 (143); *Gerecke*, GRUR-Prax 2019, 400).

56 (5) Die Verlinkung auf eine Internetseite des Herstellers des abgebildeten Produkts beinhaltet regelmäßig einen werblichen Überschuss (vgl. *OLG Hamburg*, a.a.O., Rn. 48; *OLG Koblenz* WRP 2021, 677 (682), Rn. 100; *LG Köln*, a.a.O., Rn. 43; *Mallick/Weller*, WRP 2018, 1289, Rn. 21 und 33; *Terhaag/Schwarz*, K&R 2020, 634; *Böhler*, K&R 2020, 697; *Eibenstein*, ZVertriebsR 2020, 320 f.; a.A. *KG GRUR* 2019, 543 (547) [= MMR 2019, 175], Rn. 123 bis 129; *Seichter*, a.a.O., Rn. 197; *Spoenle*, jurisPR-ITR 25/2020 Anm. 2 unter C). Auch wenn im Allgemeinen Verlinkungen zusätzliche Informationsquellen im Internet erschließen (vgl. *BGH*, a.a.O., Rn. 24 – Schöner Wetten; *BGH* U. v. 14.10.2010 – I ZR 191/08 [= MMR 2011, 391], Rn. 19 bis 24 – AnyDVD), gelangt der Leser des Instagram-Beitrags durch das Anwählen der Verlinkung direkt in den werblichen Einflussbereich des Herstellerunternehmens. Die Annahme eines werblichen Überschusses ist regelmäßig nicht nur dann gerechtfertigt, wenn auf eine Internetseite verwiesen wird, über die das abgebildete Produkt erworben werden kann (vgl. *BGH*, a.a.O., Rn. 30 – Bezugsquellen für Bachblüten; *Peukert*, a.a.O., Rn. 204; *MüKoUWG/Alexander*, 3. Aufl., § 5a Rn. 850), sondern bereits bei Verweis auf eine Internetseite, die den Erwerb nicht unmittelbar ermöglicht (vgl. *KG GRUR-RR* 2019, 34 (37) [= MMR 2019, 114], Rn. 25; *OLG Karlsruhe*, a.a.O., Rn. 94). In beiden Fällen kann eine hinreichende Förderung des Absatzes des Drittunternehmens darin liegen, dass der Zugang des Verbrauchers zu den Produkten des Drittunternehmens erleichtert und beschleunigt wird.

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

58 2. Das *Berufungsgericht* hat in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise angenommen, dass die Bekl. durch die Veröffentlichung der Beiträge i.R.e. geschäftlichen Handlung zur Förderung des eigenen Unternehmens § 5a Abs. 6 UWG nicht verletzt hat (dazu B. II. 2. a) [= Rn. 59] und b) [= Rn. 60]). Dass das *Berufungsgericht* hinsichtlich der geschäftlichen Handlungen zu Gunsten der fremden Unternehmen insoweit keine Feststellungen getroffen hat, ist i.E. nicht zu beanstanden, denn eine Unlauterkeit dieser geschäftlichen Handlungen nach § 5a

Abs. 6 UWG scheidet im Streitfall jedenfalls deshalb aus, weil sich dieses Verhalten nach den speziellen Vorschriften, die für die kommerzielle Kommunikation oder Werbung in Telemedien gelten, nicht als unlauter erweist (dazu B. II. 2. c) [= Rn. 75]).

59 a) Nach § 5a Abs. 6 UWG handelt unlauter, wer den kommerziellen Zweck einer geschäftlichen Handlung nicht kenntlich macht, sofern sich dieser nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt, und das Nichtkenntlichmachen geeignet ist, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Mit der Vorschrift soll das medienrechtliche Verbot der Schleichwerbung auf alle Formen der Werbung ausgedehnt werden (zu § 4 Nr. 3 UWG a.F. vgl. *BGH* U. v. 31.10.2012 – I ZR 205/11, Rn. 15 – Preisrätselgewinnauslobung V; Begr. zum Regierungsentwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, BT-Drs. 15/1487, 17). Sie bezweckt damit den Schutz der Verbraucher vor einer Täuschung über den kommerziellen Hintergrund geschäftlicher Maßnahmen. Insofern dient sie auch der Umsetzung von Art. 7 Abs. 2 RL 2005/29/EG (vgl. Begr. zum Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, BT-Drs. 18/4535, 16; zu § 4 Nr. 3 UWG a.F. vgl. *BGH* U. v. 1.7.2010 – I ZR 161/09 [= MMR-Aktuell 2011, 31269 (Ls.)], Rn. 21 – Flappe; *BGH*, a.a.O. – Preisrätselgewinnauslobung V), wonach es als irreführende Unterlassung gilt, wenn ein Gewerbetreibender den kommerziellen Zweck der Geschäftspraxis nicht kenntlich macht, sofern dieser sich nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt, und dies einen Durchschnittsverbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst oder zu veranlassen geeignet ist, die er ansonsten nicht getroffen hätte. Grundlage des Verbots ist die damit regelmäßig einhergehende Irreführung des Lesers, der dem Beitrag auf Grund seines redaktionellen Charakters unkritischer gegenübertritt und ihm auch größere Bedeutung und Beachtung bemisst (vgl. *BGH* GRUR 1975, 75 (77), Rn. 17 – Wirtschaftsanzeigen-public-relations; GRUR 1993, 561 (562), Rn. 14 – Produktinformation I; *BGH* U. v. 6.7.1995 – I ZR 58/93, Rn. 53 – Feuer, Eis & Dynamit I; *BGH*, a.a.O., Rn. 16 – Preisrätselgewinnauslobung V; *Köhler*, a.a.O., § 5a Rn. 7.4).

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

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

62 (1) Ebenso wenig wie in Bezug auf das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung greift hinsichtlich des kommerziellen Zwecks eine Vermutung ein, die vom Ag. zu widerlegen wäre (a.A. *OLG Köln* GRUR-RR 2021, 167 (169 f.) [= MMR 2021, 413], Rn. 59, 62 und 65). Es hat vielmehr eine Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalls zu erfolgen.

63 (2) Wie der „kommerzielle Zweck“ i.S.d. § 5a Abs. 6 UWG zu bestimmen ist, ist umstritten.

64 Nach einer Ansicht setzt der Begriff der geschäftlichen Handlung nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG bereits definitionsgemäß einen kommerziellen Zweck voraus, da diese „zu Gunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens“ erfolgt, also unternehmerischen Interessen dient. § 5a Abs. 6 UWG übernimmt demnach das Kriterium des kommerziellen Zwecks der geschäftlichen Handlung (vgl. *Köhler*, a.a.O., § 5a Rn. 7.23; *Büscher/Büscher*, UWG, 2. Aufl., § 5a Rn. 199; BeckOK UWG/Ritlewski, 12. Ed., Stand: 1.5.2021, § 5a Rn. 193; *Schöwerling/Siegel*, a.a.O., 22. Abschn. Rn. 11; *Sosnitzka*, in: Ohly/Sosnitzka, UWG, 7. Aufl., § 5a Rn. 95; *Meyer*, a.a.O., Rn. 337; *Alexander*, Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., Rn. 761; *Böse*, MDR 2019, 769 (770)). Danach ist der

kommerzielle Zweck bei Vorliegen einer geschäftlichen Handlung gegeben.

65 Nach einer anderen Ansicht stellt der „kommerzielle Zweck“ ein zusätzliches subjektives Tatbestandsmerkmal dar, sodass eine Werbeabsicht des Unternehmers festzustellen ist (vgl. *OLG Köln* GRUR-RR 2021, 167 (169) [= MMR 2021, 413], Rn. 57; *Jäger*, Trennungs- und Kennzeichnungsgebot im Lauterkeits- und Medienrecht, 2017, S. 295 bis 297; *Fries*, a.a.O., S. 111; *Alberts*, a.a.O., S. 81 f.; *Timmermann/Berndt*, WRP 2020, 996, Rn. 22 f.). Dafür spricht die französische Sprachfassung des Art. 7 Abs. 2 RL 2005/29/EG, wonach es – anders als etwa in der deutschen, englischen, italienischen oder spanischen Sprachfassung – nicht darauf ankommt, ob der Gewerbetreibende „den kommerziellen Zweck der Geschäftspraxis“ nicht kenntlich macht, sondern darauf, ob er „seine wahre kommerzielle Absicht“ nicht kenntlich macht („n’indique pas sa véritable intention commerciale“).

66 (3) Diese Frage bedarf keiner Entscheidung, da die genannten Ansichten in der praktischen Anwendung zu keinen unterschiedlichen Ergebnissen kommen (vgl. *Timmermann/Berndt*, WRP 2020, 996, Rn. 22). Auch wenn der kommerzielle Zweck im Ansatz auf die subjektive Motivation des Unternehmers abstellte, kann diese in der Praxis gleichwohl regelmäßig nur anhand objektiver Indizien bestimmt werden (vgl. *OLG Köln* GRUR-RR 2021, 167 (169) [= MMR 2021, 413], Rn. 58; *Jäger*, a.a.O., S. 297 bis 299; *Fries*, a.a.O., S. 112). Insoweit würde daher dasselbe gelten wie bei der Beurteilung der Frage, ob ein vom Unternehmer finanzierter Einsatz redaktioneller Inhalte gem. Nr. 11 der Anlage zu § 3 Abs. 3 UWG „zu Zwecken der Verkaufsförderung“ erfolgt. Ein Einsatz zu „Zwecken der Verkaufsförderung“ im Sinne dieser Vorschrift ist anzunehmen, wenn ein Unternehmer die Absicht hat, durch den redaktionellen Inhalt den Absatz seiner Waren oder Dienstleistungen zu fördern. Von einer solchen Absicht ist wiederum immer dann auszugehen, wenn der Beitrag objektiv eine Werbung enthält (vgl. *BGH*, a.a.O., Rn. 21 – GRAZIA StyleNights).

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

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

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

70 (1) Eine Kennzeichnung des kommerziellen Zwecks ist dann nicht erforderlich, wenn das äußere Erscheinungsbild der geschäftlichen Handlung so gestaltet wird, dass die Verbraucher den kommerziellen Zweck klar und eindeutig auf den ersten Blick erkennen können (vgl. *BGH* U. v. 30.6.2011 – IZR 157/10 [= MMR 2012, 99], Rn. 18 – Branchenbuch Berg; *BGH*, a.a.O., Rn. 15 – Preisrätselgewinnauslobung V; *OLG Celle* GRUR 2017, 1158 (1159) [= MMR 2017, 769 m. Anm. *Sobotka/Czernik*], Rn. 16; *KG* WRP 2018, 98 (99) [= MMR 2018, 98], Rn. 16; *OLG Frankfurt/M.* GRUR-RR 2020, 87 (90) [= MMR 2019, 313 m. Anm. *Gulden*], Rn. 28; *OLG Braunschweig*, a.a.O., Rn. 54; *OLG Hamburg*, a.a.O., Rn. 56; *OLG Karlsruhe*, a.a.O.; *OLG Koblenz* WRP 2021, 677 (683), Rn. 105; *Köhler*, a.a.O., § 5a Rn. 7.25). Für die Frage, wie die Werbung verstanden wird, ist gem. § 3 Abs. 4 S. 1 UWG auf die Sichtweise des durchschnittlich informierten, situationsadäquat aufmerksamen und verständigen Verbrauchers abzustellen, der zur angesprochenen Gruppe gehört (vgl. *BGH*, a.a.O., Rn. 19 – Branchenbuch Berg; a.a.O., Rn. 17 – Preisrätselgewinnauslobung V; *OLG Frankfurt/M.* GRUR 2020, 208 (209) [= MMR 2020, 195], Rn. 14; *OLG Hamburg*, a.a.O., Rn. 56; *OLG Karlsruhe*, a.a.O., Rn. 110; *Nadi*, WRP 2021, 586, Rn. 7 bis 11).

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

72 Nicht ausreichend ist daher, wenn sich der werbliche Charakter eines Beitrags dem Verbraucher erst erschließt, wenn er ihn bereits zur Kenntnis genommen hat, denn dann ist er der Anlockwirkung bereits erlegen, die das Kennzeichnungsgebot gerade unterbinden soll, und war der Werbebotschaft unvorbereitet ausgesetzt (vgl. *OLG Köln* GRUR-RR 2014, 62 (64) [= MMR 2014, 327], Rn. 18; *Wiebel/Kreutz*, WRP 2015, 1179, Rn. 37). Die Kennzeichnung soll dem Verbraucher gerade die Möglichkeit verschaffen, sich auf den kommerziellen Charakter der Handlung einzustellen, damit er sie von vornherein kritisch beurteilen oder sich ihr ganz entziehen kann (vgl. *OLG München* GRUR-RR 2012, 260 (262), Rn. 50; *LG München I* WRP 2009, 1018 (1019) [= MMR 2010, 258 (Ls.)], Rn. 71; *Köhler*, a.a.O., § 5a Rn. 7.4; *Wiebel/Kreutz*, WRP 2015, 1179, Rn. 37; *Radtkel/Camen*, WRP 2020, 24, Rn. 4; *Nadi*, WRP 2021, 586, Rn. 22). Es ist daher nicht widersprüchlich, dass auch Instagram-Beiträge kennzeichnungsbedürftig sein können, deren werblicher Überschuss erst nach dem Studium des gesamten Beitrags erkennbar ist (vgl. *KG* GRUR-RR 2019, 34 (37) [= MMR 2019, 114], Rn. 26; *Alberts*, a.a.O., S. 85; a.A. *Matthes*, GRUR-Prax 2020, 320; *Eisenstein*, ZVertriebsR 2020, 320 (321)).

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

74 (3) Die Ermittlung der Verkehrsauffassung unterliegt nur einer eingeschränkten revisionsgerichtlichen Überprüfung dahingehend, ob das *Berufungsgericht* den Tatsachenstoff verfahrensfehlerfrei ausgeschöpft hat und die Beurteilung mit den Denkgesetzen und den allgemeinen Erfahrungssätzen in Einklang steht (st. Rspr.; vgl. *BGH* U. v. 11.2.2021 – IZR 126/19, Rn. 43 – Dr. Z, mwN). Entsprechende Rechtsfehler zeigt die Revision nicht auf. ...

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

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

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

78 (2) Die Instagram-Beiträge der Bekl. sind Bestandteile ihres Instagram-Profiles, bei dem es sich um ein Telemedium handelt, nämlich einen elektronischen Informations- und Kommunikationsdienst i.S.v. § 1 Abs. 1 S. 1 TMG.

79 (3) Die Bekl. ist Diensteanbieterin i.S.v. § 2 S. 1 Nr. 1 TMG.

80 Nach § 2 S. 1 Nr. 1 TMG, der durch das nach Erlass des Berufungsurteils mit Wirkung v. 19.11.2020 in Kraft getretene Gesetz zur Änderung des Telemediengesetzes und weiterer Gesetze v. 19.11.2020 (BGBl. I 2456) nicht in für den Streitfall relevanter Weise geändert worden ist, ist Diensteanbieter, wer eigene oder fremde Telemedien zur Nutzung bereithält oder den Zugang zur Nutzung vermittelt. Der Begriff des Diensteanbieters ist funktionell zu bestimmen. Er muss durch seine Weisungen oder seine Herrschaftsmacht über Rechner und Kommunikationskanäle die Verbreitung oder das Speichern von Informationen ermöglichen und nach außen als Erbringer von Diensten auftreten (vgl. *BGH U. v. 15.10.2020 – I ZR 13/19* [= MMR 2021, 138], Rn. 16 – Störerhaftung des Registrars). Neben dem Inhaber einer Internetseite sind bei Internetportalen wie insb. sozialen Medien, bei denen Nutzer Unterseiten mit einer kommunikationsbezogenen Eigenständigkeit unterhalten, daher auch diese Nutzer Diensteanbieter (vgl. *OLG Düsseldorf GRUR-RR 2013, 433 (435)* [= MMR 2013, 649], Rn. 28; *WRP 2014, 88* [= MMR 2014, 393], Rn. 16; *GRUR-RR 2020, 265 (268)* [= MMR 2020, 486], Rn. 53; *Spindler*, in: *Spindler/Schmitz, TMG*, 2. Aufl., § 2 Rn. 23; BeckOK Informations- und Medienrecht/*Martini*, 32. Ed., Stand: 1.2.2021, § 2 TMG Rn. 7a; jurisPK-Internetrecht/*Marx*, 7. Aufl., Kap. 1.2 Rn. 155; *Alberts*, a.a.O., S. 120 f.; *Rockstroh*, MMR 2013, 627 (268 f.); *Radtke/Camen*, WRP 2020, 24, Rn. 34).

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

82 (4) Bei den Instagram-Beiträgen der Bekl. handelt es sich allerdings nicht um kommerzielle Kommunikation i.S.d. § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG, sodass das beanstandete geschäftliche Handeln der Bekl. zu Gunsten fremder Unternehmen nicht gegen diese Vorschrift verstößt.

83 Kommerzielle Kommunikation ist gem. § 2 S. 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 S. 1 Nr. 5 lit. 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 insb. ohne finanzielle Gegenleistung gemacht werden. Gemäß einer Ergänzung in § 2 S. 1 Nr. 5 lit. b TMG durch das Gesetz zur Änderung des Telemediengesetzes und weiterer Gesetze v. 19.11.2020 umfasst dies auch solche unabhängig und insb. ohne finanzielle Gegenleistung oder sonstige Vorteile von natürlichen Personen gemachten Angaben, die eine unmittelbare Verbindung zu einem Nutzerkonto von weiteren natürlichen Personen bei Diensteanbietern ermöglichen.

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

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

86 (1) Dieser Normvorrang folgt in der hier zu beurteilenden Konstellation zwar nicht aus Art. 3 Abs. 4 RL 2005/29/EG, der für den Fall, dass die Bestimmungen dieser RL mit anderen Rechtsvorschriften der Union, die besondere Aspekte unlauterer Geschäftspraktiken regeln, kollidieren, bestimmt, dass die Letzteren vorgehen und für diese besonderen Aspekte maßgebend sind. Das hier in Rede stehende geschäftliche Handeln zu Gunsten eines fremden Unternehmens fällt nicht in den Anwendungsbereich der RL 2005/29/EG. Diese erfasst nur Geschäftspraktiken eines Gewerbetreibenden im Zusammenhang mit der Förderung des Absatzes und dem Verkauf seiner eigenen Produkte und Dienstleistungen oder Geschäftspraktiken eines Wirtschaftsteilnehmers, die von einem anderen Unternehmen ausgeübt werden, das jedoch im Namen oder Auftrag dieses Wirtschaftsteilnehmers tätig werden muss (vgl. *EuGH*, a.a.O., Rn. 36 bis 38 – RLvS; *BGH*, a.a.O., Rn. 13 – GOOD NEWS II; a.a.O., Rn. 26 – Bezugsquellen für Bachblüten; a.a.O., Rn. 12 – GRAZIA StyleNights). Deshalb liegt im Streitfall keine Kollision der unionsrechtlichen Bestimmungen des Art. 7 Abs. 2 RL 2005/29/EG (§ 5a Abs. 6 UWG) und des Art. 6 lit. a RL 2000/31/EG (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG) i.S.d. Art. 3 Abs. 4 RL 2005/29/EG vor.

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

88 In der Rspr. des *BGH* ist anerkannt, dass bereichsspezifische Vorschriften den Anwendungsbereich allgemeiner lauterkeitsrechtlicher Bestimmungen einschränken können. So kommt etwa die Annahme einer Informationspflichtverletzung nach der allgemeinen Vorschrift des § 5a Abs. 2 und 3 UWG im Falle der Textilkennzeichnung nicht in Betracht, wenn nach der über § 3a UWG lauterkeitsrechtlich zur Wirkung kommenden textilkennzeichnungsrechtlichen Spezialvorschrift die Voraussetzungen einer Informationspflichtverletzung nicht vorliegen (*BGH U. v. 24.3.2016 – I ZR 7/15*, Rn. 20 – Textilkennzeichnung; zum Vorrang unionsrechtlicher Bestimmungen, die besondere Aspekte unlauterer Geschäftspraktiken regeln, gem. Art. 3 Abs. 4 RL 2005/29/EG vgl. ferner *BGH U. v. 10.11.2016 – I ZR 29/15*, Rn. 15 – Hörgeräteausstellung; *B. v. 25.6.2020 – I ZR 176/19*, Rn. 47 – Zigarettenausgabeautomat; zu § 1 Abs. 2 UWG i.d.F.

des Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht vgl. schließlich die Begr. des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 19/27873, 31).

89 § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG stellt eine solche bereichsspezifische Spezialvorschrift dar, die für den Bereich der Telemedien die Anforderungen an die Erkennbarkeit der kommerziellen Kommunikation festlegt. Weil es sich bei dieser Vorschrift um eine Marktverhaltensregelung handelt, die über den Tatbestand des § 3a UWG lauterkeitsrechtlich zur Wirkung gelangt (vgl. *OLG Nürnberg GRUR-RR 2019, 170 (172)* [= MMR 2019, 458], Rn. 43; *LG Berlin MMR 2018, 543 (545)*, Rn. 35; *Köhler, a.a.O.*, § 3a Rn. 1.310a und § 5a Rn. 7.80g; *MüKo UWG/Schaffert*, 3. Aufl., § 3a Rn. 479; *Großkomm.UWG/Pahlow, a.a.O.*, § 3a Rn. 260; *Sosnitza, a.a.O.*, Rn. 93; v. *Jagow*, in: *Harte/Henning, a.a.O.*, § 3a Rn. 115; *Ahrens, a.a.O.*, § 70 Rn. 100; *Fries, a.a.O.*, S. 131), dürfen die in der bereichsspezifischen Vorschrift des § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG zum Ausdruck kommenden speziellen medienrechtlichen Wertungen durch die Anwendung der allgemeinen lauterkeitsrechtlichen Vorschrift des § 5a Abs. 6 UWG nicht unterlaufen werden.

90 Die Vorschrift des § 6 Abs. 5 TMG, nach der die Vorschriften des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb unberührt bleiben, steht dieser Sichtweise nicht entgegen. Aus § 6 Abs. 5 TMG folgt zum einen, dass ein gegen § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG verstoßendes Verhalten auch nach den Vorschriften des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (etwa §§ 3a, 5a Abs. 6 UWG) verboten werden kann. Zum anderen stellt § 6 Abs. 5 TMG klar, dass nach § 6 Abs. 1 bis 4 TMG ordnungsgemäß gekennzeichnete kommerzielle Kommunikation unter anderen lauterkeitsrechtlichen Gesichtspunkten als dem der Erkennbarkeit kommerzieller Kommunikation durchaus (etwa als irreführend i.S.d. § 5 UWG) verboten werden kann (vgl. *Micklitz/Schirmbacher*, in: *Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien*, 4. Aufl., § 6 TMG Rn. 12).

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

92 (1) Nach § 58 Abs. 1 S. 1 RStV muss Werbung als solche klar erkennbar und vom übrigen Inhalt der Angebote eindeutig getrennt sein. Dieser Regelung entspricht § 22 Abs. 1 S. 1 MStV v. 14. bis 28.4.2020 (Bay. GVBl. 450), der mit Wirkung v. 7.11.2020 an die Stelle des Rundfunkstaatsvertrags getreten ist. Beide Vorschriften sind auf Werbung in Telemedien anwendbar, da sie im VI. Abschnitt des Rundfunkstaatsvertrags bzw. im 2. Unterabschnitt MStV enthalten sind, die jeweils den Titel „Telemedien“ tragen.

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

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

95 Diese Definition ist auch auf den Begriff der Werbung in Telemedien gem. § 58 Abs. 1 RStV anzuwenden. Dass § 2 Abs. 2 Nr. 7 RStV dem Wortlaut nach nur Werbung „im Rundfunk“ erfasst, stellt eine systematische Schwäche (vgl. Begr. zum Staatsvertrag zur Modernisierung der Medienordnung in Deutschland, Drs. 18/7640 des Bayerischen Landtags, 82) bzw. einen re-

daktionellen Fehler (vgl. *OLG München MMR 2020, 772 (775)* m. Anm. *Eibenstein*) dar. Die dadurch entstandene Lücke ist durch eine entsprechende Anwendung des § 2 Abs. 2 Nr. 7 RStV zu schließen (vgl. *jurisPK-Internetrecht/Paschke*, 6. Aufl., Kap. 4.5 Rn. 175; *Tenkhoff, „In-Game-Advertising“ – Grenzen der Werbemaßnahmen in Computerspielen unter dem Gesichtspunkt des lauterkeitsrechtlichen Verbraucherschutzes*, 2013, S. 121; *Fries, a.a.O.*, S. 109 f.; *Enthoven, Schleichwerbung als Medienrechtsproblem*, 2020, S. 129; *Zurth/Pless, ZUM 2019, 457*, Rn. 9; *Radtkel/Camen, WRP 2020, 24*, Rn. 39; *OLG München MMR 2020, 772 (775)* m. Anm. *Eibenstein*; a.A. *Mallik, ProductPlacement in den Massenmedien*, 2009, S. 202; *Holzgraefe, Werbeintegration in Fernsehsendungen und Videospielen*, 2010, S. 363; *Kempe, Die Geltung des Trennungsgrundsatzes im Internet*, 2017, S. 166).

96 Dementsprechend wird der Begriff der Werbung nun auch in § 2 Abs. 2 Nr. 7 MStV als jede Äußerung definiert, die der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes von Waren und Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, oder des Erscheinungsbilds natürlicher oder juristischer Personen, die einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachgehen, dient und gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung oder als Eigenwerbung im Rundfunk oder in einem Telemedium aufgenommen ist.

97 Da die Bekl. für die beanstandeten Instagram-Beiträge keine Gegenleistungen erhalten hat, stellen sie keine Werbung im o.g. Sinne dar und unterliegen nicht dem Erfordernis der Erkennbarkeit gem. § 58 Abs. 1 S. 1 RStV bzw. § 22 Abs. 1 S. 1 MStV.

98 (3) Die Anwendung anderer Vorschriften des Rundfunkstaatsvertrags oder des MStV zur Regelung von Werbung oder Sponsoring scheidet im Streitfall aus. So finden §§ 7, 8 RStV und §§ 8, 10 MStV keine Anwendung, da sie sich nur auf Werbung im Rundfunk und nicht in Telemedien beziehen (vgl. § 1 Abs. 1 Hs. 2 RStV bzw. die Stellung von §§ 8, 10 MStV im 1. Unterabschnitt mit dem Titel „Rundfunk“; *Zurth/Pless, GRUR-RR 2019, 335*; *OLG München MMR 2020, 772 (775)* m. Anm. *Eibenstein*). Diese Vorschriften können auch nicht über die Verweise in § 58 Abs. 3 S. 1 RStV bzw. § 74 S. 1 MStV Anwendung finden. § 58 Abs. 3 S. 1 RStV gilt nur für Telemedien mit Inhalten, die nach Form und Inhalt fernsehähnlich sind, und § 74 S. 1 MStV gilt nur für rundfunkähnliche Telemedien, wobei es sich gem. § 2 Abs. 2 Nr. 13 MStV um Telemedien mit Inhalten handelt, die nach Form und Gestaltung hörfunk- oder fernsehähnlich sind. Fernsehähnlich bzw. hörfunkähnlich ist ein Inhalt nur dann, wenn er wie das Fernsehen über bewegte Bilder (vgl. Erwägungsgrund 23 S. 1 und Art. 1 Abs. 1 lit. b RL 2010/13/EU zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste) bzw. wie der Hörfunk über eine Tonübertragung verfügt und nicht alleine aus „stehenden“ Texten und Bildern besteht (vgl. *BGH U. v. 30.4.2015 – I ZR 13/14* [= MMR 2015, 842 m. Anm. *Klein*], Rn. 66 – Tagesschau-App). Bloße statische Fotoseiten mit Text wie im Streitfall fallen daher nicht darunter (vgl. *Gerecke, GRUR 2018, 153 (154)*; *Peifer, GRUR 2018, 1218 (1222)*; *Zurth/Pless, GRUR-RR 2019, 335*; *Zurth/Pless, ZUM 2019, 457 (463)*; *OLG München MMR 2020, 772 (775)* m. Anm. *Eibenstein*).

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

100 Die Vorschriften des § 58 Abs. 1 S. 1 RStV und des § 22 Abs. 1 S. 1 MStV regeln ebenfalls bereichsspezifisch die Anforderungen an die Erkennbarkeit von Werbung in Telemedien. Da auch diese Vorschriften als Marktverhaltensregelungen i.S.v.

§ 3a UWG (vgl. Köhler, a.a.O., § 3a Rn. 2.73; BeckOK UWG/Niebel, 12. Ed., Stand: 1.5.2021, § 3a Rn. 103; Ritlewski, a.a.O., Rn. 180g; Seichter, a.a.O., Rn. 40; Bruhn, in: Gloy/Loschelder/Danckwerts, a.a.O.; Ahrens, a.a.O., § 70 Rn. 100) lauterkeitsrechtlich zur Wirkung kommen, dürfen die in ihnen zum Ausdruck kommenden spezifischen medienrechtlichen Wertungen nicht durch die Anwendung der allgemeinen lauterkeitsrechtlichen Vorschrift des § 5a Abs. 6 UWG unterlaufen werden (vgl. Bruhn, a.a.O.; Meyer, a.a.O., Rn. 334; a.A. Köhler, a.a.O., § 5a Rn. 7.16; BeckOK Informations- und Medienrecht/Fiedler, 32. Ed., Stand: 1.2.2021, § 22 MStV Rn. 1; Fries, a.a.O., S. 131; Fuchs/Hahn, MMR 2016, 503 (504); Reinholz/Schirmbacher, K&R 2017, 753 (754); Gerecke, GRUR 2018, 153 (154); Troge, GRUR-Prax 2018, 87; Leeb/Maisch, ZUM 2019, 29 (31)).

101 3. Das *Berufungsgericht* hat auch mit Recht angenommen, dass dem Kl. keine Unterlassungsansprüche wegen einer Unlauterkeit nach § 3a UWG i.V.m. § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG oder § 58 Abs. 1 S. 1 RStV und § 22 Abs. 1 S. 1 MStV zustehen.

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

103 b) In Bezug auf die Veröffentlichung der Instagram-Beiträge i.R.e. geschäftlichen Handlung zur Förderung des eigenen Unternehmens der Bekl. liegt ebenfalls kein Verstoß gegen § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG oder § 58 Abs. 1 S. 1 RStV und § 22 Abs. 1 S. 1 MStV vor.

104 aa) Ein Verstoß gegen § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG oder § 58 Abs. 1 S. 1 RStV und § 22 Abs. 1 S. 1 MStV ist allerdings nicht deshalb ausgeschlossen, weil es im Streitfall an einer Gegenleistung fehlt. Die o.g. Vorschriften setzen im Fall der Eigenwerbung das Gewähren einer Gegenleistung nicht voraus.

105 (1) Die Ausnahmeregelung gem. § 2 S. 1 Nr. 5 lit. b TMG, die der Umsetzung von Art. 2 lit. f 2. Spiegelstrich RL 2000/31/EG dient, wonach Angaben in Bezug auf Waren und Dienstleistungen oder das Erscheinungsbild eines Unternehmens, einer Organisation oder Person, die unabhängig und insb. ohne finanzielle Gegenleistung gemacht werden, als solche keine Form der kommerziellen Kommunikation darstellen, bezieht sich nur auf kommerzielle Kommunikation zu Gunsten fremder Unternehmen. Angaben in Bezug auf Waren oder Dienstleistungen, die der Förderung des eigenen Unternehmens dienen, nimmt der Unternehmer in aller Regel „unabhängig“ vor und ohne, dass er dafür von jemandem eine Gegenleistung erhält. Es entspricht nicht dem Sinn und Zweck der Regelung, weite Teile der kommerziellen Kommunikation aus dem Anwendungsbereich des Telemediengesetzes bzw. der RL 2000/31/EG auszunehmen. Die Ausnahmeregelung erfasst daher nur Fälle, in denen die kommerzielle Kommunikation von unabhängigen Dritten zu Gunsten fremder Unternehmen vorgenommen wird, z.B. durch die Tätigkeit von Privatpersonen, die im Internet Informationen zu bestimmten Themen oder Warenarten anbieten, oder durch Warentestberichte unabhängiger Institute (vgl. Begr. zum Regierungsentwurf eines Gesetzes über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr, BT-Drs. 14/6098, 16; Martini, a.a.O., Rn. 29; Ricke, in: Spindler/Schuster, a.a.O., § 2 TMG Rn. 16; Spindler, a.a.O., Rn. 47; Roßnagel/Gitter, Beck'scher Komm. zum Recht der Telemediendienste, § 2 TMG Rn. 27).

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

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

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

109 4. Dem Kl. steht schließlich auch kein Unterlassungsanspruch wegen einer Unzulässigkeit der geschäftlichen Handlungen der Bekl. nach § 3 Abs. 3 UWG i.V.m. Nr. 11 der Anlage zu § 3 Abs. 3 UWG zu.

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

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

Anmerkung

RA Dr. Paul Klickermann, FA für Urheber- und Medienrecht
KLÄNER Rechtsanwälte, Koblenz

Von den drei Influencer-Urteilen des *BGH*, die am gleichen Tag gefallen sind, stand das „Cathy Hummels-Urteil“ wegen des medialen Bekanntheitsgrads in einem besonderen Fokus. Rechtlich ist dieses Urteil zusammen mit dem ähnlich gelagerten Fall „Hanne“ (I ZR 125/20 = MMR 2021, 886 – Influencer II – in diesem Heft) deshalb bemerkenswert, da es beiden Influencerinnen gelungen ist, sich gegen eine Pflicht zur Werbekennzeichnung ihrer Instagram-Beiträge durchzusetzen.

Kernfrage im Influencer-Recht ist, wann Influencer*innen ihre Postings als Werbung kennzeichnen müssen. Im Zentrum steht insb. die Norm des § 5a Abs. 4 UWG. Hiernach handelt unlauter, wer den kommerziellen Zweck einer geschäftlichen Handlung nicht kenntlich macht, sofern sich dies nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt und die fehlende Werbekennzeichnung den Verbraucher zu einer Kaufentscheidung veranlasst, die er sonst nicht getroffen hätte. Der *BGH* hat die Revision des *Verbands Sozialer Wettbewerb e.V. (VSW)* zurückgewiesen, da zu Gunsten des eigenen Unternehmens der Influencerin der kommerzielle Zweck ihrer Beiträge erkennbar und zu Gunsten fremder Unternehmen keine Gegenleistung erfolgte.

Die lang ersehnte Entscheidung des *BGH* zum Influencer-Marketing fällt zwar differenziert aus, jedoch kann das Urteil zusammen mit den beiden übrigen *BGH*-Urteilen (I ZR 125/20 = MMR 2021, 886 – Influencer II – in diesem Heft und I ZR 90/20 = MMR 2021, 875 – Influencer I – in diesem Heft) als „Guideline“ für die Social-Media-Branche genutzt werden, um mehr Rechtssicherheit zu haben. Alle Rechtsfragen konnten jedoch noch nicht abschließend geklärt werden. Dafür ist aber auch das Influencer-Recht zu facettenreich. Schließlich hat sich der *BGH* solche Influencerinnen ausgesucht, die eine hohe Followerzahl haben.

Schaut man sich die Urteile der Vorinstanzen aus München an, so fällt schon auf, dass unterschiedliche Wege der Prüfung zum gleichen Ergebnis geführt haben. Streitgegenständlich waren vier Postings von Produkten, die nicht als Werbung gekennzeichnet, aber mit sog. „Tag Taps“ versehen waren. Eine Gegenleistung hatte die Influencerin nicht erhalten.

Während noch das *LG München I* (MMR 2019, 544) i.R.d. Erkennbarkeit des gewerblichen Handelns auf Indizien wie den blauen Verifizierungshaken beim Instagram-Profil und die hohe Followerzahl abstellte, hatte das *OLG München* (MMR 2020, 772 m. Anm. *Eibenstein* – Blauer Plüschelafant) in den Instagram-Beiträgen schon keine geschäftliche Handlung i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG gesehen, da die Posts dem Informationsinteresse der Follower*innen dienten. Selbst bei Unterstellen einer geschäftlichen Handlung – so das *OLG München* – wäre der kommerzielle Zweck der Handlung unmittelbar aus den Umständen erkennbar gewesen (a.a.O.).

Der *BGH* hat in seiner Entscheidung nunmehr festgestellt, dass es zwar bei den Instagram-Beiträgen nicht an einer geschäftlichen Handlung fehle, jedoch werde eine Unlauterkeit, insb. wegen Verstößen gegen §§ 5a Abs. 6, 3a UWG, verneint. In Fortführung der Rspr. des *BGH* (GRUR 2016, 1068) wird auch auf das Verhältnis der Lauterkeitsregelung des UWG zu den bereichsspezifischen Marktverhaltensregelungen für Telemedien nochmals eingegangen, die den Anwendungsbereich des § 5a Abs. 6 UWG beschränken. Sowohl § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG als auch § 58 RStV und § 22 Abs. 1 S. 1 MStV setzen für Werbung in den Telemedien eine Gegenleistung für werbliche Handlungen zu Gunsten fremder Unternehmen voraus. Für die Eigenwerbung ist die Erfüllung dieses Tatbestands nicht erforderlich.

Der *BGH* unterscheidet in seiner Beurteilung zu den Instagram-Beiträgen zwischen Eigenwerbung und Werbung für fremde Unternehmen. Wer mittels Social Media (hier: Instagram) Waren oder Dienstleistungen anbietet oder den eigenen Werbewert vermarktet, betreibt grds. ein Unternehmen. Der Betrieb eines Instagram-Profiles, das dazu geeignet ist, den Marktwert der Influencerin zu steigern, ist unabhängig davon eine geschäftliche Handlung zur Förderung des eigenen Unternehmens, ob darin redaktionelle Beiträge veröffentlicht werden. Auf die subjektive Wettbewerbsförderungsabsicht kommt es nicht an.

Im Streitfall stand – so der *BGH* – der eigennützige kommerzielle Zweck der Veröffentlichungen durch die Influencerin im Vordergrund, da diese sich zu Gunsten der angebotenen Werbeleistungen auswirken. Der Steigerung ihres Werbewert stand nicht entgegen, dass diese Handlungen ohne Gegenleistung erbracht wurden, denn der unentgeltliche Charakter ist für die Förderung des eigenen Unternehmens unerheblich.

Die Annahme des *OLG München*, die Beiträge gehörten zum redaktionellen Teil, ist vom *BGH* zurückgewiesen worden, da die Inhalte der Instagram-Beiträge der Influencerin nicht in vollem Umfang gewürdigt wurden. Der *BGH* greift in diesem Zusammenhang auf Kriterien zurück, die für die Einordnung scheinbar redaktioneller Presseartikel als werblich entwickelt wurden. Nur wenn der redaktionelle Beitrag allein der Information und Meinungsbildung seiner Adressaten dient, stehen diese unter dem besonderen Schutz der Pressefreiheit, nicht aber, wenn ein werblicher Überschuss besteht.

Zu Gunsten eines fremden Unternehmens liegt in der Veröffentlichung von Beiträgen gegen Erhalt einer Gegenleistung immer eine geschäftliche Handlung, die zur Kennzeichnungspflicht führt. Hat – wie vorliegend – die Influencerin allerdings

keine Gegenleistung erhalten, kommt es für die Kennzeichnungspflicht darauf an, wie werblich das Posting ist. Die Wertung des werblichen Überschusses ergibt sich aus einer Würdigung der Gesamtumstände des Einzelfalls. Das Zusammenwirken der relevanten Umstände mit den Gestaltungsmerkmalen wie geposteten Produktfotos, redaktionellem Kontext oder die Verlinkung auf ein fremdes Unternehmen ist bei der Beurteilung zu berücksichtigen.

Wann ein werblicher Überschuss angenommen wird, wurde in der PM des *BGH* v. 9.9.2021 (Nr. 170/2021) kurz erläutert, aber kritisch von den Fachkreisen aufgenommen. Der *BGH* hatte nämlich zwischen „Tap Tags“ und der Verlinkung auf die Herstellerseite des abgebildeten Produkts differenziert. Allein die Verlinkung eines Produkts durch „Tap Tags“ reicht laut *BGH* für die Annahme eines werblichen Überschusses nicht aus. Verlinkungen auf die Internetseite der Produkthersteller sollen allerdings als Indiz für einen werblichen Überschuss zu werten sein.

Diese Differenzierung mit unterschiedlichen Rechtsfolgen für die Kennzeichnungspflicht ist für die Social-Media-Branche deshalb von erheblicher Bedeutung, da solche „Tap Tags“, die Links auf Unternehmensseiten enthalten, üblich sind. Hierbei sollte man wissen, dass es sich bei „Tap Taps“ um Verlinkungen auf Instagram-Posts handelt. Verlinkungen auf Instagram-Accounts von Unternehmen werden erst dann sichtbar, wenn die Nutzer*innen auf das entsprechende Posting klicken. Da „Tap Tags“ auf Instagram mit der Verlinkung auf ein Instagram-Profil einhergehen, war man gespannt auf die nunmehr vorliegenden Entscheidungsgründe. Der *BGH* stellt bei „Tap Tags“ auf den Informationsgehalt zum abgebildeten Produkt ab und sieht keinen werblichen Überschuss bei Instagram-Beiträgen, selbst dann nicht, wenn eine erhebliche Followerzahl bestehen würde. Angaben im „Tap Tag“ – so der *BGH* – können weiterführende Informationen zum Text- oder Bildbeitrag bieten, indem etwa der Hersteller des abgebildeten Produkts genannt wird. Hat der „Tap Tag“ allerdings aus Sicht des Durchschnittsverbrauchers beim Besuch des Instagram-Profiles keinen erkennbaren Bezug zum Text- oder Bildbeitrag, wird dies in der Regel für eine geschäftliche Handlung zu Gunsten des fremden Unternehmens sprechen. Der Leser des Instagram-Beitrags gelangt durch das Anwählen der Verlinkung direkt in den werblichen Einflussbereich des Herstellerunternehmens.

Der werbliche Überschuss wird nach dem *BGH* nicht nur dann angenommen, wenn auf die Internetseite des Herstellers zum Erwerb des Produkts verwiesen wird, sondern auch dann, wenn der Verweis auf die Internetseite den Erwerb nicht unmittelbar ermöglicht. Die Förderung des Absatzes von Drittunternehmen soll darin liegen, dass der Zugang des Verbrauchers zu den Produkten des Herstellerunternehmens erleichtert oder beschleunigt wird. Der *BGH* beschränkt somit den werblichen Überschuss wohl nicht auf eine unmittelbare Verlinkung auf die Internetseite des Herstellers, sondern fokussiert sich auf den werblichen Einfluss eines Unternehmens. Da „Tap Tags“ üblicherweise sowohl auf die Produkte als auch auf Instagram-Accounts von Unternehmen verlinken, wird die Zukunft weisen, ob eine solche Unterscheidung zwischen „Tap Tags“ und Verlinkung überhaupt praxistauglich ist.

Für die Social-Media-Branche wäre es sicherlich auch praxisrelevant gewesen, wenn sich der *BGH* mit der Frage befasst hätte, wie die Kennzeichnung in der konkreten Ausgestaltung zu erfolgen hat, wenn zwar eine Verlinkung auf das Unternehmen, aber keine Gegenleistung durch das Unternehmen (z.B. nur selbsterworbene Produkte), erfolgt ist. Hierzu hatte sich noch das *LG München I* als Vorinstanz geäußert (a.a.O.).

Die aktuellen Entscheidungen des *BGH* zum Influencer-Recht haben keine unmittelbaren Auswirkungen auf die Gesetzesanpassung des § 5a UWG (zukünftig § 5a Abs. 4 UWG n.F.) ab Inkrafttreten zum 28.5.2022, da die Gründe nicht im Gegensatz zum Willen des Gesetzgebers stehen. Nach dem neuen Rechtsrahmen soll nämlich vermieden werden, dass alle Postings der Influencer*innen als Werbung gekennzeichnet werden müssen. Ein kommerzieller Zweck bei einer Handlung zu Gunsten eines fremden Unternehmens liegt demnach dann nicht mehr vor, wenn der Handelnde kein Entgelt oder keine ähnliche Gegenleistung von dem fremden Unternehmen erhält oder versprechen lässt. Bei der Eigenwerbung wird es wohl bei der Rspr. bleiben, dass sich der kommerzielle Zweck aus den Umständen ergeben kann und dann eine Kennzeichnungspflicht entbehrlich ist. Spannend wird bleiben, wie die Vermutungsregelung in der Praxis umgesetzt wird, wonach Influencer*innen widerlegen können, dass ihnen keine Gegenleistung gewährt oder versprochen wurde.

Die Werbekennzeichnung im Influencer-Marketing bleibt somit auch nach den Entscheidungen des *BGH* weiter im Fluss. Posts können zwar werblich wirken, müssen aber nicht immer Werbung sein.