Kommunikation & Recht

Betriebs-Berater für
● Medien ● Telekommunikation ● Multimedia

5
K&R

Sind aller guten Dinge drei? – Neuer Mechanismus für transatlantische Datenübermittlungen auf dem Weg...
Jan Spittka

305 Kartellrechtliche Compliance-Risiken bei der Nutzung von Dynamic Pricing
Dr. Kim Manuel Künstner

311 Das neue Schuldrecht – Teil 4: Die Umsetzung der Modernisierungsrichtlinie im BGB und EGBGB
Prof. Dr. Felix Buchmann und **Chiara Panfili**

318 Entwicklungen im zivilrechtlichen Telekommunikationsrecht im Jahr 2021
Dr. Thomas Sassenberg, Dr. Reto Mantz und **Dr. Gerd Kiparski**

325 Rechtsverletzungen von Privatpersonen durch 3D-Druck?
Dr. Bernd Lorenz

331 § 3a NetzDG und das Herkunftslandprinzip
Dr. Timo Handel

333 Länderreport Schweiz
Lukas Bühlmann

336 **EuGH:** Bestellbutton muss eindeutig auf Zahlungsverpflichtung hinweisen

341 **EuGH:** Speichermedienvergütung beim Cloud-Computing

345 **EuGH:** Anlasslose Vorratsdatenspeicherung zur Bekämpfung schwerer Kriminalität unzulässig

360 **BGH:** Influencer III: Kommerzielle Kommunikation und Werbung durch Influencer-Bericht
mit Kommentar von **Michael Terhaag** und **Christian Schwarz**

377 **OLG Frankfurt a. M.:** Basis-Signal von Fußballspiel-Übertragungen genießt Urheberrechtsschutz

25. Jahrgang | Mai 2022 | Seiten 305 – 384

dfv Mediengruppe · Frankfurt am Main

neten Notenschnitt führen, angegeben ist. Damit ist für Dritte transparent, ob sich ein einzelner unzufriedener Patient geäußert hat oder ob eine Vielzahl von Patienten zu der Note beigetragen haben. Es liegt in der Natur der Sache, dass bereits länger praktizierende Ärzte einen größeren Patientenkreis mit guten oder schlechten Erfahrungen aufweisen als Berufsanfänger. Eine Verzerrung der Bewertungen folgt daraus nicht.

40 (hh) Die Revision macht weiter geltend, die Anonymität im Internet führe zu unsachlichen oder polemischen Äußerungen. Dem Arzt sei nur die Abwehr beleidigender oder verleumderischer Kommentare über die Beklagte möglich, deren Reaktion sich auf die Löschung der Kommentare beschränke. Eine Rufschädigung drohe aber bereits am ersten Tag des Eintrags. Diese könne der Arzt, selbst wenn er die Beklagte zur Löschung auffordere, nicht verhindern.

41 Die Klägerin ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts den dargestellten Gefahren des Bewertungsportals nicht schutzlos ausgeliefert. Sie kann unwahren Tatsachenbehauptungen und beleidigenden oder sonst unzulässigen Bewertungen dadurch begegnen, dass sie sich an die Beklagte wendet und die Beseitigung des Inhalts verlangt. Weist die Beklagte die Forderung zurück, kann sie die Beklagte gerichtlich, ggf. auch im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes, in Anspruch nehmen (vgl. Senatsurteil vom 23. 9. 2014 – VI ZR 358/13, [K&R 2014, 802 ff. =] BGHZ 202, 242 Rn. 36 – Ärztebewertung II). Bei beleidigenden oder verleumderischen Kommentaren hat die Klägerin zudem nach § 21 Abs. 2, 3 des Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetzes (TTDSG) einen Auskunftsanspruch gegen die Beklagte über die dort vorhandenen Bestandsdaten mit dem Ziel, die Identität des Rechtsverletzers festzustellen, um zivilrechtliche Ansprüche gegen ihn durchsetzen zu können (vgl. Ettig in Taeger/Gabel, TTDSG, 4. Aufl., § 21 Rn. 12 ff.; zur Vorgängervorschrift § 14 Abs. 3, 4 TMG Senatsbeschluss vom 24. 9. 2019 – VI ZB 39/18, [K&R 2020, 66 ff. =] BGHZ 223, 168 Rn. 50 ff.; BVerfG, Beschl. v. 19. 12. 2021 – 1 BvR 1073/20, juris Rn. 25). Dass unzulässige Äußerungen nicht sofort nach ihrer Einstellung wieder gelöscht werden, ist allerdings ein von den Betroffenen hinzunehmender, systemimmanenter Umstand.

42 b) Auch der Löschungsgrund des Art. 17 Abs. 1 lit. c DSGVO ist nicht gegeben. Denn für die von der Klägerin angegriffene Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten liegen jedenfalls vorrangige berechtigte Gründe im Sinne des Art. 17 Abs. 1 lit. c Halbsatz 1 DSGVO vor. Die auch insoweit gebotene Gesamtabwägung führt zu keinem anderen Ergebnis als die unter a) zu Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f vorgenommene Abwägung (vgl. Senatsurteile vom 27. 7. 2020 – VI ZR 405/18, [K&R 2020, 749 ff. =] BGHZ 226, 285 Rn. 24 m. w. N.; vom 12. 10. 2021 – VI ZR 488/19, WRP 2022, 193 Rn. 68 und VI ZR 489/19, WRP 2022, 203 Rn. 71).

43 II. Im Hinblick auf den Anwendungsvorrang des vorliegend unionsweit abschließend vereinheitlichten Datenschutzrechts und die bei Prüfung des Löschungsanspruchs nach Art. 17 DSGVO vorzunehmende umfassende Grundrechtsabwägung kann die Klägerin ihren Anspruch auf Löschung der Basisdaten auch nicht auf Vorschriften des nationalen deutschen Rechts stützen (vgl. Senatsurteile vom 27. 7. 2020 – VI ZR 405/18, [K&R 2020, 749 ff. =] BGHZ 226, 285 Rn. 64 m. w. N.; vom 12. 10. 2021 – VI ZR 488/19, WRP 2022, 193 Rn. 69 und VI ZR 489/19, WRP 2022, 203 Rn. 72; Nolte/Werkmeister in Gola, DSGVO, 2. Aufl., Art. 17 Rn. 73).

44 C. Soweit sich die Revision der Klägerin gegen die Abweisung des Hilfsantrags richtet, ist sie unzulässig. Das Berufungsgericht hat die Zulassung der Revision wirksam auf die Frage beschränkt, ob der Klägerin der mit dem Hauptantrag geltend gemachte Anspruch zusteht. Die Beschränkung der Revisionszulassung hat zur Folge, dass der Streitstoff, soweit er von der Zulassung nicht erfasst wird, nicht der Prüfungskompetenz des Revisionsgerichts unterliegt (vgl. Senatsurteil vom 17. 12. 2013 – VI ZR 211/12, [K&R 2014, 265 ff. =] VersR 2014, 381 Rn. 58 [insoweit in BGHZ 199, 237 nicht abgedruckt] – Sächsische Korruptionsaffäre). […]

Influencer III: Kommerzielle Kommunikation und Werbung durch Influencer-Bericht

BGH, Urteil vom 13. 1. 2022 – I ZR 35/21

Volltext-ID: KuRL2022-360, www.kommunikationundrecht.de

Verfahrensgang: OLG Köln, 19. 2. 2021 – 6 U 103/20, K&R 2021, 281 ff.; LG Köln, 21. 7. 2020 – 33 O 138/19

§ 22 Abs. 1 S. 1 MStV; Art. 2 lit. f, Art. 6 lit. a RL 2000/31/EG; Art. 11 RL 2010/13/EU; § 58 Abs. 1 S. 1 RStV; § 1, § 2, § 6 TMG; § 2, § 3, § 5a, § 8 UWG

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 S. 1 Nr. 5 lit. 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, Urt. v. 9. 9. 2021 – I ZR 90/20, [K&R 2021, 797 ff. =] GRUR 2021, 1400 = WRP 2021, 1415 – Influencer I; Urt. v. 9. 9. 2021 – I ZR 125/20, [K&R 2021, 806 ff. =] GRUR 2021, 1414 = WRP 2021, 1429 – Influencer II). (Leitsatz des Gerichts)

Sachverhalt

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.

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 jewei-

ligen 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.

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.

Im vorliegenden Rechtsstreit beanstandet der Kläger drei Veröffentlichungen als unlauter, die am 2. 10. 2019 auf dem Instagram-Profil der Beklagten abrufbar waren. Der Kläger forderte die Beklagte mit Schreiben vom 9. 10. 2019 zur Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von 10 200 € und zur Abgabe einer neuen Unterlassungsverpflichtungserklärung mit einem Vertragsstrafeversprechen von mindestens 6000 € für einen künftigen Verstoß auf. Die Beklagte verpflichtete sich lediglich hinsichtlich der dritten Veröffentlichung „im Hinblick auf den vorzitierten Begleittext" zur Unterlassung.

Das LG 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 Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, die Abweisung der Klage erreichen.

Aus den Gründen

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 […]

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. […]

26 II. Das Berufungsgericht hat den geltend gemachten Unterlassungsanspruch gemäß § 8 Abs. 1 S. 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 […] 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. […]

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, m. w. N.).

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 BGH ist der Betrieb eines Instagram-Profils, 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, m. w. N.). 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 lit. d der RL 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 lit. f der RL 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-Profils ihre Bekanntheit und ihr Werbewert gesteigert und das Interesse von Drittunternehmen an einer Kooperation geweckt werden.

34 Der Betrieb eines solchen Instagram-Profils 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 BGH 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. […] (vgl. BGH, GRUR 2021, 1400 Rn. 59 f. und 65 bis 67 – Influencer I, m. w. N.). 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 […] 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 […] dokumentierten Handlungen als nach § 5a Abs. 6 UWG unlautere geschäftliche Handlungen angesehen […]

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 ihres 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 diente. Der kommerzielle Zweck ist, wie der BGH 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 m. w. N.).

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 BGH ist eine Kennzeichnung des kommerziellen Zwecks dann nicht erforderlich, wenn das äußere Erscheinungsbild der geschäftlichen Handlung so gestaltet wird, dass die durchschnittlich informierten, situationsadäquat aufmerksamen und verständigen Verbraucher, die zur angesprochenen Gruppe gehören, den kommerziellen Zweck klar und eindeutig auf den ersten Blick – und nicht erst nach einem analysierenden Studium – erkennen können. Nicht ausreichend ist daher, wenn sich der werbliche Charakter eines Beitrags dem Verbraucher erst erschließt, wenn er ihn bereits zur Kenntnis genommen hat, denn dann ist er der Anlockwirkung bereits erlegen, die das Kennzeichnungsgebot gerade unterbinden soll, und war er der Werbebotschaft unvorbereitet ausgesetzt. Die Kennzeichnung soll dem Verbraucher gerade die Möglichkeit verschaffen, sich auf den kommerziellen Charakter der Handlung einzustellen, damit er sie von vornherein kritisch beurteilen oder sich ihr ganz entziehen kann (vgl. BGH, GRUR 2021, 1400 Rn. 87 bis 89 – Influencer I; GRUR 2021, 1414 Rn. 34 bis 36 – Influencer II, jeweils m. w. N.).

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, m. w. N.). 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, Urt. v. 9. 9. 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 Entgelt-

finanzierung 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) a. E.]).

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. […]

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 Kennzeichnungsverstoßes sprechen (vgl. BGH, GRUR 2021, 1400 Rn. 98 – Influencer I, m. w. N.). 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 BGH 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 S. 1 RStV und § 22 Abs. 1 S. 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 S. 1 RStV und § 22 Abs. 1 S. 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 S. 1 TMG, betreiben, sind Diensteanbieter im Sinne des § 2 S. 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 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. […]

59 Danach liegt sowohl nach der alten als auch nach der neuen Fassung des § 2 S. 1 Nr. 5 lit. 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 S. 1 Nr. 5 lit. 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 S. 1 Nr. 5 TMG dar. Angaben, die durch die Gewährung geldwerter Vorteile veranlasst worden sind, erfolgen nicht unabhängig im Sinne des § 2 S. 1 Nr. 5 lit. b TMG.

61 Die Vorschriften des § 2 S. 1 Nr. 5 TMG und des § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG dienen der Umsetzung von Art. 2 lit. f und Art. 6 lit. a der RL 2000/31/EG und sind daher richtlinienkonform auszulegen […].

62 Dem in Art. 6 lit. a der RL 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 (S. 2 des Erwägungsgrunds 29 der RL 2000/31/EG). […].

63 Der Schutzzweck dieser Regelung gleicht damit dem Schutzzweck der in Nr. 11 S. 1 des Anhangs zur RL 2005/29/EG vorgesehenen Regelung. […]

64 Die in Art. 6 lit. a i. V. m. Art. 2 lit. f der RL 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 S. 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 S. 1 Nr. 5 lit. 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 S. 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 S. 1 Nr. 5 lit. b TMG, weil die Beklagte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die mit dem „Tap Tag" versehenen Ohrringe von diesem Unternehmen zur Verfügung gestellt bekommen 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 S. 1 RStV und § 22 Abs. 1 S. 1 des während des Rechtsstreits mit Wirkung vom 7. 11. 2020 an die Stelle des Rundfunkstaatsvertrags getretenen Medienstaatsvertrags (MStV) vom 14. 9. 2020 (GV. Nordrhein-Westfalen 2020, 524).

70 (a) 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 diejenige in § 22 Abs. 1 S. 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 m. w. N.).

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 lit. a der RL 2010/13/EU zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste darstellen, ebenfalls Art. 2 lit. f und Art. 6 lit. a der RL 2000/31/EG (vgl. BeckOK.Informations- und Medienrecht/Fiedler a. a. O. § 22 MStV Rn. 1). Bei der Auslegung der Tatbestandsmerkmale des Entgelts oder einer ähnlichen Gegenleistung ist somit – ebenso wie im Falle von § 2 S. 1 Nr. 5 lit. b und § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG – der in Art. 2 lit. f 2. Spiegelstrich der RL 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 a. a. O. § 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 a. a. O. § 2 Rn. 91; Holznagel/Hartmann in Hoeren/Sieber/Holznagel a. a. O. Teil 3 Rn. 215; BeckOK.Informations- und Medienrecht/Martini a. a. O. § 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 a. a. O. 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 RL 2010/13/EU, sehr wohl aber in Erwägungsgrund 91 S. 4 dieser Richtlinie erwähnt ist, auf Beiträge in – im Streitfall betroffenen – Telemedien, die keinen audiovisuellen Mediendienst im Sinne des Art. 1 Abs. 1 lit. a der RL 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 Ohrringe 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 S. 1 RStV und § 22 Abs. 1 S. 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 LG, 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 S. 1 RStV und § 22 Abs. 1 S. 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 S. 1 RStV und § 22 Abs. 1 S. 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. […]

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

Hinweis der Redaktion:

Den Volltext der Parallel-Entscheidung des BGH vom 13. 1. 2022 – I ZR 9/21 finden Sie im K&R Online-Archiv (www.kommunikationundrecht.de) unter Eingabe der Volltext-ID: **KuRL2022-365** ins Suchfeld.

RA Michael Terhaag, LL.M. und
RA Christian Schwarz, LL.M.*

Kommentar

In seinen ersten drei Urteilen[1] lieferte der BGH Antworten zu viel diskutierten Fragen. Allerdings blieben noch einige Positionen ungeklärt, eine Rechtssicherheit war noch nicht gegeben.[2] Der Frage, ob auch das Überlassen von Produkten als Gegenleistung zu werten sind, nahm sich der BGH nun an. In den beiden verhandelten Fällen,[3] hatten die betroffenen Influencerinnen kein Geld erhalten, sondern es wurden ihnen andere Vorteile eingeräumt (u. a. erhaltene Friseurdienstleistungen und überlassene Modeprodukte).

I. Geschäftliche Handlung durch Tap Tags

Wie auch in den ersten drei Entscheidungen befasste sich der BGH mit dem Vorliegen einer geschäftlichen Handlung. Der Senat differenziert richtigerweise zwischen einer geschäftlichen Handlung zugunsten des eigenen und eines fremden Unternehmens.[4]

Hinsichtlich der Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens nahm der BGH eine geschäftliche Handlung unproblematisch an. Durch den Betrieb eines Instagram-Profils werden die Bekanntheit und der Werbewert der Influencer gesteigert sowie das Interesse von Drittunternehmen an einer Kooperation geweckt.[5]

Hinsichtlich der Handlung zugunsten eines fremden Unternehmens differenziert der BGH zunächst, ob für die Veröffentlichung eine Gegenleistung erfolgt ist oder nicht. Ist dies zu bejahen, liegt ohne Weiteres eine geschäftliche Handlung vor. Jedoch kann auch in Fällen, in welchen keine Gegenleistung erfolgt ist, eine geschäftliche Handlung anzunehmen sein. Der BGH zieht die Grundsätze für redaktionelle Presseartikel heran. Eine geschäftliche Handlung zugunsten eines fremden Unternehmens könne auch dann vorliegen, 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".[6]

Bei der Verwendung von Tap Tags[7] sieht der BGH einen solchen werblichen Überschuss noch nicht im bloßen Setzen eines solchen, sondern durch die in einem Tap Tag vorgesehene Verlinkung zur Internetseite eines dritten Unternehmens.[8] Diese Unterscheidung ist wenig nachvollziehbar.[9] Denn in beiden Konstellationen verlässt der Nutzer das Angebot des Influencers und gelangt in den „werblichen Einflussbereich des Herstellerunternehmens".[10] Zwar ist die bloße Erwähnung eines Herstellers nicht mit einer Verlinkung zu vergleichen, da Letztgenannte den Zugang der Verbraucher zu den Produkten des Drittunternehmens dann wesentlich erleichtert. Eine Verlinkung führt regelmäßig zu einer übertriebenen werblichen Wirkung,[11] erst recht, wenn ein möglicher redaktioneller Gehalt eines Beitrages in diesem nicht mitgeteilt wird.

Bei einem Tap Tag handelt es sich jedoch nicht um eine bloße Erwähnung, sondern – technisch bedingt – durchaus um eine Verlinkung. Wenn der BGH nunmehr zwischen der Setzung eines Tap Tags, welche Informationen zum Hersteller enthält, und einer Verlinkung unterscheidet, wird verkannt, dass das eine ohne das andere technisch aktuell nicht möglich ist. Das Setzen eines Tap Tags ist ohne die konkrete Verlinkung auf einen bestehenden Instagram-Account[12] derzeit nicht möglich.[13]

II. Produkte und Dienstleistungen als Gegenleistung

Die Frage, wann eine Werbekennzeichnung bei einer Veröffentlichung erforderlich ist, richtet sich grundsätzlich nach § 5a Abs. 6 UWG.[14] Hiernach ist eine Werbekennzeichnung entbehrlich, wenn sich der kommerzielle Zweck unmittelbar aus den Umständen ergibt.

Dies könne, hinsichtlich der Erkennbarkeit der eigennützigen Tätigkeit des Influencers, möglicherweise bereits an der Gestaltung des Profils (z. B. durch einen blauen Haken), der Anzahl der Follower oder der allgemeinen Bekanntheit der Person zu erkennen sein[15] – wobei sich der BGH nicht abschließend festlegt. Diese Indizien könnten hingegen bei einem Profil, auf welchem werbliche und nicht-werbliche Beiträge vermischt würden, häufig nicht herangezogen werden.[16]

Bei der Förderung fremden Wettbewerbs, ist nach der Rechtsprechung des BGH bei der Erforderlichkeit der Werbekennzeichnung zu unterscheiden, ob eine Gegenleistung erfolgt ist oder nicht. Der Senat hält fest, dass „eine geschäftliche Handlung, die die Voraussetzungen des § 5a Abs. 6 UWG erfüllt, nicht als unlauter anzusehen [ist], wenn sie den Erfordernissen des § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG sowie des […] § 22 Abs. 1 S. 1 MStV genügt, weil es sich dabei um vorrangige Spezialvorschriften handelt, deren Wertungen durch das Lauterkeitsrecht nicht unterlaufen werden dürfen".[17]

Hierbei stellt der BGH heraus, dass sowohl § 2 S. 1 Nr. 5 TMG als auch § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG im Sinne der RL 2000/31/EG richtlinienkonform auszulegen sind.[18] Unabhängige, insbesondere eine ohne Gegenleistung erfolgende Information zu Produkten, etwa auch Testberichte, seien damit nicht als Werbung kennzeichnungspflichtig. Das Erfordernis der Unabhängigkeit stelle sicher, dass Verbraucher nicht durch die vermeintlich wirtschaftlich unbeeinflusste Authentizität einer Darstellung, etwa einer Produktempfehlung, in die Irre geführt werden.

Damit bleibt der BGH insgesamt seiner Linie der ersten drei Influencer-Entscheidungen treu. Erstmals hatte er jedoch

---

* Mehr über die Autoren erfahren Sie am Ende des Kommentars.

1 Vgl. BGH, 9. 9. 2021 – I ZR 90/20, K&R 2021, 797 – Influencer I; BGH, 9. 9. 2021 – I ZR 125/20, K&R 2021, 806 – Influencer II; BGH, 9. 9. 2021 – I ZR 126/20, KuRL2021-757; *Terhaag/Schwarz*, K&R 2021, 757 ff.

2 *Terhaag/Schwarz*, K&R 2021, 757, 762; *Leeb*, RDi 2021, 555, 556; *Schaub*, GRUR 2021, 1358, 1364.

3 BGH, 13. 1. 2022 – I ZR 9/21 und I ZR 35/21. Ursprünglich waren drei Verfahren anhängig, in einem nahm der Kläger aber die Klage zurück.

4 BGH, 13. 1. 2022 – I ZR 35/21, K&R 2022, 360 ff., Rn. 28 – Influencer III.

5 BGH, K&R 2022, 360 ff., Rn. 28, Rn. 33; so auch schon: BGH, K&R 2021, 797 ff.

6 BGH, K&R 2022, 360 ff., Rn. 36.

7 Hierbei handelt es sich um Markierungen von anderen Accounts in einem Bild/Video bei Instagram. Klickt man auf das Bild, wird der Tap Tag angezeigt. Klickt man sodann auf den Tap Tag wird man zum verlinkten Drittaccount geleitet.

8 BGH, K&R 2022, 360 ff., Rn. 36; so auch schon: BGH, K&R 2021, 797 ff.; kritisch: *Terhaag/Schwarz*, K&R 2021, 757, 760.

9 *Terhaag/Schwarz*, K&R 2021, 757, 760.

10 BGH, K&R 2021, 797, 802, Rn. 67 – Influencer I; BGH, KuRL2021-757, Rn. 56.

11 BGH, K&R 2022, 360 ff., Rn. 37.

12 *Terhaag/Schwarz*, Influencer MarketingR-HdB, 2021, § 2 Rn. 53, 83.

13 Die Angaben beziehen sich auf Instagram; auf diesem wurden die Beiträge veröffentlicht, über welche der BGH zu entscheiden hatte.

14 Am 28. 5. 2022 tritt sodann § 5a Abs. 4 UWG n. F. in Kraft.

15 BGH, K&R 2022, 360 ff., Rn. 46 m. w. N.

16 BGH, K&R 2022, 360 ff., Rn. 46.

17 BGH, K&R 2022, 360 ff., Rn. 54.

18 Als Umsetzung von Art. 2 lit. f und Art. 6 lit. a der RL 2000/31/EG.

darüber zu entscheiden, ob eine Gegenleistung auch dann vorliegt, wenn keine Zahlung, sondern eine andere Form der Gegenleistung erfolgt, z. B. wenn das im Beitrag gezeigte Produkt kostenlos zur Verfügung gestellt worden ist.

Dies bejahte der Senat: Jeder geldwerte Vorteil, auch in Form von Gegenständen oder Dienstleistungen, genüge, sofern ein eindeutiger Zusammenhang zwischen der Gegenleistung und der Veröffentlichung bestehe.[19] Der Bezug werde dadurch hergestellt, dass das Unternehmen, welches das Produkt zur Verfügung stellt, die Erwartung habe, dass über das Produkt berichtet werde.[20] Hierbei folgt der BGH dem EuGH,[21] wonach um das Vertrauen von Verbrauchern in die Neutralität redaktioneller Inhalte zu schützen und versteckte Werbung im Interesse der Verbraucher und Wettbewerber zu verhindern, eine Gegenleistung für eine Veröffentlichung auch in anderer Form als in einer Bezahlung liegen kann.

Eine Geringfügigkeitsschwelle nimmt der BGH richtigerweise nicht an. Es ist somit nicht von Relevanz, welchen Wert das zur Verfügung gestellte Produkt oder die Dienstleistung hat. Begründet wird dies damit, dass eine solche Schwelle in § 2 S. 1 Nr. 5 TMG nicht vorgesehen sei.[22] Dies ist auch aus einem anderen Grund nachvollziehbar: Wie auch im Termin zur mündlichen Verhandlung erörtert wurde,[23] behandeln viele Influencer thematisch Alltagsgegenstände wie Duschgele oder Proteinriegel. Auch diese werden mit einer bestimmten Erwartungshaltung der Unternehmen zur Verfügung gestellt.

III. Fazit

Nach der EuGH-Entscheidung zur „Bezahlung" im Sinne der UGP-Richtlinie[24] kommt das Urteil des BGH nicht unerwartet. Der EuGH hat seinerzeit in einem Vorabentscheidungsersuchen entschieden, dass eine Gegenleistung im Sinne der RL 2005/29/EG[25] nicht nur in Geld sondern auch in einer anderen Gegenleistung bestehen kann.[26]

Mit den jüngsten Entscheidungen des BGH nähert sich der Senat noch weiter der künftigen Regelung des § 5a Abs. 4 UWG n. F.[27] an.[28] Danach liegt ein kommerzieller Zweck einer Handlung vor, wenn der Handelnde ein Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung von einem fremden Unternehmer erhält oder sich versprechen lässt. Nach der Gesetzesbegründung soll der Begriff der „ähnlichen Gegenleistung" auch Provisionen oder zugesandte Produkte erfassen.[29]

Über die genaue Art und Weise der Kennzeichnung hatte der BGH nur am Rande zu entscheiden. Eine Richtschnur wäre wünschenswert gewesen, denn diese Frage hatte die Instanzgerichte umfassend beschäftigt.[30] Man darf den BGH aber so verstehen, dass eine Werbekennzeichnung nicht im Begleittext „versteckt" werden darf,[31] z. B. in einer Hashtag-Wolke am Ende des Beitrags.[32] Die Gerichte entschieden bislang, dass eine Kennzeichnung mit #ad,[33] #sponsoredby[34] oder auch Collaboration[35] nicht genügen. Das OLG Karlsruhe hielt in seiner Entscheidung[36] einen Hinweis auf eine bezahlte Partnerschaft einer Influencerin mit einem Drittunternehmen nicht für ausreichend.[37] Insbesondere die Frage der Kennzeichnung wird die Gerichte also wohl noch weiter befassen.

19 BGH, K&R 2022, 360 ff., Rn. 63; EuGH, 2. 9. 2021 – C-371/20, K&R 2022, 33 ff.
20 BGH, K&R 2022, 360 ff., Rn. 64 m. w. N.
21 EuGH, 2. 9. 2021 – C-371/20, K&R 2022, 33 ff.
22 BGH, K&R 2022, 360 ff., Rn. 66.
23 Die Autoren haben die Verhandlungen des BGH am 13. 1. 2022 als neutrale Zuschauer vor Ort verfolgt.
24 EuGH, 2. 9. 2021 – C-371/20, K&R 2022, 33 ff.
25 Es ging um die Auslegung von Nr. 11 S. 1 des Anh. I der RL 2005/29/EG, welche mit § 3 Abs. 3 UWG i. V. m. Nr. 11 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG in deutsches Recht umgesetzt wurde.
26 Auch: *Brtka/Witzmann*, GRUR 2022, 183.
27 Die Regelung tritt am 28. 5. 2022 in Kraft.
28 *Terhaag/Schwarz*, K&R 2021, 757, 760; so wohl auch: *Schopp*, GRUR-Prax 2021, 606; *Lehr*, GRUR-Prax 2021, 643; *Leeb*, RDi 2021, 555, 556; *Schaub*, GRUR 2021, 1358, 1360.
29 BT-Drs. 19/27873 vom 24. 3. 2021, S. 34.
30 *Terhaag/Schwarz* (Fn. 12), § 2 Rn. 158 ff.; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 5a Rn. 7.80c; OLG Celle, 8. 6. 2017 – 13 U 53/17, K&R 2017, 728; KG Berlin, 11. 10. 2017 – 5 W 221/17, K&R 2018, 64; OLG Karlsruhe, 9. 9. 2020 – 6 U 38/19, WRP 2020, 1467.
31 Auch schon: BGH, K&R 2021, 797, 803, Rn. 83; OLG Celle, 8. 6. 2017 – 13 U 53/17, K&R 2017, 728.
32 *Terhaag/Schwarz* (Fn. 12), § 2 Rn. 166.
33 OLG Celle, 8. 6. 2017 – 13 U 53/17, K&R 2017, 728.
34 KG Berlin, 11. 10. 2017 – 5 W 221/17, K&R 2018, 64 ff.
35 OLG Braunschweig, 13. 5. 2020 – 2 U 78/19.
36 Die Revision zu dieser Entscheidung (I ZR 163/20) wurde aber wegen der Klagerücknahme nicht verhandelt.
37 OLG Karlsruhe, 9. 9. 2020 – 6 U 38/19.



Michael Terhaag
ist Fachanwalt für IT-Recht und für gewerblichen Rechtsschutz. Gründer der Medienrechtskanzlei Terhaag & Partner (aufrecht.de), Düsseldorf. Rechtsanwalt seit 1999 und seither spezialisiert auf Internetrecht, Marken-, und Wettbewerbsrecht sowie Datenschutzrecht. Er ist Mitautor des Rechtshandbuchs „Influencer-Marketing".



Christian Schwarz
ist Fachanwalt für Urheber- und Medienrecht sowie für gewerblichen Rechtsschutz bei Terhaag & Partner, Düsseldorf. Seine Schwerpunkte liegen u. a. im Äußerungs-, Presse- und Medienrecht sowie im Urheber- und Wettbewerbsrecht. Die Rechtsanwaltszulassung erfolgte 2014. Er ist Mitautor des Rechtshandbuchs „Influencer-Marketing".

Gewinnspielwerbung II: Verbot von Gewinnspielwerbung für den Verkauf von Arzneimitteln im Versandhandel

BGH, Urteil vom 18. 11. 2021 – I ZR 214/18

Volltext-ID: KuRL2022-367, www.kommunikationundrecht.de

Verfahrensgang: OLG Frankfurt a. M., 26. 7. 2018 – 6 U 112/17; LG Frankfurt a. M., 5. 4. 2017 – 3- 8 O 77/15

§ 78 AMG; § 1, § 3 AMPreisV; § 1, § 7, § 11 HWG; Art. 86 Abs. 1 RL 2001/83/EG; § 129 SGB V; § 3a UWG

a) Eine Werbung, die nicht auf ein bestimmtes Arzneimittel abzielt, sondern auf das gesamte Sortiment verschreibungspflichtiger Arzneimittel, das von einer Apotheke angeboten wird, fällt nicht in den Anwendungsbereich der Bestimmungen des Titels VIII der RL 2001/83/EG (Anschluss an EuGH, Urt. v. 15. 7. 2021 – C-190/20, [K&R 2021, 641 ff. =] GRUR 2021, 1325 Rn. 21 und 22 – DocMorris).

b) Der Begriff der „Werbung für Arzneimittel" im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWG stimmt nicht mit dem Begriff der „Werbung für Arzneimittel" im Sinne von Art. 86 Abs. 1 der RL 2001/83/EG überein (Aufgabe