


|                            |   |
|----------------------------|---|
| <b>Gericht:</b>            | BGH 1. Zivilsenat   |
| <b>Entscheidungsname:</b>  | Influencer II   |
| <b>Entscheidungsdatum:</b> | 09.09.2021  |
| <b>Rechtskraft:</b>        | ja  |
| <b>Aktenzeichen:</b>       | I ZR 125/20   |
| <b>ECLI:</b>               | ECLI:DE:BGH:2021:090921UIZR125.20.0   |
| <b>Dokumenttyp:</b>        | Urteil  |
| <b>Quelle:</b>             |                            |
| <b>Normen:</b>             | § 2 Abs 1 Nr 1 UWG, § 3 Abs 1 UWG, § 3 Abs 3 Einzelanhang Nr 11 UWG, § 3 Abs 4 UWG, § 5a Abs 6 UWG ... mehr |
| <b>Zitiervorschlag:</b>    | BGH, Urteil vom 9. September 2021 - I ZR 125/20 -, BGHZ 231, 87-116   |

**Wettbewerbsverstoß durch Schleichwerbung in den sozialen Medien: Bereichsspezifische Marktverhaltensregelungen für Werbung in Telemedien; Geltung des Tatbestandsmerkmals der Gegenleistung für Eigenwerbung - Influencer II**

**Leitsatz**

Influencer II

1. Die Vorschriften des § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG für kommerzielle Kommunikation in Telemedien sowie des § 58 Abs. 1 Satz 1 RStV und des § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV für Werbung in Telemedien sind bereichsspezifische Marktverhaltensregelungen für Telemedien. Die in diesen Spezialvorschriften zum Ausdruck kommenden medienrechtlichen Wertungen dürfen nicht durch die Anwendung der allgemeinen lauterkeitsrechtlichen Vorschrift des § 5a Abs. 6 UWG unterlaufen werden (Fortführung von BGH, Urteil vom 24. März 2016 - I ZR 7/15, GRUR 2016, 1068 Rn. 20 = WRP 2016, 1219 - Textilkennzeichnung).(Rn.56)

2. Das in § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG für kommerzielle Kommunikation in Telemedien sowie in § 58 Abs. 1 Satz 1 RStV und § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV für Werbung in Telemedien vorgesehene Tatbestandsmerkmal der Gegenleistung gilt nur für werbliche Handlungen zugunsten fremder Unternehmen, nicht aber für Eigenwerbung.(Rn.75)

**Fundstellen**

BGHZ 231, 87-116 (Leitsatz und Gründe)  
 NSW UWG § 2 (BGH-intern)  
 NSW UWG § 3 (BGH-intern)  
 NSW UWG § 5a (BGH-intern)  
 NSW UWG § 8 (BGH-intern)  
 NSW TMG § 1 (BGH-intern)  
 NSW TMG § 2 (BGH-intern)  
 NSW TMG § 6 (BGH-intern)  
 NSW RStV § 58 (BGH-intern)  
 NSW MStV § 22 (BGH-intern)  
 WRP 2021, 1429-1437 (Leitsatz und Gründe)  
 AfP 2021, 417-424 (Leitsatz und Gründe)  
 GRUR 2021, 1414-1422 (Leitsatz und Gründe)  
 Magazindienst 2021, 1014-1029 (Leitsatz und Gründe)

MMR 2021, 886-892 (Leitsatz und Gründe)  
MDR 2021, 1405-1407 (Leitsatz und Gründe)  
CR 2021, 749-758 (Leitsatz und Gründe)  
K&R 2021, 806-810 (Leitsatz und Gründe)  
BB 2021, 2958-2963 (Leitsatz und Gründe)  
ZUM-RD 2021, 681-689 (Leitsatz und Gründe)  
JZ 2022, 199-204 (Leitsatz und Gründe)  
ZVertriebsR 2022, 120-127 (Leitsatz und Gründe)  
Verfahrensgang

vorgehend Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg 15. Zivilsenat, 2. Juli 2020, 15 U 142/19, Urteil  
vorgehend LG Hamburg 3. Kammer für Handelssachen, 28. März 2019, 403 HKO 127/18, Urteil  
Diese Entscheidung wird zitiert

### **Rechtsprechung**

Fortführung BGH 1. Zivilsenat, 13. Januar 2022, I ZR 35/21  
Fortführung BGH 1. Zivilsenat, 13. Januar 2022, I ZR 9/21

### **Kommentare**

*Anton, Liber Discipulorum für Michael Martinek*

● Marc Laukemann, Werbung und Programm im Zeitalter der vollständigen Kommerzialisierung am Beispiel der Influencer Werbung

*Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner/Cole/Wagner, Medienstaatsvertrag, Jugendmedienschutz-Staatsvertrag*

● Kreile, § 8 Werbegrundsätze, Kennzeichnungspflichten

*Heckmann/Paschke, jurisPK-Internetrecht*

● Paschke, 8. Auflage 2024, Kap. 4.5

*Seichter, jurisPK-UWG*

● Ernst, 5. Auflage 2021, § 2 UWG

● Seichter, 5. Auflage 2021, § 5a UWG

... mehr

### **Zeitschriften**

Steffen Wesche, jM 2022, 145

BGH, ITRB 2021, 254-256

### **Praxisreporte**

Karl-Nikolaus Peifer, jurisPR-WettbR 10/2021 Anm. 4 (Anmerkung)

### **Literaturnachweise**

Karl-Nikolaus Peifer, jurisPR-WettbR 10/2021 Anm. 4 (Anmerkung)

Lucy Marinkovic, Mandy Risch-Kerst, AnwBl BE 2022, 28-29 (Aufsatz)

Martin Müller, BB 2021, 2964 (Anmerkung)

Stefanie Lefeldt, Markus Heins, Sebastian Laoutoumai, CR 2022, 100-105 (Entscheidungsbesprechung)

Roman Brtka, Markus Witzmann, GRURPrax 2021, 657-660 (Aufsatz)

... mehr

### **Sonstiges**

*Bisges, Handbuch des Veranstaltungsrechts*

● Dr. Cornelius Renner, I. Presserechtliche Aspekte; II. Werbende Berichterstattung (Schleichwerbung)

*Härting, Internetrecht*

● Härting, G. Wettbewerbsrecht; II. Tatbestände des unlauteren Wettbewerbs; 4. Irreführung (§ 5 bis § 5b UWG); d) Irreführung durch Unterlassen; ee) Influencer-Werbung

*Peifer, Übungen im Medienrecht*

● Karl-Nikolaus Peifer, Fall 11: (Schleich-)Werbung im Rundfunk; II. Schwerpunkte des Falles; 2. Wichtige Regelungen des Medienstaatsvertrags; j) Sanktionen

*Soehring/Hoene, Presserecht*

● Hoene, a) Redaktionelle Werbung

Diese Entscheidung zitiert

### **Rechtsprechung**

Fortführung BGH 1. Zivilsenat, 24. März 2016, I ZR 7/15

### **Tenor**

Die Revision gegen das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg - 15. Zivilsenat - vom 2. Juli 2020 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

### **Tatbestand**

- 1 Der Kläger ist ein eingetragener Verein zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs. Zu seinen satzungsmäßigen Aufgaben gehört die Wahrung der gewerblichen Interessen seiner Mitglieder. Die Beklagte ist als sogenannte Influencerin auf Instagram tätig und unterhält unter dem Namen "ohhcouture" einen Account, der von ihr überwiegend kommerziell genutzt wird und im Mai 2018 von 1,7 Millionen registrierten Nutzern dieser Internetplattform abonniert war. Dort veröffentlicht die Beklagte regelmäßig Bilder von sich selbst mit kurzen Begleittexten zu den Themen Beauty, Mode, Lifestyle und Reisen.
- 2 Die Beiträge der Beklagten sind mit Hinweisen auf die Hersteller der im Bild getragenen Kleidung oder sonstiger abgebildeter Objekte versehen. Diese sind teilweise "getagt", das heißt, die Beklagte hat durch Platzierung sogenannter "Tap Tags" ihr veröffentlichtes Bild mit Nutzerprofilen von Unternehmen oder Marken auf Instagram verlinkt. Klickt man auf das Bild, so erscheinen die Herstellernamen am jeweils abgebildeten Kleid, Accessoire usw. Klickt man nunmehr auf den Namen des Unternehmens, so wird man auf dessen Instagram-Account weitergeleitet. Von dort gelangt man durch einen weiteren Klick auf dessen Internetseite. Ein Hinweis darauf, dass es sich bei diesen "Tap Tags" um Werbung handelt, erfolgte nicht.
- 3 Der Kläger sieht darin unzulässige Schleichwerbung. Er hat beantragt, die Beklagte unter Androhung von Ordnungsmitteln zu verurteilen, es zu unterlassen,

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

- mit der Abbildung einer Person (z.B. unter der Bezeichnung "ohhcouture")  
= 1. Ansicht,

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

und

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

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

jeweils wenn dies geschieht wie durch das Anlagenkonvolut K 3 wiedergegeben.

4 Nachfolgend wird die Anlage K 3 auszugsweise wiedergegeben:

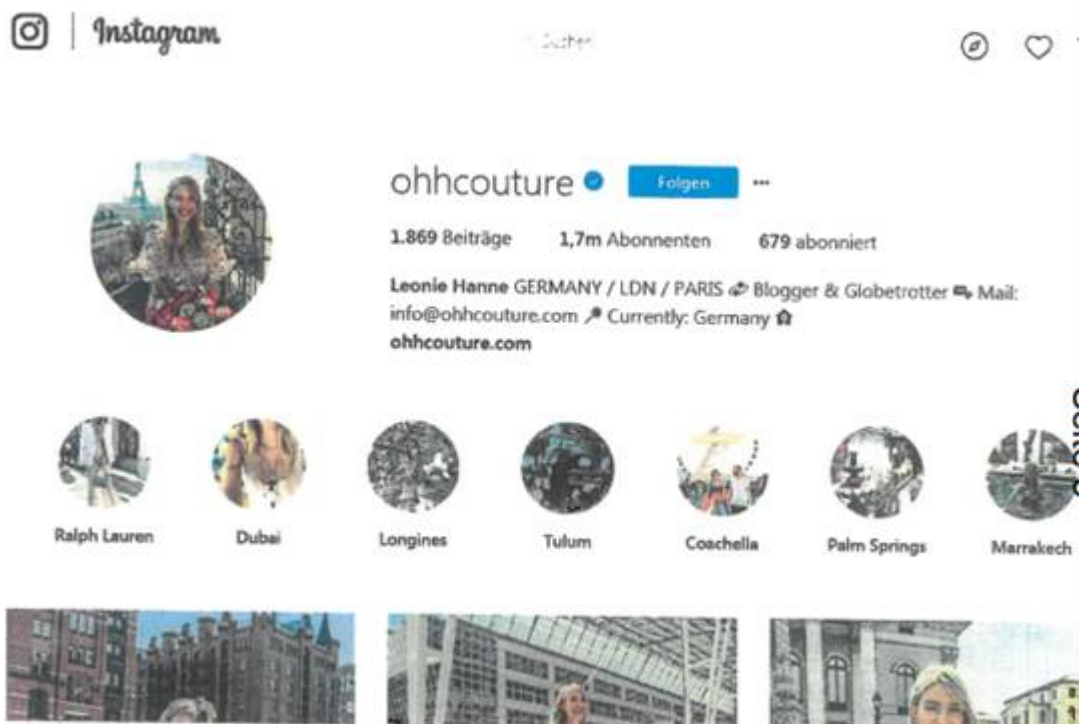
[Seite 1]



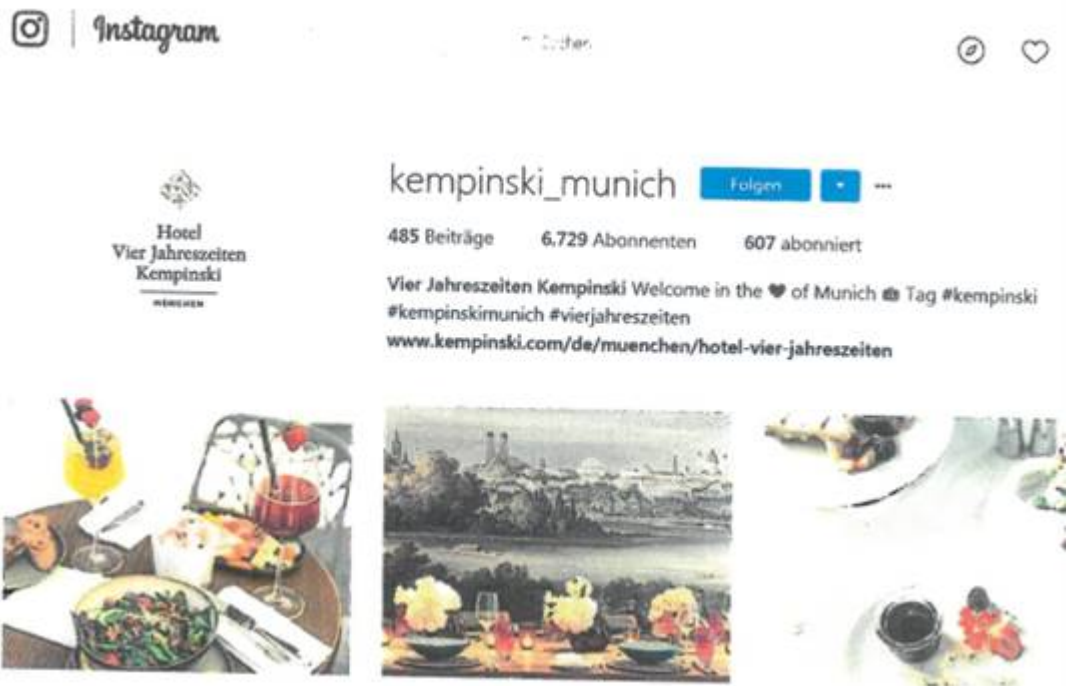
[Seite 2]



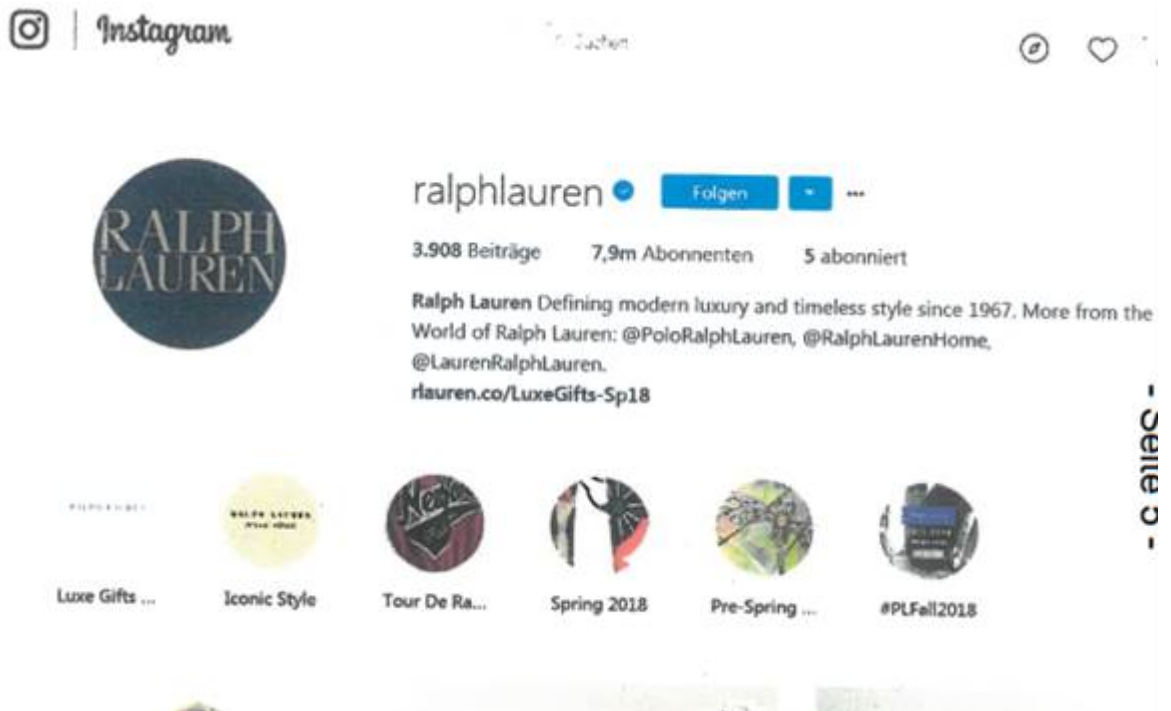
[Seite 3]



[Seite 4]



[Seite 5]



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

- 6 Das Landgericht hat der Klage stattgegeben (LG Hamburg, Urteil vom 28. März 2019 - 403 HKO 127/18, juris). Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht die Klage abgewiesen (OLG Hamburg, K&R 2020, 630). Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, erstrebt der Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

### **Entscheidungsgründe**

- 7 A. Das Berufungsgericht hat angenommen, der Kläger könne von der Beklagten nicht die Unterlassung von Veröffentlichungen kommerzieller Inhalte in sozialen Medien ohne Verdeutlichung des kommerziellen Zwecks verlangen. Hierzu hat es ausgeführt:
- 8 Der Kläger sei klagebefugt gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG. Ihm stehe gegen die Beklagte jedoch kein Anspruch auf Unterlassung der streitgegenständlichen Beiträge auf Instagram zu. Diese verstießen nicht gegen § 5a Abs. 6 UWG. Bei ihnen und den darin enthaltenen "Tap Tags" handele es sich um geschäftliche Handlungen im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG. Die Beklagte fördere mit den "Tap Tags" sowohl den Absatz von Waren oder Dienstleistungen der beworbenen Unternehmen als auch das eigene Unternehmen, soweit sie sich an Unternehmen wende. Die Beklagte habe die angegriffenen Beiträge nicht als Werbung gekennzeichnet. Der kommerzielle Zweck der geschäftlichen Handlung ergebe sich jedoch unmittelbar aus den Umständen. Das Nichtkenntlichmachen des kommerziellen Zwecks der Beiträge sei schließlich auch nicht dazu geeignet, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er anderenfalls nicht getroffen hätte. Der Kläger könne seinen Anspruch auch nicht auf § 6 Abs. 1 TMG in Verbindung mit § 3a UWG stützen, da vom Kläger nicht substantiiert vorgetragen worden sei, dass die Beklagte für die streitgegenständlichen "Tap Tags" eine Gegenleistung erhalte. Ein Anspruch des Klägers folge auch nicht aus Nr. 11 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG, da es an einem von einem Unternehmer finanzierten Einsatz fehle. Schließlich folge ein Anspruch nicht aus § 7 Abs. 1 und 3 RStV, da auch dafür Voraussetzung sei, dass ein Entgelt gezahlt werde.
- 9 B. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision des Klägers hat keinen Erfolg. Ob die Klage vollständig zulässig ist, kann dahinstehen (dazu B I). Jedenfalls stehen dem Kläger gegen die Beklagte der mit der Klage geltend gemachte Unterlassungsanspruch sowie der Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten nicht zu (dazu B II).
- 10 I. Ob die Klage vollständig zulässig ist oder der Kläger nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG nicht in vollem Umfang klagebefugt ist, kann dahinstehen.
- 11 1. Nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG stehen die Ansprüche aus § 8 Abs. 1 UWG rechtsfähigen Verbänden zur Förderung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen zu, soweit ihnen eine erhebliche Zahl von Unternehmern angehört, die Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben, wenn sie insbesondere nach ihrer personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung imstande sind, ihre satzungsmäßigen Aufgaben der Verfolgung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen tatsächlich wahrzunehmen und soweit die Zuwiderhandlung die Interessen ihrer Mitglieder berührt. § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG regelt nicht nur die sachlich-recht-

liche Anspruchsberechtigung, sondern auch die prozessuale Klagebefugnis, die als Sachurteilsvoraussetzung nicht nur im Zeitpunkt der beanstandeten Wettbewerbshandlung bestanden haben, sondern auch im Revisionsverfahren noch fortbestehen muss. Bei der Prüfung, ob dies der Fall ist, ist der Senat auch als Revisionsgericht nicht an die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts gebunden. Das Revisionsgericht hat vielmehr selbständig festzustellen, ob die Voraussetzungen für die Klagebefugnis erfüllt sind; es kann sich hierbei des Freibeweises bedienen. Die Tatsachen, aus denen sich die Klagebefugnis ergibt, müssen spätestens im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz vorgelegen haben und im Revisionsverfahren fortbestehen (vgl. BGH, Urteil vom 27. April 2017 - I ZR 55/16, BGHZ 215, 12 Rn. 10 - Preisportal, mwN).

- 12 2. Dass der Kläger entsprechend seiner Behauptung nach seiner personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung imstande ist, seine satzungsmäßigen Aufgaben der Verfolgung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen tatsächlich wahrzunehmen, zieht die Revisionserwiderung nicht in Zweifel.
- 13 3. Es bedarf keiner Entscheidung, ob dem Kläger in jeder Hinsicht eine erhebliche Zahl von Unternehmern angehört, die Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben und deren Interessen berührt sind.
- 14 a) Ob im Rahmen des § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG bei der Bestimmung des relevanten Markts auf den Beklagten oder auf das fremde Unternehmen abzustellen ist, zu dessen Gunsten der Beklagte gehandelt hat, hängt davon ab, ob der Kläger eine geschäftliche Handlung des Beklagten zugunsten dessen eigenen Unternehmens oder zugunsten des fremden Unternehmens angreift (zu § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG aF vgl. BGH, Urteil vom 30. April 1997 - I ZR 154/95, GRUR 1997, 914, 915 [juris Rn. 20 f.] = WRP 1997, 1051 - Die Besten II). Im Fall der Förderung fremden Wettbewerbs muss das Wettbewerbsverhältnis nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG zwischen dem geförderten Unternehmen und den Mitgliedsunternehmen bestehen (zu § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG aF vgl. BGH, Urteil vom 9. November 2000 - I ZR 167/98, GRUR 2001, 529, 531 [juris Rn. 24] = WRP 2001, 531 - Herz-Kreislauf-Studie; Köhler/Feddersen in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 39. Aufl., § 8 Rn. 3.36; Büscher in Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, 3. Aufl., § 8 Rn. 256; Goldmann in Harte/Henning, UWG, 4. Aufl., § 8 Rn. 306; MünchKomm.UWG/Ottofülling, 2. Aufl., § 8 Rn. 382; Lehmler in Büscher/Dittmer/Schiwy, Gewerblicher Rechtsschutz Urheberrecht Medienrecht, 3. Aufl., § 8 UWG Rn. 94; Fritzsche in Gloy/Loschelder/Danckwerts, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 5. Aufl., § 79 Rn. 188; zur entsprechenden Bestimmung des Mitbewerberverhältnisses im Rahmen von § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG vgl. BGH, Urteil vom 5. November 2020 - I ZR 234/19, GRUR 2021, 497 Rn. 16 = WRP 2021, 184 - Zweitmarkt für Lebensversicherungen, mwN).
- 15 b) Da der Kläger die Beiträge der Beklagten sowohl unter dem Gesichtspunkt angreift, dass es sich um geschäftliche Handlungen zugunsten der Beklagten selbst handele, als auch unter dem Gesichtspunkt, dass sie damit den Absatz der über die "Tap Tags" verlinkten Unternehmen fördere, muss der Kläger sowohl über eine erhebliche Zahl an Mitgliedern verfügen, die in einem Wettbewerbsverhältnis im Sinne des § 8 Abs. 3 Nr. 2



UWG zu der Beklagten stehen, als auch über solche, die in einem entsprechenden Wettbewerbsverhältnis zu den geförderten Drittunternehmen stehen.

- 16 c) Bis auf eine etwaige Förderung des Unternehmens Hotel Vier Jahreszeiten Kempinski München bestehen an der Klagebefugnis des Klägers keine Zweifel. Soweit der Kläger sich jedoch auch gegen eine geschäftliche Handlung gemäß Seite 2 und 4 der Anlage K 3 zugunsten dieses Unternehmens wendet, ist zweifelhaft, ob der Kläger auch insoweit über eine erhebliche Zahl an Mitgliedern verfügt, die in einem Wettbewerbsverhältnis im Sinne des § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG zu dem Hotelunternehmen stehen.
- 17 d) Dies bedarf jedoch keiner Aufklärung. Bei der Klagebefugnis der Verbände nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG handelt es sich um eine Sachurteilsvoraussetzung, deren grundsätzlich (prozessual) vorrangige Prüfung aus Gründen der Verfahrensökonomie unterbleiben kann, wenn die Klage - wie hier - unbegründet ist (vgl. BGH, Urteil vom 20. Mai 1999 - I ZR 31/97, GRUR 1999, 1119, 1120 [juris Rn. 21] = WRP 1999, 1159 - RUMMS!; Urteil vom 22. Mai 2003 - I ZR 185/00, GRUR 2003, 804 [juris Rn. 16] = WRP 2003, 1101 - Foto-Aktion; Urteil vom 7. März 2013 - I ZR 30/12, GRUR 2013, 850 Rn. 10 = WRP 2013, 1022 - Grundpreisangabe im Supermarkt).
- 18 II. Die Verneinung des geltend gemachten Unterlassungsanspruchs gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1, § 3 Abs. 1 UWG und in der Folge auch des Anspruchs auf Ersatz einer Abmahnkostenpauschale hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand. Es ist zwar davon auszugehen, dass geschäftliche Handlungen der Beklagten vorliegen, die gemäß § 3 Abs. 1 UWG einer lauterkeitsrechtlichen Prüfung unterzogen werden können (dazu B II 1). Das Berufungsgericht hat jedoch im Ergebnis zutreffend eine Unlauterkeit wegen eines Verstoßes gegen § 5a Abs. 6 UWG (dazu B II 2) sowie nach § 3a UWG in Verbindung mit § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG und § 58 Abs. 1 Satz 1 RStV (dazu B II 3) sowie eine Unzulässigkeit nach § 3 Abs. 3 UWG in Verbindung mit Nr. 11 der Anlage zu § 3 Abs. 3 UWG (dazu B II 4) verneint.
- 19 1. Es ist davon auszugehen, dass die Veröffentlichung der streitgegenständlichen Instagram-Beiträge im Rahmen von geschäftlichen Handlungen der Beklagten im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG erfolgte.
- 20 a) Gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG ist eine geschäftliche Handlung jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt.
- 21 b) Das Berufungsgericht hat angenommen, dass es sich bei den streitgegenständlichen Beiträgen und den darin enthaltenen "Tap Tags" um geschäftliche Handlungen handle, da die Beklagte sowohl den Absatz von Waren oder Dienstleistungen der beworbenen Unternehmen als auch ihr eigenes Unternehmen gefördert habe. Das nimmt die Revision als für sie günstig hin.

- 22 2. Das Berufungsgericht hat in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise angenommen, dass die Beklagte durch die Veröffentlichung der Beiträge im Rahmen einer geschäftlichen Handlung zur Förderung des eigenen Unternehmens § 5a Abs. 6 UWG nicht verletzt hat (dazu B II 2 a und b). Ob die Revision mit ihrer Rüge durchdringt, dass sich mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung ein Verstoß gegen § 5a Abs. 6 UWG durch die geschäftlichen Handlungen zur Förderung der fremden Unternehmen nicht verneinen lässt, bedarf keiner Entscheidung; eine Unlauterkeit nach § 5a Abs. 6 UWG scheidet insoweit jedenfalls deshalb aus, weil sich dieses Verhalten nach den speziellen Vorschriften, die für die kommerzielle Kommunikation bzw. Werbung in Telemedien gelten, nicht als unlauter erweist (dazu B II 2 c).
- 23 a) Nach § 5a Abs. 6 UWG handelt unlauter, wer den kommerziellen Zweck einer geschäftlichen Handlung nicht kenntlich macht, sofern sich dieser nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt, und das Nichtkenntlichmachen geeignet ist, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Mit der Vorschrift soll das medienrechtliche Verbot der Schleichwerbung auf alle Formen der Werbung ausgedehnt werden (zu § 4 Nr. 3 UWG aF vgl. BGH, Urteil vom 31. Oktober 2012 - I ZR 205/11, GRUR 2013, 644 Rn. 15 = WRP 2013, 764 - Preisrätselgewinnauslobung V; Begründung zum Regierungsentwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, BT-Drucks. 15/1487, S. 17). Sie bezweckt damit den Schutz der Verbraucher vor einer Täuschung über den kommerziellen Hintergrund geschäftlicher Maßnahmen. Insofern dient sie auch der Umsetzung von Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt (vgl. Begründung zum Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, BT-Drucks. 18/4535, S. 16; zu § 4 Nr. 3 UWG aF vgl. BGH, Urteil vom 1. Juli 2010 - I ZR 161/09, GRUR 2011, 163 Rn. 21 = WRP 2011, 747 - Flappe; BGH, GRUR 2013, 644 Rn. 15 - Preisrätselgewinnauslobung V), wonach es als irreführende Unterlassung gilt, wenn ein Gewerbetreibender den kommerziellen Zweck der Geschäftspraxis nicht kenntlich macht, sofern dieser sich nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt, und dies einen Durchschnittsverbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst oder zu veranlassen geeignet ist, die er ansonsten nicht getroffen hätte. Grundlage des Verbots ist die damit regelmäßig einhergehende Irreführung des Lesers, der dem Beitrag aufgrund seines redaktionellen Charakters unkritischer gegenübertritt und ihm auch größere Bedeutung und Beachtung bemisst (vgl. BGH, Urteil vom 29. März 1974 - I ZR 15/73, GRUR 1975, 75, 77 [juris Rn. 17] = WRP 1974, 394 - Wirtschaftsanzeigen-public-relations; Urteil vom 18. Februar 1993 - I ZR 14/91, GRUR 1993, 561, 562 [juris Rn. 14] = WRP 1993, 476 - Produktinformation I; Urteil vom 6. Juli 1995 - I ZR 58/93, BGHZ 130, 205, 214 f. [juris Rn. 53] - Feuer, Eis & Dynamit I; BGH, GRUR 2013, 644 Rn. 16 - Preisrätselgewinnauslobung V; Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO § 5a Rn. 7.4).
- 24 b) Die Verneinung eines Verstoßes gegen § 5a Abs. 6 UWG durch die Veröffentlichung der Beiträge im Rahmen einer geschäftlichen Handlung zur Förderung des eigenen Unternehmens ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.
- 25 aa) Diese geschäftliche Handlung hatte den kommerziellen Zweck, das eigene Unternehmen der Beklagten zu fördern.

- 26 (1) Ebenso wenig wie in Bezug auf das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung greift hinsichtlich des kommerziellen Zwecks eine Vermutung ein, die vom Anspruchsgegner zu widerlegen wäre (aa OLG Köln, GRUR-RR 2021, 167, 169 f. [juris Rn. 59, 62 und 65]). Es hat vielmehr eine Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalls zu erfolgen.
- 27 (2) Wie der "kommerzielle Zweck" im Sinne des § 5a Abs. 6 UWG zu bestimmen ist, ist umstritten.
- 28 Nach einer Ansicht setzt der Begriff der geschäftlichen Handlung nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG bereits definitionsgemäß einen kommerziellen Zweck voraus, da diese "zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens" erfolgt, also unternehmerischen Interessen dient. § 5a Abs. 6 UWG übernimmt demnach das Kriterium des kommerziellen Zwecks der geschäftlichen Handlung (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm/Fedderson aaO § 5a Rn. 7.23; Büscher/Bücher, UWG, 2. Aufl., § 5a Rn. 199; BeckOK.UWG/Ritlewski, 12. Edition [Stand 1. Mai 2021], § 5a Rn. 193; Schöwerling/Siegel in Paschke/Berlit/Meyer/Kröner, Hamburger Kommentar Gesamtes Medienrecht, 4. Aufl., 22. Abschnitt Rn. 11; Sosnitza in Ohly/Sosnitza, UWG, 7. Aufl., § 5a Rn. 95; Meyer in Götting/Meyer/Vormbrock, Gewerblicher Rechtsschutz, 2. Aufl., § 36 Rn. 337; Alexander, Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. Rn. 761; Böse, MDR 2019, 769, 770). Danach ist der kommerzielle Zweck bei Vorliegen einer geschäftlichen Handlung gegeben.
- 29 Nach einer anderen Ansicht stellt der "kommerzielle Zweck" ein zusätzliches subjektives Tatbestandsmerkmal dar, so dass eine Werbeabsicht des Unternehmers festzustellen ist (vgl. OLG Köln, GRUR-RR 2021, 167, 169 [juris Rn. 57]; Jäger, Trennungs- und Kennzeichnungsgebot im Lauterkeits- und Medienrecht, 2017, S. 295 bis 297; Fries, Influencer-Marketing, 2019, S. 111; Alberts, Die rechtliche Bewertung der Tätigkeit von Influencern unter besonderer Berücksichtigung werberechtlicher Problemstellungen, 2021, S. 81 f.; Timmermann/Berndt, WRP 2020, 996 Rn. 22 f.). Dafür spricht die französische Sprachfassung des Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2005/29/EG, wonach es - anders als etwa in der deutschen, englischen, italienischen oder spanischen Sprachfassung - nicht darauf ankommt, ob der Gewerbetreibende "den kommerziellen Zweck der Geschäftspraxis" nicht kenntlich macht, sondern darauf, ob er "seine wahre kommerzielle Absicht" nicht kenntlich macht ("n'indique pas sa véritable intention commerciale").
- 30 (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 abstellt, kann diese in der Praxis gleichwohl regelmäßig nur anhand objektiver Indizien bestimmt werden (vgl. OLG Köln, GRUR-RR 2021, 167, 169 [juris Rn. 58]; Jäger aaO S. 297 bis 299; Fries aaO S. 112). Insoweit würde daher dasselbe gelten wie bei der Beurteilung der Frage, ob ein vom Unternehmer finanzierter Einsatz redaktioneller Inhalte gemäß Nr. 11 der Anlage zu § 3 Abs. 3 UWG "zu Zwecken der Verkaufsförderung" erfolgt. Ein Einsatz zu "Zwecken der Verkaufsförderung" im Sinne dieser Vorschrift ist anzunehmen, wenn ein Unternehmer die Absicht hat, durch den redaktionellen Inhalt den Absatz seiner Waren oder Dienstleistungen zu fördern. Von einer solchen Absicht ist wiederum immer dann auszugehen, wenn

der Beitrag objektiv eine Werbung enthält (vgl. BGH, Beschluss vom 25. Juni 2020 - I ZR 74/19, GRUR 2020, 997 Rn. 21 = WRP 2020, 1295 - GRAZIA StyleNights).

- 31 (4) Auch im Streitfall folgt das Vorliegen des kommerziellen Zwecks der Förderung des eigenen Unternehmens daher aus dem Vorliegen einer entsprechenden geschäftlichen Handlung.
- 32 bb) Wie das Berufungsgericht festgestellt hat, hat die Beklagte einen kommerziellen Zweck der Instagram-Beiträge nicht kenntlich gemacht.
- 33 cc) Die Kennzeichnung des kommerziellen Zwecks der Förderung des eigenen Unternehmens war allerdings entbehrlich.
- 34 (1) Eine Kennzeichnung des kommerziellen Zwecks ist dann nicht erforderlich, wenn das äußere Erscheinungsbild der geschäftlichen Handlung so gestaltet wird, dass die Verbraucher den kommerziellen Zweck klar und eindeutig auf den ersten Blick erkennen können (vgl. BGH, Urteil vom 30. Juni 2011 - I ZR 157/10, GRUR 2012, 184 Rn. 18 = WRP 2012, 194 - Branchenbuch Berg; BGH, GRUR 2013, 644 Rn. 15 - Preisrätselgewinnauslobung V; OLG Celle, GRUR 2017, 1158, 1159 [juris Rn. 16]; KG, WRP 2018, 98, 99 [juris Rn. 16]; OLG Frankfurt, GRUR-RR 2020, 87, 90 [juris Rn. 28]; OLG Braunschweig, GRUR-RR 2020, 452, 454 [juris Rn. 54]; OLG München, GRUR 2020, 1096, 1098 [juris Rn. 45]; OLG Karlsruhe, WRP 2020, 1467, 1476 f. [juris Rn. 109 und 123]; OLG Koblenz, WRP 2021, 677, 683 [juris Rn. 105]; Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO § 5a Rn. 7.25). Für die Frage, wie die Werbung verstanden wird, ist gemäß § 3 Abs. 4 Satz 1 UWG auf die Sichtweise des durchschnittlich informierten, situationsadäquat aufmerksamen und verständigen Verbrauchers abzustellen, der zur angesprochenen Gruppe gehört (vgl. BGH, GRUR 2012, 184 Rn. 19 - Branchenbuch Berg; GRUR 2013, 644 Rn. 17 - Preisrätselgewinnauslobung V; OLG Frankfurt, GRUR 2020, 208, 209 [juris Rn. 14]; OLG München, GRUR 2020, 1096, 1098 [juris Rn. 44]; OLG Karlsruhe, WRP 2020, 1467, 1476 [juris Rn. 110]; Nadi, WRP 2021, 586 Rn. 7 bis 11).
- 35 Bei der Beurteilung, ob die Verbraucher den kommerziellen Zweck eines Instagram-Beitrags klar und eindeutig erkennen können, kommt es nicht darauf an, ob der durchschnittliche Nutzer erst nach einem analysierenden Studium des Beitrags dessen werbliche Wirkung erkennt. Das schließt nämlich nicht aus, dass der Nutzer dem Beitrag zunächst eine eingehendere Beachtung widmet, weil er der irrigen Annahme unterliegt, es handele sich um eine nicht-kommerzielle Äußerung. In diesem Zusammenhang genügt es nicht, dass der Verkehr etwa eine äußerst positive Beschreibung eines Produkts erkennt. Er muss vielmehr sofort und zweifelsfrei erkennen, dass diese Beschreibung der Bewerbung des Produkts dient (vgl. BGH, GRUR 2013, 644 Rn. 21 - Preisrätselgewinnauslobung V; OLG Celle, GRUR 2017, 1158, 1159 [juris Rn. 16]; KG, WRP 2018, 98, 99 [juris Rn. 16]; OLG Karlsruhe, WRP 2020, 1467, 1476 [juris Rn. 109]; OLG Koblenz, WRP 2021, 677, 683 [juris Rn. 105]).
- 36 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 unterbin-

den soll, und war der Werbebotschaft unvorbereitet ausgesetzt (vgl. OLG Köln, GRUR-RR 2014, 62, 64 [juris Rn. 18]; Wiebe/Kreutz, WRP 2015, 1179 Rn. 37). Die Kennzeichnung soll dem Verbraucher gerade die Möglichkeit verschaffen, sich auf den kommerziellen Charakter der Handlung einzustellen, damit er sie von vornherein kritisch beurteilen oder sich ihr ganz entziehen kann (vgl. OLG München, GRUR-RR 2012, 260, 262 [juris Rn. 50]; LG München I, WRP 2009, 1018, 1019 [juris Rn. 71]; Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO § 5a Rn. 7.4; Wiebe/Kreutz, WRP 2015, 1179 Rn. 37; Radtke/Camen, WRP 2020, 24 Rn. 4; Nadi, WRP 2021, 586 Rn. 22). Es ist daher nicht widersprüchlich, dass auch Instagram-Beiträge kennzeichnungsbedürftig sein können, deren werblicher Überschuss erst nach dem Studium des gesamten Beitrags erkennbar ist (vgl. KG, GRUR-RR 2019, 34, 37 [juris Rn. 26]; Alberts aaO S. 85; aA Matthes, GRUR-Prax 2020, 320; Eibenstein, ZVertriebsR 2020, 320, 321).

- 37 (2) Von diesen Grundsätzen ist auch das Berufungsgericht ausgegangen. Es hat angenommen, bei dem Instagram-Account der Beklagten handele es sich aufgrund des am Anfang gesetzten blauen Hakens um einen verifizierten Account, den Instagram nur Personen mit einer bestimmten öffentlichen Bekanntheit beziehungsweise ab einer gewissen Anzahl an Followern zugestehe. Dieses "Statussymbol" auf der Social-Media-Plattform lasse auf einen Account schließen, der sich sehr stark der Imagepflege widme und aus rein kommerziellen Erwägungen betrieben werde. Weiterhin sei dem Profil zu entnehmen, dass die Beklagte 1,7 Millionen Follower habe. Des Weiteren sei den angegriffenen Beiträgen zu entnehmen, dass diese 60.693 Personen, 45.269 Personen bzw. 64.740 Personen gefallen hätten. Es sei mithin ausgeschlossen, dass einzelne Verbraucher angesichts dieser Follower- oder Besucherzahlen davon ausgingen, dass es sich jeweils um private Freunde der Beklagten handele. Jedem Verbraucher werde unmittelbar bewusst, dass es sich um einen öffentlichen Auftritt der Beklagten handele. Damit sei für jeden Nutzer deutlich, dass die Beklagte die Beiträge nicht schalte, um ihre Freunde über ihre Aktivitäten zu informieren und sich mit ihnen auszutauschen, sondern dass kommerzielle Zwecke der Grund hierfür seien. Instagram-Accounts würden vor allem von Verbrauchern aufgerufen, die sich mehr oder weniger regelmäßig auf diesem Medium bewegten und deshalb darüber informiert seien, dass Social Media nicht nur private, sondern oftmals auch kommerziell genutzte Accounts beinhalteten. Sobald Personen beabsichtigten, einen rein privaten Austausch mit Freunden zu pflegen, würden sie ihren Instagram-Account nicht öffentlich, sondern nur für eine beschränkte Anzahl von vertrauten Personen zugänglich machen.
- 38 Die Teilnahme bei Instagram sei nur nach einer vorherigen Registrierung möglich, so dass es sich um einen geschlossenen Benutzerkreis handele. Wer sich hier anmelde, wisse um die Besonderheiten und die Gesetzmäßigkeiten dieses Mediums. Spätestens wenn der Nutzer feststelle, dass die Beklagte auf ihrer Seite die hier streitgegenständlichen Verlinkungen zu den Unternehmen der von ihr getragenen Kleidung vorhalte, werde überaus deutlich, dass es sich um einen kommerziellen Account handele. Die Beklagte benutze einen Account-Namen, der von ihrem tatsächlichen Namen erheblich abweiche. Benutzer von Instagram gelangten demnach entweder zufällig auf den Account der Beklagten oder suchten gezielt danach, weil sie den Account-Namen kennen würden. Auch dies sei nur Personen möglich, die mit der Arbeitsweise von Instagram vertraut seien. Die streitgegenständlichen Beiträge zeigten die Beklagte in München und zweimal in Dubai in jeweils unterschiedlicher Kleidung und mit verschiedenen Accessoires. Es han-

dele sich um keine "Schnappschüsse", sondern offensichtlich wohl arrangierte Darbietungen, die auch fotografisch von hoher Qualität seien.

- 39 Das Influencer-Marketing habe sich in den letzten Jahren zu einer respektablen Vermarktungsform entwickelt. Mitunter werde von dem wichtigsten digitalen Vermarktungstrend überhaupt gesprochen. Allein im Jahr 2017 sei dort ein Budget von über 560 Millionen Euro investiert worden. Ursachen der Beliebtheit von Instagram seien neben der großen Altersspanne seiner Nutzer vor allem die globale Reichweite und die einfachen Nutzungsmöglichkeiten. Die Nutzerzahl betrage über 500 Millionen weltweit. Davon entfielen allein 18 Millionen auf Deutschland. Schon diese Zahlen machten deutlich, dass es sich bei denjenigen Personen, die ihren Instagram-Account öffentlich machten, in der Regel um Personen handele, die einen kommerziellen Zweck verfolgten. Dies sei auch den angesprochenen Verkehrskreisen bekannt. In diesen Zusammenhang gehöre des Weiteren, dass sich die Beklagte selbst als sogenannte Influencerin bezeichne, wobei es sich in der Regel um bekannte und beliebte Personen handele, die sich dafür bezahlen ließen, dass sie mit einem bestimmten Produkt abgebildet würden.
- 40 Allein die Darstellung, mit der die Beklagte ihren Beiträgen einen persönlichen und privaten Anstrich zu geben versuche, führe nicht aus der Tatsache heraus, dass der kommerzielle Zweck deutlich werde. Die Einkleidung kommerzieller Interessen in vorgeblich Privates werde in den Beiträgen der Beklagten deutlich und stelle sich als Marketingmaßnahme dar, die der Verbraucherin nicht verborgen bleibe und ihr zudem auch bekannt sei. Denn diese Vermischung werde auch an anderer Stelle zur Verkaufsförderung eingesetzt. In Zeitschriften würden regelmäßig bekannte Personen als Vorbilder für einen besonderen Look unter Nennung der jeweiligen Hersteller der Outfits abgebildet. "Fashion-Bloggerinnen" würden namentlich genannt und ihnen werde die Möglichkeit eingeräumt, auf mehreren Seiten Mode und Accessoires vorzustellen, bei denen wiederum jeweils die Hersteller benannt seien. Redakteurinnen stellten in Zeitschriften ihre persönlichen Modefavoriten unter Nennung der Hersteller oder Händler vor. Der Unterschied zu den Beiträgen der Beklagten liege nur darin, dass bei einem Papiermedium keine direkte Verlinkung zu Herstellern möglich sei. In der Aufmachung und Ansprache der Verbraucherinnen unterschieden sich diese Seiten ansonsten aber nicht. Dies alles zeige, dass den Verbrauchern bekannt sei, dass eine privat wirkende Aufmachung von persönlichen Empfehlungen dennoch Werbung sei oder zumindest sein könne.
- 41 Hieran ändere sich auch nichts dadurch, dass bei einigen Accounts die Sicherheit junger, zum Teil noch minderjähriger Nutzer zu berücksichtigen sei. Denn die Beklagte wende sich offensichtlich nicht an jugendliches Publikum, zumindest habe der darlegungs- und beweisbelastete Kläger dazu bezogen konkret auf die Beklagte nichts vorgetragen. Die Beklagte selbst sei 32 Jahre alt und damit schon vom Alter her kaum noch Vorbild für junge Jugendliche. Sie stelle sich in den angegriffenen Beiträgen mit hochwertigen Kleidungsstücken und anderen Luxusgegenständen in einem Preissegment dar, das sich Jugendliche kaum leisten könnten. Sowohl das Kempinski Hotel München, als auch Modemarken wie Chasing Unicorns und Rejina Pyo sprächen Kundinnen an, die Wert auf Exklusivität und gehobenen Stil legten. Damit seien Jugendliche in der Regel nicht angesprochen.

- 42 Schließlic h könne nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Rechtsstreitigkeiten des Klägers gegen verschiedene Influencerinnen in Deutschland große mediale Aufmerksamkeit erregt hätten. Hierdurch sei der kommerzielle Zweck der Instagram-Accounts von Influencerinnen zusätzlich bzw. noch breiter bekannt geworden, so dass spätestens jetzt auch für den (nur) durchschnittlich informierten, situationsadäquat aufmerksamen Durchschnittsverbraucher kein Zweifel mehr daran bestehen könne, dass diese Accounts zu kommerziellen Zwecken betrieben würden. Gleiches gelte für die auch in Tageszeitungen diskutierten Fragen rund um den Regelungsvorschlag des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz zur Abgrenzung nicht kommerzieller Kommunikation zur Information und Meinungsbildung von geschäftlichen Handlungen.
- 43 Dies ist aus revisionsrechtlichen Gründen nicht zu beanstanden.
- 44 (3) Die Ermittlung der Verkehrsauffassung unterliegt nur einer eingeschränkten revisionsgerichtlichen Überprüfung dahingehend, ob das Berufungsgericht den Tatsachenstoff verfahrensfehlerfrei ausgeschöpft hat und die Beurteilung mit den Denkgesetzen und den allgemeinen Erfahrungssätzen in Einklang steht (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 11. Februar 2021 - I ZR 126/19, GRUR 2021, 746 Rn. 43 = WRP 2021, 604 - Dr. Z, mwN). Entsprechende Rechtsfehler zeigt die Revision nicht auf. Sie wendet sich fast durchgehend allein dagegen, dass sich mit dieser Begründung das Erfordernis der gesonderten Kenntlichmachung der Werbung für Drittfirmen nicht verneinen lasse.
- 45 Lediglich im Rahmen ihrer Rügen, es könne nicht angenommen werden, dass jeder Neuling, der sich erstmalig bei Instagram registriert, bereits mit den Gepflogenheiten dieses Mediums vertraut sei und es treffe nicht zu, dass die Beklagte sich mit ihren Beiträgen von vornherein nicht an ein junges Publikum wende, richtet sie sich nicht allein dagegen, dass das Berufungsgericht die Drittwerbung nicht für kennzeichnungsbedürftig gehalten hat. Mit diesen Rügen hat die Revision allerdings keinen Erfolg, da gemäß § 3 Abs. 4 Satz 1 UWG auf die Sicht des durchschnittlich informierten, situationsadäquat aufmerksamen und verständigen Verbrauchers abzustellen ist, der zu den angesprochenen Verkehrskreisen gehört. Dieser ist kein Neuling. Auf die Sicht eines durchschnittlichen Mitglieds einer eindeutig identifizierbaren Gruppe von Verbrauchern, die auf Grund von geistigen oder körperlichen Beeinträchtigungen, Alter oder Leichtgläubigkeit im Hinblick auf diese geschäftlichen Handlungen oder die diesen zugrundeliegenden Waren oder Dienstleistungen besonders schutzbedürftig sind, insbesondere Kinder und Jugendliche, ist gemäß § 3 Abs. 4 Satz 2 UWG im Übrigen nicht schon dann abzustellen, wenn möglicherweise auch diese durch die fragliche geschäftliche Handlung beeinflusst werden, sondern nur dann, wenn voraussichtlich und vorhersehbar allein das geschäftliche Verhalten dieser Verbrauchergruppe wesentlich beeinflusst wird (vgl. BGH, Urteil vom 12. Dezember 2013 - I ZR 192/12, GRUR 2014, 686 Rn. 13 bis 17 - Goldbärenbären; Urteil vom 24. Juli 2014 - I ZR 221/12, GRUR 2014, 1013 Rn. 33 = WRP 2014, 1184 - Original Bach-Blüten). Dass diese Voraussetzung im Streitfall erfüllt ist, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt, und die Revision macht auch nicht geltend, dass das Berufungsgericht entsprechenden Vortrag des Klägers übergangen hätte.
- 46 c) Ob die Revision mit ihrer Rüge durchdringen kann, dass sich mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung ein Verstoß gegen § 5a Abs. 6 UWG durch die geschäft-

lichen Handlungen zur Förderung der fremden Unternehmen nicht verneinen lässt, bedarf keiner Entscheidung. Selbst wenn - wie zugunsten der Revision unterstellt werden kann - die Voraussetzungen des § 5a Abs. 6 UWG mit Blick auf geschäftliche Handlungen zugunsten fremder Unternehmen vorliegen, scheidet eine Unlauterkeit dieser geschäftlichen Handlungen im Streitfall jedenfalls deshalb aus, weil dieses Verhalten den vorrangigen Spezialvorschriften des § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG für kommerzielle Kommunikation in Telemedien sowie des § 58 Abs. 1 Satz 1 RStV und des § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV für Werbung in Telemedien genügt.

- 47 aa) Das beanstandete Verhalten genügt den Erfordernissen, die § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG an Werbung in Telemedien stellt.
- 48 (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.
- 49 (2) Die Instagram-Beiträge der Beklagten sind Bestandteile ihres Instagram-Profiles, bei dem es sich um ein Telemedium handelt, nämlich einen elektronischen Informations- und Kommunikationsdienst im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 1 TMG.
- 50 (3) Die Beklagte ist Diensteanbieterin im Sinne von § 2 Satz 1 Nr. 1 TMG.
- 51 Nach § 2 Satz 1 Nr. 1 TMG, der durch das nach Erlass des Berufungsurteils mit Wirkung vom 19. November 2020 in Kraft getretene Gesetz zur Änderung des Telemediengesetzes und weiterer Gesetze vom 19. November 2020 (BGBl. I S. 2456) nicht in für den Streitfall relevanter Weise geändert worden ist, ist Diensteanbieter, wer eigene oder fremde Telemedien zur Nutzung bereithält oder den Zugang zur Nutzung vermittelt. Der Begriff des Diensteanbieters ist funktionell zu bestimmen. Er muss durch seine Weisungen oder seine Herrschaftsmacht über Rechner und Kommunikationskanäle die Verbreitung oder das Speichern von Informationen ermöglichen und nach außen als Erbringer von Diensten auftreten (vgl. BGH, Urteil vom 15. Oktober 2020 - I ZR 13/19, GRUR 2021, 63 Rn. 16 = WRP 2021, 56 - Störerhaftung des Registrars). Neben dem Inhaber einer Internetseite sind bei Internetportalen wie insbesondere sozialen Medien, bei denen Nutzer Unterseiten mit einer kommunikationsbezogenen Eigenständigkeit unterhalten, daher auch diese Nutzer Diensteanbieter (vgl. OLG Düsseldorf, GRUR-RR 2013, 433, 435 [juris Rn. 28]; WRP 2014, 88 [juris Rn. 16]; GRUR-RR 2020, 265, 268 [juris Rn. 53]; Spindler in Spindler/Schmitz, TMG, 2. Aufl., § 2 Rn. 23; BeckOK.Informations- und Medienrecht/Martini, 32. Edition [Stand 1. Februar 2021], § 2 TMG Rn. 7a; jurisPK-Internetrecht/Marx, 7. Aufl., Kap. 1.2 Rn. 155; Alberts aaO S. 120 f.; Rockstroh, MMR 2013, 627, 268 f.; Radtke/Camen, WRP 2020, 24 Rn. 34).
- 52 Nach diesem Maßstab ist auch die Beklagte Diensteanbieterin, da sie ein eigenständiges Profil auf der Social-Media-Plattform Instagram betreibt.
- 53 (4) Bei den Instagram-Beiträgen der Beklagten handelt es sich allerdings nicht um kommerzielle Kommunikation im Sinne des § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG, so dass das beanstandete



geschäftliche Handeln der Beklagten zugunsten fremder Unternehmen nicht gegen diese Vorschrift verstößt.

- 54 Kommerzielle Kommunikation ist gemäß § 2 Satz 1 Nr. 5 TMG jede Form der Kommunikation, die der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes von Waren, Dienstleistungen oder des Erscheinungsbilds eines Unternehmens, einer sonstigen Organisation oder einer natürlichen Person dient, die eine Tätigkeit im Handel, Gewerbe oder Handwerk oder einen freien Beruf ausübt. Keine kommerzielle Kommunikation stellt nach § 2 Satz 1 Nr. 5 Buchst. b TMG die Übermittlung von Angaben in Bezug auf Waren und Dienstleistungen oder das Erscheinungsbild eines Unternehmens, einer Organisation oder Person dar, die unabhängig und insbesondere ohne finanzielle Gegenleistung gemacht werden. Gemäß einer Ergänzung in § 2 Satz 1 Nr. 5 Buchst. b TMG durch das Gesetz zur Änderung des Telemediengesetzes und weiterer Gesetze vom 19. November 2020 umfasst dies auch solche unabhängig und insbesondere ohne finanzielle Gegenleistung oder sonstige Vorteile von natürlichen Personen gemachten Angaben, die eine unmittelbare Verbindung zu einem Nutzerkonto von weiteren natürlichen Personen bei Diensteanbietern ermöglichen.
- 55 Danach liegt sowohl nach der alten als auch nach der neuen Fassung des § 2 Satz 1 Nr. 5 Buchst. b TMG kommerzielle Kommunikation zugunsten fremder Unternehmen nur vor, wenn für sie eine Gegenleistung erbracht wird. Die Beklagte hat für ihre Instagram-Beiträge jedoch keine Gegenleistungen erhalten.
- 56 bb) Die Vorschrift des § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG geht § 5a Abs. 6 UWG als Spezialvorschrift vor, so dass die Annahme eines Verstoßes gegen § 5a Abs. 6 UWG im Streitfall ausscheidet.
- 57 (1) Dieser Normvorrang folgt in der hier zu beurteilenden Konstellation zwar nicht aus Art. 3 Abs. 4 der Richtlinie 2005/29/EG, der für den Fall, dass die Bestimmungen dieser Richtlinie mit anderen Rechtsvorschriften der Union, die besondere Aspekte unlauterer Geschäftspraktiken regeln, kollidieren, bestimmt, dass die Letzteren vorgehen und für diese besonderen Aspekte maßgebend sind. Das hier in Rede stehende geschäftliche Handeln zugunsten eines fremden Unternehmens fällt nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2005/29/EG. Diese erfasst nur Geschäftspraktiken eines Gewerbetreibenden im Zusammenhang mit der Förderung des Absatzes und dem Verkauf seiner eigenen Produkte und Dienstleistungen oder Geschäftspraktiken eines Wirtschaftsteilnehmers, die von einem anderen Unternehmen ausgeübt werden, das jedoch im Namen oder Auftrag dieses Wirtschaftsteilnehmers tätig werden muss (vgl. EuGH, Urteil vom 17. Oktober 2013 - C-391/12, GRUR 2013, 1245 Rn. 36 bis 38 = WRP 2013, 1575 - RLvS; BGH, Urteil vom 6. Februar 2014 - I ZR 2/11, GRUR 2014, 879 Rn. 13 = WRP 2014, 1058 - GOOD NEWS II; Urteil vom 11. Oktober 2014 - I ZR 113/13, GRUR 2015, 694 Rn. 26 = WRP 2015, 856 - Bezugsquellen für Bachblüten; BGH, GRUR 2020, 997 Rn. 12 - GRAZIA StyleNights). Deshalb liegt im Streitfall keine Kollision der unionsrechtlichen Bestimmungen des Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2005/29/EG (§ 5a Abs. 6 UWG) und des Art. 6 Buchst. a der Richtlinie 2000/31/EG über bestimmte Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG) im Sinne des Art. 3 Abs. 4 der Richtlinie 2005/29/EG vor.

- 58 (2) Der Normvorrang folgt allerdings aus dem Charakter des § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG als spezifische Vorschrift über die Anforderungen an die Erkennbarkeit kommerzieller Kommunikation im Bereich der Telemedien (vgl. Sosnitza in Ohly/Sosnitza aaO § 5a Rn. 92; BeckOK.UWG/Ritlewski aaO § 5a Rn. 179 f.; Bruhn in Gloy/Loschelder/Danckwerts aaO § 59a Rn. 16; Meyer in Götting/Meyer/Vormbrock aaO § 36 Rn. 334; aA Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO § 5a Rn. 7.16 und 7.80g; Büscher/Bücher aaO § 5a Rn. 193; Fries aaO S. 131; Reinholz/Schirnbacher, K&R 2017, 753, 754; Gerecke, GRUR 2018, 153, 154; Troge, GRUR-Prax 2018, 87; Leeb/Maisch, ZUM 2019, 29, 31).
- 59 In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs 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, Urteil vom 24. März 2016 - I ZR 7/15, GRUR 2016, 1068 Rn. 20 = WRP 2016, 1219 - Textilkennzeichnung; zum Vorrang unionsrechtlicher Bestimmungen, die besondere Aspekte unlauterer Geschäftspraktiken regeln, gemäß Art. 3 Abs. 4 der Richtlinie 2005/29/EG vgl. ferner BGH, Urteil vom 10. November 2016 - I ZR 29/15, GRUR 2017, 286 Rn. 15 = WRP 2017, 296 - Hörgeräteausstellung; Beschluss vom 25. Juni 2020 - I ZR 176/19, GRUR 2020, 1002 Rn. 47 = WRP 2020, 1300 - Zigarettenausgabeautomat; zu § 1 Abs. 2 UWG in der Fassung des Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht vgl. schließlich die Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 19/27873, S. 31).
- 60 § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG stellt eine solche bereichsspezifische Spezialvorschrift dar, die für den Bereich der Telemedien die Anforderungen an die Erkennbarkeit der kommerziellen Kommunikation festlegt. Weil es sich bei dieser Vorschrift um eine Marktverhaltensregelung handelt, die über den Tatbestand des § 3a UWG lauterkeitsrechtlich zur Wirkung gelangt (vgl. OLG Nürnberg, GRUR-RR 2019, 170, 172 [juris Rn. 43]; LG Berlin, MMR 2018, 543, 545 [juris Rn. 35]; Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO § 3a Rn. 1.310a und § 5a Rn. 7.80g; MünchKomm.UWG/Schaffert, 3. Aufl., § 3a Rn. 479; Großkomm.UWG/Pahlow, 3. Aufl., § 3a Rn. 260; Sosnitza in Ohly/Sosnitza aaO § 5a Rn. 93; v. Jagow in Harte/Henning aaO § 3a Rn. 115; Ahrens in Gloy/Loschelder/Danckwerts aaO § 70 Rn. 100; Fries aaO S. 131), dürfen die in der bereichsspezifischen Vorschrift des § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG zum Ausdruck kommenden speziellen medienrechtlichen Wertungen durch die Anwendung der allgemeinen lauterkeitsrechtlichen Vorschrift des § 5a Abs. 6 UWG nicht unterlaufen werden.
- 61 Die Vorschrift des § 6 Abs. 5 TMG, nach der die Vorschriften des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb unberührt bleiben, steht dieser Sichtweise nicht entgegen. Aus § 6 Abs. 5 TMG folgt zum einen, dass ein gegen § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG verstoßendes Verhalten auch nach den Vorschriften des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (etwa § 3a, § 5a Abs. 6 UWG) verboten werden kann. Zum anderen stellt § 6 Abs. 5 TMG klar, dass nach § 6 Abs. 1 bis 4 TMG ordnungsgemäß gekennzeichnete kommerzielle Kommunikation unter anderen lauterkeitsrechtlichen Gesichtspunkten als dem der Erkennbarkeit kommerzieller Kommunikation durchaus (etwa als irreführend im Sinne des § 5

UWG) verboten werden kann (vgl. Micklitz/Schirmbacher in Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl., § 6 TMG Rn. 12).

- 62 cc) Das beanstandete Verhalten genügt auch den Erfordernissen, die § 58 Abs. 1 Satz 1 RStV bzw. § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV an Werbung in Telemedien stellen.
- 63 (1) Nach § 58 Abs. 1 Satz 1 RStV muss Werbung als solche klar erkennbar und vom übrigen Inhalt der Angebote eindeutig getrennt sein. Dieser Regelung entspricht § 22 Abs. 1 Satz 1 des Medienstaatsvertrags vom 8. September 2020 (HmbGVBl. S. 433), der mit Wirkung vom 7. November 2020 an die Stelle des Rundfunkstaatsvertrags getreten ist. Beide Vorschriften sind auf Werbung in Telemedien anwendbar, da sie im VI. Abschnitt des Rundfunkstaatsvertrags bzw. im 2. Unterabschnitt des Medienstaatsvertrags enthalten sind, die jeweils den Titel "Telemedien" tragen.
- 64 (2) Bei den Instagram-Beiträgen zugunsten der fremden Unternehmen handelt es sich nicht um Werbung.
- 65 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.
- 66 Diese Definition ist auch auf den Begriff der Werbung in Telemedien gemäß § 58 Abs. 1 RStV anzuwenden. Dass § 2 Abs. 2 Nr. 7 RStV dem Wortlaut nach nur Werbung "im Rundfunk" erfasst, stellt eine systematische Schwäche (vgl. Begründung zum Staatsvertrag zur Modernisierung der Medienordnung in Deutschland, Drucks. 22/633 der Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg, S. 66) bzw. einen redaktionellen Fehler (vgl. Eibenstein, MMR 2020, 774, 775) dar. Die dadurch entstandene Lücke ist durch eine entsprechende Anwendung des § 2 Abs. 2 Nr. 7 RStV zu schließen (vgl. OLG München, GRUR 2020, 1096, 1098 [juris Rn. 49]; jurisPK-Internetrecht/Paschke, 6. Aufl., Kap. 4.5 Rn. 175; Tenkhoff, "In-Game-Advertising" - Grenzen der Werbemaßnahmen in Computerspielen unter dem Gesichtspunkt des lauterkeitsrechtlichen Verbraucherschutzes, 2013, S. 121; Fries aaO S. 109 f.; Enthoven, Schleichwerbung als Medienrechtsproblem, 2020, S. 129; Zurth/Pless, ZUM 2019, 457 Fn. 9; Radtke/Camen, WRP 2020, 24 Rn. 39; Eibenstein, MMR 2020, 774, 775; aA Mallick, Product-Placement in den Massenmedien, 2009, S. 202; Holzgraefe, Werbeintegration in Fernsehsendungen und Videospiele, 2010, S. 363; Kempe, Die Geltung des Trennungsgrundsatzes im Internet, 2017, S. 166).
- 67 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 Gegen-

leistung oder als Eigenwerbung im Rundfunk oder in einem Telemedium aufgenommen ist.

- 68 Da die Beklagte für die beanstandeten Instagram-Beiträge keine Gegenleistungen erhalten hat, stellen sie keine Werbung im vorgenannten Sinne dar und unterliegen nicht dem Erfordernis der Erkennbarkeit gemäß § 58 Abs. 1 Satz 1 RStV bzw. § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV.
- 69 (3) Die Anwendung anderer Vorschriften des Rundfunkstaatsvertrags oder des Medienstaatsvertrags zur Regelung von Werbung oder Sponsoring scheidet im Streitfall aus. So finden §§ 7, 8 RStV und §§ 8, 10 MStV keine Anwendung, da sie sich nur auf Werbung im Rundfunk und nicht in Telemedien beziehen (vgl. § 1 Abs. 1 Halbsatz 2 RStV bzw. die Stellung von §§ 8, 10 MStV im 1. Unterabschnitt mit dem Titel "Rundfunk"; Zurth/Pless, GRUR-RR 2019, 335; Eibenstein, MMR 2020, 774, 775). Diese Vorschriften können auch nicht über die Verweise in § 58 Abs. 3 Satz 1 RStV bzw. § 74 Satz 1 MStV Anwendung finden. § 58 Abs. 3 Satz 1 RStV gilt nur für Telemedien mit Inhalten, die nach Form und Inhalt fernsehähnlich sind, und § 74 Satz 1 MStV gilt nur für rundfunkähnliche Telemedien, wobei es sich gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 13 MStV um Telemedien mit Inhalten handelt, die nach Form und Gestaltung hörfunk- oder fernsehähnlich sind. Fernsehähnlich bzw. hörfunkähnlich ist ein Inhalt nur dann, wenn er wie das Fernsehen über bewegte Bilder (vgl. Erwägungsgrund 23 Satz 1 und Art. 1 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2010/13/EU zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste) bzw. wie der Hörfunk über eine Tonübertragung verfügt und nicht alleine aus "stehenden" Texten und Bildern besteht (vgl. BGH, Urteil vom 30. April 2015 - I ZR 13/14, BGHZ 205, 195 Rn. 66 - Tagesschau-App). Bloße statische 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; dies., ZUM 2019, 457, 463; Eibenstein, MMR 2020, 774, 775).
- 70 dd) Auch die Vorschriften des § 58 Abs. 1 Satz 1 RStV bzw. des § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV gehen § 5a Abs. 6 UWG als Spezialvorschriften vor, so dass die Annahme eines Verstoßes gegen § 5a Abs. 6 UWG im Streitfall ausscheidet.
- 71 Die Vorschriften des § 58 Abs. 1 Satz 1 RStV und des § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV regeln ebenfalls bereichsspezifisch die Anforderungen an die Erkennbarkeit von Werbung in Telemedien. Da auch diese Vorschriften als Marktverhaltensregelungen im Sinne von § 3a UWG (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO § 3a Rn. 2.73; BeckOK.UWG/Niebel aaO § 3a Rn. 103; BeckOK.UWG/Ritlewski aaO § 5a Rn. 180g; jurisPK.UWG/Seichter, 5. Aufl., § 5a Rn. 40; Bruhn in Gloy/Loschelder/Danckwerts aaO § 59a Rn. 16; Ahrens in Gloy/Loschelder/Danckwerts aaO § 70 Rn. 100) lauterkeitsrechtlich zur Wirkung kommen, dürfen die in ihnen zum Ausdruck kommenden spezifischen medienrechtlichen Wertungen nicht durch die Anwendung der allgemeinen lauterkeitsrechtlichen Vorschrift des § 5a Abs. 6 UWG unterlaufen werden (vgl. Bruhn in Gloy/Loschelder/Danckwerts aaO § 59a Rn. 16; Meyer in Götting/Meyer/Vormbrock aaO § 36 Rn. 334; aA Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO § 5a Rn. 7.16; BeckOK.Informations- und Medienrecht/Fiedler aaO § 22 MStV Rn. 1; Fries aaO S. 131; Fuchs/Hahn, MMR 2016, 503,

504; Reinholz/Schirmbacher, K&R 2017, 753, 754; Gerecke, GRUR 2018, 153, 154; Trogge, GRUR-Prax 2018, 87; Leeb/Maisch, ZUM 2019, 29, 31).

- 72 3. Das Berufungsgericht hat auch mit Recht angenommen, dass dem Kläger keine Unterlassungsansprüche wegen einer Unlauterkeit nach § 3a UWG in Verbindung mit § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG oder § 58 Abs. 1 Satz 1 RStV und § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV zustehen.
- 73 a) In Bezug auf die geschäftlichen Handlungen zur Förderung der fremden Unternehmen fehlt es aus den genannten Gründen an einer kommerziellen Kommunikation im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 5 TMG (dazu oben Rn. 53 bis 55) und an einer Werbung im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 7 RStV und § 2 Abs. 2 Nr. 7 MStV (dazu oben Rn. 64 bis 68).
- 74 b) In Bezug auf die Veröffentlichung der Instagram-Beiträge im Rahmen einer geschäftlichen Handlung zur Förderung des eigenen Unternehmens der Beklagten liegt ebenfalls kein Verstoß gegen § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG oder § 58 Abs. 1 Satz 1 RStV und § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV vor.
- 75 aa) Ein Verstoß gegen § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG oder § 58 Abs. 1 Satz 1 RStV und § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV ist allerdings nicht deshalb ausgeschlossen, weil es im Streitfall an einer Gegenleistung fehlt. Die vorgenannten Vorschriften setzen im Fall der Eigenwerbung das Gewähren einer Gegenleistung nicht voraus.
- 76 (1) Die Ausnahmeregelung gemäß § 2 Satz 1 Nr. 5 Buchst. b TMG, die der Umsetzung von Art. 2 Buchst. f 2. Spiegelstrich der Richtlinie 2000/31/EG dient, wonach Angaben in Bezug auf Waren und Dienstleistungen oder das Erscheinungsbild eines Unternehmens, einer Organisation oder Person, die unabhängig und insbesondere ohne finanzielle Gegenleistung gemacht werden, als solche keine Form der kommerziellen Kommunikation darstellen, bezieht sich nur auf kommerzielle Kommunikation zugunsten fremder Unternehmen. Angaben in Bezug auf Waren oder Dienstleistungen, die der Förderung des eigenen Unternehmens dienen, nimmt der Unternehmer in aller Regel "unabhängig" vor und ohne dass er dafür von jemandem eine Gegenleistung erhält. Es entspricht nicht dem Sinn und Zweck der Regelung, weite Teile der kommerziellen Kommunikation aus dem Anwendungsbereich des Telemediengesetzes bzw. der Richtlinie 2000/31/EG auszunehmen. Die Ausnahmeregelung erfasst daher nur Fälle, in denen die kommerzielle Kommunikation von unabhängigen Dritten zugunsten fremder Unternehmen vorgenommen wird, beispielsweise durch die Tätigkeit von Privatpersonen, die im Internet Informationen zu bestimmten Themen oder Warenarten anbieten, oder durch Warentestberichte unabhängiger Institute (vgl. Begründung zum Regierungsentwurf eines Gesetzes über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr, BT-Drucks. 14/6098, S. 16; BeckOK.Informations- und Medienrecht/Martini aaO § 2 TMG Rn. 29; Ricke in Spindler/Schuster aaO § 2 TMG Rn. 16; Spindler in Spindler/Schmitz aaO § 2 Rn. 47; Roßnagel/Gitter, Beck'scher Kommentar zum Recht der Telemediendienste, § 2 TMG Rn. 27).
- 77 (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.

- 78 bb) Die Annahme eines Verstoßes scheidet allerdings deshalb aus, weil die kommerzielle Kommunikation gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG sowie die Werbung gemäß § 58 Abs. 1 Satz 1 RStV und § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV als solche klar erkennbar ist.
- 79 Die Revision macht ohne Erfolg geltend, da die Beklagte auch den Absatz ihrer eigenen (Werbe-)Dienstleistungen fördere, handele es sich bei den streitgegenständlichen Beiträgen um kommerzielle Kommunikation bzw. Werbung im Sinne dieser Vorschriften und habe die Beklagte im Rahmen ihrer kommerziellen Kommunikation bzw. Werbung die von ihr verfolgten geschäftlichen Zwecke vollständig durch geeignete Hinweise offenzulegen. Die Revision zeigt auch in diesem Zusammenhang nicht auf, dass die Würdigung des Berufungsgerichts, einer gesonderten Kennzeichnung bedürfe es nicht, weil sich dieser kommerzielle Zweck unmittelbar aus den Umständen ergebe, rechtsfehlerhaft ist.
- 80 4. Das Berufungsgericht hat schließlich mit Recht angenommen, dass dem Kläger kein Unterlassungsanspruch wegen einer Unzulässigkeit der geschäftlichen Handlungen der Beklagten nach § 3 Abs. 3 UWG in Verbindung mit Nr. 11 der Anlage zu § 3 Abs. 3 UWG zusteht.
- 81 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.
- 82 b) Diese Voraussetzungen sind im Streitfall bereits deshalb nicht erfüllt, weil es an einer Finanzierung der beanstandeten Instagram-Beiträge der Beklagten durch Dritte fehlt.
- 83 C. Eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 Abs. 3 AEUV ist nicht veranlasst (vgl. EuGH, Urteil vom 6. Oktober 1982 - 283/81, Slg. 1982, 3415 Rn. 21 = NJW 1983, 1257 - Cilfit u.a.; Urteil vom 1. Oktober 2015 - C-452/14, GRUR Int. 2015, 1152 Rn. 43 - Doc Generici, mwN). Im Streitfall stellt sich keine entscheidungserhebliche Frage zur Auslegung des Unionsrechts, die nicht bereits durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs geklärt oder nicht zweifelsfrei zu beantworten ist.
- 84 D. Die Revision des Klägers ist danach mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Koch

Löffler

Schwonke

Feddersen

Schmaltz