

Volltext zu:	MIR 2022, Dok. 058
Veröffentlicht in:	MIR 08/2022
Gericht:	OLG Frankfurt a.M.
Aktenzeichen:	6 U 56/21
Entscheidungsdatum:	19.05.2022
ECLI:	ECLI:DE:OLGHE:2022:0519.6U56.21.00
Vorinstanz(en):	LG Frankfurt a.M., 31.03.2021 - 2-6 O 271/20
Bearbeiter:	Rechtsanwalt Thomas Ch. Gramespacher
Permanenter Link MIR-Dok.:	http://medien-internet-und-recht.de/volltext.php?mir_dok_id=3201

medien-internet-und-recht.de

ISSN: 1861-9754

MEDIEN INTERNET und RECHT und alle in der Publikation/Zeitschrift enthaltenden Inhalte, Beiträge, Abbildungen und Veröffentlichungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen sowie die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. Die Verlagsrechte erstrecken sich auch auf die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und deren Leitsätze, die urheberrechtlichen Schutz genießen, soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung/Redaktion redigiert bzw. erarbeitet sind. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließliche Nutzungs-/Verlagsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts. Diese Rechtsübertragung bezieht sich insbesondere auf das Recht des Verlages, das Werk zu gewerblichen Zwecken per Kopie (Mikrofilm, Fotokopie, CD-ROM, Dateikopien oder andere Verfahren in Online- und Printmedien etc.) zu vervielfältigen und/oder in elektronische oder andere Datenbanken aufzunehmen. Für unverlangt eingesandte Manuskripte wird keine Haftung übernommen. Mit Namen (Autor/Gericht/Quelle) gekennzeichnete Beiträge stellen nicht unbedingt die Meinung der Redaktion dar. Inhaltliche/redaktionelle Fehler vorbehalten.

OBERLANDESGERICHT FRANKFURT a.M. **Im Namen des Volkes** **URTEIL**

In dem Rechtsstreit (...)

für Recht erkannt:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der 6. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt am Main vom 31.3.2021 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Dieses Urteil und das Urteil des Landgerichts sind vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherstellungsleistung in Höhe von 120.000 € abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Der Streitwert wird für die erste Instanz und das Berufungsverfahren auf 60.000 € festgesetzt.

Gründe

I. Die Parteien streiten um die Rechtmäßigkeit sog. Influencer-Werbung.

Die Klägerin ist Verlegerin mehrerer Print- und Onlinezeitschriften. Sie ist unter anderem im Anzeigengeschäft tätig und bietet in ihren Print- und Online-Zeitschriften Slots für Werbung gegen Entgelt an. Sie verfügt auch über ein Nutzerprofil auf der Internetplattform Instagram, wo sie ebenfalls ihren Kunden Werbepplatzierungen anbietet.

Die Beklagte ist sog. Influencerin. Sie betreibt das Nutzerprofil „X“ auf der Internetplattform Instagram. Das Nutzerprofil der Beklagten verzeichnete im Februar 2020 über 508.000 Follower. Sie betreibt zudem mit ihrem Vater den Pod-cast „(...)“.

Die Beklagte stellt zum einen Produkte und Leistungen von Unternehmen vor, für deren Präsentation sie von den fraglichen Unternehmen vergütet wird (Werbe-Postings); zum anderen veröffentlicht sie Posts, für die sie von Unternehmen nicht beauftragt ist und für die sie keine finanziellen Gegenleistungen erhält. Bei diesen verlinkt sie mittels sog. „Tap-Tags“ regelmäßig auf Instagram-Accounts von Unternehmen, deren Produkte im Bild zu sehen sind (nachfolgend: Privat-Postings).

Gegenstand des Rechtsstreits ist der Verweis auf ein Bündel von eBooks auf dem Instagram-Account der Beklagten Ende 2019, das sich mit veganer Ernährung befasst. Für die streitgegenständlichen Posts erhielt die Beklagte keine unmittelbare finanzielle Gegenleistung. Nachdem die Beklagte insoweit am 16.12.2019 eine Unterlassungserklärung abgegeben hatte, forderte die Klägerin die Beklagte mit Schreiben vom 7.1.2020 (Anlage K9) wegen 16 angeblicher Verstöße gegen die Unterlassungserklärung Vertragsstrafen in Höhe von 80.016 € (16 x 5.001) und die Abgabe einer neuen Unterlassungserklärung mit erhöhter Vertragsstrafe, was die Beklagte ablehnte.

Die Klägerin hatte zuvor schon weitere Influencer mit einem Gegenstandswert von jeweils 100.000 € abgemahnt (z.B. Anlage BB9 und BB10).

Das Landgericht hat durch Urteil vom 31.3.2021, auf das gemäß § 540 Abs. 1 ZPO im Hinblick auf die tatsächlichen Feststellungen Bezug genommen wird, die Beklagte verurteilt, es bei Androhung der gesetzlich vorgesehenen Ordnungsmittel zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr unter Abbildung einer Person oder einem Bezug zu einer Person im Internet kommerzielle Inhalte, insbesondere Waren und/oder Dienstleistungen, vorzustellen, ohne die Veröffentlichung als Werbung kenntlich zu machen, sofern sich der kommerzielle Zweck nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt, jeweils wenn dies geschieht wie aus dem Anlagenkonvolut K13 ersichtlich.

Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, die Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs sei nicht nach § 8c UWG unzulässig, da das Verhalten der Klägerin unter Berücksichtigung der gesamten Umstände nicht als missbräuchlich anzusehen sei. Eine leicht überhöhte Abmahnkostenersatzforderung sei hierfür ebenso wenig ausreichend wie die Geltendmachung von Vertragsstrafenansprüchen wegen der streitgegenständlichen Verstöße in Höhe von über 80.000 €.

Es bestehe auch ein Wettbewerbsverhältnis, da die Parteien Mitbewerber im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG seien. Beide Parteien böten online Werbung an, weshalb austauschbare Dienstleistungen vorlägen. Der angegriffene Internetauftritt der Beklagten stelle auch eine geschäftliche Handlung dar. Durch die Texte habe die Beklagte jedenfalls das Interesse von Drittunternehmen an einem Influencer-Marketing in Kooperation mit ihr wecken wollen. Es bestehe kein Anlass, einen der Posts als privat zu behandeln, da keinerlei redaktioneller Beitrag ersichtlich sei. Im Übrigen fördere die Beklagte mit ihren mit Tags versehenen Posts jedenfalls ihr eigenes Unternehmen. Der kommerzielle Zweck sei auch nicht nach § 5a Abs. 6 UWG kenntlich gemacht. Er ergebe sich auch nicht unmittelbar aus den Umständen.

Hiergegen richtet sich die Berufung der Beklagten, mit der sie ihren erstinstanzlichen Klageabweisungsantrag weiterverfolgt.

Sie trägt vor, das Landgericht habe das Verhalten der Klägerin zu Unrecht nicht als rechtsmissbräuchlich angesehen. Die Erfüllung eines Regelbeispiels des § 8c UWG sei als Indiz für einen Missbrauch anzusehen. Es sei dann Sache des Abgemahnten, Tatsachen für das Nichtvorliegen eines Missbrauchs darzulegen und Beweis anzubieten. Für einen Rechtsmissbrauch spreche die Geltendmachung einer überhöhten Vertragsstrafenforderung in Höhe über 80.000 €, die behauptete Abmahnfähigkeit des Rechtsanwaltes in eigener Regie sowie der Ansatz eines erhöhten Gegenstandswertes bei der Abmahnung. Weiterhin fehle es der Klägerin an der notwendigen Aktivlegitimation. Die Zeitschrift „stadt1.y“ sei mittlerweile eingestellt worden. Im Instagram-Account der Klägerin würden nur noch vereinzelt Posts veröffentlicht. Im Übrigen komme es bei der Begründung der Mitbewerbereigenschaft bei verbraucherschützenden Normen auf die Sichtweise der angesprochenen Verkehrskreise, also der Verbraucher an, nicht aber auf die der potentiellen Werbekunden der Zeitschriftenverlage und des Influencers. Des Weiteren fehle es an einer geschäftlichen Handlung. Im Übrigen sei der werbliche Zweck aus den Umständen erkennbar und es fehle eine Relevanz für die geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers. Letztlich seien private Postings auch durch das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG unter dem Aspekt der freien Meinungsäußerung geschützt.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom 31.3.2021, Az. 2-06 O 271/20 abzuändern und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angegriffene Urteil.

II. Die zulässige Berufung der Beklagten hat in der Sache keinen Erfolg. Der geltend gemachte Unterlassungsanspruch steht der Klägerin zu. Der Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs steht auch nicht der Rechtsmissbrauchseinwand entgegen.

1. Der Streitgegenstand besteht aus der in Anlage K13 ersichtlichen Veröffentlichung der Beklagten auf Instagram.

a) Nach dem zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff wird der Streitgegenstand zum einen durch den Klageantrag und zum anderen durch den Lebenssachverhalt, aus dem der Kläger die von ihm begehrte Rechtsfolge herleitet, bestimmt (BGH, NJW 2001, 157, 158). Unter Lebenssachverhalt ist dabei das tatsächliche Geschehen zu verstehen, das dem Klageantrag zu Grunde liegt.

Diesen Streitgegenstand hat die Klägerin mit der Klageerhebung und der Bezugnahme des Antrags auf die konkrete Verletzungsform in Anlage K13 klar festgelegt. Soweit sich die Klägerin im Berufungsverfahren umfangreich auf weitere Veröffentlichungen der Beklagten bezogen hat, hat der Senat sie gemäß § 139 ZPO darauf hingewiesen, dass streitgegenständlich weiterhin nur die im Antrag in Bezug genommene konkrete Verletzungsform ist. Dies hat die Klägerin nicht zum Anlass genommen, etwa durch eine Klageerweiterung diese neuen Sachverhalte auch zum Gegenstand des Rechtsstreits zu machen. Sie hat vielmehr umfangreich zur „Kerngleichheit“ der neuen Veröffentlichungen hingewiesen, gegen die die Klägerin „im Ordnungsmittelverfahren“ vorgehen könne. Damit hat sie deutlich gemacht, dass sie die neuen Handlungen nicht zum Gegenstand des Rechtsstreits machen wollte.

Es bleibt daher dabei, dass streitgegenständlich nur die in Anlage K13 vorgelegte Verletzungsform ist.

2. Das Verhalten der Klägerin stellt sich nicht als rechtsmissbräuchlich dar.

a) Ob Angesichts der Tatsache, dass zum Zeitpunkt der Klageerhebung noch § 8 Abs. 4 UWG a.F. in Kraft war und im Laufe des Rechtsstreits § 8c UWG n.F. in Kraft getreten ist, altes Recht, neues Recht oder - aufgrund des in die Zukunft wirkenden Unterlassungsanspruchs - beide Fassungen anzuwenden sind, kann im Ergebnis dahinstehen, da § 8c UWG n.F. inhaltlich zu keiner Änderung geführt hat. Mit dem „Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs“ wurde die bisherige Kasuistik zu § 8 Abs. 4 teilweise kodifiziert, und zwar in den Regelbeispielen des § 8c Abs. 2 UWG. Die bisherige Rechtsprechung zu § 8 Abs. 4 UWG 2004 kann zur Auslegung des § 8c weiterhin herangezogen werden. Dies gilt nicht nur für die nähere Konturierung der Regelbeispiele des § 8c Abs. 2, sondern auch für die Generalklausel des Missbrauchs in § 8c Abs. 1 (Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Goldmann UWG, 5. Aufl. 2021, § 8c Rn 5). Das abstrakte Verbot des § 8c Abs. 1 UWG wird in § 8c Abs. 2 UWG im Wege einer Zweifelsregelung dahingehend konkretisiert, dass typische, für einen Rechtsmissbrauch sprechende tatsächliche und rechtliche Umstände angeführt werden. Anders als im RegE noch angelegt, soll - wenn derartige Umstände vorliegen - ein rechtsmissbräuchliches Handeln allerdings nicht widerleglich vermutet werden. Es handelt sich damit nicht um eine Vermutung im Sinne von § 299 ZPO, sondern lediglich die Anordnung einer Indizwirkung. Eine Änderung zur alten Rechtslage ist daher nicht erkennbar.

b) Ein Missbrauch liegt vor, wenn der Anspruchsberechtigte mit der Geltendmachung des Anspruchs überwiegend sachfremde, für sich gesehen nicht schutzwürdige Interessen und Ziele verfolgt und diese als die eigentliche Triebfeder und das beherrschende Motiv der Verfahrenseinleitung erscheinen. Ein Fehlen oder vollständiges Zurücktreten legitimer wettbewerbsrechtlicher Ziele ist indessen nicht erforderlich. Ausreichend ist, dass die sachfremden Ziele überwiegen (BGH GRUR 2019, 199 Rn 21 - Abmahnaktion II). In der notwendigen Gesamtschau kann der Senat keinen Rechtsmissbrauch erkennen:

(1) Indizielle Wirkung kann nach § 8c Abs. 2 Nr. 4 UWG die Forderung einer überhöhten Vertragsstrafe haben, allerdings nur dann, wenn diese „offensichtlich“ überhöht ist. In der Gesetzesbegründung heißt es, nur „eindeutige und ohne Weiteres erkennbare Fälle“ sollten erfasst werden, nicht aber Fälle, in denen dem Abmahnenden bloße Flüchtigkeitsfehler unterlaufen seien oder die Forderung aus anfänglicher Sicht noch im üblichen Rahmen hielt (vgl. BT-Drs. 19/22238, 17). Ist danach bei der Bestimmung einer angemessenen Vertragsstrafe auf Art, Ausmaß und Folgen der Zuwiderhandlung, ihre Schuldhaftigkeit, die Größe, Marktstärke und Wettbewerbsfähigkeit des Abgemahnten sowie sein wirtschaftliches Interesse Rücksicht zu nehmen, so liegt auf der Hand, dass die Höhe eines Vertragsstrafeverlangens einen Rechtsmissbrauch nur dann indizieren kann, wenn sie außerhalb des vertretbaren Bereichs angesiedelt ist, also eine solche, die auch nach einer großzügigen, die Unschärfen der einzelnen Bewertungsfaktoren berücksichtigenden Beurteilung in ihrer Höhe als schlechthin nicht vertretbar erscheint (Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Goldmann UWG, 5. Aufl. 2021, § 8c Rn 195).

Danach ist im vorliegenden Fall zu berücksichtigen, dass die Klägerin ihre ursprüngliche Forderung von über 80.000 € nach der Reaktion der Beklagten auf 15.000 € reduziert hat, nachdem die Beklagte darauf hingewiesen hat, dass möglicherweise nur ein Verstoß vorliege. Zu berücksichtigen ist insoweit auch, dass die rechtliche Einschätzung der Verstöße problematisch ist. Ob die in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang erstellten Beiträge (Anlage K9) der Beklagten als jeweils eigene Verstöße gelten oder hierin nur ein Tatentschluss

und damit nur ein Verstoß gesehen werden kann, ist rechtlich nicht einfach zu beantworten. Hat der Schuldner mehrfach verstoßen, taucht daher die Frage auf, ob die mehreren Handlungen als rechtliche Einheit anzusehen sind und daher nur ein einziger Verstoß vorliegt. Die Frage, ob bei mehreren Handlungen eine „natürliche Handlungseinheit“ oder eine rechtliche Einheit vorliegt oder nicht, ist durch Auslegung des konkreten Vertrages unter Berücksichtigung aller Umstände zu beantworten. Als offensichtlich rechtswidrig ist die Annahme mehrere Handlungen und damit die Forderung der Vertragsstrafe in dieser Höhe nicht anzusehen.

(2) Der Ansatz eines überhöhten Gegenstandswertes bei der Abmahnung kann nach § 8c Abs. 2 Nr. 3 UWG ebenfalls indiziellen Wirkung haben. Hierbei ist allerdings zu berücksichtigen, dass für die Bestimmung des Gegenstandswertes keine festen Kriterien gelten, sondern allenfalls Näherungswerte bestehen und zudem für den Rechtsanwalt ein Ermessensspielraum eröffnet ist. Ist die Höhe des angenommenen Gegenstandswertes nachvollziehbar begründet und noch im vertretbaren Bereich, spricht dies gegen rechtsmissbräuchliches Vorgehen (Köhler/Bornkamm/ Feddersen/Feddersen UWG, 40. Aufl. 2022, § 8c Rn 19).

Der angegebene Wert von 100.000 € ist zwar im eher hohen Bereich angesiedelt. Allerdings ist die nicht geringe wirtschaftliche Bedeutung der Influencer-Tätigkeit der Beklagten zu berücksichtigen. Die Werbung im Grenzbereich zwischen „Privatem“ und „Beruflichem“ ist schließlich Kern des Geschäftsmodells von Influencern wie der Beklagten. Die Beklagte verfügt über eine Followerzahl über 500.000, die eine erhebliche Monetarisierung ermöglicht. Zudem konnte die Klägerin auf einen Beschluss des Senats verweisen, in dem in einem vergleichbaren „Influencer-Fall“ ein Streitwert von 70.000 € in einem Eilverfahren festgesetzt wurde (OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 23.10.2019 - 6 W 68/19), was einem Hauptsachestreitwert von 100.000 € entspricht. In diesem Verfahren, an dem die Klägerin beteiligt war, war eine Influencerin betroffen, die eine vergleichbare Followerzahl hatte. Zwar finden sich in instanzgerichtlichen Entscheidungen auch niedrigere Werte. Vor dem Hintergrund der Festsetzung durch den Senat kann es jedoch nicht als Indiz gewertet werden, dass die Klägerin sich bei der Bemessung des Gegenstandswertes an der Rechtsprechung des Senats orientiert hat.

(3) Das fehlende wirtschaftliche Verhältnis zwischen Abmahntätigkeit und gewerblicher Tätigkeit kann zwar nach § 8c Abs. 2 Nr. 2 UWG ein Indiz für einen Rechtsmissbrauch darstellen. Es fehlt hier jedoch schon die „erhebliche Anzahl“ an Abmahnungen. Von der Klägerin im Rahmen ihrer sekundären Darlegungslast vorgebracht sind neun Abmahnungen in den Jahren 2018 und 2019. Bei einem von der Beklagten behaupteten Jahresumsatz von 250.000 € fehlte es insoweit schon an dem erforderlichen Missverhältnis. Dies gälte erst Recht, legte man den von Klägerin behaupteten Jahresumsatz von 2 Mio. € zugrunde.

(4) Soweit die Beklagte auch auf die Vorgeschichte der Auseinandersetzung der Parteien verweist, kann diese kein Indiz für einen Rechtsmissbrauch begründen. Die Klägerin hat zwar früher Interviews mit der Beklagten publiziert und auf ihrem Instagram-Account - auch noch ein Jahr nach der ersten Abmahnung - einen Link auf den Instagram-Account der Beklagten gesetzt; zudem hat die Klägerin auch 2021 mit Bildern der Beklagten geworben (Anlage BB4). Für den Senat ist aber nicht erkennbar, inwieweit dies auf einen Rechtsmissbrauch deuten soll. Selbstverständlich ist die Klägerin nicht gehindert, auch Mitbewerber abzumahnern, mit denen sie geschäftlich verbunden war. Ob es allerdings ein Zeichen von Redlichkeit und Interesse an der Durchsetzung des Lauterkeitsrechts darstellt, sogar einen Geschäftspartner abzumahnern, kann dahinstehen.

(5) Eine verselbstständige Abmahntätigkeit des Rechtsanwalts schließlich kann einen Unterfall des Einnahmeerzielungs- und Kostenbelastungsinteresses nach § 8c Abs. 2 Nr. 1 ZPO darstellen. Es ist ein Indiz für ein unangemessenes Einnahmeerzielungsinteresse, wenn der beauftragte Anwalt das Abmahngeschäft „in eigener Regie“ betreibt, insbesondere selbst Wettbewerbsverstöße erst ermittelt (vgl. BGH GRUR 2012, 286 Rn 16 - Falsche Suchrubrik; OLG Frankfurt am Main GRUR-RR 2007, 56, 57). Hier stellt die Beklagte darauf ab, dass der Geschäftsführer der Klägerin keine Kenntnis von der Abmahnung der Beklagten gehabt habe und die Zeugin B ihm erst das Abmahnschreiben haben zusenden müssen. Der Geschäftsführer habe zugegeben, das konkrete Abmahnschreiben erst später erhalten zu haben.

Der Vortrag ist nicht geeignet, ein Indiz für ein rechtsmissbräuchliches Vorgehen zu begründen. Die Klägerin hat hierzu in Anlage K21 eine von der Klägerin erstellte Vollmacht mit Datum 6.12.2021 - also vor der Abmahnung - vorgelegt, was der Behauptung, die Abmahnung sei ohne Kenntnis der Klägerin erfolgt, entgegensteht. Soweit die Beklagte bestreitet, dass die Abmahnung an diesem Tag erstellt wurde, also eine Rückdatierung behauptet, ist ihr Vortrag gänzlich ins Blaue hinein erfolgt. Dass die von der Beklagten als „Herausgeberin“ der Klägerin betitelte Zeugin A keine Kenntnis von der Abmahnung hatte, sondern kurz nach der Abmahnung die Beklagte noch für ein Event der Klägerin („Stadt1 Y1“) gewinnen wollte, wirkt zwar zunächst auffällig. Berücksichtigt man jedoch, dass für das operative Geschäft der Geschäftsführer - nicht aber eine „Herausgeberin“ - verantwortlich ist, verliert dieser Vorgang seine Auffälligkeit und stellt sich als gewöhnlicher Vorgang dar.

Soweit die Beklagte auf ein Telefonat zwischen dem Geschäftsführer der Klägerin und der Managerin der Beklagten, der Zeugin B, hinweist, in dem der Geschäftsführer der Klägerin erklärt habe, er habe hiervon keine Kenntnis, dies erledigten alle seine Anwälte, erscheint es auf den ersten Blick tatsächlich auffällig, wenn der Geschäftsführer vergessen haben will, dass er sechs Tage zuvor eine Vollmacht zu einem Vorgehen gegen die nicht ganz unbekannt Beklagte unterschrieben haben will, die mehrmals das Cover der Zeitschrift der Klägerin zierte.

Dieser Aspekt allein wäre für den Senat in der notwendigen Gesamtschau jedoch nicht geeignet, einen Rechtsmissbrauch zu begründen, so dass eine Beweisaufnahme zu dieser streitigen Behauptung unterbleiben konnte.

3. Die Klägerin ist als Mitbewerberin aktivlegitimiert.

a) Die Eigenschaft als Mitbewerber gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG erfordert ein konkretes Wettbewerbsverhältnis im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG. Dieses ist gegeben, wenn beide Parteien gleichartige Waren oder Dienstleistungen innerhalb desselben Endverbraucherkreises abzusetzen versuchen und daher das Wettbewerbsverhalten des einen den anderen beeinträchtigen, d.h. im Absatz behindern oder stören kann. Da im Interesse eines wirksamen lauterkeitsrechtlichen Individualschutzes grundsätzlich keine hohen Anforderungen an das Vorliegen eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses zu stellen sind, reicht es hierfür aus, dass sich der Verletzer durch seine Verletzungshandlung im konkreten Fall in irgendeiner Weise in Wettbewerb zu dem Betroffenen stellt. Ein konkretes Wettbewerbsverhältnis ist daher anzunehmen, wenn zwischen den Vorteilen, die die eine Partei durch eine Maßnahme für ihr Unternehmen oder das eines Dritten zu erreichen sucht, und den Nachteilen, die die andere Partei dadurch erleidet, eine Wechselwirkung in dem Sinne besteht, dass der eigene Wettbewerb gefördert und der fremde Wettbewerb beeinträchtigt werden kann und die von den Parteien angebotenen Waren oder Dienstleistungen einen wettbewerbsrechtlichen Bezug zueinander aufweisen (vgl. BGH GRUR 2019, 189 Rn 58 - Crailsheimer Stadtblatt II; BGH GRUR 2019, 970 Rn 23 - Erfolgshonorar für Versicherungsberater).

Das Landgericht hat danach zu Recht ein Wettbewerbsverhältnis als begründet angesehen, weil beide Parteien die Möglichkeit anbieten, auf ihrem Instagram-Account entgeltlich zu werben, und die Klägerin zudem auf ihrer Internetseite und in ihren Zeitungen Werbung anbietet. Sie bieten daher (Online)-Werbung an, so dass die Dienstleistungen austauschbar sind. Dem steht auch nicht entgegen, dass die Klägerin vorwiegend im Raum Stadt1 aktiv ist. Bei Internetsachverhalten ist eine regionale Begrenzung schon grundsätzlich schwer anzunehmen. Jedenfalls aber ist eine Überschneidung der geschäftlichen Interessen der Parteien durchaus als möglich anzusehen. Dies ist ausreichend.

b) Dieses konkrete Wettbewerbsverhältnis berechtigt die Klägerin entgegen der Auffassung der Beklagten nicht nur dazu, die Verletzung mitbewerberschützender Vorschriften geltend zu machen, sondern verleiht ihr eine umfassende Anspruchsberechtigung. Eine Ausnahme vom Grundsatz der einheitlichen Auslegung des Mitbewerberbegriffs im UWG kommt nach der Rechtsprechung des BGH (GRUR 2021, 497 - Zweitmarkt für Lebensversicherungen) nur in Betracht, soweit eine richtlinienkonforme Auslegung dies erfordert. Das ist bei § 6 Abs. 1 und Abs. 2 Nrn. 3 - 5 UWG und möglicherweise auch bei § 5 Abs. 2 UWG der Fall, nicht aber bei den übrigen Tatbeständen des UWG (BGH GRUR 2021, 497, Rn 40 ff. - Zweitmarkt für Lebensversicherungen). Der Mitbewerberbegriff des UWG ist daher insoweit „gespalten“, wie die richtlinienkonforme Auslegung von § 6 Abs. 1 und Abs. 2 Nrn. 3-5 UWG und möglicherweise § 5 Abs. 2 UWG es erfordert (BGH a.a.O. - Zweitmarkt für Lebensversicherungen).

4. Das Landgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass die Veröffentlichungen der Posts durch die Beklagten geschäftliche Handlungen im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG darstellen. Gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG ist eine geschäftliche Handlung jedes Verhalten einer Person zu Gunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt.

a) Das Merkmal des objektiven Zusammenhangs ist funktional zu verstehen und setzt voraus, dass die Handlung bei objektiver Betrachtung darauf gerichtet ist, durch Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidung der Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer den Absatz oder Bezug von Waren oder Dienstleistungen des eigenen oder eines fremden Unternehmens zu fördern (vgl. BGH MMR 2015, 518, Rn 20 - Bezugsquellen für Bachblüten; BGH MMR 2020, 311, Rn 13 - Identitätsdiebstahl). Dient die Handlung vorrangig anderen Zielen als der Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidung von Verbrauchern in Bezug auf Produkte und wirkt sie sich lediglich reflexartig auf die Absatz- oder Bezugsförderung aus, so stellt sie keine geschäftliche Handlung im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG dar (vgl. BGH, a.a.O., Rn 27 - Zweitmarkt für Lebensversicherungen). Weltanschauliche, wissenschaftliche, redaktionelle oder verbraucherpolitische Äußerungen von Unternehmen

oder anderen Personen, die nicht in funktionalem Zusammenhang mit der Absatz- oder Bezugsförderung stehen, unterfallen demnach nicht dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb.

b) Es besteht keine Vermutung, dass die Handlung eines Unternehmers, die in den Bereich seiner gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit fällt, mit der Förderung des Absatzes des eigenen Unternehmens oder gar der Förderung des Absatzes eines fremden Unternehmens objektiv zusammenhängt. Da eine Wettbewerbsförderungsabsicht nicht erforderlich ist, ist die Frage, ob eine Handlung vorrangig der Förderung des eigenen oder fremden Absatzes oder Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder aber anderen Zielen dient, auf Grund einer Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalls zu beurteilen (vgl. BGH MMR 2015, 518, Rn 28 - Bezugsquellen für Bachblüten).

c) Der Betrieb des Instagram-Profiles, in dessen Rahmen die streitgegenständlichen Beiträge der Beklagten veröffentlicht wurden ist, ist objektiv geeignet, das eigene Unternehmen der Beklagten zu fördern. Durch die Steigerung ihres Werbewerts fördern Influencer wie die Beklagte ihr eigenes Unternehmen. Dass im Rahmen von Instagram-Profilen auch vordergründig private Beiträge veröffentlicht werden, ändert nichts am geschäftlichen Charakter der Veröffentlichung sämtlicher Beiträge. Ein Unternehmer, der private Äußerungen nutzt, um den Wettbewerb seines Unternehmens zu fördern, gibt diesem eine geschäftliche Wendung. Das ist bei unternehmerisch tätigen Influencern hinsichtlich ihrer scheinbar privaten Beiträge der Fall. Gerade die Öffnung des privaten Lebensbereichs macht es für das Publikum attraktiv, Influencern zu folgen, da diese so glaubwürdiger, nahbarer und sympathischer wirken. Dass die Förderung des eigenen Images charakteristisch für Influencer ist und das Streben nach einer Reichweitensteigerung den Gegebenheiten der sozialen Netzwerke und dem Wunsch nach Aufmerksamkeit inhärent ist, kann an dem damit unweigerlich verbundenen Charakter als geschäftliche Handlung nichts ändern (BGH MMR 2021, 892, Rn 33 f. - Influencer III).

Schließlich scheidet die Einordnung der hier in Rede stehenden Handlungen als geschäftliche Handlungen zu Gunsten des eigenen Unternehmens auch nicht insoweit aus, als diese Handlungen ohne finanzielle Gegenleistung erbracht würden. Für die Annahme einer geschäftlichen Handlung ist der unentgeltliche Charakter des fraglichen Verhaltens unerheblich, sofern dieses der Förderung der gewerblichen Tätigkeit des Unternehmers dient (BGH a.a.O. - Influencer III). Dies ist vorliegend der Fall.

d) Zudem liegen auch geschäftliche Handlungen zu Gunsten des Anbieters des E-Books als Drittunternehmen vor.

(1) Erhält ein Influencer für einen werblichen Beitrag eine Gegenleistung, stellt diese Veröffentlichung ohne Weiteres eine geschäftliche Handlung zu Gunsten des beworbenen Unternehmens dar. Es gilt insofern nichts Anderes als bezüglich des entgeltlichen Anzeigengeschäfts der Presse. Der Erhalt einer Gegenleistung ist jedoch keine zwingende Voraussetzung für das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung zu Gunsten eines fremden Unternehmens.

(2) Bei der Prüfung, ob der Internetauftritt von Influencern vorrangig der Absatzförderung oder anderen - insbesondere redaktionellen - Zielen dient, ist das Informationsinteresse ihrer Follower in Betracht zu ziehen. Diese interessieren sich nicht nur für die private Lebensgestaltung der Influencer, sondern auch dafür, welche Kleidungsstücke sie tragen oder welche anderen Produkte sie verwenden (vgl. KG GRUR 2019, 543, 546, Rn 109). Aus dem Umstand allein, dass die Follower den Lebensstil der Influencer als Anregung für die eigene Lebensgestaltung verstehen und womöglich nachahmen, kann noch nicht darauf geschlossen werden, dass der Internetauftritt vorrangig der Absatzförderung dient. Die sozialen Medien im Allgemeinen und die Beiträge von Influencern im Besonderen haben gegenüber einem nicht unwesentlichen, insbesondere jüngeren Teil der Allgemeinheit eine Informations- und Unterhaltungsfunktion, die neben die der klassischen Medien getreten ist. Die Beiträge von Influencern können insbesondere mit denen klassischer Modezeitschriften oder anderer Special-Interest-Medien vergleichbar sein.

Bei der Beurteilung der Beiträge von Influencern in sozialen Medien kann auf die Kriterien zurückgegriffen werden, die für die Einordnung scheinbar redaktioneller Presseartikel als werblich entwickelt worden sind. Auch wenn ein klassisches Medienunternehmen für eine scheinbar redaktionelle Veröffentlichung keine Gegenleistung von einem fremden Unternehmen erhält, kann es sich dennoch um eine geschäftliche Handlung zu Gunsten dieses Unternehmens handeln, wenn der Beitrag nach seinem Gesamteindruck übertrieben werblich ist, also einen werblichen Überschuss enthält, sodass die Förderung fremden Wettbewerbs eine größere als nur eine notwendigerweise begleitende Rolle spielt. Dies entscheidet sich anhand einer objektiven Beurteilung des äußeren Erscheinungsbilds der Publikation aus Sicht eines durchschnittlichen Adressaten.

Danach ist zu berücksichtigen, ob der Beitrag ohne jede kritische Distanz allein die Vorzüge in einer Weise lobend hervorhebt, die bei dem Verkehr den Eindruck erweckt, dass das Produkt oder die Dienstleistung von Seiten des Influencers geradezu anempfohlen werde. Ein werblicher Überschuss kann deshalb etwa

vorliegen, wenn in dem Text des Instagram-Beitrags ein in dem Bild zur Schau gestelltes Produkt in werbetypisch euphorischer Weise angepriesen wird (BGH a.a.O.).

Durch die Anwendung dieser Grundsätze ist zugleich sichergestellt, dass den Anforderungen des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG genügt wird, ohne dass im Streitfall entschieden werden muss, ob und unter welchen Voraussetzungen diese Vorschrift auf Beiträge, die in den sozialen Medien verbreitet werden, anwendbar ist. Bei redaktionellen Beiträgen eines Medienunternehmens, die unter den besonderen Schutz des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG fallen, ist ein objektiver Zusammenhang im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG mit der Förderung des Absatzes eines fremden Unternehmens zwar zu verneinen, wenn der Beitrag allein der Information und Meinungsbildung seiner Adressaten dient; im Falle eines werblichen Überschusses im vorstehend dargestellten Sinne ist diese Voraussetzung jedoch nicht gegeben.

(3) Die danach notwendige Gesamtbetrachtung kann hier nur dazu führen, dass ein geradezu prototypischer Fall des werblichen Überschusses vorliegt. Es findet keinerlei Einordnung oder inhaltliche Auseinandersetzung oder Bewertung der herausgestellten Produkte statt. Die Beklagte verweist in den Postings vielmehr werbend und anpreisend im Stile eines Marktschreiers auf die beworbenen E-Books unter Herausstellung eines außergewöhnlich hohen Rabattes. Der Hinweis auf die E-Books erfolgt sogar mit Angabe des Original-Preises sowie des Angebotspreises und mutet daher fast wie eine klassische Produktwerbung an.

5. Die Beklagte hat durch die Posts gegen § 5a Abs. 6 UWG verstoßen, da sie den kommerziellen Zweck nicht kenntlich gemacht hat. Auch hier ist wieder zwischen dem eigenen Unternehmen und dem Drittunternehmen zu unterscheiden:

a) Soweit die Beklagte mit den Beiträgen ihr eigenes Unternehmen fördert, hat sie § 5a Abs. 6 UWG nicht verletzt.

Nach § 5a Abs. 6 UWG handelt unlauter, wer den kommerziellen Zweck einer geschäftlichen Handlung nicht kenntlich macht, sofern sich dieser nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt, und das Nichtkenntlichmachen geeignet ist, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Mit der Vorschrift soll das medienrechtliche Verbot der Schleichwerbung auf alle Formen der Werbung ausgedehnt werden (zu § 4 Nr. 3 UWG a.F. vgl. BGH, Urteil vom 31.10.2012 - I ZR 205/11, Rn 15 - Preisrätselgewinnauslobung V). Sie bezweckt damit den Schutz der Verbraucher vor einer Täuschung über den kommerziellen Hintergrund geschäftlicher Maßnahmen. Insofern dient sie auch der Umsetzung von Art. 7 Abs. 2 RL 2005/29/EG, wonach es als irreführende Unterlassung gilt, wenn ein Gewerbetreibender den kommerziellen Zweck der Geschäftspraxis nicht kenntlich macht, sofern dieser sich nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt, und dies einen Durchschnittsverbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst oder zu veranlassen geeignet ist, die er ansonsten nicht getroffen hätte. Grundlage des Verbots ist die damit regelmäßig einhergehende Irreführung des Lesers, der dem Beitrag auf Grund seines redaktionellen Charakters unkritischer gegenübertritt und ihm auch größere Bedeutung und Beachtung bemisst (vgl. BGH, Urteil vom 6.7.1995 - I ZR 58/93, Rn 53 - Feuer, Eis & Dynamit I; BGH, a.a.O., Rn 16 - Preisrätselgewinnauslobung V).

Die Veröffentlichungen der Beklagten hatten den kommerziellen Zweck, das eigene Unternehmen der Beklagten zu fördern. Insoweit kann auf die Ausführungen zum Vorliegen einer entsprechenden geschäftlichen Handlung verwiesen werden; die Argumente sind insoweit identisch.

b) Die Beklagte hat zwar den kommerziellen Zweck der Förderung des eigenen Unternehmens zwar nicht kenntlich gemacht; dies war allerdings entbehrlich.

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 (OLG Frankfurt am Main GRUR-RR 2020, 87, 90). Für die Frage, wie die Werbung verstanden wird, ist gemäß § 3 Abs. 4 S. 1 UWG auf die Sichtweise des durchschnittlich informierten, situationsadäquat aufmerksamen und verständigen Verbrauchers abzustellen, der zur angesprochenen Gruppe gehört.

Die maßgeblich angesprochene Verbrauchergruppe, auf die abzustellen ist, sind alle Verbraucher, die soziale Medien wie Instagram nutzten. Die Mitglieder des Senats können als Teil der angesprochenen Zielgruppe auf Grund eigener Sachkunde beurteilen, wie die angesprochenen Verbraucher die Handlungen der Beklagten verstehen, da sie ständig mit Wettbewerbssachen befasst sind. Bei Berücksichtigung der konkreten Umstände der streitgegenständlichen Beiträge und der Besonderheiten des Mediums Instagram ist davon auszugehen, dass der Durchschnittsverbraucher im vorliegenden Fall auf den ersten Blick und ohne jeden Zweifel erkennen wird, dass den Beiträgen ein kommerzieller Zweck insoweit zu Grunde liege, als sie auch der Wertsteigerung

des Images der Beklagten dienen und damit dieser für bereits bestehende und künftige „bezahlte Partnerschaften“ Vorteile bringen können. Denn der angesprochene Nutzer des sozialen Mediums Instagram weiß, dass Influencer wie die Beklagte auch Werbeverträge abschließen und sich der Marktwert der Influencer nach der Zahl der Follower bemisst, die wiederum von der Attraktivität der Beiträge des Influencers abhängig ist (BGH MMR 2021, 892 Rn 70 ff. -Influencer III).

c) Soweit die Beklagte mit den Beiträgen ein Drittunternehmen fördert, hat die Beklagte indes gegen § 5a Abs. 6 UWG verstoßen. Allerdings kommt insoweit ein Verstoß gegen § 5a Abs. 6 UWG nur in Betracht, wenn ein Verstoß gegen die vorrangigen Marktverhaltensregelungen der § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG, § 58 RStV, § 22 Abs. 1 S. 1 MStV für Werbung in (Tele-)Medien vorliegt. (BGH MMR 2021, 892, Rnr. 100 - Influencer II). Hier hat die Beklagte gegen § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG, § 22 Abs. 1 S. 1 MStV verstoßen, da sie die beworbenen E-Books unentgeltlich erhalten und dies nicht gekennzeichnet hat.

(1) Die Beklagte ist Diensteanbieterin im Sinne von § 2 S. 1 Nr. 1 TMG.

Nach § 2 S. 1 Nr. 1 TMG 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 MMR 2021, 138, Rn 16 - 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 2020, 265, 268; BeckOK Informations- und Medienrecht/Martini, 32. Ed., Stand 1.2.2021, § 2 TMG Rn 7a). Nach diesem Maßstab ist auch die Beklagte Diensteanbieterin, da sie ein eigenständiges Profil auf der Social-Media-Plattform Instagram betreibt.

(2) Die Posts der Beklagten enthielten kommerzielle Kommunikation im Sinne von § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG.

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. Keine kommerzielle Kommunikation stellt nach § 2 S. 1 Nr. 5 lit. b TMG die Übermittlung von Angaben in Bezug auf Waren und Dienstleistungen oder das Erscheinungsbild eines Unternehmens, einer Organisation oder Person dar, die unabhängig und insbesondere ohne finanzielle Gegenleistung gemacht werden. Danach liegt eine kommerzielle Kommunikation zu Gunsten fremder Unternehmen nur vor, wenn für sie eine Gegenleistung erbracht wird (BGH a.a.O. - Influencer III).

Die Beklagte hat für die streitgegenständlichen Posts auch eine Gegenleistung in Form der beworbenen E-Books erhalten.

Die in Art. 6 lit. a RL 2000/31/EG i.V.m. Art. 2 lit. f RL 2000/31/EG niedergelegten Transparenzanforderungen gebieten es, 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 (BGH GRUR 2022, 490 Rn 64, 65; Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler UWG, 40. Aufl., § 5 a Rn 7.80 j; Hoeren/Sieber/Holznapel MultimediaR-HdB/Holznapel/Hartmann, 52. EL April 2020, Teil 3 Rn 215; Lehmann WRP 2017, 772 Rn 6; Rauer/Kempf WRP 2022, 16 Rn 22). Der Bezug zwischen Bericht und geldwerter Vorteil wird hier durch die naheliegende und daher regelhaft anzunehmende Erwartung des durch den Bericht begünstigten Unternehmens hergestellt, dass die Influencerin über das Produkt berichten werde (vgl. Henning-Bodewig WRP 2017, 1415 Rn 22). Ein solcher Bericht ist durch die Produktbereitstellung initiiert und daher nicht unabhängig, so dass er als kommerzielle Kommunikation nach § 6 Abs. 1 TMG erkennbar sein muss. Der Schutzzweck der Regelung verlangt die Erfassung auch solcher Gewährungen geldwerter Vorteile, mit denen Beiträge gerade erst veranlasst werden sollen, ohne dass zuvor eine Vereinbarung getroffen wurde.

Hier ergibt sich aus dem Tatbestand des landgerichtlichen Urteils, dass die Beklagte zum einen sog. „Werbe-Postings“ erstellt, für deren Präsentation sie von den fraglichen Unternehmen beauftragt und vergütet wird. Zum anderen veröffentlicht sie danach „Privat-Posts“, für die sie von Unternehmen nicht beauftragt ist und für die sie keine finanziellen Gegenleistungen enthält. Bei diesen verlinkt sie regelmäßig auf Instagram-Accounts von Unternehmen, deren Produkte im Bild zu sehen sind (sog. Tap-Tags). Nach den weiteren Feststellungen im Tatbestand handelt es sich bei den streitgegenständlichen Posts um Privat-Posts im oben genannten Sinne, für die die Beklagte also keine Gegenleistung erhalten hat.

An diese tatbestandlichen Feststellungen ist der Senat zwar gebunden. Sie betreffen jedoch nur die finanziellen Gegenleistungen, nicht hingegen andere - nicht finanzielle - Gegenleistungen wie etwa die Zurverfügungstellung der streitgegenständlichen E-Books mit einem Wert von „1.300 €“ (Anlage K13). Der Senat hat die Parteien mit Beschluss vom 3.3.2022 darauf hingewiesen, dass sich die Beklagte zu dieser Frage bisher nicht verhalten hat. Hierauf hat die Beklagte vorgetragen, die Beklagte habe zugunsten ihrer Freundin Frau Vorname1 F gehandelt, ohne dafür ein Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung erhalten zu haben. Frau F sei auf die Beklagte zugekommen, weil sie gewusst habe, dass die Beklagte einen veganen Lebensstil befürwortet. Damit hat sich die Beklagte zu der zentralen Frage der kostenlosen Zurverfügungstellung der E-Books mit einem Wert von 1.300 € aber nicht verhalten. Sie ist damit ihrer sekundären Darlegungslast nicht gerecht geworden, so dass der Vortrag der Klägerin, die Beklagte habe die E-Books kostenlos erhalten, als unstrittig zu behandeln ist.

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 (BGH a.a.O. Rn 66 - Influencer III).

(3) Es fehlt hier an der notwendigen Erkennbarkeit der kommerziellen Kommunikation; eine Kennzeichnung als Werbung war entgegen der Ansicht der Beklagten auch nicht entbehrlich.

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 87-89 - Influencer I; BGH GRUR 2021, 1414 Rn 34-36 - Influencer II, jeweils m.w.N.).

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 37-44 - Influencer II).

Eine Kennzeichnung ist hier erforderlich. Das allgemeine Wissen von Nutzern darüber, dass Blogger auf Instagram häufig durch Werbekooperationen finanziert würden, steht einer Pflicht zur Kennzeichnung einzelner Beiträge als Werbung für Drittunternehmen nicht entgegen. Selbst followerstarke Profile auf Instagram sind nicht stets (nur) kommerziell motiviert. Follower legen Wert auf Authentizität. Gerade der Eindruck, dass Follower einen Einblick in die durch Werbeeinflüsse und Entgeltfinanzierung unbeeinflusste private Lebensführung erhalten, führt dazu, dass die Follower eine Haltung entwickeln, die sie gegenüber werbefinanzierten und daher gerade typischerweise wegen der Bezahlung geäußerten Vorlieben nicht entwickelten. Follower erwarten daher zu Recht, dass auch ein etwaiges politisches oder - wie hier ernährungsbezogenes - Engagement nicht kommerziell beeinflusst ist (vgl. BGH GRUR 2022, 490 Rn 45-47 - Influencer III).

6. Die Nichtkenntlichmachung des kommerziellen Zwecks der geschäftlichen Handlung zugunsten der in der Anlage K13 bezeichneten Drittunternehmen war auch geeignet, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.

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

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

Die Entscheidung des Verbrauchers, durch Betätigung des sog. Swipe-Up auf die Produktseite des Anbieters gelenkt zu werden, stellt eine geschäftliche Entscheidung dar. Dabei kommt es nicht darauf an, dass die Verlinkungen nicht unmittelbar auf die Produktangebote dieser Unternehmen gesetzt wurden. Es reicht aus, dass der Verbraucher sich über das Instagram-Profil des Unternehmens näher mit dem jeweiligen Unternehmen und seinen Produkten auseinandersetzen konnte, insbesondere da dort ein weiterführender Link auf dessen Internetseite vorgehalten wurde (vgl. BGH GRUR 2021, 1400 Rn 96 - Influencer I, m.w.N.).

7. Ob der Klägerin aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Unterlassungsvertrag vom 16.12.2019 (Anlage K7) ein Unterlassungsanspruch zustehen könnte, kann daher dahinstehen. Die Klägerin hat diesen vertraglichen Unterlassungsanspruch im Übrigen nicht zum Gegenstand der Klage gemacht. Bei vertraglichen und deliktischen Unterlassungsansprüchen handelt es sich insoweit um unterschiedliche Klagegründe und damit um verschiedene Streitgegenstände (vgl. BGH GRUR 2013, 397 Rn 14 - Peek & Cloppenburg III; Büscher in Fezer/Bücher/Obergfell UWG, 3. Aufl. § 12 Rn 277; Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen UWG, § 12 Rn 2.23). In der Klageschrift und den nachfolgenden Schriftsätzen hat die Klägerin sich indes durchweg auf gesetzliche Ansprüche bezogen und an keiner Stelle den vertraglichen Anspruch erwähnt. Dieser ist daher nicht Gegenstand des Rechtsstreits geworden.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit findet ihre Grundlage in § 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Gründe für eine Revisionszulassung sind nicht zu erkennen. Die maßgeblichen Rechtsfragen sind durch die zitierten Entscheidungen „Influencer I - III“ des BGH geklärt. Die vorliegende Entscheidung erschöpft sich in der Anwendung dieser Grundsätze auf den Einzelfall. Es ist nicht erkennbar, dass die streitgegenständlichen Instagram-Stories nach anderen Grundsätzen zu beurteilen sein sollten als statische Instagram-Posts, über die der BGH bereits entschieden hat.

Der am 28.5.2002 in Kraft tretende § 5a Abs. 6 UWG kann entgegen der Auffassung eine Revisionszulassung nicht begründen. Im Gegenteil ist dann die Norm, auf die sich die Entscheidung des Senats stützt, nicht mehr existent. Eine grundsätzliche Bedeutung kann einer nicht mehr existierenden Norm nicht zukommen.

Auch eine Vorlage an den europäischen Gerichtshof nach Art. 267 AEUV war nicht veranlasst. Die Beklagte verweist zu Recht auf das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung, soweit die schwarze Liste des Anhangs I zu § 3 Abs. 3 UWG betroffen ist, so dass § 5a VI UWG richtlinienkonform auszulegen ist. Zwar ist der Begriff der geschäftlichen Handlung, soweit es Handlungen von Unternehmen gegenüber Verbrauchern angeht, grundsätzlich im Lichte der Definition der Geschäftspraktiken aus der UGP-RL auszulegen (BGH MMR 2015, 518, Rn 22 - Bezugsquellen für Bachblüten). Nach Art. 2 lit. b UGP-RL bezieht sich diese jedoch nicht auf die Förderung des Absatzes eines anderen Unternehmens, die - wie vorliegend - nicht in dessen Namen oder Auftrag erfolgt (EuGH, Urteil vom 17.10.2013 - C-391/12 - RLvS Verlagsgesellschaft; BGH, Urteil vom 11.2.2014 - I ZR 2/11 - GOOD NEWS II; BGH, a.a.O., Rn 26 - Bezugsquellen für Bachblüten). Dementsprechend reicht der Begriff der geschäftlichen Handlung im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG weiter als der Begriff der Geschäftspraktiken in Art. 2 lit. d UGP-RL. Der Begriff der geschäftlichen Handlung findet in diesem Fall unabhängig von den Regelungen der UGP-RL Anwendung (OLG Frankfurt am Main MMR 2020, 767 Rn 44).

Der Senat ist bei der Streitwertfestsetzung von der Angabe der Klägerin abgewichen, da zu berücksichtigen war, da die Beklagte überwiegend in Englisch postet und nach dem unbestrittenen Vortrag der Beklagten 43 % der Follower der Beklagten im Ausland ansässig sind. Dies sind bei der Reichweite und damit bei der Schwere der Verletzungshandlung nicht zu berücksichtigen, so dass der Streitwert entsprechend zu reduzieren war.