

# Kommunikation & Recht



Betriebs-Berater für

● Medien ● Telekommunikation ● Multimedia

10  
K&R

- Editorial: Gesetz für faire Verbraucherverträge –  
Schutz der Verbraucher vor sich selbst  
*Dr. Sascha Vander*
- 605 Facebook und die kartellrechtliche Regulierung der Datennutzungen  
*Dr. Kim Manuel Künstler*
- 612 Influencer – Die Wundertüte des Online-Marketings  
*Michael Terhaag und Christian Schwarz*
- 617 Die Einführung der starken Kundenauthentifizierung gem. PSD2  
*Andreas Doser*
- 622 Aktuelle Entwicklungen im Fernabsatzrecht 2018/2019  
*Prof. Dr. Felix Buchmann*
- 630 Wie umgehen mit der Umgehung von Open-Source-Lizenzpflichten?  
*Dr. Hendrik Schöttle*
- 636 Sale-and-lease-back von Datenträgern als Auftragsverarbeitung?  
*Jonas Breyer*
- 642 BGH: Unterlassungsanspruch gegen Berichterstattung  
über erpresserische Fotoveröffentlichung
- 650 BGH: Stasi-Studie: Voraussetzungen staatlichen  
Informationshandelns
- 656 BGH: ORTLIEB II: Markenrechtsverletzung durch irreführende  
AdWords-Werbung
- 661 OLG Düsseldorf: Datenverarbeitung durch Facebook verstößt nicht  
gegen Kartellrecht
- 666 OLG Frankfurt a. M.: Kopplung von Werbe-Einwilligung und  
Gewinnspielteilnahme erlaubt  
mit Kommentar von *Markus Schröder*
- 670 Hanseatisches OLG Hamburg: Irreführende Mobilfunk-Werbung  
trotz Sternchenhinweis

22. Jahrgang

Oktober 2019

Seiten 605 – 676

verstummen zu lassen. Die Entscheidung überzeugt allenfalls im Ergebnis, nicht aber in seiner Herleitung. Das OLG Düsseldorf hat im einstweiligen Rechtsschutz den Finger durchaus in die Wunde gelegt, ohne selbst ein überzeugendes Konzept vorzulegen. Der BGH dürfte der Entscheidung des OLG zumindest im Rechtsbeschwerdeverfahren jedoch zunächst folgen. In der Hauptsache ist nicht zu erwarten, dass das OLG Düsseldorf von seiner nunmehr präsentierten Meinung abweicht. Das letzte Wort wird daher voraussichtlich in ein paar Jahren Karlsruhe sprechen müssen. Eines steht fest: Das Urteil des BGH wird

wesentlich für die dogmatische Ausgestaltung der Missbrauchskontrolle in Fällen der wettbewerblichen Regulierung des Zugangs zu Daten sein. Nach der Entscheidung zum „Anzapfverbot“ wäre es nicht das erste Mal, dass der BGH das OLG Düsseldorf zu Fragen der Dogmatik der Missbrauchskontrolle korrigieren muss. Sollte der BGH den restriktiven Ansatz des OLG Düsseldorf teilen, wird die kartellrechtliche Regulierung der Internetökonomie de lege lata empfindlich eingeschränkt. Der Gesetzgeber müsste dann entscheiden, ob es weitergehender Maßnahmen bedarf.

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

## Influencer – Die Wundertüte des Online-Marketings

*Kaum ein Bereich des Online-Marketings wird aktuell so viel diskutiert, wie der Einsatz sogenannter Influencer (auf Deutsch: Beeinflusser). Hierbei handelt es sich in der Regel um Privatpersonen, die aufgrund ihrer Resonanz im Internet und ihrer Anzahl von Abonnenten in den sozialen Medien mit einzelnen Beiträgen eine Vielzahl von potentiellen Kunden erreichen. Unternehmen bezahlen mittlerweile für solche Beiträge. Eine dafür sehr beliebte Plattform ist Instagram, wo hauptsächlich Fotos und Videos veröffentlicht werden. Die Abonnenten könnten sich, wie bei einer klassischen Werbung auch, durch positive Darstellung sowie Kommentare über ein Produkt oder eine Dienstleistung zum Erwerb des Produkts veranlasst sehen. Teilweise reicht dabei die bloße Erwähnung einer Marke oder deren Verwendung in dem Beitrag aus, um i. V. m. dem positiven Image des Influencers eine große Werbewirkung zu erzielen.*

### I. Einleitung

Es ist also kein Unternehmen, welches für sich Werbung macht, sondern eine einzelne, bei vielen Nutzern beliebte, Person, die ein bestimmtes Produkt anpreist. Für die Nutzer soll der Eindruck entstehen, dass die Empfehlung quasi von Freund zu Freund erfolgt – ganz so, als würde man sich mit einem Bekannten über eine neue Modemarke oder ein neues Körperpflegeprodukt unterhalten. Das ist natürlich gewollt und macht die Influencer-Werbung so tückisch.

Die vielleicht ursprünglich einmal privat genutzten Accounts werden so häufig zu gewerblichen Werbekanälen. Anders ausgedrückt wandelt sich ein zunächst vielleicht wirklich rein privat motiviertes Tun immer mehr zu einem geschäftlichen und kommerziellen Handeln, welches naturgemäß mit anderen Pflichten verbunden ist.

Insofern erinnert die Situation in manchen Fällen an die eines privaten eBay-Händlers auf dem Weg zum gewerblichen „Powerseller“. Die Frage „Wo hört das private Trödeln auf und wo fängt der gewerbliche Online-Handel an?“ beschäftigte seinerzeit auch jahrelang die Gerichte. So entschied der EuGH im Herbst 2018, dass diese Einstufung nicht allein an der Zahl der angebotenen Artikel

festgemacht werden kann, sondern von zahlreichen Faktoren abhängt und regelmäßig als Einzelfallentscheidung zu bewerten ist.<sup>1</sup>

Diesen, zugegebenermaßen etwas holprigen Gang, scheint die Einordnung von Influencern derzeit ebenfalls zu nehmen. Auch hier stellt sich eine klare Grenzziehung als äußerst schwierig dar, wie die gerichtlichen Entscheidungen aus jüngster Vergangenheit zeigen.

Während es bei den Verkäufern auf eBay darum ging, ob man den Käufern Verbraucherrechte, insbesondere ein Widerrufsrecht, einräumen und sie über ihre Rechte belehren musste, dreht sich bei den Influencern vieles um die Frage einer Kennzeichnungspflicht der vermeintlichen Werbung in Abgrenzung zu rein privater Meinungsäußerungen.

### II. Die Rechtslage

Um ein auch als Schleichwerbung bezeichnete unzulässiges Marketing zu vermeiden, ist kommerzielle Kommunikation über soziale Medien zunächst einmal als solche zu klassifizieren und dann hinreichend zu kennzeichnen.

Diese Kennzeichnungspflicht ergibt sich aus Staatsvertrag für Rundfunk und Medien (RStV), dem Telemediengesetz (TMG) und insbesondere aus dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG).

Nach §§ 7, 58 RStV muss Werbung klar erkennbar und vom sonstigen redaktionellen Inhalt unterscheidbar sowie durch optische oder akustische Mittel oder räumlich eindeutig getrennt sein. Werbung ist nach der Legaldefinition des Rundfunkstaatsvertrags „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“, § 2 Abs. 2 Nr. 7 RStV.

\* Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. VIII.

<sup>1</sup> EuGH, 4.10.2018 – C-105/17, K&R 2018, 704; siehe aber auch: BGH, 4.12.2008 – I ZR 3/06, K&R 2009, 467.

Auch nach § 6 Abs. 1 TMG muss kommerzielle Kommunikation klar als solche zu erkennen sein, wobei hierzu nach § 2 Nr. 5 b TMG nicht ausdrücklich zählen soll, wenn diese unabhängig und insbesondere ohne finanzielle Gegenleistung erfolgt.

Auch im UWG und dort insbesondere in den Regelungen der §§ 5 und 5 a Abs. 6 UWG geht es darum, dass der Verbraucher nicht dadurch in die Irre geführt werden darf, dass er über den kommerziellen Zweck einer damit geschäftlichen Handlung im Unklaren gelassen wird.

Das fasst zugleich auch die übrigen dargestellten Rechtsvorschriften zusammen, weil es im Grunde darum geht, bei den Social-Media-Beiträgen hinreichend deutlich zu machen, ob es sich um eine kommerziell motivierte, vielleicht sogar bezahlte Werbung oder eine rein private Meinung, demnach ohne etwaige Gewinnerzielungsabsicht oder sonstige auch monetäre Interessen, handelt. Wie allerdings konkret eine hinreichende Kennzeichnung bei Social-Media-Beiträgen erfolgen soll, regelt bislang keine der dargestellten Vorschriften im Detail.

### III. Gerichtliche Entscheidungen

Eine höchstrichterliche Entscheidung zur Frage, ob und wenn ja in welcher Form ein solcher Beitrag als Werbung gekennzeichnet werden muss, liegt bislang nicht vor. Die Liste der instanzgerichtlichen Entscheidungen wird jedoch immer länger und auch erste Berufungssenate haben sich mit der Thematik beschäftigt. An dieser Stelle soll ein kurzer Überblick über die aus Sicht der Verfasser aktuell wichtigsten Entscheidungen gegeben werden.

#### 1. OLG Celle

Das OLG Celle war wohl der erste Berufungssenat, der sich mit den potentiellen Kennzeichnungspflichten von Influencer-Postings zu beschäftigen hatte.<sup>2</sup> Hierbei hielt der Senat zunächst fest, dass es sich vorliegend überhaupt erst um eine geschäftliche Handlung im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG handelt, wenn diese mit der Förderung des Absatzes von Waren objektiv zusammenhängt, wenn also – wie hier unstreitig – der Influencer von dem beworbenen Unternehmen eine Vergütung erhalten hat. Eine Kennzeichnung war im vorliegenden Fall durch die Verwendung eines sogenannten Hashtags „#ad“ zwar erfolgt, dies ließ das Gericht aber nicht genügen. Ob #ad als Abkürzung für das englische Wort Advertisement (zu Deutsch: Werbung) ausreicht, brauchten die Richter aus ihrer Sicht jedoch nicht zu entscheiden, da der Hashtag nicht auf den ersten Blick erkennbar war. Vielmehr wurde er in der Bildbeschreibung nur innerhalb einer Reihe von weiteren Angaben gesetzt und erfolgte letztlich nur am Schluss des Beitrags. Der Hinweis war quasi zu versteckt, um wahrgenommen zu werden. Der Durchschnittsnutzer würde den Beitrag – so war der Senat überzeugt – nicht bis zum Ende wahrnehmen:

„Zweifelhaft kann schon sein, ob Hashtags, die am Ende eines Beitrags stehen, überhaupt zur Kenntnis genommen werden oder ob sich der Leser des Beitrags auf den eigentlichen Text beschränkt. Jedenfalls wird die überwiegende Zahl der Leser des Beitrags sich nicht beim ersten Betrachten der Seite die hier vorhandene Vielzahl an Hashtags ansehen und deshalb auf das Hashtag ‚#ad‘ nicht aufmerksam werden. Anlass, sich die Hashtags näher anzusehen, hat aufgrund der Funktion der Hashtags als Links nämlich

nur derjenige Leser, der vorhat, diesen Links zu folgen und sich weitere mit dem Hashtag verbundene Beiträge anzusehen.“<sup>3</sup>

Davon, dass dies auf eine nennenswerte Zahl an Lesern der Beiträge zutrifft, könne nicht ausgegangen werden. Auch sei eine Werbekennzeichnung vorliegend nicht entbehrlich, befand das OLG Celle. Das sei immer nur dann der Fall, wenn der kommerzielle Zweck auf den ersten Blick und ohne jeden Zweifel erkennbar ist.

„Es genügt nicht, wenn der durchschnittliche Leser erst nach einer analysierenden Lektüre des Beitrags dessen werbliche Wirkung erkennt.“<sup>4</sup>

Der kommerzielle Zweck des Beitrags ergebe sich auch nicht aus der Qualität und Aufmachung des zum Beitrag gehörenden Fotos, obwohl dieses durchaus professionell gestaltet wirke. Denn auch andere Bilder des Accounts seien ebenfalls professionell gestaltet, ohne dass darauf Werbung erkennbar sei.

#### 2. KG Berlin

Während die zuvor zitierte Entscheidung aus Celle hinsichtlich des Begriffs „Ad“ sicher noch nachvollziehbar ist, schloss sich im selben Jahr das KG Berlin<sup>5</sup> in einem vergleichbaren Fall dem Ergebnis des OLG Celle an und lies eine Kennzeichnung mit dem Hashtag „#sponsored bypanteneprov“ ebenfalls nicht ausreichen.<sup>6</sup> Der Hashtag mag in seiner Länge nicht besonders deutlich sein. Der bloße Verweis auf eine Entscheidung des BGH,<sup>7</sup> in dem das Gericht ausführte, dass die englische Wortfolge „sponsored by“ nicht mit dem Begriff des Sponsors gleichgesetzt werden könne, erschließt sich aber nicht. Die Begrifflichkeit dürfte auch Personen, die der englischen Sprache nicht mächtig sind, geläufig sein – zumal die kurze Wortfolge wohl als bekannter Anglizismus bereits Teil des deutschen Wortschatzes geworden sein dürfte.

#### 3. LG Karlsruhe

In einer Entscheidung des LG Karlsruhe<sup>8</sup> aus diesem Jahr, welche zu Recht viel Beachtung fand, ging es dann um sogenannte Tap-Tags bei Instagram – verwendet durch die Influencerin Pamela Reif. Sie hatte zum Zeitpunkt der Entscheidung mehr als vier Millionen Follower und veröffentlichte mehrere Hundert Bilder im Jahr von sich selbst, oft mit kurzen Begleittexten. Die verwendeten Tap-Tags („anklickbare Schilder“) werden sichtbar, wenn man das jeweilige Bild anklickt. Über diese lassen sich dann beispielsweise Unternehmen verlinken. Klickt man sodann auf ein solches digitales Schild, gelangt man zum Instagram-Account des Herstellers oder Anbieters. Das LG urteilte, dass die Veröffentlichungen das Interesse an den Kleidungsstücken wecken, welche durch Pamela Reif auf den Fotos getragen werden. Indem die Nutzer durch nur zwei Klicks auf die Herstellerseite gelangen können, werden das Image und der Absatz des jeweiligen Herstellers im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG gefördert.<sup>9</sup>

2 OLG Celle, 8. 6. 2017 – 13 U 53/17, K&R 2017, 728.

3 OLG Celle, 8. 6. 2017 – 13 U 53/17, K&R 2017, 728.

4 OLG Celle, 8. 6. 2017 – 13 U 53/17, K&R 2017, 728.

5 KG Berlin, 11. 10. 2017 – 5 W 221/17, K&R 2018, 64.

6 So wohl auch: LG Hamburg, 21. 12. 2018 – 315 O 257/17: Erforderlich sei die Verwendung des Begriffs „Anzeige“.

7 BGH, 6. 2. 2014 – I ZR 2/11, K&R 2014, 589.

8 LG Karlsruhe, 21. 3. 2019 – 13 O 38/18 KfH, K&R 2019, 422.

9 LG Karlsruhe, 21. 3. 2019 – 13 O 38/18 KfH, K&R 2019, 422.

Auch die scheinbare Privatheit mancher Posts und der Umstand, dass die hiesige Beklagte nicht für sämtliche Veröffentlichungen bezahlt wird, ändere daran nichts.

„Die Beklagte präsentiert sich in ihren Posts als Mensch und ‚Freundin‘, nicht als ‚bloßes‘ Model. Der betont private Charakter der geposteten Fotos und ggf. der begleitenden Story (Verweis auf die Mama, Urlaubskontext etc.) ändert nichts am Vorliegen einer geschäftlichen Handlung. Im Gegenteil: Es ist gerade das Wesen der Influencer-Werbung, dass der Influencer immer zugleich an seinem Image und seiner Authentizität arbeitet, wozu er die passenden Marken und Artikel bewirbt, und den Kreis seiner Follower ‚pflegt‘, die seine Glaubwürdigkeit schätzen und Teil der Community ‚ihres‘ Influencers sein möchten.“<sup>10</sup>

Auch könne sich die Beklagte – durch das Setzen der Tags – nicht darauf berufen, einen redaktionellen Beitrag veröffentlicht zu haben.

„Das Setzen des Tags bewirkt, dass die Neugier des Besuchers und die Erwartung geweckt werden, durch einen Klick Weiteres erfahren zu können. Mit anderen Worten dient der Tag der Förderung eines anderen Unternehmens.“

Die Beiträge dienen somit nicht allein, zumindest aber vorrangig der Information und Meinungsbildung – was für einen redaktionellen Beitrag erforderlich wäre. Insofern fördere die Beklagte durch ihre Posts stets auch ihre eigenen geschäftlichen Aktivitäten – dafür unterhalte sie auch einen sogenannten „Business Account“, also ein geschäftliches Benutzerkonto.<sup>11</sup>

Für rund 50 Prozent der veröffentlichten Beiträge erhalte die Beklagte eine Vergütung. Dies bedeute jedoch nicht, dass die übrigen Posts privater Natur wären.

Vielmehr dienen auch die privat anmutenden Veröffentlichungen der Werbung – nämlich der Vermarktung der Beklagten selbst, die damit ihre Nutzer bei Laune hält. Dann aber müsse sie sich daran festhalten lassen, insgesamt und stets auch geschäftlich aufzutreten.<sup>12</sup>

Eine Kennzeichnung als Werbung sei auch nicht entbehrlich, so die Karlsruher Richter. Keinesfalls wüssten alle Follower den werblichen Charakter des Auftretens von Influencern einzuschätzen – dies gelte insbesondere für die teils sehr jungen Abonnenten der Beklagten, die sich wohl tatsächlich häufig darüber kaum Gedanken machen.

„Da Kinder im Vergleich zu Erwachsenen weniger aufmerksam und lesegeübt sind, sind an die Kennzeichnung als Werbung deutlich höhere und kindgerechte Anforderungen zu stellen. Zwar sind netzaffine jugendliche Nutzer von Instagram im Umgang mit diesem und anderen sozialen Medien geübt. Sie lesen aber weitaus weniger, widmen einem Post nur eine kurze Aufmerksamkeitsspanne (oft nur wenige Sekunden bis zum nächsten Klick) und sind generell leichter verführbar.“<sup>13</sup>

Gehe es um den Schutz besonders schutzbedürftiger Verbraucher, insbesondere von Kindern, gelte § 3 Abs. 4 S. 2 UWG, so dass deshalb auf deren Erkenntnisfähigkeit abzustellen sei.

#### 4. LG München

Interessant ist ebenfalls der Fall von Cathy Hummels, die sich in einem Rechtsstreit beim LG München<sup>14</sup> ebenfalls die Frage stellen lassen musste, ob ihre Beiträge als Werbung zu kennzeichnen sind.

Zwar stellte das LG fest, dass Fotos bei Instagram, auf denen Produkte markenmäßig<sup>15</sup> gekennzeichnet und mit den Websites oder anderen Online-Präsenzen der abgebildeten Produkte verlinkt sind, regelmäßig geschäftliche Handlungen im Sinne des § 2 Abs. 1 S. 1 UWG sind. Dies soll ausdrücklich sogar für den Fall gelten, dass der Influencer weder eine Gegenleistung für die Veröffentlichung noch auch nur einen (unentgeltlichen) Auftrag dazu erlangt hat. Das begründet das Gericht damit, dass unter geschäftlichen Handlungen eben sowohl Fremd- als auch Eigenwerbung falle. Letztendlich nachvollziehbar, denn ein Influencer macht sich durch einen solchen Post – insbesondere gerade wenn er diesen auch noch verlinkt – für potenzielle Werbekunden interessant. Eine Werbekennzeichnung müsse aus Sicht des Gerichts vorliegend dennoch nicht erfolgen, denn bereits unmittelbar aus den Umständen sei erkennbar, dass die Veröffentlichungen geschäftliche Handlungen mit einem kommerziellen Zweck sind. Somit müsse eine Kennzeichnung nicht erfolgen (§ 5 a Abs. 6 UWG). Das LG München führte aus, dass der Account der Beklagten über einen blauen Haken hinter dem Nutzernamen verfüge, welcher nur Personen mit großer öffentlicher Bekanntheit zugestanden werde.

„Bekannte Personen neigen aber normalerweise dazu, ihre Privatsphäre zu schützen. Tun sie das nicht, dann stecken dahinter kommerzielle Interessen, die letztendlich auch bei Accounts anderer in der Öffentlichkeit stehender Personen, auf denen keinerlei Verlinkungen stattfinden, der Grund dafür sind, dass das Berufs- oder manchmal eben auch das Privatleben öffentlich gemacht wird. Social Media dienen heutzutage, wenn sie nicht rein privat genutzt werden, in hohem Maße der Imagepflege von bekannten oder berühmten Persönlichkeiten. Es kann daher davon ausgegangen werden, dass Accounts, die mit einem blauen Haken versehen sind, durchwegs zur Imagepflege und deshalb aus kommerziellen Erwägungen betrieben werden (und zwar unabhängig davon, ob darauf Verlinkungen zu anderen Unternehmen vorgenommen werden oder nicht).“<sup>16</sup> Darüber hinaus habe die Beklagte – zum Zeitpunkt der Entscheidung – rund 485 000 Follower, wodurch dem Betrachter klar sein müsse, dass der Account kommerzielle Zwecke verfolge.

„Jedem noch so uninformatierten Betrachter des Accounts muss klar sein, dass es sich hierbei nicht um wirkliche Freunde der Beklagten handeln kann und die Beklagte die Postings deshalb nicht nur schaltet, um ihre Freunde über ihre Aktivitäten zu informieren und sich mit ihnen auszutauschen, sondern dass da andere, nämlich kommerzielle Zwecke dahinterstehen.“<sup>17</sup>

Der Account sei öffentlich. Wäre es das Ziel von Cathy Hummels gewesen, sich über ihr Instagram-Profil nur mit ihren Freunden auszutauschen, so hätte sie sich für ein nicht öffentlich zugängliches Profil entschieden, das nur von Personen aufgerufen werden kann, denen sie das ge-

10 LG Karlsruhe, 21. 3. 2019 – 13 O 38/18 KfH, K&R 2019, 422.

11 LG Karlsruhe, 21. 3. 2019 – 13 O 38/18 KfH, K&R 2019, 422.

12 A. A. wohl: LG München, 29. 4. 2019 – 4 HKO 14312/18, K&R 2019, 426.

13 LG Karlsruhe, 21. 3. 2019 – 13 O 38/18 KfH, m. w. N.

14 LG München, 29. 4. 2019 – 4 HKO 14312/18 – Cathy Hummels, K&R 2019, 426.

15 In diesem Fall ging es um einen blauen Elefanten der Marke „Steiff“, der wegen des bekannten (gelben) Knopfs im Ohr gut als Steiff-Produkt erkennbar war.

16 LG München, 29. 4. 2019 – 4 HKO 14312/18, K&R 2019, 426.

17 LG München, 29. 4. 2019 – 4 HKO 14312/18, K&R 2019, 426; a. A. wohl: LG Hamburg, 28. 3. 2019 – 403 HKO 127/18.

stattet hat. Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass viele Influencer neben ihrem öffentlich zugänglichen Profil noch ein privates Profil besitzen. Ob Cathy Hummels tatsächlich zusätzlich auch einen privaten Account betreibt, dazu führt das LG nicht näher aus.

Auch auf den Schutz Minderjähriger könne vorliegend nicht abgestellt werden, so das LG weiter.<sup>18</sup> Das Instagram-Profil von Cathy Hummels würde sich seinem Zugschnitt nach nicht an Kinder oder Jugendliche sondern an junge Mütter und berufstätige Frauen wenden. Themen wie Reisen mit Kindern und Yoga haben nicht Kinder oder Jugendliche, sondern erwachsene Frauen als Zielgruppe.

„Hinzu kommt, dass nach eigenen Erfahrungen der Kammermitglieder gerade Kinder und Jugendliche sehr wohl (und zum Teil sogar noch eher als ältere Mitglieder von Zivilkammern), darüber informiert sind und Bescheid wissen, dass Influencer und Blogger ihre Tätigkeiten nicht aus reiner Menschenliebe oder aus Spaß durchführen sondern dass es sich hierbei um einen relativ neuen aber auch sehr lukrativen Beruf handelt, zu dem sich Kinder und Jugendliche teilweise stark hingezogen fühlen, weil sie meinen, hier sei mit relativ geringem Aufwand viel Geld zu verdienen.“<sup>19</sup>

Interessanter Weise hat das LG weiter Position zum Thema richtige Werbekennzeichnung bezogen, welche durchaus diskussionswürdig sind. Unklar sei nämlich weiterhin, wie eine Kennzeichnung in korrekter Weise zu erfolgen habe. Dies hätten weder der Kläger noch die vorangegangenen anderen gerichtlichen Entscheidungen aufzeigen können. Werbung bei entsprechenden Verlinkungen sei jedenfalls dann nicht anzunehmen, wenn bei fehlender Beauftragung durch die entsprechenden Unternehmen die Influencer nicht Werbeträger der verlinkten Unternehmen seien.

„Eine Kennzeichnung als Werbung würde die Irreführung daher nicht beseitigen, sondern verstärken, denn es wäre für die angesprochenen Verkehrskreise nicht mehr erkennbar, wofür die Beklagte nunmehr eine Gegenleistung erhalten hat, es sich also tatsächlich um bezahlte Werbung für das Unternehmen handelt, und wofür nicht. Fragwürdig wäre eine solche Kennzeichnung insbesondere deshalb, weil es bereits Influencer gibt, die aufgrund der Tatsache, dass sie als wichtiger eingestuft werden, wenn sie mehr Werbepartner haben, alles absichtlich als Werbung kennzeichnen, um so den Eindruck zu erwecken, sie hätten bereits Werbeverträge (unter dem Slogan ‚fake it ‘till you make it‘).“<sup>20</sup>

Auch die Verwendung des Satzes „unbezahlte Werbung wegen Markennennung“ – welchen man häufig bei Instagram liest – sei nur geringfügig weniger irreführend. Auch in diesem Fall sei für die Verbraucher noch nicht eindeutig erkennbar, ob der entsprechende Post durch das Unternehmen veranlasst wurde oder aufgrund einer freien Entscheidung des Influencers erfolge.<sup>21</sup> Letztendlich bliebe als hinreichende Kenntlichmachung des kommerziellen Zwecks wohl nur, den gesamten Account als kommerziell zu kennzeichnen, so das LG.

„Dies erfolgt aber bei dem Streitgegenständlichen Account nach Auffassung der Kammer bereits durch den blauen Haken und die Tatsache, dass Frau Hummels auf ihrem öffentlich zugänglichen Profil eine Anzahl von Followern hat, die nicht alle mit ihr persönlich befreundet sein können.“<sup>22</sup>

Zudem sei Cathy Hummels nicht anders zu behandeln als konventionelle Medien, wie zum Beispiel eine Frauenzeitschrift. Dies gebiete die Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) sowie das Gebot der Gleichbehandlung mit den traditionellen Medien. Frauenzeitschriften, die ähnlich wie Cathy Hummels, die Themen Mode, Reise und Kinder behandeln und dabei Produktempfehlungen abgeben, ohne diese allerdings auf eine Person würden in ihren Online-Auftritten ebenfalls Verlinkungen und Tags verwenden, ohne diese in irgendeiner Weise als Werbung kennzeichnen zu müssen. Die Zeitschriften würden ihre Empfehlungen demnach nur dann als Werbung bzw. Anzeige kennzeichnen, wenn sie von dem Unternehmen beauftragt und bezahlt würden.

„Nichts anderes kann für Influencer gelten, die neue Medien nutzen, und sich darin selbst vermarkten, wodurch z. B. Interviews, an denen früher die traditionellen Medien in ihrem redaktionellen Teil mit verdient haben, teilweise hinfällig geworden sind.“<sup>23</sup>

Im Ergebnis wies das LG demnach die Klage ab. Das Urteil ist jedoch noch nicht rechtskräftig. Die Berufung ist beim OLG München anhängig.

## 5. OLG Braunschweig

Beachtung verdient auch ein Beschluss des OLG Braunschweig.<sup>24</sup> Der Senat sah keine Aussicht auf Erfolg für die Berufung (Beschluss nach § 522 Abs. 2 Nr. 1 ZPO). Auch in diesem Fall hatte die beklagte Influencerin entsprechende Links zu Herstellern und Unternehmen gesetzt.

Entscheidend sei bereits, dass sich die Beklagte selbst als Influencerin bezeichnet und sich somit durchaus bereit zeige, von Unternehmen Entgelte für Werbung in Empfang zu nehmen. Sie differenziere lediglich sachwidrig danach, ob sie ein Entgelt erhält oder nicht, und meint, Werbung liege so lange nicht vor, wie keine materielle Gegenleistung des betreffenden Unternehmens erbracht werde.

Zudem fehle den Beiträgen der Beklagten jeglicher redaktionelle Anlass für die gleichzeitig betriebene Produktwerbung.

„Die Beklagte hat weder in einem Artikel über Anfragen ihrer Follower zu einem bestimmten Kleidungsstück berichtet und in diesem Zusammenhang den Herstellernamen genannt noch sich unter Bezugnahme auf entsprechende Anfragen darauf beschränkt, redaktionell die Hersteller mitzuteilen. Stattdessen lässt sie bei einem ‚Klick‘ auf die von ihr geposteten Abbildungen den Herstellernamen erscheinen, worin eine werbewirksame Warenproduktion ähnlich einem Onlinekatalog liegt.“<sup>25</sup> Auf diese Weise werde die Beklagte zu einem Bindeglied zwischen dem Hersteller und ihren Abonnenten.

## IV. Fazit

Eine konkrete Tendenz, ob eine Kennzeichnung erforderlich ist und in welcher Form sie richtigerweise vorgenommen werden sollte, lässt sich nicht absehen. Die

18 An dieser Stelle grenzt sich das LG München ausdrücklich vom LG Karlsruhe, 21. 3. 2019 – 13 O 38/18 KfH, ab.

19 LG München, 29. 4. 2019 – 4 HKO 14312/18, K&R 2019, 426.

20 LG München, 29. 4. 2019 – 4 HKO 14312/18, K&R 2019, 426.

21 LG München, 29. 4. 2019 – 4 HKO 14312/18, K&R 2019, 426.

22 LG München, 29. 4. 2019 – 4 HKO 14312/18, K&R 2019, 426.

23 LG München, 29. 4. 2019 – 4 HKO 14312/18, K&R 2019, 426.

24 OLG Braunschweig, 8. 1. 2019 – 2 U 89/18.

25 OLG Braunschweig, 8. 1. 2019 – 2 U 89/18.

wohl differenziertesten Urteile zu dieser Thematik sind bislang die dargestellten Entscheidungen des LG Karlsruhe und des LG München. Sie liegen jedoch inhaltlich weit auseinander und sorgen sicherlich nicht für Rechtsklarheit.

Gut nachvollziehbar ist die Argumentation des LG Karlsruhe, dass Influencer, welche in ihren Accounts naturgemäß sowohl private als auch geschäftliche Beiträge veröffentlichen, insgesamt als Unternehmer mit entsprechenden Pflichten zu behandeln sind. Denn auch die vermeintlich privaten Veröffentlichungen dienen dazu, die eigenen Nutzer bei Laune zu halten. Sie sind somit nie gänzlich privater Natur.<sup>26</sup> Das Geschäftskonto dient zumindest auch der Eigenwerbung des Influencers – welche ihn auch für weitere Werbepartner interessant machen dürfte.

So kann letztlich auch eine vermeintlich private Produktempfehlung, für welche der Influencer tatsächlich keine Gegenleistung bekommen hat, eine Werbung darstellen. Diese Veröffentlichung könnte womöglich zu einem neuen Auftrag führen. Zum Beispiel wenn der konkrete Beitrag eine große Aufmerksamkeit erzielt. Dann könnte das benannte Unternehmen schon deshalb eine bezahlte Partnerschaft mit dem Influencer eingehen wollen – beide würden schlussendlich von der Veröffentlichung profitieren.

Möchte ein Influencer auch private Beiträge veröffentlichen so bleibt es ihm, wie das LG Karlsruhe richtig festhält, selbstverständlich unbenommen einen weiteren, rein privaten Account anzulegen. Dieses Nutzerkonto könnte auch nichtöffentlich, also nur für einen geschlossenen Personenkreis einsehbar sein.

Doch was können Influencer tun? Jeden einzelnen Beitrag nunmehr als „Werbung“ oder „Anzeige“ zu kennzeichnen, wie es teils gefordert bzw. auch schon gehandhabt wird, kann womöglich vor einer Abmahnung schützen. Es wird das eigentliche Problem am Ende jedoch nicht lösen. Durch die inflationäre Verwendung solcher Kennzeichnungen wird sich schnell ein Gewöhnungseffekt bei den Nutzern einstellen.<sup>27</sup> Das kann nicht gewollt sein.

Immer wieder werden auch Stimmen nach neuen Gesetzen laut. Ob der Gesetzgeber wirklich tätig werden muss, ist fraglich. Mit § 5 a Abs. 6 UWG sowie den weiteren Regelungen aus dem TMG und dem RStV sind gesetzliche Grundlagen prinzipiell vorhanden. Allerdings werden diese bislang durch die Instanzgerichte unterschiedlich ausgelegt. Eine höchstinstanzliche Entscheidung, welche Klarheit in die Sache bringen könnte, ist derzeit nicht in Sicht. Früher oder später wird sich aber sicherlich auch der BGH mit der Thematik befassen müssen.

Abhilfe zu dieser Problematik könnten die Plattformbetreiber auch selbst schaffen. Durch verbesserte Kennzeichnungsmöglichkeiten des gesamten Accounts könnten sie dazu beitragen, mehr Klarheit für die einzelnen Nutzer zu ermöglichen. Diesen Ansatz verfolgt, wenn auch am Rande, das LG München in der Entscheidung zu Cathy Hummels.<sup>28</sup> Die Kammer regt an, den gesamten Account als kommerzielles Angebot zu kennzeichnen. Das ist durchaus ein guter Vorstoß. Nach dem LG München habe Cathy Hummels jedoch bereits alles erforderlich getan, denn es soll für diese Kennzeichnung der blaue Haken neben dem

Nutzernamen genügen. Daraus gehe eine gewerbliche Nutzung hervor.

Das kann jedoch letztlich nicht überzeugen. Den blauen Haken neben ihrem Nutzernamen führen in der Regel bekannte Persönlichkeiten wie Künstler, Sportler und Politiker. Dieser dient in erster Linie als Verifikation. Damit soll sichergestellt werden, dass es sich um das echte Nutzerkonto einer bekannten Persönlichkeit oder eines Unternehmens handelt – und nicht um einen Fake-Account.

Anders als ein Influencer betreiben diese Personen jedoch nicht notwendigerweise bezahlte Werbung für Drittangebote. Sinn und Zweck ihrer Veröffentlichungen dürfte in erster Linie nicht die Erzielung von Werbegeldern sondern allenfalls die eigene Vermarktung ihrer Person sein – in Form von bewusst gesteuerten (privaten) Neuigkeiten an ihre Anhänger. Ob dies bereits Werbung ist, sei dahingestellt. Letztlich begründet sich bei diesen Personen die Prominenz in der Regel auch nicht aus ihren Veröffentlichungen bei Instagram und Co. Dagegen haben viele Influencer gerade durch ihre Tätigkeit in den sozialen Netzwerken ihre Bekanntheit erlangt. Letztlich gibt es auch Influencer, die kein blaues Häkchen in ihrem Profil tragen. In diesem Fall helfen die Überlegungen des LG Münchens ebenfalls nicht weiter. Ebenso wenig kann deshalb allein auf die Anzahl der Follower abgestellt werden,<sup>29</sup> denn prominente Persönlichkeiten haben in der Regel viele Abonnenten ohne dass sie notwendigerweise Werbung für Dritte posten.

Auch liegt die Gefahr an anderer Stelle: Der Influencer möchte gar nicht der unnahbare Star aus den Medien sein, sondern der nette Kumpel, welcher gerne ein paar Empfehlungen und Tipps zu Produktneuheiten an seine Freunde weitergibt. Genau dieser Effekt macht die Influencer-Werbung für Unternehmen gerade so interessant. Auf diese Weise wird eine andere, teils wesentlich jüngere Zielgruppe erreicht als mit der klassischen Werbung. Ob diese jungen Nutzer in unserer schnelllebigen Zeit tatsächlich stets die Werbung hinter einem Beitrag sofort erkennen, wird von der Rechtsprechung zu Recht in Frage gestellt.<sup>30</sup> Dieser Aspekt sollte keinesfalls vernachlässigt werden.

Sinnvoll wäre sicherlich die Schaffung eines gesonderten Symbols neben dem Nutzernamen oder eines für jeden Verwender eindeutig und identisch formulierten Hinweises – vergleichbar mit der aus dem Fernsehen bekannten Kennzeichnung zur Verwendung von Produktplatzierungen oder einer „Dauerwerbesendung“. Dadurch könnten gewerbliche Profile besser von rein privaten Accounts unterscheidbar gemacht werden. Dann wäre jedem Nutzer von vorneherein klar, dass er auf dem aufgesuchten Account mit Werbung rechnen muss. Entsprechende Regelungen könnten auch beispielsweise in den Nutzungsbedingungen der Plattformen aufgenommen werden. Gefragt wären also am Ende in erster Linie die Betreiber der Social-Media-Portale.

26 A. A. wohl: LG Frankfurt a. M., 2. 4. 2019 – 2-06 O 105/19.

27 KG Berlin, 8. 1. 2019 – 5 U 83/18; so wohl auch: LG München, 29. 4. 2019 – 4 HKO 14312/18, K&R 2019, 426.

28 LG München, 29. 4. 2019 – 4 HKO 14312/18, K&R 2019, 426.

29 So wohl auch: LG Hamburg, 28. 3. 2019 – 403 HKO 127/18.

30 Z. B. LG Karlsruhe, 21. 3. 2019 – 13 O 38/18 KfH; LG Hagen, 27. 11. 2017 – 23 O 45/17; a. A. LG München, 29. 4. 2019 – 4 HKO 14312/18, K&R 2019, 426.