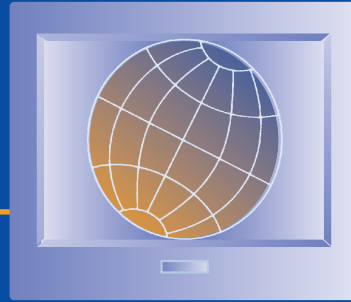


# Kommunikation & Recht



Betriebs-Berater für

● Medien ● Telekommunikation ● Multimedia

9  
K&R

- Editorial: Vom „Ä“ und „Ü“ im beA ... · *Dr. Florian Deusch*
- 565 Pflicht zur Angabe von Gesamtpreisen und die Mehrwertsteuersenkung im Online-Handel · *Martin Rätze*
- 569 Die Entwicklung des Datenschutzrechts im Jahr 2019  
*Dr. Flemming Moos*
- 578 Geht der neue Glücksspielstaatsvertrag 2021 regulatorisch wirklich online? · *Prof. Dr. Christian Koenig*
- 584 Update Informationsfreiheits- und Transparenzrecht 2019/2020  
*Prof. Dr. Jens M. Schmittmann*
- 588 EuGH: Datenübermittlung in die USA kann nicht länger mit „Privacy Shield“ legitimiert werden  
mit Kommentar von *Carsten Kociok* und *Dr. Johanna M. Hofmann*
- 604 BVerfG: Regelungen zur Bestandsdatenauskunft sind verfassungswidrig  
mit Kommentar von *Jan Spittka* und *Dr. Philipp Adelberg*
- 611 BGH: Cookie-Einwilligung II: Keine wirksame Einwilligung bei voreingestellten Häkchen  
mit Kommentar von *Dr. Markus Lang*
- 625 BGH: Afghanistan Papiere II: Bei Presseveröffentlichung ist Urheberpersönlichkeitsrecht zu berücksichtigen  
mit Kommentar von *Prof. Dr. Franz Hofmann*
- 630 Hanseatisches OLG Hamburg: Keine Pflicht zur Werbekennzeichnung von Influencer-Post bei offensichtlicher Werbung  
mit Kommentar von *Michael Terhaag* und *Christian Schwarz*

23. Jahrgang    **September 2020**    Seiten 565 – 636

lung zu verstehen, mit der Informationen über ein Tagesereignis bereitgestellt werden. Auf eine eingehende Analyse komme es nicht an („ansatzweise diskursbezogene Kontextualisierung“<sup>17</sup>).<sup>18</sup> Werden Dokumente in systematischer Form präsentiert, mit einem Einleitungstext, weiterführenden Links und einer Einladung zur interaktiven Partizipation versehen, liegt folglich eine Berichterstattung vor.<sup>19</sup> Die politische Bewertung einer aktuell laufenden Militärmission betreffe zudem ein Tagesereignis.<sup>20</sup> Es genügt ferner, dass die Verwertung der streitgegenständlichen Werke „in Verbindung mit der Berichterstattung“ steht.<sup>21</sup> Auch musste nicht versucht werden, zunächst eine Erlaubnis einzuholen.<sup>22</sup> Ob die Schranke schlussendlich greift, hängt dann vor allem von einer Interessenabwägung ab.<sup>23</sup>

Der Sache nach nimmt der BGH dabei auf den Gedanken des funktionswidrigen Einsatzes eines Ausschließlichkeitsrechts Bezug.<sup>24</sup> Der für die Klägerin (über Art. 14 Abs. 1 GG abgesicherte) streitende Urheberrechtsschutz sei weniger hoch zu gewichten, weil die streitgegenständlichen vertraulichen Dokumente „naturgemäß nicht wirtschaftlich verwertbar sind“.<sup>25</sup> Auch dem vom Urheberpersönlichkeitsrecht geschützten Interesse an einer Geheimhaltung des Inhalts des Werks komme bei der Grundrechtsabwägung kein entscheidendes Gewicht zu. Das Urheberpersönlichkeitsrecht schütze allein das urheberrechtsspezifische Interesse des Urhebers, darüber zu bestimmen, ob er mit der erstmaligen Veröffentlichung den Schritt von der Privatsphäre in die Öffentlichkeit tut und sich und sein Werk damit der öffentlichen Kenntnisnahme und Kritik aussetzt. Staatliche Geheimhaltungsbelange seien demgegenüber an anderer Stelle geregelt.<sup>26</sup> § 63 Abs. 2 S. 1 UrhG ist nach dem BGH vorliegend dadurch Rechnung getragen, dass offengelegt wurde, dass die veröffentlichten Texte von Angehörigen der Bundeswehr verfasst und von der Klägerin als „Unterrichtung des Parlaments“ verwendet wurden.<sup>27</sup> § 50 UrhG steche schließlich § 12 UrhG aus, da die Schranke nicht darauf abstelle, dass das Werk bereits veröffentlicht sei.<sup>28</sup>

3. Auch wenn der konkrete Fall damit befriedigend gelöst werden konnte, bleiben weitere Konstellationen rund um „geleakte Dokumente“ offen.<sup>29</sup> Bedacht werden muss auch, dass bei der grundrechtskonformen Auslegung die Konturen der Schranken nicht zu stark verwässert werden. Die Rechtsdogmatik hält aber mit Beschränkungen auf der Rechtsdurchsetzungsebene (Gedanke des Rechtsmissbrauchs) ein weiteres Instrument für ein interessengerechtes Urheberrecht zur Verfügung.<sup>30</sup>

17 P. Hofmann, GRUR-Prax 2020, 264.

18 EuGH, 29. 7. 2019 – C-516/17, K&R 2019, 574, Rn. 66 – Spiegel Online.

19 BGH, 30. 4. 2020 – I ZR 139/15, K&R 2020, 625, 627, Rn. 38 – Afghanistan-Papiere II.

20 BGH, 30. 4. 2020 – I ZR 139/15, K&R 2020, 625, 627, Rn. 39 ff. – Afghanistan-Papiere II.

21 BGH, 30. 4. 2020 – I ZR 139/15, K&R 2020, 625, 627, Rn. 43 – Afghanistan-Papiere II.

22 BGH, 30. 4. 2020 – I ZR 139/15, K&R 2020, 625, 627, Rn. 45 – Afghanistan-Papiere II.

23 BGH, 30. 4. 2020 – I ZR 139/15, K&R 2020, 625, 627, Rn. 46 ff. – Afghanistan-Papiere II.

24 Kritisch *Lerach*, GRUR-Prax 2020, 299, 301.

25 BGH, 30. 4. 2020 – I ZR 139/15, K&R 2020, 625, 628, Rn. 54 – Afghanistan-Papiere II.

26 BGH, 30. 4. 2020 – I ZR 139/15, K&R 2020, 625, 628, Rn. 54 – Afghanistan-Papiere II.

27 BGH, 30. 4. 2020 – I ZR 139/15, K&R 2020, 625, Rn. 62 – Afghanistan-Papiere II.

28 BGH, 30. 4. 2020 – I ZR 139/15, K&R 2020, 625 ff., Rn. 63 – Afghanistan-Papiere II.

29 Vgl. P. Hofmann, GRUR-Prax 2020, 264.

30 Vgl. F. Hofmann, GRUR 2020 (Heft 9).

## Keine Pflicht zur Werbekennzeichnung von Influencer-Post bei offensichtlicher Werbung

Hanseatisches OLG Hamburg, Urteil vom 2. 7. 2020 – 15 U 142/19 (nicht rechtskräftig)

Volltext-ID: KuRL2020-630, www.kommunikationundrecht.de

Verfahrensgang: LG Hamburg, 28. 3. 2019 – 403 HKO 127/18

§ 3, § 5 a Abs. 6 UWG

**Die beklagte Influencerin fördert mit den streitgegenständlichen Tap Tags den Absatz von Waren oder Dienstleistungen der beworbenen Unternehmen. Eine andere Sichtweise ist auch nicht deshalb geboten, weil die Beklagte für das Setzen der Tap Tags von den jeweiligen Unternehmen keine Gegenleistung erhalten hat. Die Beklagte hat die angegriffenen Posts unstreitig nicht als Werbung gekennzeichnet. Eine wettbewerbswidrige Handlung liegt dennoch nicht vor, da sich der kommerzielle Zweck der geschäftlichen Handlung der Beklagten unmittelbar aus den Umständen ergibt. (Leitsatz der Redaktion)**

### Sachverhalt

Die Beklagte wendet sich mit ihrer Berufung gegen ein Urteil des LG Hamburg, mit dem sie zur Unterlassung von Veröffentlichungen kommerzieller Inhalte in sozialen Medien ohne Verdeutlichung des kommerziellen Zwecks sowie die Zahlung von Abmahnkosten verurteilt worden ist.

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 Influencerin auf Instagram tätig und unterhält unter dem Namen O. 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.

Die Posts der Beklagten sind mit Hinweisen auf die Hersteller der im Bild getragenen Kleidung oder sonstiger abgebildeter Objekte versehen. Diese sind teilweise „getagt“, d. h. die Beklagte hat durch Platzierung sogenannter Tap Tags ihr veröffentlichtes Bild mit anderen Nutzerprofilen von Unternehmen oder Marken auf Instagram verlinkt. Klickt man auf das Bild, so erscheinen die Herstellernamen am jeweils abgebildeten Kleid, Accessoire etc. 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.

In dem ersten der drei streitgegenständlichen Posts ist die Beklagte selbst in einem hellen Trägerkleid mit einem Blumenstrauß zu sehen. Im Hintergrund sieht man Gebäude. Im Begleittext zum Bild hat die Beklagte die Worte „Thank you for the good time Munich! And for my favorite flowers“ geschrieben sowie die Verlinkungen „@k...“ und „@r...“ sowie die Hashtags „#p...“, „#R...“ und „#M...“ gesetzt. Ferner hat die Beklagte die hier streitigen Tap Tags in das Bild gesetzt. Klickt man das Bild an, erscheinen unmittelbar darin die Namen „o...“, „k...“ und „r...“. Mit einem weiteren Klick darauf wird man auf die Ins-

tagramseiten der getagten Nutzer weitergeleitet. Der zweite und dritte streitgegenständliche Post sind nach dem gleichen Muster aufgebaut, folgen der gleichen Aufmachung auf Instagram und zeigen die Beklagte in ähnlichen Situationen.

Ein Hinweis darauf, dass es sich bei diesen Tap Tags um Werbung handelt, erfolgte nicht. Nachdem der Kläger von den Posts der Beklagten Kenntnis erlangt hatte, mahnte er sie im Mai 2018 erfolglos ab. Anschließend erwirkte der Kläger vor dem KG Berlin im Eilverfahren mit Beschluss vom 30. 7. 2018 den Erlass der auch vorliegend begehrten Unterlassung.

Am 22. 10. 2018 erging gegen die Beklagte ein Versäumnisurteil, mit dem ihr unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel auferlegt wurde, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr in sozialen Medien, beispielsweise in dem sozialen Medium „Instagram“, unter Abbildung einer Person (Bezeichnung „o...“) kommerzielle Inhalte vorzustellen, ohne den kommerziellen Zweck der Veröffentlichung zu verdeutlichen, sofern er sich nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt. Gegen das Versäumnisurteil legte die Beklagte Einspruch ein. Das LG hat das Versäumnisurteil aufrechterhalten. Gegen dieses Urteil hat die Beklagte Berufung eingelegt.

## Aus den Gründen

### II. Die zulässige Berufung hat in der Sache Erfolg.

Der Kläger kann von der Beklagten nicht die Unterlassung von Veröffentlichungen kommerzieller Inhalte in sozialen Medien ohne Verdeutlichung des kommerziellen Zwecks verlangen. Der Kläger ist zwar klagebefugt (1.), ihm steht der geltende gemachte Anspruch jedoch weder gemäß §§ 8 Abs. 1 und 3 Nr. 2, 3, 5 a Abs. 6 UWG (2.), noch gemäß § 6 TMG i. V. m. § 3 a UWG (3.), Nr. 11 Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG (4.) oder §§ 7, 8 Rundfunkstaatsvertrag (5.) zu. Schließlich kann der Kläger nicht Ersatz der Abmahnkosten verlangen (6.).

1. Der Kläger ist klagebefugt gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG. [...]

2. Dem Kläger steht gegen die Beklagte ein Anspruch auf Unterlassung der streitgegenständlichen Posts auf Instagram nach §§ 8 Abs. 1, 3 Nr. 2, 3, 5 a Abs. 6 UWG jedoch nicht zu. Die streitgegenständlichen Posts verstoßen nicht gegen § 5 a Abs. 6 UWG, sie stellen keine unlauteren geschäftlichen Handlungen dar, die gemäß § 3 UWG unzulässig sind.

Nach § 5 a 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 anderenfalls nicht getroffen hätte.

a) Bei den streitgegenständlichen Posts und den darin enthaltenen Tap Tags handelt es sich um geschäftliche Handlungen im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG. [...]

Ob eine Handlung vorrangig der Förderung des fremden Absatzes oder anderen Zielen dient, ist aufgrund einer Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalles zu beurteilen. [...]

Unter Berücksichtigung aller Umstände fördert die Beklagte mit den streitgegenständlichen Tap Tags sowohl den Absatz von Waren oder Dienstleistungen der bewor-

benen Unternehmen (dazu nachfolgend unter aa) als auch das eigene Unternehmen, soweit sie sich an Unternehmen wendet (dazu nachfolgend unter bb).

aa) Die Beklagte handelt als Unternehmerin gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 6 UWG. [...]

Weiterhin stellt die Beklagte in ansprechenden Fotos Kleidung und Produkte/Dienstleistungen fremder Unternehmen vor, die bei ihren Followern und anderen Usern von Instagram Interesse auslösen und Nachahmungswünsche kreieren. Hierin liegt der Sinn des Accounts der Beklagten, die – wie schon ihre Berufsbezeichnung ausdrückt – Einfluss auf das Entscheidungsverhalten ihrer Follower nehmen will und soll. Nicht umsonst handelt es sich bei Instagram um eine der beliebtesten Social Media Plattformen für die Verwendung von Marken PR und wird die Beklagte – teilweise – für ihre Inszenierungen und die darin enthaltene Werbung bezahlt. Durch das Setzen der Tap Tags informiert die Beklagte die Verbraucherinnen sodann über die Herkunft der Produkte/Dienstleistungen und ermöglicht es ihnen, über den Instagram-Account der Herstellerfirmen auf deren Internetseite zu gelangen, nachdem sie allein durch das Auswählen der Produkte deren Besonderheit und Attraktivität herausgestellt hat.

Damit liegt nicht nur ein objektiver Zusammenhang zwischen dem Handeln der Beklagten und der Förderung fremder Unternehmen vor, sondern auch die entsprechende Absicht.

Soweit die Beklagte darauf abstellt, nur das Informationsbedürfnis ihrer Follower zu befriedigen, überzeugt dies nicht. Insoweit würde es ausreichen, dass die Beklagte mitteilt, von welchen Herstellern die gezeigten Waren/Dienstleistungen sind. Eine Verlinkung dergestalt, dass über die Tap Tags auf die Seite der Hersteller zu gelangen ist, wäre hierfür nicht erforderlich.

Eine andere Sichtweise ist auch nicht deshalb geboten, weil die Beklagte für das Setzen der Tap Tags von den jeweiligen Unternehmen keine Gegenleistung erhalten hat. Hiervon ist vorliegend zwar auszugehen. Die Beklagte hat die Richtigkeit dieser Behauptung an Eides statt versichert [...] und der Kläger hat diesen Vortrag nicht (substantiiert) bestritten. Durch die Ausgestaltung des Auftritts der Beklagten verwischen sich bezahlte und nicht bezahlte Links, sodass die im Einzelfall fehlende Gegenleistung durch den insgesamt werblichen Auftritt kaum ersichtlich und für die angesprochenen Verbraucher nicht festzustellen ist. Zudem hat die Beklagte in ihrer eidesstattlichen Versicherung dargestellt, dass sie die Verlinkungen auch vornimmt, um die Aufmerksamkeit von Unternehmensprofilbetreibern zu erlangen. Somit verbindet die Beklagte mit diesen Links die Hoffnung, ihre Bekanntheit zu steigern, mit weiteren Unternehmen Werbeverträge schließen zu können und ihren kommerziellen Erfolg zu steigern. Weiterhin enthalten die Auftritte der Beklagten bei Instagram – zumindest soweit sie streitgegenständlich sind – keinen redaktionellen oder anderen inhaltlichen Beitrag, der das Setzen der Tags veranlassen könnte. Unter diesen Umständen führt die fehlende Gegenleistung nicht aus dem Tatbestand der geschäftlichen Handlung heraus (so auch OLG Braunschweig, Urt. v. 13. 5. 2020 – 2 U 78/19; OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 23. 10. 2019 – 6 W 68/19; Maatsch, jurisPR-WettbR 4/2019 Anm. 5).

Etwas anderes folgt schließlich nicht unter Berücksichtigung des Begriffes der Geschäftspraktik in Art. 2 (d) UGP-Richtlinie unter Berücksichtigung des Begriffes der

„kommerziellen Kommunikation“ aus Art. 2 (f) E-Commerce-Richtlinie. 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-Richtlinie auszulegen (BGH, Urt. v. 11.12.2014 – IZR 113/13, [K&R 2015, 495 ff.], Rn. 22 – Bezugsquellen für Bachblüten). Nach Art. 2 (b) UGP-Richtlinie bezieht sich diese jedoch nicht auf die Förderung des Absatzes eines anderen Unternehmens, die – wie vorliegend – nicht in dessen Namen oder Auftrag erfolgt (EuGH, Urt. v. 17.10.2013 – C-391/12 [K&R 2013, 722 ff.] – RLvS Verlagsgesellschaft; BGH, Urt. v. 6.2.2014 – IZR 2/11, [K&R 2014, 589 ff.] – GOOD NEWS II; BGH, Urt. v. 11.12.2014 – IZR 113/13, [K&R 2015, 495 ff.], 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 (d) UGP-Richtlinie. Der Begriff der geschäftlichen Handlung findet in diesem Fall unabhängig von den Regelungen der UGP-Richtlinie Anwendung.

bb) Das gilt auch für das Verhältnis von Unternehmen zueinander, da die UGP-Richtlinie nur das Verhalten von Unternehmen gegenüber Verbrauchern regelt. Es liegt daher auch insofern eine geschäftliche Handlung der Beklagten vor, als sie mit den streitgegenständlichen Verlinkungen gleichfalls beabsichtigt, ihre Attraktivität gegenüber anderen Unternehmen zu steigern und damit – z. B. durch hinzuzugewinnende Werbepartner – das eigene gewerbliche Handeln zu fördern. Mit dem LG – auf dessen ausführliche Ausführungen Bezug genommen wird – kann davon ausgegangen werden, dass es der Beklagten bei der Erstellung der streitgegenständlichen Beiträge jedenfalls auch entscheidend darauf ankommt, ihre Wahrnehmung sowohl bei ihren Followern als auch bei (potentiellen) Werbekunden und damit den Wert der von ihr angebotenen Dienstleistung zu steigern. Dies ergibt sich allein schon aus den Erklärungen der Beklagten in ihrer eidesstattlichen Versicherung gemäß [...] und der Tatsache, dass bei den Tap Tags jedes Mal ein Hinweis auf den Instagram-Namen der Beklagten erscheint.

Soweit die Beklagte damit gegenüber Unternehmen handelt, indem sie sich als Werbemittel ins Gespräch bringt, besteht in der rechtlichen Bewertung kein Unterschied zu den Grundsätzen zur Förderung eines fremden Unternehmens. Insoweit kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

Wenn die Beklagte zugleich beabsichtigt, ihr Ansehen bei ihren Followern zu steigern, weist sie zu Recht auf die Erforderlichkeit der Berücksichtigung der europäischen Richtlinien hin. Denn in diesem Zusammenhang ist der Begriff der geschäftlichen Handlung im Lichte der „Geschäftspraktiken“ in Art. 2 (d) UGP-Richtlinie unter Berücksichtigung des Begriffs der „kommerziellen Kommunikation“ in Art. 2 (f) E-Commerce-Richtlinie auszulegen. Die Förderung des eigenen Wettbewerbs ist von der UGP-Richtlinie erfasst, soweit es der Beklagten um die Förderung ihres Ansehens bei ihren Followern, mithin den Verbrauchern geht (EuGH, Urt. v. 17.10.2013 – C-391/12, [K&R 2013, 722 ff.], Rn. 36 – GOOD NEWS). Art. 2 (d) UGP-Richtlinie nennt als konkretes Beispiel einer Geschäftspraktik die „kommerzielle Mitteilung“. Dieser Begriff ist gleichbedeutend mit dem der „kommerziellen Kommunikation“ in Art. 2 (f) der E-Commerce-

Richtlinie (Köhler in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, a. a. O. § 2 Rn. 14). Dort ist geregelt, dass keine „kommerzielle Kommunikation“ vorliegt, soweit Angaben in Bezug auf Waren oder Dienstleistungen gemacht werden, die unabhängig und insbesondere ohne finanzielle Gegenleistung gemacht werden. Somit liegt in diesen Fällen bei einer gebotenen richtlinienkonformen Auslegung des Begriffs der geschäftlichen Handlung gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG keine solche vor. Hierauf kommt es vorliegend jedoch nicht an, da das Verhalten der Beklagten bereits als Förderung des fremden Wettbewerbs und als Förderung des eigenen Wettbewerbs gegenüber Unternehmen als geschäftliche Handlung einzuordnen ist.

b) Die Beklagte hat die angegriffenen Posts unstreitig nicht als Werbung gekennzeichnet.

Eine wettbewerbswidrige Handlung gemäß § 5 a Abs. 6 UWG liegt dennoch nicht vor, da sich der kommerzielle Zweck der geschäftlichen Handlung der Beklagten unmittelbar aus den Umständen ergibt.

Die Regelung des § 5 a Abs. 6 UWG dient der Umsetzung einer speziellen Regelung in Art. 7 Abs. 2 UGP-Richtlinie und ist [...] richtlinienkonform dahingehend auszulegen, dass die Prüfung, ob der kommerzielle Zweck nicht kenntlich gemacht wurde, unter Berücksichtigung aller tatsächlichen Umstände und der Beschränkungen des Kommunikationsmediums zu erfolgen hat (Köhler in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, a. a. O. § 5 a Rn. 7.6). [...]

Bei dem Instagram-Account der Beklagten handelt es sich aufgrund des am Anfang des Profils gesetzten blauen Hakens um einen verifizierten Account, den Instagram nur Personen mit einer bestimmten öffentlichen Bekanntheit beziehungsweise ab einer gewissen Anzahl an Followern zugesteht. Dieses „Statussymbol“ auf der Social Media Plattform lässt auf einen Account schließen, der sich sehr stark der Imagepflege widmet und aus rein kommerziellen Erwägungen betrieben wird (LG München I, Urt. v. 29.4.2019 – 4 HKO 14312/18, Rn. 44 bis 45). Weiterhin ist dem Profil zu entnehmen, dass die Beklagte 1,7 Millionen Abonnenten, das heißt ständige Follower hat. Soweit der Kläger diese Anzahl bestreitet, ist dies unbeachtlich, da sich die Zahl aus dem vom Kläger eingereichten Anlagenkonvolut [...] ergibt und er nicht darlegt, dass bzw. warum diese Zahl unzutreffend sein soll. Des Weiteren ist den angegriffenen Posts zu entnehmen, dass 60 693 Personen [...], 45 269 Personen [...] und 64 740 Personen [...] die Darstellung der Beklagten gefallen hat. Es ist mithin ausgeschlossen, dass einzelne Verbraucher angesichts dieser Follower- oder Besucherzahlen davon ausgehen, dass es sich jeweils um private Freunde der Beklagten handelt. Jedem Verbraucher/jeder Verbraucherin wird unmittelbar bewusst, dass es sich um einen öffentlichen Auftritt der Beklagten handelt. Damit ist auch jedem Nutzer deutlich, dass die Beklagte die Postings nicht schaltet, um ihre Freunde über ihre Aktivitäten zu informieren und sich mit ihnen auszutauschen, sondern dass kommerzielle Zwecke der Grund hierfür sind. Zu Recht weist das LG München I in dem bereits zitierten Urteil darauf hin, dass Instagram-Accounts vor allem von Verbrauchern aufgerufen werden, die sich mehr oder weniger regelmäßig auf diesem Medium bewegen und deshalb darüber informiert sind, dass Social Media nicht nur private, sondern oftmals auch kommerziell genutzte Accounts beinhalten. Sobald Personen beabsichtigen, einen rein privaten Austausch mit Freunden zu pflegen, werden

sie ihren Instagram-Account nicht öffentlich, sondern nur für eine beschränkte Anzahl von vertrauten Personen zugänglich machen.

Die Teilnahme bei Instagram ist nur nach einer vorherigen Registrierung möglich, sodass es sich um einen geschlossenen Benutzerkreis handelt. Wer sich hier anmeldet, weiß um die Besonderheiten und die Gesetzmäßigkeiten dieses Mediums. Spätestens wenn der Nutzer feststellt, dass die Beklagte auf ihrer Seite die hier streitgegenständlichen Verlinkungen zu den Unternehmen der von ihr getragenen Kleidung vorhält, wird überaus deutlich, dass es sich um einen kommerziellen Account handelt.

Die Beklagte benutzt einen Account-Namen, der von ihrem tatsächlichen Namen erheblich abweicht. Benutzer von Instagram gelangen demnach entweder zufällig auf den Account der Beklagten oder suchen gezielt danach, weil sie den Account-Namen kennen. Auch dies ist nur Personen möglich, die mit der Arbeitsweise von Instagram vertraut sind.

Die streitgegenständlichen Posts zeigen die Beklagte in München und zweimal in Dubai in jeweils unterschiedlicher Kleidung und mit verschiedenen Accessoires. Es handelt sich um keine „Schnappschüsse“, sondern offensichtlich wohl arrangierte Darbietungen, die auch fotografisch von hoher Qualität sind.

Das Influencer Marketing hat sich in den letzten Jahren zu einer respektablen Vermarktungsform entwickelt; mitunter wird von dem wichtigsten digitalen Vermarktungstrend überhaupt gesprochen (Henning-Bodewig, WRP 2017, 1415). [...]

Allein die Darstellung, mit der die Beklagte ihren Posts einen persönlichen und privaten Anstrich zu geben versucht, führt nicht aus der Tatsache heraus, dass der kommerzielle Zweck deutlich wird. Sofern andere zu dem Thema ergangene Entscheidungen hierauf abstellen (vgl. OLG Braunschweig, Beschl. v. 8. 1. 2019 – 2 U 89/19 und Urt. v. 16. 5. 2020 – 2 U 78/19; KG Berlin, Urt. v. 8. 1. 2019 – 5 U 83/18, [K&R 2019, 190 ff.]; OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 23. 10. 2019 – 6 W 68/19) folgt der Senat dem ausdrücklich nicht. Die Einkleidung kommerzieller Interessen in vorgeblich Privates wird auf den Posts der Beklagten deutlich und stellt sich als Marketingmaßnahme dar, die der Verbraucherin nicht verborgen bleibt und ihr zudem auch bekannt ist. Denn diese Vermischung wird auch an anderer Stelle zur Verkaufsförderung eingesetzt. In Zeitschriften werden regelmäßig bekannte Personen als Vorbilder für einen besonderen Look unter Nennung der jeweiligen Hersteller der Outfits abgebildet [...].

„Fashion Bloggerinnen“ werden namentlich genannt und ihnen wird die Möglichkeit eingeräumt, auf mehreren Seiten Mode und Accessoires vorzustellen, bei denen wiederum jeweils die Hersteller benannt sind. Redakteurinnen stellen in Zeitschriften ihre persönlichen Moded Favoriten unter Nennung der Hersteller/Händler vor (vgl. die zur Berufungsbegründung eingereichten Zeitschriften). Der Unterschied zu den Posts der Beklagten liegt nur darin, dass aufgrund des Papiermediums keine direkte Verlinkung zu Herstellern möglich ist. Von der Aufmachung und Ansprache der Verbraucherinnen unterscheiden sich diese Seiten ansonsten aber nicht. Gerichtsbekannt finden bei dem Online-Möbelanbieter W. regelmäßig Verkaufsaktionen statt, in denen Homestories über bekannte Personen verknüpft werden mit Angeboten von

Möbeln etc., die man vorgeblich bei diesen Personen zu Hause findet. Dies alles zeigt, dass den Verbrauchern bekannt ist, dass eine privat wirkende Aufmachung von persönlichen Empfehlungen dennoch Werbung ist oder zumindest sein kann.

Hieran ändert sich auch nichts dadurch, dass bei einigen Accounts die Sicherheit junger, zum Teil noch minderjähriger User zu berücksichtigen ist, die gemäß § 3 Abs. 4 S. 2 UWG unter besonderem Schutz stehen. Denn die Beklagte wendet sich offensichtlich nicht an jugendliches Publikum, zumindest hat der darlegungs- und beweisbelastete Kläger (vgl. hierzu KG Berlin, Urt. v. 8. 1. 2019 – 5 U 83/18, [K&R 2019, 190 ff.], Rn. 115; BGH, Urt. v. 27. 11. 2003 – I ZR 94/01, Rn. 19 – Mondpreise?) dazu bezogen konkret auf die Beklagte nichts vorgetragen. Die Beklagte selbst ist 32 Jahre alt und damit schon vom Alter her kaum noch Vorbild für junge Jugendliche. Sie stellt sich in den angegriffenen Posts mit hochwertigen Kleidungsstücken und anderen Luxusgegenständen in einem Preissegment dar, das sich Jugendliche kaum leisten können. Sowohl das K. Hotel M., als auch Modemarken wie C. und R. sprechen Kundinnen an, die Wert auf Exklusivität und gehobenen Stil legen. Damit sind Jugendliche in der Regel nicht angesprochen.

Schließlich kann nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Rechtsstreitigkeiten des Klägers gegen verschiedene Influencerinnen in Deutschland, insbesondere das Verfahren vor dem LG München I, in dem es um die Ehefrau eines Fußballspielers ging, große mediale Aufmerksamkeit erregt haben. Hierdurch ist 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 kann, dass diese Accounts zu kommerziellen Zwecken betrieben werden. Gleiches gilt für die auch in Tageszeitungen diskutierten Fragen rund um den Regelungsvorschlag des BMJV zur Abgrenzung nicht kommerzieller Kommunikation zur Information und Meinungsbildung von geschäftlichen Handlungen.

c) Schließlich ist das Nichtkenntlichmachen des kommerziellen Zwecks der Posts nicht dazu geeignet, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er anderenfalls nicht getroffen hätte.

Eine geschäftliche Entscheidung ist gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG u. a. jede Entscheidung eines Verbrauchers darüber, ob, wie und unter welchen Bedingungen er ein Geschäft abschließen will. Als geschäftliche Entscheidung sind auch solche Entscheidungen des Verbrauchers anzusehen, die mit einer Entscheidung im Sinne dieser Vorschrift unmittelbar zusammenhängen (für das Betreten eines Geschäfts: EuGH, WRP 2014, 161 Rn. 38 – Trento Belupo; für das Aufrufen einer Internetseite: BGH, Urt. v. 7. 3. 2019 – I ZR 184/17, [K&R 2019, 516 ff.], Rn. 29 – Energieeffizienzklasse III).

Hieran gemessen liegt die geschäftliche Entscheidung der Verbraucherin, die sich mit den Posts der Beklagten beschäftigt, darin, dass sie einen der nach einem Klick auf das Bild erscheinenden Tap Tags nochmals anklickt, um die Social Media Seite des jeweiligen Herstellers aufzurufen. Die vorherigen Schritte, d. h. das Aufrufen des Accounts der Beklagten und der Klick in das Bild, können noch nicht als geschäftliche Entscheidung gewertet werden, sondern

sind Vorbereitungsmaßnahmen, da die Verbraucherin sich zunächst nur undifferenziert über die Looks der Beklagten informiert und sich dann für die dahinter stehenden Unternehmen interessiert. Die Entscheidung des Verbrauchers, sich mit einem beworbenen Angebot in einer Werbeanzeige näher zu befassen, stellt nämlich für sich gesehen mangels eines unmittelbaren Zusammenhangs mit einem Erwerbsvorgang noch keine geschäftliche Entscheidung dar (BGH, Urt. v. 18. 12. 2014 – I ZR 129/13, Rn. 20 – Schlafzimmer komplett).

Ob eine Eignung zur Veranlassung einer geschäftlichen Entscheidung des Verbrauchers besteht, ist aus der Sicht der angesprochenen Verbraucher oder Verbrauchergruppen zu beurteilen (§ 3 Abs. 4 UWG). Wie bereits festgestellt, gehört auch der Senat zu diesen Verkehrskreisen und kann die Frage aus eigener Anschauung beantworten. [...]

Unter Zugrundelegung dieser Voraussetzungen ergibt jedoch eine Gesamtwürdigung der Umstände im konkreten Einzelfall, dass die Nichtkenntlichmachung der – von der Beklagten ohne Gegenleistung gesetzten – Tap Tags den Verbraucher nicht zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst, die er anderenfalls nicht getroffen hätte. Die Follower eines Instagram-Accounts wissen und rechnen damit – wie ausgeführt –, dass auf den Seiten der von ihnen favorisierten Influencerin Werbung betrieben wird. Sie rufen den Account auf, um sich über Neuheiten auf dem Modemarkt zu informieren oder Anregungen für Reisen, Lifestyle, etc. zu erhalten. Sie interessieren sich für die von der Beklagten getroffenen Auswahl, die für den Verbraucher, der ihr folgt, das Ausschlaggebende ist. Ziel des Besuches eines Instagram Accounts ist es zum einen, sich allgemein über Mode, Reisen oder Lifestyle zu informieren und aus der Masse von Produkten und Herstellern diejenigen herauszufiltern, die man aus Gründen des Geschmacks oder um einem Modetrend zu folgen, selbst tragen möchte. Zum anderen ist entscheidend, dass die dargestellte Mode gerade von der Beklagten beworben wird. Aus gutem Grund benutzen Modehersteller bekannte Personen und Prominente als Werbemittel. Denn bei dem Verbraucher wird ein Interesse daran geweckt, allein weil bestimmte Personen die Kleidung tragen. Jedes Kleid, das Michelle Obama bei offiziellen Anlässen getragen hat, war – sofern öffentlich zu erwerben – binnen Minuten ausverkauft, wie ihrer Biographie („Becoming“) zu entnehmen ist. Dabei geht es den Verbrauchern darum, das gleiche Kleid wie Michelle Obama zu tragen oder – bezogen auf den vorliegenden Fall – das gleiche Kleid, das die angesagte Influencerin vorgestellt hat. Aus welchen Gründen die Influencerin das Kleidungsstück vorstellt, ist dabei zweitrangig. Insoweit unterscheidet sich die hier zugrunde liegende Situation, bei der nicht nur neue Medien bzw. neue technische und mediale Möglichkeiten, sondern auch ein neues Kauf- und Entscheidungsverhalten der Verbraucher zugrunde zu legen ist, deutlich von den bisher von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen. In dem redaktionellen Teil eines Printmediums versteckte Werbung ist hiermit nicht zu vergleichen.

3. Der Kläger kann seinen Anspruch nicht auf § 6 Abs. 1 TMG i. V. m. § 3 a UWG stützen. Gemäß § 6 Abs. 1 TMG sind bei der kommerziellen Kommunikation besondere Informationspflichten zu beachten. Gemäß § 2 Nr. 5 b TMG liegt eine kommerzielle Kommunikation nicht vor bei Angaben zu Waren und Dienstleistungen, die unabhängig und insbesondere ohne finanzielle Gegenleistung gemacht werden. Wie ausgeführt, ist vom Kläger nicht sub-

stantiiert vorgetragen, dass die Beklagte für die hier streitgegenständlichen Tap Tags eine Gegenleistung erhält. § 6 TMG findet mithin keine Anwendung.

4. Ein Anspruch des Klägers folgt nicht aus Nr. 11 Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG. Danach ist der vom Unternehmer finanzierte Einsatz redaktioneller Inhalte zu Zwecken der Verkaufsförderung stets unzulässig, wenn sich dieser Zusammenhang nicht eindeutig ergibt. Folglich ist auch insoweit ein vom Unternehmer finanzierter Einsatz Tatbestandsvoraussetzung, der hier nach dem Vortrag der Parteien nicht gegeben ist.

5. Schließlich folgt ein Anspruch nicht aus den Regelungen des Rundfunkstaatsvertrages. Auch für einen Anspruch gemäß § 7 Abs. 1, 3 RStV ist nach der Definition in § 2 Abs. 2 Nr. 7 RStV Voraussetzung, dass ein Entgelt gezahlt wird. Davon kann wiederum nach dem Vortrag der Parteien nicht ausgegangen werden. [...] Streitwert für das Berufungsverfahren: € 30 000,00.

#### Hinweis der Redaktion:

Das Verfahren wird beim BGH unter dem Az. I ZR 125/20 geführt.

## Kommentar

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

### I. Einführung

Im Influencer-Marketing, also in den in sozialen Medien platzierte Werbebotschaften, werden nach wie vor viele Beiträge nicht als Werbung gekennzeichnet. Nach dem UWG handelt grundsätzlich unlauter, wer den kommerziellen Zweck einer geschäftlichen Handlung nicht kenntlich macht. Dies gilt nach § 5 a Abs. 6 UWG jedoch nur dann, sofern sich der kommerzielle Zweck nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt und genau dieses Nichtkenntlichmachen geeignet ist, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er anderenfalls nicht getroffen hätte.

Gerade zu dem Tatbestandsmerkmal der Erkennbarkeit des kommerziellen Zwecks macht die aktuelle Entscheidung des OLG Hamburg<sup>1</sup> ausführliche, jedoch nicht in jedem Punkt nachvollziehbare Ausführungen.

Eine höchstrichterliche Entscheidung zur Frage, ob und wenn ja in welcher Form eine Kennzeichnung als Werbung erfolgen soll, gibt es bislang nicht.<sup>2</sup> Zahlreiche Instanzgerichte<sup>3</sup> haben sich mit der Thematik bereits ausführlich befasst, nun liegen aber auch erste oberlandesgerichtliche Berufungsentscheidungen<sup>4</sup> vor. Neben einer aktuellen Entscheidung zu konkreten Veröffentlichungen von Cathy

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

1 OLG Hamburg, 2. 7. 2020 – 15 U 142/19, K&R 2020, 630 ff.

2 Vgl. eine ausführlichere Zusammenfassung durch die Verfasser in: *Terhaag/Schwarz*, K&R 2019, 612 ff.

3 LG Karlsruhe, 21. 3. 2019 – 13 O 38/18 KfH, K&R 2019, 422; LG München, 29. 4. 2019 – 4 HKO 14312/18, K&R 2019, 426; LG Frankfurt a. M., 2. 4. 2019 – 2-06 O 105/19 sowie die Vorinstanz der hier kommentierten Entscheidung LG Hamburg, 28. 3. 2019 – 403 HKO 127/18.

4 OLG Celle, 8. 6. 2017 – 13 U 53/17, K&R 2017, 728; KG Berlin, 11. 10. 2017 – 5 W 221/17, K&R 2018, 64; OLG Braunschweig, 8. 1. 2019 – 2 U 89/18; OLG München, 25. 6. 2020 – 29 U 2333/19; OLG Hamburg, 2. 7. 2020 – 15 U 142/19.

Hummels,<sup>5</sup> welche auch in den Medien große Beachtung fand, liegt nunmehr die hiesige Entscheidung des Hanseatischen OLG Hamburg<sup>6</sup> vor. Darin hat sich das OLG im Wesentlichen mit der Vorschrift des § 5 a Abs. 6 UWG auseinandergesetzt – deshalb soll vorliegend nur auf diese eingegangen werden.<sup>7</sup> Zum Sachverhalt wird auf die Urteilsdarstellung verwiesen.

## II. Die Entscheidung des OLG Hamburg

Das OLG Hamburg befasste sich ausführlich mit den Voraussetzungen des § 5 a Abs. 6 UWG. Der Senat sah in den Veröffentlichungen der Beklagten keine kennzeichnungspflichtigen Beiträge. Zwar handele es sich um geschäftliche Handlungen, jedoch sei der kommerzielle Zweck aus den Umständen erkennbar. Dies kann im Ergebnis jedoch nicht überzeugen.

### 1. Geschäftliche Handlung im Sinne des UWG

Überzeugend ordnet das OLG Hamburg die Veröffentlichungen der Beklagten als geschäftliche Handlungen ein (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG). In dem konkreten Fall fördere die Beklagte unter Berücksichtigung aller Umstände mit den streitgegenständlichen „Tap Tags“ sowohl den Absatz von Waren oder Dienstleistungen der beworbenen Unternehmen als auch ihr eigenes Unternehmen, soweit sie sich an Unternehmen wendet.

Die Beklagte betreibe unstreitig ihren Instagram-Account zu überwiegend kommerziellen Zwecken. Sie schließe Werbeverträge mit Unternehmen und bestreite ihren Lebensunterhalt mit den Beiträgen. Soweit die Beklagte vortragen lässt, nur das Informationsbedürfnis ihrer Follower zu befriedigen, überzeugte dies das OLG Hamburg nicht. Der Senat stellt völlig zu Recht fest, dass es hierfür einer Verlinkung zu den Herstellerseiten mittels „Tap-Tag“-Funktion auf die Seite der Hersteller nicht bedürft hätte.

An dieser Betrachtungsweise ändere sich auch dadurch nichts, dass die Beklagte für das Setzen der „Tap Tags“ von den jeweiligen Unternehmen keine Gegenleistung erhalten habe. Denn, wie so häufig bei Influencern, vermischen sich bezahlte und nicht bezahlte Links, sodass die im Einzelfall fehlende Gegenleistung durch den insgesamt werblichen Auftritt kaum ersichtlich und für die angesprochenen Verbraucher nicht festzustellen ist. Zudem verbinde die Beklagte, so der Senat, mit diesen Links die Hoffnung, ihre Bekanntheit zu steigern und mit weiteren Unternehmen Werbeverträge schließen zu können. Insofern mache die Beklagte mit solchen Veröffentlichungen zumindest Werbung für sich selbst. Unter diesen Umständen führe die fehlende Gegenleistung nicht aus dem Tatbestand der geschäftlichen Handlung heraus.<sup>8</sup>

### 2. Der kommerzielle Zweck ergibt sich aus den Umständen?

Nachdem die Beklagte die angegriffenen Postings unstreitig nicht als Werbung gekennzeichnet hatte, käme es sodann maßgeblich darauf an, ob sich der kommerzielle Zweck der geschäftlichen Handlung unmittelbar aus den Umständen ergibt.<sup>9</sup> Ansonsten wäre ein Wettbewerbsverstoß anzunehmen. Der Senat ging von einer solchen Erkennbarkeit aus. Die Argumentation ist jedoch an einigen Stellen durchaus holprig und praxisfern.

Nach Ansicht des OLG Hamburg werde jedem Instagram-Nutzer bewusst, dass es sich bei dem Account der Beklag-

ten um einen solchen handele, mit dem ein kommerzieller Zweck verfolgt werde. Dies deshalb, weil es sich zum einen um einen öffentlichen Account handele. Diesem folgten seinerzeit 1,7 Mio. Nutzer, wodurch auszuschließen sei, dass es sich dabei nur um Freunde der Beklagten handele. Der Account sei mit einem „blauen Haken“ gekennzeichnet, somit als Angebot einer bekannten Person verifiziert. Damit sei auch jedem Nutzer deutlich, dass die Beklagte die Postings nicht schalte, um ihre Freunde über ihre privaten Aktivitäten zu informieren, sondern dass kommerzielle Zwecke der Grund hierfür sind.<sup>10</sup>

Grundsätzlich nachvollziehbar ist das Argument, dass die Beklagte wohl keine 1,7 Mio. Freunde habe. Dies allein lässt jedoch nicht den Schluss zu, dass vorliegend ein kommerzieller Zweck offensichtlich ist. Auch andere prominente Personen richten sich an viele Follower, ohne dass sie jedoch notwendigerweise Werbung für Drittangebote veröffentlichen bzw. davon ihren Lebensunterhalt bestreiten<sup>11</sup> – man denke etwa an Politiker, Sportler oder Schauspieler.

Der Senat führt aus, dass die Nutzerzahlen von Instagram (500 Mio. weltweit, 18 Mio. in Deutschland) deutlich machen würden, dass es sich „bei denjenigen Personen, die ihren Instagram-Account öffentlich machen, in der Regel um Personen handelt, die einen kommerziellen Zweck verfolgen“. Auch dies ist wenig überzeugend. Mit dieser Argumentation des OLG Hamburg wären jedoch die Beiträge von der überwiegenden Anzahl von Nutzern, die einen öffentlichen Account betreiben und eine höhere Anzahl von Followern haben, automatisch als offensichtlich kommerzielle Handlung zu sehen. Derjenige, der einen öffentlichen Account betreibt, möchte jedoch in erster Linie seine Fotobeiträge mit einem größeren Publikum teilen – nicht notwendigerweise werden damit auch kommerzielle Zwecke verfolgt.

Das OLG Hamburg geht zudem davon aus, dass es sich bei Instagram, aufgrund der vorherigen Registrierung, um einen „geschlossenen Benutzerkreis“ handele. Die Nutzer würden also die Gepflogenheiten des Mediums kennen. Dabei wird jedoch schon nicht bedacht, dass die Inhalte von öffentlichen Accounts auch ohne Registrierung einsehbar sind, beispielsweise über einen Internetbrowser. Zudem ist kaum anzunehmen, dass jeder Nutzer sämtliche Phänomene, die Instagram mit sich bringt, kennt.

Der Senat führt weiter aus, dass die hiesige Beklagte einen Accountnamen verwende, welcher von ihrem tatsächlichen Namen erheblich abweiche. Instagram-Benutzer würden demnach zufällig auf den Account stoßen oder gezielt nach diesem suchen – auch dies sei „nur Personen möglich, die mit der Arbeitsweise von Instagram vertraut sind“. Auch das kann wenig überzeugen. Es erschließt sich

5 OLG München, 25. 6. 2020 – 29 U 2333/19; sowie auch zur ersten Instanz des LG München: *Terhaag/Schwarz*, K&R 2019, 612 ff.

6 OLG Hamburg, 2. 7. 2020 – 15 U 142/19.

7 Hinsichtlich der vorgetragenen Ansprüche nach dem TMG und RStV fehlte es wohl bereits an substantiierten Vortrag, weshalb vorliegend auch nicht näher darauf eingegangen werden soll.

8 So i. E. auch: OLG Braunschweig, 13. 5. 2020 – 2 U 78/19; OLG Frankfurt a. M., 23. 10. 2019 – 6 W 68/19.

9 Vgl. § 5 a Abs. 6 UWG.

10 Damit folgt das OLG Hamburg auch ausdrücklich der Bewertung des LG München, 29. 4. 2019 – 4 HKO 14312/18, dass Instagram-Accounts vor allem von Verbrauchern aufgerufen werden, die sich mehr oder weniger regelmäßig auf diesem Medium bewegen und deshalb darüber informiert sind, dass soziale Netzwerke nicht nur private, sondern oftmals auch kommerziell genutzte Accounts beinhalten.

11 Vgl. *Terhaag/Schwarz*, K&R 2019, 612, 616.

schon nicht, warum ein „Zufallsfund“ des Accounts nur Nutzern gelingen soll, welche mit Instagram vertraut sind. Instagram schlägt seinen Nutzern bekanntlich bestimmte Beiträge bzw. Accounts vor. Zudem können andere Nutzer Beiträge empfehlen. Eine gute Kenntnis der Gepflogenheiten bei Instagram setzt dies nicht voraus.

Dass es sich bei den Fotos, welche mit den streitgegenständlichen Beiträgen gezeigt wurden, um „wohl arrangierte Darbietungen, die auch fotografisch von hoher Qualität sind“ handele, kann nach diesseitiger Betrachtungsweise nur in Ausnahmefällen ein Indiz für eine offensichtlich kommerzielle Veröffentlichung sein. Bekanntlich verfügen Smartphones bereits über äußerst gute Kameras. Auch lassen sich Fotos von modernen Kameras in wenigen Schritten bei Instagram hochladen. Mit technischen Werkzeugen (z. B. zur Ausleuchtung), die günstig zu erwerben sind, sowie Bildbearbeitungsprogrammen – Instagram bietet selbst entsprechende Features an – können auch Laien äußerst professionell wirkende Fotos publizieren.

Nach Ansicht des Senats richte sich das Angebot der Beklagten auch nicht an junge, zum Teil noch minderjährige Nutzer, so dass der besondere Schutz des § 3 Abs. 4 S. 2 UWG nicht greife. Dies erfolgt mit dem – durchaus recht abenteuerlichen – Argument, dass die Beklagte mit 32 Jahren vom Alter her kaum noch ein Vorbild für Jugendliche sei. Zudem stelle sie in den angegriffenen Posts mit hochwertigen Kleidungsstücken und anderen Luxusgegenständen ein Preissegment dar, welches für Jugendliche kaum erschwinglich sei. Auch diese Ausführungen sind nur schwer nachzuvollziehen. Es mag sein, dass sich viele Jugendliche die beworbenen Luxusgegenstände im Alltag nicht ohne Weiteres leisten können, dennoch weckt die Bewerbung solcher Produkte gerade die Begehrlichkeit danach. Dies ist Sinn des (Influencer-)Marketings. Schon deshalb sind junge Nutzer besonders schützenswert. Dass eine Frau mit 32 Jahren keine Vorbildfunktion für ein junges Publikum mehr habe, ist wohl relativ lebensfremd.

Schließlich, so ein weiteres Argument des Senats, könne auch nicht unberücksichtigt bleiben, dass die anderen Rechtsstreitigkeiten gegen verschiedene Influencer in Deutschland, insbesondere das Verfahren von Cathy Hummels vor dem LG München,<sup>12</sup> große mediale Aufmerksamkeit erregt hätten. Hierdurch sei der kommerzielle Zweck der Instagram-Accounts von Influencern zusätzlich bekannt geworden. Spätestens jetzt könne kein Zweifel mehr daran bestehen, dass diese Accounts zu kommerziellen Zwecken betrieben werden. Dies setzt jedoch bereits voraus, dass eine Vielzahl von Instagram-Nutzern die diesbezügliche Entwicklung in der Rechtsprechung in den Medien aufmerksam verfolgt haben, wovon wohl nicht auszugehen ist. Letztlich müsste der Verbraucher auch stets genau prüfen, ob es sich bei dem konkret aufgerufenen Account um das Angebot eines Influencers handelt oder nicht. Das Wesen des Influencer-Marketings ist es jedoch, gerade nicht auf den ersten Blick die Werbebotschaft zu erkennen.

### 3. Keine Veranlassung zu einer geschäftlichen Entscheidung

Letztlich ging das OLG Hamburg auch nicht davon aus, dass das Nichtkenntlichmachen des kommerziellen Zwecks der Postings überhaupt geeignet sei, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er ande-

renfalls nicht getroffen hätte – was im Ergebnis konsequent ist, aber auch nicht überzeugen kann.

Eine geschäftliche Entscheidung sei gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG unter anderem jede Entscheidung eines Verbrauchers darüber, ob, wie und unter welchen Bedingungen er ein Geschäft abschließen will. Hierzu seien auch solche Entscheidungen des Verbrauchers zu zählen, die mit einem Geschäftsabschluss unmittelbar zusammenhängen, wie etwa das bloße Betreten eines Geschäfts<sup>13</sup> oder das Aufrufen einer Internetseite.<sup>14</sup>

Hieran gemessen liege die geschäftliche Entscheidung der Verbraucher, die sich mit den Posts der Beklagten beschäftigen, darin, dass sie einen der erscheinenden „Tap Tags“ anklickt, um die Social-Media-Seite des jeweiligen Herstellers aufzurufen. Die vorherigen Schritte, d. h. das bloße Aufrufen des Accounts der Beklagten und der Klick in das Bild, seien noch nicht als geschäftliche Entscheidung zu werten. Es handele sich dabei nur um Vorbereitungsmaßnahmen, da die Verbraucher sich zunächst nur undifferenziert über die Looks der Beklagten informieren und sich dann für die dahinterstehenden Unternehmen interessieren. Die Entscheidung des Verbrauchers, sich mit einem beworbenen Angebot in einer Werbeanzeige näher zu befassen, stelle nämlich für sich gesehen – mangels eines unmittelbaren Zusammenhangs mit einem Erwerbsvorgang – noch keine geschäftliche Entscheidung dar.<sup>15</sup> Vor diesem Hintergrund wäre, selbst wenn man eine Erkennbarkeit des kommerziellen Zweckes an den Umständen nicht annehmen würde, dessen Nichtkenntlichmachen schon gar nicht geeignet, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er anderenfalls nicht getroffen hätte.

Diese Beurteilung ist, verglichen mit dem Betreten eines Ladenlokals oder des Besuchs einer Internetseite, kaum zu vertreten. Denn der Nutzer betrachtet gerade das Produkt (z. B. ein Kleid), welches die Beklagte trägt, wodurch das Interesse geweckt wird – vergleichbar mit dem Betrachten einer „klassischen“ Werbeanzeige in einer Zeitschrift. Der nächste Schritt wäre der Besuch des Instagram-Accounts des beworbenen Herstellers, wodurch sich der Nutzer bereits konkret über den Kaufpreis und die Erwerbsmöglichkeiten informieren bzw. eine Bestellung vornehmen kann.

### III. Fazit

Mit der Entscheidung des OLG Hamburg werden die beiden Positionen in der Rechtsprechung gefestigt: Während manche Gerichte – wie der hanseatische Senat auch – davon ausgehen, dass der kommerzielle Zweck in vielen Influencer-Beiträgen offensichtlich ist, sieht dies ein Teil der Rechtsprechung gänzlich anders und forderte eine klare Kennzeichnung.<sup>16</sup> Die Revision wurde vom OLG Hamburg zugelassen.<sup>17</sup> Es bleibt zu hoffen, dass der BGH bald Klarheit in die Thematik bringt.

<sup>12</sup> LG München I, 29. 4. 2019 – 4 HK O 14312/18.

<sup>13</sup> EuGH, 19. 12. 2013 – C-281/12, WRP 2014, 161, Rn. 38 – Trento Sviluppato.

<sup>14</sup> BGH, 7. 3. 2019 – I ZR 184/17, K&R 2019, 516 ff., Rn. 29 – Energieeffizienzklasse III.

<sup>15</sup> BGH, 18. 12. 2014 – I ZR 129/13, Rn. 20 – Schlafzimmer komplett.

<sup>16</sup> Vgl. z. B. OLG Braunschweig, 13. 5. 2020 – 2 U 78/19; LG Karlsruhe, 21. 3. 2019 – 13 O 38/18 KH, K&R 2019, 422 ff.; LG Hagen, 27. 11. 2017 – 23 O 45/17.

<sup>17</sup> Auf Grundlage von § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZPO.