

Kommunikation & Recht



Betriebs-Berater für

● Medien ● Telekommunikation ● Multimedia

12
K&R

- Editorial: Das digitale Zeitalter bricht an – die aktive Nutzungspflicht des beA kommt · *Tim Günther*
- 757 Influencer vor dem BGH – Die ersten drei Akte
Michael Terhaag und Christian Schwarz
- 763 Bestrafung der Verbreitung von Feindeslisten im Internet –
(k)ein Schutz personenbezogener Daten? · *Dr. Irini Vassilaki*
- 766 (Un)Wirksamkeit von B2B-AGB bei (internationalen)
SaaS-Verträgen · *Anne Leßner und Julius Gäntgen*
- 771 Supply Chain Cybersecurity
Stefan Hessel, Karin Potel und Lizandra Beerwald
- 776 Alte Versorgungsaufgaben im Rahmen der Ermessensausübung
durch die BNetzA in neuen Frequenzbereitstellungsverfahren
Prof. Dr. Christian Koenig und Anton Veidt
- 783 Länderreport Österreich · *Prof. Dr. Clemens Thiele*
- 785 EuGH: Dekompilierung eines Computerprogramms
zur Fehlerbeseitigung erlaubt
- 789 BGH: Deutsche Digitale Bibliothek II: Framing mittels Umgehung
von Schutzmaßnahmen urheberrechtswidrig
- 792 BGH: Uli-Stein-Cartoon: Urheberrechtsverletzung durch
Cartoon-Veröffentlichung auf Homepage einer Schule
- 797 BGH: Influencer I: Anforderungen an geschäftliche Handlungen
in sozialen Medien
- 806 BGH: Influencer II: Kommerzielle Kommunikation in Telemedien
- 817 BGH: Darstellung von Sollzinssatz auf Internetseite
- 819 BGH: Eingeschränkte Rundfunkhaftung bei Ausstrahlung
rechtswidriger Glücksspielwerbung
- 826 KG Berlin: Vertragsstrafe für Online-Händler wegen
unterlassener Prüfung von veränderten Produktbeschreibungen

24. Jahrgang **Dezember 2021** Seiten 757–836



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

Influencer vor dem BGH – Die ersten drei Akte

Zugleich Kommentar zu BGH, Urteile vom 9. 9. 2021 – I ZR 90/20, K&R 2021, 797 ff., I ZR 125/20, K&R 2021, 806 ff. und I ZR 126/20, KuRL2021-757

Kurz und Knapp

Die Analyse befasst sich mit den ersten drei Entscheidungen des BGH zur Frage einer möglicherweise erforderlichen Werbekennzeichnung beim Influencer-Marketing. Im Einzelnen waren dies die Entscheidungen des BGH jeweils vom 9. 9. 2021 in Bezug auf die Influencerinnen Luisa-Maxime Huss – Az. I ZR 90/20, Leonie Hanne – Az. I ZR 125/20 sowie Cathy Hummels – Az. I ZR 126/20.

I. Einleitung

Kaum ein Bereich des Online-Marketings wird weiterhin so intensiv diskutiert, wie der Einsatz von Influencern.¹ Eine genaue Definition des Begriffs Influencer gibt es noch nicht.² Meist handelt es sich bei Influencern um Einzelpersonen, die aufgrund ihrer Resonanz im Internet und ihrer Anzahl von Abonnenten in den sozialen Medien mit einzelnen Beiträgen eine Vielzahl von potenziellen Kunden erreichen.³

Markeninhaber und Unternehmen bezahlen für solche Beiträge nennenswerte Beträge. Eine sehr beliebte Plattform⁴ für das Influencer-Marketing ist Instagram. Die Abonnenten der Kanäle könnten sich, wie bei einer klassischen Werbung auch, durch positive Darstellung eines Influencers sowie Kommentare über ein Produkt oder eine Dienstleistung zum Erwerb des Produkts veranlasst sehen. Häufig reicht 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. Mittlerweile ist es aber darüber hinaus zu großen Teilen üblich, die Bilder mit den Marken- und Unternehmensaccounts und/oder Webseiten zu markieren (z. B. mit „Tap Tags“), um deren Auffindbarkeit im Netz zu erleichtern.

Für die Nutzer entsteht dabei der Eindruck, 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 genau so gewollt⁵ und macht die Influencer-Werbung so erfolgreich, aber eben auch tückisch.

Die Frage, ob, wann und wie eine Kennzeichnung bestimmter Postings als Werbung erfolgen muss, ist seit einigen Jahren heftig umstritten⁶ und befasste zahlreiche Instanzgerichte. Die nun vom BGH verkündeten Entscheidungen werden daran wohl nicht unbedingt etwas ändern.

II. Die Hintergründe

In den drei Fällen geht es um die Frage, ob ein bestimmter Beitrag bei Instagram als Werbung oder Anzeige gekennzeichnet hätte werden müssen oder ob eine etwaige Kennzeichnung ausreichend war.

Der Kläger ist in allen Verfahren der gleiche Verein. Dieser hat es sich satzungsmäßig u. a. zur Aufgabe gemacht, gewerbliche Interessen seiner Mitglieder zu wahren, inklusive der Verfolgung von Verstößen gegen das Lauterkeitsrecht. Die Beklagten sind die Influencerinnen Luisa-Maxime Huss (*Influencer I*), Leonie Hanne (*Influencer II*) und Cathy Hummels (*Influencer III*), die auf der Social-Media-Plattform Instagram aktiv sind und dort regelmäßig Bilder und kurze Videosequenzen veröffentlichen.

Neben den drei hier dargestellten Entscheidungen liegen noch weitere Rechtsstreitigkeiten auf den BGH-Richtertischen.⁷ Diese waren bis Redaktionsschluss jedoch noch nicht terminiert.

1. Influencer I – Luisa-Maxime Huss (I ZR 90/20)

Die Influencerin Luisa-Maxime Huss veröffentlicht bei Instagram Bilder und Videos überwiegend von Sportübungen. Zudem gibt sie Fitness- und Ernährungstipps. Darüber hinaus unterhält sie eine Webseite, auf der sie Fitnesskurse und Personaltrainings gegen Entgelt anbietet und einen Online-Shop betreibt. Die strittigen Instagram-Beiträge enthalten zum Teil von der Beklagten eingefügte sog. „Tap Tags“. Klickt man auf die mit einem „Tap Tag“ versehenen Bilder, erscheinen die Firmen bzw. Marken der Hersteller von den Produkten, die auf dem jeweiligen Bild zu

* Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. XII.

1 Aus Gründen der Kürze und besseren Lesbarkeiten werden sprachlich alle Genderformen erfasst und im Folgenden der Einfachheit halber als Influencer bezeichnet, gemeint sind natürlich alle Menschen. Auch der BGH verwendete die Bezeichnung Influencer in seinen drei Entscheidungen.

2 Schaub, GRUR 2021, 1358, 1359.

3 Näher dazu, siehe auch: Terhaag/Schwarz, Influencer-MarketingR-HdB, 2021, § 1 Rn. 1 ff.; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 39. Aufl. 2021, § 5a Rn. 7.80a; Lettmann, GRUR 2018, 1206, 1208; Nymoen/Schmitt, 2. Aufl. 2021, S. 8 ff.

4 Ebenso beliebte Plattformen für Influencer-Marketing sind aktuell YouTube, TikTok, Snapchat und Facebook.

5 Terhaag/Schwarz (Fn. 3), § 1 Rn. 4; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Fn. 3), § 5a Rn. 7.70, 7.80c; Lettl, WRP 2021, 1384; Nymoen/Schmitt (Fn. 3), S. 8 ff.

6 Vgl. hierzu Terhaag/Schwarz, K&R 2019, 612 ff.; Terhaag/Schwarz (Fn. 3), § 2 Rn. 36 ff. m. w. N.

7 Revision zu: OLG Karlsruhe, 9. 9. 2020 – 6 U 38/19, WRP 2020, 1467 (BGH: I ZR 163/20); OLG Koblenz, 16. 12. 2020 – 9 U 595/20, WRP 2021, 677 (BGH: I ZR 9/21); OLG Köln, 19. 2. 2021 – 6 U 103/20, K&R 2021, 281 = WRP 2021, 523 (BGH: I ZR 35/21).

sehen sind. Durch einen weiteren Klick auf diese Firmen bzw. Marken wird der Internetnutzer sodann auf das Instagram-Profil des jeweiligen Unternehmens weitergeleitet.⁸ In mindestens einem Fall erhielt die Beklagte für das Posting ein Entgelt – nämlich für einen Beitrag über eine Marmelade („Raspberry Jam“). Dieser war mit folgendem Nebensatz in Klammern versehen: „Werbung: gibt’s ab morgen neu im Shop“. Der Kläger hielt das für unzulässige sogenannte Schleichwerbung. Die Beklagte sollte es unterlassen, im geschäftlichen Verkehr in sozialen Medien, insbesondere bei Instagram kommerzielle Inhalte vorzustellen, ohne den kommerziellen Zweck der Veröffentlichung zu verdeutlichen, sofern er sich nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt.

2. Influencer II – Leonie Hanne (I ZR 125/20)

Die Influencerin Leonie Hanne ist Inhaberin eines Accounts der im – streiterheblichen Zeitraum – Mai 2018 über rund 1,7 Mio. Instagram-Abonnenten verfügte. Sie veröffentlicht dort regelmäßig Bilder von sich selbst mit Begleittexten zu den Themen Mode, Lifestyle, Beauty und Reisen. Ihr Account ist mit einem blauen Haken neben dem Namen verifiziert. Die Beiträge sind mit Hinweisen auf die Hersteller der im Bild getragenen Kleidung oder der sonst gezeigten Objekte versehen. Auch verwendet die Influencerin „Tap Tags“ zu Unternehmen und Marken. Eine Werbekennzeichnung erfolgte nicht.⁹ Von Klägerseite sei auch nicht substantiiert vorgebracht worden, ob die Influencerin für die Verwendung der streitgegenständlichen „Tap Tags“ eine Gegenleistung erhalten habe oder nicht.¹⁰ Darin liegt der Unterschied zum Fall von Luisa-Maxime Huss (*Influencer I*).¹¹ Der klagende Verband sah – wie im Verfahren *Influencer I* auch – in den streitgegenständlichen Veröffentlichungen eine unzulässige Schleichwerbung.

3. Influencer III – Cathy Hummels (I ZR 126/20)

Cathy Hummels veröffentlicht auf Instagram regelmäßig Bilder von sich selbst – oftmals mit Begleittexten. Sie befasst sich thematisch überwiegend mit Mode, Yoga, Reisen und ihrem Leben als Mutter. Ihre Beiträge sind teilweise mit Hinweisen („Tap Tags“) auf die Hersteller und Marken der von ihr getragenen Kleidungsstücke und Accessoires oder der sonstigen abgebildeten Gegenstände versehen. Diejenigen Instagram-Beiträge, für die die Beklagte nach eigenem Bekunden von den verlinkten Unternehmen bezahlt wird, kennzeichnet sie mit dem Hinweis „bezahlte Partnerschaft mit...“. Daneben veröffentlicht sie auch Beiträge ohne Gegenleistung. Die streitgegenständlichen vier Instagram-Beiträge enthielten keine entsprechende Kennzeichnung. Auf einem Bild war sie unter anderem mit ihrem Kleinkind zu sehen, dessen Gesicht sie für die Betrachter mit einem blauen Plüschelent, mit einem deutlich erkennbaren Markenzeichen im Ohr, verbarg.¹² Mit keinem der auf den Veröffentlichungen erkennbaren Herstellern – so die Feststellung des Gerichts – bestand eine vertragliche Beziehung. Die Influencerin selbst trug vor, keine Gegenleistung erhalten zu haben. Die beklagte Influencerin argumentierte, dass sie die Veröffentlichungen aus Begeisterung für die jeweiligen Produkte verfasst habe. Die Beiträge seien mit dem redaktionellen Teil einer Mode- oder Frauenzeitschrift vergleichbar, in welchen ebenfalls häufig Hinweise auf die Hersteller und Bezugsquellen erfolgten. Auch diese müssten nicht als Werbung gekennzeichnet werden. Der klagende Verband sah – wie im Verfahren *Influencer I* und

Influencer II auch – in den streitgegenständlichen Veröffentlichungen eine unzulässige Schleichwerbung.

III. Die Entscheidungen des BGH

Der BGH hat sich im Wesentlichen mit zwei Gesichtspunkten auseinandergesetzt: (1) dem Vorliegen einer geschäftlichen Handlung bei Influencer-Tätigkeiten sowie (2) dem Vorliegen eines kommerziellen Zwecks.

1. Geschäftliche Handlung

a) Grundsätzliches

Um gemäß § 3 Abs. 1 UWG zu einer lauterkeitsrechtlichen Überprüfung des Verhaltens zu gelangen, bedarf es zunächst einer geschäftlichen Handlung der jeweiligen Beklagten.

Nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG ist eine geschäftliche Handlung jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt.

Dient die Handlung, so die ständige Rechtsprechung, jedoch 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. 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.¹³

Dabei bestehe keine Vermutung, so der BGH, 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. Mit der Neufassung des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG¹⁴ vom 22. 12. 2008 sei dieser Grundsatz endgültig obsolet geworden, da ein subjektives Element im Sinne einer Wettbewerbsförderungsabsicht nicht mehr er-

8 Zum Sachverhalt im Detail: BGH, 9. 9. 2021 – I ZR 90/20, K&R 2021, 797 ff., Rn. 1 f.; sowie: OLG Braunschweig, 13. 5. 2020 – 2 U 78/19, MMR 2020, 779 = GRUR-RR 2020, 452 = GRUR-RS 2020, 12111; LG Göttingen, 13. 11. 2019 – 3 O 22/19, GRUR-RS 2019, 36553.

9 Zum Sachverhalt im Detail: BGH, 9. 9. 2021 – I ZR 125/20, K&R 2021, 806 ff., Rn. 1 f.; sowie: OLG Hamburg, 2. 7. 2020 – 15 U 142/19, K&R 2020, 630 m. Anm. Terhaag/Schwarz; LG Hamburg, 28. 3. 2019 – 403 HKO 127/18, GRUR-RS 2019, 10580.

10 OLG Hamburg, 2. 7. 2020 – 15 U 142/19, K&R 2020, 630, 634.

11 BGH, 9. 9. 2021 – I ZR 90/20, K&R 2021, 797 ff., Rn. 1 f.

12 Zum Sachverhalt im Detail: BGH, 9. 9. 2021 – I ZR 126/20, KuRL2021-757, Rn. 1 f.; sowie: OLG München, 25. 6. 2020 – 29 U 2333/19, K&R 2020, 694 m. Anm. Böhler; LG München I, 29. 4. 2019 – 4 HK O 14312/18, K&R 2019, 426.

13 St. Rspr. BGH, 9. 9. 2021 – I ZR 90/20, K&R 2021, 797, 798, Rn. 31 – Influencer I; BGH, 10. 1. 2013 – I ZR 190/11, K&R 2013, 568 ff. Rn. 18 und 29 – Standardisierte Mandatsbearbeitung; BGH, 11. 12. 2014 – I ZR 113/13, K&R 2015, 495 ff., Rn. 22 – Bezugsquellen für Bachblüten; BGH, 31. 3. 2016 – I ZR 160/14, K&R 2016, 495 ff., Rn. 12 – Im Immobiliensumpf; BGH, 19. 5. 2011 – I ZR 147/09, K&R 2012, 51, Rn. 15 – Coaching Newsletter; KG Berlin, 8. 1. 2019 – 5 U 83/18, GRUR 2019, 543, Rn. 73 – Produkt-Tagging; OLG München, 25. 6. 2020 – 29 U 2333/19, K&R 2020, 694 m. Anm. Böhler.

14 Ab dem 28. 5. 2022 ist die Legaldefinition der geschäftlichen Handlung sodann in § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG n. F. geregelt – mit kleineren klarstellenden Änderungen, dann werden auch digitale Inhalte als Waren und digitale Dienstleistungen mit benannt, vgl. BT-Drs. 19/27873 v. 24. 3. 2021, S. 32.

forderlich sei.¹⁵ Die Frage, ob eine Handlung vorrangig der Förderung des eigenen oder fremden Absatzes oder Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder aber anderen Zielen diene, sei vielmehr aufgrund einer Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalls zu beurteilen.¹⁶ Ein Indiz für eine geschäftliche Handlung zugunsten eines fremden Unternehmens könne darin liegen, dass zu diesem eine geschäftliche Beziehung besteht.¹⁷

b) Geschäftliche Handlung von Influencern

Die Frage der geschäftlichen Handlung war durchaus strittig in den vorliegenden Verfahren. So verneinte das OLG München in seiner Entscheidung um *Cathy Hummels (Influencer III)* das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung für Beiträge, für welche die Influencerin kein Entgelt erhalten habe.¹⁸ Das OLG Hamburg¹⁹ (*Leonie Hanne – Influencer II*) und das OLG Braunschweig²⁰ (*Luisa-Maxime Huss – Influencer I*) nahmen hingegen eine geschäftliche Handlung an. Auch andere Gerichte, welche sich bereits mit der Werbekennzeichnung im Influencer-Marketing befassten, sahen eine geschäftliche Handlung ohne Weiteres als gegeben an.²¹

Der BGH nahm in allen drei Fällen eine geschäftliche Handlung an und widersprach damit insbesondere deutlich den Ausführungen des OLG München.²² Dabei unterschied der BGH jedoch, ob es sich bei den Handlungen der Influencerinnen um eine Handlung zu Gunsten des eigenen Unternehmens oder zu Gunsten eines fremden Unternehmens handelte.

aa) Zugunsten des eigenen Unternehmens

Die Veröffentlichung der Instagram-Beiträge erfolge in allen drei Fällen schon deshalb im Rahmen einer geschäftlichen Handlung, da sie zur Förderung des eigenen Unternehmens erfolgte. Dieser Einordnung des BGH ist zuzustimmen. Die beklagten Influencerinnen betreiben jeweils ein Unternehmen. Darunter verstehe man die organisatorische Einheit, in der eine gewerbliche, handwerklich und selbstständige berufliche Tätigkeit ausgeübt werde.²³ Für Influencer gelte nichts anderes – so dass auch sie ein Unternehmen betreiben, sofern sie Waren oder Dienstleistungen vertreiben oder auch das eigene Image vermarkten und durch Werbeeinnahmen kommerzialisieren.²⁴

Influencer-Kanäle seien, so führt der BGH nachvollziehbar aus, objektiv dazu geeignet, das eigene Unternehmen zu fördern. Dadurch würde die eigene Bekanntheit gesteigert, Follower gebunden und die Zahl von „Likes“ und Kommentaren erhöht.²⁵ Die Steigerung der Bekanntheit und die Bindung von Followern wecke und fördere zudem das Interesse von Drittunternehmen.²⁶ Influencer, welche selbst Produkte über die sozialen Medien vertreiben, handeln darüber hinaus erst recht zur Förderung des eigenen Unternehmens.²⁷

Der Umstand, dass Influencer auch immer wieder Beiträge mit privaten Inhalten veröffentlichten – zum Beispiel aus dem Urlaub – ändere nichts an der Beurteilung. Denn ein Unternehmer, welcher private Äußerungen nutze, um den Wettbewerb seines Unternehmens zu fördern, gebe diesen eine geschäftliche Wendung. Insbesondere mache diese Öffnung des privaten Lebensbereichs die Influencer für das Publikum glaubwürdiger und nahbarer.²⁸ 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, ändert nichts

an dem damit unweigerlich verbundenen Charakter als geschäftliche Handlung, auch insofern ist dem Senat zuzustimmen.

Auch der Umstand, dass eine Handlung ohne finanzielle Gegenleistung erbracht wird, ändere an der Einschätzung nichts. Für die Annahme einer geschäftlichen Handlung sei nämlich der unentgeltliche Charakter des fraglichen Verhaltens unerheblich, sofern dieses der Förderung der gewerblichen Tätigkeit des Unternehmers diene.²⁹

bb) Zugunsten des fremden Unternehmens

Etwas differenzierter beurteilt der BGH die Frage, ob eine geschäftliche Handlung zugunsten eines fremden Unternehmens vorliegt. Dies stellt eine der Kernfragen der drei BGH-Entscheidungen zum Influencer-Marketing dar.

Eine geschäftliche Handlung zugunsten eines fremden Unternehmens sei zumindest dann anzunehmen, wenn der Influencer für den Beitrag ein Entgelt oder eine sonstige Gegenleistung erhalten hat. Es gelte insofern nichts anderes als bezüglich des entgeltlichen Anzeigengeschäfts der Presse.³⁰

Hat der Influencer hingegen keine Gegenleistung erhalten, könne nicht ohne Weiteres angenommen werden, dass eine geschäftliche Handlung zugunsten eines fremden Unternehmens vorliege.³¹ Anders könne dies dann zu beurteilen sein, wenn der Beitrag nach seinem Gesamteindruck „übertrieben werblich“ sei, also einen werblichen Überschuss enthalte, so dass die Förderung fremden Wettbewerbs eine größere als nur eine begleitende Rolle spiele.³² Der BGH stellt demnach auf das Kriterium der „übertriebenen Werblichkeit“ zur Abgrenzung ab.³³ Bei der Beur-

- 15 BGH, 9. 9. 2021 – I ZR 90/20, K&R 2021, 797, 798, Rn. 31 – Influencer I; BGH, 11. 12. 2014 – I ZR 113/13, K&R 2015, 495 ff., Rn. 20 – Bezugsquellen für Bachblüten.
- 16 BGH, 9. 9. 2021 – I ZR 90/20, K&R 2021, 797, 798, Rn. 31 – Influencer I; BGH, 11. 12. 2014 – I ZR 113/13, K&R 2015, 495 ff., Rn. 20 – Bezugsquellen für Bachblüten.
- 17 BGH, 9. 9. 2021 – I ZR 90/20, K&R 2021, 797, 798, Rn. 30 – Influencer I unter Bezugnahme auf: BGH, 5. 11. 2020 – I ZR 234/19, GRUR 2021, 497 Rn. 25 – Zweitmarkt für Lebensversicherungen.
- 18 OLG München, 25. 6. 2020 – 29 U 2333/19, K&R 2020, 694 m. Anm. Böhler.
- 19 OLG Hamburg, 2. 7. 2020 – 15 U 142/19, K&R 2020, 630.
- 20 OLG Braunschweig, 13. 5. 2020 – 2 U 78/19, MMR 2020, 779.
- 21 Z. B. OLG Karlsruhe, 9. 9. 2020 – 6 U 38/19, WRP 2020, 1467; OLG Koblenz, 16. 12. 2020 – 9 U 595/20, WRP 2021, 677; OLG Köln, 19. 2. 2021 – 6 U 103/20, K&R 2021, 281 = WRP 2021, 523; KG Berlin, 8. 1. 2019 – 5 U 83/18, K&R 2019, 190; LG Düsseldorf, 12. 6. 2019 – 12 O 296/18; LG Hagen, 13. 9. 2017 – 23 O 30/17, K&R 2017, 816; LG Itzehoe, 23. 11. 2018 – 3 O 151/18, MMR 2019, 186; LG Heilbronn, 8. 5. 2018 – 21 O 14/18 KfH, ZUM-RD 2019, 180.
- 22 BGH, 9. 9. 2021 – I ZR 126/20, KuRL2021-757, Rn. 21 ff. – Influencer III.
- 23 BGH, 9. 9. 2021 – I ZR 90/20, K&R 2021, 797, 799, Rn. 35 – Influencer I unter Bezugnahme auf: BGH, 4. 12. 2008 – I ZR 3/06, K&R 2009, 467 ff., Rn. 33 – Ohrclips.
- 24 BGH, 9. 9. 2021 – I ZR 90/20, K&R 2021, 797, 799, Rn. 36 – Influencer I.
- 25 BGH, 9. 9. 2021 – I ZR 90/20, K&R 2021, 797, 799, Rn. 40 – Influencer I; I ZR 126/20, KuRL2021-757, Rn. 21 ff. – Influencer III.
- 26 BGH, 9. 9. 2021 – I ZR 90/20, K&R 2021, 797, 799, Rn. 42 – Influencer I; *Ruess/Bredies*, WRP 2020, 18, 23.
- 27 BGH, 9. 9. 2021 – I ZR 90/20, K&R 2021, 797, 799, Rn. 41 – Influencer I m. w. N.
- 28 BGH, 9. 9. 2021 – I ZR 90/20, K&R 2021, 797, 799, Rn. 43 – Influencer I m. w. N.; I ZR 126/20, KuRL2021-757, Rn. 34 – Influencer III; so auch: *Terhaag/Schwarz*, K&R 2019, 612, 616; *Terhaag/Schwarz* (Fn. 3), § 1 Rn. 4; *Ruess/Bredies*, WRP 2020, 18, 23; *Mallick/Weller*, WRP 2018, 155 Rn. 10.
- 29 BGH, 9. 9. 2021 – I ZR 90/20, K&R 2021, 797, 800, Rn. 47, 49 – Influencer I unter Bezugnahme auf: BGH, 19. 4. 2018 – I ZR 154/16, K&R 2018, 716 = WRP 2018, 1322 – Werblocker II.
- 30 BGH, 9. 9. 2021 – I ZR 90/20, K&R 2021, 797, 800, Rn. 50 – Influencer I.
- 31 BGH, 9. 9. 2021 – I ZR 90/20, K&R 2021, 797, 800, Rn. 51 – Influencer I.
- 32 BGH, 9. 9. 2021 – I ZR 126/20, KuRL2021-757, Rn. 49 – Influencer III.
- 33 Kritisch: *Lettl*, WRP 2021, 1384, 1386.

teilung sei zu berücksichtigen, ob (1) ohne kritische Distanz bestimmte Vorzüge eines Produkts oder einer Dienstleistung (euphorisch) hervorgehoben würden, so dass der Eindruck entstehe, das Produkt oder die Dienstleistung würden vom Influencer empfohlen, oder (2) ob die Produkte bzw. Dienstleistungen namentlich benannt und angepriesen würden, oder (3) ob die Darstellung den Rahmen einer sachlichen Information verlasse.³⁴ Durch die Anwendung dieser Grundsätze sei auch sichergestellt, dass den Anforderungen des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG genügt werde.³⁵

Der BGH ist jedoch leider bei der Anwendung dieser Grundsätze leider nicht besonders konsequent. So führt er aus, dass die Verwendung eines „Tap Tags“, womit der Hersteller der abgebildeten Produkte bzw. die Marke benannt werde, noch keinen werblichen Überschuss darstelle. Anders könne dies nur zu sehen sein, wenn kein erkennbarer Bezug zwischen „Tap Tag“ und Beitrag bestünde.³⁶ Eine „Verlinkung“ auf die Internetseite des Herstellers des abgebildeten Produkts hingegen beinhalte regelmäßig einen werblichen Überschuss, weil der Nutzer damit direkt in den werblichen Einflussbereich des Herstellers gelange.³⁷

Die Unterscheidung des BGH zwischen einer rechtlichen Bewertung von „Tap Tags“ und „Verlinkung“ lässt sich nicht nachvollziehen. In beiden Fällen verlässt der Nutzer das Angebot des Influencers und gelangt, der Wortwahl des BGH folgend, in den „werblichen Einflussbereich des Herstellerunternehmens“,³⁸ wo das Produkt oder viele weitere Produkte beworben werden. Wie der BGH – zumindest auf die Verlinkung zur Webseite – nachvollziehbar ausführt, ist ein werblicher Überschuss nicht nur dann anzunehmen, wenn man direkt zum Shop geleitet wird, sondern auch dann, wenn auf eine Internetseite verwiesen wird, die den Erwerb nicht unmittelbar ermöglicht.³⁹ Wo bei letzterem der BGH den Unterschied zu einem „Tap Tag“ sieht, der auf eine Instagram-Herstellerseite verweist, wird nicht klar.

Auch der Vergleich zu Beiträgen in Printmedien, der vom BGH zumindest angedeutet⁴⁰ wird, ist nur ein Stück weit nachvollziehbar. Sofern in dem Influencer-Beitrag ein Produkt gezeigt und lediglich im beigefügten Bildtext der Hersteller erwähnt wird, lässt sich der Vergleich zu den klassischen Medien durchaus ziehen – dies entspricht einer typischen Bildunterschrift in einer Zeitschrift. In Bezug auf die „Tap Tags“ ist dies jedoch nicht ohne weiteres möglich, weil diese ein Mehr als eine bloße Beschreibung im Beigleitetext darstellen – schließlich wird unmittelbar auf den Instagram-Account der Marke bzw. des Herstellers weitergeleitet, wo sich der Nutzer über das Produkt und womöglich auch über das gesamte Sortiment informieren kann.

2. Werbekennzeichnung erforderlich?

Ob ein Beitrag als Werbung gekennzeichnet werden muss, bestimmt sich aktuell maßgeblich nach § 5a Abs. 6 UWG sowie nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG und § 58 Abs. 1 S. 1 RStV (jetzt: § 22 Abs. 1 S. 1 MStV).

Auch hierbei unterscheidet der BGH grundsätzlich zwischen einer geschäftlichen Handlung zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens. Im letzteren Fall ist das maßgebliche Kriterium des BGH, ob eine Gegenleistung erfolgt ist oder nicht.

a) Zugunsten des eigenen Unternehmens

Handelt es sich um eine Handlung zur Förderung des Absatzes zugunsten des eigenen Unternehmens, sei die

Frage der Werbekennzeichnung grundsätzlich nach § 5a Abs. 6 UWG zu beurteilen. Danach 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.

Eine Kennzeichnung kann also grundsätzlich nur dann unterbleiben, wenn sich unmittelbar aus den Umständen ergibt, dass ein kommerzieller Zweck verfolgt wird. Dies muss also offensichtlich sein, d. h. es muss sich für den Verbraucher auf den ersten Blick und unmissverständlich ergeben.⁴¹ Sodann ist es nicht mehr erforderlich, darauf explizit hinzuweisen.⁴² Nicht ausreichend sei es hingegen, wenn sich der werbliche Charakter erst erschließt, wenn der Verbraucher den Beitrag bereits zur Kenntnis genommen hat, weil er dann der Anlockwirkung bereits erlegen sei – denn die Kennzeichnung soll es dem Betrachter gerade ermöglichen, sich der Werbebotschaft entziehen zu können.⁴³ Bei der Beurteilung sei auf die Sichtweise des durchschnittlich informierten, situationsadäquat aufmerksamen und verständigen Verbrauchers abzustellen, welcher zu der angesprochenen Gruppe gehört.⁴⁴

In den Entscheidungen *Influencer II* und *Influencer III* hielt der BGH – aufgrund der tatrichterlichen Feststellung des jeweiligen Berufungsgerichts, welche revisionsrechtlich nur eingeschränkt prüfbar ist – die Kennzeichnung für entbehrlich.⁴⁵ So hatte das OLG Hamburg unter anderem darauf abgestellt, dass der Account der Influencerin mit einem blauen Haken verifiziert sei, sie hohe Follower-Zahlen habe, qualitativ hochwertige Bilder verwende, Luxusprodukte zeige, sich selbst als Influencerin bezeichne und mit ihren damals 32 Jahren kein Vorbild mehr für junge Jugendliche sei. Auch wüsste jeder registrierte Instagram-Nutzer um die Besonderheiten des Mediums. Auch sei durch diverse andere Rechtsstreitigkeiten, insbesondere von Cathy Hummels, über die Medien der kommerzielle Zweck von Influencern bekannt geworden.⁴⁶ Auch das OLG München stellte auf die Zahl der Follower ab. Zudem wüssten die Instagram-Nutzer, dass Influencer Werbever-

- 34 BGH, 9. 9. 2021 – I ZR 126/20, KuRL2021-757, Rn. 50 – Influencer III.
 35 BGH, 9. 9. 2021 – I ZR 126/20, KuRL2021-757, Rn. 51 – Influencer III.
 36 BGH, 9. 9. 2021 – I ZR 90/20, K&R 2021, 797, 801, Rn. 65 – Influencer I; I ZR 126/20, KuRL2021-757, Rn. 55 – Influencer III.
 37 BGH, 9. 9. 2021 – I ZR 90/20, K&R 2021, 797, 802, Rn. 67 – Influencer I; I ZR 126/20, KuRL2021-757, Rn. 56 – Influencer III.
 38 BGH, 9. 9. 2021 – I ZR 90/20, K&R 2021, 797, 802, Rn. 67 – Influencer I; I ZR 126/20, KuRL2021-757, Rn. 56 – Influencer III.
 39 BGH, 9. 9. 2021 – I ZR 90/20, K&R 2021, 797, 802, Rn. 67 – Influencer I; I ZR 126/20, KuRL2021-757, Rn. 56 – Influencer III.
 40 BGH, 9. 9. 2021 – I ZR 90/20, K&R 2021, 797, 801, Rn. 58 f. – Influencer I.
 41 BGH, 9. 9. 2021 – I ZR 90/20, K&R 2021, 797, 803, Rn. 87 – Influencer I; I ZR 126/20, KuRL2021-757, Rn. 70 – Influencer III; so auch: BGH, 30. 6. 2011 – I ZR 157/10, WRP 2012, 194; OLG Frankfurt a. M., 22. 2. 2019 – 6 W 9/19, K&R 2019, 350.
 42 Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson (Fn. 3), § 5a Rn. 7.25.
 43 BGH, 9. 9. 2021 – I ZR 126/20, KuRL2021-757, Rn. 70 – Influencer III m. w. N.
 44 BGH, 9. 9. 2021 – I ZR 90/20, K&R 2021, 797, 803, Rn. 87 – Influencer I; I ZR 126/20, KuRL2021-757, Rn. 70 – Influencer III; BGH, 30. 6. 2011 – I ZR 157/10, WRP 2012, 194.
 45 BGH, 9. 9. 2021 – I ZR 125/20, K&R 2021, 806, 808, Rn. 37 – Influencer II; I ZR 126/20, KuRL2021-757, Rn. 70 – Influencer III.
 46 OLG Hamburg, 2. 7. 2020 – 15 U 142/19, K&R 2020, 630; kritisch: Terhaag/Schwarz, K&R 2020, 634, 635; Terhaag/Schwarz (Fn. 3), § 2 Rn. 128 ff. m. w. N.; Hauch, GRUR-Prax 2020, 455; a. A. auch: OLG Celle, 8. 6. 2017 – 13 U 53/17, K&R 2017, 728; im Ergebnis zum Teil auch: BGH, 9. 9. 2021 – I ZR 90/20, K&R 2021, 797, 804, Rn. 90 – Influencer I; kritisch in Bezug auf den blauen Haken: Schaub, GRUR 2021, 1358, 1359.

träge abschließen und sich ihr Marktwert nach der Anzahl der Follower bemesse.⁴⁷

Dass der BGH einige der Indizien (z. B. die Verifizierung mit dem blauen Haken, die Anzahl der Follower oder die Bekanntheit des Influencers), auf welche sich die beiden Oberlandesgerichte stützten, wohl durchaus kritisch sieht, ließ er in der *Influencer I*-Entscheidung durchklingen.⁴⁸ Als Revisionsgericht war es dem BGH in den drei Verfahren jedoch nur möglich zu prüfen, ob das jeweilige Berufungsgericht den Tatsachenstoff verfahrensfehlerfrei ausgeschöpft hat, also ob Rechtsfehler vorlagen.⁴⁹ Dies verneinte der BGH vorliegend.⁵⁰

b) Zugunsten eines fremden Unternehmens

Erfolgt die geschäftliche Handlung zugunsten eines fremden Unternehmens, unterscheidet der BGH insbesondere, ob für den Influencer-Beitrag eine Gegenleistung erfolgte oder nicht.

aa) Gegenleistung erfolgt

Wurde – wie im Fall *Influencer I* – ein Entgelt gezahlt, hat grundsätzlich eine Werbekennzeichnung zu erfolgen, sofern der kommerzielle Zweck nicht offensichtlich ist.

Es sei, so entschied der BGH, in diesem Fall keine ausreichende Werbekennzeichnung erfolgt. Zwar enthielt der Textteil des veröffentlichten Beitrags die Angabe „Werbung: gibt’s ab morgen neu im Shop“. Dies sei jedoch nicht ausreichend, weil der Hinweis zeitgleich mit der Abbildung erscheine, welche den „Tap Tag“ mit dem Link zum Instagram-Profil des beworbenen Unternehmens enthalte. Der Bezugspunkt sei auch unklar: Es sei zweifelhaft, ob sich der Hinweis „Werbung“ auf eine Werbung zugunsten des fremden Unternehmens oder auf eine Werbung für den eigenen Online-Shop der beklagten Influencerin beziehe. Auch sei das Wort „Werbung“ nicht farblich oder durch eine Schriftgestaltung, einen eingefügten Absatz oder ähnliche Stilmittel deutlich hervorgehoben und abgesetzt, dass der werbliche Charakter des Beitrags auf den ersten Blick erkennbar wäre.⁵¹

Auch sei die Werbekennzeichnung nicht entbehrlich gewesen, weil der kommerzielle Zweck des Beitrags – wie das Berufungsgericht festgestellt habe – nicht klar und eindeutig zu erkennen gewesen sei. Dies sei revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Insbesondere hatte das OLG Braunschweig ausgeführt, dass es gerade in der Natur von Influencer-Beiträgen liege, dass der werbliche Charakter nicht offensichtlich erkennbar sei. Auch halte das Profil der beklagten Influencerin keine deutlichen, auf den kommerziellen Zweck hinweisende Umstände bereit.⁵² Die Nichtkenntlichmachung sei auch geeignet, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er anderenfalls nicht getroffen hätte. Es sei Sinn und Zweck der Influencer-Werbung, die Follower zum Erwerb der angezeigten Produkte zu bewegen.⁵³

Letztlich komme es auf das Vorliegen des § 5a Abs. 6 UWG jedoch nicht an, weil die Veröffentlichung der beklagten Influencerin nicht den Bestimmungen des § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG sowie des § 58 Abs. 1 S. 1 RStV (heute: § 22 Abs. 1 S. 1 MStV) genüge. Diese seien vorrangige spezialgesetzliche Regelungen⁵⁴ (näher dazu: III. 2. b) bb)).

Nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG hätte der Beitrag deutlich gekennzeichnet werden müssen, weil es sich bei der Veröffentlichung um eine kommerzielle Kommunikation i. S. d. § 2 S. 1 Nr. 5 TMG gehandelt habe. Die beklagte

Influencerin hatte unstreitig eine Gegenleistung erhalten.⁵⁵ Sie sei zudem Diensteanbieterin im Sinne des § 2 S. 1 Nr. 1 TMG, weil darunter auch Nutzer von sozialen Medien erfasst seien, die Unterseiten mit kommunikationsbezogener Eigenständigkeit unterhalten.⁵⁶

Auch nach § 58 Abs. 1 S. 1 RStV (heute: § 22 Abs. 1 S. 1 MStV), welcher auch für Telemedien Anwendung⁵⁷ finde, sei die Veröffentlichung unzulässig. Denn danach muss die Werbung als solche klar erkennbar und vom übrigen Inhalt der Angebote eindeutig getrennt sein. Dies sei vorliegend nicht der Fall.⁵⁸ Dies gelte auch für den möglichen Unterlassungsanspruch nach § 3a UWG i. V. m. § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG oder § 58 Abs. 1 S. 1 RStV bzw. § 22 Abs. 1 S. 1 MStV, weil die kommerzielle Kommunikation klar erkennbar sei.⁵⁹

bb) Keine Gegenleistung erfolgt

Ist – wie in den beiden anderen Fällen *Influencer II* und *Influencer III* – keine Gegenleistung erfolgt, sei keine Werbekennzeichnung erforderlich, entschied der BGH.

Dies bestimme sich jedoch nicht nach § 5a Abs. 6 UWG, sondern nach den vorrangigen Spezialvorschriften⁶⁰ § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG sowie nach § 58 Abs. 1 S. 1 RStV (heute: § 22 Abs. 1 S. 1 MStV).

Der Vorrang folge nicht aus Art. 3 Abs. 4 der RL 2005/29/EG (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken), weil ein geschäftliches Handeln zugunsten eines fremden Unternehmens nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie⁶¹ falle.⁶² Vielmehr erfolge der Vorrang aus

47 OLG München, 25. 6. 2020 – 29 U 2333/19, K&R 2020, 694 m. Anm. Böhler; Terhaag/Schwarz (Fn. 3), § 2 Rn. 111, 128 ff. m. w. N.

48 BGH, 9. 9. 2021 – I ZR 90/20, K&R 2021, 797, 804, Rn. 90 – Influencer I; dabei verwies der BGH unter anderem auch auf die Entscheidungen des OLG Karlsruhe (WRP 2020, 1467) sowie des OLG Koblenz (WRP 2021, 677), welche ebenfalls mit der Revision beim BGH angegriffen werden, vgl. dazu auch Terhaag/Schwarz (Fn. 3), § 2 Rn. 52 ff., 83 ff.

49 BGH, 11. 2. 2021 – I ZR 126/19, WRP 2021, 604.

50 BGH, 9. 9. 2021 – I ZR 125/20, K&R 2021, 806, 808, Rn. 37 – Influencer II; I ZR 126/20, KuRL2021-757, Rn. 70 – Influencer III.

51 BGH, 9. 9. 2021 – I ZR 90/20, K&R 2021, 797, 803, Rn. 83 ff. – Influencer I unter Bezugnahme auf: OLG Koblenz, 16. 12. 2020 – 9 U 595/20, WRP 2021, 677, 683.

52 BGH, 9. 9. 2021 – I ZR 90/20, K&R 2021, 797, 803, Rn. 86, 91 – Influencer I.

53 BGH, 9. 9. 2021 – I ZR 90/20, K&R 2021, 797, 804, Rn. 93 f. – Influencer I.

54 BGH, 9. 9. 2021 – I ZR 90/20, K&R 2021, 797, 805, Rn. 101 – Influencer I; I ZR 125/20, K&R 2021, 806 ff., Rn. 58 ff., 71 – Influencer II; a. A.: Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Fn. 3), § 5a Rn. 7.19, 7.80g; Gerecke, GRUR 2018, 153, 154; siehe auch: Laoutoumai/Dahmen, K&R 2017, 30.

55 BGH, 9. 9. 2021 – I ZR 90/20, K&R 2021, 797, 805, Rn. 101 – Influencer I; I ZR 125/20, K&R 2021, 806 ff., Rn. 109.

56 BGH, 9. 9. 2021 – I ZR 90/20, K&R 2021, 797, 805, Rn. 101 – Influencer I; I ZR 125/20, K&R 2021, 806 ff., Rn. 106 m. w. N.

57 BGH, 9. 9. 2021 – I ZR 90/20, K&R 2021, 797, 805, Rn. 101 – Influencer I; I ZR 125/20, K&R 2021, 806 ff., Rn. 117 m. w. N.

58 BGH, 9. 9. 2021 – I ZR 90/20, K&R 2021, 797, 805, Rn. 110 ff. – Influencer I.

59 BGH, 9. 9. 2021 – I ZR 125/20, K&R 2021, 806, 810, Rn. 72, 78 f. – Influencer II.

60 BGH, 9. 9. 2021 – I ZR 90/20, K&R 2021, 797, 805, Rn. 101 – Influencer I; I ZR 125/20, K&R 2021, 806 ff., Rn. 58 ff., 71 – Influencer II; I ZR 126/20, KuRL2021-757, Rn. 85 ff. – Influencer III; a. A.: Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Fn. 3), § 5a Rn. 7.19, 7.80g; Gerecke, GRUR 2018, 153, 154; siehe auch: Laoutoumai/Dahmen, K&R 2017, 30.

61 BGH, 9. 9. 2021 – I ZR 125/20, K&R 2021, 806 ff., Rn. 57 – Influencer II; I ZR 126/20, KuRL2021-757, Rn. 86 – Influencer III.

62 Deshalb liege, so der BGH, im Streitfall auch keine Kollision der unionsrechtlichen Bestimmungen des Art. 7 Abs. 2 der RL 2005/29/EG (§ 5a Abs. 6 UWG) und des Art. 6a der RL 2000/31/EG über bestimmte Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insb. des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG) im Sinne des Art. 3 Abs. 4 der RL 2005/29/EG vor (vgl. BGH, 9. 9. 2021 – I ZR 125/20, K&R 2021, 806 ff., Rn. 57 – Influencer II; I ZR 126/20, KuRL2021-757, Rn. 86 – Influencer III).

dem Charakter des § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG als spezifische Vorschrift über die Anforderungen an die Erkennbarkeit kommerzieller Kommunikation im Bereich der Telemedizin.⁶³ Es handele sich um eine Spezialvorschrift, welche für den Bereich der Telemedien die Anforderungen an die Erkennbarkeit der kommerziellen Kommunikation festlege. Es sei anerkannt, dass bereichsspezifische Vorschriften den Anwendungsbereich allgemeiner lauterkeitsrechtlicher Vorschriften, also auch § 5a Abs. 6 UWG, einschränken können.⁶⁴ Dem stünde die Regelung des § 6 Abs. 5 TMG, nach welcher die Vorschriften des UWG unberührt bleiben, nicht entgegen. Denn daraus folge, dass ein gegen § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG verstoßendes Verhalten auch nach den Regelungen des UWG verboten werden könne. Zudem stelle § 6 Abs. 5 TMG klar, dass nach § 6 Abs. 1 bis 4 TMG ordnungsgemäß gekennzeichnete kommerzielle Kommunikation unter anderen lauterkeitsrechtlichen Gesichtspunkten als dem der Erkennbarkeit der kommerziellen Kommunikation durchaus verboten werden könne.⁶⁵

Da es sich – mangels Gegenleistung – nicht um eine kommerzielle Kommunikation im Sinne des § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG gehandelt habe, sei auch keine Werbekennzeichnung erforderlich gewesen. Nach § 2 S. 1 Nr. 5b TMG stelle nämlich die Übermittlung von Angaben in Bezug auf Waren und Dienstleistungen oder das Erscheinungsbild eines Unternehmens, einer Organisation oder Person, die unabhängig und insbesondere ohne finanzielle Gegenleistung gemacht werden keine kommerzielle Kommunikation dar.⁶⁶

Auch würden die Streitgegenständlichen Beiträge den Erfordernissen des § 58 Abs. 1 S. 1 RStV (heute: § 22 Abs. 1 S. 1 MStV) genügen, weil sie keine Werbung i. S. d. § 2 Abs. 2 Nr. 7 RStV (heute: § 2 Abs. 2 Nr. 7 MStV) darstellten.⁶⁷ Bei den Regelungen handele es sich ebenfalls um bereichsspezifische Vorschriften, welche die Anforderungen an die Erkennbarkeit von Werbung in Telemedien regelten.⁶⁸

Somit war, nach Ansicht des BGH, eine Werbekennzeichnung nicht erforderlich. Dies gelte auch für den möglichen Unterlassungsanspruch nach § 3a UWG i. V. m. § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG oder § 58 Abs. 1 S. 1 RStV bzw. § 22 Abs. 1 S. 1 MStV.⁶⁹

Da die Instagram-Beiträge auch nicht entlohnt wurden, scheide auch ein Anspruch nach § 3 Abs. 3 UWG i. V. m. Nr. 11 der Anlage zu § 3 Abs. 3 UWG aus.⁷⁰

IV. Fazit und Ausblick

Die ersten drei BGH-Entscheidungen zum Influencer-Marketing liefern Antworten zu ein paar viel diskutierten Punkten. An einigen Stellen bleiben jedoch weiterhin große Fragezeichen stehen. Die, insbesondere von der Branche, gewünschte Rechtssicherheit ist damit noch nicht gegeben.

Deutlich ist, dass der BGH davon ausgeht, dass Influencer grundsätzlich geschäftliche Handlungen vornehmen⁷¹ – sei es zugunsten des eigenen und/oder eines fremden Unternehmens. Auch (vermeintlich) private Veröffentlichungen können Teil der unternehmerischen Tätigkeit sein. Dem ist zuzustimmen. Influencer handeln als Unternehmer, zumindest für sich selbst. Sie wollen ihre Bekanntheit und ihren Marktwert steigern. Problematischer ist diese Frage zu beantworten, wenn eine geschäftliche Handlung zugunsten eines fremden Unternehmens erfolgt. Erhält der

Influencer eine Gegenleistung (z. B. ein Entgelt) für einen Beitrag, ist der BGH deutlich: in diesem Fall liegt eine geschäftliche Handlung vor. Erfolgt keine Gegenleistung, kann eine geschäftliche Handlung zugunsten Dritter dann vorliegen, wenn der Beitrag „übertrieben werblich“ ist. Diese Einordnung des BGH ist durchaus fraglich, weil viele Beiträge von Influencern die gezeigten Produkte bewusst für ein breites Publikum hervorheben und diese oft ohne kritische Anmerkungen präsentieren,⁷² womit eine genaue Abgrenzung schwierig sein wird. Genau deshalb dürfte es in Zukunft, zumindest in Hinblick auf eine „übertriebene Werblichkeit“, in der Praxis durchaus zu größeren Abgrenzungsschwierigkeiten und Streitigkeiten kommen.⁷³

Auch hinsichtlich der Werbekennzeichnung unterscheidet der BGH zwischen einem Verhalten zur Förderung des Absatzes zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens. Im Falle einer Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens sei die Vorschrift des § 5a Abs. 6 UWG heranzuziehen. In diesem Fall muss dann keine Werbekennzeichnung erfolgen,⁷⁴ wenn der werbliche Charakter offensichtlich ist. Dies nahm der BGH – aufgrund der Tatsachenfeststellungen des jeweiligen Berufungsgerichts – in den Fällen *Influencer II* und *Influencer III* zwar an. Gleichzeitig kritisierte er jedoch zurecht einige der vom OLG Hamburg und OLG München dafür herangezogenen Indizien⁷⁵ (vgl. III. 2. a)).

Im Falle einer Handlung zugunsten eines fremden Unternehmens sind nach Ansicht des BGH die für Telemedien spezielleren Regelungen des § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG sowie § 22 Abs. 1 S. 1 MStV vorrangig vor § 5a Abs. 6 UWG.⁷⁶ Hierbei ist dann zu unterscheiden: Ist eine Gegenleistung erfolgt, so muss eine ausreichende Kennzeichnung als Werbung vorhanden sein. Erfolgte – wie in den Fällen *Influencer II* und *Influencer III* – keine Gegenleistung, ist eine Kennzeichnung nicht erforderlich.⁷⁷ Die vom BGH angenommene Spezialität des § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG sowie des § 22 Abs. 1 S. 1 MStV⁷⁸ gegenüber § 5a Abs. 6 UWG

63 BGH, 9. 9. 2021 – I ZR 125/20, K&R 2021, 806 ff., Rn. 57 – Influencer II m. w. N.; I ZR 126/20, KuRL2021-757, Rn. 87 – Influencer III.

64 BGH, 9. 9. 2021 – I ZR 125/20, K&R 2021, 806 ff., Rn. 59 f. – Influencer II m. w. N.; I ZR 126/20, KuRL2021-757, Rn. 88 – Influencer III.

65 BGH, 9. 9. 2021 – I ZR 125/20, K&R 2021, 806 ff., Rn. 60 – Influencer II m. w. N.; I ZR 126/20, KuRL2021-757, Rn. 90 – Influencer III.

66 BGH, 9. 9. 2021 – I ZR 125/20, K&R 2021, 806 ff., Rn. 54 – Influencer II m. w. N.; I ZR 126/20, KuRL2021-757, Rn. 94 – Influencer III.

67 BGH, 9. 9. 2021 – I ZR 125/20, K&R 2021, 806 ff., Rn. 64 ff. – Influencer II m. w. N.; I ZR 126/20, KuRL2021-757, Rn. 91 ff. – Influencer III.

68 BGH, 9. 9. 2021 – I ZR 125/20, K&R 2021, 806, 810, Rn. 70 f. – Influencer II m. w. N.; I ZR 126/20, KuRL2021-757, Rn. 100 – Influencer III; a. A.: Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Fn. 3), § 5a Rn. 7.18; Gerecke, GRUR 2018, 153, 154; Troge, GRUR-Prax 2018, 87, 88.

69 BGH, 9. 9. 2021 – I ZR 125/20, K&R 2021, 806, 810, Rn. 72 ff. – Influencer II; I ZR 126/20, KuRL2021-757, Rn. 101 ff. – Influencer III.

70 BGH, 9. 9. 2021 – I ZR 125/20, K&R 2021, 806, 810, Rn. 80 ff. – Influencer II; I ZR 126/20, KuRL2021-757, Rn. 109 ff. – Influencer III.

71 A. A.: OLG München, 25. 6. 2020 – 29 U 2333/19, K&R 2020, 694 m. Anm. Böhler.

72 Zu dieser Annahme hätte man durchaus auch in den hier Streitgegenständlichen Fällen Influencer II und Influencer III kommen können. Die Tatsachenfeststellungen der Berufungsgerichte wurden durchaus kontrovers diskutiert, vgl. Radtke/Carmen, WRP 2020, 24, 29; Terhaag/Schwarz (Fn. 3), § 2 Rn. 128 ff. m. w. N.; Terhaag/Schwarz, K&R 2019, 612, 616; OLG Koblenz, 16. 12. 2021 – 9 U 595/20, WRP 2021, 677.

73 So auch: Lettl, WRP 2021, 1384, 1387; Schaub, GRUR 2021, 1358, 1360.

74 So auch: Lehr, GRUR-Prax 2021, 644.

75 BGH, 9. 9. 2021 – I ZR 90/20, K&R 2021, 806 ff., Rn. 90 – Influencer I; dabei verwies der BGH unter anderem auch auf die Entscheidungen des OLG Karlsruhe (WRP 2020, 1467) sowie des OLG Koblenz (WRP 2021, 677), welche ebenfalls mit der Revision beim BGH angegriffen werden, vgl. dazu auch Terhaag/Schwarz (Fn. 3), § 2 Rn. 52 ff., 83 ff.

76 Früher: § 58 Abs. 1 S. 1 RStV.

77 Kritisch: Leeb, RD 2021, 555, 556.

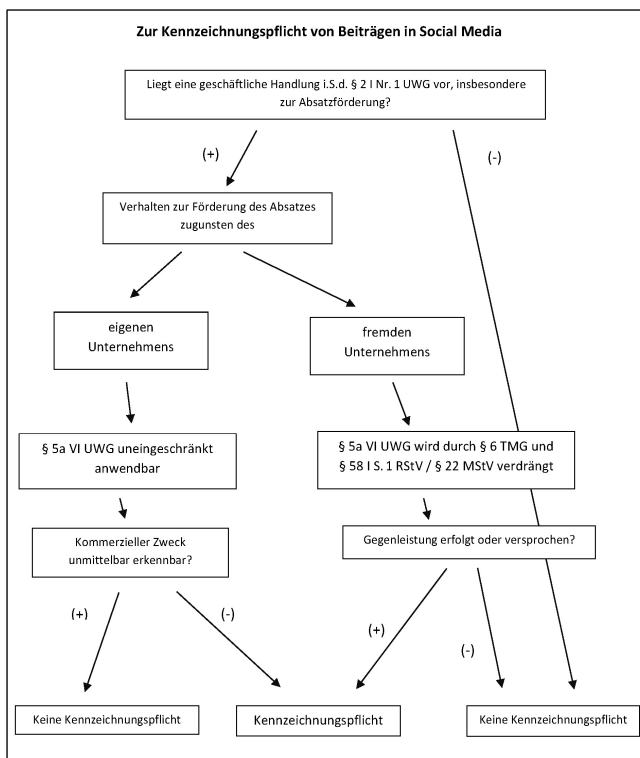
78 Früher: § 58 Abs. 1 S. 1 RStV.

ist durchaus überraschend – sie wurde von den Berufungsgerichten in dieser Form nicht thematisiert. Auch ist die Ansicht des BGH nicht ganz unumstritten.⁷⁹

Indem der BGH auf die Erforderlichkeit einer Gegenleistung als Unterscheidungsmerkmal abstellt, nähert er sich jedoch inhaltlich dem Bestreben des Gesetzgebers an.⁸⁰ Im Mai 2022 soll die Vorschrift des § 5a Abs. 4 UWG n. F.⁸¹ (sog. Influencer-Paragraf) in Kraft treten. Danach soll ein kommerzieller Zweck bei einer Handlung zugunsten eines fremden Unternehmens nicht vorliegen, wenn der Handelnde kein Entgelt oder keine ähnliche Gegenleistung für die Handlung von dem fremden Unternehmen erhält oder sich versprechen lässt.⁸² Jedoch werden dann wohl auch die Regelungen der § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG sowie § 22 Abs. 1 S. 1 MStV, der Argumentation des BGH folgend, gegenüber dem Influencer-Paragraf als Spezialvorschriften vorrangig sein. Es steht also zu befürchten, dass die Neuregelung demnach hinsichtlich der Frage der Werbekennzeichnung für das Influencer-Marketing mit ihrem Inkrafttreten leerläuft. Ohnehin stellt sich die Frage, ob es diesbezüglich einer Anpassung des § 5a UWG überhaupt bedarf. Folgt man der Ansicht des BGH, ist wohl nicht von einer Regelungslücke auszugehen.⁸³

Ein wenig klarer wird durch die BGH-Urteile, in welcher konkreten Form eine Kennzeichnung zu erfolgen hat – sofern diese erforderlich ist. Auch dies wurde bereits vielfach vor Gericht diskutiert,⁸⁴ abschließend geklärt ist das Thema jedoch weiterhin nicht. Der BGH deutet in der *Influencer I*-Entscheidung immerhin an, wann eine Kennzeichnung nicht ausreichend sein dürfte. Dies soll etwa dann der Fall sein, wenn der Werbehinweis im Begleittext „versteckt“, also nicht deutlich hervorgehoben (z. B. durch Farbe, Schrift oder ähnlich Stilmittel), erscheint.⁸⁵ Vielmehr muss der werbliche Charakter auf den ersten Blick erkennbar sein.⁸⁶ Zudem muss aus der Werbekennzeichnung deutlich hervorgehen, wofür diese erfolgt – also z. B. ob sie für das fremde Unternehmen oder den eigenen Online-Shop des Influencers angedacht ist.⁸⁷

Es stehen noch weitere Entscheidungen⁸⁸ des BGH an. Das letzte Wort zur Werbekennzeichnung im Influencer-Marketing ist also noch nicht gesprochen.⁸⁹



79 Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Fn. 3), § 5a Rn. 7.18; *Gerecke*, GRUR 2018, 153, 154; *Troge*, GRUR-Prax 2018, 87, 88.

80 So auch: *Lehr*, GRUR-Prax 2021, 643; *Leeb*, RD 2021, 555, 556; *Schaub*, GRUR 2021, 1358, 1360.

81 Dieser ersetzt dann § 5a Abs. 6 UWG.

82 Näher dazu: *Terhaag/Schwarz* (Fn. 3), § 2 Rn. 150 ff. m. w. N.; BT-Drs. 19/27873 v. 24. 3. 2021, S. 7 ff., S. 18 ff.

83 So auch: *Schaub*, GRUR 2021, 1358, 1362.

84 *Terhaag/Schwarz* (Fn. 3), § 2 Rn. 158 ff.; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Fn. 3), § 5a Rn. 7.80c; OLG Celle, 8. 6. 2017 – 13 U 53/17, K&R 2017, 728; KG Berlin, 11. 10. 2017 – 5 W 221/17, K&R 2018, 64; OLG Karlsruhe, 9. 9. 2020 – 6 U 38/19, WRP 2020, 1467.

85 BGH, 9. 9. 2021 – I ZR 90/20, K&R 2021, 797, 803, Rn. 83 – Influencer I; so auch: OLG Celle, 8. 6. 2017 – 13 U 53/17, K&R 2017, 728.

86 BGH, 9. 9. 2021 – I ZR 90/20, K&R 2021, 797, 803, Rn. 84 f. – Influencer I unter Bezugnahme auf: OLG Koblenz, 16. 12. 2020 – 9 U 595/20, WRP 2021, 677, 683.

87 BGH, 9. 9. 2021 – I ZR 90/20, K&R 2021, 797, 803, Rn. 84 – Influencer I.

88 Revision zu: OLG Karlsruhe, WRP 2020, 1467 (BGH: I ZR 163/20); OLG Koblenz, WRP 2021, 677 (BGH: I ZR 9/21); OLG Köln, K&R 2021, 281 (BGH: I ZR 35/21).

89 So auch: *Leeb*, RD 2021, 555, 556; *Schaub*, GRUR 2021, 1358, 1364.

RAin PD Dr. Irini Vassilaki*

Bestrafung der Verbreitung von Feindeslisten im Internet – (k)ein Schutz personenbezogener Daten?

Kurz und Knapp

§ 126a StGB soll die öffentliche Verbreitung von Feindeslisten, das „Outing“ und das „Doxing“ bestrafen. Die Norm ist problematisch. Die Festlegung des „öffentlichen Friedens“ als Rechtsgut, der – teilweise – konturlose Gesetzeswortlaut und die offensichtlichen Nachweisschwierigkeiten, die dies mit sich bringt, prophезieren ein Schattendasein der neuen Strafvorschrift.

I. Einführung

Durch das Gesetz vom 14. 9. 2021 wurde § 126a in das StGB eingefügt.¹ Die Vorschrift stellt die Verbreitung der

* Mehr über die Autorin erfahren Sie auf S. XII.

¹ Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des strafrechtlichen Schutzes gegen sogenannte Feindeslisten, Strafbarkeit der Verbreitung und des Besitzes von Anleitungen zu sexuellem Missbrauch von Kindern und Verbesserung der Bekämpfung verhetzender Inhalte sowie Bekämpfung von Propagandamitteln und Kennzeichen verfassungswidriger und terroristischer Organisationen, BGBl. I 4250.