

Let me Influence you! (Part 2)

Ein weiteres Update zur Kennzeichnungspflicht von Werbung im Influencer Marketing

Dr. Christina-Maria Leeb | Wissenschaftliche Mitarbeiterin | HEUSSEN Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Luisa Lorenz | Studentische Hilfskraft | Universität Passau

13. Januar 2021

LR 2021, Seiten 16 bis 25 (insgesamt 10 Seiten)

Dieser Beitrag ist eine Fortsetzung zu [Leeb, Let me influence you!, LR 2019, 63 ff.](#)

Das Corona-Jahr 2020 hat die Budgets für den Bereich des Online Marketings im Allgemeinen und des Influencer Marketings im Besonderen nur kurzzeitig einfrieren lassen. Gerade gegen Ende 2020 haben Unternehmen diese Werbeform wieder sehr verstärkt in den Blick genommen, nachdem sich die tägliche Bildschirmzeit vieler auch auf Social Media in Zeiten des Lockdowns nochmals stark erhöht haben dürfte.

Dies zeigt sich auch in der Rechtsprechungspraxis, in der das Thema nach wie vor von Relevanz ist. Seit dem letzten Update im Juli 2019 sind acht neue Entscheidungen veröffentlicht worden, die sich mit der werblichen Kennzeichnungspflicht von solchen Influencer-Beiträgen auf der Plattform Instagram befassen, die keinerlei Entgelt oder ähnliche finanzielle Vorteile wie etwa kostenlose Produkte und Dienstleistungen, Rabatte oder dergleichen für die Influencerin bzw. den Influencer¹ mit sich bringen. Eine höchstrichterliche Entscheidung steht jedoch nach wie vor aus, ist allerdings in 2021 angesichts vier anhängiger Verfahren vor dem BGH zu erwarten.

In gewohnter Manier sollen nachfolgend zuerst die wesentlichen Kerngedanken der aktuellen Rechtsprechung (dazu I.) aufgezeigt werden. Hieran anschließend finden sich Informationen zur derzeitigen Kennzeichnungspraxis (dazu II.) sowie zu gegenwärtigen Tendenzen in der Gesetzgebung (dazu III.).

¹ Im Nachfolgenden wird aus Gründen besserer Lesbarkeit ausschließlich das generische Maskulinum verwendet. Dieses soll stets sämtliche Geschlechter umfassen.

I. Aktuelle Entwicklungen in der Rechtsprechung

Sämtliche Fälle spielen im Wettbewerbsrecht, konkret geht es um eine nachweisbare Verletzung gegen das in § 5a Abs. 6 UWG normierte Verbot getarnter Werbung (sog. Schleichwerbung). Hiernach handelt unlauter, wer den kommerziellen Zweck einer geschäftlichen Handlung - im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG - 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.

Die Judikate haben ferner gemein, dass von den betroffenen Influencern sog. Tap Tags auf den geposteten Fotos gesetzt wurden. Hinsichtlich der Definition kann auf die Entscheidung des OLG Karlsruhe Bezug genommen werden: „Tap tags sind anklickbare Bereiche aus dem Bild selbst, die erst sichtbar werden, wenn das Bild einmal angeklickt wird, und die Verknüpfungen zu anderen Instagram-Accounts enthalten. Klickt der Nutzer sodann auf einen sichtbar gewordenen tap tag, so gelangt er auf den Instagram-Account des Herstellers oder des Anbieters der verlinkten Produkte.“²

In insgesamt sechs Fällen wurden die klägerseitig geltend gemachten Unterlassungsansprüche zuerkannt, nur in zwei weiteren Fällen war der beklagte Influencer siegreich.

1. OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 23.10.2019 – 6 W 68/19 (rechtskräftig)

Als Beschwerdegericht hatte das OLG Frankfurt a.M. den Fall einer Influencerin mit einer Abonnentenzahl von 582.000 zu entscheiden, in dem es das Bestehen einer werblichen Kennzeichnungspflicht und daher einen **Verstoß gegen § 5a Abs. 6 UWG** annahm.³ Das Gericht verneinte die nach den Maßstäben des § 3 Abs. 4 Satz 1 UWG zu bemessende **Offensichtlichkeit des kommerziellen Charakters des Accounts**, denn die Influencerin richte sich mit ihrem Kanal an jugendliche Follower, denen sie nicht als Unternehmerin, sondern als authentische Privatperson gegenüberzutreten suggeriere.⁴ Ferner befand das OLG, dass ein **Instagram Account insgesamt zu beurteilen** sei, mithin gerade nicht je nach Post in „kommerziell“ oder „privat“ differenziert werden könne.⁵

2. LG Hannover, Urt. v. 11.11.2019 – 32 O 64/19 (rechtskräftig)

Das LG Hannover hat sich im Zusammenhang mit der Frage nach der Offenkundigkeit von Werbung mit der **Vergleichbarkeit von Instagram-Kanälen mit (digitalen) Werbeprospekten** befasst. Während ein Instagram-Account regelmäßig der bildlichen Selbstdarstellung der stets gleichen Person diene, sei

² OLG Karlsruhe, Urt. v. 09.09.2020 - 6 U 38/19, GRUR-RS 2020, 22210 (Rn. 7).

³ OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 23.10.2019 - 6 W 68/19, MMR 2020, 195 ff.

⁴ OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 23.10.2019 - 6 W 68/19, MMR 2020, 195 (Rn. 14 f.).

⁵ OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 23.10.2019 - 6 W 68/19, MMR 2020, 195 (Rn. 13).

für Werbeprospekte charakteristisch, dass verschiedene Models abgebildet sind.⁶ Damit stehe der den Kanal betreibende Influencer im Zentrum, nicht die präsentierte Ware; dies zeige auch der Umstand, dass die entsprechenden Hersteller- bzw. Markennamen auf dem streitgegenständlichen Foto erst nach separatem Anklicken der Verlinkungen auf die jeweiligen Accounts erschienen.⁷ In der Folge **verneinten** die Hannoveraner Richter das Vorliegen des Merkmals der **Offenkundigkeit des Werbecharakters** aus Sicht eines durchschnittlichen Nutzers der Plattform Instagram und nahmen damit einhergehend einen **Verstoß gegen § 5a Abs. 6 UWG** an.⁸ Dem stünde auch nicht entgegen, dass es mitunter erkennbare Anhaltspunkte für den kommerziellen Charakter gebe, etwa eine Verlinkung zur Website des Influencers selbst. Entscheidend sei vielmehr - so das Gericht -, ob der werbliche Zweck auf den ersten Blick und ohne Zweifel erkennbar ist.⁹

3. OLG Braunschweig, Urt. v. 13.05.2020 – 2 U 78/19 (nicht rechtskräftig)

Auch das OLG Braunschweig urteilte, dass es sich bei der Verlinkung von Werbeangeboten auf Instagram durch eine Fitness- bzw. Ernährungs-Influencerin um **Schleichwerbung** handelt. Die beklagte Influencerin bietet neben Fitness- und Ernährungstipps Online-Fitnesskurse sowie Personal Trainings an, zudem betreibt sie einen Online-Shop.¹⁰ Das OLG ist dabei der Auffassung, dass die **Aufspaltung eines Accounts** in einen geschäftlichen und einen privaten Teil **lebensfremd und künstlich** erscheine.¹¹ Hinzu komme, dass sich die beklagte **Influencerin selbst gerade als eben solche bezeichne** – mithin als zugehörig zu einer Gruppe bekannter und beliebter Personen, die regelmäßig gegen Entgelt Produkte auf Instagram bewerben.¹²

Das Revisionsverfahren ist gegenwärtig vor dem BGH unter dem Az. I ZR 90/20 anhängig.

4. OLG München, Urt. v. 25.06.2020 – 29 U 2333/19 (nicht rechtskräftig)

Einer der medial sehr bekannt gewordenen Prozesse betrifft die Influencerin Cathy Hummels. Das als Berufungsinstanz befassende OLG München bejahte die **Unternehmereigenschaft** der Beklagten mit dem Argument, dass diese jegliches produkt- oder personenbezogene **Interesse ihrer Follower** zu ihrem **Geschäftsmodell** mache.¹³ Abzulehnen sei die Annahme, die fraglichen Posts beruhten lediglich auf der Mitteilungsfreudigkeit der Influencerin. Sie seien - so das OLG - jedenfalls auch darauf gerichtet, „Aufmerksamkeit und Resonanz sowohl in Verbraucher- wie auch in Unternehmerkreisen zu erzielen, um das Image der Influencerin durch die Erhöhung der Zahl der Follower und der Zahl der Kommentare zu ihrem Auftritt zu stärken und damit den Wert der auch von ihr im eigenen Unternehmen

⁶ LG Hannover, Urt. v. 11.11.2019 - 32 O 64/19, juris (Rn. 62).

⁷ LG Hannover, Urt. v. 11.11.2019 - 32 O 64/19, juris (Rn. 62).

⁸ LG Hannover, Urt. v. 11.11.2019 - 32 O 64/19, juris (Rn. 62).

⁹ LG Hannover, Urt. v. 11.11.2019 - 32 O 64/19, juris (Rn. 63 m.w.N.).

¹⁰ OLG Braunschweig, Urt. v. 13.05.2020 - 2 U 78/19, GRUR-RS 2020, 12111 (Rn. 1).

¹¹ OLG Braunschweig, Urt. v. 13.05.2020 - 2 U 78/19, GRUR-RS 2020, 12111 (Rn. 39).

¹² OLG Braunschweig, Urt. v. 13.05.2020 - 2 U 78/19, GRUR-RS 2020, 12111 (Rn. 45).

¹³ OLG München, Urt. v. 25.06.2020 - 29 U 2333/19, GRUR 2020, 1096 (Rn. 27).

angebotenen Dienstleistungen zu erhöhen, die darin bestehen, im Rahmen von gegenwärtigen oder künftigen bezahlten Partnerschaften für Drittunternehmen Produktwerbung zu betreiben“.¹⁴

Gleichwohl sei **alleine die Absicht, durch unentgeltliche Posts bezahlte Partnerschaften bzw. Werbeverträge zu erhalten, nicht ausreichend**, um das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung zu bejahen.¹⁵ Hierbei **mangele es am erforderlichen objektiven Zusammenhang** zwischen den veröffentlichten Beiträgen und der Förderung des - eigenen und/oder fremden - Absatzes.¹⁶

Die von der Influencerin in diversen Posts dargestellten, zum Teil verlinkten bzw. getaggtten Produkte sahen die Münchner Richter dem **redaktionellen Teil ihrer Instagram-Tätigkeit zugehörig**, nachdem diese Art der Präsentation sich nicht von einem redaktionellen Beitrag in etwa einer Modezeitschrift unterscheidet.¹⁷ Die mit Produktinformationen versehenen Posts dienten damit gerade nicht vordergründig der Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidung der adressierten Verbraucher. Sie seien vielmehr mit solchen Postings vergleichbar, die persönliche Erlebnisse und Eindrücke thematisierten.

Damit vermochte der **Kläger mit seinen geltend gemachten Unterlassungsansprüchen** gegen die Influencerin im Gesamten **nicht durchzudringen**. Als Revisionsinstanz hat sich derzeit der BGH unter dem Az. I ZR 126/20 mit dem Verfahren zu befassen.

5. LG Köln, Urt. v. 21.07.2020 – 33 O 138/19 (nicht rechtskräftig)

Das LG Köln sah die wirtschaftliche Betätigung im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG der beklagten Influencerin als auf Dauer angelegt an und bejahte im Ergebnis deren Unternehmereigenschaft; dies begründe sich sowohl aus der Höhe ihrer Umsätze, der hohen Anzahl der Follower (779.270) sowie der Beschäftigung eines Managers.¹⁸ Nach alledem sei es „höchst fernliegend“¹⁹, dass die Beklagte vordergründig andere als schlicht kommerzielle Interessen verfolge. Ein **Entgelt** für eine entsprechende Verlinkung der präsentierten Unternehmen bzw. deren Produkte wäre zur Bejahung des Vorliegens einer geschäftlichen Handlung **nicht notwendig erforderlich**, die **wirtschaftliche Ausrichtung des Accounts** sei mit Blick auf das Merkmal der **Absatzförderung** maßgebliches und zugleich ausreichendes Indiz.²⁰ Eine wirtschaftliche Ausrichtung sehen die Kölner Richter vor allem dann als gegeben an, wenn der Influencer mit dem Betrieb seines Accounts den eigenen Lebensunterhalt sichern möchte und in diesem Rahmen (andere) Werbedienstleistungen bzw. das Absetzen von Posts gegen Entgelt angeboten werden, demzufolge der Instagram-Kanal „in großem

¹⁴ OLG München, Urt. v. 25.06.2020 - 29 U 2333/19, GRUR 2020, 1096 (Rn. 27 m.w.N.).

¹⁵ OLG München, Urt. v. 25.06.2020 - 29 U 2333/19, GRUR 2020, 1096 (Rn. 28)

¹⁶ OLG München, Urt. v. 25.06.2020 - 29 U 2333/19, GRUR 2020, 1096 (Rn. 28) unter Verweis auf BGH, Urt. v. 09.02.2006 - I ZR 124/03, GRUR 2006, 875 (Rn. 28).

¹⁷ OLG München, Urt. v. 25.06.2020 - 29 U 2333/19, GRUR 2020, 1096 (Rn. 29).

¹⁸ LG Köln, Urt. v. 21.07.2020 - 33 O 138/19, juris (Rn. 3, 38).

¹⁹ LG Köln, Urt. v. 21.07.2020 - 33 O 138/19, juris (Rn. 42).

²⁰ LG Köln, Urt. v. 21.07.2020 - 33 O 138/19, juris (Rn. 42 m.w.N.).

Umfang und hoch professionell“ betrieben wird.²¹ Im Ergebnis wurde daher ein **Verstoß gegen § 5a Abs. 6 UWG** vom Gericht bejaht.

Das Verfahren ist gegenwärtig vor dem OLG Köln unter dem Az. I-6 U 103/20 anhängig.

6. OLG Hamburg, Urt. v. 02.07.2020 – 15 U 142/19 (nicht rechtskräftig)

Die Entscheidung des OLG Hamburg befasst sich mit dem Instagram-Account einer jungen Hamburgerin mit 1,7 Millionen Followern (Stand Mai 2018), die in den Bereichen Beauty, Mode, Lifestyle und Reisen überwiegend kommerziell tätig ist.²²

Obleich das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung nach Auffassung des Gerichts bei den streitgegenständlichen Postings zu bejahen sei,²³ bestünde mit dem OLG in den konkreten Fällen **keine Werbekennzeichnungspflicht**. Argument hierfür sei, dass die adressierten Follower sich des **kommerziellen Charakters** des Instagram-Kanals bewusst seien, sodass sich der Werbecharakter in Anwendung des Ausnahmetatbestandes des § 5a Abs. 6 UWG „**unmittelbar aus den Umständen**“ ergebe.²⁴ Dies gelte insbesondere bei Fotos, die erkennbar keine Schnappschüsse, sondern vielmehr arrangierte Darbietungen sind.²⁵

Im Übrigen wies das OLG Hamburg darauf hin, dass Verbraucher jedenfalls **nicht** durch Beiträge wie die vorliegenden **zu einer lauterkeitsrechtlich relevanten geschäftlichen Entscheidung** im Sinne des § 5a Abs. 6 UWG **veranlasst** würden, denn im Ergebnis würde eine solche ausschließlich aufgrund des im Einzelfall beworbenen Produktes getroffen.²⁶ Verbraucher rufen - so das OLG - Instagram-Kanäle wie den streitgegenständlichen zielgerichtet ab, um Produktempfehlungen zu erhalten.²⁷ Hierfür müssten sie sich zuvor eigeninitiativ bei Instagram registrieren, weshalb es sich bei dem Medium Instagram um einen geschlossenen Benutzerkreis handle, bei dem ein jeder Kenntnis hinsichtlich der dortigen Besonderheiten sowie Gesetzmäßigkeiten habe.²⁸

Das Revisionsverfahren ist gegenwärtig vor dem BGH unter dem Az. I ZR 125/20 anhängig.

²¹ LG Köln, Urt. v. 21.07.2020 - 33 O 138/19, juris (Rn. 42).

²² OLG Hamburg, Urt. v. 02.07.2020 - 15 U 142/19, juris (Rn. 2).

²³ OLG Hamburg, Urt. v. 02.07.2020 - 15 U 142/19, juris (Rn. 47).

²⁴ OLG Hamburg, Urt. v. 02.07.2020 - 15 U 142/19, juris (Rn. 55 ff.).

²⁵ OLG Hamburg, Urt. v. 02.07.2020 - 15 U 142/19, juris (Rn. 60).

²⁶ OLG Hamburg, Urt. v. 02.07.2020 - 15 U 142/19, juris (Rn. 70).

²⁷ OLG Hamburg, Urt. v. 02.07.2020 - 15 U 142/19, juris (Rn. 70).

²⁸ OLG Hamburg, Urt. v. 02.07.2020 - 15 U 142/19, juris (Rn. 68).

7. OLG Karlsruhe, Urt. v. 09.09.2020 – 6 U 38/19 (nicht rechtskräftig)

In der Berufungsinstanz im medial ebenfalls sehr bekannt gewordenen Fall der Fitness- und Ernährungs-Influencerin Pamela Reif bejahte das OLG Karlsruhe eine **werbliche Kennzeichnungspflicht**.

Eine geschäftliche Handlung im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG sei unter dem Gesichtspunkt zu bejahen, dass hierdurch sowohl das beworbene als auch der Betrieb des eigenen, auf Werbeeinnahmen gerichteten Unternehmens gefördert werde.²⁹ Das Setzen von Tap Tags weist - so das OLG - den Charakter als Instrument **mittelbarer Absatzförderung** auf.³⁰ Die Beklagte hatte sich ohne Erfolg darauf berufen, eine geschäftliche Handlung sei deswegen abzulehnen, da der Tap Tag erst durch eine dazwischentretende Handlung des Nutzers, nämlich das Anklicken des Bildes, sichtbar werde.³¹ Das OLG stellte allerdings insoweit klar, dass es lediglich auf das Versehen der Bilder mit einem Tap Tag ankomme und gerade nicht darauf, ob die verlinkten Unternehmen unmittelbar sichtbar seien oder erst nach gesondertem Anklicken. Die **technische Funktionsweise der Tap Tags** sei damit **unerheblich**; ihre **rechtliche Qualität** müsse **vielmehr einheitlich beurteilt** werden.³²

Hinsichtlich der auf der Plattform Instagram üblichen Praxis, kommerzielle Posts mit - dem Anschein nach - privaten Inhalten zu vermengen, sei die werbliche Kennzeichnung entsprechender Beiträge gerade **nicht** aus Gründen der **Offensichtlichkeit werblicher Ansprache entbehrlich**.³³ In diesem Zusammenhang stellte das OLG Karlsruhe ergänzend auf die von der Influencerin angesprochenen Zielgruppe ab, denen der werbliche Charakter aufgrund ihrer oftmals jugendlichen, teils kindlichen Natur nicht offensichtlich sei.³⁴ Die notwendige Erkennbarkeit von Werbung „auf den ersten Blick und ohne jeden Zweifel“ sei - so das Gericht - gerade auch deswegen nicht gegeben, da Tap Tags auf Instagram ebenfalls dazu eingesetzt würden, um auf solche Kanäle aufmerksam zu machen, die keine eigenen Absatzzwecke gegenüber den Nutzern von Instagram verfolgen.³⁵

Auch in diesem Verfahren wurde der BGH zwischenzeitlich als Revisionsgericht angerufen (Az.: I ZR 163/20).

²⁹ OLG Karlsruhe, Urt. v. 09.09.2020 - 6 U 38/19, GRUR-RS 2020, 22210 (Leitsatz 1).

³⁰ OLG Karlsruhe, Urt. v. 09.09.2020 - 6 U 38/19, GRUR-RS 2020, 22210 (Rn. 74) unter Verweis auf BGH, Urt. v. 06.02.2014, I ZR 2/11 - GOOD NEWS II, GRUR 2014, 879 (Rn. 13); BGH, Urt. v. 11.12.2014, I ZR 113/13 - Bezugsquellen für Bachblüten, GRUR 2015, 694 (Rn. 26); OLG Hamburg, Urt. v. 02.07.2020, 15 U 142/19, juris.

³¹ OLG Karlsruhe, Urt. v. 09.09.2020 - 6 U 38/19, GRUR-RS 2020, 22210 (Rn. 65).

³² OLG Karlsruhe, Urt. v. 09.09.2020 - 6 U 38/19, GRUR-RS 2020, 22210 (Rn. 65).

³³ LG Karlsruhe, Urt. v. 21.03.2019 - 13 O 38/18 KfH, MMR 2019, 329 (Leitsatz 1).

³⁴ LG Karlsruhe, Urt. v. 21.03.2019 - 13 O 38/18 KfH, MMR 2019, 329 (Leitsatz 2).

³⁵ OLG Karlsruhe, Urt. v. 09.09.2020 - 6 U 38/19, GRUR-RS 2020, 22210 (Leitsatz 2; Rn. 113).

8. LG Köln, Urt. v. 19.10.2020 – 31 O 51/20 (nicht rechtskräftig)

Im - soweit ersichtlich - jüngsten Urteil zur Thematik hat das LG Köln den klägerseits geltend gemachten **Unterlassungsanspruch** aus §§ 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2, 5a Abs. 6 UWG ebenfalls **zuerkannt**. Die Beklagte **fördere** - so das Gericht - mit ihren Posts gleichermaßen den **Absatz des verlinkten fremden Unternehmens** in Form der „Aufmerksamkeitswerbung“ **sowie ihr eigenes Unternehmen**.³⁶ Eine objektive Betrachtung ergebe, dass die streitgegenständlichen Posts aufgrund der Tap Tags jedenfalls „auch auf die Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidungen von sonstigen Marktteilnehmern gerichtet“³⁷ sind. Darauf, ob der Influencerin für ihre Posts **Entgelte versprochen** worden sind, **kommt es** damit nach Auffassung des LG Köln gerade **nicht an**.³⁸

Das Gericht führt in diesem Zusammenhang noch aus, dass dieser **Verzicht auf das Merkmal der „Entgeltlichkeit“ keine** dem Schutzzweck des § 5a Abs. 6 UWG entgegenstehende **Überkennzeichnung bedinge**. So müssten „unentgeltliche, aber dennoch kommerzielle Posts nicht zwingend mit dem Begriff "Werbung" gekennzeichnet werden [...], den der Verkehr mit einem entgeltlichen Tätigwerden assoziieren mag. [...] Es stünde der Beklagten daher beispielsweise frei, im Falle der fehlenden Entgeltlichkeit kommerzieller Posts diese als Eigenwerbung, unbezahlte Werbung o.ä. zu bezeichnen.“³⁹

Die Berufung vor dem OLG Köln wird unter dem Az. 6 U 157/20 geführt.

9. Zwischenfazit

Wie aufgezeigt, ist die bisherige Rechtsprechung nach wie vor im Wesentlichen in zwei Lager gespalten. Auf der einen Seite stehen diejenigen, die die Beurteilung am Maßstab des § 5a Abs. 6 i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG an der konkreten Ausgestaltung des bzw. der streitgegenständlichen Postings - insbesondere unter Einbeziehung des jeweils gewählten Bilduntertextes - festmachen. Die Gegenauffassung bezieht in diese Betrachtung hingegen den gesamten Account des betroffenen Influencers mit ein. Letzteres führt im Ergebnis dazu, dass bestimmte Influencer wohl keinen vorstellbaren Content mehr ohne Werbekennzeichnung posten dürften. Stellt man sich etwa ein Landschaftsbild ohne jegliche Verlinkung vor, erscheint dies vor dem Sinn und Zweck der werblichen Kennzeichnungspflicht, sehr problematisch. Auch die vom LG Köln - 31. Zivilkammer - vorgeschlagene Differenzierung in unterschiedliche Arten von „Werbe“-Kennzeichnungen - die in der Praxis ohnehin bereits intensiv gelebt wird - führt zu keinen zufriedenstellenden Ergebnissen, sondern vielmehr zu mitunter kaum mehr lesbaren Stilblüten („#werbungaberkeinencontentdafürbekommen“ usw.).

³⁶ LG Köln, Urt. v. 19.10.2020 - 31 O 51/20, juris (Rn. 34-37).

³⁷ LG Köln, Urt. v. 19.10.2020 - 31 O 51/20, juris (Rn. 38 ff.).

³⁸ LG Köln, Urt. v. 19.10.2020 - 31 O 51/20, juris (Rn. 44 m.w.N.)

³⁹ LG Köln, Urt. v. 19.10.2020 - 31 O 51/20, juris (Rn. 45 m.w.N., Rn. 46).

Angesichts der daher nach wie vor vorherrschenden, enormen Rechtsunsicherheit mag man auf den Spruch aus Karlsruhe besonders gespannt sein.

II. Aktuelle Entwicklungen in der Kennzeichnungspraxis

Was das Posten von Bildern im sog. Feed anbelangt, ist auf Instagram nach wie vor - der rechtlich unsicheren Situation entsprechend - in vielen Fällen eine Überkennzeichnung festzustellen. Allerdings werden die klassischen Bilder-Postings im Feed zunehmend von den Stories verdrängt. Hierbei wird - vor allem bei Video-Sequenzen - teilweise auch eindeutig kennzeichnungspflichtiger Content nicht mit „Werbung“ bzw. „Anzeige“ versehen.

Im August 2020 führte Instagram in Deutschland die sog. „Reels“ als weitere Interaktionsmöglichkeit auf der Plattform ein. Hierbei handelt es sich - in Anlehnung an TikTok - um 15- oder 30-sekündige Multi-Clip-Videos, die sich mit Ton, Effekten und anderen Kreativtools bearbeiten lassen. Es scheint, als würde dieses Tool - anders als IGTV, der YouTube-Klon - stärker von der Creator-Community angenommen werden. Die Nutzbarkeit als Werbemittel liegt daher auf der Hand. Es bleibt abzuwarten, wie sich die „Kennzeichnungsmoral“ hier entwickelt. Nach aktuellem Stand werden „Reels“ - ihrer Intention entsprechend - mehrheitlich noch zugunsten eines kreativ-unterhaltsamen Zwecks mit nicht-werblichen Inhalten erstellt.

III. Aktuelle Entwicklungen in der Rechtspolitik

Am 13.02.2020 hat das BMJV einen Regelungsvorschlag zur Abgrenzung nichtkommerzieller Kommunikation zur Information und Meinungsbildung von geschäftlichen Handlungen vorgelegt.⁴⁰ In Fortentwicklung dieses Regelungsvorschlags, einer Ergänzung des § 5a Abs. 6 UWG, liegt seit dem 04.11.2020 der **Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht**⁴¹ vor. Dessen im vorliegenden Kontext relevante Neuerungen sollen nachfolgend dargestellt und einer ersten Bewertung unterzogen werden.

1. Anpassung der Legaldefinition der geschäftlichen Handlung

Vermutlich als Reaktion auf die obergerichtliche Rechtsprechung aus Karlsruhe sowie in Anlehnung an weitere höchstrichterliche Rechtsprechung in anderem Zusammenhang (vgl. Fn. 31) soll die Legaldefinition der geschäftlichen Handlung in § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG a.F., nunmehr § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG-E, dahingehend ergänzt werden, dass nun nicht mehr lediglich ein objektiver Zusammenhang zwischen dem Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens und

⁴⁰ Abrufbar unter:

https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/Regelungsvorschlag_Influencer.pdf?blob=publicationFile&v=1 (abgerufen am 10.01.2021).

⁴¹ Abrufbar unter:

https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Staerkung_Verbraucherschutz_Wettbewerbs- und Gewerberecht.pdf?blob=publicationFile&v=2 (abgerufen am 10.01.2021).

der Absatzförderung genügt, sondern es gleichsam eines unmittelbaren Zusammenhangs bedarf. Nach der Entwurfsbegründung solle die Unmittelbarkeit etwa dann zu verneinen sein, wenn „ein Influencer Waren oder Dienstleistungen empfiehlt oder erwähnt und er hierfür kein Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung erhalten hat“.⁴²

Hiernach wären die bislang in der Rechtsprechung angeführten Beispiele - Postings mit Tap Tags bei selbst bezahlten Produkten - schon nicht mehr als geschäftliche Handlungen anzusehen.

Weiterhin soll in § 2 Nr. 2 UWG-E klargestellt werden, dass Dienstleistungen im Sinne der Vorschrift auch digitale Dienstleistungen darstellen können.

2. Entgelt oder ähnliche Gegenleistung als Voraussetzung für Schleichwerbung

Außerdem wird § 5a Abs. 4 UWG-E, der dem bisherigen § 5a Abs. 6 UWG entspricht, um folgenden Satz ergänzt: „Bei einer Handlung ausschließlich zugunsten eines fremden Unternehmens ist nur dann ein kommerzieller Zweck anzunehmen, wenn der Handelnde ein Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung für die Handlung von dem fremden Unternehmen erhält.“

Die Entwurfsbegründung⁴³ enthält hierzu u.a. folgende Passage: „Die neue Regelung soll insbesondere einen sicheren Rechtsrahmen für Handlungen von Bloggern und Influencern bieten, wenn diese Waren und Dienstleistungen anderer Unternehmen empfehlen, ohne davon selbst unmittelbar finanziell zu profitieren. Für solche Handlungen erscheint es unangemessen, eine Kennzeichnung als „kommerziell“ zu verlangen. Der Begriff der „ähnlichen Gegenleistung“ umfasst auch Provisionen, Produkte, die von dem fremden Unternehmen zugesandt wurden und die der Handelnde nutzen oder behalten darf sowie Pressereisen, Stellung von Ausrüstung oder Kostenübernahmen. Die bloße Steigerung der eigenen Bekanntheit, zum Beispiel von Influencern, durch solche Handlungen kann hingegen nicht als Gegenleistung gewertet werden, weil das fremde Unternehmen die Bekanntheit der aus eigenem Antrieb Handelnden nicht beeinflussen kann. Die Gegenleistung muss nicht in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang erfolgen und kann auch über Dritte gewährt werden. Die Hoffnung auf eine Gegenleistung alleine reicht jedoch nicht aus. Wenn Äußerungen weiterhin abrufbar sind, kann auch eine später hinzugetretene Gegenleistung berücksichtigt werden. Als Ausnahme vom Anwendungsbereich des § 5a Absatz 4 UWG muss die Erfüllung der Voraussetzung im Streitfall von dem Handelnden nachgewiesen werden. Der Nachweis könnte zum Beispiel durch eine Bestätigung des Unternehmens erbracht werden, dass keine Gegenleistung für die Äußerung erfolgt ist. Als Nachweis für eine fehlende Gegenleistung kommt auch eine eidesstattliche Versicherung des Handelnden in Betracht.“

⁴² Entwurfsbegründung v. 04.11.2020 (Fn. 41), S. 27.

⁴³ (Fn. 41), S. 29 f.

Für die dargelegte Zwecksetzung, der Schaffung von Rechtssicherheit für Influencer, problematisch erscheint zunächst die - europarechtlichen Zwängen geschuldete⁴⁴ - Einschränkung, dass die Ausnahme nur dann gilt, sofern die Handlung ausschließlich zugunsten eines fremden Unternehmens vorgenommen wird. Influencer-Postings zahlen - gewissermaßen qua Geschäftsmodell - stets *zumindest auch* auf die eigene Geschäftstätigkeit ein. Hinzu kommt, dass nach dem soeben unter III. 1. dargestellten Willen der Entwurfsverfasser solche Postings schon nicht dem Begriff der geschäftlichen Handlung unterfallen sollen, sodass die zusätzliche Ausnahme schon aus systematischen Gründen nicht zu überzeugen vermag.

Aus Sicht der Praxis erscheint ferner der Hinweis in der Entwurfsbegründung auf die Berücksichtigungsfähigkeit später hinzugetretener Gegenleistungen von Vermögenswert als problematisch. Konkret bedeutet dies, dass z.B. Instagram-Postings mit zuvor empfohlenen Produkten, aus denen eine spätere Kooperation mit dem betreffenden Unternehmen entstanden sind, nachträglich angepasst werden müssten, da diese zu diesem Zeitpunkt - rechtmäßigerweise - noch nicht als Werbung bzw. Anzeige gekennzeichnet waren. Gerade bei größeren Kanälen müssten hier vielfach Prozesse und Strukturen aufgesetzt werden, um dem nachkommen zu können.

3. Fazit

Die geplante Ergänzung der Legaldefinition der geschäftlichen Handlung in § 2 Nr. 2 UWG-E um das Kriterium des objektiven und zugleich unmittelbaren Zusammenhangs der Geschäftstätigkeit mit der Absatzförderung überzeugt und ist auch zur Schaffung von Rechtssicherheit für die Influencer-Branche in sämtlichen von der Rechtsprechung bislang entschiedenen Fällen (Bild-Postings mit Tap Tags ohne Entgelt oder ähnlicher Gegenleistung) ausreichend. Einer zusätzlichen Ausnahme vom Anwendungsbereich des § 5a Abs. 4 UWG-E, die zudem in den genannten Fällen ohnehin schon nicht zum Tragen kommen dürfte, bedarf es demgegenüber nicht.

⁴⁴ Vgl. Entwurfsbegründung (Fn. 41), S. 29.