

von Sarah Freytag

Influencer und Werbung: Eine Übersicht zu den wichtigsten Urteilen

Neue Technologien und Erscheinungen sorgen in den ersten Jahren oft für einen regen rechtlichen und politischen Diskurs. Reichen bestehende Gesetze und Rechtsprechungsgrundsätze aus um den neu entstandenen Gefahren, Risiken und Chancen angemessen zu begegnen? Oder besteht seitens der Judikative oder gar der Legislative Handlungsbedarf?

Dieses Phänomen ist in den letzten Jahren auch mit dem Erstarben der sozialen Medien und der damit einhergehenden Veränderung der Werbewelt zu beobachten gewesen. Die neuen Stars der Werbewelt sind nun die sogenannten "Influencer" (von manchen als Schimpfwort von anderen als Adelstitel empfunden).

Influencer sorgen nun dafür, dass die Grenzen zwischen bezahltem Werben, Selbstvermarktung, privatem Auftreten, Kunst und Journalismus zunehmend verschwimmen. Da von politischer Seite bislang keine konkreten Regelungsvorschläge erteilt wurden, oblag es bisher allein der Rechtsprechung einen Rechtsrahmen für das Tun und Lassen der Influencer vorzugeben.

Ergänzend zu den **"FAQ für rechtskonformes Influencer-Marketing"**, will die IT-Recht Kanzlei in diesem Beitrag einen Überblick über die wichtigsten deutschen Urteile der letzten drei Jahre zum Thema "Influencer Marketing" geben.

I. Rechtliche Probleme im Zusammenhang mit Influencern und Werbung

Die Kernvorschriften im Bereich der Influencer Werbung finden sich in § 5a Abs. 6 UWG (Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb), § 5 TMG (Telemediengesetz) und § 58 RStV (Rundfunkstaatsvertrag). Werbung als solche muss erkennbar sein, sonst handelt es sich um unzulässige "Schleichwerbung".

§ 58 Abs. 1 RStV

"Werbung muss als solche klar erkennbar und vom übrigen Inhalt der Angebote eindeutig getrennt sein. In der Werbung dürfen keine unterschweligen Techniken eingesetzt werden."

§ 5a Abs. 6 UWG

"Unlauter handelt auch, 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."

Die überwiegende Zahl der Entscheidungen beschäftigen sich dabei mit der Auslegung des § 5a Abs. 6 UWG und dabei insbesondere mit der Frage, welches Verhalten der Influencer als "geschäftsmäßige Handlung" anzusehen ist. Andere Entscheidungen betreffen wiederum die Frage, wie der Kennzeichnungspflicht konkret genüge getan werden könne. Hierzu im Einzelnen:

II. Rechtsprechungsübersicht

1. Themenkreis I: Wie und wo muss die Kennzeichnung als Werbung in einem Beitrag erfolgen?

Unklarheit herrscht noch immer "Wie" und "Wo" die Kennzeichnung eines Posts als Werbung erfolgen muss. Insbesondere ob die Kennzeichnung mittels eines Hashtags genügt, sorgt nach wie vor für Diskussionsstoff. Die drei wichtigsten Urteile, bezüglich dieser Thematik stammen vom OLG Celle, dem Kammergericht Berlin sowie dem OLG Osnabrück.

OLG Celle; Urteil v. 08.06.2017; Az. 13 U 53/17

Das OLG Celle hatte zu entscheiden, ob der Hashtag "#ad", der sich unter einer Reihe anderer Hashtags unter dem streitgegenständlichen Beitrag befand, als Kennzeichnung ausreiche.

Das Gericht stellte fest, dass es jeweils von den Umständen des Einzelfalles abhänge, wie der kommerzielle Zweck einer geschäftlichen Handlung kenntlich zu machen sei. Der Hinweis müsse so deutlich erfolgen, dass aus der Sicht eines durchschnittlichen Mitglieds des angesprochenen Verbraucherkreises kein Zweifel am Vorliegen des kommerziellen Zwecks bestünde. Dieser müsse auf den ersten Blick hervortreten.

Im konkreten Fall sah das Gericht die Kennzeichnung per Hashtag jedenfalls dann nicht als ausreichend an, wenn sich die Kennzeichnung am Ende einer "Hashtagwolke" befindet.

[KG Berlin; Beschluss vom 11.10.2017; Az. 5 W 221/17](#)

Zu dem gleichen Ergebnis kam das Kammergericht Berlin. Die Angaben "ad" oder "sponsoredby(name)" im Rahmen einer "Hashtagwolke" genühten nicht. Das Kammergericht verwies dabei auch auf ein Urteil des BGH vom 06.02.2014 (Az. I ZR 2/11). Dieser hatte zuvor in Bezug auf Printwerbung geurteilt, dass die Kenntlichmachung von Anzeigen grundsätzlich verletzt werde, wenn statt dem präzisen Begriff "Anzeige" ein unschärferer Begriff wie "Sponsored by" gewählt werde. Auch das LG Hamburg hat in seinem Urteil vom 21.12.2018 (Az. 315 O 257/17) bezüglich eines Internet Magazins entschieden, dass die Kennzeichnung "sponsored content" nicht genügen würde.

[OLG Osnabrück; Urteil vom 12.06.2018; Az. 14 O 135/18](#)

Das OLG Osnabrück hat hingegen in einem Leitsatz zu seiner Entscheidung die Kennzeichnung von Werbung mittels eines Hashtags als Positivbeispiel angeführt. "(Die Kennzeichnung) muss bereits auf der ersten Seite einen Hinweis darauf enthalten, dass es hier um Werbung handelt, beispielsweise, wie üblich, durch Kennzeichnung mit einem "#hashtag"."

Fazit

Sicher ist, die Hashtags "ad" und "sponsoredby", insbesondere wenn sie in einer Gruppe von Hashtags versteckt sind, reichen nicht zur Kennzeichnung eines werbenden Beitrages aus. Welche konkrete Vorgehensweise zur Kennzeichnung von der IT-Recht Kanzlei empfohlen wird lesen Sie in unseren FAQ nach.

[2. Themenkreis II: Vorliegen einer geschäftsmäßigen Handlung i.S.v. § 2 Abs. 1 UWG](#)

Die überwiegende Anzahl der Urteile rund um das Thema Influencer, drehen sich um die Frage welche Posts von Social-Media-Nutzern konkret als geschäftsmäßige Handlung einzustufen sind.

Die Definition einer geschäftsmäßigen Handlung beurteilt sich nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG. Eine geschäftliche Handlung ist demnach "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 objektiv zusammenhängt."

Dabei nehmen die Gerichte eine konkrete Betrachtung der Gewichtung von privaten, journalistischen und

kommerziellen Interessen der Beiträge vor. Beiträge die überwiegend, journalistischen, künstlerischen oder privaten Interessen dienen, unterliegen nicht der Kennzeichnungspflicht. Dabei kommt es immer auf eine Gesamtbetrachtung des konkreten Einzelfalles an.

[LG Itzehoe; Urteil vom 23.11.2018; Az. 3 O 151/18](#)

Das Landgericht Itzehoe stellte fest, dass es zur Annahme einer geschäftsmäßigen Handlung nicht erforderlich sei, dass der Influencer eine erkennbare Gegenleistung für den Post erhalten habe. Auch wenn es dem betroffenen Influencer durch seinen Beitrag subjektiv nur darum ging, größere Bekanntheit zu erlangen, käme es rein auf eine objektive Wirkung nach Außen an. Insbesondere allein eine direkte Verlinkung lasse den Schluss zu, dass der Influencer die Besucher seines Accounts dazu veranlassen wollte das Profil des Unternehmens XY zu besuchen und so dessen Absatz zu fördern.

[OLG Braunschweig; Hinweisbeschluss vom 08.01.2019; Az. 2 U 89/19](#)

So sah das auch das Oberlandesgericht Braunschweig. Verlinkungen und Tags zu den Unternehmen die die dargestellten Produkte vertreiben ließen objektiv darauf schließen, dass der Influencer mit seinem Beitrag die Absatzförderung der Produkte bezweckt.

Dies löse die Vermutung aus, dass der Beitrag kommerzieller Natur sei. Diese Vermutung müsse der Influencer im Einzelfall widerlegen. Die Glaubhaftmachung, dass er für den entsprechenden Post keine Gegenleistung erhalten habe reiche hierfür allein nicht aus.

[KG Berlin; Beschluss vom 08.01.2019, Az. 5 U 83/18](#)

Das Kammergericht Berlin stellt in einem Urteil von 2109 im Gegensatz dazu fest, dass die generelle Vermutung, dass jeder Post eines unternehmerisch tätigen Influencers der ein Produkt oder Marken präsentiert, kommerzieller Natur ist, nicht gerechtfertigt sei.

Im konkret von ihm zu entscheidenden Fall, stelle die Veröffentlichung von Blogbeiträgen eines Influencers jedoch eine geschäftliche Handlung dar. Der journalistische Gehalt der streitigen Blogbeiträge sei beschränkt und lasse einen nichtkommerziellen Tätigkeitshintergrund fernliegend erscheinen. Insbesondere bei einem buchstäblich in der Luft hängendem "Tag" der selbst keinen Informationsgehalt hat und nur dazu dient die Neugier des Betrachters zu wecken, sei ein redaktioneller Gehalt nicht anzunehmen.

Auch sah das Gericht in der Vermischung von redaktionellem und kommerziellen Inhalt erst recht die Gefahr, dass ein Betrachter den kommerziellen Hintergrund eines Beitrages nicht erkennen könnte.

[LG Frankfurt am Main; Beschluss vom 02.04.2019; Az. 2-06 O 105/19](#)

Das OLG Frankfurt am Main ist etwas zurückhaltender, wenn es um die Vermutung kommerziellen Handelns einzelner Beiträge geht. Es ist der Auffassung, dass das bloße setzen von Verlinkungen oder Tags, auf dritte Unternehmen allein nicht ausreicht um eine geschäftliche Handlung anzunehmen. Es müssten weitere objektive Umstände hinzutreten, die mit rein privatem Handeln nicht mehr erklärbar wären. Auch die zusätzliche Tatsache, dass ein Nutzer 5.000 Follower habe, belege in keiner Weise, dass er mit den Unternehmen zusammenarbeite und nicht nur private Empfehlungen ausspreche.

[LG Karlsruhe; Urteil vom 21.03.2019; Az. 13 O 38/19](#)

Anders, sah das Landgericht Karlsruhe. Der Umstand, dass der Influencer nicht für alle Posts bezahlt würde und lediglich seine Follower über die Herkunft des dargestellten Produkts informieren will, stehe der Einordnung als geschäftsmäßig nicht entgegen. Auch durch vermeintlich private Posts förderten Influencer stehe ihre geschäftlichen Aktivitäten, denn Unternehmen seien für ihre Werbung an möglichst glaubwürdigen Profilen interessiert.

[OLG Frankfurt; Beschluss vom 28.06.2019; Az. 6 W 35/19](#)

Das OLG Frankfurt sah eine geschäftsmäßige Handlung als gegeben an, weil sich der Influencer hauptberuflich mit dem Geschäftsbereich, zu dem das empfohlene Produkt gehörte, beschäftigt und geschäftliche Beziehungen zu den Unternehmen enthält, deren Produkt er empfiehlt. Auch eine Verlinkung der Produkte deutete auf einen geschäftlichen Hintergrund und nicht rein private Meinungsäußerung hin.

Fazit

Die überwiegende Zahl der Entscheidungen legt verhältnismäßig strenge Maßstäbe an, wenn es um die Frage der Geschäftsmäßigkeit eines Beitrags geht. Insbesondere aktive Verlinkungen werden von den Gerichten immer wieder als gewichtiges Indiz für absatzförderndes Verhalten angesehen. Auch kommt es wohl nicht darauf an, ob der Influencer eine unmittelbare Gegenleistung für seinen Beitrag erhält. Von Fall zu Fall ist jedoch immer eine Einzelfallbetrachtung nötig.

3. Themenkreis III: Entbehrlichkeit der Kennzeichnung

Uneinheitlich ist die Rechtsprechung inzwischen seit dem Urteil des Landgerichts München I, wann die Kennzeichnung als Werbung gänzlich entbehrlich sei. Allgemeiner Konsens herrscht darüber, dass eine Kennzeichnungspflicht entfiere, wenn sich die kommerzielle Qualität eines Beitrags für den durchschnittlichen Betrachter bereits aus den Umständen ergäbe.

Bis zum Urteil des OLG München I hatte jedes Gericht, dass das Vorliegen einer geschäftsmäßigen Handlung bejaht hatte, auch angenommen, dass die Kennzeichnung nicht entbehrlich sei. In den Augen der Richter, war der kommerzielle Charakter der Posts für den allgemeinen Durchschnittsbetrachter nicht ohne weiteres erkennbar. Eine Entscheidung des Landgericht München I, die viel in den Medien Beachtung gefunden hat, fällt hier allerdings aus dem Rahmen.

LG München I Urteil vom 29.04.2019 Az. 4 HK O 14312/18

Das Landgericht München I sah das in dem von ihm zu beurteilenden Fall "Cathy Hummels" anders. Es befand, dass die Anzahl der Follower und der Umstand, dass es sich um ein öffentliches, mit einem blauen Haken versehenes Profil auf Instagram handelt, dazu führen kann, dass der kommerzielle Zweck des Posts ohne weiteres erkennbar ist. Der informierte Verbraucher habe sich inzwischen daran gewöhnt, dass Influencer mit ihrer Tätigkeit Geld verdienen und gewisse Posts nicht aus privatem Interesse verfassten. Auch die Followerzahl (485.000) und die Öffentlichkeit des Accounts der beklagten Influencerin sprächen dafür, dass jedem noch so uninformatierten Betrachter klar sein müsse, dass Cathy Hummels nicht nur Beiträge für Freunde veröffentlicht, sondern auch kommerzielle Zwecke dahinter stünden.

Fazit

Dem findigen Leser mag schon beim bloßen Blick in das Inhaltsverzeichnis dieses Beitrags eines aufgefallen sein - höchststrichterliche Rechtsprechung zu dem Thema "Influencer Werbung" sucht man bisher vergebens. Keines der Verfahren haben zum heutigen Tag eine Entscheidung durch den BGH erreicht, sondern sind maximal in erster oder zweiter Instanz entschieden worden. Das letzte Wort ist daher in vielen Bereichen wohl noch nicht gesprochen. Auch die Legislative erwägt in diesem Bereich tätig zu werden (**siehe auch hier**). Bis dahin müssen Influencer versuchen, mit Hilfe der bestehenden Entscheidungen und Gesetze einen Weg zu finden, Werbung möglichst klar von privaten Beiträgen zu unterscheiden.

Autor:

Sarah Freytag