

Let me influence you!

Ein Update zur Kennzeichnungspflicht von Werbung im Influencer Marketing

Dr. Christina-Maria Leeb, Wissenschaftliche Mitarbeiterin, Heussen
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, München

6. Juli 2019

LR 2019, Seiten 63 bis 69 (insgesamt 7 Seiten)

Die Grenzen zwischen Entertainment und Influence verlaufen naturgemäß fließend. Wo bleibt da noch Raum für Transparenz? 1

I. Einleitung

Das derzeit in der breiten Palette an Themen im Social Media Recht am meisten diskutierte und brisanteste Thema ist eindeutig das der Kennzeichnung werblicher Inhalte, die sich vorwiegend auf die Plattform Instagram konzentriert.¹ Dass sich nicht nur „klassische“ Instagram-Influencerinnen und -Influencer² mit mehr oder weniger vielen Followern aus den Bereichen Fitness, Ernährung, Mode, Reisen und Lifestyle mit dem Thema beschäftigen (müssen), zeigt die aktuelle Diskussion um Julia Klöckner. Die Bundeslandwirtschaftsministerin hatte ein kurzes Video auf Twitter veröffentlicht, in dem sie sich mit dem Vorstandsvorsitzenden von Nestlé Deutschland unterhalten und keine Werbekennzeichnung vorgenommen hatte, was von Rezo und weiteren Influencern im Netz beanstandet wurde.³ 2

Angestoßen durch den Verband Sozialer Wettbewerb (VSW) findet sich inzwischen eine Vielzahl an instanzgerichtlichen – kontroversen – Entscheidungen, vorwiegend entlang des Wettbewerbsrechts (insbesondere § 5a Abs. 6 UWG). Enorme Rechtsunsicherheit in der Branche ist die Folge. Der vorliegende Beitrag widmet sich zunächst den aktuellen Entwicklungen in der Rechtsprechung (dazu II.), bevor die derzeitige 3

¹ Vgl. zuletzt etwa *Zurth/Pless*, ZUM 2019, 414 ff., 457 ff.

² Im Nachfolgenden wird aus Gründen besserer Lesbarkeit ausschließlich das generische Maskulinum verwendet. Dieses soll stets sämtliche Geschlechter umfassen.

³ Vgl. etwa https://t3n.de/news/julia-kloeckner-nestle-schleichwerbung-video-1169317/?utm_source=newsletter&utm_medium=article&utm_campaign=20190610 (abgerufen am 02.07.2019).

Kennzeichnungspraxis (dazu III.) sowie gegenwärtige Tendenzen in der Gesetzgebung aufgegriffen werden (dazu IV.).

II. Aktuelle Entwicklungen in der Rechtsprechung

2019 wurden bislang – soweit ersichtlich – Entscheidungen aus Berlin, Braunschweig, Karlsruhe, München und Frankfurt a.M. bekannt. Sämtlichen Judikaten ist gemein, dass sie den Dienst Instagram betreffen und dort jeweils auch konkret die Interaktionsmöglichkeit in Form von geteilten Fotos, die Tags, Verlinkungen bzw. Hashtags enthielten.⁴ In vier von fünf Fällen hatten die jeweiligen Influencer hierfür auch nachweislich keinerlei Gegenleistung erhalten. In Kürze sind auch noch weitere Entscheidungen zu erwarten, so etwa von dem LG Koblenz im Fall der Influencerin Vanessa Blumenthal.⁵

4

1. KG, Urt. v. 08.01.2019 – 5 U 83/18 (rechtskräftig)

Zu Jahresbeginn erfuhr eine Entscheidung des KG⁶ im Fall der Influencerin „Vreni Frost“ große Aufmerksamkeit – dies nicht zuletzt aufgrund ihrer Divergenz zur Vorinstanz⁷, die eine besonders enge Auffassung vertrat und damit gewissermaßen eine „Kennzeichnungshysterie“ unter Influencern auslöste.⁸ Das Berufungsgericht verneint eine Verpflichtung zur werblichen Kennzeichnung von Beiträgen mit Tags und Verlinkungen ohne jegliche Gegenleistung. Es definiert hierfür als Voraussetzung, dass mit dem jeweiligen Beitrag **ausschließlich redaktionelle Inhalte** verbreitet werden. Entscheidend hierfür sei, dass der Beitrag allein, zumindest aber vorrangig, der Information und Meinungsbildung seiner Adressaten diene.⁹ Dabei stellt das Gericht für jeden einzelnen Post darauf ab, ob für den Betrachter zwischen dem jeweiligen **Tag** bzw. dem verlinkten Instagram-Account und dem **Inhalt** des Postings in Gestalt eines Text- und Bildbeitrags ein **erkennbarer Bezug** besteht.¹⁰ Ist dies der Fall, seien im Ergebnis auch das Taggen bzw. Verlinken von Händlern und/oder Herstellern sowie die Verwendung entsprechender Hashtags zur Befriedigung eines Informationsbedürnisses der Follower der betreffenden (Mode- und Lifestyle-)Influencerin als ausschließlich redaktioneller Service anzusehen.¹¹ Werden werbliche und redaktionelle Inhalte in einem Beitrag

5

⁴ Zu den übrigen Interaktionsmöglichkeiten auf dem Dienst *Leeb/Maisch*, ZUM 2019, 29, 32.

⁵ Vgl. www.swr.de/swraktuell/rheinland-pfalz/koblenz/Koblenz-Prozess-gegen-Influencerin-geht-weiter,koblenz-prozess-influencerin-100.html (abgerufen am 05.07.2019).

⁶ KG, Urt. v. 08.01.2019 – 5 U 83/18, MMR 2019, 175. Zust. *Gerecke*, GRUR-Prax 2019, 69; *Spoenle*, jurisPR-ITR 9/2019 Anm. 2 unter C; krit. v. *Strobl-Albeg*, NJ 2019, 165.

⁷ LG Berlin, Urt. v. 24.05.2018 – 52 O 101/18, MMR 2018, 543.

⁸ *Klein*, *Deutscher AnwaltSpiegel* 08/2019, S. 5.

⁹ KG, Urt. v. 08.01.2019 – 5 U 83/18, MMR 2019, 175, 176 (Rn. 24 m.w.N.).

¹⁰ KG, Urt. v. 08.01.2019 – 5 U 83/18, MMR 2019, 175, 176 (Rn. 24).

¹¹ Vgl. KG, Urt. v. 08.01.2019 – 5 U 83/18, MMR 2019, 175, 178 (Rn. 59-65).

vermischt, sei aus Verbraucherschutzgründen ebenfalls eine Kennzeichnung erforderlich.¹²

In dogmatischer Hinsicht verneint das KG bei rein redaktionellen Inhalten mangels objektiven Zusammenhangs mit der Förderung des Absatzes eines fremden Unternehmens das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG.¹³

2. OLG Braunschweig, Beschl. v. 08.01.2019 – 2 U 89/18

Das OLG Braunschweig bejaht in seinem Hinweisbeschluss vom selben Tag eine geschäftliche Handlung mit kommerziellem Zweck auch bei Verlinkungen ohne jegliche Gegenleistung, sofern eine **Gesamtbetrachtung der objektiven (Begleit-)Umstände** für eine werbliche Zielsetzung des jeweiligen Influencers spreche.¹⁴

Solche Umstände könnten sich u.a. bereits aus der Verwendung der Plattform Instagram, der Selbstbezeichnung als „Influencer“ sowie auch bereits aus dem Anstreben von Kooperationen mit Unternehmen ergeben. Dasselbe gilt – so das OLG – bei dem Fehlen eines publizistischen bzw. redaktionellen Anlasses sowie bei mangelnder Befriedigung eines sachlichen Informationsbedürfnisses.¹⁵ In diesem Punkt zeigt sich eine Parallele zur zuvor dargestellten Entscheidung des KG, wenngleich auch das OLG bei Verlinkungen in Form von „Tap Tags“ stets einen bloß redaktionellen Service zu verneinen scheint: „Die Beklagte hat weder in einem Artikel über Anfragen ihrer Follower zu einem bestimmten Kleidungsstück berichtet und in diesem Zusammenhang den Herstellernamen genannt noch sich unter Bezugnahme auf entsprechende Anfragen darauf beschränkt, redaktionell die Hersteller mitzuteilen. Stattdessen lässt sie bei einem „Klick“ auf die von ihr geposteten Abbildungen den Herstellernamen erscheinen, worin eine werbewirksame Warenproduktion ähnlich einem Onlinekatalog liegt. Anschließend wird durch einen weiteren „Klick“ der Kontakt zu dem jeweiligen Hersteller hergestellt, und zwar mit der anschließenden Möglichkeit des Produkterwerbs. Auf diese Weise wird die Beklagte zum Bindeglied zwischen Hersteller und Follower.“¹⁶

¹² KG, Urt. v. 08.01.2019 – 5 U 83/18, MMR 2019, 175, 177 (Rn. 32.).

¹³ KG, Urt. v. 08.01.2019 – 5 U 83/18, MMR 2019, 175, 176 (Rn. 23 m.w.N.).

¹⁴ OLG Braunschweig, Beschl. v. 08.01.2019 – 2 U 89/18, BeckRS 2019, 2925 (Rn. 10 ff.).

¹⁵ OLG Braunschweig, Beschl. v. 08.01.2019 – 2 U 89/18, BeckRS 2019, 2925 (Rn. 11 m.w.N.).

¹⁶ OLG Braunschweig, Beschl. v. 08.01.2019 – 2 U 89/18, BeckRS 2019, 2925 (Rn. 15). *Maatsch*, jurisPR-WettbR 4/2019 Anm. 5 ergänzt diesen Aspekt noch um das bewusste Unerwähntlassen von Konkurrenzprodukten, welches ebenfalls für eine werbliche Ansprache indiziell herangezogen werden könne.

3. LG Karlsruhe, Urt. v. 21.03.2019 – 13 O 38/18 KfH (nicht rechtskräftig)

In diesem Punkt eindeutiger entschied im März 2019 das LG Karlsruhe im Fall der Fitness- und Ernährungs-Influencerin Pamela Reif.¹⁷ Nach dem Gericht ist eine werbliche Kennzeichnung von Influencer-Beiträgen mit Verlinkungen in Form des „(Tap-)Tagging“ von Hersteller-Accounts ohne Gegenleistung im Ergebnis **stets notwendig**. Zwar wird vom LG auch (kurz) die Möglichkeit redaktioneller Beiträge unter Verweis auf den notwendigen Zusammenhang zwischen Bild und Tag geprüft, jedoch letztlich verneint: „Das Setzen des Tags bewirkt, dass die Neugier des Besuchers und die Erwartung geweckt werden, durch einen Klick Weiteres erfahren zu können. Mit anderen Worten dient der Tag der Förderung eines anderen Unternehmens (...)“.¹⁸ Zur Begründung seiner Entscheidung zieht das Landgericht ferner den Umstand heran, dass Pamela Reif einen Business-Account unterhält – für rein private Postings stünde ihr die (bislang nicht genutzte) Möglichkeit offen, einen zusätzlichen privaten Account zu eröffnen.¹⁹

9

Darüber hinaus setzt sich das LG Karlsruhe mit dem Aspekt der Entbehrlichkeit einer Kennzeichnung aufgrund **Offensichtlichkeit** der werblichen Ansprache auseinander. Es verneint eine Offensichtlichkeit einerseits unter Hinweis auf die jugendliche, teilweise kindliche Zielgruppe, andererseits mit dem „Geschäftsmodell von Influencern“ in Form der bewussten Vermischung von privaten mit kommerziellen Postings.²⁰

10

Ob die Verwendung des „Branded Content“-Tools des Dienstes („Bezahlte Partnerschaft mit“ bzw. „Paid Partnership with“) den Anforderungen an die Umsetzung der Kennzeichnungspflicht genügt, ließ das Gericht in einem obiter dictum ausdrücklich offen.²¹

11

Als Berufungsinstanz hat sich gegenwärtig das OLG Karlsruhe unter dem Az. 6 U 38/19 mit dem Verfahren zu beschäftigen.

12

4. LG München I, Urt. v. 29.04.2019 – 4 HK O 14312/18 (nicht rechtskräftig)

Eine weitere Entscheidung in diesem Kontext betrifft den Fall Cathy Hummels vor dem LG München I.²² Letztgenanntes verneinte unter Verweis auf die notwendige Einzelfallbeurteilung eine Pflicht zur werblichen Kennzeichnung zahlreicher Postings mit „Tap Tags“ unter dem Gesichtspunkt einer **Erkennbarkeit** des kommerziellen Zwecks **aus den Umständen**, konkret dem Vorhandensein eines öffentlichen und zugleich

13

¹⁷ LG Karlsruhe, Urt. v. 21.03.2019 – 13 O 38/18 KfH, MMR 2019, 329. Zust. *Halder*, AnwZert ITR 11/2019 Anm. 3.

¹⁸ LG Karlsruhe, Urt. v. 21.03.2019 – 13 O 38/18 KfH, MMR 2019, 329, 330 (Rn. 32).

¹⁹ LG Karlsruhe, Urt. v. 21.03.2019 – 13 O 38/18 KfH, MMR 2019, 329, 330 f. (Rn. 33, 40).

²⁰ LG Karlsruhe, Urt. v. 21.03.2019 – 13 O 38/18 KfH, MMR 2019, 329, 331 f. (Rn. 45-50).

²¹ LG Karlsruhe, Urt. v. 21.03.2019 – 13 O 38/18 KfH, MMR 2019, 329, 332 (Rn. 59).

²² LG München I, Urt. v. 29.04.2019 – 4 HK O 14312/18, BeckRS 2019, 7496. Abl. *Halder*, AnwZert ITR 11/2019 Anm. 3 sowie *Wagner*, jurisPR-ITR 12/2019 Anm. 5; i.E. zust. hingegen *Maier*, jurisPR-WettbR 6/2019 Anm. 6.

verifizierten Accounts (erkennbar am „blauen Haken“) sowie der hohen Anzahl an Followern (zum damaligen Zeitpunkt ca. 485.000).²³ Beides zusammen führe schließlich – lediglich als obiter dictum geäußert – schon zur Kennzeichnung des gesamten Accounts als „kommerziell“. ²⁴ Daneben wird ausdrücklich in Abgrenzung zur Entscheidung des LG Karlsruhe (vgl. dazu bereits unter II. 3.) die besondere Schutzwürdigkeit von Kindern und Jugendlichen im gegenständlichen Zusammenhang verneint, nachdem diese im Gegensatz zu älteren Verbrauchern sogar noch viel besser über das neue und lukrative Geschäftsmodell von Influencern auf Instagram informiert seien.²⁵

Das Berufungsverfahren ist derzeit vor dem OLG München unter dem Az. 29 U 2333/19 anhängig. 14

5. OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 28.06.2019 – 6 W 35/19 (rechtskräftig)

Die – soweit ersichtlich – bislang zuletzt bekannt gewordene Entscheidung erging Ende Juni 2019 seitens des OLG Frankfurt a.M.²⁶ Sie betrifft den Influencer Jurijs Jutjajevs („juri_js“), was aus der durch den Prozessvertreter online zugänglich gemachten Entscheidung der Vorinstanz²⁷ hervorgeht. Anders als noch das LG Frankfurt a.M. verneint das Berufungsgericht ein rein privates Handeln des Influencers, der auf seinem eigenen Instagram-Account u.a. Wasserpflanzen eines Unternehmens präsentiert, für welches er nach seinen Angaben den Bereich „Social Media“ verantwortet.²⁸ Hierbei und mit Blick auf ähnliche Produkte anderer Unternehmen liege es nach Auffassung des OLG nahe, dass deren Präsentation auf dem sozialen Netzwerk gegen „Entgelt oder sonstige Vorteile, wie z.B. Rabatte oder Zugaben“ vorgenommen werde.²⁹ 15

Die **Verlinkung** der präsentierten Produkte mit dem Instagram-Account des jeweiligen Herstellers wertet das Gericht als ein **starkes Indiz** dafür, dass es dem Antragsgegner nicht nur um eine private Meinungsäußerung gehe, sondern er vielmehr mit der Präsentation einen kommerziellen Zweck verfolge.³⁰ 16

²³ LG München I, Urt. v. 29.04.2019 – 4 HK O 14312/18, BeckRS 2019, 7496 (Rn. 43-47).

²⁴ LG München I, Urt. v. 29.04.2019 – 4 HK O 14312/18, BeckRS 2019, 7496 (Rn. 56).

²⁵ LG München I, Urt. v. 29.04.2019 – 4 HK O 14312/18, BeckRS 2019, 7496 (Rn. 49 f.).

²⁶ OLG Frankfurt a.M., Pressemitteilung v. 04.07.2019, abrufbar unter: <https://ordentliche-gerichtsbarkeit.hessen.de/pressemitteilungen/Influencer-Werbung> (abgerufen am 05.07.2019). Bei der dortigen Überschrift „Keine [sic] getarnte Werbung eines sog. Influencers auf Instagram“ handelt es sich vermutlich um ein Redaktionsversehen.

²⁷ Blogbeitrag v. 29.04.2019, abrufbar unter: www.deubelli.com/news-details/podcast-kreativgerecht-das-landgericht-frankfurt-weist-einstweilige-verfuegung-des-vsw-ab.html mit Verweis auf LG Frankfurt a.M., Beschl. v. 02.04.2019 – 6 O 105/19, abrufbar unter: www.deubelli.com/files/files/img/News/LG%20Frankfurt%20VSW.pdf (jeweils abgerufen am 05.07.2019).

²⁸ OLG Frankfurt a.M., Pressemitteilung v. 04.07.2019, abrufbar unter: <https://ordentliche-gerichtsbarkeit.hessen.de/pressemitteilungen/Influencer-Werbung> (abgerufen am 05.07.2019).

²⁹ OLG Frankfurt a.M., Pressemitteilung v. 04.07.2019, abrufbar unter: <https://ordentliche-gerichtsbarkeit.hessen.de/pressemitteilungen/Influencer-Werbung> (abgerufen am 05.07.2019).

³⁰ OLG Frankfurt a.M., Pressemitteilung v. 04.07.2019, abrufbar unter: <https://ordentliche-gerichtsbarkeit.hessen.de/pressemitteilungen/Influencer-Werbung> (abgerufen am 05.07.2019).

6. Zwischenfazit

Während sich für Influencer in Umsetzung der Entscheidungen des LG München I noch rechtlich gangbare Wege auftun, im Einzelfall eine Werbekennzeichnung bei Tags und Verlinkungen zu unterlassen, vertreten das LG Karlsruhe sowie wohl auch das OLG Braunschweig jedenfalls unter den dortigen Umständen im Ergebnis stets eine Kennzeichnungspflicht bei Verlinkungen in Form von „Tap Tags“. Das OLG Frankfurt a.M. wertet dies immerhin als „starkes Indiz“ für eine werbliche Ansprache. 17

Das KG wählt – überzeugend – gewissermaßen einen Mittelweg und differenziert explizit mit Blick auf eine rein redaktionelle Gestaltung der streitgegenständlichen Postings. 18

In Zusammenschau mit den Entscheidungen aus den Vorjahren³¹ ergibt sich damit weiterhin insgesamt ein sehr uneinheitliches Bild, zumal sich auch der BGH bislang noch nicht zur Thematik geäußert hat. 19

III. Aktuelle Entwicklungen in der Kennzeichnungspraxis

Die bereits im Laufe des vergangenen Jahres festzustellende „Über-Kennzeichnung“ hat sich auch 2019 fortgesetzt bzw. setzt sich noch immer fort. In der Sache ist sie mit Blick auf die divergierenden Entscheidungen der Instanzgerichte überaus nachvollziehbar. 20

Unter den Influencern herrscht teils große Ablehnung und Unverständnis gegenüber den restriktiveren Entscheidungen, die als „gemeinsame Sache“ mitunter den Zusammenhalt der „Szene“ zu stärken scheint. Einige der betroffenen Influencer haben in der Vergangenheit ihre Reichweite – mit Erfolg – dazu genutzt, um gezielt (mediale) Aufmerksamkeit auf das Thema zu lenken. 21

Andererseits lassen sich gerade mit Blick auf werbliche Story-Inhalte teils enorme Defizite in der Umsetzung der Kennzeichnungspraxis feststellen. Dies hat den Hintergrund, dass bislang – soweit ersichtlich – mit Blick auf die um einiges schwierigere Beweissicherung bei den regelmäßig nur 24 Stunden abrufbaren Stories noch keine gerichtliche Entscheidung ergangen ist. Häufig werden in den Stories eindeutig werbliche Inhalte in kaum lesbarer Schriftgröße und/oder -farbe die Worte „Werbung“ bzw. „Anzeige“ eingeblendet. 22

IV. Aktuelle Entwicklungen in der Rechtspolitik und Ausblick

Angestoßen durch die bereits erwähnte öffentliche Diskussion hat das zuständige Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz am 11.06.2019 einen 23

³¹ Dazu *Leeb/Maisch*, ZUM 2019, 29, 32 ff.

„Stakeholder-Dialog“ mit Influencern, Wirtschaftsverbänden, Verbraucherzentralen, Landesmedienanstalten sowie der Länderarbeitsgemeinschaft Verbraucherschutz zu den rechtlichen Problemen des Influencer Marketings durchgeführt.³²

Im Nachgang wurde bekannt, dass das zuständige Ministerium ein „**Influencer-Gesetz**“ plane, das noch in dieser Legislaturperiode verabschiedet werden solle.³³ Darin solle zur Schaffung von Rechtssicherheit statuiert werden, dass Beiträge ohne Gegenleistung nicht als Werbung gekennzeichnet werden müssten.³⁴ Anstatt den diskussionwürdigen Punkt letztlich in absehbarer Zeit dem BGH zu überlassen, möchte der Gesetzgeber offenbar schneller sein und die maßgeblichen Normwerke anpassen. Dabei bleibt abzuwarten, ob ihm das gelingen wird.

24

Auch in der Sache kann die Sinnhaftigkeit einer Regulierung per Gesetz durchaus kritisch hinterfragt werden, nachdem insbesondere das Wettbewerbsrecht hier mit Blick auf einen entwicklungsoffenen Verbraucherschutz zu Recht vom gewählten Medium und damit der konkreten Werbeform unabhängig und universell gilt – im Bereich der gedruckten Presse, des Rundfunks, des Films und eben auch des Internets. Daher ist zur Konkretisierung allenfalls eine generell-abstrakte Negativausnahme vom Begriff der „geschäftlichen Handlung“ bzw. konkreter von der (objektiven) Absatzförderung des eigenen oder eines fremden Unternehmens denkbar. Alternativ ließe sich ein gesetzliches Regelbeispiel der „Offensichtlichkeit“ des kommerziellen Zwecks definieren.

25

In der Praxis bildet letztlich für sämtliche Account-Inhaber zumindest bis auf Weiteres stets im Fall von Tags und Verlinkungen auf Händler-, Hersteller- bzw. Marken-Profilen sowie entsprechenden Hashtags die Kennzeichnung als Werbung den rechtlich sichersten Weg. Dasselbe dürfte auch für Content in Form von Kaufempfehlungen, übermäßigen werblichen Anpreisungen und Produktslogans gelten.³⁵

26

³² Vgl. www.bmjv.de/DE/Ministerium/Veranstaltungen/Anmeldung/Mehr-Info_node.html?cms_eventid=12536788 (abgerufen am 02.07.2019).

³³ *Handel*, FAZ v. 11.06.2019, www.sueddeutsche.de/politik/instagram-influencer-werbung-gesetz-1.4483494 (abgerufen am 02.07.2019).

³⁴ *Handel*, FAZ v. 11.06.2019, www.sueddeutsche.de/politik/instagram-influencer-werbung-gesetz-1.4483494 (abgerufen am 02.07.2019).

³⁵ Ebenso *Gerecke*, GRUR-Prax 2019, 69.