

BGH: Wann Influencer ihre Beiträge als Werbung kennzeichnen müssen

Seit Jahren entscheiden die Gerichte sehr unterschiedlich darüber, ob und wann Influencer auf Instagram ihre Beiträge als Werbung kennzeichnen müssen. Es geht um die Frage, ob eine geschäftliche Handlung vorliegt und ob diese kommerzielle Kommunikation entsprechend gekennzeichnet werden muss. Der BGH hat nun in drei Verfahren über diese Frage entschieden (Urt. v. 9.9.2021 – I ZR 90/20, I ZR 125/20, I ZR 126/20).

Kläger in allen Verfahren ist der VSW, der Verband Sozialer Wettbewerb e.V. Die Beklagten sind Influencerinnen, die auf Instagram regelmäßig Bilder veröffentlichen. Auf den Bildern sind sogenannte „Tap Tags“ eingefügt. Klickt man auf solches Bild in einem Instagram-Beitrag, werden die „Tap Tags“, die die Firmen bzw. Marken der Hersteller von Produkten enthalten, die in der Regel auf dem entsprechenden Bild zu sehen sind, sichtbar. Durch einen Klick auf einen „Tap Tag“ wird der Nutzer auf das Instagram-Profil des jeweiligen Unternehmens weitergeleitet. Der Kläger sieht darin unzulässige Schleichwerbung und nimmt die Beklagten jeweils auf Unterlassung und Ersatz einer Abmahnkostenpauschale in Anspruch.

Der BGH stellte nun klar, dass Influencer, die mittels eines sozialen Mediums wie Instagram Waren vertreiben, Dienstleistungen anbieten oder das eigene Image vermarkten, ein Unternehmen betreiben. Die Veröffentlichung von Beiträgen der Influencer in dem sozialen Medium sei geeignet, ihre Bekanntheit und ihren Werbewert zu steigern und damit ihr eigenes Unternehmen zu fördern. Bei solchen geschäftlichen Handlungen **zugunsten des eigenen Unternehmens** ergebe sich der kommerzielle Zweck grundsätzlich unmittelbar aus den Umständen.

Die Veröffentlichung eines Beitrags stelle eine geschäftliche Handlung **zugunsten eines fremden Unternehmens** allerdings nur dann dar, wenn dieser Beitrag nach seinem Gesamteindruck übertrieben werblich ist. Allein das Versehen eines Bildes mit Tap Tags genüge hierfür jedoch nicht. Bei einer Verlinkung auf eine Internetseite des Herstellers des abgebildeten Produkts liege dagegen regelmäßig ein werblicher Überschuss vor. Eine Ausnahme gelte jedoch für den Fall, dass Influencer dafür eine **Gegenleistung** erhalten. In diesem Fall müsse der kommerzielle Zweck kenntlich gemacht werden.

Die Entscheidungen liegen noch nicht im Volltext vor, das Gericht hat jedoch bereits eine Pressemitteilung veröffentlicht.

Das erste Verfahren: Luisa-Maxime Huss (I ZR 90/20)

Die Beklagte veröffentlicht auf Instagram insbesondere Bilder von Sportübungen sowie Fitness- und Ernährungstipps. Einer der vom Kläger beanstandeten Instagram-Beiträge der Beklagten betraf eine „Raspberry Jam“-Marmelade. Beim Anklicken des abgebildeten Produkts erschien ein „Tap Tag“ mit dem Namen des Herstellers. Für diesen Beitrag hatte die Beklagte von dem Hersteller **eine Gegenleistung erhalten**. Das LG Göttingen (Urt. v. 13.11.2019 – 3 O 22/19) hatte die Beklagte entsprechend dem Antrag des Klägers verurteilt und das OLG Braunschweig (Urt. v. 13.5.2020 – 2 U 78/19) ihre gegen dieses Urteil gerichtete Berufung zurückgewiesen.

Der BGH hat nun auch die Revision der Beklagten gegen dieses Urteil zurückgewiesen. Die entsprechenden Instagram-Beiträge seien geschäftliche Handlungen i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG sowohl zugunsten ihres eigenen Unternehmens als auch des fremden Unternehmens, von dem sie eine Gegenleistung für den Beitrag erhalten hat. Dieser Beitrag sei nicht hinreichend deutlich als Werbung gekennzeichnet und rechtfertige das beantragte Verbot.

Eine geschäftliche Handlung zugunsten eines fremden Unternehmens stellt die Veröffentlichung eines Beitrags - abgesehen von dem hier vorliegenden Fall, dass die Influencerin dafür eine Gegenleistung erhält - allerdings nur dar, wenn dieser Beitrag nach seinem Gesamteindruck übertrieben werblich ist, etwa weil er ohne jede kritische Distanz allein die Vorzüge eines Produkts dieses Unternehmens in einer Weise

*lobend hervorhebt, dass die Darstellung den Rahmen einer sachlich veranlassten Information verlässt. **Allein der Umstand, dass Bilder, auf denen das Produkt abgebildet ist, mit "Tap Tags" versehen sind, reicht für die Annahme eines solchen werblichen Überschusses nicht aus. Bei einer Verlinkung auf eine Internetseite des Herstellers des abgebildeten Produkts liegt dagegen regelmäßig ein werblicher Überschuss vor.** Die Prüfung, ob ein Beitrag übertrieben werblich ist, bedarf der umfassenden Würdigung durch das Tatgericht, an der es im Streitfall hinsichtlich der weiteren Beiträge, für deren Veröffentlichung eine Gegenleistung nicht festgestellt ist, fehlt.*

Der betreffende Beitrag, für den die Beklagte eine Gegenleistung des Herstellers erhalten hat, verstoße gegen § 5a Abs. 6 UWG, weil der kommerzielle Zweck dieses Beitrags nicht hinreichend kenntlich gemacht war und sich auch nicht aus den Umständen ergab.

Insoweit kommt es nicht darauf an, ob die Verbraucher erkennen, dass die Beklagte mit der Veröffentlichung von Beiträgen auf ihrem Instagram-Profil zugunsten ihres eigenen Unternehmens handelt. Für die Verbraucher muss gerade der Zweck eines Beitrags, ein fremdes Unternehmen zu fördern, erkennbar sein. Das Nichtkenntlichmachen des kommerziellen Zwecks eines solchen mit "Tap Tags" und Verlinkungen versehenen Beitrags ist regelmäßig geeignet, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung – dem Anklicken des auf das Instagram-Profil des Herstellers führenden Links – zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.

Darüber hinaus verstoße der Beitrag gegen § 3a UWG i.V.m. § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG oder i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 7 RStV, da die darin liegende kommerzielle Kommunikation bzw. Werbung nicht klar als solche zu erkennen ist.

Das zweite Verfahren: Leonie Hanne (I ZR 125/20)

Die Beklagte unterhält bei Instagram einen Account, der von ihr überwiegend kommerziell genutzt wird und von 1,7 Millionen Nutzern abonniert war. Die Beklagte veröffentlicht regelmäßig Bilder von sich selbst mit kurzen Begleittexten zu den Themen Beauty, Mode, Lifestyle und Reisen. Für die beanstandeten Beiträge hatte die Beklagte **keine Gegenleistung erhalten**. Das LG Hamburg (Urt. v. 28.3.2019 – 403 HKO 127/18) hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Auf die Berufung der Beklagten hin hat das OLG Hamburg (Urt. v. 2.7.2020 – 15 U 142/19) die Klage abgewiesen.

Die Revision des Klägers gegen diese Entscheidung hat der BGH nun zurückgewiesen. Er folgte dem OLG Hamburg. Die Beiträge der Beklagten stellten zwar geschäftliche Handlungen dar, verstoßen jedoch nicht gegen § 5a Abs. 6 UWG, soweit sie zugunsten des eigenen Unternehmens der Beklagten erfolgen. Der kommerzielle Zweck ergebe sich unmittelbar aus den Umständen. Eine Unlauterkeit ergebe sich auch nicht aus § 3a UWG i.V.m. § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG oder i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 7 RStV, da keine finanzielle Gegenleistung vorliege.

*Die beanstandeten Beiträge stellen nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts geschäftliche Handlungen der Beklagten dar. Soweit die Beklagte zugunsten anderer Unternehmen gehandelt hat, kann gleichfalls kein Verstoß gegen § 5a Abs. 6 UWG angenommen werden, weil dieses Verhalten der Beklagten den Vorschriften des § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG, § 58 Abs. 1 Satz 1 RStV bzw. § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV genügt. Danach muss bei absatzfördernden Äußerungen in Telemedien zwar kommerzielle Kommunikation bzw. Werbung klar als solche erkennbar sein. **Die beanstandeten Beiträge stellen aber mangels Gegenleistung eines Dritten keine kommerzielle Kommunikation bzw. keine Werbung im Sinne dieser Vorschriften dar.** Bei diesen Bestimmungen handelt es sich um bereichsspezifische Spezialvorschriften, die den Anwendungsbereich der allgemeinen lauterkeitsrechtlichen Bestimmung des § 5a Abs. 6 UWG einschränken.*

Das dritte Verfahren: Cathy Hummels (I ZR 126/20)

Die Beklagte beschäftigt sie sich vor allem mit Themen wie Mode, ihrem Leben als Mutter eines Kleinkinds, Yoga oder Reisen. Diejenigen Instagram-Beiträge, für die die Beklagte nach eigenem Bekunden von den verlinkten Unternehmen bezahlt wird, kennzeichnet sie mit dem Hinweis „bezahlte Partnerschaft mit [...]“. Für die beanstandeten Beiträge hatte die Beklagte **keine Gegenleistung erhalten**, weshalb sie keine entsprechende Kennzeichnung enthielten. Das LG München (Urt. v. 29.4.2019 – 4 HK O 14312/18) hatte die Klage des VSW und das OLG München (Urt. v. 25.6.2020 – 29 U 2333/19) dessen Berufung abgewiesen.

Nun hat der BGH auch die Revision des VSW zurückgewiesen. Auch hier handle es sich zwar um geschäftliche Handlungen, die jedoch nicht gegen § 5a Abs. 6 UWG verstoßen, soweit sie das eigene Unternehmen der Beklagten betreffen. Der kommerzielle Zweck ergebe sich unmittelbar aus den Umständen.

*Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts stellen die beanstandeten Beiträge zwar geschäftliche Handlungen der Beklagten zugunsten des eigenen Unternehmens dar und kann auch ein geschäftliches Handeln zugunsten fremder Unternehmen nicht ausgeschlossen werden. **Soweit die geschäftlichen Handlungen zugunsten des eigenen Unternehmens der Beklagten erfolgten, liegt jedoch kein Verstoß gegen § 5a Abs. 6 UWG vor, weil sich dieser kommerzielle Zweck nach der revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden Würdigung des Berufungsgerichts unmittelbar aus den Umständen ergibt.** Hinsichtlich geschäftlicher Handlungen zugunsten fremder Unternehmen scheidet die Annahme eines Verstoßes gegen § 5a Abs. 6 UWG aus, weil die Beklagte für die beanstandeten Beiträge keine Gegenleistung erhalten hat und diese Beiträge daher den vorrangigen Spezialvorschriften des § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG, § 58 Abs. 1 Satz 1 RStV und § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV genügen (siehe dazu die vorstehenden Ausführungen zum Verfahren I ZR 125/20). Ein Verstoß gegen Nr. 11 der Anlage zu § 3 Abs. 3 UWG liegt danach ebenfalls nicht vor.*

Fazit

Die Entscheidung des BGH sorgt nun für Rechtssicherheit. Eine entsprechende Regelung sieht auch das neue Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht vor. Hierzu enthält § 5a Abs. 4 S. 2 UWG-neu eine Klarstellung, die insbesondere für Influencer relevant ist, wenn diese Waren und Dienstleistungen anderer Unternehmen empfehlen, ohne davon selbst unmittelbar finanziell zu profitieren. Danach liegt kein kommerzieller Zweck bei einer Handlung zugunsten eines fremden Unternehmers vor, wenn der Handelnde kein Entgelt oder keine ähnliche Gegenleistung für die Handlung von dem fremden Unternehmer erhält oder sich versprechen lässt. Das neue Gesetz tritt am 28.5.2022 in Kraft.

sergign/Shutterstock.com