

NOMOSPRAXIS

Terhaag | Schwarz

Influencer-Marketing

Rechtshandbuch



Nomos

NOMOSPRAXIS

Michael Terhaag, LL.M.

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Gewerblichen Rechtsschutz
und Fachanwalt für IT-Recht, Düsseldorf

Christian Schwarz, LL.M.

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Gewerblichen Rechtsschutz
und Fachanwalt für Urheber- und Medienrecht, Düsseldorf

Influencer-Marketing

Rechtshandbuch



Nomos

Im Buch werden – soweit möglich und sinnvoll – bezüglich der betroffenen Personen allgemeine Formulierungen verwendet. Aus Gründen der Kürze und besseren Lesbarkeit werden sprachlich alle Genderformen manchmal unter das generische Maskulinum, zum Teil aber auch das generische Femininum zusammengefasst. Selbstverständlich ist dies nicht diskriminierend gemeint, es sind ausdrücklich alle Menschen angesprochen. Auch wo aus Gründen der leichteren Lesbarkeit bei personenbezogenen Substantiven und Pronomen nur ein Geschlecht dargestellt wurde, impliziert dies keine Benachteiligung der anderen Geschlechter, sondern soll im Sinne der sprachlichen Vereinfachung als geschlechtsneutral verstanden werden.

Zitervorschlag: Terhaag/Schwarz Influencer-MarketingR-HdB § ... Rn. ...

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-7174-5

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

Vorwort

Influencer in sozialen Netzwerken sind eines der größten Phänomene der digitalen Welt. Kaum eine so junge Berufsgruppe hat sich so zügig etablieren können. Das Influencer-Marketing stellt viele Praktikerinnen und Praktiker vor Herausforderungen, befasst nunmehr auch regelmäßig die Gerichte und den Gesetzgeber.

Medienwirksam wurden insbesondere die Fälle zur Frage der Erforderlichkeit der Werbekennzeichnung von Veröffentlichungen durch Influencer thematisiert, die die verschiedenen Land- und Oberlandesgerichte befassten. Viele dieser Rechtsstreitigkeiten liegen nunmehr beim Bundesgerichtshof. Das Influencer-Marketing bietet jedoch noch viele andere Problemfelder, sowohl für Influencer als auch für beauftragende Unternehmen, die in diesem Rechtshandbuch thematisiert werden sollen.

Es soll ein kompakter Überblick zu rechtlichen Fragestellungen des Influencer-Marketings gegeben und ein Einblick in die Rechtsmaterie geboten werden. Das Rechtshandbuch befasst sich neben Aspekten des Wettbewerbs-, Urheber- und Markenrechts, insbesondere auch mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht. Daneben werden relevante Problemfelder aus dem Straf- und Steuerrecht sowie medienrechtliche Gesichtspunkte thematisiert. Auch soll dieses Buch einige praktische Formulierungshilfen für Vertragsgestaltungen im Rahmen des Influencer-Marketings bieten. Die Verfasser greifen dabei immer wieder auf ihre Erfahrungen als Rechtsanwälte insbesondere im gewerblichen Rechtsschutz sowie im Urheber- und Medienrecht zurück.

Relevante Literatur und Rechtsprechung sind bis zum Sommer 2021 berücksichtigt. Insbesondere wurden die jüngsten Reformen im Urheber- und Wettbewerbsrecht sowie das Gesetzespaket gegen Hass und Hetze einbezogen.

Wir wünschen den Lesern dieses Rechtshandbuchs viel Freude bei der Lektüre und bedanken uns für kritische Anmerkungen sowie weitere Anregungen.

Düsseldorf, Juli 2021

Michael Terhaag und Christian Schwarz

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
Literaturverzeichnis	9
§ 1 Einleitung	11
§ 2 Wettbewerbs- und Werberecht	14
I. Einführung	16
II. Anwendbarkeit des UWG	16
III. Vorgaben aus dem Werberecht im Influencer-Marketing	24
IV. Weitere Problemfelder des Wettbewerbsrechts	54
V. Weitere Verpflichtungen im Werberecht	62
VI. Ansprüche nach dem UWG	69
§ 3 Allgemeines Persönlichkeitsrecht	74
I. Einführung	76
II. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht	77
III. Recht am eigenen Bild	86
IV. Äußerungen	104
V. Rechtsfolgen	123
§ 4 Medienrechtliche Besonderheiten, Jugend- und Datenschutz	135
I. Einführung	135
II. Allgemeines Medienrecht	136
III. Jugendschutz	138
IV. Datenschutz	143
§ 5 Urheberrecht	148
I. Einführung	149
II. Urheberrechtlicher Schutz	149
III. Verwertungsrechte des Urhebers	161
IV. Veröffentlichung fremder Inhalte	165
V. Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz (UrhDaG)	180
VI. Abwehr- und Zahlungsansprüche	188
§ 6 Markenrechtliche Grundsätze	192
I. Einleitung	192
II. Markenformen	193
III. Erlangung markenrechtlichen Schutzes	195
IV. Markenverletzung	196

V. Grenzen des Markenrechts	198
VI. Zusammenfassung	201
§ 7 Rechtsfolgen	203
I. Einführung	204
II. Anspruchsberechtigte	204
III. Anspruchsgegner	207
IV. Rechtsansprüche und Anspruchsgrundlagen	209
V. Konkrete Durchsetzung der Ansprüche	218
§ 8 Vertragsarten und Vertragsgestaltung	230
I. Einführung	230
II. Influencer-Werbe-Vertrag	231
III. Model-, Objekt-Release-, Bildlizenzvertrag und Einverständniserklärung	244
§ 9 Steuerrecht und Künstlersozialkasse	250
I. Einführung	250
II. Einkommensteuerliche Konsequenzen	252
III. Gewerbesteuerrecht	254
IV. Umsatzsteuerrecht	255
V. Steuerhinterziehung durch Fehlverhalten von Influencern und Auftraggebern	256
VI. Künstlersozialkasse	257
§ 10 Influencer-Marketing, Rechtsprechung	260
Anhang	269
Gesetzessammlung	271
Glossar	299
Stichwortverzeichnis	303

Literaturverzeichnis

BeckOK DatenschutzR	Brink/Wolff, BeckOK Datenschutzrecht, Kommentar, 35. Aufl. 2021
BeckOK UrhR	Ahlberg/Götting, BeckOK Urheberrecht, Kommentar, 29. Aufl. 2020
Berneke/Schüttpelz Einstw. Verfügung	Berneke/Schüttpelz, Die einstweilige Verfügung in Wettbewerbsachen, Monografie, 4. Aufl. 2018
Dreier/Schulze	Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz: UrhG, Kommentar, 6. Aufl. 2018
Ebling/Bullinger KunstR-HdB	Ebling/Bullinger, Praxishandbuch Recht der Kunst, Handbuch, 2019
Engels PatR	Engels, Patent-, Marken- und Urheberrecht, Lehrbuch, 9. Aufl. 2014
Erman	Erman, BGB, Kommentar, 16. Aufl. 2020
Fezer MarkenR	Fezer, Markenrecht, Kommentar, 4. Aufl. 2009
Fischer	Fischer, Strafgesetzbuch: StGB, Kommentar, 63. Aufl. 2015
Gola	Gola, DS-GVO, Kommentar, 2. Aufl. 2018
Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig	Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG, Kommentar, 4. Aufl. 2016
Himmelsbach WettbR	Himmelsbach, Beck'sches Mandatshandbuch Wettbewerbsrecht, Handbuch, 4. Aufl. 2014
Ingerl/Rohnke	Ingerl/Rohnke, Markengesetz: MarkenG, Kommentar, 3. Aufl. 2010
Korte PresseR	Korte, Praxis des Presserechts, Handbuch, 2. Aufl. 2019
Köhler/Bornkamm/Feddersen	Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, Kommentar, 39. Aufl. 2021
Kühling/Buchner	Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, Kommentar, 3. Aufl. 2020
MüKoBGB	Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Kommentar, Bände 1-13, 8. Aufl. 2018 ff.

Ohly/Sosnitza	Ohly/Sosnitza, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, 7. Aufl. 2016
Palandt	Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 80. Aufl. 2021
Rehbinder/Peukert UrhR	Rehbinder/Peukert, Urheberrecht, Lehrbuch, 18. Aufl. 2018
Rehbock MedienR	Rehbock, Beck'sches Mandatshandbuch Medien- und Presserecht, Handbuch, 2. Aufl. 2011
Schmoll/Boeminghaus ModeR	Schmoll/Boeminghaus, Moderecht – Vermarktung und Vertrieb, Handbuch, 2020
Simitis/Hornung/ Spiecker gen. Döhmann	Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Datenschutzrecht, Kommentar, 2019
Spindler/Schuster	Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, Kommentar, 4. Aufl. 2019
Wanckel FotoR	Wanckel, Foto- und Bildrecht, Handbuch, 5. Aufl. 2017
Wandtke/Bullinger	Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht: UrhR, Kommentar, 5. Aufl. 2019
Wenzel Wort-/BildberichterstattungR- HdB	Wenzel, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, Handbuch, 6. Aufl. 2018

§ 1 Einleitung

Der Begriff Influencer leitet sich aus dem Englischen „*to influence*“ (= beeinflussen) ab. Gemeint sind Meinungsführer in der digitalen Welt. Das Oberlandesgericht Karlsruhe definiert Influencer als Personen, die in der Lage sind, andere Nutzer bei deren politischer, gesellschaftlicher und insbesondere geschäftlicher Entscheidungsfindung zu beeinflussen¹. Sie haben in der Regel einen großen Anhängerkreis. Influencer sind demnach beliebte und äußerst erfolgreiche Werbebotschafter. Sie sind die denklogische Antwort auf den Erfolg der sozialen Netzwerke, die über eine Vielzahl von Nutzerdaten verfügen und Algorithmen zur Verbreitung von Inhalten einsetzen².

Üblicherweise sind Influencer nicht bereits bekannte Prominente, welche nunmehr zusätzlich ihre Social-Media-Angebote für Werbung nutzen. Es handelt sich bei Influencern vielmehr um Personen, welche erst durch ihre Tätigkeit im Internet ihre Berühmtheit erlangt haben³. Influencer sind häufig erfolgreiche Unternehmer. Sie arbeiten Fulltime, beschäftigen Agenturen, Manager, Fotografen und Assistenten. Zudem verzeichnen sie teils äußerst hohe Umsätze. Entstanden ist eine völlig neue Berufsgruppe, die vielfach noch in der Öffentlichkeit belächelt wird. Der große Erfolg des Influencer-Marketings dürfte die Kritiker jedoch strafen.

Die Marketingabteilungen der Unternehmen haben den Wert unlängst erkannt. Das klassische Werbegeschäft ist durch den Medienwandel beeinträchtigt: Die Aufmerksamkeitsspanne des durchschnittlichen Internetnutzers ist nicht sehr hoch⁴, die Botschaft muss schnell oder anders vermittelt werden. Auch der Anzeigenmarkt der Zeitungen und Zeitschriften geht stetig zurück, Werbespots im Kino und Fernsehen verlieren an Reichweite – insbesondere beim jungen Publikum. Früher mussten für erfolgreiche Werbung häufig große Budgets angelegt werden: Konzepte und Slogans wurden entwickelt, bekannte Gesichter als Testimonials angeworben. Drehbücher wurden geschrieben, Anzeigen entwickelt. Die Werbung lief für den Konsumenten nebenher, war eher ein Störfaktor während des Kinobesuchs oder des Fernsehens. Auch Online-Anzeigen sind für viele Nutzer nervig, sie verwenden sogenannte *Ad-Blocker* oder andere Tools zum Ausblenden der Reklame. Anders ist dies beim Influencer-Marketing: In den sozialen Netzwerken folgen Millionen von Menschen ihren Lieblings-Influencern und schauen sich somit ganz bewusst – teils versteckte – Werbebotschaften an. Für Unternehmen ist diese Art der Anpreisung demnach aus vielerlei Gründen äußerst attraktiv.

Influencer erzählen Geschichten aus ihrem Leben. Sie empfehlen, manchmal bloß nebenher, Produktneuheiten oder erstellen vermeintlich neutrale Erfahrungsberichte. Nicht immer ist dabei klar, ob sie bloß eine nette, persönliche Empfehlung aussprechen wollen oder in kommerzieller Absicht auftreten. Die Vermischung von Werbung

1 OLG Karlsruhe Urt. v. 9.9.2020 – 6 U 38/19.

2 *Nymoen/Schmitt*, Influencer, S. 40.

3 Daneben gibt es durchaus auch sog. Celebrity Influencer; darunter versteht man Persönlichkeiten aus anderen Lebensbereichen (zB Sport, Musik, Schauspielerei), welche nunmehr zusätzlich oder ausschließlich als Influencer tätig sind.

4 *Lettmann* GRUR 2018, 1206.

und Privatleben ist bewusst gewollt. Unternehmen gehen deshalb hochdotierte Kooperationen mit ihnen ein.

- 5 Es gibt Influencer in nahezu allen Bereichen des täglichen Lebens. Am häufigsten befassen sie sich wohl mit den Bereichen Mode und Kosmetik, Design, Kochen, Reisen, Fitness oder sonstigen Lifestyle-Themen. Sie äußern sich aber auch zu politischen oder gesellschaftlichen Aspekten, leisten somit durchaus einen Beitrag zum öffentlichen Diskurs. Andere zeigen ihren Berufsalltag (zB Piloten, Polizisten, Krankenpfleger) oder drehen unterhaltsame Videos, in denen sie anderen Streiche (sog. Pranks) spielen. Immer häufiger sieht man auch Kinder und Jugendliche, die mittlerweile als Influencer große Erfolge feiern (sog. Kidfluencer). Auch hat ein Teil der „ersten Influencer-Generation“ mittlerweile selbst Kinder. Als Eltern berichten sie aus ihrem Familienalltag und decken somit einen weiteren großen Markt ab.
- 6 Influencer berichten über neue Produkte und Trends, drehen unterhaltsame oder auch gesellschaftskritische Videos, treten mit ihren Followern in Kontakt. Sie teilen ihre Angebote in den sozialen Netzwerken, insbesondere bei Instagram, YouTube, TikTok, Facebook und Snapchat, sowie auf eigenen Webseiten und Blogs. Viele Influencer verdienen ihr Geld insbesondere durch gezielte Werbeaufträge, durch Gagen für PR-Termine, mittels Affiliate-Marketings⁵ oder durch das Angebot eines eigenen Sortiments (zB Online-Fitness-Kurse, Merchandise, etc). Dabei erreichen Influencer ein Millionenpublikum, die Follower sind meist junge Internetnutzer. Der Erfolg der Influencer wird meist an ihrer Follower-Zahl gemessen. Dabei wird zwischen verschiedenen Abstufungen unterschieden. Ein Mega-Influencer verfügt in der Regel über deutlich mehr als 1 Mio. Follower, während ein Nano-Influencer weniger als 10.000 Follower hat. Irgendwo dazwischen rangieren der Mikro-Influencer (vermutlich zwischen 50.000 und 100.000 Follower) und der Makro-Influencer (vermutlich bis zu 1 Mio. Follower).
- 7 Für alle Influencer gilt jedoch gleichsam das Credo: Authentizität bewahren. Dies ist ihre wichtigste Währung. Influencer sollen keine unnahbaren Superstars sein, die Werbung für ein bestimmtes Produkt machen. Vielmehr geben sie sich bewusst als die Freundin oder der Freund von nebenan, welche(r) eine nette Empfehlung hat. Es soll das Vertrauen der Anhänger hergestellt werden. Dafür lassen Influencer ihr Publikum an ihrem Leben teilhaben. Sie tauschen sich mit anderen Nutzern aus, in den Kommentaren, Direktnachrichten oder im Live-Video. Influencer treten vermeintlich auf Augenhöhe mit ihren Followern. Viele Influencer filmen sich von der ersten Tasse Kaffee am Morgen bis zum Gute-Nacht-Kuss am Abend. Sie zeigen ihre Wohnungen, ihre Familien und ihre Freunde. Sich selbst präsentieren sie dabei in allen Lebenslagen, ob in Abendgarderobe, Pyjama oder Bikini. Scheinbar kein Detail aus dem Privatleben soll den Followern verborgen bleiben. Auch intime Themen werden offen besprochen – es gibt kaum Tabus. Inhalte (= Content) werden meist sieben Tage die Woche veröffentlicht, auch während des Urlaubs. Das gilt natürlich nicht für alle Influencer. Solche, die sich auf bestimmte Themen spezialisiert haben

5 Näher dazu: *Schust*, Affiliate-Marketing, S. 16 ff.; *Fezer*, MarkenR, Rn. 90.

(zB Food Influencer, Fitness Influencer), halten andere Bereiche ihres Lebens oft bewusst aus der Öffentlichkeit heraus.

Erfolgreiche Influencer, die durchaus über eine beachtliche Bekanntheit verfügen, trifft man logischerweise immer häufiger auf roten Teppichen verschiedener Events oder als beliebte Gäste in Fernsehsendungen oder Podcasts an. Die Prominenz hat natürlich auch ihre Kehrseite: Influencer werden zur Zielscheibe oder zum Inhalt der Berichterstattung. Können sie auf ihren Social-Media-Kanälen selbst steuern, welche Information sie über sich und ihr Privatleben preisgeben, interessieren sich nunmehr auch andere, insbesondere die klassischen Medien, für sie. Über Influencer wird im Wirtschaftsteil gleichsam berichtet wie im Boulevard. Die einen interessieren sich für den wirtschaftlichen Erfolg oder Misserfolg, die anderen über die privaten Umstände (zB eine Trennung vom Partner, die Geburt des Kindes) der Influencer. Unternehmer und Privatperson gehen dabei bewusst fließend ineinander über. Auch bekommen Influencer natürlich die Kritik des Internets zu spüren: Shitstorms wegen bestimmter Äußerungen oder auch Kooperationen mit unliebsamen Werbepartnern trafen in der Vergangenheit freilich auch schon Influencer. Auch die Gefahr, unbewusste Falschmeldungen zu verbreiten, wird immer größer, je mehr Influencer in Konkurrenz zu den klassischen Nachrichtenmedien treten und selbst journalistische Inhalte verbreiten – ohne jedoch denselben Rechercheaufwand betrieben zu haben, wie die etablierten Medienhäuser. 8

Mit Spannung wird man also die weitere Entwicklung im Bereich des Influencer-Marketings beobachten. Eins der wohl größten Phänomene des digitalen Zeitalters wird die Rechtsberatung und die Gerichte noch lange begleiten. Viele dieser Bereiche bergen rechtliche Fallstricke. 9

§ 2 Wettbewerbs- und Werberecht

Literatur:

Borsch, Der angemäÙte Influencer – Markenpiraterie 2.0, MMR 2018, 127 (zit.: Borsch, MMR 2018, 127); *Eibenstein/Schlereth*, Keine Kennzeichnungspflicht bei offensichtlicher Werbung auf Instagram – Anm. zu OLG Hamburg, Urteil vom 2.7.2020 – 15 U 142/19, MMR 2020, 771 (zit.: Eibenstein/Schlereth, MMR 2020, 771); *Fischer*, Strafgesetzbuch, 63. Aufl. 2016 (zit.: Fischer, StGB); *Freischem/Würtenberger*, Stellungnahme zum Regelungsvorschlag des BMJV zur Abgrenzung nichtkommerzieller Kommunikation zur Information und Meinungsbildung von geschäftlichen Handlungen, GRUR 2020, 592 (zit.: *Freischem/Würtenberger*, GRUR 2020, 592); *Gerecke*, Zur Kennzeichnung werblicher Beiträge mit #ad, GRUR-Prax 2017, 446 (zit.: Gerecke, GRUR-Prax 2017, 446); *Hauch*, Keine Werbekennzeichnungspflicht für offensichtliches Influencer-Marketing, GRUR-Prax 2020, 455 (zit.: Hauch, GRUR-Prax 2020, 455); *Himmelsbach*, Beck'sches Mandatshandbuch Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2014 (zit.: Himmelsbach WettBR); *Janning/Mäder/Hebbinghaus*, § 11 HWG und Social Media – Der Influencer als schleichwerbender Prominenter?, PharmR 2021, 49 (zit.: Janning/Mäder/Hebbinghaus, PharmR 2021, 49); *Keller*, Stellungnahme des Fachausschusses für Wettbewerbs- und Markenrecht der GRUR zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, GRUR 2021, 456 (zit.: Keller, GRUR 2021, 456); *Köhler/Bornkamm/Fedderson*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 39. Aufl. 2021 (zit.: Köhler/Bornkamm/Fedderson UWG); *Lange*, Werbefinanzierte Kommunikationsdienstleistungen, WRP 2002, 786 (zit.: Lange, WRP 2002, 786); *Laoutoumai/Heins*, Kennzeichnungspflichten und Werbeverbote im Influencer Marketing – Anmerkung zu LG Hagen, Urteil vom 13.9.2017 – 23 O 30/17, MMR 2018, 106 (zit.: Laoutoumai/Heins, MMR 2018, 106); *Leeb/Maisch*, Social-Media-Stars und -Sternchen im rechtsfreien Raum?, ZUM 2019, 29 (zit.: Leeb/Maisch, ZUM 2019, 29); *Lettmann*, Schleichwerbung durch Influencer Marketing – Das Erscheinungsbild der Influencer, GRUR 2018, 1206 (zit.: Lettmann, GRUR 2018, 1206); *Lichtnecker*, Neues aus dem Social Media-Marketing – Aktuelle wettbewerbs-, urheber- und markenrechtliche Problemstellungen, MMR 2018, 512 (zit.: Lichtnecker, MMR 2018, 512); *Matthes*, Influencer mit kommerziellem Interesse muss sämtliche Social-Media-Posts als Werbung kennzeichnen, GRUR-Prax 2020, 320 (zit.: Matthes, GRUR-Prax 2020, 320); *Möller*, Das Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs, NJW 2021, 1 (zit.: Möller, NJW 2021, 1); *Ohly/Sosnitza*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 7. Aufl. 2016 (zit.: Ohly/Sosnitza, UWG); *Pießkalla*, Zur Reichweite der Impressumspflicht in sozialen Netzwerken, ZUM 2014, 368 (zit.: Pießkalla, ZUM 2014, 368); *Sieber/Klimek*, Werbung in Push-Diensten: unaufgeforderte kommerzielle Kommunikation?, K&R 1999, 305 (zit.: Sieber/Klimek, K&R 1999, 305); *Sobottka/Czernik*, Schleichwerbung durch Influencer-Marketing in sozialen Medien – Anm. zu OLG Celle, Urteil vom 8.6.2017 – 13 U 53/17, MMR 2017, 769 (zit.: Sobottka/Czernik, MMR 2017, 769); *Schmoll/Boeminghaus*, Moderecht – Vermarktung und Vertrieb, 1. Aufl. 2021 (zit.: Schmoll/Boeminghaus, ModeR); *Terhaag/Schwarz*, Influencer – Die

Wundertüte des Online-Marketings, K&R 2019, 612 (zit.: Terhaag/Schwarz, K&R 2019, 612); *Terhaag/Schwarz*, Kommentar zu OLG Hamburg, Urt. v. 2.7.2020, 15 U 142/19, K&R 2020, 634 (Terhaag/Schwarz, K&R 2020, 634); *Troge*, Herausforderung: Influencer-Marketing, GRUR-Prax 2018, 87 (zit.: Troge, GRUR-Prax 2018, 87); *Willems*, Influencer als Unternehmer, MMR 2018, 707 (zit.: Willems, MMR 2018, 707); *Zurth/Pless*, Anmerkung zu LG München I, Urt. vom 29.4.2019 – 4 HK O 14312/18, GRUR-RR 2019, 335 (zit.: Zurth/Pless, GRUR-RR 2019, 335)

I. Einführung	1	(6) Kritik	105
II. Anwendbarkeit des UWG	3	bb) Werbekennzeichnung ent-	
1. Die Generalklausel	4	behrlich	108
2. Geschäftliche Handlung	9	(1) Landgericht Mün-	
a) § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG	9	chen I. und Oberlan-	
b) geschäftliche Handlung im		desgericht München	
Influencer-Marketing	12	– Cathy Hummels ...	108
3. Anspruchsberechtigte	31	(a) OLG München	111
III. Vorgaben aus dem Werberecht im		(b) Landgericht Mün-	
Influencer-Marketing	36	chen I.	114
1. Pflicht zur Kennzeichnung?	39	(2) Hanseatisches Ober-	
a) Die Voraussetzungen des		landesgericht Ham-	
§ 5 a Abs. 6 UWG	40	burg	119
aa) Kommerzielle Zweck		(3) Kritik	128
einer geschäftlichen		cc) Vermittelnde Ansicht:	
Handlung nicht kenntlich		Kammergericht Berlin –	
gemacht	41	Vreni Frost	135
bb) Kommerzielle Zweck		c) Zusammenfassung	146
unmittelbar aus den		d) Novelle: Gesetz zur Stärkung	
Umständen	44	des Verbraucherschutzes im	
cc) Geschäftliche Relevanz ..	46	Wettbewerbs- und Gewerbe-	
dd) Verhältnis des		recht	150
§ 5 a Abs. 6 UWG zu		2. Form der Kennzeichnung	158
anderen Vorschriften	48	IV. Weitere Problemfelder des Wettbe-	
b) Rechtsprechung zum Influen-		werbsrechts	167
cer-Marketing	51	1. Irreführung (§ 5 UWG)	168
aa) Werbekennzeichnung		a) Werbeaussagen	171
nicht entbehrlich	52	b) Gekaufte Follower und Likes	179
(1) Oberlandesgericht		c) Der angemaßte Influencer	182
Karlsruhe – Pamela		2. Vergleichende Werbung,	
Reif	52	§ 6 UWG	186
(2) Oberlandesgericht		3. Werbung für Kinder und Jugend-	
Köln – Diana zur		liche	190
Löwen	65	4. Unzumutbare Belästigung	
(3) Oberlandesgericht		(§ 7 UWG)	192
Braunschweig – Fit-		V. Weitere Verpflichtungen im Werbe-	
ness-Influencerin	74	recht	203
(4) Oberlandesgericht		1. Impressumspflicht	203
Celle – Drogerie-		2. Gewinnspiele und Verlosungen ..	209
kette	78	a) Abgrenzung Glücksspiel und	
(5) Weitere wichtige Ent-		Gewinnspiel	215
scheidungen	83	b) Durchführung von Gewinn-	
(a) Oberlandesgericht		spielen und transparente Teil-	
Koblenz	83	nahmebedingungen	221
(b) Kammergericht	88	c) Kopplungsverbot	230
(c) Landgericht Düssel-		VI. Ansprüche nach dem UWG	235
dorf	89	1. Unterlassung und Beseitigung	235
(d) Landgericht Hagen ..	93	2. Schadensersatz und Auskunft	243
(e) Landgericht Itzehoe	96	3. Verjährung	247
(f) Landgericht Heil-			
bronn	99		

I. Einführung

- 1 Das Influencer-Marketing steht seit jeher im Fokus wettbewerbsrechtlicher Vorschriften. Insbesondere ob und in welcher Form eine **Werbekennzeichnung** bei einer Beitragsveröffentlichung zu erfolgen hat, ist in der Rechtsprechung äußerst umstritten. Einige Verfahren liegen nunmehr beim Bundesgerichtshof, welcher hoffentlich bald etwas Klarheit in diesem Punkt bringen wird. Auch der Gesetzgeber hat die Thematik erkannt und arbeitet an einer Nachbesserung der wettbewerbsrechtlichen Vorschriften. Im Werberecht sind insbesondere Vorgaben aus dem UWG, dem TMG sowie dem MStV (vormals: RStV) zu beachten. Auch die Vorschriften des HWG können unter Umständen im Werberecht von Bedeutung sein¹.
- 2 Neben den besonderen Voraussetzungen im Werberecht gibt es jedoch auch einige weitere Vorgaben, die es im Rahmen des Influencer-Marketings zu beachten gibt. Darunter fallen bestimmte **Informations- und Hinweispflichten** sowie inhaltliche Fragen zur rechtskonformen Werbung.

II. Anwendbarkeit des UWG

- 3 Das **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb** (UWG) verfolgt gemäß § 1 UWG verschiedene Schutzzwecke. Zum einen dient es dem Mitbewerberschutz. Es soll einen gesunden Wettbewerb fördern und regelkonform agierende Marktteilnehmer schützen. Zudem dient das UWG dem Verbraucherschutz. Letztlich schützt es zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten, also lautereren Wettbewerb. Es handelt sich dabei um Schutzzwecktrias² des UWG.

1. Die Generalklausel

- 4 Nach § 3 Abs. 1 UWG sind unlautere geschäftliche Handlungen unzulässig. Dabei handelt es sich um die **Generalklausel** des UWG. Sie verfolgt insbesondere eine Verbots- und Auffangfunktion³.
- 5 Was „**unlauter**“ im Sinne des § 3 Abs. 1 UWG ist, wird vom Gesetz nicht definiert. Es handelt sich vielmehr um einen dynamischen und wandelbaren Begriff. Es ist stets nach den typischen Verhaltensregeln im geschäftlichen Umfang zu fragen, welche dem wirtschaftlichen und gesellschaftlichem Wandel unterliegen. Was gestern noch verpönt war, ist heute erlaubt oder sogar vom Markt gewollt⁴. Konkretisiert wird die Generalklausel jedoch durch die **Beispielatbestände** der §§ 4 bis 6 UWG. Dabei handelt es sich um eine Aufzählung, wann ein unlauteres Verhalten vorliegt⁵. Bei § 7 UWG (unzumutbare Belästigung) hingegen handelt es sich wiederum um einen eigenen Verbotstatbestand.
- 6 § 3 Abs. 2 UWG stellt die „**Verbrauchergeneralklausel**“ dar. Danach sind geschäftliche Handlungen, die sich an Verbraucher richten oder diese erreichen, unlauter, wenn

1 Z.B. in Form der sog. „Prominentenwerbung“ (§ 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 HWG) oder „Schleichwerbung“ (§ 11 Abs. 1 Nr. 9 HWG); näher dazu: *Janning/Mäder/Hebbinghaus*, PharmR 2021, 49.

2 Ohly/Sosnitza/Sosnitza, UWG § 1 Rn. 6.

3 Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, UWG § 3 Rn. 2.1 – 2.6.

4 Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, UWG § 3 Rn. 2.15; *Himmelsbach* WettbR § 1 Rn. 24.

5 *Himmelsbach* WettbR § 1 Rn. 19.

sie nicht der unternehmerischen Sorgfalt entsprechen und dazu geeignet sind, das wirtschaftliche Verhalten des Verbrauchers wesentlich zu beeinflussen. § 3 Abs. 3 UWG verweist auf den Anhang („Schwarze Liste“). Darin ist festgehalten, welches Verhalten gegenüber Verbrauchern stets unzulässig ist.

Für das Influencer-Marketing relevant ist in diesem Zusammenhang insbesondere 7 Nr. 11 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG, die als **Information getarnte Werbung**. Eine unzulässige geschäftliche Handlung ist danach der vom Unternehmer finanzierte Einsatz redaktioneller Inhalte zu Zwecken der Verkaufsförderung, ohne dass sich dieser Zusammenhang aus dem Inhalt oder aus der Art der optischen oder akustischen Darstellung eindeutig ergibt.

Eine unlautere Handlung ist jedoch erst unzulässig, wenn sie **geschäftlich** erfolgt. 8 Dies ist eine wesentliche Abgrenzung zum allgemeinen Deliktsrecht⁶. Die Anforderungen an das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung sind nach der Rechtsprechung nicht sonderlich hoch⁷.

2. Geschäftliche Handlung

a) § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG

Eine geschäftliche Handlung ist nach der Legaldefinition des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG 9 jedes **Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens**, 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. Das Merkmal des „objektiven Zusammenhangs“ ist dabei funktional zu verstehen; es setzt voraus, dass die Handlung bei objektiver Betrachtung darauf gerichtet ist, durch Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidung der Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer den Absatz oder Bezug von Waren oder Dienstleistungen des eigenen oder eines fremden Unternehmens zu fördern⁸. Ist das Verhalten objektiv zur Förderung des Wettbewerbs geeignet, spricht eine Vermutung für eine entsprechende Absicht des Handelnden⁹.

Dient eine Handlung **vorrangig anderen Zielen als der Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidung** von Verbrauchern in Bezug auf Waren oder Dienstleistungen und wirkt sie sich lediglich reflexartig auf die Absatz- oder Bezugsförderung aus, stellt sie keine geschäftliche Handlung dar. **Weltanschauliche, wissenschaftliche, redaktionelle oder verbraucherpolitische Äußerungen** von Unternehmen oder anderen Personen, die nicht in funktionalem Zusammenhang mit der Absatz- oder Bezugsförderung stehen und nur der Information und Meinungsbildung der Leser, Zuschauer oder Zuhörer dienen, unterfallen nicht dem UWG¹⁰.

6 BGH Urt. v. 10.1.2013 – I ZR 190/11, GRUR 2013, 945 (946) – Standardisierte Mandatsbearbeitung; Köhler/Bornkamm/Fedderson/Köhler, UWG § 2 Rn. 3.

7 BGH Urt. v. 11.12.2014 – I ZR 113/13, MMR 2015, 518 – Bezugsquellen für Bachblüten; Köhler/Bornkamm/Fedderson/Köhler UWG § 2 Rn. 8 mwN.

8 BGH Urt. v. 11.12.2014 – I ZR 113/13, MMR 2015, 518 (519) – Bezugsquellen für Bachblüten.

9 BGH Urt. v. 13.2.2003 – I ZR 41/00, GRUR 2003, 800 (801) – Schachcomputerkatalog.

10 OLG München Urt. v. 25.6.2020 – 29 U 2333/19, GRUR 2020, 1096 (1097) – Blauer Plüschelafant.

11 Es muss also eine unternehmerische Handlung vorliegen. Nach der Legaldefinition des § 2 Abs. 1 Nr. 6 UWG ist **Unternehmer** jede natürliche oder juristische Person, die geschäftliche Handlungen im Rahmen ihrer gewerblichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit vornimmt, und jede Person, die im Namen oder Auftrag einer solchen Person handelt. Eine gewerbliche Tätigkeit setzt ein **selbstständiges und planmäßiges, auf eine gewisse Dauer angelegtes Anbieten** entgeltlicher Leistungen (Waren oder Dienstleistungen) am Markt voraus¹¹. Der Begriff ist zum Schutz der wirtschaftlichen Interessen der Marktteilnehmer und insbesondere der Verbraucher weit auszulegen¹².

b) geschäftliche Handlung im Influencer-Marketing

12 Im Bereich des **Influencer-Marketings** ist die Bestimmung der geschäftlichen Handlung nicht immer ganz leicht, denn die Veröffentlichungen von Influencern sind – das ist so gewollt – häufig nicht offenkundig als geschäftliche Handlung zu erkennen. Meist werden die Accounts sogar gemischt¹³ genutzt, also für private sowie geschäftliche Veröffentlichungen. Das Landgericht Hamburg fasst deshalb treffend zusammen:

*Die Schwierigkeit des Nachweises einer geschäftlichen Handlung im Bereich des „Influencings“ liegt gerade darin, dass der entgeltlich-werbende und damit geschäftliche Charakter von Werbung auf Instagram oft wesensmäßig verschleiert wird, um durch eine **privat erscheinende Präsentation** der Postings glaubhafter zu erscheinen und größeres Interesse zu erwecken, als erkennbare „echte“ Werbung der Unternehmen selbst. Andererseits ist jedoch auch der Grundsatz der Meinungsfreiheit zu beachten, der es Privaten auch erlaubt, sich zu wirtschaftlichen Fragen und auch zu Unternehmen und Produkten zu äußern und in dem Zusammenhang ebenso negative wie positive Empfehlungen auszusprechen¹⁴.*

13 Die Frage, ob eine Handlung vorrangig der Förderung des eigenen oder eines fremden Unternehmens oder aber anderen Zielen dient, ist aufgrund einer **Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalls** zu beurteilen. Hierbei kommt es auch auf die Begleitumstände an. Der Umstand, dass der Handelnde ein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidung von Verbrauchern oder anderen Marktteilnehmern hat, stellt dabei nur ein – wenngleich maßgebliches – Indiz (unter mehreren) für das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG dar¹⁵.

14 Ob eine geschäftliche Handlung bei einer Veröffentlichung vorliegt, ist im konkreten Einzelfall somit meist anhand von verschiedenen **Indizien** zu bestimmen¹⁶.

11 BGH Urt. v. 4.12.2008 – 1 ZR 3/06, MMR 2009, 538 (540) – Ohrclips.

12 Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, UWG § 2 Rn. 23.

13 OLG München Urt. v. 25.6.2020 – 29 U 2333/19, GRUR 2020, 1096 – Blauer Plüschelafant.

14 LG Hamburg Urt. v. 31.1.2019 – 312 O 341/18, BeckRS 2019, 14924.

15 OLG Braunschweig Urt. v. 8.1.2019 – 2 U 89/18; BGH Urt. v. 11.12.2014 – 1 ZR 113/13, MMR 2015, 518 (519) – Bezugsquellen für Bachblüten.

16 OLG Braunschweig Urt. v. 8.1.2019 – 2 U 89/18.

Ein erstes Indiz ist die Unternehmereigenschaft¹⁷. Influencer werden in der Regel als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 6 UWG anzusehen sein. Voraussetzung ist natürlich, dass es sich um eine auf gewisse Dauer angelegte, also nicht nur gelegentliche, Tätigkeit handelt. Dass sich die meisten Influencer dabei als **Privatperson** präsentieren, steht dem nicht entgegen, denn dies ist gerade der Zweck des Influencer-Marketings¹⁸. Ein weiteres Indiz kann auch die **Bezeichnung** sein: Betitelt sich die Accountinhaberin oder der Accountinhaber selbst als „Influencer“, spricht dies ebenfalls für eine unternehmerische und geschäftsmäßige Tätigkeit¹⁹. Auch die Zusammenarbeit mit einem **Manager** oder einer **Agentur** sind Indizien²⁰. Ein Indiz kann es auch sein, wenn die Plattform (zB Instagram) die Rahmenbedingungen für Marken-PR schafft²¹. Ebenfalls die Gestaltung des Accounts als sog. **Business-Account** und das Unterhalten einer eigenen **Webseite mit gleichem Inhalt** sprechen für die Unternehmereigenschaft²².

Des Weiteren ist zu prüfen, zu welchem **Zweck die Handlung**, zB die Veröffentlichung, erfolgt. Hier kommt es regelmäßig zu größeren Schwierigkeiten, weil viele Influencer ihre Angebote gemischt, also für private und geschäftliche Zwecke, nutzen.

Wurde eine **Vergütung für die Veröffentlichung** gezahlt, liegt ohne Weiteres eine geschäftliche Handlung vor²³. Dies gilt auch, wenn **sonstige Zugaben oder Rabatte** gewährt wurden. Eine geschäftliche Handlung kommt auch dann in Betracht, wenn es zwar an einem Entgelt fehlt, dieses aber erwartet wird²⁴.

Das OLG Köln²⁵ hielt im Urteil zu **Diana zur Löwen** fest, dass eine Influencerin bei Gegenleistungen von Unternehmen (zB Kooperationen, Einladungen, Gratisprodukte) jedenfalls ihr eigenes Unternehmen fördert und zwar auch dadurch, dass sie auf künftige Kooperationen durch ihre Bloggertätigkeit im produktnahen Bereich hofft:

Soweit durch die Produktdarstellung in Posts Unternehmensinteressen gefördert werden, liegt eine geschäftliche Handlung auch bereits vor, wenn keine explizite Förderabsicht nachweisbar ist. Allein der objektive Zusammenhang, also die tatsächliche Förderung oder Begünstigung kommerzieller Zwecke, genügt hierfür. Das ist eindeutig, wenn für eine Veröffentlichung ein Entgelt oder eine sonstige Gegenleistung gezahlt wird. Fehlt es – wie hier – an dem konkreten Nachweis einer solchen Entgeltzahlung, kommt es darauf an, ob eine Veröffentlichung vorwiegend der Information oder ob sie vorwiegend der Förderung von Absatzzwecken dient²⁶.

17 Näher dazu: *Willems MMR* 2018, 707.

18 Köhler/Bornkamm/Fedderson/Köhler UWG § 5 a Rn. 7.80 b.

19 OLG Braunschweig, Hinweisbeschl. v. 8.1.2019 – 2 U 89/18, MMR 2019, 467 (468).

20 LG Berlin Ur. v. 24.5.2018 – 52 O 101/18, MMR 2018, 543 (544) – Wettbewerbswidrige Influencer-Posts mit getarnter Werbung.

21 OLG Braunschweig, Hinweisbeschl. v. 8.1.2019 – 2 U 89/18, MMR 2019, 467 (468); OLG Braunschweig Ur. v. 13.5.2020 – 2 U 78/19, MMR 2020, 779 = GRUR-RR 2020, 452 – Fitnessinfluencerin.

22 OLG Karlsruhe Ur. v. 9.9.2020 – 6 U 38/19, GRUR 2021, 88 (89) – Instagram Tap-Tags; LG Göttingen Ur. v. 13.11.2019 – 3 O 22/19, GRUR-RS 2019, 36553.

23 OLG Celle Ur. v. 8.6.2017 – 13 U 53/17, GRUR 2017, 1158 – Hashtag #ad.

24 OLG Braunschweig, Hinweisbeschl. v. 8.1.2019 – 2 U 89/18, MMR 2019, 467 (468).

25 OLG Köln Ur. v. 19.2.2021 – 6 U 103/20, GRUR-RS 2021, 2170 – Diana zur Löwen; ebenso: KG Ur. v. 8.1.2019 – 5 U 83/18, GRUR 2019, 543 (544) – Produkt-Tagging.

26 OLG Köln Ur. v. 19.2.2021 – 6 U 103/20, GRUR-RS 2021, 2170 – Diana zur Löwen.

- 19 Influencer erzielen Einkünfte damit, dass sie **Produkte vermarkten** und dabei trotzdem **authentisch erscheinen**. So hielt das Landgericht Göttingen²⁷ in Bezug auf die Veröffentlichung einer Influencerin fest:

Als Influencerin erzielt sie Einkünfte damit, dass sie Produkte vermarktet und dabei trotzdem authentisch erscheint. Sie inszeniert ihr Leben mit den dazu passenden Marken. Unternehmen sind für ihre Werbung an möglichst glaubwürdigen Werbeträgern interessiert. Die Beklagte verdient umso mehr daran, je größer die Zahl ihrer Follower ist. Die ansprechende Gestaltung ihres Instagram-Auftritts ist gleichbedeutend mit einer Steigerung des Wertes der von ihr angebotenen Dienstleistungen. Durch häufiges Veröffentlichen gerade auch privater oder privat anmutender Bilder und Texte erhält sich ein Influencer die Gunst seiner Zielgruppe. Treibt er „nur noch“ Werbung, setzt er seine Nähe zur Community und seine Glaubwürdigkeit – also wesentliche Assets seines Unternehmens – aufs Spiel. Die Beklagte kann sich nicht darauf berufen, nur für einen Teil ihrer Posts bezahlt zu werden. Bei iSv § 2 Abs. Nr. 6 UWG unternehmerisch tätigen Influencern stellt sich die Frage der Unentgeltlichkeit von vornherein nicht. Die Bezahlung des einzelnen Posts (oder der ihm zugrundeliegenden Reisen bzw. der beworbenen Produkte) stellt insbesondere dann kein taugliches Abgrenzungsmerkmal zwischen geschäftlicher und privater Handlung dar, wenn – wie hier – der unentgeltliche Post unstreitig jedenfalls auch den Zweck der Förderung des eigenen Unternehmens verfolgt. Denn damit steht er in einem unauflösbaren Kontext mit den bezahlten Werbebeiträgen.²⁸

- 20 Anders sah es das OLG München²⁹ in der Entscheidung um Veröffentlichungen von **Cathy Hummels**. Die Intention, durch die Posts auch „bezahlte Partnerschaften“, also Werbeverträge, zu akquirieren, führe nicht dazu, dass Veröffentlichungen, für welche eine Influencerin kein Entgelt erhält, als geschäftliche Handlungen anzusehen wären. Das allgemeine Interesse, sich durch Publikationen für Werbeverträge interessant zu machen, reiche nicht aus, um einen objektiven Zusammenhang zwischen den Publikationen und der Absatzförderung anzunehmen:

Die Bekl. kommt mit ihren Posts dem Informationsinteresse ihrer Follower nach, die sich nicht nur dafür interessieren, was die Bekl. in ihrem Leben gerade tut, sondern auch – und möglicherweise sogar besonders – dafür, welche Produkte die Bekl. trägt und verwendet. Die Informationen zu den von ihr verwendeten Produkten, inklusive der angebrachten Tags und Links, gehören somit genauso wie die Informationen zu ihren Erlebnissen und Eindrücken zum „redaktionellen“ Teil ihrer Posts. Insofern unterscheiden sie sich nicht von redaktionellen Beiträgen beispielsweise in Modezeitschriften, in denen auch Produkte dargestellt und beschrieben werden. Dass die Bekl. über diese Posts auch beabsichtigt, sich für Werbeverträge interessanter zu machen und damit Einnahmen zu erzielen, ist dem Handeln der auch ansonsten von Werbeeinnahmen sehr abhängigen Medienbranche immanent und unterscheidet ihre

27 LG Göttingen Urt. v. 13.11.2019 – 3 O 22/19, GRUR-RS 2019, 36553.

28 LG Göttingen Urt. v. 13.11.2019 – 3 O 22/19, GRUR-RS 2019, 36553; so auch: LG Karlsruhe Urt. v. 21.3.2019 – 13 O 38/18 KfH GRUR-RR 2019, 328 (bestätigt von: OLG Karlsruhe Urt. v. 9.9.2020 – 6 U 38/19, GRUR 2021, 88 (89) – Instagram Tap-Tags); *Terhaag/Schwarz* K&R 2019, 612 (613).

29 OLG München Urt. v. 25.6.2020 – 29 U 2333/19, GRUR 2020, 1096 (1097) – Blauer Plüschelafant.

*Beiträge nicht von sonstigen dem Informationsinteresse der Leserschaft dienenden Beiträgen.*³⁰

Dass die Posts zu den von ihr getragenen oder verwendeten Produkten auch den Absatz dieser Produkte fördern, sei **ein bloßer Reflex der Selbstdarstellung** der Influencerin und führe, sofern sie kein Entgelt in welcher Form auch immer dafür bekommt, nicht dazu, dass eine geschäftliche Handlung zugunsten des fremden Unternehmens, dessen Produkte sie verwendet, anzunehmen wäre³¹. 21

Werden die Veröffentlichungen zusätzlich mit **Tags**³² versehen, liegt in der Veröffentlichung keine private Selbstdarstellung auf Grundlage reiner Mitteilungsfreudigkeit, urteilte das Kammergericht³³. Das Posting ist dann darauf gerichtet, Aufmerksamkeit und Resonanz sowohl in Verbraucher- wie auch in Unternehmerkreisen zu erzielen, die das Image der Influencerin stärken und damit **das eigene Unternehmen fördern**, etwa durch die Erhöhung der Zahl der Follower und der Zahl der Kommentare der Besucher ihres Auftritts unter Instagram³⁴. Stünde die Information über die gezeigten Produkte im Vordergrund, so würde es nach Ansicht des OLG Hamburg ausreichen, wenn die Hersteller der Produkte lediglich benannt würden. Eine Verlinkung mittels Tags wäre dafür nicht erforderlich³⁵. Das LG Düsseldorf³⁶ geht davon aus, dass eine Präsentation von Produkten und eine Verlinkung auf die Social-Media-Seite des Herstellers allein aus Produktbegeisterung und Mitteilungsbedürfnis heraus nicht lebensnah erscheint. Dies insbesondere dann nicht, wenn der Veröffentlichende seinen Lebensunterhalt mit der Tätigkeit in dem sozialen Netzwerk bestreite. 22

Mit der Verwendung von Tags, die auf Dritte verweisen, wird zudem der Unternehmensbezug **zugunsten anderer Unternehmen** begründet³⁷. 23

Dabei macht es grundsätzlich keinen Unterschied, ob die Verlinkungen auf einen Online-Shop des Unternehmens oder lediglich auf die Social-Media-Seite des Unternehmens leiten, denn in beiden Varianten liegt eine Absatzförderung³⁸. Schon die **Weiterleitung zu dem Social-Media-Account** stellt für das Unternehmen insofern einen Vorteil dar, als dass sich mit dem Besuch die Wahrscheinlichkeit erhöht, dass sich der Nutzer für die dort angepriesenen Produkte interessiert und diese unter Umständen auch bestellt³⁹. Dem Vorliegen einer geschäftlichen Handlung steht dabei 24

30 OLG München Urt. v. 25.6.2020 – 29 U 2333/19, GRUR 2020, 1096 (1097) – Blauer Plüschelafant.

31 OLG München Urt. v. 25.6.2020 – 29 U 2333/19, GRUR 2020, 1096 (1098) – Blauer Plüschelafant.

32 Ein *Tag* (= Anhänger, Etikett) ist eine Verlinkung zu einem anderen Account, Webseite oder Online-Shop, welche beispielsweise in einem Bild unmittelbar auf einem gezeigten Produkt platziert werden können.

33 KG Urt. v. 8.1.2019 – 5 U 83/18, GRUR 2019, 543 (544) – Produkt-Tagging; so auch: OLG Frankfurt a. M. Beschl. v. 23.10.2019 – 6 W 68/19, GRUR 2020, 208 (209) – Die Influencerin; OLG Braunschweig Urt. v. 8.1.2019 – 2 U 89/18.

34 So auch: OLG München Urt. v. 25.6.2020 – 29 U 2333/19, GRUR 2020, 1096 (1097) – Blauer Plüschelafant; OLG Frankfurt a. M. Beschl. v. 23.10.2019 – 6 W 68/19, GRUR 2020, 208 (209) – Die Influencerin.

35 OLG Hamburg Urt. v. 2.7.2020 – 15 U 142/19, K&R 2020, 630 (631); *Terhaag/Schwarz* K&R 2020, 634.

36 LG Düsseldorf Urt. v. 12.6.2019 – 12 O 296/18.

37 OLG Karlsruhe Urt. v. 9.9.2020 – 6 U 38/19, GRUR 2021, 88 (90) – Instagram Tap-Tags; LG Itzehoe Urt. v. 23.11.2018 – 3 O 151/18, MMR 2019, 186 (187) – Verbotene Schleichwerbung durch Influencer-Marketing.

38 LG Düsseldorf Urt. v. 12.6.2019 – 12 O 296/18, Rn. 33.

39 LG Itzehoe Urt. v. 23.11.2018 – 3 O 151/18, MMR 2019, 186 (187) – Verbotene Schleichwerbung durch Influencer-Marketing.

nicht entgegen, dass die Nutzer durch Klicken auf die Fotografie selbst tätig werden müssen, um die Werbung wahrzunehmen, entschied das LG Düsseldorf:

Nicht jeder Nutzer ist bei einem Klick auf das Bild auf der Suche nach Informationen über die abgebildeten Produkte und Marken. Vielmehr könnten sonstige nähere Informationen über den Beklagten hinterlegt sein. Die Nutzer werden schon durch die Einbettung der Verlinkungen beeinflusst, die ohne einen Willensentschluss der Nutzer geschieht.⁴⁰

- 25 Die Setzung eines **Hashtags** mit dem Firmennamen soll hingegen, zumindest nach der weniger überzeugenden Ansicht des LG Itzehoe⁴¹, für eine geschäftliche Handlung allein noch nicht genügen. Sofern sich durch die Verwendung des Hashtags die Nutzer für die Produkte der Firma interessieren, sei darin lediglich eine Reflexwirkung zu sehen.
- 26 Aber auch die Veröffentlichung von **selbst gekauften Produkten** kann Aufmerksamkeit bei potenziellen Werbekunden erzeugen und den Marktwert für zukünftige Werbeaktionen steigern. Damit kann zumindest auch das eigene gewerbliche Handeln gefördert werden⁴².
- 27 Die **Imagepflege**, der **Aufbau der eigenen Marke**, der **Gewinn von Followern** und die **Steigerung des Verkehrswerts** sind somit ebenfalls als geschäftliche Handlung im Sinne des § 2 Abs. 1 UWG zu qualifizieren⁴³. Deshalb entschied das LG Karlsruhe auch, dass bekannte Influencer nie privat handeln würden. Vielmehr dienen auch die privat anmutenden Veröffentlichungen der Werbung – nämlich der eigenen Vermarktung, um damit die eigenen Follower bei Laune zu halten.⁴⁴
- 28 Auch eine **hohe Anzahl an Followern** kann bereits ein Indiz für eine geschäftliche Handlung sein, denn hieraus kann sich ein grundsätzliches Bestreben ergeben, andere Nutzer zum Kauf von Produkten zu animieren und damit selbst Geld zu verdienen oder geldliche Vorteile zu ziehen⁴⁵. Eine Anzahl von mehr als 50.000 Follower könnte dafür bereits ausreichend sein⁴⁶.
- 29 Ebenso eine **hohe Anzahl an eigenen Veröffentlichungen** soll, zumindest nach Ansicht des LG Heilbronn⁴⁷, bereits als Indiz genügen: Je mehr Werbeaufträge, desto mehr Posts und desto mehr „Follower“; aber auch: Je mehr „Follower“ oder Posts, desto mehr Werbeaufträge.

40 LG Düsseldorf Urt. v. 12.6.2019 – 12 O 296/18, Rn. 35.

41 LG Itzehoe Urt. v. 23.11.2018 – 3 O 151/18, MMR 2019, 186 (187) – Verbotene Schleichwerbung durch Influencer-Marketing.

42 LG Heilbronn Urt. v. 8.5.2018 – 21 O 14/18 KfH ZUM-RD 2019, 180 (183).

43 LG Göttingen Urt. v. 13.11.2019 – 3 O 22/19, GRUR-RS 2019, 36553; OLG Karlsruhe Urt. v. 9.9.2020 – 6 U 38/19, GRUR 2021, 88 (89) – Instagram Tap-Tags; LG Düsseldorf Urt. v. 12.6.2019 – 12 O 296/18; aA OLG München Urt. v. 25.6.2020 – 29 U 2333/19, GRUR 2020, 1096 – Blauer Plüschelafant.

44 LG Karlsruhe Urt. v. 21.3.2019 – 13 O 38/18 KfH MMR 2019, 329; *Terbaag/Schwarz* K&R 2019, 612 (614).

45 LG Osnabrück Urt. v. 12.6.2018 – 14 O 135/18, LSK 2018, 18457; LG Hamburg Urt. v. 31.1.2019 – 312 O 341/18, BeckRS 2019, 14924; LG Heilbronn Urt. v. 8.5.2018 – 21 O 14/18 KfH ZUM-RD 2019, 180 (183); LG Berlin Urt. v. 24.5.2018 – 52 O 101/18, MMR 2018, 543 (544).

46 LG Berlin Urt. v. 24.5.2018 – 52 O 101/18, MMR 2018, 543.

47 LG Heilbronn Urt. v. 8.5.2018 – 21 O 14/18 KfH ZUM-RD 2019, 180 (183).

Ein Indiz kann es auch sein, wenn die Influencerin bzw. der Influencer über eine **Umsatzsteuer-Identifikationsnummer** im Sinne § 27 a UStG verfügt. Nach § 2 Abs. 1 UStG ist Unternehmer, wer eine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit selbstständig ausübt. Damit unterfiele ein Unternehmer im umsatzsteuerrechtlichen Sinne ohne Weiteres dem wettbewerbsrechtlichen Unternehmerbegriff⁴⁸. 30

3. Anspruchsberechtigte

Auch wenn das UWG die Verbraucher und die Allgemeinheit schützt, ist **nicht jedermann anspruchsberechtigt** im Sinne des Gesetzes. Ansprüche auf Beseitigung und Unterlassung können nach § 8 Abs. 3 UWG nur von folgenden Parteien geltend gemacht werden: 31

- **Mitbewerber** (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG),
- **rechtsfähige Verbände** zur Förderung gewerblicher oder selbstständiger beruflicher Interessen soweit ihnen eine erhebliche Zahl von Unternehmern angehört, die Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben, wenn sie insbesondere nach ihrer personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung imstande sind, ihre satzungsmäßigen Aufgaben der Verfolgung gewerblicher oder selbstständiger beruflicher Interessen tatsächlich wahrzunehmen und soweit die Zuwiderhandlung die Interessen ihrer Mitglieder berührt (§ 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG),
- **qualifizierte Einrichtungen**, die nachweisen, dass sie in der Liste der qualifizierten Einrichtungen nach § 4 des Unterlassungsklagengesetzes oder in dem Verzeichnis der Europäischen Kommission nach Artikel 4 Absatz 3 der Richtlinie 2009/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.4.2009 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen (ABl. L 110 vom 1.5.2009, S. 30) eingetragen sind (§ 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG),
- **Industrie- und Handelskammern** und **Handwerkskammern** (§ 8 Abs. 3 Nr. 4 UWG).

Zu den **rechtsfähigen Verbänden** zur Förderung gewerblicher oder selbstständiger beruflicher Interessen (§ 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG) gehören beispielsweise der Verband Sozialer Wettbewerb e.V.⁴⁹ und die Zentrale zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs e.V. (Wettbewerbszentrale). Zu den **Verbraucherschutzverbänden** (§ 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG) gehören beispielsweise die Verbraucherzentrale Bundesverband (VZBV) sowie die Verbraucherzentralen der Bundesländer. Die vollständige Liste der qualifizierten Einrichtungen nach § 4 UklG ist auf der Webseite des Bundesjustizministeriums⁵⁰ einsehbar. 32

Ein **Mitbewerber** ist jeder Unternehmer, der mit einem oder mehreren Unternehmern als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis steht (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG). Mitbewerber kann demnach nur ein Unternehmer (§ 2 Abs. 1 Nr. 6 UWG) sein. Es wird demnach bei der Geltend- 33

⁴⁸ OLG Koblenz Urt. v. 16.12.2020 – 9 U 595/20.

⁴⁹ OLG Karlsruhe Urt. v. 9.9.2020 – 6 U 38/19, GRUR 2021, 88 = MMR 2021, 159 – Instagram-TapTags; OLG Köln Urt. v. 19.2.2021 – 6 U 103/20, GRUR-RS 2021, 2170 – Diana zur Löwen.

⁵⁰ www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/Buergerdienste_node.html.

machung von Rechtsansprüchen nach dem UWG vorausgesetzt, dass zwischen dem Anspruchssteller und dem Anspruchsgegner ein **konkretes Wettbewerbsverhältnis** besteht. Der BGH definiert das konkrete Wettbewerbsverhältnis wie folgt:

*Ein konkretes Wettbewerbsverhältnis ist gegeben, wenn beide Parteien **gleichartige Waren oder Dienstleistungen innerhalb desselben Endverbraucherkreises abzusetzen versuchen** und daher das Wettbewerbsverhalten des einen den anderen beeinträchtigen, dh im Absatz behindern oder stören kann⁵¹. Dies setzt voraus, dass sich die beteiligten Unternehmen **auf demselben sachlich, räumlich und zeitlich relevanten Markt betätigen**, ohne dass sich der Kundenkreis und das Angebot der Waren oder Dienstleistungen vollständig decken müssen⁵². Auch wenn die Parteien keine gleichartigen Waren oder Dienstleistungen abzusetzen versuchen, besteht ein konkretes Wettbewerbsverhältnis, wenn zwischen den Vorteilen, die die eine Partei durch eine Maßnahme für ihr Unternehmen oder das Dritter zu erreichen sucht, und den Nachteilen, die die andere Partei dadurch erleidet, eine Wechselwirkung in dem Sinne besteht, dass **der eigene Wettbewerb gefördert und der fremde Wettbewerb beeinträchtigt werden kann** und die von den Parteien angebotenen Waren oder Dienstleistungen einen wettbewerblichen Bezug zueinander aufweisen⁵³.*

- 34 Da im Interesse eines wirksamen lauterkeitsrechtlichen Individualschutzes grundsätzlich **keine hohen Anforderungen an das Vorliegen eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses** zu stellen sind, reicht es grundsätzlich aus, dass sich der Anspruchsgegner durch seine Verletzungshandlung im konkreten Fall in irgendeiner Weise in Wettbewerb zu dem Betroffenen stellt⁵⁴.
- 35 Mit Einführung des Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs wird § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG nF⁵⁵ dahin gehend ergänzt, dass der Anspruch nur noch einem Mitbewerber zusteht, der Waren oder Dienstleistungen **in nicht unerheblichem Maße und nicht nur gelegentlich** vertreibt oder nachfragt. Damit soll insbesondere rechtsmissbräuchlichen Abmahnungen vorgebeugt werden.

III. Vorgaben aus dem Werberecht im Influencer-Marketing

- 36 Kaum ein Thema im Bereich des Influencer-Marketings ist umstrittener als die Frage der Einhaltung von Vorgaben aus dem Werberecht. **Werbung** ist jede geschäftliche Äußerung mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, zu fördern. Im Fokus steht dabei häufig die Erforderlichkeit einer Werbekennzeichnung von Beiträgen.
- 37 Wesen des Influencer-Marketings ist die Vermischung von Privatem mit Geschäftlichem. Die werbende Botschaft wird häufig in eine **Geschichte aus dem Privatleben** des Influencers eingebettet. Eine höchstrichterliche Entscheidung des Bundesgerichts-

51 BGH Urt. v. 6.6.2019 – I ZR 67/18, GRUR 2019, 970 (972) – Erfolgshonorar für Versicherungsberater; BGH Urt. v. 20.12.2018 – I ZR 112/17, GRUR 2019, 189 (196) – Crailsheimer Stadtblatt II.

52 BGH Urt. v. 17.10.2013 – I ZR 173/12, GRUR 2014, 573 – Werbung für Fremdprodukte.

53 BGH Urt. v. 6.6.2019 – I ZR 67/18, GRUR 2019, 970 (972) – Erfolgshonorar für Versicherungsberater; BGH Urt. v. 20.12.2018 – I ZR 112/17, GRUR 2019, 189 (196) – Crailsheimer Stadtblatt II.

54 OLG Nürnberg Urt. v. 12.11.2019 – 3 U 592/19, GRUR 2020, 198 (199).

55 Mit Wirkung vom 1.12.2021.

hofs zur Frage, ob und wenn ja in welcher Form ein solcher Beitrag als Werbung gekennzeichnet werden muss, liegt bislang nicht vor. Viele Instanzgerichte haben sich damit jedoch bereits befasst⁵⁶. Auch der Gesetzgeber hat das Problem erkannt und beabsichtigt, § 5 a Abs. 6 UWG zu ändern.

Vorgaben zur Werbekennzeichnung finden sich in § 6 TMG sowie §§ 8 Abs. 3, 22 Abs. 1 MStV (früher: § 58 Abs. 3 RStV iVm §§ 7, 8 RStV⁵⁷), wobei sich die Gerichte überwiegend mit § 5 a Abs. 6 UWG – also dem Lauterkeitsrecht – auseinandersetzen. Darauf soll im Folgenden auch im Detail eingegangen werden. Die lauterkeitsrechtlichen Vorschriften betreffen nicht nur die Influencer, sondern es haften grundsätzlich auch die beauftragenden Unternehmen für entsprechende Rechtsverstöße⁵⁸.

1. Pflicht zur Kennzeichnung?

Die Hauptfrage, welche die Rechtsprechung in jüngster Zeit beschäftigt, ist: Ist eine Werbekennzeichnung des konkreten Beitrags überhaupt erforderlich? Hier gibt es ganz **unterschiedliche Tendenzen**, insbesondere in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. Kernvorschrift in diesem Zusammenhang ist der selbstständige Unlauterkeitsstatbestand⁵⁹ des § 5 a Abs. 6 UWG. Die Regelung dient hauptsächlich dem Schutz der Verbraucher.

a) Die Voraussetzungen des § 5 a Abs. 6 UWG

Nach § 5 a Abs. 6 UWG 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.

aa) Kommerzielle Zweck einer geschäftlichen Handlung nicht kenntlich gemacht

Nach § 5 a Abs. 6 UWG gilt der Grundsatz, dass der kommerzielle Zweck einer geschäftlichen Handlung kenntlich gemacht werden muss.

Es muss demnach zunächst eine geschäftliche Handlung im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG (→ Rn. 9 ff.) vorliegen. Unter dem kommerziellen Zweck versteht man den **Werbecharakter einer geschäftlichen Handlung**⁶⁰. Eine Nichtkenntlichmachung ist anzunehmen, wenn die Handlung so vorgenommen wird, dass der Werbecharakter nicht klar und eindeutig zu erkennen ist⁶¹.

Dabei ist auf den konkreten Einzelfall abzustellen und es sind alle tatsächlichen Umstände sowie die Beschränkungen des verwendeten Kommunikationsmittels zu berücksichtigen⁶².

56 *Terhaag/Schwarz* K&R 2019, 612.

57 Der Rundfunkstaatsvertrag (RStV) wurde am 7.11.2020 durch den Medienstaatsvertrag (MStV) ersetzt.

58 OLG Celle Ur. v. 8.6.2017 – 13 U 53/17, GRUR 2017, 1158 – Hashtag #ad.

59 Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler UWG § 5 a Rn. 7.10.

60 Ohly/Sosnitzer/Sosnitzer, UWG § 5 a Rn. 95.

61 BGH Ur. v. 31.10.2012 – I ZR 205/11, GRUR 2013, 644 (646) – Preisrätselgewinnauslobung V; BGH Ur. v. 30.6.2011 – I ZR 157/10, GRUR 2012, 184 (185) – Branchenbuch Berg.

62 OLG Frankfurt/M. Beschl. v. 22.2.2019 – 6 W 9/19, MMR 2019, 313 (315) – Unlautere Veröffentlichung „gekaufter“ Kundenbewertungen auf Internet-Plattform.

bb) Kommerzielle Zweck unmittelbar aus den Umständen

- 44 Die Kenntlichmachung kann jedoch unterbleiben, wenn sich unmittelbar aus den Umständen ergibt, dass ein kommerzieller Zweck verfolgt wird. Für den Verbraucher muss sich dies **auf den ersten Blick und unmissverständlich** ergeben. Nur in diesem Fall ist es unnötig, darauf noch gesondert hinzuweisen⁶³.
- 45 Für die Frage, wie die Werbung verstanden wird, ist die Sichtweise des **durchschnittlich informierten, situationsadäquat aufmerksamen und verständigen durchschnittlichen Mitglieds** der angesprochenen Verbraucherkreise maßgebend (§ 3 Abs. 4 S. 1 UWG)⁶⁴. Dabei ist dann beispielsweise auch zu berücksichtigen, ob sich das Angebot an jugendliche oder erwachsene Verbraucher richtet⁶⁵.

cc) Geschäftliche Relevanz

- 46 Die Nichtkenntlichmachung muss geeignet sein, den Verbraucher zu einer **geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen**, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Die Handlung muss demnach geeignet sein, die Interessen der Verbraucher spürbar zu beeinträchtigen. Unter eine geschäftliche Entscheidung wird nicht nur die Entscheidung zum Kauf, also zum Vertragsschluss, gefasst, sondern jede Entscheidung, welche mit § 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG im Zusammenhang steht⁶⁶.
- 47 Nach der **Legaldefinition des § 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG** ist eine geschäftliche Entscheidung jede Entscheidung eines Verbrauchers oder sonstigen Marktteilnehmers darüber, ob, wie und unter welchen Bedingungen er ein Geschäft abschließen, eine Zahlung leisten, eine Ware oder Dienstleistung behalten oder abgeben oder ein vertragliches Recht im Zusammenhang mit einer Ware oder Dienstleistung ausüben will, unabhängig davon, ob der Verbraucher oder sonstige Marktteilnehmer sich entschließt, tätig zu werden.

dd) Verhältnis des § 5 a Abs. 6 UWG zu anderen Vorschriften

- 48 Innerhalb des UWG sind vorrangig die **Unlauterkeitstatbestände des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG** zu prüfen⁶⁷. Für das Influencer-Marketing sind insbesondere die Ziffern 11, 21, 23 und 28 des Anhangs relevant. Wird der kommerzielle Zweck nicht kenntlich gemacht, können zudem die Tatbestände des § 5 Abs. 1 UWG (Irreführung)⁶⁸ sowie des § 7 UWG (unzumutbare Belästigung)⁶⁹ erfüllt sein.
- 49 § 5 a Abs. 6 UWG wird von **§ 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG** nicht verdrängt, vielmehr wird ein Verstoß gegen die Vorschrift des Telemediengesetzes von der UWG-Vorschrift erfasst⁷⁰. § 6 TMG stellt jedoch auch eine Marktverhaltensregel dar, welche über § 3 a

63 OLG Frankfurt/M. Beschl. v. 22.2.2019 – 6 W 9/19, MMR 2019, 313 (315) – Unlautere Veröffentlichung „gekaufter“ Kundenbewertungen auf Internet-Plattform.

64 OLG Frankfurt/M. Beschl. v. 23.10.2019 – 6 W 68/19, GRUR 2020, 208 (209) – Die Influencerin; OLG Karlsruhe Urt. v. 9.9.2020 – 6 U 38/19, GRUR 2021, 88 (92) – Instagram-TapTags; BGH Urt. v. 30.6.2011 – I ZR 157/10, GRUR 2012, 184 (185) – Branchenbuch Berg.

65 OLG Frankfurt/M. Beschl. v. 23.10.2019 – 6 W 68/19, GRUR 2020, 208 (209) – Die Influencerin; OLG Karlsruhe Urt. v. 9.9.2020 – 6 U 38/19, GRUR 2021, 88 (92) – Instagram-TapTags.

66 Köhler/Bornkamm/Fedderson/Köhler, UWG § 5 a Rn. 7.28; OLG Nürnberg Urt. v. 15.1.2019 – 3 U 724/18, GRUR-RR 2019, 170 (173).

67 Köhler/Bornkamm/Fedderson/Köhler, UWG § 5 a Rn. 7.11; Ohly/Sosnitza/Sosnitza, UWG § 5 a Rn. 93.

68 Köhler/Bornkamm/Fedderson/Köhler, UWG § 5 a Rn. 7.13 mwN.

69 Köhler/Bornkamm/Fedderson/Köhler, UWG § 5 a Rn. 7.15 mwN.

70 Köhler/Bornkamm/Fedderson/Köhler, UWG § 5 a Rn. 7.19; Ohly/Sosnitza/Sosnitza, UWG § 5 a Rn. 93.

UWG zur Anwendung kommt. Im Verhältnis zu Verbrauchern soll jedoch § 5 a Abs. 6 UWG vorrangige Anwendung finden⁷¹.

Auch die Vorschriften §§ 8 Abs. 3, 22 Abs. 1 MStV (früher: § 58 Abs. 3 RStV iVm §§ 7, 8 RStV⁷²) verdrängen § 5 a Abs. 6 UWG nicht. Die Ansprüche stehen nebeneinander⁷³. Bei Verstößen drohen hohe Bußgelder, § 115 MStV. Die Kontrolle übernehmen die Landesmedienanstalten⁷⁴.

b) Rechtsprechung zum Influencer-Marketing

Innerhalb der Rechtsprechung haben sich bislang insbesondere zwei **divergierende Ansichten** herausgebildet. Auch zwischen diesen Lagern gibt es jedoch noch unterschiedliche Ausprägungen hinsichtlich der Werbekennzeichnung, weshalb die wesentlichen Ansichten der Gerichte nachfolgend kurz dargestellt werden.

aa) Werbekennzeichnung nicht entbehrlich

(1) Oberlandesgericht Karlsruhe – Pamela Reif

Das Oberlandesgericht Karlsruhe entschied im Fall von *Pamela Reif*⁷⁵, dass eine Werbekennzeichnung auf ihrem Instagram-Kanal hinsichtlich der Angebote von Dritten erforderlich ist.

Zum Zeitpunkt der Entscheidung folgten ihr rund 4 Mio. Follower. Die Influencerin betreibt einen mit blauem Häkchen gekennzeichneten **Business-Account**, auf welchem sie mehrere hundert Bilder pro Jahr veröffentlicht und in den Begleittexten die Themen Mode, Ernährung, Fitness und Lifestyle behandelt. Auf ihren Fotos ist die Karlsruherin meist selbst abgebildet. Die Posts von Pamela Reif sind darüber hinaus zum Teil mit Hinweisen auf die Hersteller der von ihr getragenen Kleidung oder sonstiger Gegenstände, die im Bild zu erkennen sind, versehen. Diese Hinweise erfolgen durch Hashtags (#) oder TapTags, also Verlinkungen zu anderen Instagram-Accounts.

Der Verband Sozialer Wettbewerb sah in drei Veröffentlichungen, welche Szenen aus dem Privatleben von Pamela Reif wiederzugeben scheinen, jedoch mit sog. TapTags versehen und nicht als Werbung gekennzeichnet waren, eine unzulässige getarnte Werbung im Sinne des § 5 a Abs. 6 UWG. Dem folgte der Senat grundsätzlich⁷⁶, denn der kommerzielle Zweck sei nicht unmittelbar aus den Umständen erkennbar. Bei der Bestimmung ist nach § 3 Abs. 4 S. 1 Var. 2 UWG auf die Sicht eines durchschnittlich informierten, situationsadäquat aufmerksamen und verständigen **Durchschnittsmit-**

71 Köhler/Bornkamm/Fedderson/Köhler, UWG § 3 a Rn. 1.310 a.

72 Der Rundfunkstaatsvertrag (RStV) wurde am 7.11.2020 durch den Medienstaatsvertrag (MStV) ersetzt.

73 *Sobotka/Czernik* MMR 2017, 769 (771).

74 Einige Landesmedienanstalten informieren auch zur richtigen Kennzeichnung. Beispielsweise bringen sie eine sog. Kennzeichnungsmatrix heraus, welche kostenlos im Internet (zB bei der Landesmedienanstalt NRW) einsehbar ist (Stand: Juli 2021): www.medienanstalt-nrw.de/themen/influencer-marketing.

75 OLG Karlsruhe Urt. v. 9.9.2020 – 6 U 38/19, GRUR 2021, 88 = MMR 2021, 159 – Instagram-TapTags; bereits in erster Instanz wurde der Klage stattgegeben: LG Karlsruhe Urt. v. 21.3.2019 – 13 O 38/18 KfH MMR 2019, 329 = K&R 2019, 422 = GRUR-RR 2019, 328; die Revision wird nun beim BGH unter dem Az. I ZR 163/20 geführt.

76 OLG Karlsruhe Urt. v. 9.9.2020 – 6 U 38/19, GRUR 2021, 88 (92) – Instagram-TapTags.

glieds des angesprochenen Verbraucherkreises abzustellen.⁷⁷ Vorliegend sei demnach zu berücksichtigen, dass Pamela Reif **überwiegend junge Follower** im Alter zwischen 13 und 24 Jahren habe⁷⁸.

55 Hinsichtlich der Frage, ob der kommerzielle Zweck im konkreten Fall aus den Umständen erkennbar ist, **differenzierte** das OLG Karlsruhe – und zwar zwischen den von einer Influencerin verfolgten Zweck, **ihren eigenen Absatz zu fördern** und zwischen dem verfolgten Zweck, **zugunsten der Unternehmen bestimmter Dritter tätig zu werden** und den Absatz ihrer Produkte zu fördern⁷⁹.

56 Hinsichtlich der Tätigkeit der Influencerin zugunsten ihres eigenen Unternehmens ging der Senat von einer **Offensichtlichkeit des kommerziellen Zwecks** aus:

*Im Hinblick auf den von der Bekl. verfolgten Zweck, ihren eigenen Absatz zu fördern, erkennt der Senat sowohl die **Entwicklung des Berufsbilds „Influencer“** als auch die **Selbstverständlichkeit von dessen Verbreitung bei den angesprochenen Adressaten**. Der Senat weiß, dass Kinder und Jugendliche nicht mehr allein davon träumen, als Sportler oder Pop-Star reich und berühmt zu werden, sondern dass Schüler Influencern als Vorbildern nacheifern und – gelegentlich mit erheblichem Erfolg – eigene Kanäle auf YouTube oder anderen sozialen Netzen betreiben. Er geht auch davon aus, dass die angesprochenen Verkehrskreise wissen, dass der verifizierte Instagram-Account der Bekl. nicht deshalb von über 4 Mio. Nutzern abonniert wurde, weil die Bekl. so gut singen kann, eine hervorragende Schauspielerin ist, als Klimaaktivistin in aller Munde ist oder die Menschen sich für sie interessieren, weil sie dem Hochadel angehört, selbst wenn berühmte Personen auf Instagram Accounts mit ähnlich hohen Followerzahlen wie die Bekl. unterhalten⁸⁰.*

57 Die angesprochenen Adressaten, gerade **Jugendliche und junge Erwachsene**, die auf ihren Account stoßen, wüssten vielmehr, dass Pamela Reif eine Influencerin sei. Sie kennen ihr Geschäftsmodell und wissen, womit sie ihre Einkünfte erziele.

58 Anders müsse dies hingegen hinsichtlich der **Tätigkeit zugunsten von Dritten** beurteilt werden. Dieser unmittelbare Zweck ergebe sich nicht aus den Umständen. Die besondere Attraktivität des Accounts von Influencern für andere Nutzer ergebe sich aus der Gestaltung des Accounts mit Bildern, Videos und Begleittexten. Durch das regelmäßige Posten von Informationen mache der Influencer sich und seinen Account für seine Follower interessant.

Das mag so sein, weil der Influencer nach landläufigen Maßstäben gut aussieht und „schöne“ Bilder von sich postet, weil er seinen Followern den Eindruck vermittelt

77 OLG Karlsruhe Urt. v. 9.9.2020 – 6 U 38/19, GRUR 2021, 88 (92) – Instagram-TapTags unter Bezugnahme auf: OLG Frankfurt Beschl. v. 23.10.2019 – 6 W 68/19, GRUR 2020, 208 – Die Influencerin.

78 Das LG Karlsruhe ging davon aus, dass bei der Frage auf die Sicht von Kindern abzustellen sei, weil Pamela Reif in der mündlichen Verhandlung angegeben habe, ihre Nutzer seien hauptsächlich zwischen 16 und 24 Jahre alt, einige aber durchaus auch jünger. In der Berufung teilte sie mit, 40 % ihrer Follower seien zwischen 18 und 24 Jahre alt und rund 5 % der Follower seien im Alter zwischen 13 und 17 Jahren. Das OLG Karlsruhe ging indes davon aus, dass der Erfahrungshorizont selbst der 13- bis 17-jährigen sich im Hinblick auf Existenz und Funktionsweise des Influencer-Marketings nicht nennenswert vom demjenigen der 18- bis 24-jährigen unterscheidet.

79 So auch: OLG Koblenz Urt. v. 16.12.2020 – 9 U 595/20.

80 OLG Karlsruhe Urt. v. 9.9.2020 – 6 U 38/19, GRUR 2021, 88 (92) – Instagram-TapTags.

*kann, ebenso schön zu werden, weil er ein abwechslungsreiches, luxuriöses oder aufregendes Leben teilt, das die Follower nicht haben, oder weil er die weniger schönen Augenblicke des Lebens weitergibt und seinen Followern zeigt, dass sie mit ihren Schwächen, Leiden oder Problemen nicht allein sind.*⁸¹

Stets erzeuge die Influencerin bzw. der Influencer eine **besondere Bereitschaft der Follower**, die Botschaften wahrzunehmen und ihnen wohlwollend näherzutreten. 59

*In den Posts enthaltene Werbebotschaften gelangen in den Genuss des Wohlwollensvorteils, wohingegen herkömmliche Werbung erst die Abneigung der Adressaten überwinden muss. Während die Werbeaussage einer aus anderen Gründen prominenten Person (sog. **celebrity endorsement**) häufig gekünstelt wirkt und als das erscheint, was sie per definitionem ist, nämlich gekauft, treten Influencer ihren Followern innerhalb des sozialen Netzwerkes auf Augenhöhe gegenüber und wirken authentisch. In ihren Posts gerieren sich Influencer als Privatpersonen, die lediglich ihr Leben (mit-)teilen, dabei aber zugleich fremde Produkte präsentieren*⁸². 60

Es liege in der **Natur der Veröffentlichungen von Influencern**, dass in ihnen Werbebotschaften zugunsten bestimmter dritter Unternehmen und Inhalte vermengt sind⁸³. In den meisten Fällen würden die in den Bildern und Videos erkennbaren Gestaltungselemente (zB Setting, Kleidung, Make-Up, Accessoires) eine Mischung aus Privat- und Berufsleben sein. 60

*Weil dies so ist, gehen auch die angesprochenen Verkehrskreise nicht davon aus, dass der Influencer einen kommerziellen Zweck der Absatzförderung hinsichtlich sämtlicher in der Gestaltung des Posts erkennbar dargestellter Produkte verfolgt. Im Gegenteil halten die Mitglieder der Community bis zu einem – auch von Influencern wahrgenommenen – Punkt den Influencer, wie er sich in seinen Posts präsentiert, für „**authentisch**“, für „**einen von ihnen**“, der es eben geschafft hat, für das, was alle wollen, auch noch eine erhebliche Vergütung zu erhalten.*⁸⁴

Die **wettbewerbliche Gefährdungslage** resultiere also gerade aus der Gemengelage von privatem Erscheinungsbild und von Drittinteressen unberührten Kommunikationselementen einerseits und von Drittinteressen beeinflussten Kommunikationselementen andererseits. 61

*Diese Gefährdungslage, die durch das Geschäftsmodell des Influencers geschaffen wird, gebietet zu ihrer Begrenzung eine **umfassende Pflicht zur Offenlegung der wirtschaftlichen Beziehungen des Influencers zu Drittunternehmen.***⁸⁵

Der kommerzielle Zweck werde auch nicht durch die **Verwendung des blauen Häkchens** im Accountnamen erkennbar. Denn dieses Zeichen diene lediglich der Verifizierung, die nicht allein gewerbliche Nutzer, sondern auch Prominente beantragen können. Mit dem Häkchen soll letztlich nur dokumentiert werden, dass sie selbst als Influencerin ein Unternehmen betreibe. 62

81 OLG Karlsruhe Urt. v. 9.9.2020 – 6 U 38/19, GRUR 2021, 88 (93) – Instagram-TapTags.

82 OLG Karlsruhe Urt. v. 9.9.2020 – 6 U 38/19, GRUR 2021, 88 (93) – Instagram-TapTags.

83 So auch: OLG Koblenz Urt. v. 16.12.2020 – 9 U 595/20.

84 OLG Karlsruhe Urt. v. 9.9.2020 – 6 U 38/19, GRUR 2021, 88 (93) – Instagram-TapTags.

85 OLG Karlsruhe Urt. v. 9.9.2020 – 6 U 38/19, GRUR 2021, 88 (93) – Instagram-TapTags.

- 63 Auch ein **Hinweis auf eine bezahlte Partnerschaft** mit Drittunternehmen, welche einige Veröffentlichungen enthalten, genüge nicht um die „spezifische Intransparenz“ zu beseitigen. Denn solche Hinweise würden nur in Fällen verwendet, in denen tatsächlich eine Vergütung gezahlt würde. Tatsächlich sei der objektive Zusammenhang mit der Förderung fremden Absatzes aber schon dann zu bejahen, wenn lediglich ein **Werbeüberschuss** bestehe, also Produkte bestimmter Unternehmen in einer Weise hervorgehoben werden, die vom jeweiligen Gegenstand der Kommunikation nicht gefordert wird. Dies sei insbesondere bei TapTags der Fall⁸⁶.
- 64 Die unterlassene Kenntlichmachung des kommerziellen Zwecks würde letztlich dazu führen, dass die Nutzer **dem vermeintlich privaten Beitrag mehr Beachtung schenken**, als einer Veröffentlichung welche erkennbar als Werbung gekennzeichnet sei. Die Nutzer würden, sofern sie die verlinkten Accounts besuchen, unmittelbar der Werbung des Drittunternehmens ausgesetzt. Somit werde der Nutzer auch zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst, die der andernfalls nicht getroffen hätte.

(2) Oberlandesgericht Köln – Diana zur Löwen

- 65 Mit mehreren Instagram-Veröffentlichungen der Influencerin **Diana zur Löwen** befasste sich das Oberlandesgericht Köln⁸⁷. Die in dem Rechtsstreit Beklagte ist überwiegend im Bereich Mode und Lebensstil als Influencerin tätig. In jüngster Zeit veröffentlichte sie jedoch auch eine Vielzahl von Beiträgen zu gesellschaftlichen und politischen Themen. Nach Feststellung des Gerichts betreibt zur Löwen Kanäle auf YouTube und Instagram mit hohen sechsstelligen Follower-Zahlen. Sie erzielt hohe Umsätze, beschäftigt einen Manager und hat in der Vergangenheit Kooperationsverträge mit Unternehmen unterhalten.
- 66 Das Oberlandesgericht hatte sich auch mit Vertragsstrafeansprüchen gegen die Influencerin zu befassen: Im Vorfeld zum Rechtsstreit, den das OLG Köln zu entscheiden hatte, wurde die Influencerin vom Verband Sozialer Wettbewerb e.V. im Juli 2018 abgemahnt, weil sie mehrere Fotografien, welche sie mit Modeprodukten zeigten und mit „Tags“ zu den Herstellern versehen waren, ohne Werbekennzeichnung veröffentlicht hatte. Die Influencerin gab eine **Unterlassungserklärung** ab. Im Februar 2019 mahnte der Verband Sozialer Wettbewerb e.V. neun Motive als Verstöße gegen die Unterlassungserklärung ab und forderte eine Vertragsstrafe. Nach einem Schriftwechsel zahlte die Influencerin einen Betrag in Höhe von 1.800 Euro. Im Oktober 2019 mahnte der Verband die Influencerin sodann erneut wegen der Veröffentlichungen von **drei nicht als kommerziell gekennzeichneten Veröffentlichungen** ab und forderte eine Vertragsstrafe in Höhe von 10.200 Euro sowie eine Unterlassungserklärung, welche mit mindestens 6.000 Euro beziffert war. Die Influencerin gab eine Unterwerfungserklärung nach sog. Hamburger Brauch (→ § 7 Rn. 83) hinsichtlich einer Veröffentlichung ab, welche der Verband jedoch als unzureichend zurückwies, und verweigerte die Abgabe hinsichtlich der übrigen beiden Postings. Streitgegenständlich waren somit Unterlassungsansprüche sowie der Anspruch auf Zahlung der geforderten Ver-

⁸⁶ OLG Karlsruhe Urt. v. 9.9.2020 – 6 U 38/19, GRUR 2021, 88 (94) – Instagram-TapTags.

⁸⁷ OLG Köln Urt. v. 19.2.2021 – 6 U 103/20, GRUR-RS 2021, 2170 – Diana zur Löwen; bereits in erster Instanz unterlag die Influencerin vor dem LG Köln Urt. v. 21.7.2020 – 33 O 138/19, GRUR-RS 2020, 17906; die Revision wird nun beim BGH unter dem Az. I ZR 35/21 geführt.

tragsstrafe. Das Landgericht Köln gab dem Verband recht, das OLG Köln bestätigte die Ansicht⁸⁸.

Der Kölner Senat hielt eine Werbekennzeichnung vorliegend nicht für entbehrlich. Das Argument der Influencerin zur Löwen, dass ihre Follower wüssten, dass Influencer und Blogger auf Instagram häufig durch die Werbekooperationen finanziert würden, ließ das OLG Köln nicht gelten: Dieses allgemeine Wissen schließe nicht aus, dass Kooperationen sowie entgeltfinanzierte Inhalte nach den gesetzlichen Vorgaben zu kennzeichnen wären⁸⁹. Auch seien **Veröffentlichungen auf followerstarken Profilen**, wie dem der beklagten Influencerin, nicht stets kommerziell motiviert⁹⁰. Schon der Vortrag der beklagten Influencerin widerspreche dieser Annahme, entschied der Senat. Denn sie gestehe zu, dass ihre Follower **Wert auf Authentizität** legten, welcher ein entscheidender Erfolgsfaktor für Influencer sei. 67

*Auch die Bekl. legt auf diese Authentizität Wert, wenn sie vorträgt, in jüngerer Zeit verstärkt politisches Engagement über ihre Vorbildfunktion zu kommunizieren. Follower erwarten zu Recht, dass ein solches Engagement nicht kommerziell motiviert oder beeinflusst ist. Man würde dem Charakter von Instagram als soziales Medium nicht gerecht werden, würde man alle Profile als kommerziell motiviert ansehen.*⁹¹ 68

Zudem hatte die beklagte Influencerin ausgeführt, die Bekleidungsstücke selbst erworben bzw. in einem Fall zur Verfügung gestellt bekommen zu haben. Die anschließenden Veröffentlichungen sowie die verwendeten Tags seien rein **redaktionell motiviert** gewesen. 68

Das OLG Köln sah in der den Veröffentlichungen dennoch eine **kommerzielle Motivation**, denn die Indizien sprächen für eine Werbeabsicht der beklagten Influencerin⁹². Dabei könne weder pauschal gefolgert werden, dass ein auch geringer redaktioneller Anlass bereits das kommerzielle Interesse ausschließe, noch dass allein bei Nachweis eines konkreten Entgelts die Unlauterkeit anzunehmen wäre. Entscheidend sei vielmehr, dass § 5 a Abs. 6 UWG eine Vermutung zugunsten einer überwiegenden kommerziellen Absicht nur ausschließe, wenn einerseits sowohl eine konkrete Entgeltzahlung als auch ein mittelbarer Vorteil seitens des begünstigten Unternehmens ausscheide, andererseits keine einseitige und übermäßige Herausstellung des objektiv begünstigten Unternehmens vorliege⁹³. 69

Der Senat zieht dabei einen Vergleich zum Grundsatz des **Trennungsgebots** aus dem Rundfunk und der Presse, welcher auch bei der sozialen Kommunikation in Diensten wie Instagram beachtlich sei. Die Kennzeichnungsgebote für kommerzielle Kommunikationen sollen den Verbraucher vor einer Irreführung über die eigentliche 70

88 OLG Köln Urt. v. 19.2.2021 – 6 U 103/20, GRUR-RS 2021, 2170 Rn. 1 ff. – Diana zur Löwen.

89 OLG Köln Urt. v. 19.2.2021 – 6 U 103/20, GRUR-RS 2021, 2170 Rn. 32 – Diana zur Löwen.

90 Damit widerspricht das OLG Köln ausdrücklich der Entscheidung OLG München Urt. v. 25.6.2020 – 29 U 2333/19, GRUR 2020, 1096 – Blauer Plüschelefant.

91 OLG Köln Urt. v. 19.2.2021 – 6 U 103/20, GRUR-RS 2021, 2170 Rn. 32 – Diana zur Löwen.

92 OLG Köln Urt. v. 19.2.2021 – 6 U 103/20, GRUR-RS 2021, 2170 Rn. 33 – Diana zur Löwen.

93 OLG Köln Urt. v. 19.2.2021 – 6 U 103/20, GRUR-RS 2021, 2170 Rn. 38 – Diana zur Löwen.

Motivation einer Kommunikation schützen, aber auch wirtschaftliche Einflüsse auf die inhaltliche Kommunikation begrenzen⁹⁴.

*Gerade durch die Vermischung privater Kommunikation mit der dadurch angestrebten Entwicklung eines für die Unternehmenskommunikation attraktiven Images der Protagonisten ist eine klare Trennung zwischen kommerziellen und inhaltlichen Botschaften vorzunehmen. Auch die von der Bekl. in der Berufung beigefügten Beispiele aus dem Pressebereich zeigen, dass dort jeweils Kennzeichnungen von Anzeigen vorgenommen wurden, sind also kein Beispiel dafür, dass von der Bekl. etwas verlangt wird, was nicht auch im Bereich der klassischen Massenkommunikation gilt und zu befolgen ist. Die **Kennzeichnungspflicht verbietet eine Vermischung redaktioneller und werblicher Kommunikation nicht, sie erfordert nur die Herstellung von Transparenz, bei einer Vermischung, also die Kennzeichnung als Werbung.**⁹⁵*

71 Die Vermutung eines kommerziellen Zwecks konnte die beklagte Influencerin, nach Ansicht des OLG Kölns, vorliegend nicht entkräften⁹⁶. Der redaktionelle Inhalt in den Streitgegenständlichen Veröffentlichungen, in denen sie sich überwiegend lobend zu den gezeigten Produkten äußerte, sei zwar grundsätzlich vorhanden, jedoch als gering zu werten. Vielmehr wiesen die Beiträge einen **überschießenden werblichen Inhalt** auf⁹⁷. Aus diesem Grund seien die Veröffentlichungen entsprechend zu kennzeichnen gewesen.

72 Darüber hinaus erachtete der Senat die Zahlung einer **Vertragsstrafe in Höhe von 10.200 Euro** angesichts der mehrfachen Verstöße für angemessen⁹⁸. Zur weiteren Begründung verwies das OLG Köln auf die Ausführungen der ersten Instanz. Das Landgericht führte diesbezüglich aus:

Eine abschreckende Wirkung der Vertragsstrafe erfordert vorliegend deren nicht unerhebliche Höhe, weil die Beklagte aus ihrer Tätigkeit als Influencerin ganz beträchtliche Einnahmen hat und der Anreiz für Verstöße in Form der Eigenwerbung für sich daher hoch ist. Weiter fällt ins Gewicht, dass die Beklagte eine äußerst hohe Anzahl von Followern hat und die Posts deswegen eine entsprechend hohe Anzahl von Personen erreichen konnte. Das Ausmaß der Zuwiderhandlung ist aus diesem Grund ebenso wie aufgrund der Veröffentlichung dreier entsprechender Posts nicht gering. Zudem handelt es sich bereits um den zweiten Verstoß nach Abgabe der Vertragsstrafenerklärung.⁹⁹

73 Auch wenn man unterstellte, dass die beklagte Influencerin sich über die Rechtslage in Bezug auf unentgeltliche Posts nicht im Klaren war, führe dies nicht dazu, dass die festgesetzte Vertragsstrafe bereits unbillig sei. Die Beklagte verfüge über einen

94 OLG Köln Urt. v. 19.2.2021 – 6 U 103/20, GRUR-RS 2021, 2170 Rn. 40 – Diana zur Löwen unter Bezugnahme auf: BGH Urt. v. 22.2.1990 – I ZR 78/88, GRUR 1990, 611 (615) – Werbung im Programm.

95 OLG Köln Urt. v. 19.2.2021 – 6 U 103/20, GRUR-RS 2021, 2170 Rn. 40 – Diana zur Löwen; so auch: OLG Koblenz Urt. v. 16.12.2020 – 9 U 595/20.

96 OLG Köln Urt. v. 19.2.2021 – 6 U 103/20, GRUR-RS 2021, 2170 Rn. 41 ff. – Diana zur Löwen.

97 So auch: OLG Koblenz Urt. v. 16.12.2020 – 9 U 595/20.

98 OLG Köln Urt. v. 19.2.2021 – 6 U 103/20, GRUR-RS 2021, 2170 Rn. 53 – Diana zur Löwen.

99 LG Köln Urt. v. 21.7.2020 – 33 O 138/19, GRUR-RS 2020, 17906 Rn. 67.