

Landgericht Berlin

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

§§ 3, 3a, 5a VI, 8 I, II UWG, § 6 I Nr.1 TMG

- 1. Unlauter handelt gem. § 5 Abs. 6 UWG, 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.**
- 2. Jemand, der in seinem Instagram-Auftritt Produkte präsentiert und dabei Links zu Internetauftritten der betreffenden Unternehmen setzt und dafür Entgelte oder sonstige Vorteile wie beispielsweise Rabatte oder Zugaben erhält, sei es auch nur durch kostenlose Übersendung der präsentierten Produkte, handelt geschäftlich zur Förderung fremden Wettbewerbs.**
- 3. Eine Kennzeichnung des kommerziellen Zwecks der Beiträge ist dann entbehrlich, angenommen werden kann, dass der kommerzielle Zweck auf den ersten Blick und ohne jeden Zweifel erkennbar sein würde. Es genügt nicht, wenn der durchschnittliche Leser erst nach einer analysierenden Lektüre des Posts dessen werbliche Wirkung erkennt.**

LG Berlin, Urteil vom 24.05.2018, Az.: 52 O 101/18

Tenor:

1. Der Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Verfügung bei Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall der zukünftigen Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu vollziehen an der Antragsgegnerin, untersagt, im geschäftlichen Verkehr unter Abbildung einer Person oder einem Bezug zu einer Person und der Bezeichnung "... " kommerzielle Inhalte vorzustellen, ohne den kommerziellen Zweck der Veröffentlichung zu verdeutlichen, sofern er sich nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt, in dem dies geschieht wie

durch Veröffentlichung von Beiträgen

- mit der Abbildung einer Person oder einem Bezug zu einer Person ("...") = 1. Ansicht,

- nach Aufruf der 1. Ansicht durch einen Klick des Anzeigers des Namens von einem oder mehreren Unternehmen auf der gleichen Seite = 2. Ansicht

und

- durch einen weiteren Klick des Accounts des Unternehmens dessen Name bei der zweiten Ansicht ins Bild gekommen ist = 3. Ansicht,

ohne den kommerziellen Zweck der Veröffentlichung kenntlich zu machen.,

jeweils wenn dies geschieht wie aus den Anlagenkonvoluten A 4 a - c, A 5 a - c, A 6 a - c ersichtlich, die jeweils den Instagram-Blog "... " der Antragsgegnerin zeigen.

(Anm. IT-Stelle:

Von der Übermittlung der hier einzufügenden Anlagen wird verzichtet, da diese ebenfalls unkenntlich gemacht werden müssten.)

2. Die Kosten des Verfahrens hat die Antragsgegnerin zu tragen.

Tatbestand:

1

Der Antragsteller ist ein eingetragener Verein, zu dessen satzungsmäßigen Aufgaben die Wahrung der gewerblichen Interessen seiner Mitglieder, insbesondere die Achtung darauf gehört, dass die Regeln des lautereren Wettbewerbs eingehalten werden.

2

Die Antragsgegnerin ist sog. Influencerin und Bloggerin. Sie unterhält u.a. auf www.....me einen Blog zu den Themen Mode, Beauty, Living, Travel und Lifestyle sowie unter www.....de ein sog. "Blogazine", das sich an Frauen richtet und mit technischen Themen befasst, u.a. aus dem Bereich der Unterhaltungselektronik. Außerdem betreibt sie unter dem Namen "... " eine personalisierte Website auf der Internetplattform Instagram, einem kostenlosen Online-Dienst zum Teilen von Fotos und Videos. Sie unterhält unter der aus dem Passivrubrum ersichtlichen Anschrift ihre Geschäftsanschrift. Bei der dort genannten COR Berlin GmbH handelt es sich um eine Werbeagentur, in deren Räumen die Antragsgegnerin Mieterin ist.

3

Auf Instagram postet die Antragsgegnerin u.a. Bilder von sich und verlinkt diese Bilder mit Instagram-Accounts anderer Personen. Ein sog. Post auf Instagram ist ein Foto oder Video des Instagram-Users und wird unter dessen Accountnamen auf der Plattform geteilt, womit er für andere Nutzer, welche dem User folgen (sog. Follower) dauerhaft einsehbar ist.

4

Gegenstand des einstweiligen Verfügungsverfahrens sind die aus den Anlagen A 4 a - c, A 5 a - c und 6 a - c ersichtlichen Instagram-Posts der Antragsgegnerin.

5

Ein Hinweis darauf, dass es sich bei den streitgegenständlichen Posts um Werbung handelt erfolgte nicht, auch nicht auf der Eingangsseite des Instagram-Accounts der Antragsgegnerin.

6

Der Antragsteller meint, dass es sich bei den streitgegenständlichen drei Posts um unzulässige getarnte Werbung gem. § 5 a Abs. 6 UWG handele und sie daneben auch u.a. gegen § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG verstoße. Die Antragstellerin erwecke den Eindruck, privat tätig zu sein während es in Wirklichkeit um kommerzielle Werbung gehe. Dies müsse die Antragsgegnerin deutlich machen.

7

Der Antragsteller beantragt,

8

der Antragsgegnerin unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu untersagen,

9

im geschäftlichen Verkehr unter Abbildung einer Person oder einem Bezug zu einer Person und der Bezeichnung "... " kommerzielle Inhalte vorzustellen, ohne den kommerziellen Zweck der Veröffentlichung zu verdeutlichen, sofern er sich nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt, indem dies geschieht wie durch Veröffentlichung von Beiträgen

10

o mit der Abbildung einer Person oder einem Bezug zu einer Person ("vrenifrost") = 1. Ansicht,

11

o nach Aufruf der 1. Ansicht durch einen Klick des Anzeigens des Namens von einem oder mehreren Unternehmen auf der gleichen Seite = 2. Ansicht

12

und

13

o durch einen weiteren Klick des Accounts des Unternehmens dessen Name bei der zweiten Ansicht ins Bild gekommen ist = 3. Ansicht

14

ohne die 1. oder 2. Ansicht als kommerzielle Veröffentlichung zu kennzeichnen;

15

jeweils wenn dies geschieht wie aus den Anlagenkonvoluten A 4 a-c, A 5 a-c, A 6 a-c ersichtlich, die jeweils den Instagram-Blog "... " der Antragsgegnerin zeigen.

16

Die Antragsgegnerin beantragt,

17

den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.

18

Die Antragsgegnerin meint, bei den streitgegenständlichen Posts liege keine geschäftliche Handlung vor, da sie insoweit keine kommerziellen Zwecke verfolge, sondern lediglich ihre Fans auf dem Laufenden halte, wo sie sich aufhalte und was sie tue. Die Verlinkungen auf die jeweiligen Unternehmen würden nur erfolgen, um häufigen Fragen ihrer Follower nach der Herkunft der abgebildeten Sachen vorzubeugen. Die Verlinkungen von Markennamen würden keine kennzeichnungspflichtigen Werbemaßnahmen darstellen, wenn sie hierfür keine Vergütung oder sonstige geldwerte Vorteile erhalte.

19

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen und die Schutzschrift der Antragsgegnerin nebst Anlagen vom 10. April 2018 Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

20

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist zulässig und begründet.

21

Dem Antragsteller steht der geltend gemachte Unterlassungsanspruch gem. §§ 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2; 3, 5 a Abs. 6 UWG zu.

22

Der Antragsteller ist gem. § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG klagebefugt. Unstreitig gehören ihm mehrere Verlage und Werbeagenturen an, welche ihrerseits gehalten sind, bei der Gestaltung der Werbung für ihre Kunden die Regeln des lautereren Wettbewerbs zu beachten.

23

Unlautere geschäftliche Handlungen sind gem. § 3 UWG unzulässig. Unlauter handelt gem. § 5 Abs. 6 UWG, 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.

24

Die verfahrensgegenständlichen Instagram-Posts der Antragsgegnerin stellen mit der im einstweiligen Verfügungsverfahren erforderlichen überwiegenden Wahrscheinlichkeit eine geschäftliche Handlung dar.

25

Geschäftliche Handlung bedeutet nach der Legaldefinition des § 2 Abs. 2 Nr. 1 UWG jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt.

26

Die aus den Anlagen Ast A 4 a bis A 6 c ersichtlichen Instagram-Posts der Antragsgegnerin sind nach Auffassung der Kammer geschäftliche Handlungen zur Förderung fremder Unternehmen. Es handelt sich um Werbung, die den Absatz der präsentierten Produkte (im Wesentlichen Bekleidungs- und Kosmetikartikel, Accessoires und Produkte der Unterhaltungsindustrie) steigern soll. Das Interesse an den Produkten wird durch die Antragsgegnerin geweckt, indem sie diese am eigenen Körper bzw. im Zusammenhang mit ihrer Person präsentiert. Der Produktabsatz wird dadurch erleichtert, dass der Interessent bei Betätigung der Links auf den Instagram-Account der Produkthanbieter geleitet wird.

27

Das Kammergericht hat in seiner Entscheidung vom 11.10.2017 - 5 W 221/17 - ausgeführt, dass jedenfalls derjenige, der in seinem Instagram-Auftritt Produkte präsentiert und dabei Links zu Internetauftritten der betreffenden Unternehmen setzt und dafür Entgelte oder sonstige Vorteile wie beispielsweise Rabatte oder Zugaben erhält, sei es auch nur durch kostenlose Übersendung der präsentierten Produkte, geschäftlich zur Förderung fremden Wettbewerbs handelt.

28

Zwar lässt sich vorliegend nicht feststellen, dass die Antragsgegnerin als Gegenleistung für alle streitgegenständlichen Verlinkungen Entgelte oder konkrete Vorteile von den Unternehmen erhalten hat. Vielmehr hat sie bezüglich mehrerer

Artikel, beispielsweise für die aus der Anlage A 4 ersichtlichen Produkte (blaues Sweatshirt, Brosche, Bauchtasche) durch Vorlage von Rechnungen glaubhaft gemacht, dass sie diese Produkte auf eigene Kosten erworben hat. Dies führt aber nicht dazu, im vorliegenden Fall eine geschäftliche Handlung der Antragsgegnerin zur Förderung fremden Wettbewerbs zu verneinen. Die Art der Präsentation der Waren und der Verlinkung auf die Instagram-Auftritte der jeweiligen Unternehmen dienen objektiv der Förderung des Absatzes der auf den als den Anlage 4 c, 5 c und 6 c genannten Unternehmen und damit deren kommerziellen Zwecken. Die Follower werden durch die Verlinkung auf den Instagram-Account der Unternehmen weitergeleitet. Dort können sie nicht nur das von der Antragsgegnerin gezeigte Produkt, sondern zahlreiche Waren aus dem gesamten Shop der jeweiligen Unternehmen betrachten. Die Antragsgegnerin ermöglicht es diesen Unternehmen, einem interessierten Publikum ihre Produkte zu präsentieren und - was zum Teil in den Instagram-Accounts der Unternehmen oder mit diesen verlinkten Internetauftritte auch geschieht - ihre Waren zu Kauf anzubieten. Die Kammer geht mit der im einstweiligen Verfügungsverfahren ausreichenden Wahrscheinlichkeit davon aus, dass nicht nur ein objektiver Zusammenhang zwischen dem Handeln der Antragsgegnerin und der Absatzförderung besteht, sondern dass die Antragsgegnerin auch das Ziel hat, die geschäftlichen Entscheidungen des Verbrauchers in Bezug auf Produkte zu beeinflussen; eine Wettbewerbsförderungsabsicht ist nicht erforderlich (vgl. insoweit: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 36. Aufl., 2018, § 2, Rn. 45+46). Die Verlinkung auf die Instagram-Accounts der Unternehmen spricht dagegen, dass sie - wie sie behauptet - nur eventuellen Nachfragen von Followern nach der Herkunft der Sachen auf ihren Fotos vorgreifen will. Hierzu wäre eine Verlinkung, noch dazu auf den gesamten Shop, nicht erforderlich. Bei der Präsentation von Waren in der erfolgten Art und Weise kann damit von einem nur privaten Handeln der Antragsgegnerin nicht die Rede sein. Die Antragsgegnerin hat auf Instagram ausweislich des von ihr als Anlage AG 1 eingereichten Interviews mehr als 50.000 Follower. Die Präsentation von Produkten durch eine nicht unbedeutende Influencerin ist geeignet, die Aufmerksamkeit von Unternehmen zu erlangen und deren Interesse zu wecken, konkrete Geschäftsbeziehungen anzubahnen, aus der sich dann konkrete wirtschaftliche Vorteile für die Antragsgegnerin ergeben können, die selbst einräumt, - in von ihr gekennzeichnete Weise - über Instagram für Unternehmen zu werben, die sie hierfür vergüten. Dass die Antragsgegnerin im Rahmen ihres Instagram-Accounts geschäftlich und nicht privat tätig ist ergibt sich auch aus dem von ihr selbst als Anlage AG 1 eingereichten Interview, in dem sie auf Seite 5 äußert, dass das Einzige, was man auf ihrem Blog nicht sehe, private Bereiche seien, die sie nicht ins Internet tragen möchte.

29

Für das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung spricht weiter, dass die Antragsgegnerin - wie sich in der mündlichen Verhandlung herausgestellt hat - eine Projektmanagerin beschäftigt und ihre Geschäftsanschrift in den Räumen einer Werbeagentur unterhält. Es handelt sich bei der Antragsgegnerin mitnichten um eine Privatperson, die ihre persönlichen Vorlieben im Internet veröffentlicht. Ebenso wenig handelt es sich bei den streitgegenständlichen Posts um redaktionelle Inhalte. Vielmehr werden Produkte zu kommerziellen Zwecken präsentiert und deren Herkunft benannt.

30

Soweit in dem aus der Anlage A 13 ersichtlichen Merkblatt der Medienanstalten, auf das sich die Antragsgegnerin beruft, die Auffassung vertreten wird, dass Nutzer von sozialen Medien ihre Posts nicht als Werbung kennzeichnen müssen, wenn sie das präsentierte Produkt von einem Unternehmen kostenlos und ohne Vorgaben erhalten haben, gilt dies nach Auffassung der Kammer jedenfalls nicht für Personen mit einer so großen Anzahl von Followern, wie die Antragsgegnerin sie hat, die noch dazu Verlinkungen in der hier erfolgten Art direkt auf eine Seite des Unternehmens

vornehmen, wo der gesamte Shop oder zumindest eine große Anzahl von Waren der Unternehmen präsentiert werden.

31

Daneben handelt die Antragsgegnerin mit ihrem Instagram-Auftritt auch zur Förderung ihres eigenen Unternehmens. Sie hat als Bloggerin auf Instagram mehr als 50.000 Follower. Als Influencerin erzielt sie - wie aus dem aus der Anlage AG 1 ersichtlichen Artikel hervorgeht - Einkünfte damit, dass sie Produkte vermarktet und dabei trotzdem authentisch erscheint. Sie inszeniert ihr eigenes Leben mit den dazu passenden Marken und zeigt ihren Followern eine vermeintliche Wirklichkeit, die jene interessiert. Damit wird sie für Unternehmen interessant, die für ihre Werbung an möglichst glaubwürdigen Werbeträgern interessiert sind, und verdient damit Geld, umso mehr, je größer die Zahl ihrer Follower ist. Sie hat ein Interesse daran, ihren Instagram-Auftritt möglichst ansprechend, interessant und vielfältig zu gestalten, um ihre Follower zu erhalten und neue hinzuzugewinnen. Einer solchen Gestaltung ihres Instagram-Auftritts dienen auch die verfahrensgegenständlichen Posts. Die Antragsgegnerin kann sich aufgrund der Anzahl ihrer Follower und ihrer erlangten Bekanntheit nicht mit dem Hinweis auf eine zu Beginn ihrer Tätigkeit und möglicherweise auch heute noch teilweise vorhandene private Motivation gegen die Kennzeichnungspflicht ihres Instagram-Auftritts wehren. Bei den verfahrensgegenständlichen Posts kann eine möglicherweise vorhandene private Motivation jedenfalls nicht sauber von der zweifelsohne vorhandenen gewerblichen Motivation getrennt werden. Diese nicht vorhandene Trennschärfe, die die Posts für manche Beobachter privater scheinen lässt als sie tatsächlich sind, macht es für Unternehmen besonders attraktiv, wenn ihre Waren dort präsentiert werden.

32

Der kommerzielle Zweck der streitgegenständlichen Handlungen ist nicht bzw. nicht ausreichend kenntlich gemacht. Vorliegend ist der kommerzielle Zweck der Werbung nicht einmal ansatzweise gekennzeichnet und zwar weder im Rahmen der streitgegenständlichen Posts noch auf der Eingangsseite des Instagram-Blogs der Antragsgegnerin.

33

Eine Kennzeichnung des kommerziellen Zwecks der Beiträge ist auch nicht entbehrlich. Das wäre der Fall, wenn er sich unmittelbar aus den Umständen ergeben würde, was jedoch nicht der Fall ist. Entsprechendes könnte nur dann angenommen werden, wenn der kommerzielle Zweck auf den ersten Blick und ohne jeden Zweifel erkennbar sein würde. Es genügt nicht, wenn der durchschnittliche Leser erst nach einer analysierenden Lektüre des Posts dessen werbliche Wirkung erkennt (KG a.a.O.). Zumindest Teile der angesprochenen Verkehrskreise, zu denen nicht nur internetaffine, im Bereich Social Media erfahrene Nutzer gehören, sondern die breite Öffentlichkeit und insbesondere auch Kinder und Jugendliche, die weniger aufmerksam und lesegeübt sind und sich erstmals mit solchen Posts befassen, werden den kommerziellen Zweck nicht sofort erkennen, sondern davon ausgehen, dass sie Beiträge der Antragsgegnerin zu ihrem derzeitigen Aufenthaltsort, ihrem aktuellen Aussehen sowie zu ihren Erlebnissen und Befindlichkeiten enthalten.

34

Die streitgegenständlichen Posts sind auch geeignet, die Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, nämlich zum Aufsuchen der mit den Instagram-Accounts der Unternehmen verlinkten Internetauftritte der Unternehmen und möglicherweise sogar zum Erwerb der beworbenen Produkte, was sie andernfalls - wenn sie von Anfang an gewusst hätten, dass es sich um aus kommerziellen Zwecken getätigte Werbeäußerungen handelt - nicht getan hätten.

35

Daneben folgt der Unterlassungsanspruch auch aus §§ 8 Abs.1, Abs. 3 Nr. 2; 3; 3 a UWG i.V.m. § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG. Gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG müssen kommerzielle Kommunikationen klar als solche zu erkennen sei. Gemäß § 2 S. 1 Nr. 5 TMG ist - mit hier nicht in Betracht kommenden Ausnahmen - kommerzielle Kommunikation jede Form der Kommunikation, die der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes von Waren, Dienstleistungen oder des Erscheinungsbilds eines Unternehmens, einer sonstigen Organisation oder einer natürlichen Person dient, die eine Tätigkeit im Handel, Gewerbe oder Handwerk oder einen freien Beruf ausübt. Kommerzielle Kommunikation im Sinne von § 2 S. 1 Nr. 5 TMG und die hieran anknüpfenden Informationspflichten umschließen nicht nur Werbung im klassischen Sinne, sondern auch alle anderen Formen der Selbstdarstellung, die eine wirtschaftlich tätige Person vornimmt (Martini in BeckOK, TMG, Stand 01. Mai 2017, § 2, Rn. 27). Dieser Selbstdarstellung dienen selbst nach dem Vorbringen der Antragsgegnerin auch die verfahrensgegenständlichen Posts. Selbst wenn die Antragsgegnerin mit den aus den Anlagen ASt 4 b und c, 5 b und c sowie 6 b und c ersichtlichen Seiten nur die sonst zu erwartenden Fragen ihrer Fangemeinde, welche Kleidungsstücke sie trägt und wo sie sie erworben hat, beantworten will, handelt es sich insoweit nicht - wie von ihr in der Schutzschrift geltend gemacht - nur um einen redaktionellen Service für die Leserschaft. Vielmehr verbessert sie durch diese Praxis jedenfalls auch das Erscheinungsbild ihres Unternehmens, mit dem sie - unstreitig - durch die Werbung für Waren Einkünfte erzielt.

36

Die Wiederholungsgefahr ist aufgrund des erfolgten Verstoßes indiziert und hätte nur durch Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung beseitigt werden können.

37

Die Dringlichkeit wird gem. § 12 Abs. 2 UWG vermutet.

38

Bei der Formulierung des Tenors hat die Kammer in geringfügiger Weise von § 938 ZPO Gebrauch gemacht. Dies beruht darauf, dass es der Antragsgegnerin selbst überlassen bleiben soll, Wege zu finden, die aus dem Verbot hinausführen. Dabei ist es nicht unbedingt erforderlich, - wie es im Antrag der Antragstellerin heißt - die erste oder zweite Ansicht als kommerzielle Veröffentlichung zu kennzeichnen. Eine teilweise Zurückweisung des Antrages war damit nicht verbunden, da es der Antragstellerin mit dem gestellten Antrag ersichtlich nicht darum geht, der Antragsgegnerin andere geeignete Wege zu versperren, die aus dem Verbot führen

39

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO.