

Landgerichts Karlsruhe

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

§§ 2 I Nr.1, 5a UWG

- 1. Ein Instagram-Post, bei dem in das Foto eingebettete Tags mit Marken-Herstellerseiten verlinkt sind, stellt eine geschäftliche Handlung im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG dar. Durch sie fördert der Betreiber des Accounts - i.d.R. ein sog. Influencer - die beworbenen Unternehmen ebenso wie sein eigenes, auf Werbeeinahmen zielendes Unternehmen.**
- 2. Die Kennzeichnung eines solchen Instagram-Auftritts als Werbung ist nicht entbehrlich. Insbesondere ist der werbliche Charakter nicht für alle - oft jugendlichen, teilweise kindlichen - Nutzer offensichtlich. Dies gilt umso mehr, als es das Geschäftsmodell von Influencern darstellt, (scheinbar) private mit kommerziellen Posts zu mischen.**

LG Karlsruhe, Urteil vom 21.03.2019, Az.: 13 O 38/18 KfH

Tenor:

1. Die Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung zu verhängenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu unterlassen,

im geschäftlichen Verkehr in sozialen Medien, beispielsweise in dem sozialen Medium Instagram, unter Abbildung einer Person (Bezeichnung „...“) kommerzielle Inhalte vorzustellen, ohne den kommerziellen Zweck der Veröffentlichung kenntlich zu machen, sofern er sich nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt,

indem dies geschieht wie durch Veröffentlichung von Beiträgen

- mit der Abbildung einer Person („...“) = 1. Ansicht

- nach Aufruf der 1. Ansicht durch einen Klick auf die Abbildung: Anzeigen des Namens von einem oder mehreren Unternehmen auf der gleichen Seite =

2. Ansicht

- durch einen weiteren Klick auf einen solchen Unternehmensnamen: Anzeigen des Accounts des angeklickten Unternehmens auf einer sich öffnenden neuen Seite = 3. Ansicht

jeweils sofern dies geschieht wie in Anlagen K4a-c, K5a-c, K6a-c wiedergegeben.

2. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 178,50 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über Basiszinssatz seit 06.07.2018 zu bezahlen.

3. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

4. Das Urteil ist in Ziff. 1. gegen Sicherheitsleistung i.H.v. 10.000,00 €, in Ziff. 2. und 3. gegen Sicherheitsleistung i.H.v. 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand:

1

Der Kläger 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 Beklagte betätigt sich unter anderem als Influencerin auf Instagram, wo sie einen Business Account unterhält. Sie hat dort über 4 Millionen Follower (Abonnenten) und veröffentlicht (postet) mehrere Hundert Bilder im Jahr von sich selbst, oft mit kurzen Begleittexten. Darin beschäftigt sie sich mit Mode-, Fitness-, Ernährungs- und Lifestyle-Themen. Ihre Posts sind teilweise mit Hinweisen auf die Hersteller der von ihr getragenen Kleidung oder sonstiger im Bild zu sehender Gegenstände versehen. Diese Hinweise befinden sich zum Teil als Hashtags im Begleittext, zum Teil - hier streitgegenständlich - als „Tap Tags“ in das Bild integriert, also als anklickbare Schilder. Dort werden sie erst erkennbar, wenn das Bild einmal angeklickt wird. Klickt man sodann auf ein solches Schild, gelangt man auf den Instagram-Account des Herstellers oder Anbieters. Weitere solche Tags beziehen sich gelegentlich auf die Managerin der Beklagten oder auf ihre Mutter.

3

In den streitgegenständlichen drei Posts ist die Beklagte

4

a) am 14.12.2017 vor einem Hotel in Paris zu sehen; die Tags beziehen sich auf die Marken-Accounts „...“, „...“ und „...“ (K4a-c);

5

b) am 13.01.2018 oberhalb von Ischgl im Schnee zu sehen; die Tags beziehen sich auf die Marken-Accounts „...“, „...“ und „...“ und der Begleittext enthält - neben Bemerkungen zum Wetter - eine Empfehlung für ein Hotel in Ischgl (K5a-c);

6

c) am 04.03.2018 in einer Gewerbehalle zu sehen; der Tag bezieht sich auf „...“, während der Text von Bedeutung und Wert des Scheiterns handelt (K6a-c).

7

Ein Hinweis darauf, dass es sich bei den streitgegenständlichen Posts um Werbung handelt, erfolgte nicht. Inzwischen kennzeichnet die Beklagte solche Posts, bei denen sie ein Entgelt erhält, als „bezahlte Partnerschaft mit...“. Bei den drei genannten Posts hat sie die Marken-Tags und die Hotelempfehlung entfernt.

8

Der Kläger trägt vor, eine erhebliche Anzahl seiner Mitglieder stehe mit der Beklagten im Wettbewerb um Anzeigenaufträge. Bei den streitgegenständlichen drei Posts handele es sich um unzulässige getarnte Werbung gem. § 5a Abs. 6 UWG. Daneben verstoße die Beklagte u.a. gegen § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG. Die Beklagte erwecke den Eindruck, privat tätig zu sein, während es in Wirklichkeit um kommerzielle Werbung gehe. Dies müsse sie kenntlich machen.

9

Der Kläger beantragt:

10

Die Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung zu verhängenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu unterlassen,

11

im geschäftlichen Verkehr in sozialen Medien, beispielsweise in dem sozialen Medium Instagram, unter Abbildung einer Person (Bezeichnung „...“) kommerzielle Inhalte vorzustellen, ohne den kommerziellen Zweck der Veröffentlichung kenntlich zu machen, sofern er sich nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt,

12

indem dies geschieht wie durch Veröffentlichung von Beiträgen

13

mit der Abbildung einer Person („...“) = 1. Ansicht
nach Aufruf der 1. Ansicht durch einen Klick des Anzeigens des Namens von einem oder mehreren Unternehmen auf der gleichen Seite = 2. Ansicht
durch einen weiteren Klick des Anzeigens des Accounts des Unternehmens, dessen Name bei der 2. Ansicht ins Bild gekommen ist = 3. Ansicht

14

jeweils sofern dies geschieht wie in Anlage K3 bis K6c wiedergegeben.

15

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 178,50 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über Basiszinssatz seit Zustellung der Klage zu bezahlen.

16

Die Beklagte beantragt

17

Klagabweisung.

18

Die Beklagte bestreitet die Klagebefugnis des Klägers und trägt im Übrigen vor, sie nutze ihren Instagram-Account vorwiegend kommerziell; dies sei den Nutzern ohne weiteres ersichtlich. Die Tap Tags stellten schon keine geschäftliche Handlung dar, vielmehr entscheide der Nutzer, ob er das Bild bzw. die Tags anklicke. Sie verwiesen zudem auch auf Unternehmen, mit denen sie, die Beklagte, keine bezahlte Kooperation unterhalte. Die Verlinkungen auf die jeweiligen Unternehmen dienten dazu, häufigen Fragen ihrer Follower nach der Herkunft der abgebildeten Gegenstände vorzubeugen. Die Beklagte sieht sich aufgrund ihres Rechts auf freie Meinungsäußerung nicht verpflichtet, jeden Post als Werbung zu kennzeichnen. Influencer aus anderen europäischen Ländern, etwa Italien, kennzeichneten ihre Posts auch nicht entsprechend.

19

Ergänzend wird auf die Schriftsätze nebst Anlagen und die Sitzungsniederschrift vom 24.01.2019 Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

20

Die Klage ist zulässig und begründet.

I.

21

Die Klage ist zulässig.

22

1. Die gestellten Anträge sind hinreichend bestimmt i.S.v. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Ein auf die Untersagung der konkreten Verletzungsform gerichteter Verbotsantrag genügt dem Bestimmtheiterfordernis (vgl. BGH, GRUR 2014, 398 Rn. 17 - Online-Versicherungsvermittlung). Mit der Wendung „jeweils sofern dies geschieht wie...“ und der Bezugnahme auf die aufgeführten Anlagen hat der Kläger die übliche Formulierung verwendet, die zum Ausdruck bringen soll, dass der Unterlassungsantrag auf die konkrete Verletzungsform abzielt.

23

Leichte Umformulierungen im Tenor gegenüber dem Antrag Ziff. 1., wie ihn der Kläger zuletzt gestellt hat, bei der Beschreibung der „1. und 2. Ansicht“ erfolgen lediglich zur leichteren Verständlichkeit. Zur Vermeidung von Missverständnissen hat das Gericht ferner den Bezug auf Anlage K3 entfernt, denn diese Anlage enthält nur eine Zusammenfassung der Anlagen K4a bis K6c zuzüglich des - unbedenklichen - Impressums der Beklagten und ist daher entbehrlich.

24

2. Der Kläger ist klagebefugt gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG. Ihm gehört eine erhebliche Zahl von Gewerbetreibenden an, die Mitbewerber der Beklagten sind. Die vom Kläger angeführten Verlage konkurrieren um Werbemittel auch solcher Unternehmen, die Werbung mithilfe der Beklagten betreiben.

25

a. Für ein Mitbewerberverhältnis genügt es, dass Mitgliedsunternehmen des Klägers eine zumindest nicht gänzlich unbedeutende Beeinträchtigung durch das Vorgehen der Beklagten mit einer gewissen, wenn auch nur geringen Wahrscheinlichkeit zu befürchten haben (BGH, GRUR 2006, 778 Rn. 19 - Sammelmitgliedschaft IV; BGH, GRUR 2007, 610 Rn. 17 - Sammelmitgliedschaft V; BGH, GRUR 2007, 809 Rn. 14 - Krankenhauswerbung).

26

Dies ist hier der Fall. Unternehmen, die Werbung betreiben, wählen naturgemäß das nach ihrer Einschätzung für ihr Werbeanliegen passende Werbemedium im Rahmen einer Gesamtbetrachtung aller relevanten Parameter aus. Bei der Werbung über Influencer gehört zur Abwägung neben dem Empfängerkreis im Bereich der neuen Medien mit einer bestimmten, gesundheits- und modebewussten Klientel auch die interessante Präsentation der Ware im Übergangsbereich zwischen kommerziellem und privatem Sektor. Umgekehrt kann die Werbung über Influencer in dem Maße weniger nachgefragt werden, in dem - etwa durch die Verpflichtung zur Kennzeichnung als Werbung - die private Anmutung der Warenpräsentation beeinträchtigt wird (vgl. LG Heilbronn, Urteil vom 08.05.2018 - 21 O 14/18 KfH -, juris Rn. 45). Wie die vom Kläger vorgelegten Beiträge aus Spiegel Online (K36), des Verbands der Werbeindustrie (K39) und des Bundesverbands Digitale Wirtschaft (K40) zeigen, führt das Aufkommen der Influencer-Werbung in sozialen Medien zu einer beträchtlichen Umschichtung von Werbeetats weg von traditionellen Werbeträgern hin zu Influencer-Werbung (vgl. auch Mallick/Weller, WRP 2018, 155, 156; Lettmann, GRUR 2018, 1206, 1207/1210).

27

Der (sinngemäße) Einwand der Beklagten im Schriftsatz vom 27.11.2018, zwischen Printmedien und sozialen Medien könne aufgrund spezifischer Unterschiede kein Konkurrenzverhältnis bestehen, trifft nicht zu. Werbung wird früher wie heute in Druckwerken, aber seit Anbeginn des Internets auch online geschaltet. Begrenzte Werbemittel können stets nur einmal ausgegeben werden.

28

b. Für die Beurteilung, ob eine „erhebliche Zahl“ von konkurrierenden Mitgliedsunternehmen im genannten Sinne vorliegt, ist nicht auf eine Mindestanzahl abzustellen, sondern danach zu fragen, ob die fraglichen Unternehmen nach Anzahl und/oder Größe, Marktbedeutung und wirtschaftlichem Gewicht auf dem relevanten Markt in der Weise repräsentativ vertreten sind, dass ein missbräuchliches Vorgehen des Verbandes ausgeschlossen werden kann (BGH, GRUR 2007, 610 Rn. 18 - Sammelmitgliedschaft V; BGH, GRUR 2007, 809 Rn. 15 - Krankenhauswerbung; Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler/Feddersen, 37. Aufl. 2019, UWG § 8 Rn. 3.42a).

29

Der Kläger hat durch Vorlage seiner Mitgliederliste (K41), glaubhaft gemacht durch eidesstattliche Versicherung (K42), mit der für das Freibeweisverfahren (Teplitzky/Büch, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 12. Aufl. 2019, Kap. 13 Rn. 30g m.w.N.) erforderlichen Beweiskraft dargetan, dass ihm 11 Verlage, darunter der B.- und der K.-Verlag, sowie drei Werbeagenturen angehören. Zu den von den beiden genannten Verlagen verlegten Druckwerken gehören bundesweit vertriebene Zeitschriften, in denen sich Werbung für solche Hersteller bzw. Produkte befindet oder befinden kann, wie sie von der Beklagten beworben werden, insbesondere auch Kleidung für jüngere Leute.

II.

30

Die Klage ist begründet. Der Kläger besitzt einen Unterlassungsanspruch aus § 8 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Nr. 2 i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 6, § 3, § 5a Abs. 6 UWG.

31

1. Die streitgegenständlichen Posts sind zu messen an der Regelung des § 5a Abs. 6 UWG analog (Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, a.a.O., § 5a Rn. 7.4, 7.9; Götting/Nordemann/Hasselblatt, UWG, 3. Auflage 2016, § 5a Rn. 207). Die an sich vorrangige Regelung in Nr. 11 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG ist hier nicht anwendbar, weil es nicht um redaktionelle Inhalte geht (Ahrens, GRUR 2018, 1211, 1213; Gerecke, GRUR 2018, 153, 154). Eines Rückgriffs auf die Vorschrift des § 5 UWG bedarf es nicht (a.A. Ohly/Sosnitza/Sosnitza, 7. Aufl. 2016, UWG § 5a Rn. 89).

32

Nach § 5a 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.

33

§ 5a Abs. 6 UWG bezweckt den Schutz des Verbrauchers vor Irreführung über den wahren, nämlich kommerziellen Zweck einer geschäftlichen Handlung. Wer Wirtschaftswerbung in einer Weise betreibt, dass geschäftliches Handeln nicht mehr als solches erkennbar ist, nutzt den Umstand aus, dass der Verkehr den Angaben eines am Wettbewerb selbst nicht Beteiligten (z.B. einer Zeitschriftenredaktion oder einer Privatperson) eher Glauben schenkt und sie weniger kritisch beurteilt, mithin

ihr größere Bedeutung und Beachtung beimisst als entsprechenden, ohne weiteres als Werbung erkennbaren Angaben (BGH, GRUR 2013, 644 Rn. 15 - Preisrätselgewinnauslobung V; Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, a.a.O., § 5a Rn. 7.4). Daher wird von manchen Werbetreibenden der Versuch unternommen, die Werbebotschaft in ein scheinbar objektives und neutrales Gewand zu hüllen (Schleichwerbung). Darin liegt eine Täuschung über den Umstand des werblichen Charakters der Aussage (Götting/Nordemann/Hasselblatt, a.a.O., § 5a Rn. 201).

34

Die sich aus § 5a Abs. 6 UWG ergebende Rechtspflicht entfällt nicht deswegen, weil bei ausländischen Instagram-Accounts ggf. keine entsprechende Werbekennzeichnung erfolgt, wie dies die Beklagte im Hinblick auf die Posts einer italienischen Influencerin vorgetragen hat. Eine möglicherweise unzureichende Umsetzung des Unionsrechts oder fehlender Gesetzesvollzug in Italien vermag einen Gesetzesverstoß in Deutschland nicht zu rechtfertigen.

35

2. Ob ein Fall des § 5a Abs. 6 UWG vorliegt, kann das Gericht selbst aus eigener Anschauung beurteilen (vgl. BGH, GRUR 2013, 644 Rn. 23 - Preisrätselgewinnauslobung V). Die Instagram-Posts der Beklagten richten sich an das allgemeine Publikum. Die Frage der Erkennbarkeit werblichen Inhalts ist auf der Grundlage allgemeiner Lebenserfahrung zu beantworten.

36

3. Danach handelt es sich bei den genannten Posts um verbotene Schleichwerbung. Diese ist von der Beklagten zu unterlassen. Antragsgemäß erfolgt im Urteilstenor keine Beschränkung auf Instagram, sondern allgemeiner auf soziale Medien.

37

a. Der Instagram-Auftritt der Beklagten mit der dargestellten Abfolge der Seitenaufrufe stellt eine geschäftliche Handlung dar.

38

Geschäftliche Handlung ist nach der Legaldefinition des § 2 Abs. 1 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.

39

i. Die streitgegenständlichen Instagram-Posts der Beklagten dienen zunächst der Förderung fremder Unternehmen. Es handelt sich um Werbung, die den Absatz der präsentierten Produkte steigern und das Image des beworbenen Herstellers und dessen Markennamen fördern soll. Das Interesse an der Marke und den Produkten wird durch die Beklagte geweckt, indem sie die Produkte am eigenen Körper bzw. im Zusammenhang mit ihrer Person präsentiert. Das nähere Kennenlernen des Herstellerunternehmens und der Produktabsatz werden dadurch erleichtert, dass der Interessent bei Betätigung der verlinkten Tags auf den jeweiligen Instagram-Account des Herstellers geleitet wird. Dass die Beklagte dadurch Nachfragen der Follower (woher hast du dein Kleid?) vermeiden möchte, steht dem zugleich verfolgten geschäftlichen Zweck nicht entgegen.

40

Die Beklagte präsentiert sich in ihren Posts als Mensch und „Freundin“, nicht als „bloßes“ Model. Der betont private Charakter der geposteten Fotos und ggf. der begleitenden Story (Verweis auf die Mama, Urlaubskontext etc.) ändert nichts am

Vorliegen einer geschäftlichen Handlung. Im Gegenteil: Es ist gerade das Wesen der Influencer-Werbung, dass der Influencer immer zugleich an seinem Image und seiner Authentizität arbeitet, wozu er die passenden Marken und Artikel bewirbt, und den Kreis seiner Follower „pflegt“, die seine Glaubwürdigkeit schätzen und Teil der Community „ihres“ Influencers sein möchten (vgl. Lehmann, WRP 2017, 772 f.; Mallick/Weller, WRP 2018, 155 ff.; Lettmann, GRUR 2018, 1206, 1209). Die Beklagte wird wegen ihrer Fitness und Attraktivität, ihres Zugangs zu Luxusprodukten und Fernreisen etc. bewundert. Dadurch wird ihre Zielgruppe für die beworbenen Marken und Produkte besonders empfänglich.

41

ii. Aufgrund dieser Umstände ist auch der Post vom 04.03.2018 (Anlage K6a) als geschäftliche Handlung anzusehen. Dieser Post unterscheidet sich von den beiden anderen (Anlagen K4a und K5a) insofern, als hier ein durchaus gehaltvoller Textbeitrag vorhanden ist, in dem sich die Beklagte mit der Bedeutung und dem Wert des Scheiterns auseinandersetzt. Das Foto zeigt sie als nachdenkliche junge Frau in einer Gewerbehalle. Anders als in Anlage K5a dient der Text nicht der Werbung.

42

Trotzdem kann sich die Beklagte nicht darauf berufen, mit diesem Post lediglich einen redaktionellen Beitrag veröffentlicht zu haben. Dies wäre nur dann der Fall, wenn der Beitrag allein, zumindest aber vorrangig der Information und Meinungsbildung seiner Adressaten dienen würde (BGH, GRUR 2012, 74 - Coaching-Newsletter, Rn 15; BGH, GRUR 2016, 700 - Im Immobiliensumpf, Rn 16). Der Tag „...“ und die Inhalte des Instagram-Accounts, zu dem der gesetzte Link führt, haben jedoch keinen erkennbaren Bezug zu dem Text- und dem Bildbeitrag der Beklagten. Das Setzen des Tags bewirkt, dass die Neugier des Besuchers und die Erwartung geweckt werden, durch einen Klick Weiteres erfahren zu können. Mit anderen Worten dient der Tag der Förderung eines anderen Unternehmens (vgl. KG, Urteil vom 08.01.2019 - 5 U 83/18 -, juris Rn. 57 ff.; vgl. zur Abgrenzung ebd., Rn. 102 ff.). Das Unterlassungsgebot bezieht sich nur auf diese Art des Taggens, nicht auf den Post im Übrigen.

43

iii. Die Beklagte fördert durch ihre Posts außerdem ihr eigenes Unternehmen (vgl. auch KG, Urteil vom 08.01.2019 - 5 U 83/18 -, juris Rn. 54; LG Berlin, Urteil vom 24.05.2018 - 52 O 101/18 -, juris Rn. 31; Mallick/Weller, WRP 2018, 155, 157 f.). Für dieses unterhält sie bei Instagram folgerichtig einen Business Account, wie sie im Verhandlungstermin bestätigte.

44

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. Dieser Wert drückt sich aus in über 4 Millionen Followern sowie ständiger Zusammenarbeit mit einer Managerin (deren Account man über einen Tag ebenfalls erreicht) und einer Werbeagentur (P. A. GmbH, siehe K3 Seite 1).

45

Die Beklagte gesteht den vorwiegend kommerziellen Zweck ihres Auftretens ausdrücklich zu. Im Termin zur mündlichen Verhandlung hat sie konkretisiert, für - im Jahresdurchschnitt - ca. 50% ihrer Posts bezahlt zu werden. Das bedeutet nicht, dass die übrigen Posts als rein privat anzusehen wären. 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.

46

iv. Der erforderliche objektive Zusammenhang mit einer Förderung des Absatzes von Waren i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG ist ebenfalls gegeben.

47

Die Handlung muss bei objektiver Betrachtung darauf gerichtet sein, durch Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidungen der Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer den Absatz oder Bezug zu fördern (BGH, WRP 2013, 1183 Rn. 17, 18 - Standardisierte Mandatsbearbeitung; BGH, WRP 2015, 856 Rn. 22 - Bezugsquellen für Bachblüten; BGH, WRP 2016, 843 Rn. 12 - Im Immobiliensumpf). Auf die subjektiven Vorstellungen des Handelnden kommt es grundsätzlich nicht an (OLG Hamm, WRP 2017, 609 Rn. 22).

48

Dieser Zusammenhang ist hier unter zwei Aspekten gegeben.

49

(1) Bei der gebotenen objektiven Betrachtung soll ein Setzen von Tap Tags, die mit Hersteller-Accounts verlinkt sind, zumindest mittelbar den Warenabsatz der Hersteller fördern (vgl. LG Itzehoe, Urteil vom 23. November 2018 - 3 O 151/18 -, juris Rn. 39). Ob das konkrete, von der Beklagten zur Schau getragene Produkt dort (noch) erhältlich ist, ist ohne Bedeutung. Ein „objektiver Zusammenhang“ besteht auch bei der Aufmerksamkeitswerbung (Imagewerbung), die dazu dient, den Namen des werbenden Unternehmens im Verkehr bekannt zu machen oder dessen Verkehrsbekanntheit zu steigern und damit mittelbar dessen Absatz zu fördern (Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, a.a.O., § 2 Rn. 50).

50

(2) Ferner kann sich die Beklagte nicht darauf berufen, nur für einen Teil ihrer Posts bezahlt zu werden. Bei i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 6 UWG unternehmerisch tätigen Influencern stellt sich die Frage der Unentgeltlichkeit von vornherein nicht (Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, a.a.O., § 5a Rn. 7.71). 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 zumindest auch den Zweck der Förderung des eigenen Unternehmens verfolgt. Denn damit steht er in einem unauflösbaren Kontext mit den bezahlten Werbebeiträgen (vgl. LG Heilbronn, Urteil vom 08. Mai 2018 - 21 O 14/18 KfH -, juris Rn. 48 ff.; a.A. wohl KG, Urteil vom 08.01.2019 - 5 U 83/18 -, juris Rn. 112 ff.). Wären die nicht auf bezahlten Partnerschaften beruhenden Posts rein privat gedacht, stünde der Beklagten die Eröffnung eines weiteren, privaten Instagram-Accounts offen. Auf Frage des Vorsitzenden hat sie angegeben, einen solchen nicht zu besitzen. Dann aber muss sie sich daran festhalten lassen, insgesamt und stets auch geschäftlich aufzutreten.

51

Zudem liegt der Verstoß gegen den lautereren Wettbewerb in der Verschleierung des werblichen Charakters. Dann kommt es bei der Beurteilung, ob eine geschäftliche Handlung vorliegt, nicht darauf an, ob die Beklagte für die fraglichen Posts ein Entgelt erhalten hat (vgl. BGH, GRUR 1994, 821, 822 - Preisrätselgewinnauslobung I).

52

v. Ohne Erfolg hält die Beklagte der rechtlichen Qualifikation ihrer Posts als geschäftliche Handlungen entgegen, dass man die Tags nur sieht, wenn man auf das Foto klickt, der Betrachter also selbst tätig werden muss, um überhaupt in den geschilderten Ablauf der Verlinkungen zu gelangen. Dieses Argument überzeugt schon deswegen nicht, weil nicht jeder Nutzer, der auf das Foto klickt, auf der Suche nach näheren Informationen über die von der Beklagten getragenen Kleidungsstücke etc. ist. Gegebenenfalls möchte er auch wissen, ob ein Fotograf oder sonstige Personen oder Informationen hinterlegt sind, wie dies bei Instagram häufig der Fall ist. Das Verhalten, welches die Beklagte zu unterlassen hat, ist die von ihr vorgenommene Einbettung von Links zu Produktanbieterseiten in werblichem Kontext, ohne diesen Zusammenhang offenzulegen. Dass der Nutzer seinerseits aktiv werden muss, um letztlich auf die Produktanbieterseite zu gelangen, ändert daran nichts.

53

vi. Ob die Meinung der Beklagten, dass in dem Streitgegenständlichen Taggen von Fotos mit Verlinkung auf Produktanbieterseiten schon keine kommerzielle Kommunikation liegen soll, von Art. 2 lit. f RL 2000/31/EG (Richtlinie über elektronischen Geschäftsverkehr) gestützt wird (vgl. dazu Grabitz/Hilf/Marly, Das Recht der Europäischen Union, 40. Aufl. 2009, Art. 2 Rn. 29), bedarf hier keiner Entscheidung. § 5a Abs. 6 UWG dient der Umsetzung einer speziellen Regelung in Art. 7 Abs. 2 UGP-RL (Unlautere Geschäftspraktiken-Richtlinie). Auf die Pflichten gemäß Art. 6 bis 8 der RL 2000/31/EG kommt es daher nicht an, ihre Verletzung ist nicht Streitgegenständlich.

54

b. Die Beklagte hat den kommerziellen Zweck ihrer geschäftlichen Handlung bei ihren drei Posts nicht kenntlich gemacht. Weder in noch über noch unter dem jeweiligen Foto noch im Begleittext findet sich dazu ein Hinweis.

55

c. Die besondere Kenntlichmachung war auch nicht entbehrlich. Denn der kommerzielle Zweck ergibt sich nicht unmittelbar aus den Umständen. Dafür müsste er auf den ersten Blick und ohne jeden Zweifel erkennbar sein. Hingegen genügt es nicht, wenn der durchschnittliche Leser erst nach einer analysierenden Lektüre des Beitrags dessen werbliche Wirkung erkennt (BGH, GRUR 2013, 644 Rn. 21 - Preisrätselgewinnauslobung V; KG, WRP 2018, 224 Rn. 13; Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, a.a.O., § 5a Rn. 7.80a). Auf Bild-Posts in Instagram übertragen bedeutet dies, dass beim bloßen Betrachten des Bildes „ins Auge fallen“ muss, dass es sich um Werbung handelt.

56

i. Bei den Bildern, die von der Beklagten gepostet werden, ist das nicht der Fall. Deren kommerzieller Zweck ist den Nutzern nicht schon deswegen offenbar, weil jeder, der auf einen Beitrag geht, dessen Urheber über 4 Millionen Abonnenten hat, weiß, dass er es mit einem Influencer zu tun hat, oder weil kostenlose Internetdienste meist durch Werbung finanziert werden. Erst recht ist ein Beitrag nicht schon dann als Werbung erkennbar, wenn er professionell gestaltet ist (OLG Celle, MMR 2017, 769 Rn. 17). Auch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Instagram können unter keinem Gesichtspunkt eine Werbekennzeichnung beim konkreten Post ersetzen.

57

Die hierzu jeweils anderslautende Meinung der Beklagten verkennt, dass sicherlich eine große Zahl, aber keinesfalls sämtliche Nutzer den werblichen Charakter des Auftretens von Influencern einzuschätzen wissen (Lettmann, GRUR 2018, 1206, 1210). Dabei ist in Erinnerung zu rufen, dass die Beklagte private mit werblichen Inhalten mischt, die Erkennbarkeit von Werbung also gezielt reduziert.

58

ii. Das Gericht vermag sich ferner nicht der Auffassung des österreichischen Obersten Gerichtshofs (4 OB 60/16 A) anzuschließen, die von der Beklagten im Schriftsatz vom 15.08.2018, S. 6 f., zitiert wird. Aus dem Umstand, dass der durchschnittlich aufmerksame Leser heute davon ausgeht, dass auch redaktionelle Beiträge nicht „neutral“ sind, weil sie von Journalisten stammen, die ihre persönliche Meinung zum Ausdruck bringen, lässt sich keinesfalls folgern, dass kommerzielle Äußerungen mit - wie es im Urteil des OGH heißt - „werblichem Überschuss“ nicht als Werbung gekennzeichnet werden müssten. Ungeachtet dessen schränkt der OGH sein Judikat auf den Fall unentgeltlicher - also nicht von einem Dritten bezahlter - Beiträge ein und hält sich damit im Rahmen von § 26 des österreichischen Mediengesetzes. Für den hier gegebenen Streitfall lässt sich daraus nichts gewinnen.

59

iii. Eine eindeutige Kenntlichmachung als Werbung ist auch deswegen bedeutsam, weil die Follower der Beklagten oft sehr jung sind. Als Hauptnutzergruppe gab sie in der mündlichen Verhandlung die 16-24jährigen an, räumte aber ein, dass auch jüngere Nutzer vertreten sind. Instagram verlangt ein Mindestalter von 12 Jahren, woran sich allerdings nicht stets gehalten wird.

60

Geht es um den Schutz besonders schutzbedürftiger Verbraucher, insbesondere von Kindern, gilt § 3 Abs. 4 Satz 2 UWG, so dass auf deren Erkenntnisfähigkeit abzustellen ist. Da Kinder im Vergleich zu Erwachsenen weniger aufmerksam und lesegeübt sind, sind an die Kennzeichnung als Werbung deutlich höhere und kindgerechte Anforderungen zu stellen. Zwar sind netzaffine jugendliche Nutzer von Instagram im Umgang mit diesem und anderen sozialen Medien geübt. Sie lesen aber weitaus weniger, widmen einem Post nur eine kurze Aufmerksamkeitsspanne (oft nur wenige Sekunden bis zum nächsten Klick) und sind generell leichter verführbar (KG, WRP 2013, 638; LG Berlin, Urteil vom 24.05.2018 - 52 O 101/18 -, juris Rn. 33; Schonhofen/Detmering, WRP 2018, 1171, 1172).

61

d. Wie der Handelnde den kommerziellen Zweck seiner geschäftlichen Handlung kenntlich macht, wenn dieser nicht offenkundig ist, bleibt ihm überlassen. Maßgebend sind die Umstände des Einzelfalls und das verwendete Kommunikationsmittel (Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, a.a.O., § 5a Rn. 7.27). Das Gericht ist nicht dazu berufen, über diese Frage zu entscheiden, da Gegenstand des Rechtsstreits nur das Fehlen jeglicher Art von Werbungskennzeichnung in drei konkreten Beiträgen der Beklagten ist. Wege aus dem Verbot zu finden, ist Aufgabe des Verletzers.

62

e. § 5a Abs. 6 UWG setzt weiter voraus, dass „das Nichtkenntlichmachen geeignet ist, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte“. Diese Voraussetzung ist ohne weiteres erfüllt (vgl. KG, Urteil vom 08.01.2019 - 5 U 83/18 -, juris Rn. 73; OLG Celle, MMR 2017, 769 Rn. 19; KG, MMR 2018, 245 Rn. 14; OLG Braunschweig, Beschluss vom 08.01.2019 - 2 U 89/18, vorgelegt als Anlage K43, S. 6).

63

Aufgrund der mangelnden Kennzeichnung als Werbung erhöht sich zunächst die Wahrscheinlichkeit, dass Nutzer dem Post überhaupt Beachtung schenken, weil erkennbare Werbung eher abschreckend wirkt. Führt diese Beachtung zu einem Klick auf das Foto der Beklagten, wird die Neugier weiter geweckt und es entsteht ein Anreiz, die verlinkte Seite zu besuchen, um dort Näheres zu erfahren. Dort sieht sich

der Nutzer der Werbung eines Drittunternehmens ausgesetzt, die ihn veranlassen soll, dessen Produkte zu erwerben. Ob das konkret beworbene Produkt dort (noch) erhältlich ist, ist entgegen der Meinung der Beklagten ohne Bedeutung. Typisch für moderne Werbung, insbesondere auch Influencer-Werbung ist gerade, dass Marke und Image des Herstellers beworben werden, was sich mittelbar in Absatzsteigerung auswirkt (vgl. KG, MMR 2019, 114; Ladeur, ZUM 1999, 672, 673; Schröder, Anm. zu KG, MMR 2018, 245).

64

Dem steht die Geo-Targeting-Entscheidung des Bundesgerichtshofs (GRUR 2016, 1073 Rn. 34) nicht entgegen. Nach ihr soll das Aufsuchen einer Internetseite, auf der Produkte oder Dienstleistungen unmittelbar bestellt werden können, ebenso wie das Betreten eines stationären Geschäfts eine geschäftliche Entscheidung darstellen. Diese Formulierung erlaubt nicht den Umkehrschluss, dass eine geschäftliche Entscheidung dann nicht gegeben ist, wenn Produkte oder Dienstleistungen nicht unmittelbar, sondern nur nach einem weiteren Klick bestellt werden können, noch erlaubt sie den Schluss, dass Image- und Markenwerbung von den Anforderungen des § 5a Abs. 6 UWG freigestellt wäre, weil sie nicht unmittelbar in den Erwerb eines Produktes oder einer Dienstleistung mündet.

65

4. Das ausgesprochene Verbot beeinträchtigt die Beklagte nicht in ihren Grundrechten.

66

Bei der Auslegung des - wie hier - der Umsetzung von Richtlinien des Unionsrechts dienenden nationalen Rechts sind nach Art. 51 Abs. 1 Satz 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (EU-Grundrechtecharta) die dort niedergelegten Grundrechte zu beachten und daher, soweit die Freiheit der Meinungsäußerung und Berichterstattung in Rede steht, vorrangig die Regelungen in Art. 11 Abs. 1 und 2 EU-Grundrechtecharta anzuwenden (BGH, GRUR 2012, 74 - Coaching-Newsletter, Rn 19; BGH, GRUR 2016, 710 - Im Immobiliensumpf, Rn 45).

67

Die Einschränkung der Meinungsäußerungs- und Medienfreiheit der Beklagten auf der Grundlage des in das UWG umgesetzten Unionsrechts wahrt den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (vgl. KG, Urteil vom 08.01.2019 - 5 U 83/18 -, juris Rn. 82 ff.). Von der Beklagten wird nicht das Unterlassen von Werbung, also eines Inhalts ihres Instagram-Auftritts, sondern nur deren Kennzeichnung verlangt. Ebenso richtet sich die Untersagung nicht auf Textbeiträge wie den im Post gemäß Anlage K6a enthaltenen, für welchen die Beklagte den Schutz der Meinungsfreiheit in Anspruch nehmen kann. Sie kann solche Texte auch künftig mit Fotos ihrer selbst kombinieren, solange sie nicht - inhaltlich zusammenhanglos (dazu oben, 3. d) a. ii.) - eine Verlinkung auf Herstellerseiten einbettet.

68

Nichts Anderes ergibt sich aus der von der Beklagten herangezogenen AnyDVD-Entscheidung des Bundesgerichtshofs (GRUR 2011, 513; dazu BVerfG, NJW 2012, 1205). Auch wenn Art. 11 EU-Grundrechtecharta (ebenso wie Art. 5 Abs. 1 GG) die Verwendung elektronischer Verweise (Links) in einem Online-Artikel im Falle ihrer Einbettung in eine pressetypische Stellungnahme mit Informationscharakter als Meinungsäußerung schützt, kann die Beklagte hieraus für den Streitfall nichts herleiten. Eine solche Stellungnahme mit Informationscharakter ist nicht streitgegenständlich. Der Tap Tag in dem Post vom 04.03.2018 (Anlage K6a-c) führt auch nicht zu einer Seite, deren Inhalt mit dem Begleittext des Fotos in Zusammenhang steht. Eine Kennzeichnungspflicht von Werbung war zudem nicht Gegenstand der Entscheidung des BGH.

69

5. Die Wiederholungsgefahr ist gemäß § 12 Abs. 2 UWG anzunehmen und nicht durch die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung ausgeräumt. Zwar hat die Beklagte mittlerweile die werblichen Tags aus den streitgegenständlichen (nach wie vor auf Instagram aufrufbaren) Posts entfernt und nutzt sie für ihre bezahlten Posts die Worte „bezahlte Partnerschaft mit ...“ (anstelle der Angabe des Ortes oberhalb des Fotos). Ob diese Angabe aus Rechtsgründen genügt, kann hier offenbleiben. Denn die Wiederholungsgefahr entfällt durch eine bloße, reversible Änderung der Praxis jedenfalls nicht.

70

6. Etwaige Ansprüche auf der Grundlage des Telemediengesetzes können dahinstehen.

71

7. Dem Kläger steht schließlich der geltend gemachte Anspruch auf die Kosten der außergerichtlichen Geltendmachung nach § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG zu. Die Beklagte hat hierauf gesetzliche Zinsen ab dem Folgetag ihrer Abmahnungs-Zurückweisung durch Anwaltsschreiben vom 05.04.2018 zu bezahlen.

72

8. Die Entscheidung über die Kosten beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO, diejenige über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf § 709 ZPO.