

Instagram: Bloße Verwendung des Hashtags #ad genügt nicht zur Kennzeichnung des kommerziellen Zwecks

Oberlandesgericht Celle

Urteil vom 08.06.2017

Az.: 13 U 53/17

Tenor

1. Auf die Berufung des Verfügungsklägers wird das am 8. März 2017 verkündete Urteil der 3. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Hannover geändert:

Der Verfügungsbeklagten wird bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der künftigen Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, zu vollziehen an ihren Geschäftsführern, untersagt, im geschäftlichen Verkehr unter Einschaltung einer als Privatperson auftretenden Dritten, beispielsweise „x.“, für kosmetische Produkte zu werben, ohne den geschäftlichen Zweck der Werbung für diese Produkte kenntlich zu machen, insbesondere zu werben:

„An alle Sparfüchse: AUFGEPASST! NUR morgen gibt es in allen Filialen von #r. & im Online Shop 40% Rabatt auf Augen Make-Up! Viel Spaß beim Einkaufen! @mein_r. Eyes: RdeL Y. Mascara & M. N. Y. The Rock Nudes Lidschatten Palette

#b. #ad #eyes #shopping #rabatt #40prozent“

samt der Abbildung zweier weiblicher Unterarme mit Kosmetika und Schmuckstücken,

wenn dies geschieht wie im Internet unter www.i.com gemäß Ausdruck vom 24. Januar 2017, Anlage A 3.

2. Die Verfügungsbeklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

3. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 20.000,00 € festgesetzt.

Gründe

I.

Von der Darstellung des Tatbestands wird gemäß §§ 540 Abs. 2, 313a Abs. 1 Satz 1 ZPO abgesehen.

II.

Die zulässige Berufung des Verfügungsklägers hat Erfolg. Sie führt zur Änderung des angefochtenen Urteils.

1. Dem Verfügungskläger steht gegen die Verfügungsbeklagte ein im einstweiligen Verfügungsverfahren durchsetzbarer Anspruch auf Unterlassung der streitgegenständlichen Werbung zu.

a) Der Verfügungsanspruch folgt aus §§ 8 Abs. 1, 3, 5a Abs. 6 UWG.

aa) Der Verfügungskläger ist, was die Verfügungsbeklagte nicht in Abrede nimmt, als 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, gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG befugt, wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche geltend zu machen.

bb) Der streitgegenständliche Beitrag bei I. verstößt gegen §

5a Abs. 6 UWG. Bei dem Beitrag handelt es sich um eine geschäftliche Handlung (dazu (1)), deren kommerzieller Zweck nicht kenntlich gemacht ist (dazu (2)) und der sich auch nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt (dazu (3)); die Handlung ist geeignet, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte (dazu (4)).

(1) Geschäftliche Handlung ist gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG unter anderem jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens vor einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes von Waren objektiv zusammenhängt. Darunter fällt auch der streitgegenständliche Beitrag, bei dem es sich um Werbung handelt, die den Absatz von Kosmetika fördern soll. Dass es sich bei dem Beitrag um eine Äußerung der auf I. als „x.“ auftretenden Person handelt, steht der Annahme einer geschäftlichen Handlung nicht entgegen, weil diese Person für den Beitrag unstreitig eine Vergütung erhält (vgl. Köhler/Bornkamm/ Köhler, UWG, 35. Aufl., § 5a Rn. 7.71, 7.77).

(2) Der kommerzielle Zweck des streitgegenständlichen Beitrags ist nicht ausreichend kenntlich gemacht. Der gegenteiligen Auffassung des Landgerichts vermag der Senat nicht zu folgen.

Wie der kommerzielle Zweck einer geschäftlichen Handlung kenntlich zu machen ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls und des verwendeten Kommunikationsmittels ab. Der Hinweis muss jedoch so deutlich erfolgen, dass aus der Sicht eines durchschnittlichen Mitglieds der jeweils angesprochenen oder betroffenen Verbraucherkreise kein Zweifel am Vorliegen eines kommerziellen Zwecks besteht (Köhler/Bornkamm/Köhler, § 5a Rn. 7.27). Der kommerzielle Zweck muss auf den ersten Blick hervortreten (Seichter in: Ullmann, jurisPK-UWG, 4. Aufl. 2016, § 5a UWG Rn. 141). Das ist vorliegend nicht der Fall. Die Verwendung des Hashtags „#ad“ ist jedenfalls in der Form, wie es vorliegend erfolgt ist, nicht ausreichend, um den Beitrag als Werbung zu kennzeichnen.

(a) Der Senat lässt offen, ob die von der Arbeitsgemeinschaft der Landesmedienanstalten unter anderem empfohlene Verwendung des Hashtags „#ad“ grundsätzlich geeignet ist, einen Beitrag bei I. oder ähnlichen sozialen Medien als Werbung zu kennzeichnen. Das Ergebnis der von dem Verfügungskläger als Anlage BB 1 vorgelegten Meinungsumfrage könnte Zweifel wecken, ob das Hashtag „#ad“ ausreichend bekannt ist, um aus der Sicht eines durchschnittlichen Verbrauchers als eindeutiger Hinweis auf Werbung verstanden zu werden. Der Senat verkennt allerdings nicht, dass aus der Meinungsumfrage nicht erkennbar ist, welcher Teil der Befragten I. oder ähnliche soziale Medien überhaupt nutzt; diejenigen Personen, die nach Behauptung des Verfügungsklägers in erster Linie Zielgruppe der streitgegenständlichen Werbung sind, Kinder und Jugendliche ab 13 Jahren, sind bei der Umfrage nicht berücksichtigt worden.

(b) Eine ausreichende Kennzeichnung des kommerziellen Zwecks des streitgegenständlichen Beitrags fehlt aber jedenfalls deshalb, weil das Hashtag „#ad“ innerhalb des Beitrags nicht deutlich und nicht auf den ersten Blick erkennbar ist.

Das Hashtag „#ad“ befindet sich vorliegend am Ende des Beitrags und dort an zweiter Stelle von insgesamt sechs Hashtags. Nach Überzeugung des Senats ist nicht damit zu rechnen, dass ein durchschnittliches Mitglied der Zielgruppe der beanstandeten Werbung das Hashtag an dieser Stelle zur Kenntnis nimmt.

Zweifelhaft kann schon sein, ob Hashtags, die am Ende eines Beitrags stehen, überhaupt zur Kenntnis genommen werden oder ob sich der Leser des Beitrags auf den eigentlichen Text beschränkt. Jedenfalls wird die überwiegende Zahl der Leser des Beitrags sich nicht beim ersten Betrachten der Seite die hier vorhandene Vielzahl an Hashtags ansehen und deshalb auf das Hashtag „#ad“ nicht aufmerksam werden. Anlass, sich die Hashtags näher anzusehen, hat aufgrund der Funktion der Hashtags als Links nämlich nur derjenige Leser, der vorhat,

diesen Links zu folgen und sich weitere mit dem Hashtag verbundene Beiträge anzusehen. Davon, dass dies auf eine nennenswerte Zahl an Lesern der Beiträge zutrifft, kann insbesondere bei Lesern der hier relevanten Zielgruppe, denen es darum geht, I.-Mitgliedern wie „x.“ zu folgen und sich deren Beiträge anzusehen, nicht ausgegangen werden.

Eine andere Beurteilung ergibt sich nicht daraus, dass die Hashtags farblich gegenüber dem übrigen Text abgesetzt sind. Denn diese farbliche Hervorhebung erleichtert es dem Leser eines Beitrags gerade in einem Fall wie dem vorliegenden, bei dem sich eine Vielzahl von Hashtags am Ende des Beitrags befindet, das Lesen des Beitrags am Ende des eigentlichen Textes zu beenden und die Hashtags deshalb nicht zur Kenntnis zu nehmen.

(3) Der Senat vermag dem Landgericht auch nicht darin zu folgen, dass eine Kennzeichnung des kommerziellen Zwecks des Beitrags entbehrlich ist, weil sich der kommerzielle Zweck unmittelbar aus den Umständen ergebe.

Entbehrlich ist eine Kennzeichnung des kommerziellen Zwecks nur dann, wenn dieser auf den ersten Blick und ohne jeden Zweifel erkennbar ist. Es genügt nicht, wenn der durchschnittliche Leser erst nach einer analysierenden Lektüre des Beitrags dessen werbliche Wirkung erkennt. Denn das schließt nicht aus, dass der Leser dem Beitrag in Verkennung des Umstands, dass es sich um Werbung handelt, eingehendere Beachtung schenkt (BGH, Urteil vom 31. Oktober 2012 – I ZR 205/11 – Preisrätselgewinnauslobung V, juris, Rn. 21, zu § 4 Nr. 3 UWG a. F.). Zwar betrifft diese Entscheidung des BGH Werbung innerhalb des redaktionellen Teils einer Zeitschrift. Gleichwohl ist sie auf den vorliegenden Sachverhalt mit der Maßgabe zu übertragen, dass der Leser des Beitrags zunächst davon ausgeht, Informationen von „x.“ wie etwa den Hinweis auf ein neues Video zu erhalten, nicht aber Werbung.

Von diesen Grundsätzen ausgehend, erachtet der Senat eine

gesonderte Kennzeichnung des kommerziellen Zwecks des streitgegenständlichen Beitrags nicht als entbehrlich.

Der kommerzielle Zweck des Beitrags ergibt sich zunächst nicht aus der Qualität und Aufmachung des zum Beitrag gehörenden Fotos. Zwar ist es richtig, dass das Foto professionell gestaltet wirkt. Das trifft indes auch auf weitere Fotos des I.-Auftritts von „x.“ zu, beispielsweise auf ein Foto mit einem Strauß roter Rosen vom 26. April 2017 oder auf Fotos aus der ersten Aprilhälfte 2017, bei denen es sich möglicherweise um Urlaubsfotos handelt und die ebenfalls von der Qualität her nicht wie Schnappschüsse wirken. Auch der Umstand, dass auf dem hier interessierenden Foto – anders als auf den meisten anderen – nicht „x.“ selbst abgebildet ist, lässt nicht den eindeutigen Schluss darauf zu, dass es sich bei dem Beitrag um Werbung handelt.

Denn es gibt weitere Beiträge mit Fotos, auf denen nicht „x.“ abgebildet ist, sondern Gegenstände wie beispielsweise ein Strauß Rosen oder eine Pizza, bei denen es sich nicht um Werbung handelt, sondern beispielsweise um Hinweise auf neue Videos von „x.“.

Soweit das Landgericht davon ausgegangen ist, dass der streitgegenständliche Beitrag Begriffe wie „Sparfüchse“ oder „@mein_r.“ sowie diverse Hashtags wie #r., #b., #e., #s., #r. und #40prozent enthalte, die auf den werblichen Charakter des Beitrags schließen ließen, trifft das zwar zu. Der werbliche Charakter erschließt sich anhand dieser Begriffe aber erst, wenn ein Leser den Text des Beitrags einschließlich der Hashtags am Ende vollständig und sinnentnehmend gelesen hat. Das genügt für die erforderliche Erkennbarkeit „auf den ersten Blick“ indes nicht. Vielmehr wird der werbliche Charakter des Beitrags bei einer Beurteilung „auf den ersten Blick“ eher dadurch verschleiert, dass sich im Text Symbole wie ein lachendes Gesicht und ein Doppelherz befinden, deren Verwendung – jedenfalls auch – in Nachrichten privaten Charakters üblich ist.

(4) Schließlich ist die geschäftliche Handlung in Form des streitgegenständlichen Beitrags geeignet, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Es ist gerade Sinn und Zweck einer Werbung wie der hier streitgegenständlichen, Personen zum Erwerb der beworbenen Gegenstände zu bewegen, die die Gegenstände sonst nicht, nicht zu diesem Zeitpunkt oder nicht bei dem Werbenden erworben hätten.

b) Es liegt auch ein Verfügungsgrund vor. Die Verfügungsbeklagte hat die Dringlichkeitsvermutung des § 12 Abs. 2 UWG nicht widerlegt.

Der Senat geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass die Dringlichkeitsvermutung regelmäßig widerlegt ist, wenn der Anspruchsteller mit der Antragstellung länger als einen Monat ab Kenntnis von der Verletzungshandlung zuwartet (vgl. Beschluss vom 20. Januar 2014 – 13 W 100/13, juris, Rn. 7). Darlegungs- und beweisbelastet für die Widerlegung der Dringlichkeitsvermutung ist der Anspruchsschuldner (Köhler/Bornkamm/Köhler, § 12 Rn. 3.21). Die von der Verfügungsbeklagten vorgebrachten Tatsachen lassen den Schluss, dass der Verfügungskläger vor dem 8. Januar 2017 (Eingang des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung am 8. Februar 2017) Kenntnis von der beanstandeten Verletzungshandlung hatte, nicht zu.

Grundsätzlich mag es zwar zutreffen, dass Beiträge bei I. oder ähnlichen sozialen Medien regelmäßig nur für kurze Zeit von Interesse sind, wahrgenommen und gegebenenfalls kommentiert werden. Das gilt indes nur für „normale“ Nutzer dieser sozialen Medien, die – beispielsweise als Abonnenten von „x.“ – laufend derartige Beiträge erhalten. Bei dem Verfügungskläger kann indes ein gleichartiges Nutzerverhalten nicht angenommen werden. Vielmehr ist, worauf bereits das Landgericht hingewiesen hat, davon auszugehen, dass der Verfügungskläger entweder I.-Profile gezielt auf Werbebeiträge durchsieht oder aber auf Hinweis eines Mitglieds oder

sonstigen Dritten tätig wird. Bei einer gezielten Durchsicht des I.-Profils von „x.“ auf etwaige unlautere Werbung war es aber auch im Januar 2017 – und später – ohne weiteres möglich, auf den streitgegenständlichen (zwischenzeitlich gelöschten, Anfang Mai 2017 aber noch verfügbaren) Beitrag zu stoßen. Denn bei Durchsicht der von der Verfügungsbeklagten als Anlage AG 8 vorgelegten Foto-Übersicht gab für denjenigen, der gezielt nach Werbung suchte, das Foto des streitgegenständlichen Beitrags Anlass, sich den Beitrag näher anzusehen. Es war also nicht erforderlich, sich sämtliche Beiträge von „x.“ anzusehen, um auf den streitgegenständlichen Beitrag zu stoßen.

2. Die Androhung eines Ordnungsmittels hat ihre Grundlage in § 890 Abs. 2 ZPO.

III.

Soweit die Verfügungsbeklagte unter dem 31. Mai 2017 einen weiteren umfangreichen Schriftsatz eingereicht hat, weist der Verfügungskläger zutreffend darauf hin, dass nach Schluss der mündlichen Verhandlung Angriffs- und Verteidigungsmittel nicht mehr vorgebracht werden können. Eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung kommt in Verfügungsverfahren nur ausnahmsweise zur Korrektur von Verfahrensfehlern in Betracht. Ein Verfahrensfehler ist nicht ersichtlich und wird von der Verfügungsbeklagten auch nicht geltend gemacht. Vielmehr wiederholt und vertieft die Verfügungsbeklagte im neuen Schriftsatz nur ihr bisheriges Vorbringen.

IV.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO.

V.

Die Festsetzung des Streitwerts folgt den nicht zu beanstandenden Angaben des Verfügungskläger in dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung, denen auch das

Landgericht gefolgt ist und gegen die die Verfügungsbeklagte keine Einwendungen erhoben hat.