


Autor:	Dr. Klaus Lodigkeit, LL.M, RA, FA für Gewerblichen Rechtsschutz, FA für IT-Recht und FA für Urheber- und Medienrecht
Datum:	11.01.2019
Quelle:	
Normen:	§ 5a UWG 2004, § 2 UWG 2004, § 3 UWG 2004, § 8 UWG 2004, § 9 UWG 2004
Fundstelle:	AnwZert ITR 1/2019 Anm. 3
Herausgeber:	Prof. Dr. Dirk Heckmann, Universität Passau Prof. Dr. Peter Bräutigam, RA und FA für IT-Recht, München
Zitiervorschlag:	Lodigkeit, AnwZert ITR 1/2019 Anm. 3

Die Rechtslage von Influencern (Teil 1): Kennzeichnung von Werbung

A. Einleitung

Der Online-Dienst Instagram ist momentan eines der am stärksten genutzten und bekanntesten sozialen Netzwerke. Im Juni 2018 verzeichnete die Plattform 1 Mrd. aktiver Nutzer. Ihnen eröffnet die Plattform die Möglichkeit, Bilder und Videos hochzuladen, zu teilen und durch Likes sowie Kommentare mit anderen Usern zu kommunizieren. Jeder Nutzer kann auf seinem Profil den Inhalt seines eigenen Feeds bestimmen. Besonders aktive Nutzer haben es deshalb innerhalb der letzten Jahre geschafft, sich durch ihren Instagram-Account einen Namen zu machen und viele Follower zu generieren. Damit geht eine beträchtliche Reichweite in der besonders werberelevanten Bevölkerungsgruppe der 14 bis 29-Jährigen einher, die von den Unternehmen nicht ungenutzt bleibt. Um ein breites Spektrum an Jugendlichen und jungen Erwachsenen zu erreichen, setzen viele Unternehmen auf die Marketingwirkung von sog. Influencern (Beeinflussern). Diese Influencer sind zumeist Privatpersonen, die ihren Followern ihre alltäglichen Aktivitäten mitteilen. Dabei werden Produkte von werbenden Unternehmen teilweise auffällig, teilweise jedoch auch versteckt platziert und oftmals in der Bildbeschreibung mit Markennennung erwähnt. Zum Teil werden die Influencer für das Erwähnen eines Produkts bezahlt oder anderweitig vergütet. Problematisch ist hier, wie die Kennzeichnung dieser Posts gestaltet werden muss, um werberechtliche Maßstäbe zu erfüllen.

Da Plattformen wie Instagram, YouTube oder Facebook relativ neu auf dem Markt sind und neue Formen des Marketings durch Influencer mit sich bringen, liegt seit geraumer Zeit kein genauer Rechtsrahmen für die Schaltung von Werbung und die damit einhergehende Beeinflussung der Follower vor. Es ist jedoch sehr wichtig, dass die auf Instagram aktiven Nutzer wissen, wie sie sich in Bezug auf bezahlte Werbung und Product-Placement zu verhalten haben. Es kursierten bereits Gerüchte und Theorien unter den Nutzern von Instagram bezüglich des rechtskonformen Teilens eines Bildes. Dieser Artikel soll sich mit der momentanen Rechtslage der Plattform Instagram auseinandersetzen und damit, was beim Teilen eines Bildes zu beachten ist.

B. Werbung und Schleichwerbung

Die beschriebenen Möglichkeiten, bei einer Tätigkeit als Influencer mit Unternehmen zu kooperieren, werfen die Frage auf, wie Werbung durch Influencer auf Instagram einzuordnen ist. Generell gilt: „Werbung muss als solche leicht erkennbar und vom übrigen Inhalt der Angebote angemessen durch optische und akustische Mittel oder räumlich abgegrenzt sein“ (§ 58 Abs. 3 i.V.m. § 7 Abs. 3 Satz 3 RStV). Werden dennoch Waren, Marken oder Dienstleistungen zu Werbezwecken erwähnt oder dargestellt und fehlt eine hinreichende Kennzeichnung als Werbung, kann der Tatbestand der grundsätzlich unzulässi-

gen Schleichwerbung des § 2 Abs. 2 Nr. 8 RStV erfüllt sein. Gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 8 Satz 2 RStV gilt eine Erwähnung oder Darstellung dann als zu Werbezwecken beabsichtigt, wenn diese gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung erfolgt. Ein entgeltähnlicher Vorteil kann beispielsweise in der Gewährung eines Rabatts oder der kostenlosen Übersendung der präsentierten Produkte liegen.¹

Ein solches Vorgehen kann zudem eine unlautere Handlung i.S.d. § 5a Abs. 6 UWG darstellen, soweit damit eine geschäftliche Handlung vorgenommen wird. Das Kammergericht hat zum Begriff der geschäftlichen Handlung herausgearbeitet, dass unter die Definition des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG der Betrieb eines Instagram-Accounts fallen kann, wenn dieser Äußerungen enthält, die den Absatz von präsentierten Waren fördern sollen und wenn die den Account betreibende Person hierfür Entgelte oder sonstige Vorteile oder Zugaben erhält.²

I. Verlinkungen

Viele Influencer bekommen kostenlose Produkte von Firmen und bewerben diese dann in einem geposteten Foto oder den sog. Instagram Stories (kurze Videos, die nach 24 Stunden nicht mehr aufrufbar sind). Zudem gibt es entgeltliche Kooperationen zwischen Unternehmen und Influencern. Die dargestellten Produkte werden oftmals direkt auf dem Bild mit sog. sprechenden Links versehen, die unmittelbar auf die Internetauftritte der entsprechenden Unternehmen führen.³ Bei einer häufigen Verwendung sprechender Links ist ein unentgeltliches Handeln des Accountbetreibers zwar nicht gänzlich ausgeschlossen, jedoch zu einem Ausmaß unwahrscheinlich, dass das Gericht im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes von dem gewerblichen Betreiben des Profils ausgehen kann.⁴ Daraus folgt zumindest für den vorläufigen Rechtsschutz eine erhöhte Last zur Glaubhaftmachung des Influencers bezüglich der privaten Nutzung seines Accounts. Weiterhin werden sog. Hashtags (#) und @-Zeichen, also Verlinkungen unter die Bilder gesetzt, um so den Hersteller des gezeigten Produktes kenntlich zu machen.

II. Maßnahmen zur Kennzeichnung

Um keine Schleichwerbung zu verbreiten und keine unlautere Handlung i.S.d. § 5a Abs. 6 UWG vorzunehmen, haben sich unter den meisten Influencern verschiedene Vorgehensweisen zur Kennzeichnung entwickelt.

Jahrelang war unter Influencern die Handhabe verbreitet, Kooperationen mit Unternehmen und daraus entstandene Postings durch Hashtags wie „#ad“ oder „#sponsoredby“ zu kennzeichnen. Diesbezüglich entschieden das OLG Celle und das Kammergericht, dass derartige Hashtags als Kennzeichnung nicht genügen.⁵ Der Grund hierfür lag darin, dass derartige Hashtags häufig ganz unten in einem längeren Textabsatz oder inmitten vieler anderer Hashtags zu finden waren. Es ist jedoch allgemein anerkannt, dass der kommerzielle Charakter einer geschäftlichen Handlung für ein durchschnittliches Mitglied der angesprochenen Verkehrskreise auf den ersten Blick erkennbar sein muss.⁶ Vor diesem Hintergrund erscheint auch fraglich, ob englische Hashtags für ein durchschnittliches Mitglied einer deutschsprachigen Followerschaft klar und deutlich zu verstehen sind.⁷ Viele Influencer gehen daher auf Nummer sicher und kennzeichnen ihre Posts mit deutschen Bezeichnungen wie „Anzeige“ oder „Werbung“.

Mittlerweile bietet die Plattform selbst die Möglichkeit an, bei einem Post direkt unter dem Usernamen den Zusatz „Bezahlte Partnerschaft mit ...“ anzeigen zu lassen. Die Kennzeichnung erfolgt somit im Vergleich zur bisherigen Gestaltung deutlicher abgetrennt von der Bildunterschrift. Damit geht aus Sicht des Followers eine bessere Kennzeichnung als Werbung einher.

Aufgrund einer Entscheidung des LG Berlin ist eine Vielzahl deutscher Influencer zu der Praxis übergegangen, pauschal Kennzeichnungen ihrer Posts vorzunehmen, obwohl dies bei genauerer Betrachtung eventuell nicht erforderlich wäre. In dem Urteil obsiegte der Verband Sozialer Wettbewerb, der eine Influencerin zuvor wegen unzulässiger getarnter Werbung i.S.d. § 5a Abs. 6 UWG abgemahnt hatte. Mit dem Urteil wurde der Influencerin untersagt, auf Seiten von Marken zu verlinken ohne dies als Werbung zu kennzeichnen, obwohl sie die fraglichen Produkte selbst gekauft hat. Das Landgericht stellte fest, dass es sich bei entsprechenden Posts um eine geschäftliche Handlung i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG han-

delt. Mit solchen Posts mit Verlinkungen der Unternehmen wird zum einen deren Wettbewerb gefördert, denn sie dienen nach ihrer Art dazu, den Absatz der gezeigten Produkte zu steigern. Das Interesse an Marken wird bei Followern insbesondere dann geweckt, wenn sie im Zusammenhang mit der Person des Influencers gezeigt werden. Durch die Verlinkung wird der Produktabsatz im Vergleich zu einer Erwähnung des Unternehmens in der Beschreibung ohne Verlinkung erleichtert. Nach der Entscheidung des Landgerichts ist dann unerheblich, ob der Betreibende für den Post eine Vergütung oder sonstige geldwerte Vorteile erhält.⁸ Eine geschäftliche Handlung zur Förderung des eigenen Unternehmens liegt nach Auffassung des Landgerichts trotzdem vor, wenn das Instagramprofil insgesamt mit kommerziellen Absichten geführt wird.

Bei der pauschalen Kennzeichnung aller Posts als Werbung wird von einigen Influencern jedoch befürchtet, durch derartige Bildunterschriften einen unattraktiven Feed zu bekommen und an Glaubwürdigkeit zu verlieren, was wiederum zu einer sinkenden Followerzahl führen könnte. Allerdings gibt die Aussage des Landgerichts, dass die Influencerin nicht zwangsläufig auf das Unternehmen hätte verlinken müssen, sondern die Produkte auch nur hätte erwähnen können, Hoffnung. Das zeigt, dass eine bloße Erwähnung von Produkten wohl nicht so streng zu beurteilen sein soll wie das Verlinken der Unternehmen.

C. Rechtsfolgen

Schleichwerbung verstößt gegen das Wettbewerbsrecht. Problematisch wird es, wenn die Abgrenzung zwischen nicht werblichem Inhalt und Werbung nicht eindeutig ist. Dies kann zu Spannungen mit dem Lauterkeitsrecht führen, da der werbende Charakter verschleiert wird. In einem solchen Fall muss zunächst geprüft werden, ob das Betreiben des Instagram-Accounts des Influencers eine geschäftliche Handlung nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG darstellt.⁹ Dabei stellt die Entgeltlichkeit eines Postings lediglich ein Indiz für das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung dar. Unterlässt man eine Kennzeichnung unter dem entsprechenden Beitrag, führt dies nach § 3 Abs. 1 i.V.m. § 5a Abs. 6 UWG zu einer unzulässigen, da unlauteren geschäftlichen Handlung im Wettbewerb (Schleichwerbung).¹⁰ Als Rechtsfolge von Schleichwerbung kommen daher Abmahnungen, Unterlassungs- (§ 8 Abs. 1 UWG) und Schadensersatzansprüche (§ 9 UWG) in Betracht. Vermehrt mahnt der Verband Sozialer Wettbewerb ab. Auch mit Konsequenzen der Landesmedienanstalt ist bei Rechtsverstößen zu rechnen.

Der zweite Teil der Abhandlung wird sich mit dem Jugendschutz, dem Datenschutz, dem Impressum und speziellen Praxisfragen von Influencern beschäftigen sowie mit den Auswirkungen der neuen Urteile auf die Umsetzung des Influencer-Marketings.

D. Literaturempfehlungen

Lehmann, Lauterkeitsrechtliche Risiken beim Influencer Marketing, WRP 2017, 772.

Leeb, Schleichwerbung in sozialen Medien: Kennzeichnung von Influencer Marketing auf Instagram, jurisPR-ITR 19/2017, Anm. 2.

Fußnoten

- 1) LG Berlin, Urt. v. 24.05.2018 - 52 O 101/18; KG, Beschl. v. 11.10.2017 - 5 W 221/17.
- 2) KG, Beschl. v. 11.10.2017 - 5 W 221/17.
- 3) KG, Beschl. v. 11.10.2017 - 5 W 221/17.
- 4) KG, Beschl. v. 11.10.2017 - 5 W 221/17.
- 5) OLG Celle, Urt. v. 08.06.2017 - 13 U 53/17; KG, Beschl. v. 11.10.2017 - 5 W 221/17, mit Verweis auf BGH, Urt. v. 06.02.2014 - I ZR 2/11.
- 6) Wenn, jurisPR-ITR 8/2018, Anm. 3 C; OLG Celle, Urt. v. 08.06.2017 - 13 U 53/17.
- 7) OLG Celle, Urt. v. 08.06.2017 - 13 U 53/17; KG, Beschl. v. 11.10.2017 - 5 W 221/17.
- 8) LG Berlin, Urt. v. 24.05.2018 - 52 O 101/18.
- 9) Lehmann, WRP 2017, 772.
- 10) Leeb, jurisPR-ITR 19/2017, Anm. 2, unter A.