von Rechtsanwalt **Felix Barth**

#Werbung: FAQ für rechtskonformes Influencer-Marketing (Update)

Der Fall Vreni Frost und die Entscheidung des LG Berlin hatte in der Influencer- und Blogger-Szene in 2018 für Unruhe gesorgt. Das KG Berlin (Urteil v. 08.01.2019 - Az.: 5 U 83/18) hatte nun diese Ausgangsentscheidung etwas entschärft. Nicht jedes Posting eines Influencers soll danach stets Schleichwerbung sein - die Grenzziehung dürfte aber auch in Zukunft schwer fallen. Wir haben die rechtlichen Aspekte des Influencer-Marketings einmal umfassend im Rahmen einer FAQ zum Thema rechtskonforme Posts auf Instagram & Co auch unter Berücksichtigung der jüngsten Rechtsprechung beleuchtet.

1. Wer oder was sind Influencer?

Laut Wikipedia werden als Influencer (von engl. to influence: beeinflussen) Personen bezeichnet, die aufgrund ihrer starken Präsenz (teilweise angenommen ab ca. 50.000 Followern) und ihres hohen Ansehens in einem oder mehreren sozialen Netzwerken für Werbung und Vermarktung in Frage kommen (Influencer-Marketing). Es ist also nicht jeder Instagram-account-Inhaber oder Blogger ein Influencer.

Tipp: Für Mandanten kostenloser Mustervertrag für Kooperation mit Influencern

Nicht nur die Popularität sozialer Netzwerke an sich ist in den letzten Jahren gestiegen, sondern auch diejenige einzelner Nutzer, die sich besonders zu inszenieren wissen. Die Reichweite solcher „Influencer“ veranlasst viele Unternehmen zu Kooperationen, in deren Rahmen Produkte durch Posts auf Instagram, Facebook und Co. präsentiert werden sollen. Um sich rechtlich abzusichern, Haftungsfallen entgegenzuwirken und zudem die gegenseitigen Leistungspflichten nach Art und Umfang eindeutig abzustecken, sind Kooperationsverträge zwischen Unternehmern und Influencern regelmäßig unerlässlich.

Die IT-Recht Kanzlei stellt ihren Mandanten zu diesem Zweck kostenlos einen unternehmensfreundlichen Muster-Kooperationsvertrag für die Zusammenarbeit mit Influencern bereit.

2. Was ist das rechtliche Problem beim Thema Influencer und Werbung?

Zuerst einmal: Ja natürlich dürfen auch Influencer wie jeder andere werben. Das Problem ist, dass Werbung als solche erkennbar sein muss – denn ansonsten spricht man von unzulässiger getarnter Werbung bzw. Schleichwerbung. Den rechtlichen Rahmen dazu geben das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (§ 5a UWG), das Telemediengesetz (§ 5 TMG) und der Rundfunkstaatsvertrag (§ 58 RStV) vor – danach muss Werbung als solche klar erkennbar und vom übrigen Inhalt der Angebote eindeutig getrennt sein muss (Trennungsgrundsatz: klare Trennung von journalistischen und kommerziellen Inhalten).

Nach der Kernvorschrift des UWG etwa handelt unlauter und kann abgemahnt werden, 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. Dies ist die komplizierte Definition des hinlänglich bekannten Begriffes der obengenannten umgangssprachlichen Schleichwerbung.

3. Wann ist ein Influenzer-Posting Werbung?

Das ist DIE Streitfrage in diesem Bereich!

Ein klares Indiz für Werbung dürfte die Entlohnung des Influencers sein:

Sofern also das Unternehmen den Influencer für die Veröffentlichung von bestimmten Posts mit Geld bezahlt oder dem Influencer Produkte im Sinne eines Sachwertsponsoring zur Verfügung stellt, dann ist der Post darüber wohl als Werbung anzusehen. Und auch, wenn der Influencer keine direkte Geldauszahlung erhält, sondern nur einen Rabatt auf einen Kaufpreis, ist ein entsprechender Beitrag Werbung (LG Köln, Beschl. v. 17.03.2020 - Az.: 31 O 352/18 SH I).

Aber: Auch wenn hier keine derartige wirtschaftliche Verbindung zwischen Influencer und Unternehmen besteht, kann eben eine kennzeichnungspflichtige Werbung vorliegen, und das sind dann die Streitfälle, die in letzter zeit immer öfter vor Gericht landen:

So geschehen in dem eingangs erwähnten Urteil um Vreni Frost. Hier ging das Gericht (LG Berlin, Urteil v. 24.05.2018, Az.: 52 O 101/18) auch ohne Bezahlung oder Sponsoring von einem kennzeichnungspflichtigen Werbebeitrag aus:

> *"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"

Das hat aber nun das KG Berlin im Berufungsurteil (08.01.2019 - Az.: 5 U 83/18) anders bewertet. Jedenfalls soll alleine durch Links zu den Instagram-Accounts von Herstellern bzw. Händlern und deren Online-Shops die Grenze zur Werbung nicht überschritten sein:

> *"Die Links ergänzen den Beitrag der Antragsgegnerin auf Instagram, indem sie weitergehende Informationen ermöglichen (vgl. BGH GRUR 2004, 694 – Schöner Wetten, Rn 24) und nicht etwa nur den Kauf eines Gegenstandes. Der Dienst "Instagram" wird als soziales Netzwerk bezeichnet. Der Sinn eines derartigen Netzwerks besteht jedenfalls auch darin, Verbindungen zwischen den Nutzern herzustellen. Der Besucher eines Instagram-Accounts erwartet dort nicht nur Informationen, die weitere Recherchen erfordern, wenn er sein Ziel erreichen will, sondern eine Verbindung zum Gegenstand der gesuchten Information. Der Link ist aber auch im Übrigen nicht mehr als eine allenfalls geringfügige Abkürzung oder Erleichterung des Weges, über eine Suchmaschine zu diesem Ziel zu gelangen.*
> *Die Grenze zwischen einer im Hinblick auf § 5a Abs. 6 UWG unbedenklichen Markennennung im Rahmen einer Meinungsäußerung oder eines redaktionellen Beitrages einerseits und zu kennzeichnender Werbung andererseits an der Verlinkung zu einen Instagram-Account des Nutzers der Marken zu ziehen, ist jedenfalls dann nicht sachangemessen und der Lebenswirklichkeit des Internets gerecht werdend, wenn dem Verbraucher über den Link nicht unmittelbar der Erwerb des Produkts ermöglicht wird. Wohl jedes aktuelle Textverarbeitungsprogramm gestaltet die Eingabe einer Internetadresse automatisch als Link."*

Weiter führt das Gericht in dieser Entscheidung aus, dass es keine generelle Kennzeichnungspflicht gibt:

> *"Es stellt sich weiter die Frage, ob jeder einzelne Instagram-Account der Antragstellerin als kommerziellen Zwecken dienend gekennzeichnet werden muss, ohne dass auf die Prüfung des redaktionellen Gehalts des einzelnen Posts eingegangen werden muss, weil andere Posts kommerziellen Zwecken Dritter gedient haben bzw. weil der Account insgesamt, und damit jeder einzelne Beitrag, der Eigenwerbung der Antragsgegnerin gedient hat.Diese Frage ist im Hinblick auf die Grundrechte der Antragsgegnerin aus Art. 11 EU-*

> Grundrechtecharta zu verneinen. (...)
> Das Bestreben eines Influencers, Werbeeinnahmen zu erzielen, rechtfertigt es nicht, ihn zu verpflichten, jede Äußerung mit einem Hinweis zu versehen, mit dem der Verkehr einen nachrangigen oder minderen Wert des Beitrags verbindet. Insoweit kann für einen Influencer nichts anderes gelten, als für andere Medienunternehmen, die sich durchweg zumindest auch über Werbeeinnahmen finanzieren und für Auftraggeber insbesondere dann attraktiv sind, wenn eine Vielzahl von Personen erreichen, ganz gleich, ob man diese nun als Leser, Zuschauer oder Follower bezeichnet. "

Das LG Itzehoe (Urt. v. 23.11.2017 - Az.: 3 O 151/18) dagegen hat in einem Fall eines Fitnessmodels geurteilt, dass zumindest die Linksetzung auf den instagram-account des Sporthersteller der getragenen Fitnessmode ausreicht, um eine kenneichnungspflichtige Werbung anzunehmen.

Man sieht: Die Rechtsprechung ist hier noch relativ uneins und es fehlen höchstrichterliche Entscheidungen zu den rechtlichen Knackpunkten. Es bleibt weiter ein schmaler Grad für Influencer und eine Rechtssicherheit besteht auch nach dem Urteil aus Berlin noch lange nicht.

4. Wann ist ein Posting keine Werbung?

Wenn keine wirtschaftliche Motivation eines Dritten hinter dem Posting steckt, ist es auch keine Werbung. Aber wann ist dies schon der Fall?

Hier mal ein paar vorsichtige Bespiele:

- Allgemeinbeiträge des Influencers, die von seiner Person oder Erlebtem handeln
- allgemeine journalistisch-redaktionelle Beiträge, die neutral gehalten sind und sich ggf. kritisch und in jedem Fall sachlich mit einem Produkt auseinandersetzen
- Beiträge über Lieblings-Produkte des Influencers – aber gerade hier ist Vorsicht geboten: Zuletzt wurde dies hier trotz Eigenerwerb der besprochenen Ware als kennzeichnungspflichtige Werbung angesehen - hierzu LG Heilbronn, Urt. v. 08.05.2018, Az.: 21 O 14/18 KfH:

> *Aus diesem Grund kann im Zusammenhang mit einer auch gewerblichen Tätigkeit in diesem Bereich schon deswegen keine Abgrenzung zu rein privaten Posts geltend gemacht werden, weil das Posting stets im Zusammenhang mit der Förderung des Gesamtsystems zu begreifen ist. Dies betrifft namentlich Posts mit selbst gekauften Kleidungsstücken wie hier in Ansehung der Abbildungen drei und vier: Auch diese Posts dienen dem Zweck, das dargestellte System als Ganzes aufrechtzuerhalten, möglichst einen sich selbst verstärkenden Trend wie oben dargelegt zu erzeugen bzw. aufrechtzuerhalten und einen sich selbst abschwächenden Trend zu vermeiden. Im Ergebnis werden mit solchen ohne Gegenleistung erbrachten Posts etwaige Lücken in der regelmäßigen Präsentation aufgefüllt und eine günstige Gesamtlage durch selbstfinanzierte Werbung zugunsten Dritter*

mit Blick auf zukünftige Werbeaufträge erzeugt.

Das heißt der bisher geltend Grundsatz, dass Beiträge über Lieblings-Produkte des Influencers, sofern das Produkt selbst gekauft wurde (Tipp: Um Nachweispflicht zu genügen Quittungen aufbewahren) und eine sachliche Besprechung des Produktes ohne weitere Verlinkung auf das dazugehörige Unternehmen erfolgt, nicht kennzeichnungspflichtig sind, kann nun nicht mehr ausnahmslos aufrechterhalten werden.

5. Muss ein Werbe-Posting gekennzeichnet sein?

Ja – nach Ansicht des BGH (BGH GRUR 2013, 644 Rn. 21) muss der Verbraucher auf den ersten Blick und ohne jeden Zweifel den kommerziellen Zweck einer Handlung erkennen können. Es genügt nicht, wenn der durchschnittliche Leser/Interessent erst nach einer analysierenden Lektüre des Beitrags dessen werbliche Wirkung erkennt.

6. Wie und wo muss Werbung generell (etwa auf Instagram) gekennzeichnet werden?

Überträgt man die rechtlichen Grundsätze aus dem Print-Bereich ist diese Frage wie folgt zu beantworten:

- Darstellung der Begriffe „Werbung“ oder „Anzeige“ sollte direkt am Anfang eines Wortbeitrages erfolgen. Im Falle eines Bild-/Video-Beitrages: Direkt im Bild oder am Anfang des Videos in textlicher Darstellung.
- Problem Hashtag: Ob die Darstellung in der Hashtag-Wolke und sei es auch am Anfang ausreicht, ist gerichtlich noch nicht festgestellt worden. Nach den Feststellungen aus dem Urteil des OLG Celle (siehe unter Frage 10) bleibt dies jedenfalls noch offen. Sofern man die Darstellung als # als ausreichend ansieht, dann sollte jedenfalls die Werbung/Anzeigen-Hastags immer am Anfang der Wolke genannt werden - und dies mit einem Blick vom Werbebeitrag wahrnehmbar ohne weitere(s) clicks und scrollen.

Zur Frage wie Werbung NICHT gekennzeichnet werden darf, sind in letzter Zeit einige Urteile ergangen (dazu mehr unten) – da sich die Urteile jeweils auf Verstöße auf der Plattform Instagram bezogen, nehmen wir dies als Anlass auch Instagram als pars pro toto für social-media Plattformen zu nehmen. Die Grundsätze sind im Kern aber natürlich auch auf andere Plattformen wie Facebook oder Pinterest übertragbar.

7. Genügt die Verwendung englischsprachiger Begriffe wie #ad oder #sponsored der Kennzeichnungspflicht?

Eher nicht – aber das ist letztlich noch nicht endgültig gerichtlich geklärt. Das OLG Celle (Urt. v. 08.06.2017 - Az.: 13 U 53/16) hatte sich jüngst zu folgender Werbung mit der Verwendung #ad geäußert :

> *"An alle Sparfüchse: AUFGEPASST! NUR morgen gibt es in allen (...) Filialen von #(...) & im Online Shop 40% Rabatt auf Augen Make-Up! Viel Spaß beim Einkaufen! (...). Mascara & M. N. Y. The R. N. Lidschatten Palette*
> *#blackfriyay #ad #eyes #shopping #rabatt #40prozent"*

Das Gericht (wir hatten hier bereits darüber ausführlich berichtet) hatte hier befunden, dass der Hashtag #ad nicht ausreicht, um ein Werbe- Posting zu kennzeichnen, sofern dies in einer Weise geschieht, dass dies gegenüber dem Rest der Hashtags nicht hervorsteche. Wie in der Werbung zu sehen ist, war das #ad nicht an erster Stelle – das hat die Richter gestört. Im Umkehrschluss könnte man meinen, dass eine Platzierung an erster Stelle ausreichend sei. Offen bleibt aber, ob die Bezeichnung #ad überhaupt ausreichend ist, dazu ist das Gericht in dieser Entscheidung zumindest gar nicht gekommen. Ebenso hat das LG Heilbronn (Urt. v. 08.05.2018 - Az.: 21 O 14/18 KfH) geurteilt: Der Hashtag "#ad" ist als Kennzeichnung für das kommerzielle Posting einer Instagram-Influencerin nicht ausreichend, um den Vorwurf der Schleichwerbung zu entkräften. Dem durchschnittlichen Verbraucher werde nicht klar, dass es sich hier um einen gesponserten Beitrag handle.

Allerdings hat das Kammergericht Berlin (Beschluss v. 11.10.2017, Az.: 5 W 221/17) diese Bezeichnungen #ad und #sponsored by grds. für unzureichend zur Kennzeichnung von Werbung gehalten.

Und auch der BGH (Urt. v. 06.02.2014, Az. I ZR 2/11) hat in einem weiteren Fall der Nennung eines englischsprachigen Zusatzes „sponsored by“ im Bereich Printmedien geurteilt, dass dies nicht ausreichend sei. Das LG München (Urteil vom 31.07.2015, Az. 4 HK O 21172/14) hat diese Grundsätze auch im Bereich Onlinemedien angenommen angewendet.

Nach dieser Gerichtsschau kann man also sagen: Englischsprachige Begriffe wie „ad“ oder „sponsored by“ sind mit Vorsicht zu genießen.

8. Gibt es Besonderheiten bei Produktfotos?

Nein, nicht wirklich. Auch hier gelten die vorgenannten Grundsätze. Wer als Influencer Produktfotos ins Internet stellt mit Verlinkung zur Website gewerblicher Unternehmen oder etwa unter Verwendung der Zeichen @UNTERNEHMEN ohne Kenntlichmachung der Werbung, macht unzulässige Schleichwerbung.

Das LG Hagen (Urteil v. 13.09.2017, Az.: 23 O 30/17) hierzu:

> *"Die Verfügungsbeklagte verstößt mit den ins Netz gestellten Bildern, bei denen Produkte gewerblicher Unternehmen mit einem Link zu deren Homepage versehen sind und dem danebenstehenden Text ohne Kenntlichmachung, dass es sich insoweit um Werbung handelt, gegen § 5a Abs. 6 UWG. Danach 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. Eine derartige Verschleierung der Werbung ist bei dem Instagram-blog, den die Verfügungsbeklagte führt, anzunehmen. Ein Nichtkenntlichmachen des kommerziellen Zwecks liegt vor, wenn das äußere Erscheinungsbild der geschäftlichen Handlung so gestaltet wird, dass der Verbraucher ihren kommerziellen Zweck nicht klar und eindeutig erkennen kann. Dabei ist auf den konkreten Fall abzustellen und es sind alle tatsächlichen Umstände sowie die Beschränkungen des verwendeten Kommunikationsmittels zu berücksichtigen. Maßgebend ist die Sicht des durchschnittlich informierten, situationsadäquat aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers oder des durchschnittlichen Mitglieds der angesprochenen Verbrauchergruppe."*

Das gleiche gilt für Videos, in denen ein Produkt werblich im Mittelpunkt steht. (Achtung: Allein ein gesprochener Werbehinweis in einem Video ist risikobehaftet).

9. Besteht für Händler mit einem eigenen Instagram-account eine Kennzeichnungspflicht in Sachen Werbung?

Nein, eine solche Kennzeichnung ist in der Regel nicht erforderlich. Denn bei solchen accounts dürfte sich der kommerzielle Zweck aus den Umständen ergeben – der Verbraucher unterliegt dann keiner Fehlvorstellung. Sofern ein Unternehmen/gewerblicher Händler einen Social-Media-Account betreibt, rechnet der Verbraucher in der Regel nicht mit neutralen Äußerungen, sondern mit kommerziellen Inhalten. Sprich: Ein Händler, der über seinen Händler-account seine Ware bewirbt, muss dies nicht als Werbung kennzeichnen. Anders, wenn etwa der Geschäftsführer oder Angestellte die Waren bewerben oder der Shopbetreiber über einen angeblichen "privaten" account für seinen Shop/Waren wirbt.

10. Was droht bei Verstößen?

Wie immer: Es drohen primär Abmahnungen. Sofern ein Influencer getarnte Werbung nicht kennzeichnet droht eine Abmahnung durch Mitbewerber oder Vereine. In letzter Zeit hatten sich oft die Wettbewerbsvereine dazu aufgerufen gefühlt für Ordnung zu sorgen. Die Kosten in diesem Fall liegen dann bei ca. 200 EUR für die Abmahnung – wird das Ganze noch gerichtlich durchgesetzt im Wege einer einstweiligen Verfügung und anschließendem Gerichtsverfahren steigen wegen der bestehenden Anwaltspflicht vor den zuständigen Landgerichten die Kosten nochmal deutlich an.

Unterwirft sich der abgemahnte Influencer außergerichtlich durch Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung, drohen bei Verstoß empfindliche Vertragstrafen.

Daneben kann auch ein Bußgeld von Behörden ausgesprochen werden.

11. Wer kann für unzulässige Werbung außer dem Influencer noch belangt werden?

Natürlich wird vornehmlich der werbende Influencer in Anspruch genommen – so war das in der Vergangenheit zumindest in den gerichtlich entschiedenen Fällen. Aber daneben kann auch das/der dahintersteckende/kooperierende Unternehmen/Händler abgemahnt werden – nach Wahl des Abmahners.

12. Was müssen Händler im Umgang mit Influencern beachten?

Das Thema Influencer ist nur zum Teil ein Thema für die Händler – und zwar dann, wenn der Händler mit Influencern zusammenarbeitet (sei es auf Bezahlung oder durch Zurverfügungstellung von kostenloser Ware). Und für sich werben lässt, sei es durch Bebilderung oder Verlinkung zum shop. Wie wir oben gesehen haben, kann bei einem Verstoß des Influencers dann auch der Händler oder Hersteller in die Verantwortung genommen werden. Da Unternehmen für Beauftragte verschuldensunabhängig haften, kann sich der Händler auch durch eine vertragliche Regelung mit dem Influencer zur Werbekennzeichnung nicht freizeichnen – allenfalls im Innenverhältnis und auf mögliche Schadensersatzansprüche, mag sich eine solche vertragliche Regelung aber druchaus auswirken. Insgesamt raten wir aber doch dazu, den Influencer klar und deutlich auf seine Pflicht und mögliche Konsequenzen hinzuweisen und bei Verstößen natürlich ua. mit der Beendigung der Zusammenarbeit zu drohen – und dies am Besten alles in schriftlicher Form.

13. Zusammenfassung

Influencer leben gefährlich – das ist das derzeitige Echo nach den bisherigen Urteilen zum Influencer-Marketing. Andrereseits spürt man in der Rechtsprechung auch noch nicht wirklich eine klare Linie, so dass hier immer noch viel Bewegung drin ist, für de Influencer Chance und Risiko zugleich. Doch ganz so wild ist es dann doch nicht. Es sind halt wie bei jeder anderen Werbeform bestimmte Regeln einzuhalten. Dabei kann man sich rechtlich gesehen an die Grundsätze der Werbung bzw. getarnten Werbung der Printmeiden halten. Wir fassen nochmal zusammen:

- Keine Werbehinweise bei Produktdarstellung innerhalb gewerblich genutzter Firmen-/Händleraccounts, da Verbraucher mit Werbung rechnet
- Werbehinweis bei Influencer sofern bezahlte Produktwerbung **oder** bei Sachwertsponsering **oder** bei sonstiger Einflussnahme durch Unternehmen **oder** uU. bei Verlinkung auf beworbenes Unternehmen
- Kein Hinweis, sofern Produkt selbst erworben (unter Vorbehalt - a.A. vertretbar) und sachliche Auseinandersetzung ohne werbende Anpreisung (und keine weitere Verlinkung zu Unternehmen)
- Werbe-Posting mit Werbekennzeichnung „Werbung“ und „Anzeige“ am Anfang des Beitrages – bei Bild und Video gilt das gleiche
- Hashtag-Bezeichnungen #Sponsored by und #Ad versteckt in Hashtagwolke unzulässig – selbst Erwähnung am Anfang der Hashtagwolke riskant, weil nicht ausgeurteilt

Hinweis: Wir haben hier versucht einen guten Überblick über das Thema zu geben – im individuellen Fall kann dies natürlich eine Rechtsberatung nicht ersetzen.

Autor:
RA Felix Barth
Rechtsanwalt und Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz / Partnermanagement