

Influencer Marketing & Recht

Leitfaden zur Kennzeichnung von Werbung auf Instagram

Aktualisierte Fassung, Januar 2019

von Christina Kiel und Peter Solf,
Rechtsanwälte (Syndikusrechtsanwälte)
Wettbewerbszentrale

Wettbewerbszentrale

Zur Wettbewerbszentrale

Die Wettbewerbszentrale ist die größte und einflussreichste Selbstkontrollinstitution für fairen Wettbewerb. Getragen wird die gemeinnützige Organisation von mehr als 1.200 Unternehmen und über 800 Kammern und Verbänden der Wirtschaft. Sie finanziert sich allein aus der Wirtschaft heraus und erhält keine öffentlichen Mittel. Als branchenübergreifende, neutrale und unabhängige Institution der deutschen Wirtschaft setzt sie die Wettbewerbs- und Verbraucherschutzvorschriften im Markt – notfalls per Gericht – durch. Sie bietet umfassende Informationsdienstleistungen, berät ihre Mitglieder in allen rechtlichen Fragen des Wettbewerbs und unterstützt den Gesetzgeber als neutraler Ratgeber bei der Gestaltung des Rechtsrahmens für den Wettbewerb.

Impressum

Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs Frankfurt am Main e. V.
Präsident: Friedrich Neukirch; Vizepräsident: Michael Wiedmann
Geschäftsführendes Präsidiumsmitglied: Dr. Reiner Münker

Postanschrift/Verwaltungssitz:

Landgrafenstraße 24 B

61348 Bad Homburg vor der Höhe

Telefon: 06172 - 12150

Telefax: 06172 - 84422

E-Mail: mail@wettbewerbszentrale.de

Registergericht: AG Frankfurt am Main 73 VR 6482

Umsatzsteueridentifikationsnummer: DE114236226

Verantwortlich im Sinne des Presserechts:

Dr. Reiner Münker, geschäftsführendes Präsidiumsmitglied

Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs Frankfurt am Main e. V.

Landgrafenstraße 24B

61348 Bad Homburg

Wettbewerbszentrale

Das Interesse am Thema Werbekennzeichnung beim Influencer Marketing ist seit der ersten Veröffentlichung unseres Leitfadens im Oktober 2017 weiter gewachsen. Wir als Wettbewerbszentrale begegnen dieser Entwicklung durch wettbewerbsrechtliche Beratung unserer Mitglieder beim Einsatz von Influencern, Informationen in den Medien sowie Teilnahme an Podiumsdiskussionen und Vorträgen. Auch haben wir den fairen Wettbewerb gefördert, indem wir Beiträge beanstandet haben, die nicht bzw. nicht ausreichend als Werbung gekennzeichnet waren.

Da neue Gerichtsentscheidungen zu branchenübergreifenden Diskussionen geführt haben und wir unsere Praxiserfahrung aus den vergangenen Monaten weiter teilen möchten, haben wir dieses Papier aktualisiert und um **#Updates** erweitert.

I. Einleitung

Durch Social Media gewinnt Influencer Marketing zunehmend an Relevanz. Beim Influencer Marketing (engl. to influence: beeinflussen¹) werden gezielt Meinungsmacher mit einer reichweitenstarken Community für Marketing- und Kommunikationszwecke eingesetzt. Ziel ist es, auf Grundlage des Vertrauens der jeweiligen Zielgruppe zu den Influencern die Wertigkeit und Glaubwürdigkeit der eigenen Markenbotschaft zu steigern.² Für Unternehmen ist die Möglichkeit, über Influencer ihre Reichweite auszubauen und neue Kanäle zur Werbung für ihre Produkte zu bespielen, attraktiv.

Auch scheint Influencer Marketing im Jahr 2019 an Bedeutung noch zuzunehmen. Laut einer Umfrage des Bundesverbands Digitale Wirtschaft (BVDW) aus November 2018 unter werbetreibenden Unternehmen gehen 48 % aller befragten deutschen Social-Media- und Influencer-Marketing-Manager für das Jahr 2019 von steigenden Budgets für Influencer-Marketing-Maßnahmen aus.³ Bei 61 % der Befragten, die bereits für Influencer Marketing ein Budget für 2019 geplant haben, liegt es über dem Budget des Vorjahres.⁴ Ein Grund dafür könnte auch sein, dass die Botschaft von Influencern an ihr Publikum bzw. ihre Fangemeinde mit einer hohen Authentizität und Glaubwürdigkeit wahrgenommen wird.⁵

¹ Prof. em. Robert Cialdini (Arizona State University – USA) prägte durch sein Buch „Influence“ den Begriff im Marketing. Als wichtige Faktoren zur Beeinflussung von Kaufentscheidungen nennt er „social proof“ und „authority“.

² Definition aus <https://onlinemarketing.de/lexikon/definition-influencer-marketing> (zuletzt aufgerufen am 31.10.2018);

³ In der Studie des BVDW wurden 140 Marketing Manager befragt: <https://www.bvdw.org/presse/detail/artikel/influencer-marketing-mehrheit-der-unternehmen-zieht-nischen-influencer-den-grossen-social-media-star/> (aufgerufen am 10.01.2019);

⁴ Ebd.

⁵ Das bestätigt die in Fußnote 3 genannte Befragung des BVDW: 73 % der Befragten sehen Authentizität als Vorteil von Influencer Marketing an erster Stelle;

Wettbewerbszentrale

Aber wurden dann auch die so beworbenen Produkte später gekauft? Zumindest das Ergebnis einer anderen Befragung des BVDW von Influencer-affinen Online-Usern ab 14 Jahren ist deutlich: 31 % antworteten mit „ja“.⁶

Influencer Marketing & Recht

Da in der Regel beim Influencer Marketing der Influencer Werbebotschaften für Unternehmen auf seinem eigenen Account veröffentlicht und diese Beiträge üblicherweise zwischen privaten Beiträgen erscheinen, ist rechtlich Vorsicht geboten: Der Social-Media-Nutzer muss erkennen können, in welchen Fällen er es mit Werbung zu tun hat.

Bei der rechtlichen Bewertung sind die Besonderheiten der Plattform zu berücksichtigen: Die typische Nutzung des Online-Dienstes erfolgt in einer App auf dem Smartphone. Beim Öffnen der App ist ein individualisierter Newsfeed die Standardansicht, wobei der Nutzer durch die Posts abonniertes Accounts scrollen kann. Mithilfe von Hashtags kann man Beiträge suchen. Accounts können in Beiträgen vertaggt werden, wobei ein Klick auf den Tag unmittelbar zu dem verlinkten Account führt. Eine Besonderheit sind außerdem die sog. Instagram Stories, die es Nutzern ermöglichen, eine Serie von Kurzvideos und Bildern zu erstellen. Diese sind jedoch jeweils nur 24 Stunden lang sichtbar.

Wie man Influencer Marketing auf Instagram transparent gestaltet und damit zu einer positiven Erfahrung für Follower, Influencer und Unternehmen macht, beantworten wir in diesem Papier. Auf diese Weise möchten wir Voraussetzungen für fairen Wettbewerb schaffen.

Wir weisen darauf hin, dass hier unsere Auffassung⁷ wiedergegeben wird. Der Inhalt und die Informationen können und sollen keine individuelle juristische Beratung im Einzelfall ersetzen. Sie wurden mit größtmöglicher Sorgfalt recherchiert. Gleichwohl wird eine Haftung für die Richtigkeit, Vollständigkeit und Aktualität der bereitgestellten Informationen nicht übernommen. Unsere unverbindlichen Hinweise, die der allgemeinen Information und einem Überblick über die Problematik dienen sollen, gelten vorbehaltlich Änderungen in der Rechtsprechung, denn diese könnte zu einzelnen Fragen auch strenger urteilen.

⁶ Ergebnisse der Influencer-Marketing-Studie vom Bundesverband Digitale Wirtschaft (BVDW) e.V. und der Influry GmbH: https://www.bvdw.org/fileadmin/bvdw/upload/studien/171128_IM-Studie_final-draft-bvdw_low.pdf (zuletzt aufgerufen am 02.08.2018);

⁷ Stand 23.01.2019;

II. Inhaltsübersicht

Zum besseren Lesen ist die Inhaltsübersicht dieses PDF-Dokuments mit den einzelnen Inhalten verknüpft. Die Inhalte sind anklickbar und führen zu der jeweiligen Seitenzahl.

I.	Einleitung.....	1
II.	Inhaltsübersicht	3
III.	FAQ	5
1.	Rechtliche Einordnung des Influencer Marketings	5
	Frage: Ist Influencer Marketing grundsätzlich erlaubt?	5
	Frage: Was ist „getarnte Werbung“?.....	5
	Frage: Wo gilt das Verbot getarnter Werbung?	5
	#Update Frage: Warum gibt es die Pflicht, Werbung kenntlich zu machen?	6
	Frage: Welche rechtlichen Pflichten sind beim Influencer Marketing zu beachten?	6
	#Update Frage: Ich nutze Instagram ausschließlich privat. Betreffen mich die rechtlichen Regelungen? Muss ich Produkt-Bilder als Werbung kennzeichnen?	7
	#Update Frage: Gibt es neben diesen allgemeinen Regelungen noch weitere zu beachten?	7
	Frage: Müssen Unternehmen innerhalb des eigenen Social-Media-Accounts Produkt-Postings als Werbung kennzeichnen?	8
	Frage: Gibt es Besonderheiten bei Verlagsseiten oder Blogs?	8
2.	Einordnung von Beiträgen als Werbung #jaodernein	9
	#Update Für welche Beiträge gelten die Vorschriften zur Werbekennzeichnung?.....	9
	#Update Frage: Müssen Influencer auch Produkt-Beiträge ohne Kooperation mit einem Unternehmen als Werbung kennzeichnen?	10
	#Update Frage: Wann liegt eine „geschäftliche Handlung“ vor?.....	11
	#Update Frage: Kann ein vertagter Produkt-Beitrag ohne Bezahlung auch redaktionell sein?..	13
	#Update Frage: Warum gibt es in dem Bereich Influencer Marketing so viele Diskussionen und Unsicherheiten?	13
3.	#Umsetzung der Pflicht zur Werbekennzeichnung.....	14
	Frage: Wie kann ich Werbung auf Instagram korrekt kennzeichnen?	14
	Frage: Ist die Kennzeichnung mit englischen Begriffen wie #ad oder #sponsored auf internationalen Plattformen wie Instagram allgemein verständlich?	15

Wettbewerbszentrale

Frage: Reicht auch eine kurze Einleitung mit „ <i>Ich habe das Produkt kostenlos von [Name des Unternehmens] erhalten</i> “, wenn alleine das Produkt zur Verfügung gestellt wurde?	16
#Update Frage: Bestehen bei Werbung gegenüber Kindern andere Anforderungen?	17
Frage: Wo soll die Werbe-Kennzeichnung platziert werden?	17
Frage: Ist auch eine Platzierung innerhalb mehrerer Hashtags bzw. innerhalb einer Hashtagwolke zulässig?	17
#Update Frage: Reicht eine Kennzeichnung allein im Nutzer-Profil?	18
4. #Einzelfragen zur Werbekennzeichnung	18
#Update Frage: Muss das Vertagen von Freunden als Werbung gekennzeichnet werden?.....	18
Frage: Müssen werbliche Bilder ohne Text auch gekennzeichnet werden?.....	19
Frage: Wie sind bezahlte Reisen zu kennzeichnen?	19
Frage: Wie sind Rezepte mit einem bezahlten Produkt zu kennzeichnen?.....	19
Frage: Wie ist ein Outfit mit bezahlten Kleidungsstücken zu kennzeichnen?.....	20
5. Kennzeichnung innerhalb Instagram #Stories	20
Frage: Gelten die Kennzeichnungspflichten auch bei Instagram Stories?	20
Frage: Muss bei einer Serie von mehreren, zusammenhängenden Stories jede Story einzeln gekennzeichnet werden?	21
#Update Frage: Was ist mit Affiliate-Links und Rabatt-Codes? Sind die als Werbung zu kennzeichnen?	21
Frage: Reicht bei Videos ein kurzer, gesprochener Hinweis auf den werblichen Inhalt?.....	21
6. #Neues von Instagram.....	22
Frage: Bietet Instagram selbst schon eine Möglichkeit, werbliche Beiträge zu kennzeichnen?....	22
Frage: Reicht eine Kennzeichnung an der Stelle, an der üblicherweise die Ortsangabe erfolgt?.	22
7. #Rechtsfolgen von Verstößen	23
Frage: Was kann passieren, wenn man als Influencer diese Kennzeichnungspflichten nicht beachtet?.....	23
Frage: Was kann bei fehlender Kennzeichnung dem Unternehmen passieren?	23
IV. Fazit.....	23

III. FAQ

#ausrechtlicherSicht

1. Rechtliche Einordnung des Influencer Marketings

Frage: Ist Influencer Marketing grundsätzlich erlaubt?

Ja, grundsätzlich dürfen Unternehmen mit Influencern zu Werbezwecken zusammenarbeiten und Influencer dürfen auch dementsprechend auf ihren Online-Präsenzen Unternehmen, Produkte oder Dienstleistungen präsentieren.

Zu beachten ist, dass aus dieser Zusammenarbeit – sowohl für Unternehmen als auch für Influencer – nicht nur Möglichkeiten, sondern auch rechtliche Pflichten entstehen. Kurz gesagt: Die vom Influencer gepostete Werbung muss als Werbung erkennbar sein. Getarnte Werbung ist verboten.

Frage: Was ist „getarnte Werbung“?

Getarnte Werbung oder Schleichwerbung ist schlicht die Täuschung über einen kommerziellen Hintergrund von scheinbar neutralen Handlungen oder Äußerungen. Im Fadenkreuz stehen Beiträge, die für den Betrachter den Anschein von Neutralität erwecken, tatsächlich aber wirtschaftlich beeinflusst sind, ohne dies deutlich erkennbar zu machen. Das beeinträchtigt das Vertrauen und die Möglichkeit des Einzelnen, informierte Entscheidungen zu treffen. Deshalb ist getarnte Werbung unzulässig.

Frage: Wo gilt das Verbot getarnter Werbung?

Das Verbot der Schleichwerbung gilt uneingeschränkt. Es gilt sowohl im Internet als auch im Fernsehen, im Radio und im Printbereich.

<p>Schleichwerbung ist auch auf Social Media unzulässig. Kommerzielle Kommunikation muss als solche erkennbar bzw. gekennzeichnet sein.</p>

Wettbewerbszentrale

#Update Frage: Warum gibt es die Pflicht, Werbung kenntlich zu machen?

Hinter den gesetzlichen Regelungen (die in der nächsten Antwort aufgeführt sind) steht die wichtige Intention des Gesetzgebers, durch das Verbot getarnter Werbung wie auch durch erhöhte Informations- und Hinweispflichten Verbraucher zu schützen.

Grundsätzlich begegnet man – offline wie auch online – Werbung anders als neutralen Handlungen oder Äußerungen. Wem beim Betrachten eines Beitrags bewusst ist, dass ein kommerzieller Zweck dahinter steckt, kann diesem mit mehr Vorsicht, Skepsis und Distanz begegnen.

Hierzu ein Beispiel: Ein prominenter Koch empfiehlt in einem Video ein bestimmtes Haushaltsgerät. Die Bedeutung dieser Empfehlung verändert sich, wenn bekannt ist, dass er von dem Gerätehersteller für die Empfehlung bezahlt wurde.

Die Einhaltung der rechtlichen Pflichten nützt jedoch nicht nur dem Verbraucher. Auch der Mitbewerber, der sich an Gesetze hält, profitiert von fairen Wettbewerbsbedingungen.

Frage: Welche rechtlichen Pflichten sind beim Influencer Marketing zu beachten?

Generell sind im Bereich des Marketings zahlreiche Rechtsvorschriften zu beachten. Um speziell auf die rechtlichen Spannungsfelder im Bereich des Influencer Marketings einzugehen, sind besonders Vorschriften aus dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), aus dem Telemediengesetz (TMG) und dem Rundfunkstaatsvertrag (RStV) von Relevanz.

Gemäß **§ 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. Eine unlautere geschäftliche Handlung ist wettbewerbsrechtlich unzulässig.

Unzulässig nach **Nr. 11 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG** ist auch der vom Unternehmer finanzierte Einsatz redaktioneller Inhalte zu Zwecken der Verkaufsförderung, ohne dass sich dieser Zusammenhang aus dem Inhalt oder aus der Art der optischen oder akustischen Darstellung eindeutig ergibt (als Information getarnte Werbung).

Wettbewerbszentrale

Auch das Telemediengesetz (TMG), das im Falle von Diensten wie Facebook, Instagram und Co. Anwendung findet, schreibt Diensteanbietern gemäß **§ 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG** vor, dass kommerzielle Kommunikationen als solche klar zu erkennen sein müssen. Auch hat die natürliche oder juristische Person, in deren Auftrag kommerzielle Kommunikationen erfolgt, klar identifizierbar zu sein (**Nr. 2**). Bei Preisausschreiben oder Gewinnspielen mit Werbecharakter verlangt das Gesetz ebenso klare Erkennbarkeit und dass die Teilnahmebedingungen leicht zugänglich sowie klar und unzweideutig angegeben werden (**Nr. 4**).

Zusätzlich fordert **§ 58 Abs. 1 S. 1 RStV** (Rundfunkstaatsvertrag), dass Werbung als solche klar erkennbar und vom übrigen Inhalt der Angebote eindeutig getrennt sein muss.

Mit den oben genannten Vorschriften im Zusammenhang mit Influencer Marketing beschäftigen sich nicht nur Mitbewerber und Verbände, sondern - auf Grundlage des Medienrechts - auch Behörden wie die Landesmedienanstalten. Diese haben zu Fragen der Werbekennzeichnung eine Kennzeichnungsmatrix⁸ veröffentlicht.

#Update Frage: Ich nutze Instagram ausschließlich privat. Betreffen mich die rechtlichen Regelungen? Muss ich Produkt-Bilder als Werbung kennzeichnen?

Wenn Social Media nur zur privaten, nicht zu wirtschaftlichen/geschäftlichen Zwecken genutzt wird, finden die oben genannten Vorschriften keine Anwendung.⁹ Die Grenzen können allerdings fließend sein: Denn anders verhält es sich bei Influencern, die über ihre Social-Media-Aktivität für ihr eigenes Business oder im Auftrag von Unternehmen arbeiten. Hier ist Vorsicht geboten. Influencer haben die rechtlichen Anforderungen zu beachten. Dazu kommen wir im Folgenden noch ausführlicher.

#Update Frage: Gibt es neben diesen allgemeinen Regelungen noch weitere zu beachten?

Ja und zwar kann es aufgrund des Produktes spezielle wettbewerbsrechtliche Anforderungen geben, die auch beim Einsatz vom Influencer Marketing gelten. Beispielsweise im Gesundheitsbereich:

⁸ Abrufbar auf der Webseite der Medienanstalten https://www.die-medienanstalten.de/fileadmin/user_upload/Rechtsgrundlagen/Richtlinien_Leitfaeden/Leitfaden_Medienanstalten_Werbekennzeichnung_Social_Media.pdf (aufgerufen am 17.01.2019);

⁹ Ähnlich: OLG Schleswig-Holstein, wonach die Verlinkung einer Privatperson auf eigenen Webhoster im Impressum noch kein geschäftliches Handeln begründet (Urteil v. 21.05.2015 – Az. 6 U 12/14);

Hinweise zur Werbung für Lebensmittel und Heilmittel

Getarnte Werbung für Lebensmittel kann nicht nur einen Verstoß gegen das Verbot der Schleichwerbung darstellen. Werbeaussagen zu Lebensmitteln können zudem gegen die Health-Claims-Verordnung (Verordnung (EG) Nr. 1924/2006) verstoßen. Es gilt ein grundsätzliches Verbot gesundheitsbezogener Werbeaussagen – es sei denn die Europäische Kommission hat die Angabe nach eingehender wissenschaftlicher Prüfung in die Liste zulässiger Aussagen (Verordnung (EU) Nr. 432/2012) aufgenommen. Werbung in diesem Bereich ist nur im rechtlich zugelassenen Rahmen möglich. Es ist daher besondere Vorsicht geboten.

#Update

So entschied das LG Hagen¹⁰ über einen Instagram-Post mit werblicher Verwendung des Begriffs „*detox delight*“ für ein Lebensmittel: Zunächst ordnete das Gericht die Bezeichnung „*detox*“ nicht nur als Trend, sondern als gesundheitsbezogene Angabe ein. Denn ein Durchschnittsverbraucher, so die Richter, verbinde im Sinne der eigentlichen Wortbedeutung mit diesem Begriff eine „Entgiftung“ des Körpers und eine darauffolgende Verbesserung des Gesundheitszustandes. Für den Begriff „*detoxisch*“ lag keine Zulassung nach der Verordnung vor. Die werbliche Verwendung war damit wettbewerbswidrig.

Vorsicht gilt auch im Heilmittelbereich. Im § 11 Abs. 1 Heilmittelwerbegesetz (HWG) finden sich beispielsweise Werbebeschränkungen hinsichtlich Arzneimitteln und Behandlungen. Ist die Werbung darüber hinaus irreführend, so ist sie nach § 14 HWG sogar strafbar.

Frage: Müssen Unternehmen innerhalb des eigenen Social-Media-Accounts Produkt-Postings als Werbung kennzeichnen?

Nein, in der Regel nicht. Hier kann diejenige Ausnahme von der Kennzeichnungspflicht greifen, dass sich die Werbeeigenschaft bereits aus den Umständen ergibt. Auf dem von einem Unternehmen betriebenen Social-Media-Account rechnet der Verbraucher in der Regel nicht mit neutralen Äußerungen. Er geht bereits von Werbung aus.

Frage: Gibt es Besonderheiten bei Verlagsseiten oder Blogs?

Achtung: Bei Accounts von Nachrichten-/ Zeitungsunternehmen, die journalistisch-redaktionelle Inhalte haben, geht der Nutzer nicht grundsätzlich von Werbung aus. Die Erwartung des Nutzers innerhalb dieser Seiten ist vielmehr auf neutrale Äußerungen gerichtet.

¹⁰ LG Hagen, Beschluss v. 29.11.2017 – Az. 23 O 45/17;

In einigen Fällen kann das also bedeuten, dass beispielsweise Blogger oder Magazine, die auf Social Media aktiv sind und damit ein weiteres Medium neben ihrer eigenen Webseite nutzen, Beiträge mit werblichem Inhalt kennzeichnen müssen.

2. Einordnung von Beiträgen als Werbung #jaodernein

Nachdem wir die rechtlichen Rahmenbedingungen rund um Influencer Marketing dargestellt haben, kommen wir zu den wichtigen Fragen rund um die Anwendbarkeit der Vorschriften.

#Update Für welche Beiträge gelten die Vorschriften zur Werbekennzeichnung?

Ein klassisches Beispiel sind Beiträge eines Influencers im Auftrag von Unternehmen.

Kooperation mit Unternehmen „Werbung im Auftrag“

Wenn ein Unternehmer oder eine Werbeagentur aktiv auf den Influencer zugeht, damit dieser die Unternehmensprodukte präsentiert, handelt es sich um einen Auftrag. Die Erfüllung dieses Auftrags in Form eines Instagram-Beitrags gegen Entgelt oder sonstige Vorteile stellt eine „*geschäftliche Handlung*“ dar. Der kommerzielle Zweck des Beitrags muss klar erkennbar.

Gleiches gilt nach Ansicht des Kammergerichts Berlin auch für Beiträge, für welche die präsentierten Produkte kostenlos überlassen wurden.¹¹

Für diese Fälle gilt die Kennzeichnungspflicht. Umstritten ist, wie Fälle ohne Auftrag eines Unternehmens rechtlich einzuordnen sind (s. folgende Frage/Antwort).

¹¹ KG Berlin, Beschluss v. 11.10.2017 – Az. 5 W 221/17;

#Update Frage: Müssen Influencer auch Produkt-Beiträge ohne Kooperation mit einem Unternehmen als Werbung kennzeichnen?

Diese Konstellation ist aktuell Gegenstand mehrerer – nicht von der Wettbewerbszentrale geführter – gerichtlicher Verfahren, bei denen es noch keine abschließende Entscheidung gibt.

Was sagt das Gesetz?

§ 5a Abs. 6 UWG setzt nach dem Wortlaut keine Gegenleistung vom Unternehmen voraus. Auch kommt es nicht auf die subjektive Vorstellung („was wollte der Influencer mit dem Beitrag bewirken?“) an.¹²

Daher sind grundsätzlich auch Produkt-Beiträge eines Influencers, die nicht im Auftrag von Unternehmen erstellt werden, dahingehend zu prüfen, ob damit eine „*geschäftliche Handlung*“ vorliegt.

Hintergrund ist Folgendes: Die rechtlichen Regelungen erfordern - verkürzt dargestellt -, dass beim Vorliegen einer sog. „*geschäftlichen Handlung*“ der „*kommerzielle Zweck*“ erkennbar sein soll. Dies soll richtigerweise vor einer unzulässigen Verschleierung von Werbung schützen.

Gleichzeitig muss ein „*rein privater*“ oder „*rein redaktioneller*“ Beitrag über ein Produkt, der eben keine „*geschäftliche Handlung*“/„*Werbung*“ oder „*kommerzielle Kommunikation*“ darstellt, folglich auch nicht als Werbung gekennzeichnet werden.

Nach Ansicht der Wettbewerbszentrale gibt es auch im Bereich von Social Media allgemeine journalistisch-redaktionelle Beiträge, die sich völlig neutral – oder sogar kritisch – mit einem Produkt beschäftigen. Hier sollte es keine unterschiedlichen Maßstäbe für den Online- und Printbereich geben. Ohne Zahlung des Unternehmens sind für uns neutral gestaltete, journalistisch-redaktionelle Beiträge auch auf Instagram nicht als Werbung einzuordnen.

Knackpunkt ist hier also die Frage: Wann liegt eine „*geschäftliche Handlung*“ vor? Die Abgrenzung hängt von vielen Faktoren ab, auf die in der nächsten Antwort eingegangen werden soll.

¹² Vgl. Köhler/Bornkamm/Köhler UWG § 2 Rn. 46, wonach eine geschäftliche Handlung keine Wettbewerbsförderungsabsicht voraussetzt;

#Update Frage: Wann liegt eine „geschäftliche Handlung“ vor?

Die Grenze zwischen „privatem“ und „geschäftlichem“ Handeln ist gerade im Zusammenhang mit Social Media und dem Geschäftsmodell des Influencers (einer „Medientätigkeit“) nicht einfach zu ziehen – und genauso nicht immer einfach zu erkennen.

Geschäftliche Handlungen sind juristisch definiert als *„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“* (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG).

Wie bereits ausgeführt stellen Beiträge, die der Influencer im Hinblick auf eine erhaltene Gegenseistung von Unternehmen veröffentlicht hat, eine geschäftliche Handlung dar.

Bei der juristischen Prüfung zu unbezahlten Beiträgen haben sich die Gerichte jeden einzelnen Beitrag hinsichtlich dessen Gestaltung angesehen.

So muss für das Landgericht Itzehoe das Verhalten des Influencers *„bei objektiver Betrachtung darauf gerichtet sein, durch Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidungen der Verbraucher den Absatz oder Bezug zu fördern“*.¹³

Welchem Zweck also dient der unbezahlte Produkt-Beitrag? Wie ist er gestaltet?

Zur ersten Selbsteinschätzung können folgende Fragen helfen:

- Ist der Account der Person rein privat oder besteht ein beruflicher Zusammenhang?
- Wie werblich ist der Beitrag gestaltet?
- Handelt es sich um eine objektive Auseinandersetzung mit dem Produkt oder werden die Vorzüge des Produkts einseitig in den Vordergrund gestellt?
- Ist die Marke bzw. das Unternehmen vertaggt?

Gerade das Vertaggen von Unternehmensaccounts auf unbezahlten Produkt-Beiträgen führte bislang dazu, dass Beiträge als „geschäftliche Handlung“ eingeordnet wurden.¹⁴

Sowohl für das LG Berlin als auch für das LG Heilbronn und das LG Itzehoe stellten Beiträge von Influencern mit Unternehmens-Vertragungen eine geschäftliche Handlung dar, selbst wenn im

¹³ LG Itzehoe, Urteil v. 23.11.2018 – Az. 3 O 151/18;

¹⁴ Anders sah das LG Itzehoe (ebd.) übrigens in einem Fall das Setzen des Unternehmensnamens als Hashtag: „Erfolgt keine Verlinkung mit einem Account oder einer Internetseite eines Unternehmens, besteht auch keine Pflicht zur Kenntlichmachung als Werbung.“;

Wettbewerbszentrale

Einzelfall keine konkrete Gegenleistung für die Verlinkung erfolgte, mit der Konsequenz, dass auch diese Beiträge gekennzeichnet werden müssen.

Das Landgericht Itzehoe wertete die Markierung so, „*dass das Verhalten der Beklagten [Influencerin; Anm. d. Red.] darauf gerichtet ist, die Besucher ihres Accounts auch zu einem Besuch des Instagram Accounts des Unternehmens (...) zu veranlassen und so den Warenabsatz des Unternehmens zu fördern.*“¹⁵

Die Influencerin Vreni Frost sieht beispielsweise in dem (unbezahlten) Vertraggen gerade keine kommerzielle Tätigkeit sondern eine „*redaktionelle Handlung*“.¹⁶

Das LG Berlin sah das allerdings anders und sah in Vreni Frosts Produkt-Posts (inkl. Vertagung auf die Unternehmensaccounts), die diese Produkte auf eigene Kosten gekauft hat, eine „geschäftliche Handlung“. In dem Verfahren bewerteten die Richter genau, ob die Beiträge beruflichen Bezug hatten. Dabei stand fest, dass die Bloggerin eine Projektmanagerin beschäftigt und ihre Geschäftsanschrift in den Räumen einer Werbeagentur unterhält. Das Gericht sah die Bloggerin in ihrer Tätigkeit gerade nicht als eine Privatperson an, die ihre persönlichen Vorlieben im Internet veröffentlicht. Auch handele es sich aus der Sicht des Gerichts bei den streitgegenständlichen Posts nicht um redaktionelle Inhalte. Die Entscheidung des LG Berlin hat in der Praxis dazu geführt, dass Influencer nahezu jeden Post als Werbung kennzeichnen – unabhängig von einem Auftrag einer Agentur oder eines Unternehmens!

Gegen die Entscheidung wehrte sich die Influencerin und dies in einem Fall (es ging um drei unterschiedliche Beiträge) laut Presseberichten wohl mit Erfolg: Auch wenn die Urteilsgründe des KG Berlin als Berufungsinstanz (im einstweiligen Verfügungsverfahren) noch nicht vorliegen, ist dem Pressebericht zu entnehmen, dass je nach Einzelfall auch unbezahlte, vertragte Produkt-Bilder als redaktionell eingeordnet werden können.¹⁷

Achtung: Da Influencer mit den unbeauftragten Beiträgen über Produkte eigene geschäftliche Zwecke verfolgen können, sind gegebenenfalls auch gewerbliche Schutzrechte der Unternehmen hinter dem Produkt (z. B. aus dem Schutz von Marken) zu beachten.¹⁸

¹⁵ LG Itzehoe, Urteil v. 23.11.2018 – Az. 3 O 151/18;

¹⁶ Beitrag Vreni Frost v. 13.06.2018 „Darum sind alle meine Insta Posts [Werbung]“ auf ihrer Webseite: <https://www.neverever.me/werbung-verband-sozialer-wettbewerb/> (aufgerufen am 18.01.2019);

¹⁷ Bericht der FAZ zu KG Berlin, Urteil v. 08.01.2019 – Az. 5 U 83/18 (Urteilsgründe zu Redaktionsschluss noch nicht veröffentlicht) <https://www.faz.net/aktuell/stil/mode-design/instagram-nicht-jeder-post-muss-als-werbung-gekennzeichnet-werden-15980482.html> (aufgerufen am 11.01.2019);

¹⁸ Ausführlich: Aufsatz RA Dr. Borsch „*Der angemaßte Influencer – Markenpiraterie 2.0 Aspekte und Möglichkeiten der Abwehr aufgewungener Werbung*“, MMR 2018, 127ff.;

#Update Frage: Kann ein vertaggtter Produkt-Beitrag ohne Bezahlung auch redaktionell sein?

Eine Markierung ermöglicht dem Nutzer mit einem Klick, das vertaggte Unternehmensprofil zu besuchen. Hier stellt sich wieder die Frage: Ist das nicht immer Absatzförderung und damit auch ohne Unternehmensauftrag kennzeichnungspflichtig?

Einem Pressebericht zur mündlichen Verhandlung im Fall „Vreni Frost“ vor dem KG Berlin lässt sich entnehmen, dass nach Ansicht der Richter nicht jede Verlinkung auf einen Unternehmenaccount pauschal Werbung und eine Einzelfall-Prüfung notwendig sei.¹⁹ So könne eine Verlinkung auch im redaktionellen Kontext möglich sein. In der Konsequenz würde dabei eine (unbezahlte) Vertaggtung eines Influencers mit redaktionellem Bezug keine Werbekennzeichnung erforderlich machen.²⁰ Ob andere Gerichte ebenso entscheiden, bleibt abzuwarten.

Aber: Auch redaktionelle Beiträge müssen sich nach objektiven Kriterien beurteilen lassen. Der Bundesgerichtshof betonte, dass bei einem redaktionellen Beitrag ein objektiver Zusammenhang mit der Förderung des Absatzes eines fremden Unternehmens zu verneinen ist, wenn er allein der Information und Meinungsbildung seiner Adressaten dient.²¹

So könnte künftig die entscheidende Frage bei vertaggtten Produkt-Beiträge – ohne dass eine Zusammenarbeit mit einem Unternehmen besteht – sein: Wird im Beitrag ausschließlich ein redaktioneller Bezug zur verlinkten Marke hergestellt? Wenn ja, würde es sich je nach Gestaltung nicht um Werbung handeln und der Beitrag müsste nicht gekennzeichnet werden.

#Update Frage: Warum gibt es in dem Bereich Influencer Marketing so viele Diskussionen und Unsicherheiten?

Das Thema Werbekennzeichnung beim Influencer Marketing auf sozialen Plattformen wie Instagram ist auch nach den ersten Gerichtsentscheidungen in einer Vielzahl von Einzelfragen juristisch noch nicht geklärt. Es hängt immer an dem vor ein Gericht gebrachten Sachverhalt, zu welcher Frage ein Urteil ergeht. So z. B. auch in dem Verfahren der Influencerin Vreni Frost vor den Berliner Gerichten

¹⁹ Bericht der FAZ zu KG Berlin, Urteil v. 08.01.2019 – Az. 5 U 83/18 (Urteilsgründe zu Redaktionsschluss noch nicht veröffentlicht) <https://www.faz.net/aktuell/stil/mode-design/instagram-nicht-jeder-post-muss-als-werbung-gekennzeichnet-werden-15980482.html> (aufgerufen am 11.01.2019);

²⁰ Ebd.

²¹ BGH, Ur. v. 17.12.2015 – Az. I ZR 219/13, Tz.11;

bei der Auseinandersetzung mit Fragen, wie z. B. solche Postings rechtlich eingeordnet werden, für die ein Influencer keine Gegenleistung des Unternehmens erhalten hat.²²

Im Print-Bereich existiert umfangreiche Rechtsprechung zur Kennzeichnung. Allerdings müssen die strengen Anforderungen für Druckwerke (z.B. aus den Landespressegesetzen) nicht zwangsläufig 1:1 auf den Online-Bereich übertragen werden. Auch stellen sich neue Fragen aufgrund der eher bild- statt textbasierten Funktionsweise von Instagram mit Vertaggen, Unternehmensaccounts, Hashtags und Kommentarfunktion.

3. #Umsetzung der Pflicht zur Werbekennzeichnung

Der Bundesgerichtshof (BGH) fordert Klarheit: Der Verbraucher muss auf den ersten Blick und ohne jeden Zweifel den kommerziellen Zweck einer Handlung erkennen können.²³ Nur wenn dieser Zweck klar erkennbar ist, muss nicht gesondert gekennzeichnet werden.²⁴

Frage: Wie kann ich Werbung auf Instagram korrekt kennzeichnen?

Wichtig ist, dass ein Instagram-Nutzer werbliche Beiträge eines Influencer-Accounts auch tatsächlich als Werbung klar und deutlich erkennen kann.

Generelle Hinweise zur Kennzeichnungspflicht

Werbung bzw. kommerzielle Kommunikation muss in Abgrenzung zu sonstigen Beiträgen klar erkennbar oder gekennzeichnet sein.

Wichtig ist eine **Kombination aus deutlicher Platzierung der Kennzeichnung und klarer, wörtlicher Bezeichnung**. Diese Kennzeichnung muss von einem Durchschnittsnutzer der jeweiligen Plattform ohne Zweifel als Werbehinweis verstanden werden.

1) **Wie** kennzeichnen?

Wir empfehlen für Postings im deutschsprachigen Raum die eindeutige Kennzeichnung mit den Begriffen „Werbung“ oder „Anzeige“. Wir halten es für unproblematisch, wenn diese Begriffe nicht nur als reiner Text, sondern als Hashtags (#Werbung oder #Anzeige) verwendet werden. Da Instagram die Hashtags per se farblich blau markiert, wird aus unserer Sicht die Kennzeichnung dadurch noch mehr hervorgehoben.

²² LG Berlin, Urt. v. 24.05.2018 – Az. 52 O 101/18 und Berufungsinstanz KG Berlin, Urt. v. 08.01.2019 – Az. 5 U 83/18 (Urteilsgründe liegen zum Redaktionsschluss noch nicht vor);

²³ BGH GRUR 2013, 644 Rn. 21 – Preisrätselgewinn auslobung V;

²⁴ Köhler/Bornkamm/Köhler UWG § 5a Rn. 7.23-7.27;

2) **Wo** kennzeichnen?

Der Werbehinweis sollte immer unmittelbar am Anfang eines Beitrags platziert werden, damit er noch vor dem Lesen des Beitrags wahrgenommen wird. Der Leser darf nicht im Unklaren über den kommerziellen Charakter des Posts gelassen werden. Werbung muss auf den ersten Blick zweifelsfrei erkennbar sein. Unserer Auffassung nach reicht es vor allem nicht, den Werbehinweis unterhalb des Lesebereiches nach Anklicken des Links „mehr“ zu positionieren.

Einzelfragen zur Kennzeichnung innerhalb Hashtagwolken, Instagram-Stories und die Verwendung von englischen Begriffen werden in den nachfolgenden Abschnitten nachgegangen.

Frage: Ist die Kennzeichnung mit englischen Begriffen wie #ad oder #sponsored auf internationalen Plattformen wie Instagram allgemein verständlich?

Diese Frage ist gerichtlich noch nicht entschieden. In dem einem Verfahren zur Werbekennzeichnung auf Instagram hat das OLG Celle offen gelassen, ob die Verwendung des Hashtags „#ad“ grundsätzlich geeignet ist, einen Beitrag auf Instagram als Werbung zu kennzeichnen. Hier ließ der Senat schon die Platzierung des Hinweises am Ende des Beitrages nicht genügen (zu Fragen zur Platzierung s. Seite 17ff.).²⁵

Fest steht, dass der Hinweis so deutlich erfolgen muss, dass aus der Sicht eines durchschnittlichen Mitglieds des angesprochenen und/oder betroffenen Verbraucherkreises keine Zweifel am Vorliegen eines kommerziellen Zwecks bestehen.

Bei der Beurteilung, ob der werbliche Charakter eines Posts eindeutig erkennbar ist, kommt es auf den primär angesprochenen Verkehrskreis an. Das dürfte bei Instagram eine deutlich jüngere Zielgruppe sein als der Durchschnitt der Bevölkerung. Auch sind die großen Plattformen wie Instagram und Facebook internationale Internet-Angebote, dabei räumlich unbegrenzt und durchaus von der englischen Sprache geprägt.

Bis zu einer Klärung hinsichtlich des Wordings bleibt es daher bei unserem Hinweis, dass wir eine Kennzeichnung mit den Worten „Werbung“ und „Anzeige“ derzeit für die sicherste Lösung halten.

²⁵ OLG Celle, Urteil v. 08.06.2017 – Az. 13 U 53/17;

Wichtiger Hinweis

Wenn man die Entscheidung des OLG Celle zugrunde legt, ist es wahrscheinlich, dass selbst die Kennzeichnung mit „Werbung“ aufgrund der Platzierung des Hinweises nicht deutlich genug wäre. Wichtig ist deshalb nicht nur der gewählte Begriff, sondern auch die **Positionierung** des Werbehinweises (zu Fragen zur Platzierung s. Seite 17ff.).

Begriffe wie „sponsored by“ (plus Unternehmensnennung) und „gesponsert“ bergen ebenfalls Risiken. Für eine redaktionelle Presseveröffentlichung im Printbereich sah der BGH den Zusatz „sponsored by“ als unzulässig an.²⁶

Den Begriff „gesponsert“ könnte der Verbraucher inzwischen durch die Werbekennzeichnung von Facebook und Instagram kennen und daher einen derart gekennzeichneten Beitrag als Werbung einstufen. Denn auf diesen Plattformen geschaltete Werbung trägt den Hinweis „gesponsert“ fest voreingestellt. Wie Richter diesen Begriff allerdings außerhalb dieser Kennzeichnung bewerten, bleibt abzuwarten.

In einem von uns geführten Verfahren vor dem LG München ließen die Richter jedenfalls auch außerhalb des Printbereichs den Hinweis „sponsored“ nicht genügen. Sie betonten, dass bei einem Onlinemagazin mit redaktionellem Inhalt die Verlinkung auf eine Werbeanzeige eines Unternehmens klar und unmissverständlich als Wirtschaftswerbung gekennzeichnet werden muss.²⁷ Ob das auch für internationale Plattformen gilt und ob die einzelnen englischen Begriffe als hinreichend bekannt einzuordnen sind, bleibt (noch) offen.

Möglicherweise können diese und damit zusammenhängende Rechtsfragen in Zukunft durch einen geeigneten Fall für die Praxis geklärt werden.

Frage: Reicht auch eine kurze Einleitung mit „Ich habe das Produkt kostenlos von [Name des Unternehmens] erhalten“, wenn alleine das Produkt zur Verfügung gestellt wurde?

Diese Formulierung – falls sie am Anfang des Beitrages erscheint – ist aus unserer Sicht nicht zu beanstanden und als ausreichend anzusehen.

²⁶ BGH, Urteil v. 06.02.2014 – Az. I ZR 2/11 (Good News II);

²⁷ LG München, Urteil vom 31.07.2015 – Az. 4 HK O 21172/14; vgl. News der Wettbewerbszentrale vom 14.09.2015, abrufbar unter: https://www.wettbewerbszentrale.de/de/aktuelles/_news/?id=1590;

#Update Frage: Bestehen bei Werbung gegenüber Kindern andere Anforderungen?

Ja, denn wie in der vorherigen Frage ausgeführt, kommt es bei der Beurteilung, ob der werbliche Charakter eines Posts eindeutig erkennbar ist, auf die primär angesprochene Verbrauchergruppe an. Das Landgericht Hagen betonte in seinem Beschluss vom 29.11.2017, dass Kinder im Vergleich zu Erwachsenen weniger aufmerksam und lesegeübt seien, wodurch es erforderlich werde, an die Kennzeichnung von Werbung deutlich höhere und kindgerechte Anforderungen zu stellen.²⁸ Daneben ist beim Einsatz von Influencern zur Werbung auf Social Media der Jugendmedienschutz-Staatsvertrag (JMStV) zu beachten, der u. a. die Werbung gegenüber Kindern und Jugendlichen mit direkten Kaufappellen untersagt, die deren Unerfahrenheit und Leichtgläubigkeit ausnutzt (§ 6 Abs. 2 Nr. 1 JMStV).

Frage: Wo soll die Werbe-Kennzeichnung platziert werden?

Das ist für den Fall Instagram noch nicht abschließend gerichtlich geklärt. Maßstab ist wieder ein durchschnittliches Mitglied der Zielgruppe des werblichen Posts. Die Kennzeichnung hat deutlich zu erfolgen, damit der kommerzielle Hintergrund sofort auf den ersten Blick erkennbar ist.

Bei Instagram wäre das zum aktuellen Zeitpunkt sofort am Anfang des Beitrages oder direkt auf dem Bild/Video. Unserer Auffassung nach genügt es nicht, den Werbehinweis erst beim Anklicken von der Schaltfläche „mehr“ nach den ersten drei Zeilen Text zu finden.

Ob es ausreicht, am Ende eines längeren Textes den Hashtag #werbung zu platzieren, wodurch der Instagram-Nutzer erst nach vollständigem Lesen des längeren Beitrags die kommerzielle Wirkung erkennt, erscheint vor dem Hintergrund der aktuellen Rechtsprechung des OLG Celle zu Instagram-Werbung als unwahrscheinlich. Auch der Hashtag #werbung beispielsweise sollte daher nicht erst nach Klicken oder Scrollen, sondern auf den ersten Blick sichtbar sein.

Frage: Ist auch eine Platzierung innerhalb mehrerer Hashtags bzw. innerhalb einer Hashtagwolke zulässig?

Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des OLG Celle²⁹ reicht eine Kennzeichnung innerhalb mehrerer Hashtags (z. B. auch schon an zweiter Stelle) zumindest am Ende eines Beitrages nicht aus.

²⁸ LG Hagen, Beschluss v. 29.11.2017 – Az. 23 O 45/17 (Rn. 16 m.w.N.); zustimmend auch LG Berlin, Urteil v. 24.05.2018 – Az. 52 O 101/18;

²⁹ OLG Celle, Urteil v. 08.06.2017 – Az. 13 U 53/17;

Anders könnte sich folgender Fall verhalten: „#Werbung“ wird als erster Hashtag und direkt zu Beginn des textlichen Beitrages gesetzt. Dies könnte genügen, auch wenn weitere Hashtags unmittelbar folgen. Auch diese Frage bleibt der Entscheidung der Gerichte vorbehalten.

#Update Frage: Reicht eine Kennzeichnung allein im Nutzer-Profil?

Auch diese Frage ist bislang noch nicht gerichtlich geklärt.³⁰

An dieser Stelle möchten wir auf das typische Nutzerverhalten auf Instagram abstellen: Überwiegend erfolgt die Ansicht von Beiträgen über den personalisierten Newsfeed. Alternativ werden durch die Suche von Hashtags Postings angeklickt. Bei beiden Alternativen ist das Profil des Instagrammers in der Regel nicht das erste, was der Nutzer sieht.

Wir gehen daher von der Notwendigkeit aus, explizit einzelne Werbe-Beiträge zu kennzeichnen.

Die meisten Influencer lassen ihre Follower auch an ihrem Privatleben teilhaben. Die persönlichen Vorlieben des Influencers können daher sehr leicht mit gewerblichen Interessen verschwimmen. Die Rechtsprechung ist der Ansicht, dass Verbraucher solche Accounts nicht grundsätzlich als geschäftliche Accounts verstehen.³¹

Auch eine hohe Anzahl von Followern muss nicht automatisch bedeuten, dass der Influencer grundsätzlich mit jedem Post werblich tätig ist. Die Bewertung richtet sich vielmehr nach den Inhalten der Beiträge auf dem Account.

Allein die Tatsache, dass der (Account-)Name des Influencers in der typischen, mobilen Ansicht im Newsfeed oberhalb eines werblichen Postings sichtbar ist, wird nicht ausreichen, um dem Nutzer zu zeigen, dass es sich um einen von einem Unternehmen bezahlten Post eines Influencers handelt.

4. #Einzelfragen zur Werbekennzeichnung

#Update Frage: Muss das Vertaggen von Freunden als Werbung gekennzeichnet werden?

Grundsätzlich ist eine rein private Kommunikation zwischen Privatpersonen nicht von den gesetzlichen Regelungen betroffen. Aber Achtung: Es kommt wieder auf die Hintergründe des

³⁰ Die Frage angesprochen, aber offen gelassen: LG Berlin, Urt. v. 24.05.2018 – Az. 52 O 101/18;

³¹ So auch: LG Hagen, Beschluss v. 29.11.2017 – Az. 23 O 45/17 (Rn. 16) und LG Berlin, Urteil v. 24.05.2018 – Az. 52 O 101/18;

Wettbewerbszentrale

Postings – und die „vertaggte“ Person – an! Nach dem Urteil des KG Berlin³² können Postings mit Vertagging zumindest von Influencer-Accounts – auch ohne Auftrag eines Unternehmens – grundsätzlich ebenfalls unter „*geschäftliche Handlung*“ eingestuft werden. Zwar waren in diesem Fall Unternehmensaccounts verlinkt, jedoch könnte ähnliches auch für Verlinkungen auf Accounts von Personen gelten, die ihre berufliche Tätigkeit auf Instagram präsentieren bzw. ausüben. Dies könnte also für die Verlinkung auf andere Influencer oder andere Berufsgruppen wie Fotografen gelten. Hier ist eine Werbekennzeichnung angeraten. Vertaggingen von privaten Accounts, die keinen unternehmerischen Bezug haben, sind unserer Ansicht nach keine Werbung.

Frage: Müssen werbliche Bilder ohne Text auch gekennzeichnet werden?

Natürlich gibt es die Möglichkeit, Bilder und Videos auch ohne Text zu posten. Wenn der geplante Beitrag einen kommerziellen Hintergrund hat, ist es auch erforderlich, dass der Werbecharakter erkennbar ist. Deshalb sollte der Werbehinweis deutlich auf dem Bild bzw. am Anfang des Videos zu finden sein.

Frage: Wie sind bezahlte Reisen zu kennzeichnen?

Pauschal lässt sich diese Frage leider nicht beantworten. Hier kommt es im Detail auf die Vereinbarung zwischen Influencer und Unternehmen an. Wurde nur die Reise bezahlt oder auch zusätzlich eine positive Berichterstattung erwartet? Im Hinblick auf die erforderliche Transparenz sollten die Äußerungen bzw. Handlungen, die unmittelbar mit einer werblichen Anpreisung der Reise zusammenhängen, deutlich als kommerzielle Kommunikation erkennbar sein. Dies gilt auch bei einer Fortsetzungsreihe via Instagram Stories (s. Seite 20).

Frage: Wie sind Rezepte mit einem bezahlten Produkt zu kennzeichnen?

Auch hier kommt es darauf an, wie stark werblich das Produkt angepriesen wird. Kann der Eindruck entstehen, dass nur mit dem Produkt das Rezept gelingt? Ist das Rezept vorgegeben? Was steht im Fokus: Das Ergebnis des Rezepts oder das verwendete Produkt? Ein einleitender Texthinweis wie „die dabei verwendeten [Produktnamen] wurden mir zur Verfügung gestellt“ wäre angebracht, wenn ohne zusätzliche Bezahlung nur das Produkt gestellt wurde. Problematisch wird der Fall einer zusätzlichen Bezahlung durch den Hersteller/Händler für den (positiven) Inhalt des Postings. Hier empfehlen wir die Kennzeichnung mit „Werbung“ (s. o.).

³² KG Berlin, Urteil v. 08.01.2019 – Az. 5 U 83/18 (vorher LG Berlin, Urteil v. 24.05.2018 – Az. 52 O 101/18);

Frage: Wie ist ein Outfit mit bezahlten Kleidungsstücken zu kennzeichnen?

Was für Reisen und Rezepte gilt, ist auch bei Fashion-Beiträgen zu beachten: Wie sehr steht das Kleidungsstück im Mittelpunkt? Wie ist der Beitrag insgesamt gestaltet? Wie wird das Kleidungsstück bzw. das Unternehmen dahinter angepriesen? Was wurde von dem Unternehmen als Gegenleistung für das Bereitstellen der Kleidung gefordert? Aus diesen Umständen kann dann eine juristische Bewertung des Einzelfalls erfolgen.

5. Kennzeichnung innerhalb Instagram #Stories

Frage: Gelten die Kennzeichnungspflichten auch bei Instagram Stories?

Beim Einsatz von Instagram Stories gilt gleiches wie für sonstige Instagram Postings: Auch in den Stories, sei es durch das Hinzufügen von Bildern, kurzer Videos oder sogar das hier mögliche direkte Verlinken auf externe Webseiten, ist Wettbewerbsrecht zu beachten.

Die Tatsache, dass die Stories nach 24 Stunden nicht mehr abrufbar sind bzw. „verschwinden“, ändert übrigens nichts an der Gefahr für den Influencer oder das beauftragende Unternehmen: Ein dokumentierter Verstoß gegen die Kennzeichnungspflicht kann auch bis zu 6 Monate später noch rechtliche Konsequenzen nach sich ziehen.³³

Zur Erkennbarkeit des Werbehinweises – Instagram Stories

Wichtig ist es, auch in den Stories mit einem deutlichen, unmissverständlichen Hinweis zu kennzeichnen. Dieser sollte sich unserer Auffassung nach auch graphisch abheben, darf nicht kontrastlos gegenüber den übrigen Inhalten verschwinden oder z. B. durch den Profilnamen abgedeckt werden.

Eine weitere Besonderheit der Stories besteht darin, dass man variable Schriftgrößen im Text verwenden kann. Für die Kennzeichnung hat das zu Folge, dass man eine mindestens gleichgroße Schriftgröße wie für den übrigen Text verwenden sollte.

³³ vgl. Verjährungsfrist aus § 11 Abs. 1 UWG;

Frage: Muss bei einer Serie von mehreren, zusammenhängenden Stories jede Story einzeln gekennzeichnet werden?

Ein Instagram Nutzer sieht sich Stories eines Accounts typischerweise in chronologischer Reihenfolge an. Wenn nun am Anfang einer Reihe von beispielsweise fünf Stories mitgeteilt wird, dass es sich bei der Produktvorstellung um Werbung handelt, ist davon auszugehen, dass der Nutzer es auch für die direkt folgenden Stories versteht. Voraussetzung ist, dass das Produkt gleich bleibt.

Jedoch ist bei der Beantwortung der Frage die Besonderheit der Instagram Stories zu beachten. Diese verschwinden nach 24 Stunden. Wenn also in der ersten Story der Werbehinweis gepostet wurde und darauf zeitlich später folgend weitere werbliche Beiträge veröffentlicht wurden, passiert es, dass der erste Abschnitt (mit dem Werbehinweis) verschwindet und die übrigen (ohne Hinweis) weiter sichtbar sind, d. h. erst zeitlich versetzt gelöscht werden. Sieht sich dann ein Nutzer die Story an, ist kein Hinweis zu finden.

Wir raten daher zur Vorsicht bei fortlaufenden werblichen Stories: Der Werbehinweis darf zu keinem Zeitpunkt fehlen. Alternativ müsste man die komplette Reihe gleichzeitig löschen.

#Update Frage: Was ist mit Affiliate-Links und Rabatt-Codes? Sind die als Werbung zu kennzeichnen?

Direkte, anklickbare Verlinkungen auf externe Webseiten sind auf Instagram (neben Link bzw. Möglichkeiten eines Linktrees im Profil) in den Stories möglich und beliebt. Werden provisionsbasierte Links des Influencers gesetzt oder Rabatt-Codes erwähnt, bestehen Kooperationen des Influencers mit Unternehmen. Diese sind zu kennzeichnen.

Frage: Reicht bei Videos ein kurzer, gesprochener Hinweis auf den werblichen Inhalt?

Da viele Nutzer Instagram Stories auch ohne Ton betrachten, kann aus unserer Sicht allein ein gesprochener Hinweis in einem Video, das sich z.B. mit einem bezahlten Produkt befasst, risikoreich sein. Wir empfehlen auch in diesem Fall einen gut lesbaren Hinweis.

6. #Neues von Instagram

Frage: Bietet Instagram selbst schon eine Möglichkeit, werbliche Beiträge zu kennzeichnen?

Instagram bietet Influencern eine Funktion an, die es möglich macht, Beiträge für Werbepartner (Unternehmen) bereits unmittelbar unter dem Nutzernamen und vor dem eigentlichen Bild mit dem Hinweis „*bezahlte Partnerschaft mit*“ zu kennzeichnen. Informationen dazu, wie das Tool aussieht und in der Praxis eingesetzt werden kann, bietet das Unternehmen unter: <https://business.instagram.com/a/brandedcontentexpansion>.

Im Hinblick auf mehr Transparenz im Bereich Influencer Marketing wird diese plattformeigene Einstellungsmöglichkeit von uns begrüßt. Eine derart klare Platzierung an prominenter Stelle kann eine kommerzielle Kommunikation auf den ersten Blick sichtbar werden lassen.

Achtung: Bei der Erstellung von Instagram Stories ist es wichtig, dass sich der in weißer Schrift erscheinende Hinweis „*bezahlte Partnerschaft mit*“ graphisch abhebt und nicht kontrastlos gegenüber den übrigen Inhalten verschwindet. Sollte die Markierung, z. B. aufgrund der Tatsache, dass das kooperierende Unternehmen keinen Instagram-Account hat, nicht möglich sein, bleibt es bei eigenhändigen Möglichkeiten, den Werbehinweis entweder auf dem Bild, in der Story oder im Text deutlich anzugeben.

Frage: Reicht eine Kennzeichnung an der Stelle, an der üblicherweise die Ortsangabe erfolgt?

Einige Instagrammer geben den Hinweis „Werbung“ an derjenigen Stelle an, wo üblicherweise die Ortsangabe des Bildes erfolgen sollte. Vor dem Hintergrund, dass der durchschnittliche Instagram-Nutzer dieser Stelle bislang eine andere Bedeutung zugemessen hat (er erwartet die Angabe des Ortes), kann diese Kennzeichnung – selbst mit der eindeutigen Bezeichnung „Werbung“ – als nicht sicher eingestuft werden. Diese spannende Frage ist juristisch bislang nicht geklärt.

Es lassen sich durchaus Gründe anführen, die für die Zulässigkeit an genau dieser Stelle sprechen könnten: Sowohl Werbeanzeigen der Plattform (Kennzeichnung „Gesponsert“) als auch die Funktion zur Kennzeichnung durch „Bezahlte Partnerschaft mit“ bedienen sich inzwischen des Platzes der Ortsangabe.

Für die Zulässigkeit der Platzierung könnte daher sprechen, dass dieser Platz sich in seiner Bedeutung für den Instagram-Nutzer verändert und in Zukunft mit einer angepassten Erwartungshaltung zur Kenntnis genommen wird.

7. #Rechtsfolgen von Verstößen

Frage: Was kann passieren, wenn man als Influencer diese Kennzeichnungspflichten nicht beachtet?

Verstöße gegen diese Vorschriften können zu zahlreichen rechtlichen Konsequenzen und hohen Kosten führen: Der Influencer muss mit wettbewerbsrechtlichen Abmahnungen rechnen, bei denen Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche geltend gemacht werden. Im Weiteren drohen einstweilige Verfügungen, sich anschließende Gerichtsverfahren und bei Wiederholungen oder Zuwiderhandlung zudem Vertragsstrafen oder empfindliche Ordnungsmittel. Auch besteht zudem die Gefahr, durch Mitbewerber auf Schadensersatz in Anspruch genommen zu werden.

Frage: Was kann bei fehlender Kennzeichnung dem Unternehmen passieren?

Nicht nur dem Influencer drohen im Falle eines Wettbewerbsverstoßes oben dargestellte rechtliche Konsequenzen. Auch das Unternehmen, das diese Art der Werbung beauftragt hat, also in gewisser Weise „hinter der Werbung“ steckt, muss sich in diesen Fällen verantworten.

In einem bekannten Fall betraf dies eine große Drogeriekette, die wegen Schleichwerbung durch einen Internetstar verurteilt wurde.³⁴ Künftige Zuwiderhandlungen können für das Unternehmen folgenreich sein: Es drohen Ordnungsgelder, teilweise bis zu 250.000 Euro, ersatzweise Ordnungshaft.

Unternehmen wird empfohlen, genaue vertragliche Absprachen mit dem Influencer hinsichtlich einer Werbekennzeichnung zu treffen und diese auch zu kontrollieren.

IV. Fazit

Instagram ist kein rechtsfreier Raum. Auf Social Media werbende Unternehmen und Influencer haben sich an die gesetzlichen Regelungen zu halten und müssen bei Verstößen mit Konsequenzen zu rechnen.

Besteht eine Kooperation mit einem Unternehmen, sind Beiträge des Influencers deutlich und auf den ersten Blick als Werbung erkennbar zu machen. Aufgrund unserer langjährigen Erfahrung in der Beratung und Rechtsverfolgung im Wettbewerbsrecht können wir sagen, dass Täuschung

³⁴ OLG Celle, Urteil v. 08.06.2017 – Az. 13 U 53/17;

Wettbewerbszentrale

kontraproduktiv ist. Offenheit und Transparenz über den Hintergrund des Postings steigern aus unserer Sicht die Reputation beim Nutzer. Davon können wiederum alle Seiten profitieren.

Im Bereich rund um das Geschäftsmodell „Influencer“ ist eine Vielzahl an juristischen Einzelfragen noch ungeklärt. So besteht auch bei „werblichen anmutenden“ Produkt-Postings ohne Auftrag eines Unternehmens für reichweitenstarke Influencer angesichts aktueller Rechtsprechung die Gefahr, dass nicht als Werbung gekennzeichnete Produkt-Posts als unlautere Schleichwerbung untersagt werden.

Diese Übersicht wurde sorgfältig erstellt und gibt die Auffassung der Wettbewerbszentrale zum 23.01.2019 wieder. Sie ersetzt keine Rechtsberatung, die im Einzelfall eingeholt werden sollte.

Bad Homburg, den 23.01.2019

Kontakt:

Zentrale zur Bekämpfung unlauteren
Wettbewerbs Frankfurt am Main e.V.
Christina Kiel, LL.M. Eur.
Landgrafenstr. 24 B
61348 Bad Homburg
Tel.: 06172-121540
E-Mail: kiel@wettbewerbszentrale.de

Zentrale zur Bekämpfung unlauteren
Wettbewerbs Frankfurt am Main e.V.
Peter Solf
Landgrafenstr. 24 B
61348 Bad Homburg
Tel.: 06172-121540
E-Mail: solf@wettbewerbszentrale.de