

Herausforderung: Influencer-Marketing

Rechtsanwalt Dr. Thorsten Troge, Taylor Wessing, Hamburg

Unternehmen setzen bei der Vermarktung ihrer Produkte vermehrt auf sog. „Influencer“. Das sind Blogger in sozialen Netzwerken, die dank einer großen Anzahl sogenannter „Follower“ (Nutzer, die ihnen in dem jeweiligen Social-Media-Kanal folgen) eine große Reichweite haben und für Werbetreibende wegen ihrer Glaubwürdigkeit und ihres zielgruppengenaue Einflusses interessant sind. Jahrelang nicht im Fokus rechtlicher Auseinandersetzungen fühlten sich Influencer und mit ihnen werbende Unternehmen frei in der mehr oder weniger offenen Einbindung werblicher Inhalte. Dies ändert sich gerade. Sowohl die Influencer selbst als auch die werbenden Unternehmen erfahren zunehmend, dass die oft übliche übergangslose Vermengung von Blog und Werbung mit Kennzeichnungspflichten für Werbung und dem Trennungsgebot kollidiert und von Landesmedienanstalten und Verbänden verfolgt werden kann.

I. Einleitung

Längst haben Unternehmen das enorme Potenzial sozialer Netzwerke als Werbepattform erkannt. Das Thema Influencer-Marketing erlangt dabei nicht nur bei Mode, Kosmetik und Accessoires, sondern auch bei einfachen Alltagsprodukten wie Waschmitteln zunehmend an Bedeutung. Laut Statista haben 68 % aller befragten Unternehmen in ihrer Budgetplanung für das Jahr 2017 ein Budget für Influencer-Marketing vorgesehen. Über Agenturen arbeiten sie mit Influencern zusammen, die die Produkte in ihren Blogbeiträgen in Videos, Fotos und Texten auf ihren Kanälen wie YouTube, Twitter oder Instagram einbinden und auf diese Weise bewerben. So können offene und versteckte Werbebotschaften gezielt und effektiv einer individualisierten Zielgruppe (der homogenen Gruppe ihrer Follower) zugeführt werden.

Den oftmals noch recht jungen Bloggern ist nur selten bekannt, welche rechtlichen Schranken es dabei zu beachten gibt. Tatsächlich ist der Übergang von bloßen redaktionellen Tipps zu kennzeichnungspflichtiger Werbung fließend und für den Laien nur schwer einzuschätzen. Schon 2015 hatten sich die Landesmedienanstalten daher entschieden, die deutschen Blogger durch einen FAQ-Flyer zu informieren und die Szene durch einen Diskurs mit den größten 30 Bloggern für einen korrekten Umgang mit werblichen Inhalten zu sensibilisieren.

Schlagzeilen machte in der Folge der Blogger „Flying Uwe“, der 2016 als erster Influencer von der Medienanstalt Hamburg/Schleswig-Holstein wegen Verstoßes gegen die Werbebestimmungen des Rundfunkstaatsvertrags abgemahnt wurde, weil einzelne werbliche Videos seines YouTube-Kanals nicht als Werbung kenn-

zeichnet waren. In diesen Videos bewarb er Nahrungsergänzungsmittel eines Herstellers, dessen Geschäftsführer er war. Da er trotz mehrfacher Aufforderung die betroffenen Videos weiter nicht ordnungsgemäß kennzeichnete, setzte die Landesmedienanstalt medienwirksam ein Bußgeld iHv 10.500 EUR fest. Erst als „Flying Uwe“ die betroffenen Videos löschte, stellte die Landesmedienanstalt das Bußgeldverfahren ein. Ein weiteres Bußgeld iHv 1.050 EUR wurde jüngst gegen den Blogger „ApoRed“ von der Landesmedienanstalt festgesetzt, weil dieser auf seinem YouTube-Kanal kein ordnungsgemäßes Impressum vorhielt.

Mit zwei obergerichtlichen Entscheidungen zur ungenügenden Kennzeichnung von Werbung durch Influencer im Jahr 2017 erreicht das Thema über das Lauterkeitsrecht erstmals auch die werbenden Unternehmen selbst, worauf im Folgenden näher eingegangen werden soll.

II. Rechtliche Rahmenbedingungen im Überblick

Als Telemedien unterliegen Beiträge von Influencern in sozialen Netzwerken dem Regelungsbereich des Rundfunkstaatsvertrags (RStV) und dem Telemediengesetz (TMG). Daneben finden die allgemeinen Vorschriften des Lauterkeitsrechts Anwendung (insbesondere §§ 5, 5 a, 6 UWG). Gemäß § 58 I RStV muss Werbung in Telemedien als solches klar und eindeutig erkennbar und vom übrigen Inhalt eindeutig getrennt sein. Die aus dem Rundfunk- und Presserecht bekannte strikte Trennung von redaktionellen und kommerziellen Inhalten („Trennungsgebot“) ist für Telemedien zusätzlich auch in § 6 I Nr. 1 TMG normiert. Eine Nicht-Kennlichmachung von kommerziellen Inhalten stellt zudem eine unlautere Handlung iSv § 5 a VI UWG dar. Ferner kommt auch ein Verstoß gegen die sog. „Black List“ in Betracht, die im Anhang zu § 3 III UWG normiert ist, insbesondere gegen Nr. 11 (Tarnung von Werbung als redaktioneller Inhalt).

Darüber hinaus enthält der Rundfunkstaatsvertrag mit § 58 III RStV Regelungen ausschließlich für fernsehähnliche Telemedien. Dabei handelt es sich um audiovisuelle Mediendienste auf Abruf, bei dem der Nutzer zu einem von ihm gewählten Zeitpunkt aus einem vom Anbieter festgelegten Inhaltskatalog auswählen kann. Dies betrifft also im Wesentlichen Videoblogger, die ihre Videos auch nach der Sendung in ihrem Kanal zum Abruf vorhalten, wie dies zB bei YouTube üblich ist. Kurze Videosequenzen bei Instagram Stories oder SnapChat hingegen sind keine fernsehähnlichen Telemedien. Gemäß § 58 III RStV kommen bei fernsehähnlichen Telemedien auch die ansonsten nur für den

Rundfunk geltenden Vorschriften der §§ 7, 8 RStV zur Anwendung, die ein Verbot von Schleichwerbung sowie ua weitere gesonderte Regelungen für Produktplatzierung und Sponsoring enthalten.

Diese Anwendung rundfunkrechtlicher Vorschriften muss nicht notwendigerweise von Nachteil sein, weil die europarechtlichen Aufweichungen des Trennungsgebots in §§ 7, 8 RStV, insbesondere zur Produktplatzierungen (bejaht man zusätzlich die analoge Anwendung der §§ 15, 44 RStV, str.) und zum Sponsoring, somit auch auf fernsehähnliche Telemedien Anwendung finden. Damit einhergehen allerdings auch Bußgeldvorschriften (§ 49 RStV), wie der Influencer „Flying Uwe“ erfahren musste.

Neben Kennzeichnungs- und Trennungspflichten stößt gerade die werbliche Ansprache von Kindern (von oftmals ebenfalls minderjährigen Influencern) an lauterkeitsrechtliche Grenzen. Dabei gilt es insbesondere das Verbot einer unmittelbaren Kaufaufforderung an Kinder (Nr. 28 der Blacklist iVm § 3 III UWG). Aber auch das allgemeine Irreführungsverbot (§ 5 UWG), die werbliche Belästigung (§ 7 I UWG) und die hinreichende Erkennbarkeit von Werbung (§ 5 a VI UWG) können bei den teils sehr jungen Followern schneller greifen, da diese bei geschäftlichen Handlungen gegenüber Kindern und Jugendlichen besonders streng auszuliegen sind. Nicht zuletzt müssen auch die Vorgaben des Jugendmedienschutz-Staatsvertrags (JMStV) zum Schutz der jugendlichen Zielgruppe beachtet werden, und Influencer müssen darauf achten, auch in den verschiedenen von ihnen genutzten Social-Media-Kanälen ein vollständiges Impressum (§ 5 TMG) vorzuhalten.

III. Kennzeichnung von Werbung

Aufgrund des hohen Stellenwerts der Kenntlichmachung von Werbung veröffentlichte die Direktorenkonferenz der Landesmedienanstalten 2015 den erwähnten Leitfaden zur Werbekennzeichnung in sozialen Medien („FAQs – Antworten auf Werbefragen in sozialen Medien“, abrufbar unter https://www.die-medienanstalten.de/fileadmin/user_upload/die_medienanstalten/Themen/Werbeaufsicht/FAQ-Flyer_Kennzeichnung_Werbung_Social_Media.pdf). Die fortlaufend aktualisierten FAQs enthalten anschauliche Beispiele zur Kennzeichnung von werblichen Beiträgen in sozialen Medien wie YouTube, Instagram, SnapChat, Facebook und Blogs. Dabei darf aber nicht übersehen werden, dass die FAQs aus der Feder der Landesmedienanstalten allenfalls zu einer Selbstbindung der Verwaltung führen (Fuchs/Hahn MMR 2016, 503 [505]). Die zivilgerichtliche Überprüfbarkeit und Einschätzung, insbesondere nach lauterkeitsrechtlichen Gesichtspunkten, bleibt davon unberührt. Dies ist insbesondere dann relevant, wenn die Landesmedienanstalten Maßstäbe aus der Rundfunkaufsicht zugrunde legen (wie zB bei der Wertgrenze von 1.000 EUR für die Kenntlichmachungspflicht von Produktplatzierung) oder Vorschläge zur Kennzeichnung von Werbung unterbreiten, denen die durch das strenge Presserecht geprägten Zivilgerichte nicht folgen.

1. OLG Celle zu „#ad“

Im Juni 2017 entschied das OLG Celle, dass die Verwendung des Hashtags #ad unter einem Instagram-Beitrag nicht genügt, um den kommerziellen Zweck des Beitrags zu kennzeichnen (GRUR-Prax 2017, 446 [Ger-ecke]). Der bekannte Blogger mit über 1 Mio. Follower bewarb für eine Gegenleistung eine Rabatt-Aktion der Drogeriekette Rossmann und kennzeichnete den Post nur mit dem Hashtag #ad, als zweiter von sechs Hashtags. Gegen diese Form der Werbung wandte sich ein Verbraucherschutzverband, der Rossmann wegen unzureichend gekennzeichnete Werbung gemäß § 5 a VI UWG in Anspruch nahm. Nach Auffassung des OLG genügt eine solche Kennzeichnung zumindest dann nicht, wenn der Hashtag nur einer von vielen in einer Ansammlung von Hashtags und damit für den Verbraucher nicht auf den ersten Blick erkennbar sei. Anders als noch das LG Hannover (Urt. v. 8.3.2017 – 23 O 5/17) hielt das OLG es zudem nicht für hinreichend sichergestellt, dass sich schon durch die Gestaltung und Aufmachung des Beitrages der werbliche Charakter ergab, vor allem weil das OLG keinen nennenswerten Unterschied zu den anderen Beiträgen des Bloggers ohne kommerziellen Hintergrund erkannte.

2. KG zu „#ad“ und „#sponsoredby“

Ähnlich entschied jüngst auch das KG Berlin, dass die fehlende werbliche Kennzeichnung von Beiträgen einer Influencerin bei Instagram als unlautere Schleichwerbung qualifizierte (Urt. v. 11.10.2017 – 5 W 221/17). Ein Wettbewerbsverband hatte sich gegen die Praxis einer österreichischen Bloggerin gewandt, Produkte in Fotos zu präsentieren und lediglich mit Verweisen auf die Herstellerseiten zu kennzeichnen. Das KG bestätigte einen Lauterkeitsverstoß gemäß § 5 a VI UWG. Die Verweise auf die Herstellerseiten sprächen für die Annahme von Werbung. Es genüge dann nicht, dass der Verbraucher erst nach einer analysierenden Lektüre der Beiträge diese als Werbung erkenne. Auch zwei Posts, die durch die Verwendung der Hashtags „#ad“ und „#sponsoredby...“ gekennzeichnet waren, erfüllten die rechtlichen Anforderungen nicht. Das KG verwies dabei auf die Rechtsprechung des OLG Celle zu #ad (siehe vorstehend 1.) sowie die des BGH zu #sponsoredby (BGH GRUR 2014, 879 – GOOD NEWS II=GRUR-Prax 2014, 389 [v. Becker]; danach genügt der Hinweis „sponsored by“ in Printmedien nicht, um den Anzeigecharakter kenntlich zu machen, was das KG auch für Werbung in sozialen übernahm).

3. LG Hagen zu werblichen Links in Bildern

In einem weiteren Verfahren bestätigte das LG Hagen (GRUR-Prax 2017, 541 [Vonau]) eine einstweilige Verfügung gegen Scarlett Gartmann, Model und Freundin des BVB-Spielers Marco Reuss. Gartmann postete auf ihrem privaten Instagram-Account Fotos auf denen sie jeweils mit einer Uhr, einer Handtasche oder einem Getränk zu sehen war sowie jeweils einem entsprechenden Link, der bei einem Klick direkt zur Homepage des Herstellers führte. Ein Hinweis, dass es sich um Wer-

bung handelte, gab es nicht. Wegen der fehlenden Kennzeichnung von Werbung nahm das LG Hagen einen Verstoß gegen das wettbewerbsrechtliche Schleichwerbeverbot in § 5 a VI UWG an. Es sei für den Verbraucher nicht auf den ersten Blick ersichtlich, dass es sich um kommerzielle Kommunikation handle, weshalb eine Kennzeichnung mit „Anzeige“ oder „Werbung“ notwendig sei. Daneben liege in der Vermengung von Inhalten und Werbung ein Verstoß gegen das in § 5 a IV UWG und § 58 RStV NW enthaltene Trennungsgebot vor.

Das LG Hagen wies aber auch noch auf einen weiteren Aspekt ausdrücklich hin: Da die Bloggerin auch jugendlichen Followern bekannt sei, müsse ein entsprechend strenger Maßstab an die Erkennbarkeit des werblichen Charakters einzelner Posts gestellt werden. Gerade für diese Zielgruppe sei das Vermischen von werbenden und privat-inhaltlichen Elementen nicht sofort erkennbar. Die hinzugefügten Zeichen wie @ oder # ließen den werbenden Charakter der Benennung der Produktnamen nicht als Werbung offensichtlich erscheinen.

In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass auch vom Influencer gesetzte Affiliate-Links, bei denen dieser nach einem Klick oder Kauf durch einen Follower eine Provision erhält, ebenfalls als Werbung zu kennzeichnen sind. Hierbei hat sich noch keine einheitliche Kennzeichnung eingespielt, sie sollte jedoch ebenfalls eindeutig und transparent sein. Die Landesmedienanstalten verlangen in ihren FAQs sogar, dass der Verbraucher über die Funktionsweise der Links und die Provision zusätzlich im „unmittelbaren Umfeld des Links“ informiert werden muss. Dies dürfte (platz-) technisch oftmals nicht möglich sein.

IV. Werbung gegenüber Kindern und Jugendlichen

Influencer richten sich oftmals an eine junge Zielgruppe – nicht zuletzt, weil sie selbst noch sehr jung sind. Aus rechtlicher Sicht ist dies immer dann bedenklich, wenn unerfahrene junge Follower getäuscht und ausgenutzt werden, weil sie den werblichen Charakter von Empfehlungen des Influencers nicht erkennen oder inhaltlich nicht bewerten können.

Sowohl der Jugendmedienschutz-Staatsvertrag (JMStV) als auch die „Black-List“ im Anhang zu § 3 III UWG Regelungen enthalten Vorschriften bzgl. der Werbung gegenüber Kindern und Jugendlichen. So darf etwa gemäß § 6 JMStV/Nr. 28 der Black-List Werbung Kinder nicht direkt zum Kauf von Waren und Dienstleistungen auffordern. Auch hier ist die Grenz oft fließend. Erst in 2013 hat der BGH eine Ausrichtung der Werbung auf Kinder bejaht, wenn sie sprachlich von einer durchgängigen Verwendung der direkten Ansprache in der zweiten Person Singular und überwiegend von kindertypischen Begrifflichkeiten einschließlich gebräuchlicher Anglizismen geprägt wird (BGH GRUR 2014, 298 – Runes of Magic = GRUR-Prax 2014, 59 [Her-

mes]). Formulierungen wie „Kauf Dir ...“ oder „Hol Dir ...“, die Kinder nach der Rechtsprechung unzulässig auffordern, selbst die beworbenen Waren oder Dienstleistungen zu erwerben, sind in einem Video-Blog-Beitrag schnell gesagt. Es ist keine Seltenheit, dass Influencer eine besondere Nähe zu den Followern auch sprachlich suchen. Gerichtliche Entscheidungen im Zusammenhang mit Influencer-Marketing sind soweit ersichtlich noch nicht veröffentlicht. Es bleibt daher abzuwarten, wie die Rechtsprechung künftig damit umgehen wird.

V. Praxishinweise

Jegliche Werbung muss für den Verbraucher klar, eindeutig und auf den ersten Blick erkennbar sein. Es genügt nicht, dass sich der werbliche Charakter eines Influencer-Beitrags erst aus der näheren Betrachtung im Vergleich zu anderen Posts ergibt. Es ist derzeit zu empfehlen, jegliche werbliche Beiträge von Influencern klar mit den deutschen Begriffen „Werbung“ oder „Anzeige“ zu kennzeichnen und diese als gesonderte Posts von rein redaktionellen Beiträgen zu trennen. Von immer noch gängigen Kennzeichnungen wie „ad“ oder „sponsored by“ ist abzuraten. Werden mehrere Hashtags zur Kennzeichnung des kommerziellen Zwecks verwendet, zB bei Instagram, sollte #Anzeige oder #Werbung als erster Hashtag benutzt werden, sodass die Kennzeichnung nicht in einer Vielzahl von Hashtags untergeht.

Der Influencer ist dabei zunächst selbst verantwortlich für seinen Kanal und die Einhaltung des geltenden Rechts. Dabei kann ihm – das Beispiel „Flying Uwe“ zeigt es – schnell auch mal ein substantielles Bußgeld drohen. Daneben haftet aber auch das werbende Unternehmen, lauterkeitsrechtlich geschieht das über die Grundsätze der Beauftragtenhaftung (§ 8 II UWG) oder direkt als Werbetreibender (vgl. nur Nr. 11 der Black List).

Um rechtliche Risiken für die werbenden Unternehmen zu minimieren, sind vor allem die ausgewählten Influencer vorab zu schulen und ggf. auch vertraglich zu einer ordnungsgemäßen Kennzeichnung der Werbung zu verpflichten. Viele Influencer sind seit den neusten Entscheidungen bereits sensibilisiert, nicht zuletzt stehen auch der Ruf einer ganzen Szene inklusive ihrer Agenturen und ein sehr lukratives Geschäftsmodell auf dem Spiel. Dabei sollten alle Beteiligten nicht vergessen, dass es auch für die Influencer wichtig ist, ihre Glaubwürdigkeit und damit ihr „Kapital“ zu wahren. Dafür müssen die Influencer authentisch bleiben, mit den richtigen Werbepartnern für passende Produkte werben und vor allem die Kooperation und den werblichen Charakter einzelner Posts transparent kommunizieren. Dabei sollte insbesondere auf das vorwiegend junge Publikum der Follower Rücksicht genommen werden. Anderenfalls ist demnächst eine weitere Welle von Entscheidungen zu diesem Aspekt zu erwarten.