

WERBUNG IN SOZIALEN MEDIEN

JURISTISCHER DRAHTSEILAKT

Influencer auf Instagram oder anderen Social-Media-Kanälen müssen bezahlte Posts ausreichend als Werbung kennzeichnen. Doch was „ausreichend“ bedeutet, ist noch nicht höchstrichterlich geklärt. Beim Umgang mit Influencer Marketing ist daher große Sensibilität geboten, um kostspielige Abmahnungen und teure Gerichtsverfahren zu vermeiden.

► „An alle Sparfüchse: AUFGEPASST! NUR morgen gibt es in allen Filialen von #rossmann & im Online Shop 40% Rabatt auf Augen Make-Up! Viel Spaß beim Einkaufen! (...). Mascara & M. N. Y. The R. N. Lidschatten Palette“.

Dieser Post eines damals 20-jährigen Instagram-Stars mit 1,3 Millionen Followern beschäftigte vor zwei Jahren die Gerichte. Die Drogeriemarktkette Rossmann hatte für die Veröffentlichung bezahlt, kenntlich gemacht durch die Kennzeichnung #ad als zweitem von insgesamt sechs Hashtags. Für den Ver-

band Sozialer Wettbewerb (VSW) war das nicht ausreichend: Er mahnte Rossmann wegen unzureichender Werbekennzeichnung ab. Nach der erfolglosen Abmahnung landete der Fall schließlich vor Gericht. In der Vorinstanz entschied das Landgericht Hannover noch, der kommerzielle Zweck des Beitrags habe nicht gekennzeichnet werden müssen, weil er sich schon aus den Umständen ergebe (Az.: 23 O 5/17). Das sah das Oberlandesgericht Celle jedoch anders: Der Beitrag verstoße gegen § 5a Abs. 6 Gesetz gegen den unlauteren Wett-



Like!



bewerb (UWG) und sei demzufolge Schleichwerbung, so die Entscheidung (Az.: 13 U 53/16).

Die Begründung der OLG-Richter: Der Hashtag #ad reiche als Kennzeichnung nicht aus, vielmehr müsse der Hinweis so deutlich erfolgen, dass aus der Sicht eines durchschnittlichen Adressaten der angesprochenen Zielgruppe keine Zweifel am Vorliegen eines kommerziellen Zwecks bestehe. Sollte Rossmann erneut „unter Einschaltung Dritter“ für „kosmetische Produkte (...) werben, ohne den geschäftlichen Zweck der Werbung für diese Produkte kenntlich zu machen“, droht ein Ordnungsgeld von bis zu 250.000 Euro. Rossmann wiederum betont, man habe keine Schleichwerbung machen wollen. Durch den Hashtag #ad sei der Post „für unser damaliges Verständnis als Werbung gekennzeichnet“ gewesen, erklärte das Unternehmen auf unternehmensjurist-Anfrage. „Die Gestaltung beruhte auf den zur damaligen Zeit im Leitfaden der Landesmedienanstalten enthaltenen Empfehlungen. Zu diesem Zeitpunkt hat sich Rossmann also – in gutem Glauben – an den damals aktuellen Vorgaben der Landesmedienanstalten orientiert“, heißt es in der Stellungnahme weiter. Das Unternehmen erkenne das Urteil jedoch an: „Posts von Influencern, bei denen Rossmann der Auftraggeber ist, werden seitdem in der Über-



„Der Werbende ist rechtlich stets dann auf der sicheren Seite, wenn er Werbung leicht auffindbar und klar verständlich als solche bezeichnet.“

–
Dr. Ruben A. Hofmann,
Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz und Partner,
Heuking Kühn Lüer Wojtek



„Aus ordnungspolitischer Sicht ist es wünschenswert, dass jedweder Content als Werbung gekennzeichnet werden muss, mit dem dessen Produzent das Ziel der Absatzförderung verfolgt.“

–
Prof. Dr. Lutz Frühbrodt,
Leiter des Studiengangs Fachjournalismus und
Unternehmenskommunikation,
Fachhochschule Würzburg-Schweinfurt

schrift mit ‚Werbung‘ bzw. ‚#Werbung‘ gekennzeichnet.“ Das Urteil gegen die Drogeriemarktkette ist nur eines von vielen teils widersprüchlichen Urteilen, die Gerichte in der jüngeren Vergangenheit mit Blick auf Influencer gefällt haben. Schlagzeilenträchtig war etwa im Frühjahr das Urteil im Fall Cathy Hummels. Die Posts der Influencerin, Ehefrau von Ex-Fußballnationalspieler Mats Hummels, seien zwar Werbung gewesen, befand das Landgericht München. Gleichwohl liege trotz fehlender Kennzeichnung keine unzulässige, getarnte Schleichwerbung vor, weil die Posts nach dem Gesamteindruck für jedermann erkennbar einen werblichen Charakter hätten (Az.: 4 HK O 14312/18).

NOCH KEIN HÖCHSTRICHTERLICHES URTEIL IN EINEM PRÄZEDENZFALL

Zu mehr Klarheit geschweige denn Rechtssicherheit in Sachen Werbekennzeichnung hat das Münchener Urteil sicherlich nicht beigetragen. Es sei daher „höchste Zeit, dass der Bundesgerichtshof ein wegweisendes Urteil in einem Präzedenzfall fällt“, meint Prof. Dr. Lutz Frühbrodt, Leiter des Studiengangs Fachjournalismus und Unternehmenskommunikation an der Fachhochschule Würzburg-Schweinfurt. „Dies sollte dann allen Beteiligten Rechtssicherheit geben.“ Aus ordnungspolitischer Sicht sei es





„Als Landesmedienanstalten erwarten wir eine deutliche und klare Werbekennzeichnung auf Social Media-Plattformen.“

–
Cornelia Holsten,
 Direktorin der Landesmedienanstalt Bremen; Vorsitzende der
 Direktorenkonferenz der Landesmedienanstalten

dabei wünschenswert, dass „jedweder Content als Werbung gekennzeichnet werden muss, mit dem dessen Produzent das Ziel der Absatzförderung verfolgt – ob er nun von einem Unternehmen dafür bezahlt worden ist oder nicht“, so der Medienexperte, der im Frühjahr eine Studie über Werbung auf YouTube veröffentlicht hat.

Denn bislang stellen Postings auf dem Social-Media-Account eines Influencers nicht per se eine geschäftliche Handlung im Sinne des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb dar – zumindest in der Theorie. „Die Rechtsprechung neigt jedoch dazu, ab Erreichen einer gewissen Follower-Zahl und der daran gekoppelten Reichweite Influencern private Postings de facto nicht mehr zuzugestehen und sämtliche Maßnahmen als geschäftliche Handlungen einzustufen“, erläutert Dr. Ruben A. Hofmann, Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz und Partner am Kölner Standort der Kanzlei Heuking Kühn Lüer Wojtek. Werbe-Postings auf Influencer-Accounts seien wegen der für den Verbraucher schwerer zu durchschauenden Verquickung privater und geschäftlicher Postings grundsätzlich zu kennzeichnen, sofern nicht mit Teilen der Rechtsprechung auch hier eine Offensichtlichkeit des kommerziellen Zwecks angenommen werde.

So war es beispielsweise im Fall von Cathy Hummels. „Vereinfacht gesprochen vergleicht das Gericht den Account von Frau Hummels mit einem geschäftlichen Unternehmensaccount, wo die einzelnen Posts ebenfalls nicht gekennzeichnet werden müssen“, sagt Dr. Martin Gerecke, Fachanwalt für Urheber- und Medienrecht am Hamburger Standort der Wirtschaftskanzlei CMS Deutschland. Dass das Gericht damit der Influencerin abspreche, überhaupt noch mit einzelnen Posts privat zu handeln, sei problematisch. „Das entspricht

dem vielzitierten Bild der wandelnden Litfaßsäule.“ Instagram-Accounts bekannter Influencer seien trotz stattlicher Followerzahl und verifiziertem Profil nicht stets nur werblich, meint Gerecke. „Viele Influencer agieren mit ihren Posts teils unabhängig redaktionell und geben Produktempfehlungen, ohne dass eine Kooperation dahintersteht.“ Pauschal ganze Instagram-Profile als kommerziell und werblich einzustufen, werde der Tätigkeit von Influencern nicht gerecht.

WERBUNG IN SOZIALEN MEDIEN ERFORDERT GROSSE SENSIBILITÄT

Um Klarheit in dieser Hinsicht zu schaffen, hat die Bundesregierung zwischenzeitlich ein Gesetz zur Kennzeichnung werblicher Inhalte in sozialen Medien angekündigt. Dieses Vorhaben wiederum stößt aber nicht überall auf Gegenliebe: Die Rechtssicherheit werde durch ein neues Gesetz nicht verbessert, findet Cornelia Holsten, Direktorin der Landesmedienanstalt Bremen und Vorsitzende der Direktorenkonferenz der Landesmedienanstalten. „Schon heute gilt eine Kennzeichnungspflicht, wenn eine Werbeabsicht vorliegt. Gesetzlich geregelt ist dieser Grundsatz gleich dreimal: im Rundfunkstaatsvertrag, im Telemediengesetz sowie im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb.“

Das Gebot der Werbekennzeichnung gelte dabei unabhängig davon, wo geworben werde – in TV, Hörfunk oder eben online über Instagram oder YouTube, so Juristin Holsten.



„Viele Influencer agieren mit ihren Posts teils unabhängig redaktionell und geben Produktempfehlungen, ohne dass eine Kooperation dahintersteht.“

–
Dr. Martin Gerecke,
 Fachanwalt für Urheber- und Medienrecht,
 CMS Deutschland

Für die Aufsicht darüber seien allein die Landesmedienanstalten zuständig. Bereits 2015 haben die Medienanstalten ihren ersten Leitfaden zur Werbekennzeichnung auf YouTube veröffentlicht und ihn in den folgenden Jahren um weitere Social-Media-Kanäle ergänzt und laufend aktualisiert, zuletzt im November 2018. „Als Landesmedienanstalten erwarten wir eine deutliche und klare Werbekennzeichnung auf Social Media-Plattformen“, betont die frühere Richterin. Zugleich dürfe Influencer Marketing aber nicht zur Spielwiese von Abmahnanwälten werden.

Um kostspielige Abmahnungen zu vermeiden, rät Olaf Wolters, General Counsel bei der idealo Internet GmbH, zu großer Sensibilität bei Werbung in sozialen Medien. „Wenn man als Unternehmen nicht selbst über eine sehr erfahrene Social-Media-Abteilung verfügt, sollte man auf jeden Fall die Hilfe von spezialisierten Agenturen in Anspruch nehmen“, so der Unternehmensjurist. Die Agenturen suchen die passenden Influencer nach Zielgruppen aus, übernehmen bei Bedarf die gesamten Vertragsverhandlungen und auch die spätere Auswertung der Kampagne. Oftmals prüfen die Agenturen auch die Art und Weise des Placements, damit die Kampagne nicht zu plump wirkt.

SOCIAL-MEDIA-GUIDELINE HILFT BEI VERTRÄGEN MIT INFLUENCERN

„Nicht ganz zu Unrecht wird Influencern nachgesagt, dass sie sich sehr viel künstlerische Freiheit nehmen, selbst wenn es sich um Auftragsproduktionen handelt“, sagt Medienexperte Frühbrodt. Dies gelte ganz allgemein, aber zuweilen auch für die Werbekennzeichnung. „Deshalb sollte unbedingt vertraglich gesichert sein, dass der Influencer für eine angemessene Werbekennzeichnung zu sorgen hat.“ Unternehmensjurist Wolters pflichtet ihm bei: Sowohl der Influencer als auch die Agentur müssten auf die Beachtung der rechtlichen Rahmenbedingungen verpflichtet werden. „Die Influencer müssen deutlich machen, wann sie einen einfachen redaktionellen Inhalt liefern und wann einen werblichen Beitrag“, so der idealo-Chefjurist. „Dabei haften leider die werbenden Unternehmen wie der Influencer.“ Neben den Kosten für Gerichtsverfahren und eventuelle Bußgelder droht den Unternehmen dabei auch ein Imageschaden, wenn sie wegen einer unzulässigen Influencer-Kampagne in die Schlagzeilen geraten. „Werbung kann auch nach hinten losgehen“, mahnt Wolters.

Wichtig ist daher noch ein weiterer Aspekt: Wurde der Influencer auf die Einhaltung der rechtlichen Vorgaben verpflichtet, „kann im Falle eines dennoch auftretenden Verstoßes



„Im Rahmen einer Social-Media-Compliance sollten Social-Media-Guidelines regelmäßig überprüfbar und anpassbar sein, um an die sich sicher noch ändernde Rechtsprechung angepasst werden zu können.“

–
Peter Lotz,
 Rechtsanwalt und Partner, MAYRFELD LLP

nachgewiesen werden, dass auf die Thematik hingewiesen wurde und eine gesetzeskonforme Kennzeichnung seitens des Unternehmens gewollt war“, sagt Heuking-Jurist Hofmann. „Zudem wird hierdurch ein Regress beim Influencer im Innenverhältnis ermöglicht.“

Um gut auf alle Eventualitäten vorbereitet zu sein, rät Peter Lotz, Rechtsanwalt und Partner in der Kanzlei MAYRFELD

LLP in Frankfurt, Unternehmen dazu, in enger Abstimmung zwischen Rechts- und Marketingabteilung eine Social-Media-Guideline zu entwerfen. „Eine solche Guideline erlaubt es auch, die diversifizierten Kriterien der Rechtsprechung detaillierter zu berücksichtigen. Im Rahmen einer Social-Media-Compliance sollten diese Guidelines regelmäßig überprüfbar und anpassbar sein, um an die sich sicher noch ändernde Rechtsprechung angepasst werden zu können.“

Die Social-Media-Guidelines sollten bei den Vereinbarungen mit Influencern und ihren Agenturen zum Vertragsbestandteil gemacht werden. Die Kunst besteht dabei darin, juristisch korrekt zu sein, ohne dem Influencer zu konkrete Vorgaben zu machen. „Der besondere Effekt des Influencer Marketing besteht ja gerade in der vermeintlichen Authentizität seiner Kommunikation und Interaktion“, so Lotz.

Gänzlich anders als bei der Zusammenarbeit mit Influencern ist die rechtliche Situation, wenn Unternehmen ihre eigenen Social-Media-Kanäle für ihre Werbung nutzen. „Die Tren-

nungs- und Kennzeichnungsbestimmungen sind hierbei nicht einschlägig, denn der Werbecharakter liegt für den verständigen Verbraucher und Adressaten auf der Hand“, erläutert Unternehmensjurist Wolters. „Wenn ein Unternehmen auf der eigenen Website seine eigenen Produkte anpreist, dann ist dies unproblematisch. Dies gilt gleichfalls für zum Beispiel auf Facebook oder Instagram betriebene, als solche erkennbare Blogs des Unternehmens.“

Dafür haben die unternehmenseigenen Kanäle aber auch nur eine sehr begrenzte Wirkung: „Unternehmen haben bei vielen jüngeren Menschen ein schlechtes Image“, erklärt Medienexperte Frühbrodt. „Vor allem international agierende Konzerne haben deshalb Influencer für sich entdeckt, weil diese ein ho-

hes Maß an Glaubwürdigkeit bei ihren Anhängern genießen.“ Hinzu kommt die hohe Reichweite, über die einige Influencer verfügen: Cathy Hummels erreicht mit ihren Posts immerhin über 500.000 Follower einer relativ homogenen Zielgruppe, manche YouTuber haben über drei Millionen Abonnenten. Die Werbereichweite vieler Influencer ist damit höher als bei so manchem Fernsehsender – von Printmagazinen ganz zu schweigen.

Influencer würden in ihrer Zielgruppe besonderes Vertrauen genießen, ergänzt Rechtsanwalt Lotz. „Dieses Vertrauen ermöglicht es, durch gezielte Produktplatzierungen die Wertigkeit und Glaubwürdigkeit einer Marke oder eines Produkts zu stärken.“ Die Suggestion der Empfehlung durch eine Person, mit deren Lebensstil sich der Follower identifiziert, verleihe dem Influencer Marketing einen zusätzlichen Effekt.

Doch leidet nicht genau eben diese Suggestion der Empfehlung, wenn ein Social-Media-Post als Werbung gekennzeichnet wird? „Eindeutig als Werbung markierte Influencer-Posts verlieren marketingtechnisch ein Stück ihrer Wirkung“, bestätigt Rechtsexperte Lotz – und rät dennoch zu einem „traditionell dogmatischen Ansatz“: „Das hat marketing-technisch nicht so viel Rumms, aber das für die Rechtsabteilung vorgesehene Budget wird es danken“, so der Anwalt. Gleiches rät auch Heuking-Jurist Hofmann: „Der Werbende ist rechtlich stets dann auf der sicheren Seite, wenn er Werbung leicht auffindbar und klar verständlich als solche bezeichnet.“ Um das Wort „Werbung“ oder „Anzeige“ wird man also auf absehbare Zeit nicht herumkommen. ■ *Harald Czyscholl*

GETARNT WERBUNG

Das Problem der Schleichwerbung ist wahrscheinlich so alt wie das Wettbewerbsrecht selbst. „Aus Sicht des Werbenden erscheint Schleichwerbung attraktiv, da sie vom Rezipienten nicht als Werbung erkannt wird“, erklärt Peter Lotz, Rechtsanwalt und Partner in der Kanzlei MAYRFELD LLP in Frankfurt. Der unvoreingenommene Verbraucher empfindet deshalb Schleichwerbung als vermeintlich objektive und damit vertrauenswürdige Mitteilung positiver Produkteigenschaften, während er institutionelle Werbung mental von vornherein als übertriebene Anpreisung wahrnimmt. Diese Schummelei will das Wettbewerbsrecht unterbinden. „Deshalb gehört der Kampf gegen die Schleichwerbung – zu Recht – zu einem der höchsten Güter des Wettbewerbsrechts“, meint Lotz.

Das Phänomen des Influencers ist dabei nur ein weiteres Beispiel für den durch den Zeitgeist verursachten Wandel im Wettbewerbsrecht. Technologische und wertebedingte Veränderungen in der Gesellschaft sorgen für eine veränderte Auffassung des „angesprochenen Verkehrskreises“ im Sinne des Gesetzes. „Durch die rein sprachliche Akzeptanz der Existenz eines Influencers in unserem alltäglichen Wortschatz, zeigt sich auf der einen Seite rein sprachwissenschaftlich bereits eine zeitgenössische Bereitschaft zur Auseinandersetzung mit oder der Akzeptanz von Beeinflussungen durch im Schwerpunkt als Beeinflusser tätige Menschen in unserer Gesellschaft“, sagt Lotz. Auf der anderen Seite stehe das gesellschaftliche Bestreben, weniger kritische Mitmenschen von fehlleitenden Beeinflussungen zu schützen. „Jedenfalls sollen sie wissen, wenn sie beeinflusst werden“, so der Jurist. Die Existenz neuer Technologien rechtfertige es nicht einfach alle alten Werte über Bord zu werfen. Zugleich könnten die gesellschaftlichen Kommunikationsstrukturen aber auch nicht auf einen Stand der Vergangenheit verhaftet werden.



- ✗ Zur Kennzeichnungspflicht von Werbung in sozialen Medien gibt es widersprüchliche Gerichtsurteile und noch keine höchstrichterliche Klärung.
- ✗ Beim Influencer Marketing ist deshalb große Sensibilität geboten, um kostspielige Abmahnungen und teure Gerichtsverfahren zu vermeiden.
- ✗ Bei unzureichender Kennzeichnung werblicher Inhalte haften die werbenden Unternehmen genauso wie der Influencer.
- ✗ Influencer sollten vertraglich auf die Beachtung der rechtlichen Rahmenbedingungen verpflichtet werden. Hilfreich können Social-Media-Guidelines sein, die zum Vertragsbestandteil gemacht werden.
- ✗ Auch wenn eindeutig als Werbung markierte Influencer-Posts marketingtechnisch ein Stück ihrer Wirkung verlieren: Werbung sollte leicht auffindbar und klar verständlich als solche bezeichnet werden.