

TaylorWessing

Forum Markenrecht 2022

Update zum Influencer-Marketing
nach den Entscheidungen des BGH

21. Januar 2022 | Dr. Thorsten Troge und Katharina H. Reuer, M. Jur. (Madrid)



INHALT

I. Was sind Influencer?

II. Die Bedeutung vom Influencer-Marketing in Zahlen

III. Rechtlicher Hintergrund und Vorgeschichte

IV. Drei BGH-Urteile zum Influencer-Marketing

1. Influencer I

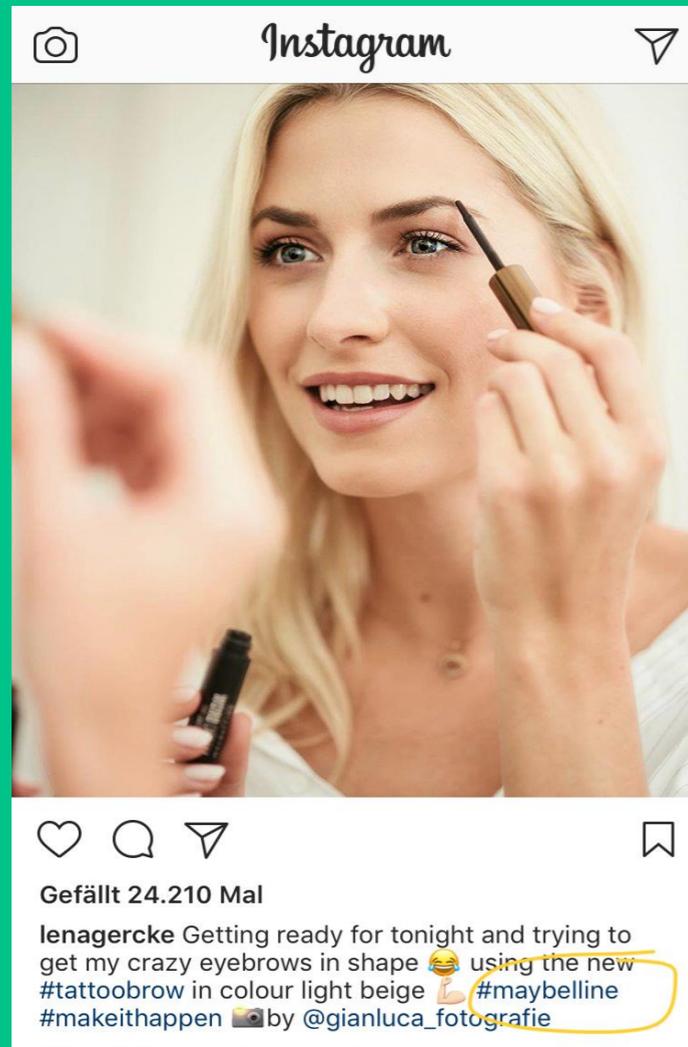
2. Influencer II

3. Influencer III

V. Ausblick – zukünftige Rechtslage

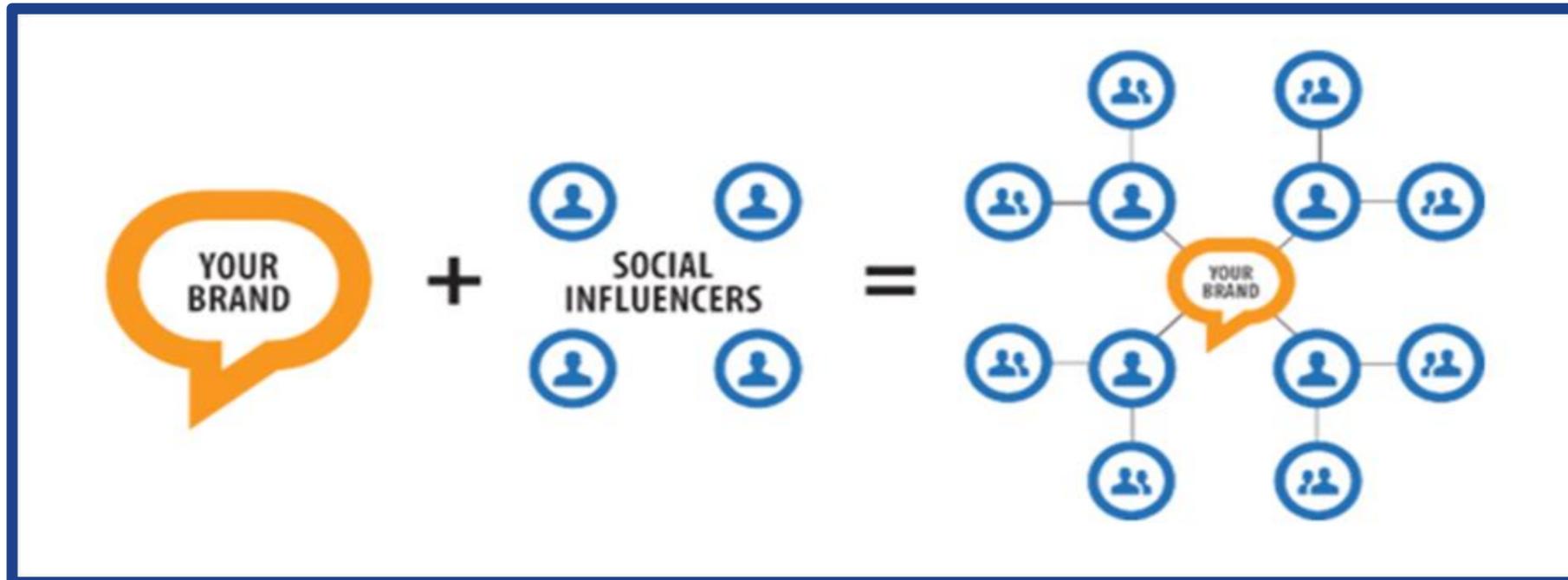
VI. Guidelines für Unternehmen

I. Was sind Influencer?



I. Was sind Influencer?

= Personen, „die auf sozialen Netzen in der Lage sind, andere Nutzer bei deren politischer, gesellschaftlicher und insbesondere geschäftlicher Entscheidungsfindung zu beeinflussen. Diese Möglichkeit entsteht, wenn und weil sie infolge ihrer intensiven Aktivität auf diesen Medien für andere Nutzer attraktiv erscheinen und die letzteren in hoher Zahl ihre Aktivitäten verfolgen (sog. „Follower“). Als Folge dieses selbstgeschaffenen Publikums sind Influencer, insbesondere aus den Bereichen Mode, Schönheit („Beauty“), Ernährung, Sport, Technik und Lifestyle, potentielle Werbeträger par excellence (sog. Influencer-Marketing).“ (OLG Karlsruhe, Urt. v. 9.9.2020 – 6 U 38/19)



II. Bedeutung vom Influencer-Marketing in Zahlen

- Allein auf **Instagram** gibt es **1,074 Milliarden** aktive **Nutzer** (davon 27,8 Millionen in **Deutschland**)
(Quelle: Shopify – Instagram Statistik 2021).
- Ganze **50 %** der Instagram-Benutzer **folgen mindestens einem Unternehmen***.
- **Instagram hilft 80 %** der Instagram-Nutzer bei der Entscheidung, **ob sie ein Produkt oder eine Dienstleistung kaufen sollen** (Quelle: Facebook 2020).
- Da Instagram immer beliebter wird, **geben** schätzungsweise **71 %** der **US-amerikanischen Unternehmen an, Instagram für Geschäftszwecke zu verwenden***.
- Umfragen in Deutschland zeigen auf, dass immer mehr Unternehmen Budgets von den klassischen Medien zu Social Media Werbung verschieben (neben Influencer-Werbung auf Instagram, TikTok oder YouTube, auch klassische Werbung in Social Media, z.B. Facebook)
- **7 von 10 Hashtags** auf Instagram **sind mit einem Branding versehen***.



*Quelle: Mention Instagram Statistics 2018

II. Bedeutung vom Influencer-Marketing in Zahlen

- Neue Agenturen, die nur Influencer vermarkten
- Neue Marketing Aufgaben:



SPIEGEL Akademie
In Kooperation mit der SRH Fernhochschule

Werden Sie Influencer Relations Manager

Lernen Sie, professionelle Social-Media-Kampagnen strategisch aufzubauen und zu managen.

[Jetzt anmelden >](#)

Mit Abschluss-zertifikat

III. Rechtlicher Hintergrund

- **Trennungs- und Kennzeichnungsgebot** nach § 6 I 1 Nr. 1 TMG, §§ 2 II Nr. 7, 22 Abs. 1 MStV (§§ 7, 58 RStV):
 - Verbraucher muss klar und eindeutig erkennen können, um was für einen Inhalt es sich handelt
 - Strikte Trennung von redaktionellen und kommerziellen Inhalten (Werbung)
- § 5a Abs. 6 UWG:

„Unlauter handelt auch, wer den kommerziellen Zweck einer geschäftlichen Handlung nicht kenntlich macht, sofern sich dieser nicht un-mittelbar aus den Umständen ergibt, und das Nichtkenntlichmachen geeignet ist, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu ver-anlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.“

III. Rechtlicher Hintergrund

Nr. 11 der sog. „Black List“ im Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG

„Unzulässige geschäftliche Handlungen im Sinne des § 3 Abs. 3 sind 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);“



III. Vorgeschichte



- 2016/2017 – Landesmedienanstalten werden tätig bei YouTube Influencern – Flying Uwe (Bußgeld EUR 10.500,00)
- FAQ-Flyer Influencer der LMA
- Matrix Online Werbung der LMA

- (https://www.die-medienanstalten.de/fileadmin/user_upload/Rechtsgrundlagen/Richtlinien_Leitfaeden/ua_Leitfaden_Medienanstalten_Werbekennzeichnung_Online-Medien.pdf)
- 2017: OLG Celle, Az. 13 U 53/17 – *Rossmann*: Haftung der Unternehmen („#ad“)

Kennzeichnungsmatrix

Szenarien/Inhalte 	Video 	Audio 	Überwiegend statisch  (Bild/Text)
A Beiträge über Produkte, Dienstleistungen, Marken, Unternehmen, Regionen, Events, Reisen, die gegen <u>Bezahlung oder eine Gegenleistung</u> veröffentlicht werden	a) Produkt spielt <u>Hauptrolle</u> im Video oder in einer Sequenz: <u>deutlich lesbare</u> Einblendung „Werbevideo“ oder „Werbung“ während des gesamten Videos oder der Werbesequenz b) Produkt spielt <u>Nebenrolle</u> : „Unterstützt durch Produktplatzierung“ oder „Unterstützt durch <Produktname>“ zu Beginn des Videos	a) Produkt spielt <u>Hauptrolle</u> : Absetzung zu Beginn der Sequenz mit der Ansage „Werbung“ oder einem <u>Jingle</u> , der nur für die Ankündigung der Werbung verwendet wird; ggf. Hinweis auf das Werbeende, wenn sonst nicht deutlich b) Produkt spielt <u>Nebenrolle</u> : „Unterstützt durch Produktplatzierung“ oder „Unterstützt durch <Produktname>“ zu Beginn	<u>Deutlich lesbar</u> „Werbung“ oder „Anzeige“ zu Beginn des Beitrags
B Beiträge über Produkte, Dienstleistungen, Marken, Unternehmen, Regionen, Events, Reisen, die kostenlos in Anspruch genommen oder erhalten wurden, wenn die Veröffentlichung an Vereinha-	a) Produkt spielt <u>Hauptrolle</u> im Video oder in einer Sequenz: <u>deutlich lesbare</u> Einblendung „Werbevideo“ oder „Werbung“ während des gesamten Videos oder der Werbesequenz	a) Produkt spielt <u>Hauptrolle</u> : Absetzung zu Beginn der Sequenz mit der Ansage „Werbung“ oder einem <u>Jingle</u> , der nur für die Ankündigung der Werbung verwendet wird; ggf.	<u>Deutlich lesbar</u> „Werbung“ oder „Anzeige“ zu Beginn des Beitrags

III. Vorgeschichte

- Der Verband Sozialer Wettbewerb sorgte 2017 durch die sog. „Abmahnwelle“ für große Unsicherheit unter Influencern; der Vorwurf – **Schleichwerbung**.
- Allein beim LG Berlin hat der Verband Sozialer Wettbewerb (VSW) im Jahr 2017 142 Verfahren gegen Influencer eingeleitet.
- Die Angst und die Unsicherheit führten dazu, dass viele Influencer fast jeden Beitrag als „Werbung“/“unbezahlte Werbung“/“nicht beauftragte Werbung“ kennzeichneten.
- Die zahlreichen Gerichtsentscheidungen schufen mehr Unsicherheit als klare Linien:

*„Wie der Handelnde den kommerziellen Zweck seiner geschäftlichen Handlung kenntlich macht, wenn dieser nicht offenkundig ist, bleibt ihm überlassen.“ (...)
Wege aus dem Verbot zu finden, ist Aufgabe des Verletzten.“*

LG Karlsruhe, Urteil vom 21.3.2019 – 13 O 38/18 KfH

VSW

Wir über uns

Verbandszweck

III. Vorgeschichte

Fall VSW ./ Vreni Frost

Sachverhalt:

Frost postete Bilder von sich und verlinkte die dort abgebildeten Sachen mit den Instagram-Accounts der jeweiligen Unternehmen. Die Verlinkung erfolgte nur, um häufigen Fragen ihrer Follower nach der Herkunft der abgebildeten Sachen vorzubeugen. **Keine Vergütung erhalten**; konnte teilweise Rechnungen vorlegen.

Entscheidung:

Mai 2018: LG Berlin verurteilt Frost.

Januar 2019: Das KG Berlin hebt das erstinstanzliche Urteil teilweise auf und erteilt **genereller Vermutung, dass Influencer**, die Produkte oder Marken in ihren Beiträgen präsentieren, **immer kommerzielle Kommunikation** im Sinne von § 5a Abs. 6 UWG **betreiben**, eine **Absage**. Vielmehr ist jeder einzelne Beitrag daraufhin zu prüfen, ob dieser redaktionelle oder kommerzielle Zwecke verfolgt.

Aber:

OLG Karlsruhe und andere OLGs weiter strenger/uneinheitlich



IV. Drei BGH-Urteile zum Influencer-Marketing vom 9. September 2021



Werbung auf Instagram? Verband verklagt Cathy Hummels

Von BASTIAN KARL

München – Immer wieder werden Influencerinnen mit Klagen überzogen – jetzt steht Cathy Hummels (30), Frau des Bayern-Stars Mats Hummels (29), deswegen auch vor Gericht!

Der umstrittene „Verband Sozialer Wettbewerb“ klagt gegen Moderatorin (340 Tausend Follower auf Instagram), Ihr Anwalt Christian-Oliver Moser zu BILD: „In diesem Streit geht es um die Kennzeichnungspflicht. Von dem Verband wird gefordert

Seite markiert das Posting auch als Werbung kennzeichnet.“ Dabei würde sie die Marken der Produkte für ihren Follower lediglich benennen. Es besteht weder ein Werbevertrag noch bekomme sie diese Produkte geschenkt.

Immer wieder verklagt der Verband Influencer-Models, Cathy Hummels will sich das nicht gefallen lassen! Moser zu BILD: „Meine Mandantin will die

catherinyyy • Folgen

catherinyyy Eben nicht und genau deshalb habe ich keine Lust mehr und klage zurück! Ich sehe es nicht ein, meine Authentizität zu verlieren indem ich alles kennzeichne, obwohl ich dafür keine Werbung mache, sondern lediglich euch, meinen Followern Impressionen vermitteln mag. Ihr habt ja bestimmt festgestellt, dass ich schon lange nicht mehr tagge. Hier habt ihr den Grund. Es wird nämlich tatsächlich sofort angenommen, dass man dafür bezahlt wird. Auch wenn man ein Stück Schokolade isst und die Marke zu sehen ist ... dann flattert schon die nächste Abmahnung ins Haus. Das kann nicht sein. Lieber Verband, nicht alles was glänzt ist Gold. Manchmal macht man Dinge auch aus freien Stücken um einfach anderen eine Freude zu machen. Ich hoffe das hört bald auf, weil dadurch verliert Instagram immer mehr an Gesicht und man kann nicht mehr frei über seine Instinstic

Gefällt 33.102 Mal



1. Influencer I: „Luise-Maxime Huss“

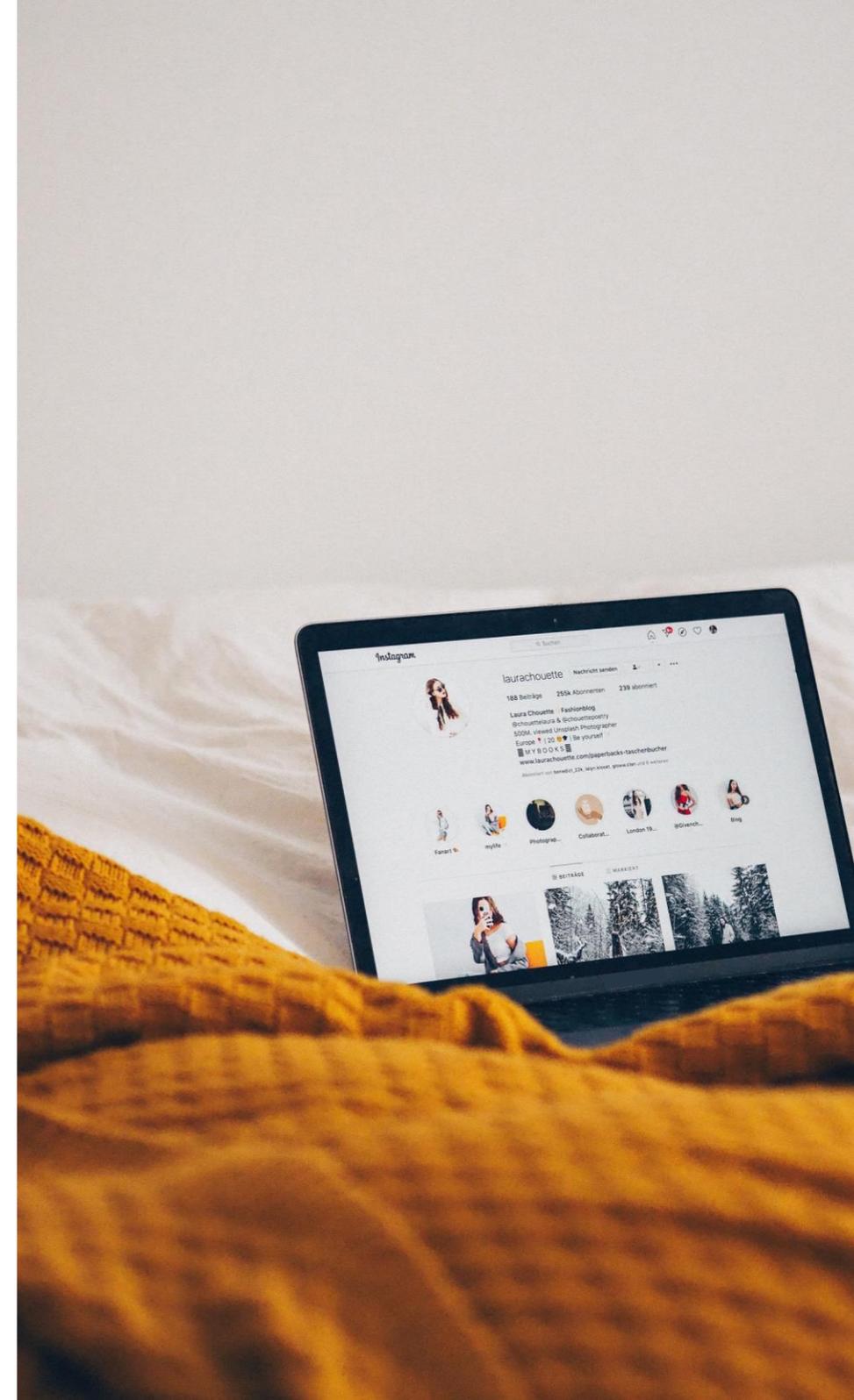
BGH, Urteil vom 9.9.2021 – I ZR 90/20

- Influencerin mit Profilname „lu coaching“ veröffentlicht auf Instagram Bilder und kurze Videosequenzen, insbesondere von Sportübungen, Fitness- und Ernährungstipps
- sie unterhält auch eine Webseite, auf der sie Fitnesskurse & Personaltrainings gegen Entgelt anbietet und einen Online-Shop betreibt.
- Posts,
 - sind z. T. vordergründig private Beiträge (z. B. zu ihrem Sommerurlaub in Barcelona)
 - z. T. Beiträge mit Bildern von sich, die mit Tap Tags versehen sind
= die beim Anklicken der auf den Bildern zu sehenden Produkte erscheinen die Namen der Hersteller/Anbieter dieser;
= beim Anklicken eines „Tap Tag“ wird der Nutzer dann auf das Insta-Profil des Unternehmens weitergeleitet.

1. Influencer I: „Luise-Maxime Huss“

BGH, Urteil vom 9.9.2021 – I ZR 90/20

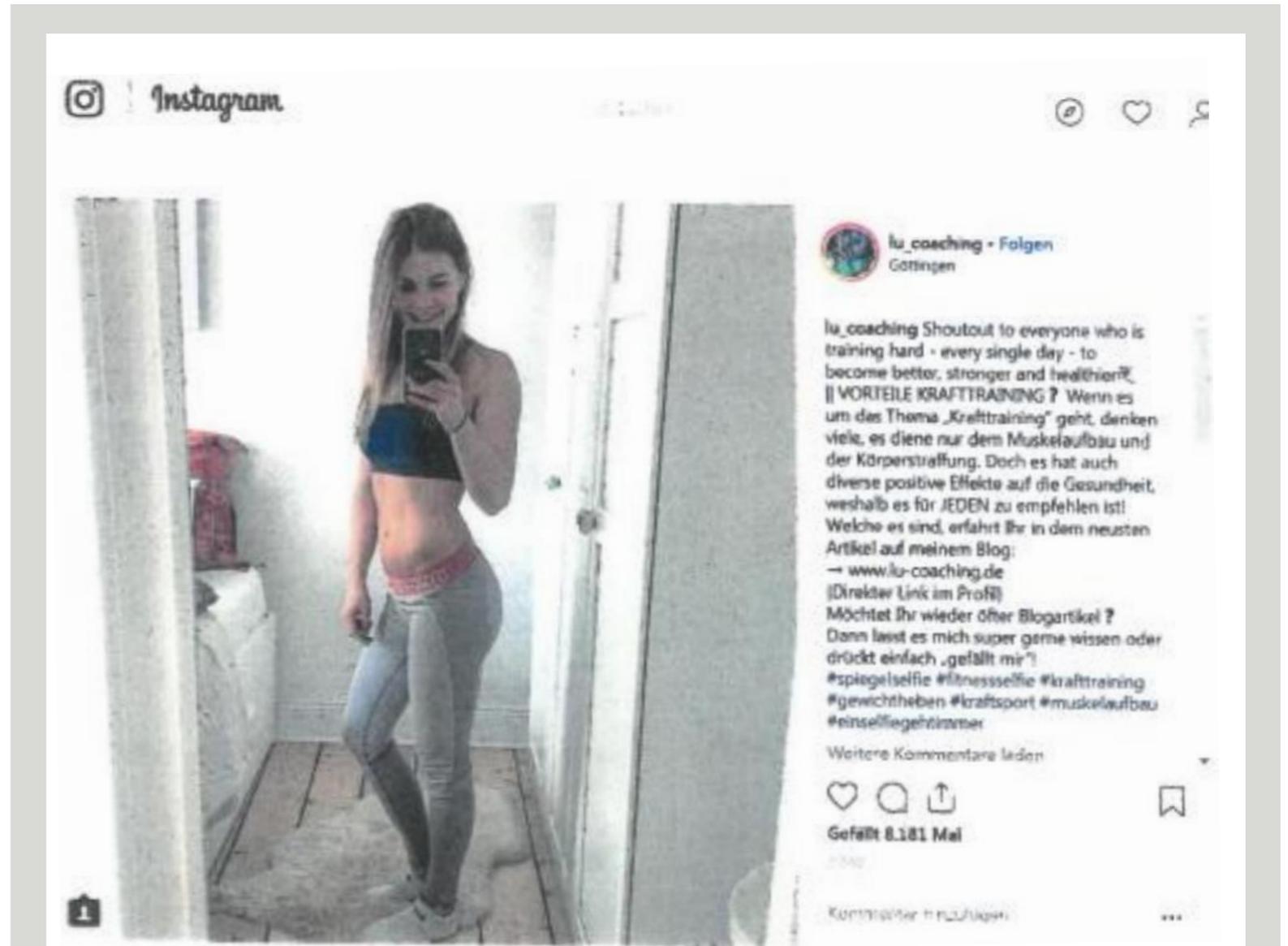
- Streitgegenstand = zwei nicht als Werbung gekennzeichnete Posts:
 1. Beitrag mit Tap Tags „gymsharkwomen“ und „niketraining“
 2. Beitrag mit Tap Tags „rockanutrition“
Für diesen hat sie ein Entgelt erhalten!



1. Influencer I

Schritt 1:

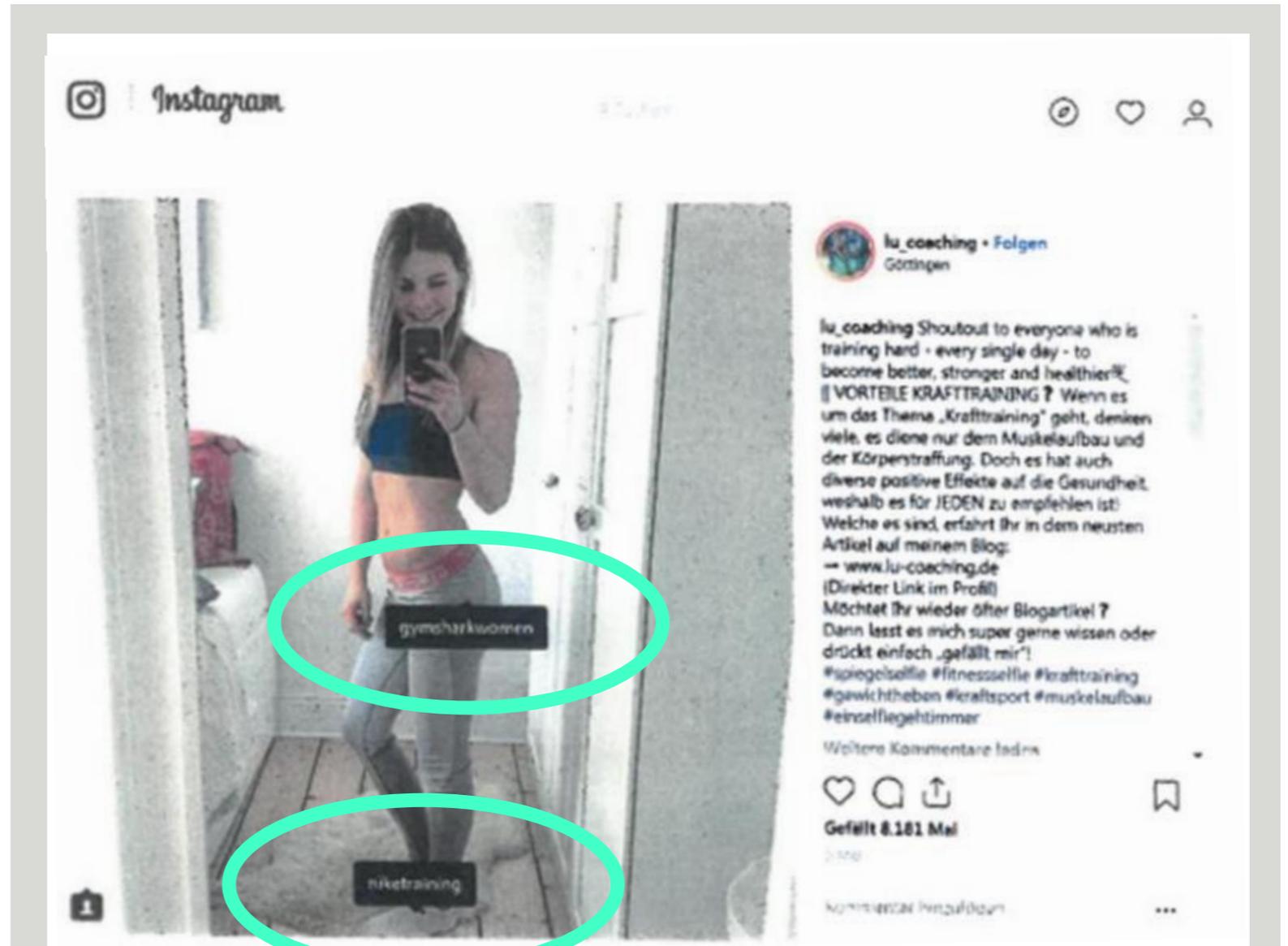
Beitrag mit Foto und Text



1. Influencer I

Schritt 2:

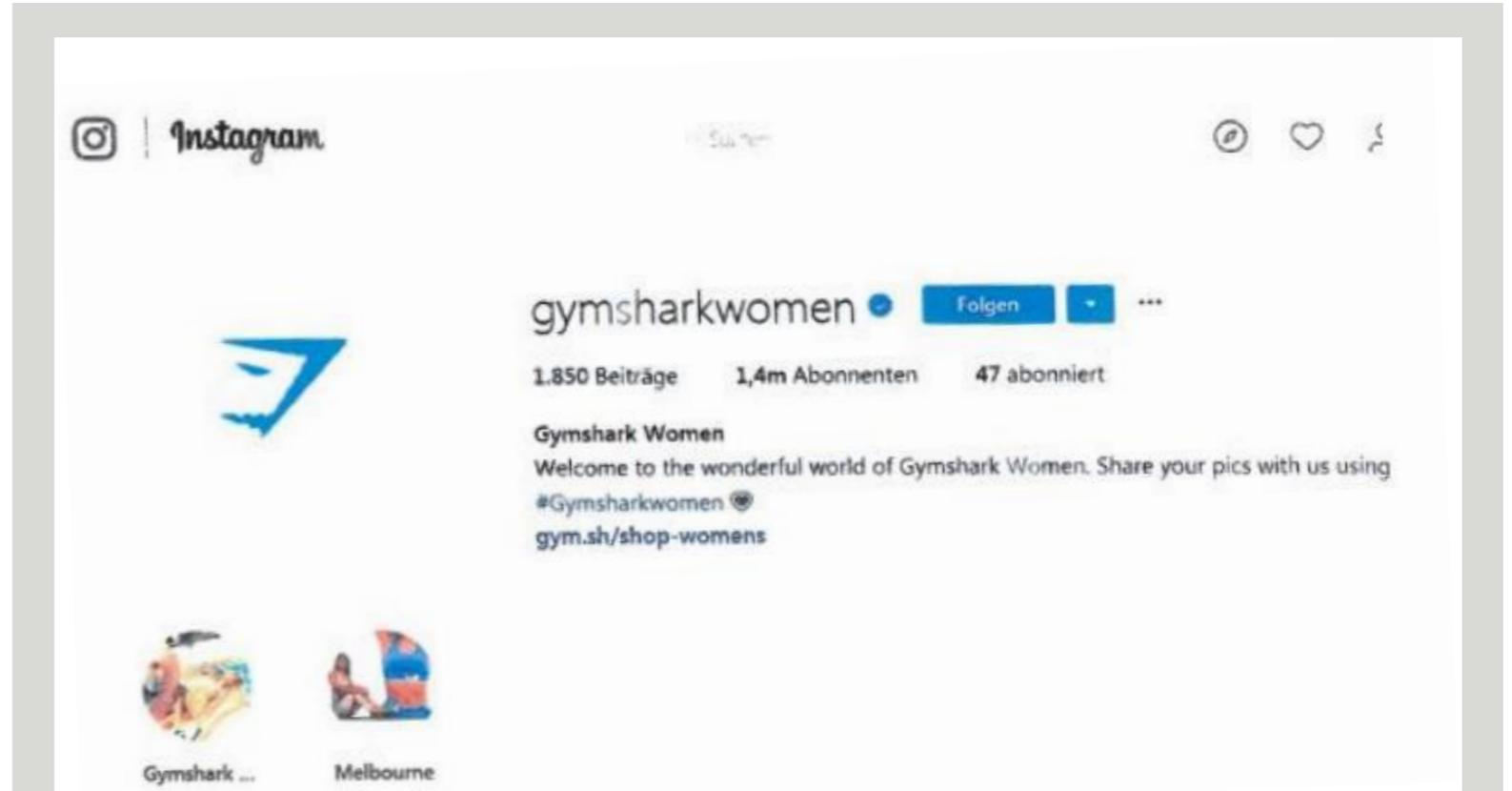
Klick ins Bild und Tap Tags erscheinen



1. Influencer I

Schritt 3:

Klick auf Tap Tag und Weiterleitung zum Insta-Account des Unternehmens



1. Influencer I

Schritt 1:

Beitrag mit Foto und Text

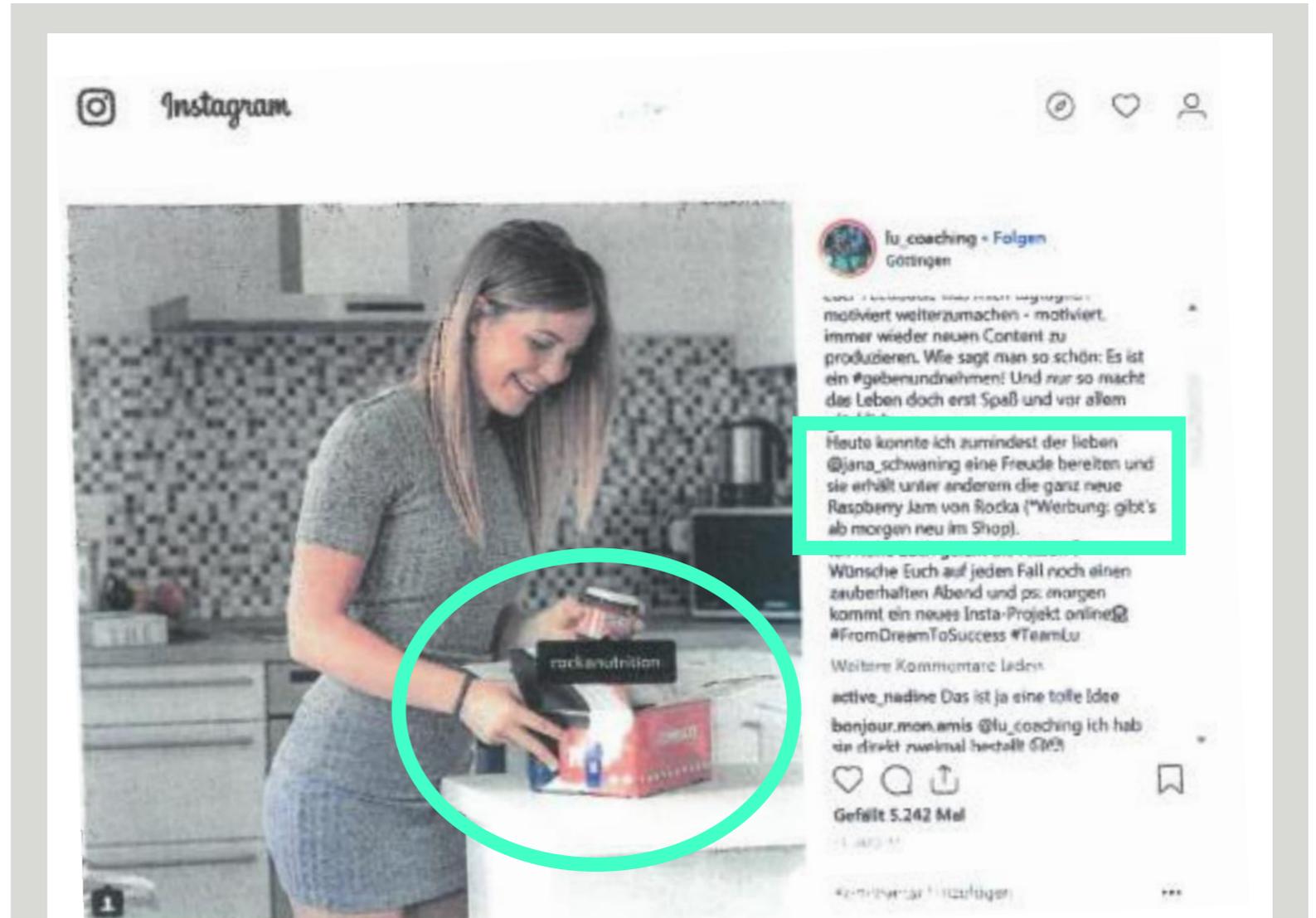


1. Influencer I

Schritt 2:

Klick ins Bild und Tap Tags erscheinen

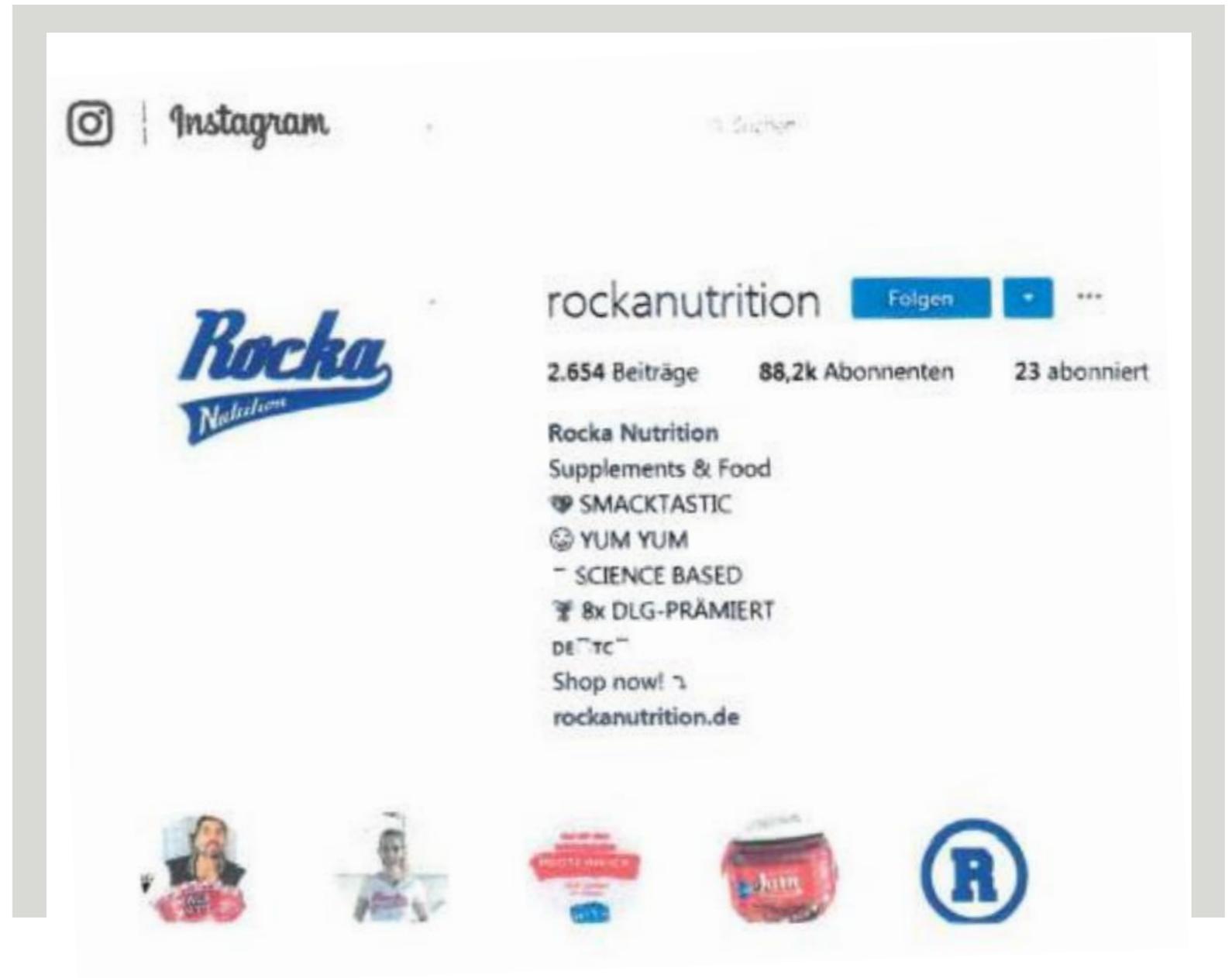
....sie erhält u.a. die ganz neue Raspberry Jam von Rocka („Werbung: gibt's ab morgen neu im Shop).



1. Influencer I

Schritt 3:

Klick auf Tap Tag und Weiterleitung zum Insta-Account des Unternehmens



1. Influencer I

Entscheidung:

- Es existiert **keine Vermutung** - weder hinsichtlich einer geschäftlichen Handlung noch eines kommerziellen Zwecks, die vom Influencer zu widerlegen sind.
- Gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG ist eine geschäftliche Handlung jedes Verhalten einer Person **zu Gunsten 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**. Das Merkmal des objektiven Zusammenhangs ist **funktional** zu verstehen und setzt voraus, dass **die Handlung bei objektiver Betrachtung darauf gerichtet ist, durch Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidung der Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer den Absatz oder Bezug von Waren oder Dienstleistungen des eigenen oder eines fremden Unternehmens zu fördern**.

1. Influencer I

- Geschäftliche Handlung zu Gunsten des **eigenen** Unternehmens? (+)
 - das Profil mit den darin veröffentlichten Beiträgen geeignet, die Bekanntheit der Bekl. zu steigern, Follower an sie zu binden und die Zahl der Kommentare und „Likes“ von Followern zu erhöhen.
 - Influencer, die selbst Produkte über ein soziales Medium vertreiben, fördern mit ihren Beiträgen in diesem sozialen Medium ihr eigenes Unternehmen („Imagepflege und Aufbau der eigenen Marke“).
 - Unternehmer, der private Äußerungen nutzt, um den Wettbewerb seines Unternehmens zu fördern, gibt diesen eine **geschäftliche Wendung**. Das ist bei unternehmerisch tätigen Influencern hinsichtlich ihrer scheinbar privaten Beiträge der Fall. Gerade **die Öffnung des privaten Lebensbereichs** macht es **für das Publikum attraktiv**, Influencern zu folgen, da diese so **glaubwürdiger, nahbarer und sympathischer** wirken.

1. Influencer I

- Geschäftliche Handlung zu Gunsten des **fremden** Unternehmens? **Bei Gegenleistung** immer (+)
- Geschäftliche Handlung zu Gunsten des **fremden** Unternehmens bei fehlender Gegenleistung?

Umfassende Würdigung aller Umstände des Einzelfalls – **werblicher Überschuss erforderlich**

- Eigene unternehmerische Tätigkeit der Influencer spricht noch nicht für eine Fremdwerbung
- Auch nicht aus dem Interesse von Influencern, Anzeigenkunden zu gewinnen, indem durch die Tap Tags Interesse an einer Kooperation geweckt wird
- Informationsinteresse der Follower kann ein redaktioneller Anlass sein (Vergleichbarkeit mit Mode- und Special Interest Zeitschriften)
- **Aber:** übertrieben werblich, wenn Förderung nicht nur Begleitrolle, geradezu „anempfohlen“, namentlich genannt und angepriesen, in werbetypisch euphorischer Weise angepriesen

1. Influencer I

- D.h. für Tap Tags:
 - Kennzeichnung der Markenprodukte mit Tags allein noch nicht werblicher Überschuss
 - Auch nicht vor dem Hintergrund einer erheblichen Follower-Zahl
 - **Aber:** Verlinkung auf die Hersteller-Webseite, auch bloß auf das Instagram-Profil des Herstellers, wo der Erwerb nicht unmittelbar möglich ist, ist in der Regel werblicher Überschuss: Zugang des Verbrauchers zu den Produkten des Drittunternehmers wird erleichtert
 - BGH betont Notwendigkeit umfassende tatgerichtliche Würdigung, ob Förderung fremder Unternehmen vorliegt, (die vorliegend nicht genügt) und lässt die Frage noch offen



1. Influencer I

- **Kommerzieller Zweck erkennbar?**

Der kommerzielle Zweck bei Fremdwerbung ergibt sich **nicht** i.S.d. § 5a Abs. 6 UWG unmittelbar aus dem Umstand, dass die Influencerin nicht nur zu rein privaten Zwecken, sondern **auch zu Gunsten ihres eigenen Unternehmens handelt**.

Es **reicht nicht aus**, dass sich für die Adressaten aus den Umständen **überhaupt eine kommerzielle Zweckverfolgung** ergibt, sondern **es muss jeder mit einem Kommunikationsakt verfolgte kommerzielle Zweck erkennbar sein**.

- **Kennzeichnungspflicht erfüllt?**

Der **im Textteil** eines in sozialen Medien veröffentlichten Beitrags erscheinende Hinweis auf den kommerziellen Zweck **reicht regelmäßig nicht aus**, um den kommerziellen Zweck eines auf der neben dem Text angeordneten Abbildung erscheinenden „Tap Tags“ als Werbung zu kennzeichnen.

1. Influencer I

- Ist Nichtkenntlichmachen des **kommerziellen Zwecks** eines die **Verlinkung auf die Internetseite eines Drittunternehmens** enthaltenden „Tap Tags“ **geeignet**, den Verbraucher zu einer **geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er sonst nicht getroffen hätte? (+)**

„geschäftliche Entscheidung“ = mit der Entscheidung über Erwerb oder Nichterwerb unmittelbar zusammenhängende Entscheidungen wie insb. das Betreten eines Geschäfts **oder den Aufruf der Internetseite eines Unternehmens, um sich näher mit dessen Angebot und Produkten zu befassen.**

- Verstoß gemäß § 5a Abs. 6 UWG vorliegend zudem im Einklang mit § 6 Abs. 1 TMG, § 58 Abs. 1 Satz 1 RStV und § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV, soweit eine **Gegenleistung** und keine **Kennzeichnung** erfolgte

2. Influencer II: „Leonie Hanne“

BGH, Urteil vom 9.9.2021 – I ZR 125/20

- Im Mai 2018 wurde die der Account der Beklagten „ohhcouture“ Influencerin von 1,7 Mio. registrierten Nutzern abonniert.
- Die Beiträge sind teilweise mit „Tap Tags“ versehen. Klickt man auf das Bild, so erscheinen die Herstellernamen am jeweils abgebildeten Kleid, Accessoire usw. Klickt man nunmehr auf den Namen des Unternehmens, so wird man auf dessen Instagram-Account weitergeleitet. Von dort gelangt man durch einen weiteren Klick auf dessen Internetseite.
- Streitgegenständliche Posts:

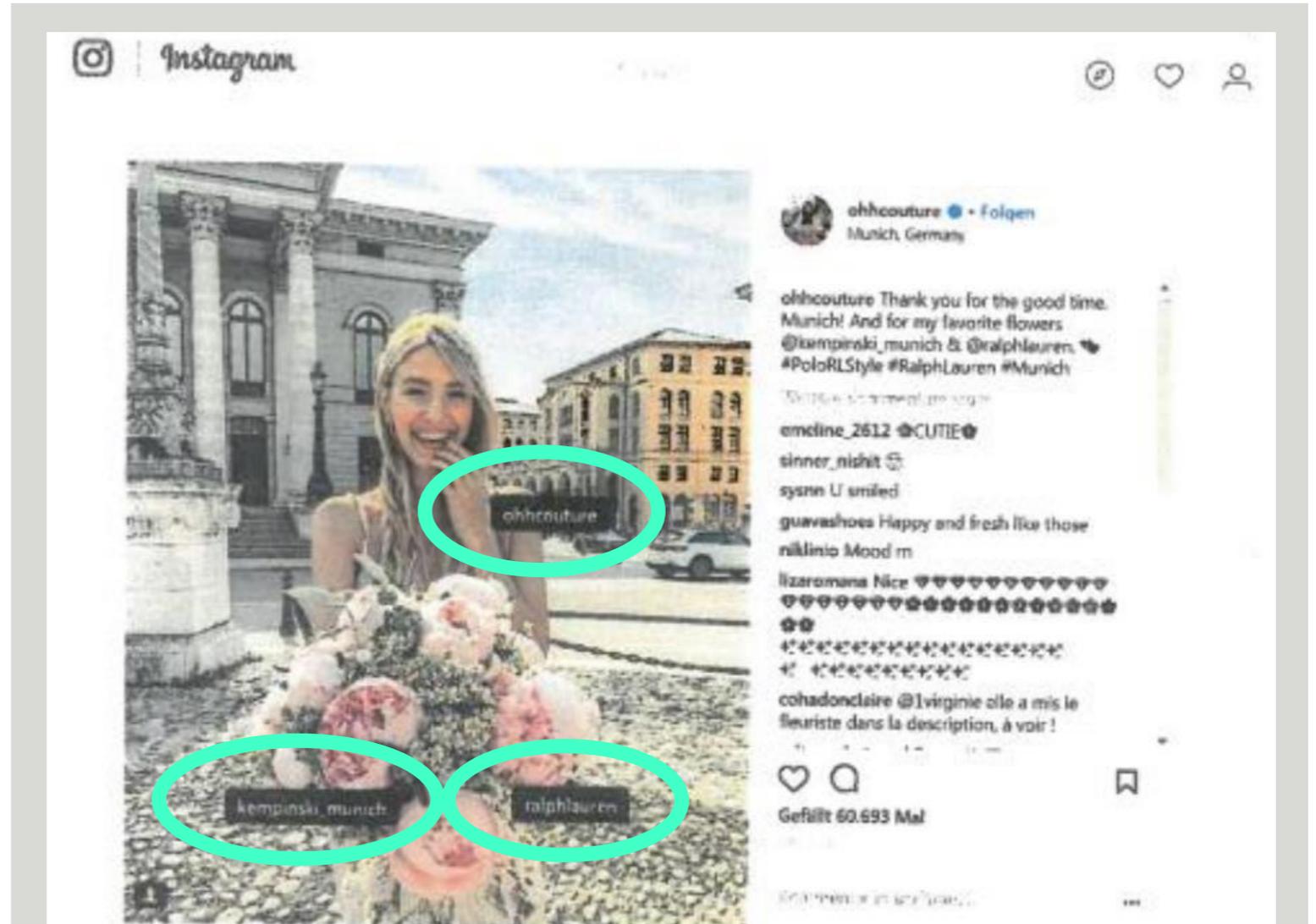
Ein Hinweis darauf, dass es sich bei diesen „Tap Tags“ um Werbung handelt, erfolgte nicht.

Sie hat dafür **keine** Gegenleistung bekommen.



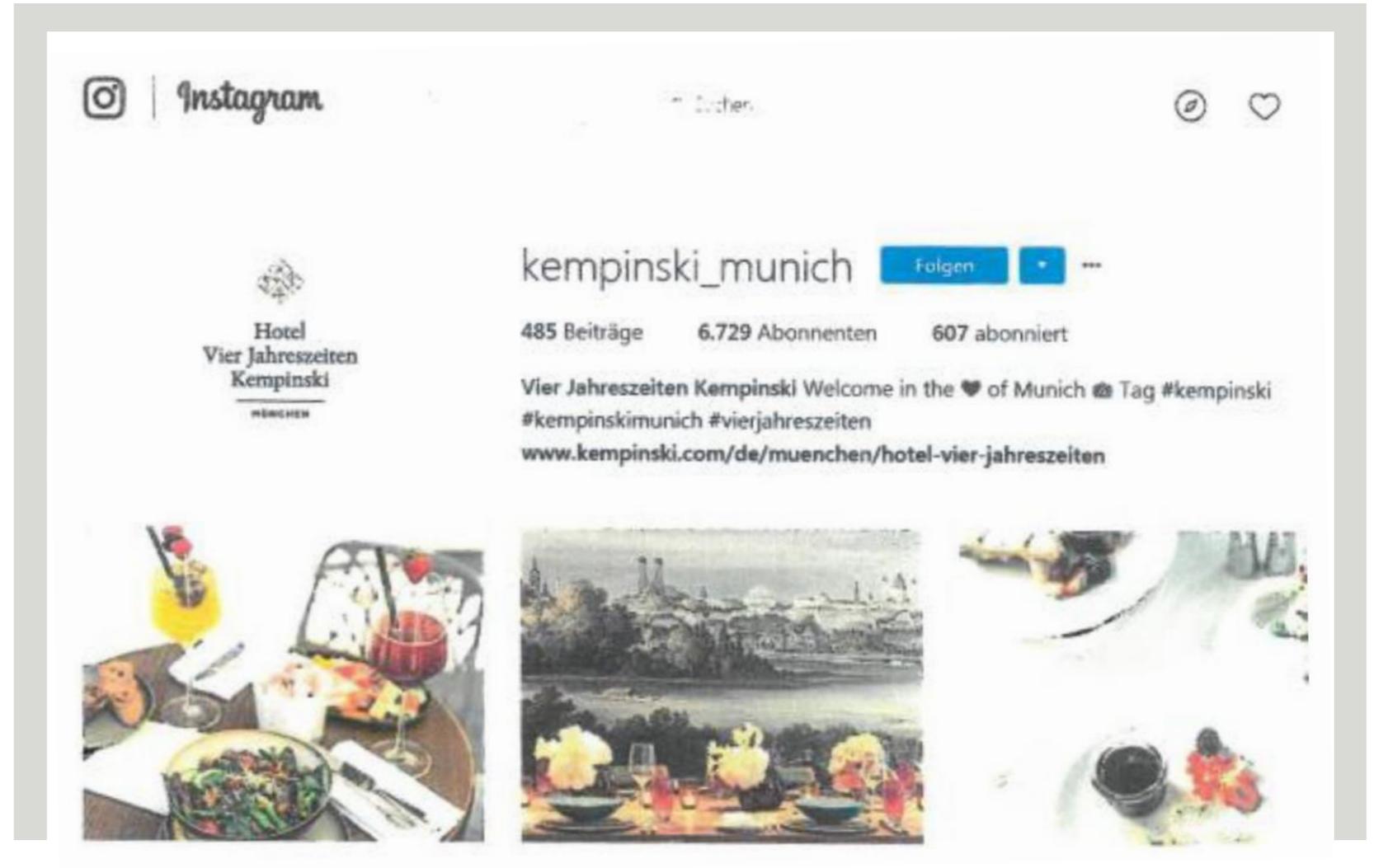
2. Influencer II: „Leonie Hanne“

BGH, Urteil vom 9.9.2021 – I ZR 125/20



2. Influencer II: „Leonie Hanne“

BGH, Urteil vom 9.9.2021 – I ZR 125/20



2. Influencer II

Entscheidung:

- Geschäftliche Handlung zu Gunsten des **eigenen** Unternehmens (+)
- Kennzeichnung des kommerziellen Zwecks der Förderung des **eigenen** Unternehmens aber **entbehrlich, weil sich der kommerzielle Zweck aus folgenden Umständen ergab:**
 - Blauer Haken (verifizierter Account)
 - Hohe Anzahl an Followern und viele Likes unter den angegriffenen Beiträgen
 - Verbraucher gehen bei diesen Zahlen nicht davon aus, dass es sich um private Freunde handele
 - Keine Schnappschüsse
 - Darbietungen von hoher Qualität



2. Influencer II

- Selbst wenn geschäftliche Handlung zu Gunsten des **fremden** Unternehmens (+):
Verstoß gegen § 5a Abs. 6 UWG (-), da § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG für kommerzielle Kommunikation in Telemedien sowie § 58 Abs. 1 S. 1 RStV und des § 22 Abs. 1 S. 1 MStV für Werbung in Telemedien als **bereichsspezifische Marktverhaltensregelungen für Telemedien vorrangig anwendbar**.
- **Nach diesen Vorschriften** besteht eine Kennzeichnungspflicht **bei Fremdwerbung** nur beim **Erhalt einer Gegenleistung**.
- Die medienrechtlichen Wertungen dürfen nicht durch die Anwendung des § 5a Abs. 6 UWG unterlaufen werden.
- **Bei Eigenwerbung** setzen diese Spezialvorschriften **keine Gegenleistung** voraus. Ein Verstoß iR der Eigenwerbung scheidet aber aus, da die kommerzielle Kommunikation gem. § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG (§ 58 Abs. 1 S. 1 RStV u. § 22 Abs. 1 S. 1 MStV) als solche **klar erkennbar ist**.

3. Influencer III: „Cathy Hummels“

BGH, Urteil vom 9.9.2021 – I ZR 126/20

- Diverse Posts, die Tap Tags enthalten. Beim Anklicken eines "Tap Tag" wird der Nutzer auf das Instagram-Profil des jeweiligen Unternehmens weitergeleitet.
- Bezahlte Beiträge kennzeichnet sie mit „**bezahlte Partnerschaft mit...**“
- Streitgegenständlicher Beitrag: „blauer Steiff-Elefant“
- Sie hat dafür **keine** Gegenleistung bekommen.
- Dieser Post war nicht als Werbung gekennzeichnet und enthielt auch keine Tap Tags.



3. Influencer III: „Cathy Hummels“

BGH, Urteil vom 9.9.2021 – I ZR 126/20



 catherinyyy • Folgen

catherinyyy Sorry - Mama ist Not available today because I am having a play date. Seems like beba ist a 🙋 now 🤔🤔🤔🤔

Weitere Kommentare laden

julia.jj.13 @catherinyyy geht es in dem neuen Post etwa um dieses Bild? Wenn ja, sooo lächerlich. Was soll daran Werbung sein 🤔

natahett @julia.jj.13 Dann ist das Sofa aber auch Werbung 🤔

benny.028 Hab dich nur abonniert und nach diesem Bild gesucht, weil du in den Nachrichten warst... 🤔🤔

anneke.b @jennyloehn das wäre noch wichtig 🤔

Gefällt 15.292 Mal

23. AUGUST 2018

Melde dich an, um mit „Gefällt mir“ zu markieren oder zu kommentieren. ...

3. Influencer III

- Geschäftliche Handlung zu Gunsten des **eigenen** Unternehmens (+):
 - Durch die Steigerung ihres Werbewerts fördern Influencer wie die Bekl. ihr eigenes Unternehmen
 - Dass i.R.d. **Instagram-Profils auch vordergründig private Beiträge** veröffentlicht werden wie derjenige, in dem die Bekl. mit ihrem Kind und einem Plüschelöwen von Steiff abgebildet ist und in dem sie Privates mitteilt, **ändert nichts am geschäftlichen Charakter der Veröffentlichung sämtlicher Beiträge**. Ein Unternehmer, der private Äußerungen nutzt, um den Wettbewerb seines Unternehmens zu fördern, gibt diesen **eine geschäftliche Wendung**.
- Kennzeichnungspflicht bei Eigenwerbung **entbehrlich**, weil die Durchschnittsverbraucher auf den ersten Blick und ohne jeden Zweifel erkennen, dass:
 - **die Beiträge auch der Wertsteigerung des Images der Influencerin dienen** und
 - sie ihr für bereits **bestehende und künftige „bezahlte Partnerschaften“ Vorteile bringen**.
Der angesprochene **Nutzer weiß**, dass Influencer auch **Werbeverträge abschließen** und sich der **Marktwert der Influencer nach der Zahl der Follower bemisst**, die wiederum von **der Attraktivität der Beiträge** des Influencers abhängig ist.

3. Influencer III

- Geschäftliche Handlung zu Gunsten des **fremden** Unternehmens bei **fehlender** Gegenleistung?
 - Umfassende Würdigung aller Umstände!
 - Werblicher Überschuss? Maßstab:

Hebt der Beitrag **ohne jede kritische Distanz allein die Vorzüge in einer Weise lobend hervor**, die bei dem Verkehr den Eindruck erweckt, dass das Produkt von Seiten des Influencers geradezu anempfohlen werde?

Oder werden die fremden Produkte oder Dienstleistungen **namentlich genannt und angepriesen** und **verlässt** die Darstellung damit den **Rahmen einer sachlich veranlassten Information**?

3. Influencer III

- Spezialvorschriften für Telemedien bzgl. Fremdwerbung vorrangig anwendbar:

§ 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG, § 58 Abs. 1 Satz 1 RStV und § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV!

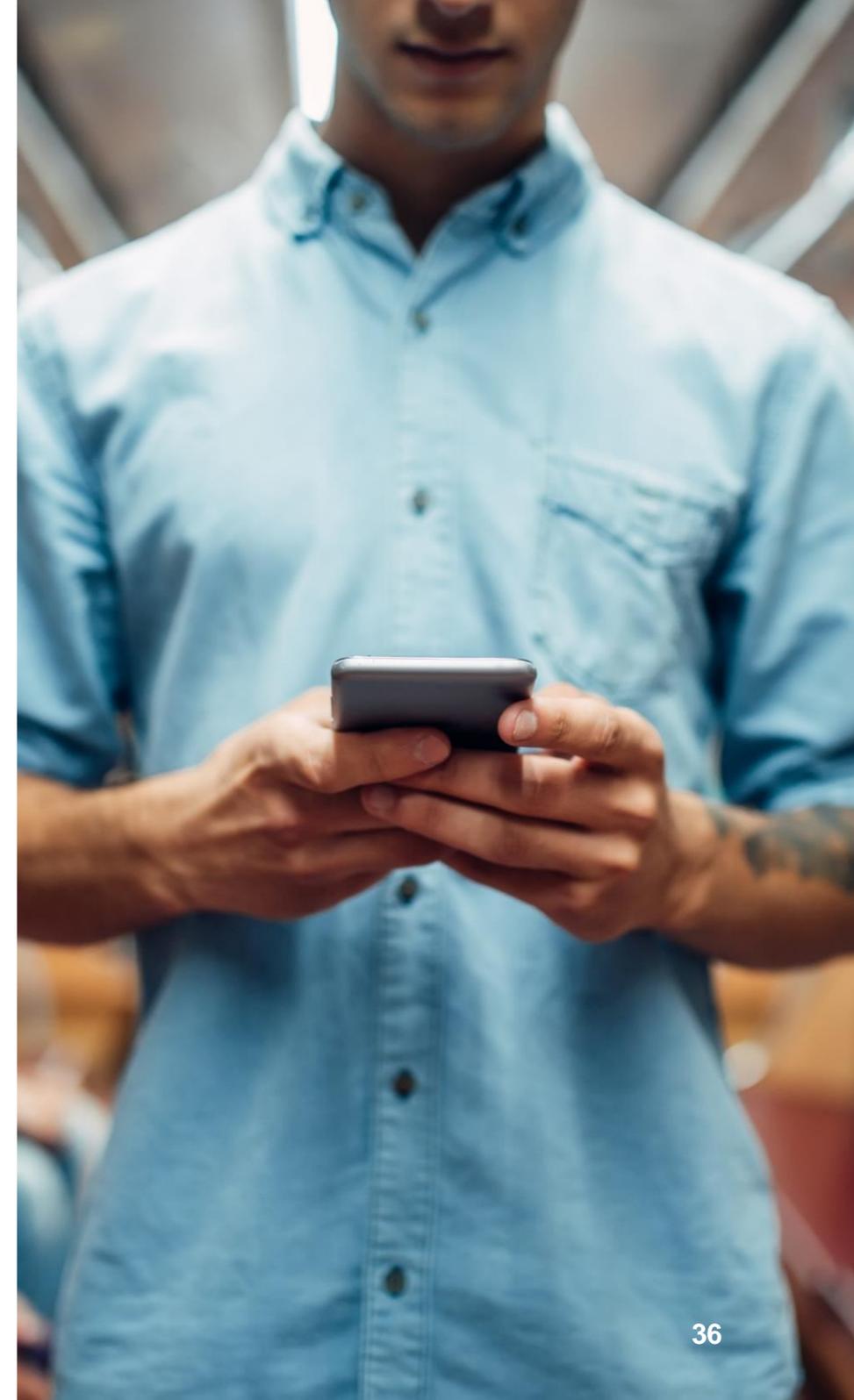
Danach Kennzeichnungspflicht bei Fremdwerbung nur, wenn Gegenleistung erfolgt:
hier (-)

- Ergebnis Influencer III:

BerufungsG hatte keine Feststellungen zur Unlauterkeit einer geschäftliche Handlung **zu Gunsten des Drittunternehmens** getroffen. Ohnehin aber kein Verstoß gegen die **vorrangig anwendbaren** Spezialvorschriften, da die Influencerin **keine Gegenleistung** erhalten hatte.

Bzgl. **Eigenwerbung** war die kommerzielle Kommunikation bzw. die Werbung **iSd Spezialvorschriften klar erkennbar**.

= keine Schleichwerbung!



IV. Stand BGH zum Influencer-Marketing (I) – Eigenwerbung

- *Kommerziell tätige Influencer handeln nach dem BGH immer geschäftlich/kommerziell („Eigenwerbung zur Stärkung der eigenen Marke“).*
- **Problem:** passt das wirklich bei rein privaten, politischen oder gesellschaftskritischen Äußerungen?
- *Bei professionellen Influencern sei eine Kennzeichnung der Eigenwerbung in der Regel entbehrlich, da der kommerzielle Zweck klar erkennbar sei*
- **Problem:** Abgrenzung zu kleineren Influencern, wo/wann ist die Grenze?
- **Problem:** Anzahl der Follower allein genügt nicht (Greta von Thunberg, Trump)
- **Problem:** Erkennbarkeit für Kinder, Erkennbarkeit bei minderjährigen Influencern
- **Unklar:** Wenn nicht klar kommerziell, wie hat eine Kennzeichnung vom kommerziellen Zweck auszusehen? (Zur Frage: Wie sie **nicht** aussehen darf – Influencer I)

IV. Stand BGH zum Influencer-Marketing (II) – Fremdwerbung

Nicht jede Nennung einer fremden Marke oder Zeigen eines fremden Produktes ist kennzeichnungspflichtige Fremdwerbung (auch wenn ein werblicher Effekt entsteht).

Daher wenn **keine** Gegenleistung:

- Problemlose Nennung von Referenzen, Marken, Cafés etc. möglich
- **Ausnahme:** werblicher Überschuss (Problem: Einzelfallwertung, daher bleibt Rechtsunsicherheit)
- **Tap Tags:** BGH ist hier unklar, Links auf Herstellerseiten begründen grds. werblichen Überschuss, die Nutzung von Tap Tags noch nicht, bei der Verlinkung auf das Instagram-Profil tendiert der BGH aber zum werblichen Überschuss
- **Problem:** Weite des Gegenleistungsbegriffs
- **Problem:** Anwendbarkeit des MStV bei Videos (rundfunkähnliche Telemedien) – Wertungswidersprüche?

Bei Gegenleistung:

- Stets Werbung, stets deutliche Kennzeichnung nötig (wenn nicht ausnahmsweise klar erkennbar)
- „Anzeige“/„Werbung“
- vorangestellt, nicht im Fließtext versteckt, nicht „#ad“

V. Ausblick – zukünftige Rechtslage

Gesetzesänderung ab 28. Mai 2022 – § 5a Abs. 4 UWG

*Unlauter handelt auch, 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 oder **sonstigen Marktteilnehmer** zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.*

*Ein kommerzieller Zweck liegt bei einer Handlung zu Gunsten eines fremden Unternehmens nicht vor, wenn der Handelnde kein Entgelt oder keine ähnliche Gegenleistung für die Handlung von dem fremden Unternehmen erhält oder sich versprechen lässt. Der Erhalt oder das Versprechen einer Gegenleistung **wird vermutet**, es sei denn der Handelnde macht glaubhaft, dass er eine solche nicht erhalten hat.*

- Soweit neben TMG überhaupt noch anwendbar: keine Gegenleistung = kein kommerzieller Zweck = keine Kennzeichnungspflicht
- **Jedoch:** Vermutung eingeführt, dass eine Gegenleistung erhalten und/oder versprochen wurde; Vermutung wird durch Influencer zu widerlegen sein (Vorlage von Rechnungen, Eidesstattliche Versicherungen).

V. Ausblick – zukünftige Rechtslage



EuGH zum Begriff der Gegenleistung Urteil v. 2.9.2021 – C-371/20 (Peek & Cloppenburg KG/Peek & Cloppenburg KG)

Sachverhalt: Ein lediglich als „Leseraktion“ gekennzeichnete Printbeitrag der Modezeitschrift GRAZIA, mit dem sie Leser zur „GRAZIA StyleNight by Peek & Cloppenburg“ einlädt; der Beitrag enthielt **urheberrechtlich geschützte Bilder des Modehauses und dessen Produkten**, die P & C der Zeitschrift **kostenlos** bereitgestellt hatte.

Vorwurf: Als Information getarnte Werbung

Vorlagefrage: ob „eine Bezahlung“ nur bei Gegenleistung in Geld gegeben ist und - falls nicht – ob die Leistung als unmittelbare Gegenleistung für die Veröffentlichung erbracht werden muss?

EuGH: Bezahlung = die Erbringung einer geldwerten Gegenleistung, sei es in Form der Zahlung eines Geldbetrags oder jeder anderen Form, sofern ein eindeutiger Zusammenhang zwischen der in dieser Weise vom Gewerbetreibenden geleisteten Bezahlung und der Veröffentlichung besteht. Dies ist unter anderem dann der Fall, wenn der Gewerbetreibende durch Nutzungsrechte geschützte Bilder kostenlos zur Verfügung stellt, auf denen seine Geschäftsräume und die von ihm angebotenen Produkte zu sehen sind.“

- Im Influencer-Marketing geht es den Unternehmen meistens gerade darum, dass ihre Produkte aus Sicht des kreativen und attraktiven Influencers dargestellt werden und dass der Influencer selbst die Fotos für die Produktdarstellung erstellt
- Die EuGH-Entscheidung könnte aber allgemein zu einer weiten Auslegung des Begriffs der Gegenleistung in der neuen Fassung von § 5a Abs. 4 UWG führen.

VI. Guidelines für Unternehmen

- ✓ „**Awareness**“ beim Influencer schaffen durch:
 - Aufklärung und Bereitstellung schriftlicher „Guidelines“ zum rechtskonformen Handeln, insbesondere zur Verwendung **einer leicht erkennbaren deutschen Kennzeichnung** nahe der Überschrift, wie „Werbung“ oder „Anzeige“ bei Beiträgen,
 - für die der Influencer eine Gegenleistung bekommen hat
 - sowie bei Beiträgen, die einen werblichen Überschuss aufweisen, insbesondere bei Verlinkungen des Unternehmens, unabhängig davon, ob eine Gegenleistung erfolgt ist
 - Benennung einer Kontaktperson für Rückfragen des Influencers
- ✓ **Aufklärung über Konsequenzen von Rechtsverstößen in Verträgen**
- ✓ **Regelmäßige Kontrollen der werbenden Influencer bzw. deren Social-Media Beiträge**



TaylorWessing

Vielen Dank!



Ihre Ansprechpartner



Katharina H. Reuer, M.Jur. (Madrid)

Salary Partnerin, Hamburg
+49 40 36803-366
k.reuer@taylorwessing.com

Beratungsschwerpunkte

- Trademarks, Advertising & Design
- Urheber- & Medienrecht
- Litigation & Dispute Resolution



Dr. Thorsten Troge

Partner, Hamburg
+49 40 36803-243
t.troge@taylorwessing.com

Beratungsschwerpunkte

- Advertising & e-Commerce
- Wettbewerbsrecht
- Vertragsgestaltung & Geschäftsgeheimnisse

[Europa](#) > [Mittlerer Osten](#) > [Asien](#)

taylorwessing.com

© Taylor Wessing 2022

Diese Publikation stellt keine Rechtsberatung dar. Die unter der Bezeichnung Taylor Wessing tätigen Einheiten handeln unter einem gemeinsamen Markennamen, sind jedoch rechtlich unabhängig voneinander; sie sind Mitglieder des Taylor Wessing Vereins bzw. mit einem solchen Mitglied verbunden. Der Taylor Wessing Verein selbst erbringt keine rechtlichen Dienstleistungen. Weiterführende Informationen sind in unserem Impressum unter taylorwessing.com/de/legal/regulatory-information zu finden.