

## Bundesgerichtshof zur Kennzeichnungspflicht von Influencer\*innen hinsichtlich ihrer Instagram-Beiträge als Werbung

Am 09.09.2021 hat der Bundesgerichtshof (BGH) in drei Verfahren (*Urteile vom 09.09.2021 – Az.: I ZR 90/20, I ZR 125/20, I ZR 126/20*) über die Frage entschieden, ob Influencerinnen mit ihren Instagram-Beiträgen gegen die Pflicht zur Kennzeichnung von Werbung verstoßen haben.

### Hintergrund:

Die Beklagten der Verfahren sind unterschiedliche Influencerinnen, die auf der Social-Media-Plattform Instagram auf ihren Profilen Bilder veröffentlichen, welche oftmals mit kurzen Begleittexten und/oder sogenannten "Tap Tags" versehen sind. Diese "Tap Tags" erscheinen beim Anklicken von auf den Bildern zu sehenden Produkten, z.B. Kleidung, Sneaker, Nahrungsmittel, Kosmetikprodukte; sie nennen die Firmen oder Marken der Hersteller oder Anbieter der getaggtten Produkte und leiten den Nutzer beim Anklicken eines solchen "Tap Tags" auf das Instagram-Profil des jeweiligen Unternehmens weiter.

Der Kläger, ein Verein, zu dessen satzungsgemäßen Aufgaben die Wahrung der gewerblichen Interessen seiner Mitglieder einschließlich der Verfolgung von Verstößen gegen das Lauterkeitsrecht gehört, sah darin unzulässige Schleichwerbung und nahm die Beklagten jeweils auf Unterlassung in Anspruch.

### Rechtliche Wertung des BGH:

Der BGH hat die streitgegenständlichen Instagram-Beiträge zunächst als geschäftliche Handlungen der Beklagten im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG qualifiziert:

Bei Influencer\*innen, die mittels eines sozialen Mediums wie Instagram Waren vertreiben, Dienstleistungen anbieten oder das eigene Image vermarkten, sei zunächst von dem Betrieb eines Unternehmens auszugehen.

Darüber hinaus sei die Veröffentlichung solcher Beiträge von Influencer\*innen in dem sozialen Medium geeignet, ihre Bekanntheit und ihren Werbewert zu steigern und damit ihr eigenes Unternehmen zu fördern.

Eine geschäftliche Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens der Influencer\*innen liege vor.

Eine geschäftliche Handlung zugunsten des fremden Unternehmens liege allerdings nur unter folgenden alternativen, weiteren Voraussetzungen vor:

- bei Erhalt einer Gegenleistung von diesem Unternehmen für den Beitrag oder
- bei einem übertrieben werblichen Gesamteindruck des Beitrags.

Ein solcher übertrieben werblicher Gesamteindruck sei etwa gegeben, wenn der Beitrag ohne jede kritische Distanz allein die Vorzüge eines Produkts des Unternehmens in einer Weise lobend hervorhebt, dass die Darstellung den Rahmen einer sachlich veranlassten Information verlässt.

Allein der Umstand, dass Bilder, auf denen das Produkt abgebildet ist, mit "Tap Tags" versehen sind, reiche für die Annahme eines solchen werblichen Überschusses nicht aus.

Bei einer Verlinkung auf eine Internetseite des Herstellers des abgebildeten Produkts liege dagegen regelmäßig ein werblicher Überschuss vor.

Soweit die geschäftlichen Handlungen zugunsten des eigenen Unternehmens von Influencer\*innen erfolgten, liege kein Verstoß gegen § 5a Abs. 6 UWG vor, weil sich dieser kommerzielle Zweck (bei entsprechender tatsächlicher Würdigung) unmittelbar aus den Umständen ergäbe.

Soweit die geschäftlichen Handlungen zugunsten anderer Unternehmen erfolgten, könne nicht auf die Vorschrift des § 5a Abs. 6 UWG abgestellt werden. Vielmehr müsse solches Verhalten von Influencer\*innen den Vorschriften des § 3a UWG i.V.m. § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG, § 58 Abs. 1 Satz 1 RStV bzw. § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV genügen, bei denen es sich um bereichsspezifische Spezialvorschriften handele, die den Anwendungsbereich der allgemeinen lauterkeitsrechtlichen Bestimmung des § 5a Abs. 6 UWG einschränkten.

Nach den Vorschriften des § 3a UWG i.V.m. § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG, § 58 Abs. 1 Satz 1 RStV bzw. § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV müsse bei absatzfördernden Äußerungen in Telemedien zwar kommerzielle Kommunikation bzw. Werbung klar als solche erkennbar sein.

Beiträge von Influencer\*innen stellten aber nur dann kommerzielle Kommunikation bzw. Werbung im Sinne dieser Vorschriften dar, wenn Influencer\*innen eine Gegenleistung von dem Unternehmen erhalten.

#### **Fazit:**

Influencer\*innen dürfen bei Fotos mit Produkten ohne einen Werbehinweis auf Produkte und/oder Unternehmen verweisen, wenn sie weder eine Gegenleistung von dem Unternehmen für den Beitrag erhalten noch ein übertrieben werblicher Gesamteindruck hervorgerufen wird.

Allein die Verwendung von "Tap Tags" reicht für die Annahme eines solchen übertrieben werblichen Gesamteindrucks nicht aus.

Anders die Verlinkung auf eine Internetseite des Herstellers des abgebildeten Produkts: eine solche Verlinkung begründet einen übertrieben werblichen Gesamteindruck.

Gerne beraten wir Sie zu diesem Thema, sollten sie eine Abmahnung erhalten haben und in Anspruch genommen werden oder aber selbst einen Wettbewerber in Anspruch nehmen oder

sich auch nur zum Umgang mit dem Thema und zu den Risiken Ihres Social-Media-Auftritts informieren wollen.