Deutsche Stiftung für Recht und Informatik

SWIPE UP AND SWIPE RIGHT

Rechtliche Einordung von Social-Media- und Influencermarketing

RAin Ariane Jung
PLANIT // LEGAL Rechtsanwaltsgesellschaft

Herbstakademie 2022

Um was geht es heute?

Social-Media- und Influencermarketing

- Überblick werberechtlicher Fragestellungen
- Überblick urheberrechtlicher Fragestellungen
- Überblick datenschutzrechtlicher Fragestellungen

WAS IST INFLUENCERMARKETING?

Was ist Werbung?

Nach der Definition des Art. 2 lit. d der Werbe-Richtlinie (RL 2006/114/EG v. 12.12.2006, ABl. 2006 L 376, 21) ist Werbung:

„jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen zu fördern“.

Klassische Werbung kennen wir alle.

Ist Werbung über Social-Media / durch Influencer anders?

- **Ja und Nein.**

- Werbung über Social-Media funktioniert genau wie klassische Print- oder telemediale Werbung:
  - Verbraucher wird angesprochen.
  - Die Maßnahme soll den Absatz von Produkten fördern.
- **Aber!**
  - Bei Werbemaßnahmen durch Influencer:innen (also Dritte im Verhältnis zum Unternehmer) fällt es dem Verbraucher schwerer zwischen Werbemaßnahme und privater Empfehlung zu unterscheiden.

    →Höhere Schutzbedürftigkeit!

  - Unternehmer kann mitbestimmen, welche Verkehrskreise angesprochen werden.

    → Werbemaßnahme ist zielgerichteter!

Woran liegt das?

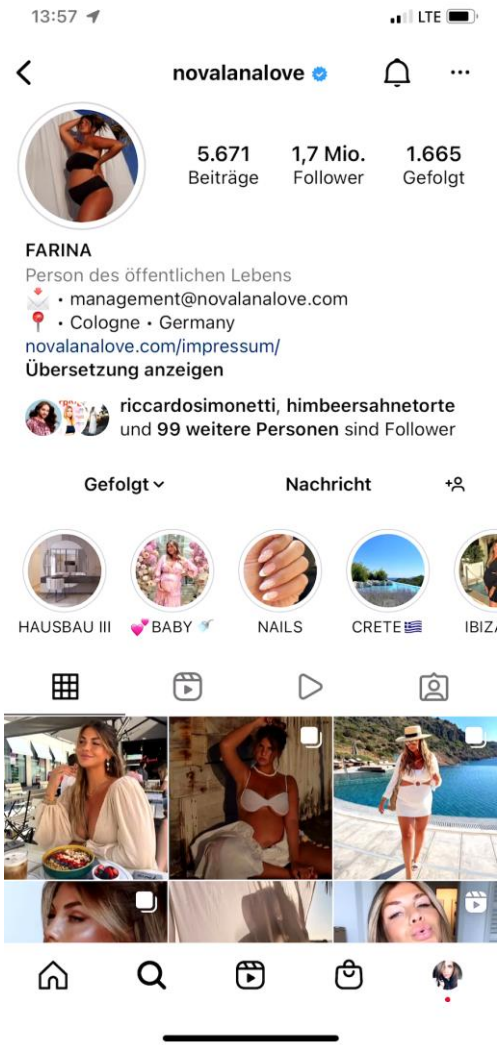
1,7 Mio Follower

Nimmt Follower im Alltag mit

Nutzer sind circa zwischen 15 und 40 Jahre alt.

Zeigt (sehr) privates und „geschäftliches“

Wann private Produktempfehlung, wann beauftragte Werbung?



- Weil Unterscheidung von geschäftlichen Maßnahmen und rein „privaten“ Empfehlungen über Social-Media durch Influencer für Verbraucher schwer erkennbar ist, trifft auch Influncer:innen die Pflicht, geschäftliche Maßnahmen als Werbung zu kennzeichnen.

- Influencer unterliegen folglich auch der Kennzeichnungspflicht.

Die Kennzeichnungspflicht.

- Zweck der Kennzeichnungspflicht, die im Wesentlichen in § 7 RStV geregelt ist, ist der Verbraucherschutz.
- Die Maßstäbe, die für Dauerwerbesendungen im Fernsehen gelten, sollen für Werbung über Social-Media gleichermaßen Anwendung finden. Denn auch hier hat der Verbraucher ein Recht darauf zu erfahren, ob es sich bei der Kommunikationsmaßnahme um eine private Empfehlung handelt oder um eine „geplante“ Maßnahme, die den Absatz von (fremden) Produkten fördern soll.
- Denn für den Verbraucher ist gerade innerhalb von Social-Media der Hintergrund einer Produktempfehlung zum Teil nur schwer erkennbar.
- Inhalte mit Werbecharakter können in der Regel nicht klar von rein redaktionell gestalteten Inhalten abgegrenzt werden. Zum Schutz vor Irreführung sind Werbebeiträge deshalb entsprechend deutlich zu kennzeichnen.

Doch das Erfordernis dieser Kennzeichnungspflicht erschwert genau das, was Unternehmen und Agenturen an Influencerkampagnen lieben, nämlich die Agilität und die Nähe zum Endabnehmer. Gerade die Vermischung von „privat“ und „geschäftlich“ ist das, was Social-Media-Marketing ausmacht.

WANN muss
WAS
WIE
gekennzeichnet werden?

?

Dazu herrschte lange Unklarheit:

→ Muss einen Post kennzeichnen, wenn ich ein Restaurant besuche?

→ Muss ich privat bezahlte Reisen als Werbung markieren?

→ Muss ich Postings über selbst gekaufte Produkte als Werbung markieren?

Inwieweit macht der Erhalt einer Gegenleistung aus einem privaten Social-Media-Posting eine Werbemaßnahme?

Kernfrage

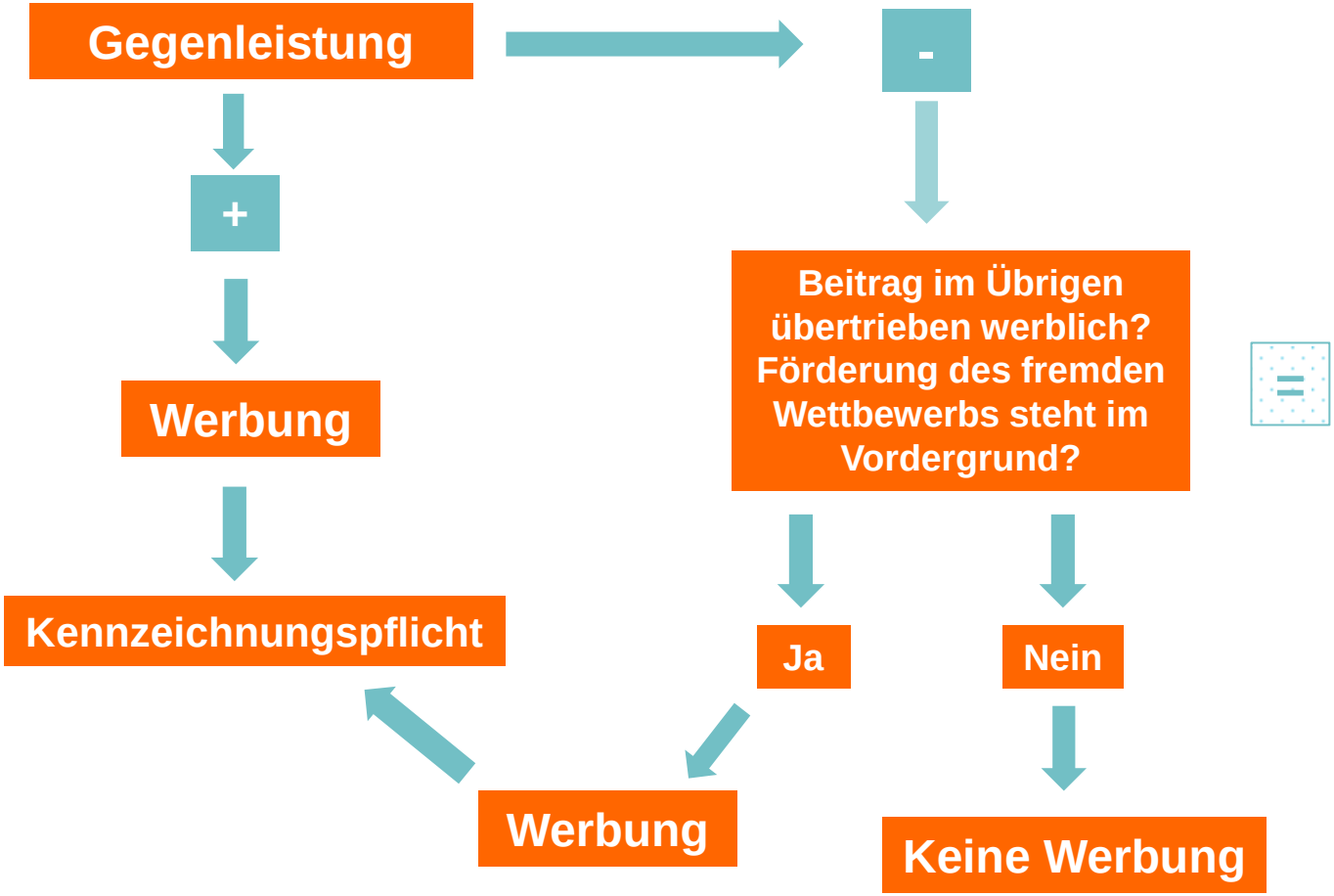
BGH, I ZR 126/20 – Cathy Hummels

BGH, I ZR 126/20 – *Cathy Hummels*

Im Fall von Cathy Hummels hatte diese ein Foto auf ihrem Instagram-Kanal gepostet, auf dem sie einen Plüschelefanten von Steiff in den Händen hielt. Das Posting war unterschrieben mit den Worten *„Sorry – Mama ist Not available today because I am having a play date".* Das Unternehmen Steiff war mit mit einem sog. „Tap Tag" auf dem Bild markiert.

BGH, I ZR 126/20 – *Cathy Hummels*

(1) Eine Influencerin, die über soziale Medien (hier: Instagram) Waren und Dienstleistungen vermarktet, nimmt regelmäßig eine geschäftliche Handlung vor und fördert in der Veröffentlichung von Beiträgen den Werbewert ihres eigenen Unternehmens.	(2) Erhält eine Influencerin für einen werblichen Beitrag in den sozialen Medien eine Gegenleistung, stellt diese Veröffentlichung eine geschäftliche Handlung zu Gunsten des beworbenen Unternehmens dar.	(3) Erhält eine Influencerin keine Gegenleistung, stellt die Veröffentlichung des Beitrags nur dann eine geschäftliche Handlung zu Gunsten eines Drittunternehmens dar, wenn der Gesamteindruck übertrieben werblich ist und die Förderung des fremden Wettbewerbs im Vordergrund steht.	(4) Allein der Umstand, dass Bilder von Produkten mit „Tag Taps“ versehen sind, reicht für die Annahme eines werblichen Überschusses nicht aus. Bei einer Verlinkung auf die Internetseite des Herstellers des abgebildeten Produkts liegt dagegen regelmäßig ein werblicher Überschuss vor.



=

Hebt der Beitrag eines Influencers ohne jede kritische Distanz allein die Vorzüge des Produkts in einer Weise lobend hervor, dass bei den Followern als angesprochene Verkehrskreise der Eindruck erweckt wird, das Produkt werde durch den/die Influencer:in geradezu empfohlen, dann verlässt die „Darstellung“ den Rahmen der sachlich veranlassten Informationen und ist folglich als Werbung zu klassifizieren.

Danke, lieber BGH! Oder doch nicht?

Kritik

Damit handelt es sich **nicht um ein feststehendes Kriterium** anhand dessen der/die Influencer:in (als in der Regel juristischer Laie) die eigenen Maßnahmen vollumfassend bewerten kann.

Nach wie vor ist nicht klar, wann Postings eines/einer Influencer:in im Einzelfall als werbliche Maßnahmen anzusehen sind.

Das Merkmal **„übertrieben werblich“** gibt zwar einen Anhaltspunkt, ist jedoch im konkreten Einzelfall aus rechtlicher Sicht auslegungsbedürftig.

„Influencergesetz“ 2022 § 5a UWG, insbesondere Abs. 4

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 zugunsten 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.

Folge

- Merkmal der **Gegenleistung** gesetzlich verankert.
- Keine Aussage dazu, was gelten soll, **wenn keine Gegenleistung**, aber übertrieben werblich → dann gilt BGH-Rechtsprechung.
- Unterscheidung zwischen **„Gegenleistung“ und „Entgelt“ in Satz 2.**
- **Satz 3** spricht Vermutungstatbestand hingegen **nur von Gegenleistung**.

Achtung! Nicht nur Influencer:in kann deshalb haften, auch Unternehmer über § 8 Abs. 2 UWG:

„Werden die Zuwiderhandlungen in einem Unternehmen von einem Mitarbeiter oder Beauftragten begangen, so sind der Unterlassungsanspruch und der Beseitigungsanspruch auch gegen den Inhaber des Unternehmens begründet.“

Praxistipp

Kennzeichnungsmatrix der Landesmedienanstalten

Kennzeichnungsmatrix

	Szenarien/Inhalte	Video	Audio	Überwiegend statisch (Bild/Text)
A	Beiträge über Produkte, Dienstleistungen, Marken, Unternehmen, Regionen, Events, Reisen, die gegen Bezahlung oder eine Gegenleistung veröffentlicht werden	a) Produkt spielt Hauptrolle im Video oder in einer Sequenz: deutlich lesbare Einblendung „Werbevideo" oder „Werbung" während des gesamten Videos oder der Werbesequenz b) Produkt spielt Nebenrolle: „Unterstützt durch Produktplatzierung" oder „Unterstützt durch <Produktname>" zu Beginn des Videos	a) Produkt spielt Hauptrolle: Absetzung zu Beginn der Sequenz mit der Ansage „Werbung" oder einem Jingle, der nur für die Ankündigung der Werbung verwendet wird; ggf. Hinweis auf das Werbeende, wenn sonst nicht deutlich b) Produkt spielt Nebenro le: „Unterstützt durch Produktplatzierung" oder „Unterstützt durch <Produktname>" zu Beginn	Deutlich lesbar „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 Vereinbarungen/Bedingungen geknüpft ist	a) Produkt spielt Hauptrolle im Video oder in einer Sequenz: deutlich lesbare Einblendung „Werbevideo" oder „Werbung" während des gesamten Videos oder der Werbesequenz b) Produkt spielt Nebenrolle und Wert liegt über 100 €: „Unterstützt durch Produktplatzierung" oder „Unterstützt durch <Produktname>" zu Beginn des Videos	a) Produkt spielt Hauptrolle: Absetzung zu Beginn der Sequenz mit der Ansage „Werbung" oder einem Jingle, der nur für die Ankündigung der Werbung verwendet wird; ggf. Hinweis auf das Werbeende, wenn sonst nicht deutlich b) Produkt spielt Nebenro le und Wert liegt über 100 €: „Unterstützt durch Produktplatzierung" oder „Unterstützt durch <Produktname>" zu Beginn	Deutlich lesbar „Werbung" oder „Anzeige" zu Beginn des Beitrags
C	Beiträge über Produkte, Dienstleistungen, Marken, Unternehmen, Regionen, Events, Reisen, die aus eigener Motivation ohne kommerziellen Anreiz Dritter veröffentlicht werden	Keine Kennzeichnung erforderlich	Keine Kennzeichnung erforderlich	Keine Kennzeichnung erforderlich
D	Beiträge/Darstellungen von eigenen Produkten, Dienstleistungen, Marken, Unternehmen – wenn die eigene Unternehmerschaft eindeutig ist	Keine Kennzeichnung erforderlich	Keine Kennzeichnung erforderlich	Keine Kennzeichnung erforderlich
E	Beiträge/Darstellungen von eigenen Produkten, Dienstleistungen, Marken, Unternehmen – ohne dass die eigene Unternehmerschaft eindeutig ist	a) Produkt spielt Hauptrolle im Video oder in einer Sequenz: deutlich lesbare Einblendung „Werbevideo" oder „Werbung" während des gesamten Videos oder der Werbesequenz b) Produkt spielt Nebenrolle: „Unterstützt durch Produktplatzierung" oder „Unterstützt durch <Produktname>" zu Beginn des Videos	a) Produkt spielt Hauptrolle: Absetzung zu Beginn der Sequenz mit der Ansage „Werbung" oder einem Jingle, der nur für die Ankündigung der Werbung verwendet wird; ggf. Hinweis auf das Werbeende, wenn sonst nicht deutlich b) Produkt spielt Nebenro le: „Unterstützt durch Produktplatzierung" oder „Unterstützt durch <Produktname>" zu Beginn	Deutlich lesbar „Werbung" oder „Anzeige" zu Beginn des Beitrags

Kennzeichnungsmatrix

	Szenarien/Inhalte	Video	Audio	Überwiegend statisch (Bild/Text)
F	Rabattcodes	Deutlich hörbar/lesbar „Werbung" oder „Anzeige" in unmittelbarer zeitlicher/räumlicher Nähe des Rabattcodes	Absetzung zu Beginn der Sequenz mit der Ansage „Werbung" oder einem Jingle, der nur für die Ankündigung der Werbung verwendet wird; ggf. Hinweis auf das Werbeende, wenn sonst nicht deutlich	Deutlich lesbar „Werbung" oder „Anzeige" in unmittelbarer Nähe des Rabattcodes
G	Affiliate Links	Symbol (*) und Erläuterung in unmittelbarer Nähe des Links		Symbol (*) und Erläuterung in unmittelbarer Nähe des Links
H	Werbliche Links	Deutlich lesbar „Werbung" oder „Anzeige" in unmittelbarer Nähe des Links		Deutlich lesbar „Werbung" oder „Anzeige" in unmittelbarer Nähe des Links
I	Links/Tags auf Freunde, Quellenangaben, Ortsangaben, wenn keine Vereinbarung zugrunde liegt	Keine Kennzeichnung erforderlich		Keine Kennzeichnung erforderlich
J	Retweets/Reposts von Inhalten mit kommerziellem Hintergrund, sofern keine Kooperation besteht oder kein eigenes kommerzielles Interesse vorliegt	Keine Kennzeichnung erforderlich		Keine Kennzeichnung erforderlich
K	Unternehmen/Marke unterstützt (finanziell) Inhalte oder das Gesamtangebot, ist dabei aber selbst nicht Gegenstand der Inhalte (Sponsoring)	Kurzer Hinweis zu Beginn des Videos; zusätzlich vor und nach Werbeunterbrechungen und am Ende möglich	Kurzer Hinweis zu Beginn des Audioinhalts; zusätzlich vor und nach Werbeunterbrechungen und am Ende möglich	
L	Politische Werbung	Nicht erlaubt	Nicht erlaubt	Deutlicher Hinweis zu Beginn des Beitrags darauf, in wessen Interesse der Beitrag erstellt wurde (z.B. „finanziert durch")

Wir halten fest:

→ Influencermarketing ist immer Werbung, wenn eine Gegenleistung erfolgt.

→ Wenn keine Gegenleistung erfolgt, ist Influencermarketing Werbung, wenn die Maßnahme einen **übertrieben werblichen Eindruck** macht.

→ Es besteht bei Verstößen das Risiko von Abmahnungen durch Mitbewerber und Interessenverbänden.

ÜBERBLICK URHEBERRECHTLICHER FRAGESTELLUNGEN

Content als
persönliche geistige
Schöpfung?

Content als persönliche geistige Schöpfung im Sinne von § 2 Abs. 2 UrhG?

Content kann urheberrechtlich geschützte Bestandteile haben:

- → Influencer erstellt Fotografien für zu produzierenden Content selbst (= Lichtbildwerke iSv. § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG)
- → Texte sind urheberrechtlich geschützte Werke (Art. 2 Absatz 1 Nr. 1 UrhG), wenn es sich um persönliche geistige Schöpfungen handelt. Dies gilt auch für Textausschnitte, soweit diese Werkteile individuelle Gestaltungen sind, also z.B. ggf. auch für Postings.

Aber Achtung:

- → Lässt der/die Influencer:in Lichtbildwerke von einem Dritten erstellen (z.B. ein Fotograf), ist nicht Influencer:in Urheber!
- → Wichtig, dass sich Unternehmer vertraglich zusichern lässt, dass der von dem/der Influencer:in gelieferte Content frei von Rechten Dritter ist.
  - → z.B. präsente Marken in produziertem Content (Tragen einer Apple-Watch)

Content und
Musikeinbindung

Musikstücke
= **Werke** im Sinne des § 2 Nr. 2 UrhG

Urheber als **Werkersteller stehen allein die Rechte** des § 15 UrhG zu (Vervielfältigung, Verbreitung, Ausstellung, Aufführung, etc.).

Wenn Content mit fremder Musik von Unternehmern über Social-Media-Kanäle verbreitet werden soll, liegt eine **urheberrechtlich zustimmungs-bedürftige Handlung** vor.

Das Urheberrecht als solches ist **nicht übertragbar.** Dem Urheber ist es aber möglich gem. § 29 Abs. 2, § 31 UrhG bzw. § 39 UrhG Dritten **Nutzungsrechte an seinen Werken einzuräumen.**

Dies geschieht üblicherweise durch den Abschluss von **Lizenz-vereinbarungen.** Diese Lizenzvereinbarungen können ganz unterschiedlich ausgestaltet sein und müssen nicht zwingend jede Nutzungsmöglichkeit erfassen.

Die gängigen Social-Media-Plattformen stellen integrierte Musik-Mediatheken bereit.

→ Wieso dürfen die das?

Beispiel Facebook/Meta:
Lizenzdeal mit der ICE (International Copyright Enterprise Operation) 2018, eine von der deutschen GEMA mitgegründete internationale Verwertungsgesellschaft).

Inhalt dieses Deals, also wie und in welchem Umfang Lizenzen eingeräumt worden sind und auf welche Nutzungsarten diese sich im Speziellen beziehen, ist leider kaum bekannt.

Folge: Rechtsunsicherheit!
Denn Nutzer können die Lizenzkette nicht lückenfrei nachverfolgen und wissen im Ergebnis nicht sicher, ob ausgewähltes Musikstück verwendet werden darf.
Das gilt insbesondere für Influencer:innen, die nicht über ein Business-Profil agieren und werblichen Content posten!

Memes und GIFS

Werbung „Einhorn“

Werbung „Tinder“

Problem:

→ An Fotografien bestehen Urheberrechte des Fotografen und Persönlichkeitsrechte der abgebildeten Person.

→ Um Fotografien verwenden zu dürfen, bedürfte es der Rechteeinräumung durch die Rechteinhaber!

Hilft § 51a UrhG?

§ 51a Karikatur, Parodie und Pastiche

Zulässig ist die Vervielfältigung, die Verbreitung und die öffentliche Wiedergabe eines veröffentlichten Werkes zum Zweck der Karikatur, der Parodie und des Pastiches. Die Befugnis nach Satz 1 umfasst die Nutzung einer Abbildung oder sonstigen Vervielfältigung des genutzten Werkes, auch wenn diese selbst durch ein Urheberrecht oder ein verwandtes Schutzrecht geschützt ist.

Bereits veröffentlichtes Werk

Das Werk soll

→ vervielfältigt,

→ verbreitet oder

→ öffentlich wiedergeben werden.

zum Zweck der

→ Karikatur,

→ der Parodie,

→ des Pastiches

Nutzung ist ohne ausdrückliche Zustimmung des Rechteinhabers möglich!

Parodie

Soll an ein bestehendes Werk zu erinnern, um wahrnehmbare Unterschiede aufzuweisen und einen Ausdruck von Humor oder Verspottung darzustellen *(EuGH GRUR 2014, 972 Rn. 20 – Deckmyn/Vandersteen).*

Karikatur

Keine einheitliche Definition, aber: Karikatur ist weniger auf ein Werk bezogen, sondern eher auf bestimmte Personen bzw. gesellschaftlich-politische Zustände.

Pastiche

In Abgrenzung und Ergänzung zu Karikatur und Parodie = ist als eine wertschätzende oder sogar ehrerbietende Auseinandersetzung mit einem vorbestehenden Werk zu verstehen (Begr. RefE, S. 97).

Achtung!

Die Erstellung eines Memes oder GIFs zu Werbezwecken unter Verwendung von bereits veröffentlichten Werken fällt nicht mehr unter § 51a UrhG!

Denn hier ist der Zweck gerade nicht Karikatur, Parodie oder Pastiche, sondern die Werbemaßnahme!

ÜBERBLICK ÜBER DATENSCHUTZRECHTLICHE FRAGESTELLUNGEN

Datenschutz-
rechtliche
Verantwortlichkeit

Verantwortlicher iSv. Artikel 4 Nr. 7 DSGVO ist
„die natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle, die allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet.“

→ **Plattform**

→ **Influencer:in**

→ **Unternehmen**

Beispiel Gewinnspiel

1

Unternehmer beauftragt Influencer:in Gewinnspiel auf dem Influencer:in- Kanal durchzuführen.

Gibt aber keine weiteren Vorgaben vor.

Möchte keine personenbezogenen Daten (Insights, Gewinner) erhalten.

Influencer:in = Verantwortlicher

2

Unternehmer beauftragt Influencer:in Gewinnspiel auf dem Influencer:in- Kanal durchzuführen.

Macht strenge Vorgaben und möchte ggf. personenbezogene Daten erhalten.

Unternehmer Verantwortlicher

Influencer:in = Auftragsverarbeiter

3

Unternehmer beauftragt Influencer:in GEMEINSAM mit ihm Gewinnspiel durchzuführen.

Influencer:in und Unternehmen bestimmen Zwecke und Mitter gemeinsam (z.B. Art der Durchführung, Aufteilung der Maßnahmen, etc.)

Unternehmer und Influencer:in sind gemeinsame Verantwortliche

Rechtsfolge?

Influencer ist allein verantwortlich

→ Bereitstellung von Datenschutzhinweisen und Teilnahmebedingungen für Gewinnspiel
→ Ggf. Einholen von Einwilligungen

Unternehmer ist Verantwortlicher und Influencer:in Auftragsverarbeiter

Abschluss eines Auftragsverarbeitungsvertrages gem. Art. 28 DSGVO

Unternehmer und Influencer:in sind gemeinsame Verantwortliche

Abschluss eines Joint Controllership Agreements gem. Art. 26 DSGVO

Fazit

- Rechtliche Fragestellungen bei der kommerziellen Nutzung von Social-Media-Plattformen stellen sich für Unternehmen und Influencer:innen nach wie vor.
- Es gibt z.T. rechtliche Lösungsansätze (siehe z.B. Entscheidung BGH oder Gesetzesänderungen).
- Vieles ist im Wandel und weiterhin anpassungsbedürftig.
- Es fehlt an klaren gesetzlichen Regelungen.
- Plattformen selbst müssen „mitziehen“.
- Rechtliche Lösungsmöglichkeiten bleiben Einzelfallentscheidungen.

WHAT?