

Marina Blum

Transparenzanforderungen an das Influencer-Marketing

Eine lauterkeitsrechtliche Analyse unter
Berücksichtigung der Erkenntnisse aus Psychologie
und Betriebswirtschaftslehre

Band 21

Marina Blum

Transparenzanforderungen an das Influencer-Marketing

Eine lauterkeitsrechtliche Analyse unter Berücksichtigung der Erkenntnisse aus Psychologie und Betriebswirtschaftslehre

digital | recht

Schriften zum Immaterialgüter-, IT-, Medien-, Daten- und Wettbewerbsrecht

Herausgegeben von Prof. Dr. Maximilian Becker, Prof. Dr. Katharina de la Durantaye, Prof. Dr. Franz Hofmann, Prof. Dr. Ruth Janal, Prof. Dr. Anne Lauber-Rönsberg, Prof. Dr. Benjamin Raue, Prof. Dr. Herbert Zech

Band 21

Marina Blum, geboren 1995, Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Trier; Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht (Inhaber: Prof. Dr. Hans-Friedrich Müller) von 2020 bis 2023; Promotion 2024; derzeit Beraterin bei der Verbraucherzentrale Rheinland-Pfalz e.V. ORCID: 0009-0003-5614-6826

Zugl.: Diss. Fachbereich Rechtswissenschaft, Universität Trier, 2024.
Gutachter: Prof. Dr. Hans-Friedrich Müller, Prof. Dr. Benjamin Raue
Disputation am 14.05.2024

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Angaben sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Dieses Buch steht gleichzeitig als elektronische Version über die Webseite der Schriftenreihe: <http://digitalrecht-z.uni-trier.de/> zur Verfügung.

Dieses Werk ist unter der Creative-Commons-Lizenz vom Typ CC BY-ND 4.0 International (Namensnennung, keine Bearbeitung) lizenziert:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nd/4.0/deed.de>

Von dieser Lizenz ausgenommen sind Abbildungen, an denen keine Rechte der Autorin/des Autors oder der UB Trier bestehen.

Umschlagsgestaltung von Monika Molin

ISBN: 9783759861931

URN: urn:nbn:de:hbz:385-2024091611

DOI: <https://doi.org/10.25353/ubtr-2f22-e014-e291>

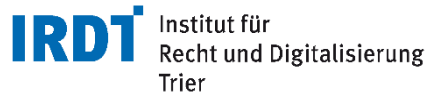


© 2024 Marina Blum, Trier

Zitervorschlag: Fn.: *Blum*, Influencer-Marketing, S. [einfügen].; Literaturverzeichnis: *Blum, Marina*, Transparenzanforderungen an das Influencer-Marketing – Eine lauterkeitsrechtliche Analyse unter Berücksichtigung der Erkenntnisse aus Psychologie und Betriebswirtschaftslehre (zugl. Diss. Trier 2024), Trier 2024 (zitiert: *Blum*, Influencer-Marketing).

Die Schriftenreihe wird gefördert von der Universität Trier und dem Institut für
Recht und Digitalisierung Trier (IRDT).

Anschrift der Herausgeber: Universitätsring 15, 54296 Trier.



Meinen Eltern und meinem Jonas

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Dezember 2023 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Trier als Dissertation angenommen. Die Disputation fand am 14.05.2024 statt. Literatur und Rechtsprechung sind auf dem Stand von Juli 2024.

Ich danke meinem Doktorvater *Prof. Dr. Hans-Friedrich Müller* für die Betreuung dieser Arbeit und die schönen acht Jahre am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, an dem ich mich erst als studentische Hilfskraft und später als Wissenschaftliche Mitarbeiterin persönlich und fachlich weiterentwickeln durfte. Er hatte jederzeit ein offenes Ohr für meine Fragen und schuf mit seiner umgänglichen und unaufgeregten Persönlichkeit ein angenehmes Arbeitsumfeld.

Prof. Dr. Benjamin Raue gebührt Dank für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens. Ihm und den weiteren Herausgebern danke ich zudem für die Aufnahme in diese Schriftenreihe und die damit verbundene Möglichkeit, meinen Teil zum Ideal der offenen Zugänglichkeit wissenschaftlicher Erkenntnisse beitragen zu können. *Prof. Dr. Peter Reiff* möchte ich nicht nur für die Übernahme des Vorsitzes im Rahmen der Disputation, sondern auch für seine engagierte Vorbereitung auf die schriftliche Schwerpunktprüfung und das Interesse an meinem fachlichen Erfolg danken, das mich zu herausragenden Leistungen anspornte.

Die Erstellung dieser Arbeit hätte zwischendurch weitaus weniger Spaß gemacht, wenn ich nicht besondere Menschen an meiner Seite gehabt hätte und immer noch habe, die mich in Zeiten des Zweifels aufmuntern und meine Erfolge mit mir feiern. Neben meinen FreundInnen *Lena Kunz*, *Christin Stein*, *Helen Arling*, *Sara Nazari-Shafti*, *Barbara Lauer-Bohnen* und *Matthias Au-*

rich sind besonders meine Eltern *Helga* und *Johannes Blum* hervorzuheben, die mit ihrer unermüdlichen Unterstützung und bedingungslosen Liebe den Grundstein dafür legten, dass ich optimistisch auf die Welt blicke. Sie sind mein größter Rückhalt und meine Zuversicht.

Mein größter Dank gilt meinem Verlobten *Jonas Lau*, der mir so lange einredete, dass ich die Arbeit fertigstellen könnte, bis ich tatsächlich fertig wurde. Ich bin unglaublich glücklich, dass er mit seiner lustigen und positiven Art jeden meiner Tage bereichert. Ohne ihn wäre mein Leben allerhöchstens halb so schön.

Jonas und meinen Eltern ist diese Arbeit gewidmet.

Trier, August 2024

Marina Blum

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis.....	VII
Abkürzungsverzeichnis.....	XV
Einleitung.....	1
A. Vorteile des Influencer-Marketings.....	1
B. Rechtliches Problem der unentgeltlichen Erwähnungen.....	2
I. BGH-Rechtsprechung.....	4
II. Gesetzgebung.....	5
C. Gang der Arbeit.....	7
<i>Kapitel 1</i>	
<i>Grundlagen</i>	9
A. Definition des Influencers.....	9
B. Einordnung des Influencer-Marketings.....	13
C. Möglichkeit der Einflussnahme.....	15
I. Kommunikator: Influencer.....	18
1. Glaubwürdigkeit.....	18
2. Passung zur Marke.....	21
3. Reichweite.....	22
II. Rezipient: Follower.....	25
1. Parasoziale Interaktion (PSI).....	25
2. Persuasion Knowledge.....	27
III. Kommunikationskanal.....	32
IV. Botschaft.....	34
1. Erkennen von Beiträgen als Werbung.....	34
2. Vorliegen einer Werbekennzeichnung.....	36
3. Folge der Persuasion Knowledge.....	39

4. Zusatz der ehrlichen Meinung	40
5. Nachträgliche Aufdeckung unlauteren Verhaltens	43
V. Resultat: Einflussnahme	44
D. Begriff der sozialen Medien	47
E. Motivation des Influencers	51
F. Risiken	53

Kapitel 2

Unvereinbarkeit der Rechtsprechung zu § 5a VI UWG 2015 mit UGP-RL

.....	55
A. Prämisse: Unentgeltliche Erwähnungen sind keine Geschäftspraktiken iSd UGP-RL für die Zwecke der Fremdförderung iSd Art. 7 II Hs. 2 UGP-RL	57
B. Prämisse: anderes Verständnis von „Handeln im Auftrag“ als der EuGH ..	64
C. Kennzeichnungspflichten werden abschließend geregelt	69
I. Nichtkenntlichmachen des kommerziellen Zwecks als Vorenthalten einer wesentlichen Information	70
II. Wesentliche Informationen abschließend geregelt.....	72
III. § 5a VI UWG 2015 überschießend umgesetzt.....	73
D. Liegt eine Informationspflicht vor?	75
E. Anwendungsbereich der Richtlinie	76
I. Ausnahmetatbestände	76
II. Anwendung über berufliche Sorgfaltspflicht oder Grundsatz von Treu und Glauben	77
III. Vergleich mit Meinung zu Blacklist	78
IV. Liegen Fälle des Influencer-Marketings außerhalb des Anwendungsbereiches der UGP-RL?.....	81
V. Ist die UGP-RL nur auf Handlungen zugunsten des eigenen Unternehmens anwendbar?	84
VI. Praktische Relevanz dieser Feststellung außerhalb der genannten Problematik.....	88

Kapitel 3

Geschäftliche Handlung, § 2 I Nr. 2 UWG 2022..... 91

A. Förderung eigenes Unternehmen	91
--	----

I.	Differenzierung nach Handlung gegenüber Unternehmen und Handlung gegenüber Verbrauchern	93
II.	Private Äußerungen, Meinungsfreiheit und Pressefreiheit.....	98
1.	Ausnahme von redaktionellen Äußerungen nicht geboten	101
2.	Keine Übertragbarkeit dieser Wertungen auf das Influencer-Marketing.....	105
III.	Gefahr von Wertungswidersprüchen?	106
1.	Politische Handlungen: Bsp. Rezo – Die Zerstörung der CDU	107
2.	Entscheidungen zu politischen Aussagen	108
3.	Unterschied zur Behandlung von redaktionellen Handlungen .	111
B.	Förderung fremdes Unternehmen bei Erhalt eines Entgelts, Testproduktes o.ä.	113
I.	Kennzeichnungspflicht hängt nicht von einseitig positiver Gestaltung ab	114
II.	Vereinbarkeit mit TMG und MStV.....	119
1.	Kommerzielle Kommunikation.....	120
2.	Werbung	122

Kapitel 4

	<i>Geschäftliche Handlung bei unentgeltlicher Erwähnung?</i>	<i>123</i>
A.	Indiz: Objektive Eignung zur Beeinflussung der Entscheidung des Verbrauchers	124
B.	Rückgriff auf empirische Studien.....	126
C.	Vorrang: Förderung eigenes Unternehmen	129
I.	Nennung und Verlinkung.....	131
II.	Werbeüberschuss	135
1.	Entscheidungen zum Werbeüberschuss.....	138
2.	Übertragbarkeit	141
D.	Manko: Einschränkung der Aktivlegitimation	143

Kapitel 5

	<i>Verstoß gegen §§ 3 I, 5a VI UWG 2015</i>	<i>147</i>
A.	Anwendbarkeit trotz Art. 3 IV UGP-RL	147
B.	§ 5a III UWG anwendbar?	148
C.	Durchschnittlicher/ maßgeblicher Verkehrskreis	149
I.	§ 3 IV 2 UWG	151

II. Nutzungsbedingungen	152
III. Schutzwürdigkeit von Kindern und Jugendlichen im Zusammenhang mit Influencer-Marketing?	153
D. Erkennbarkeit aus den Umständen	157
I. Geschäftliche Handlung zugunsten des fremden Unternehmens	160
II. Geschäftliche Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens .	163
1. Grundsatz: Eigenförderung wird erkannt.....	164
2. Problem: Was ist, wenn eigenes Produkt erwähnt wird?.....	165
E. Kennzeichnungsmodalitäten	167
I. Gestaltung der Kennzeichnung als Hashtags.....	167
II. Nutzung des Branded Content Tools von Instagram.....	168
III. Euphemismen und Dysphemismen	170
IV. Position der Kennzeichnung innerhalb von Videos und Fotos....	172
V. Kurze oder englischsprachige Kennzeichnungen	172
VI. Kennzeichnung bei unentgeltlicher Erwähnung.....	175
VII. Bezahlte Verwendung von Musik	178
VIII. Bezahlte TikToks	179
F. Geeignetheit zur Beeinflussung = geschäftliche Relevanz	179
I. Verlinkung als geschäftliche Entscheidung.....	180
II. Indizien.....	181
III. Ausschluss durch geändertes Kaufverhalten?.....	182
IV. Geeignetheit zur Beeinflussung: Förderung eigenes Unternehmen 182	
G. Erhalt eines Entgelts: Sekundäre Darlegungslast	185

Kapitel 6

<i>BGH-Rechtsprechung</i>	187
A. Geschäftliche Handlung.....	187
I. Förderung eigenes Unternehmen	187
II. Förderung fremdes Unternehmen	188
B. Vorrang § 6 I TMG und § 22 MStV, Anwendbarkeit über § 3a UWG	191
I. Überzeugender: Vorrang über §§ 3 I, 5a I, 5b IV UWG 2022	192
II. Rechtsprechungsänderung: Aufgabe von Anwendung über § 3a UWG	198
III. Vorrang des § 6 I TMG auch über Art. 3 IV UGP-RL?	200

IV. Vorrang des § 6 I TMG auch über § 1 II UWG 2022?	200
V. Rechtsprechung auch auf neues DDG übertragbar?	202
C. Kostenlose Produktüberlassung reicht aus	203
D. Kritik	204
I. Unerheblichkeit der Gegenleistung	204
II. Kein Vorrang des Medienrechts	206
III. Kennzeichnung	208
IV. Vorrang Medienrecht führt zu europaweit uneinheitlichen Ergebnissen	209

Kapitel 7

<i>Gesetzesänderung 2022</i>	211
A. § 1 II UWG: Vorrang anderer Normen	211
I. Norm erfüllt erklärten Zweck	211
II. Zweck kann auch ohne Norm erreicht werden	212
III. Unionsrechtswidrigkeit?	215
B. § 2 I Nr. 2 UWG: Unmittelbar	216
C. § 5a IV 2 UWG: Kein kommerzieller Zweck bei unentgeltlichen Erwähnungen	219
I. Gesetzgebung	219
II. Richtlinienkonformität	221
III. Anwendungsbereich	222
1. Gesetzesbegründung: Nur Geschäftspraktiken ausschließlich zugunsten fremder Unternehmen erfasst	222
2. (Geringer) verbleibender Anwendungsbereich durch Vorrang Medienrecht	223
3. Prognose: Der § 5a IV UWG 2022 bleibt trotzdem relevant	225
IV. Tatbestandsvoraussetzungen	227
1. Entgelt oder ähnliche Gegenleistung	227
a) Abstellen auf Vertragskonstruktion	227
b) Abstellen auf Schutzzweck der Norm	228
2. Zeitlicher Zusammenhang	229
3. „Für die Handlung“	231
V. Rechtsfolge: Entfall des kommerziellen Zwecks	233
1. Entfällt damit auch geschäftliche Handlung?	233
2. Eigenständige Bedeutung des kommerziellen Zwecks?	234

a) eA: Keine eigenständige Bedeutung.....	234
b) aA: Zusätzliche subjektive Komponente	235
c) Dritte Möglichkeit: Kommerzieller Zweck hat nur im deutschen Umsetzungsgesetz eigenständige Bedeutung.....	239
VI. Kritik an Regelung.....	240
1. Privilegierung von Influencern gegenüber Presseunternehmen? 241	
2. Identität zwischen Beworbenem und Zuwendendem.....	242
3. Keine Kennzeichnung bei Aufmerksamkeitssteigerung.....	243
4. Kennzeichnung der geschäftlichen Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens?	244
5. Wortlaut: Alternatives statt kumulatives Nichtvorliegen der Entgeltvarianten	244
VII. Anwendbarkeit der §§ 5a IV 2, 3 UWG 2022 auf Presseerzeugnisse 245	
D. § 5a IV 2, 3 UWG: Beweislast.....	248
I. Richtlinienkonformität	248
II. Gesetzliche Vermutung und Glaubhaftmachung	250
III. Gestaltung des § 5a IV 2, 3 UWG	253
IV. (Geringe) praktische Relevanz der Norm	255

Kapitel 8

<i>Unentgeltliche Erwähnung von Produkten in YouTube-Videos.....</i>	<i>257</i>
A. EuGH-Rechtsprechung zu Schleichwerbung nicht übertragbar	258
B. Mindestharmonisierung der AVMD-RL.....	261
I. Allgemeiner Grundsatz: Kennzeichnungspflichten abschließend geregelt.....	262
II. Grundsatz der Regelungssystematik	262
C. Regelungsgehalt ist Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung.....	263

Kapitel 9

<i>Französisches Influencer-Gesetz</i>	<i>267</i>
A. Art. 1 loi n° 2023-451: Definition der kommerziellen Einflussnahme.....	267
B. Art. 2 loi n° 2023-451: Schutz von Kinder-Influencern	269
I. Code du travail.....	269
II. Loi n° 2020-1266.....	269

III. Situation in Deutschland.....	271
C. Art. 4 loi n° 2023-451.....	272
D. Art. 5 loi n° 2023-451	272
E. Art. 7 bis 9 loi n° 2023-451.....	273

Kapitel 10

<i>Zusammenfassung in Thesen.....</i>	<i>275</i>
Literaturverzeichnis	289

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
aaO.	am angegebenen Ort
abs	engl. <i>abdominal muscels</i> ; Bauchmuskeln
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ad	engl. <i>advertisement</i> ; Werbung
AfP	Archiv für Presserecht, ab 1994: Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht
AG	Amtsgericht
allg.M.	allgemeine Meinung
Alt.	Alternative
AMJ	Australasian Marketing Journal
Anm.	Anmerkung
Annu Rev Psychol	Annual Review of Psychology
arg.	argumentum
ARP	Arbeitsschutz in Recht und Praxis
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
Bd.	Band
Bearb.	Bearbeiter
BeckOK BGB	Beck'scher Online-Kommentar zum BGB
BeckOK GG	Beck'scher Online-Kommentar zum Grundgesetz
BeckOK InfoMedienR	Beck'scher Onlinekommentar zum Informations- und Medienrecht

BeckOK UWG	Beck'scher Online-Kommentar zum UWG
BeckOK ZPO	Beck'scher Online-Kommentar zur ZPO
betr.	betreffend
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des BGH
Blog	engl. <i>web log</i> ; Online-Journal
BMDV	Bundesministerium für Digitales und Verkehr
BMJ	Bundesministerium der Justiz; bis 12.2021: Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz (BMJV)
BReg	Bundesregierung
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des BVerfG
bzw.	beziehungsweise
COM	European Commission
d.h.	das heißt
DDG	Digitale-Dienste-Gesetz
Diss.	Dissertation
DSGVO	Datenschutz-Grundverordnung
ebd.	ebenda
Einl	Einleitung
Electron Commer Res	Electronic Commerce Research
ELM	engl. <i>Elaboration Likelihood Model</i>
ErwG.	Erwägungsgrund
etc.	et cetera
ETRA	Eye Tracking Research & Applications
EU	Europäische Union
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGHE	Sammlung der Entscheidungen des EUGH
e.V.	eingetragener Verein
eWOM	engl. <i>electronic Word-of-Mouth</i> ; Mund-zu-Mund-Propaganda, die über das Internet verbreitet wird
f., ff.	Folgende

Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GK-UWG	Großkommentar zum UWG
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR-Prax	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht
GRUR-RR	GRUR Rechtsprechungs-Report
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
HIV	Humanes Immundefizienz-Virus
Hrsg.	Herausgeber
HSM	Heuristisches Systematisches Modell
Human Comm Res	Human Communication Research
i.d.F	in der Fassung
i.d.R	in der Regel
i.E.	im Ergebnis
i.H.v.	in Höhe von
IGTV	Instagram-Television
insb	insbesondere
Int J Nonprofit Volunt Sect Mark	International Journal of Nonprofit and Voluntary Sector Marketing
IP	engl. <i>intellectual property</i> ; geistiges Eigentum
IPRB	IP-Rechtsberater
iSv/iSd	im Sinne von/des
iVm	in Verbindung mit
J Comput Mediat Commun	Journal of Computer-Mediated Communication
J Consum Res	Journal of Consumer Research
J Health Commun	Journal of Health Communication
J Youth Adolesc	Journal of Youth and Adolescence
J. of the Acad. Mark. Sci	Journal of the Academy of Marketing Science
JAR	Journal of Advertising Research
JPBM	Journal of Product & Brand Management
jurisPR-ITR	juris PraxisKommentar Internetrecht

jurisPK-UWG	juris PraxisKommentar UWG
jurisPR-WettbR	juris PraxisReport Wettbewerbsrecht
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
K&R	Kommunikation & Recht
Kap.	Kapitel
KOM	Europäische Kommission
LG	Landgericht
lit.	lat. littera; Buchstabe
LS	Leitsatz
lt.	laut
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Mark Lett	Marketing Letters
MarkenG	Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
min	engl. minutes; Minuten
MMR	MultiMedia und Recht
Mrketing Intelligence & Plan	Marketing Intelligence & Planning
MüKo Lauterkeitsrecht	Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht (UWG)
MüKoBGB	Münchener Kommentar zum BGB
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZFam	Neue Zeitschrift für Familienrecht
OLG	Oberlandesgericht
PK	engl. <i>Persuasion Knowledge</i> ; Wissen um Beeinflussungs- taktiken
PSI	parasoziale Interaktion
Psychol. Mark.	Psychology & Marketing
RD <i>i</i>	Recht Digital
RefE	Referentenentwurf
RegE	Regierungsentwurf
RG	Reichsgericht

RGBL.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
s.a.	siehe auch
SIGIR	Special Interest Group on Information Retrieval
sog.	sogenannte/sogenannter/sogenannten
spon	engl. sponsored; gesponsert
str.	strittig
stRspr.	ständige Rechtsprechung
SWR2	Südwestrundfunk 2; seit April 2024: SWR Kultur
TMG	Telemediengesetz
u.a.	und andere
u.v.m.	und vieles mehr
UFITA	Archiv für Urheber-, Film-, Funk-, und Theaterrecht ab 2000: Archiv für Urheber- und Medienrecht
UGP-RL	Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken
UrhG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte
URL	United Resource Locator
Urt.	Urteil
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	versus
VG	Verwertungsgesellschaft
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vorb.	Vorbemerkung
VuR	Verbraucher und Recht
WOM	engl. Word-of-Mouth; Mund-zu-Mund-Propaganda
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WWW	World Wide Web
z.B.	zum Beispiel
z.T.	zum Teil
ZD	Zeitschrift für Datenschutz

ZERL	Zeitschrift für Europäische Rechtslinguistik
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung
zugl.	zugleich
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
ZUM-RD	ZUM-Rechtsprechungsdienst
zust.	zustimmend
ZVertriebsR	Zeitschrift für Vertriebsrecht

Einleitung

Ausgehend von den Werbeentwicklungen der letzten Jahrzehnte und dem Umstand, dass sich die Effektivität von Werbemaßnahmen mit der Häufigkeit der Verwendung abnutzt (*Wear-out*-Effekt), lässt sich extrapolieren: Die Werbebranche wird immer wieder neue Strategien entwickeln, um ihre Werbeausagen möglichst effektiv an den Verbraucher zu bringen. Das Influencer-Marketing ist eine dieser Entwicklungen und hat sich als besonders effizient beweisen können.

A. Vorteile des Influencer-Marketings

Influencer sind Personen, die in den sozialen Medien eine vergleichsweise hohe Followerschaft aufweisen und dort neben Einblicken in ihr Leben oder Beiträgen zu bestimmten Themen auch kommerzielle Inhalte gegen Entgelt veröffentlichen. Dieses Influencer-Marketing ist aus mehreren Gründen besonders effektiv. Durch die Einblicke in die Meinungen und die Lebensweise des Influencers bauen seine Follower eine Beziehung zu ihm auf, die sich für sie wie eine Freundschaft anfühlt (Parasoziale Interaktion). Dieser Aspekt kann genauso wie die wahrgenommene Ähnlichkeit und Vertrauenswürdigkeit des Influencers die Identifikation mit dem Influencer begünstigen, wodurch der Einzelne das Verhalten des Influencers nachahmt, um sein Selbstbild dem Bild anzupassen, das er sich vom Influencer gemacht hat. Wenn dazu gehört, sich ebenso schick zu kleiden wie das Vorbild, kann das die beworbenen Modeunternehmen nur freuen.

Die Effektivität des Influencer-Marketings ist zugleich auch relativ zu anderen Werbemaßnahmen herauszustellen: Bannerwerbung auf Internetseiten wird entweder mithilfe eines Adblockers oder mithilfe des Wissens um den Beeinflussungsversuch ausgeblendet („*banner blindness*“). Fernsehwerbung wird als störend empfunden und verzeichnet mangels Personalisierung hohe Streuverluste. Das heißt, dass Werbung für Hundefutter nicht nur Hundebesitzer, sondern alle angezeigt bekommen, die zu dieser Zeit vor dem Fernseher sitzen. Wenn demgegenüber ein Influencer, der vornehmlich Inhalte zu Hunden veröffent-

licht, Werbung für Hundefutter macht, erreicht diese jedenfalls Hundeliebhaber, unter denen der Anteil an Hundebesitzern bedeutend höher sein dürfte als unter Zuschauern einer bestimmten Fernsehsendung.

Für Werbetreibende ist nicht nur diese Effektivität interessant, sondern zusätzlich der Umstand, dass sich die Effektivität einer einzelnen Werbemaßnahme durch einen bestimmten Influencer genau messen lässt. Es ist mittlerweile üblich, dass Influencer von den Werbetreibenden personalisierte Rabattcodes zur Verfügung gestellt bekommen, die sie an ihre Follower weitergeben. Wenn die Follower dann die Rabattcodes einlösen, wird für die Unternehmen deutlich, durch welchen Influencer ihre neuen Kunden auf sie aufmerksam wurden. Durch die Personalisierung ist außerdem ein Vergleich zwischen den Bewerbungen verschiedener Influencer möglich.

Doch auch den Verbrauchern bietet Influencer-Marketing Vorteile. Da der Influencer seinen Lebensunterhalt mit den Einnahmen aus Werbetätigkeiten bestreiten kann und nicht darauf angewiesen ist, zusätzlich noch einer anderen Erwerbstätigkeit nachzugehen, kann er in Vollzeit Beiträge erstellen, die für seine Follower interessant sind. Seine Follower bekommen Produkte gezeigt, die sie wahrscheinlicher gut finden könnten und deren Erwerb ihnen hilft, sich mit ihrem Vorbild zu identifizieren. Besonders deutlich wird dieser Aspekt an folgendem Beispiel: Mode-Influencer bieten ihren Followern einen Mehrwert, wenn sie nicht nur zeigen, welche Arten von Kleidungsstücken miteinander kombiniert werden können, sondern auch, wo genau diese Kleidungsstücke erworben werden können. Das führt zu einem Phänomen, dessen Ausmaße von vielen Rechtswissenschaftlern unterschätzt werden dürfte und dessen Begutachtung sich die vorliegende Arbeit verschrieben hat: Influencer veröffentlichen sehr häufig Beiträge zu Produkten oder Dienstleistungen, ohne dafür eine Gegenleistung vom erwähnten Unternehmen erhalten zu haben. Das tun sie, um ihren Followern den erwähnten Mehrwert zu bieten.

B. Rechtliches Problem der unentgeltlichen Erwähnungen

Es war lange Zeit umstritten, ob und wie Beiträge zu kennzeichnen sind, in denen Produkte positiv, aber unentgeltlich erwähnt werden. Im ersten viel beachteten Fall *Vreni Frost* entschied das LG Berlin, dass die drei streitgegenständlichen Beiträge den Unlauterkeitstatbestand des § 5a VI UWG 2015 erfüllten und das, obwohl bei einem der drei Beiträge die Influencerin durch Vorlage der

Rechnungen glaubhaft gemacht hatte, dass die Produkte auf eigenen Kosten erworben wurden.¹ Das heißt, die Influencerin musste auch Beiträge als „Anzeige“ kennzeichnen, wenn und obwohl die darin verlinkten Produkte nachweislich aus eigener Tasche bezahlt wurden. Im Rahmen der davon ausgelösten Diskussion wurde von Rechtsprechung und Literatur viel Aufwand betrieben, um zu erklären, warum die infrage stehenden Handlungen im Einzelfall dann doch keiner Kennzeichnung bedürfen.²

Das KG als Berufungsgericht setzte an der Stellschraube der geschäftlichen Handlung an, als es die Unlauterkeit des unentgeltlichen Beitrags mit dem Argument verneinte, es liege darin ein redaktioneller Beitrag vor, der keine geschäftliche Handlung darstelle.³ Indem die Influencerin u.a. ein Oberteil mit der Aufschrift „BANANAS“ trage, dadurch einen Bezug zwischen Bild und Text herstelle, dass sie ihre Müdigkeit mit „totally bananas“ beschreibe und die Hersteller bzw. Händler der getragenen Kleidungsstücke verlinkt habe, diene der Beitrag allein der Informations- und Meinungsbildung seiner Adressaten.⁴

Als Reaktion auf das Urteil des LG Berlin waren Influencer, darunter auch *Frost*, dazu übergegangen, alle Beiträge – auch Fotos ihrer Katzen – als Werbung zu kennzeichnen.⁵ Dazu führte das KG aus: „Im Übrigen dürfte die durchgängige Kennzeichnung aller Beiträge eines ‚Influencers‘ [...] den Verbraucherinteressen nicht dienlich sein. Das Ziel der Kennzeichnungspflicht, den Verbraucher vor nicht informierten geschäftlichen Entscheidungen zu schützen, lässt sich schwerlich umsetzen, wenn diese in der Praxis zu erkennbar absurden Folgen führt, so dass die Hinweise nicht mehr ernst genommen werden.“⁶

Nun hatte das KG zwar für diesen Fall eine vertretbare Lösung gefunden – wie jedoch der Fall *Pamela Reif* zeigt, kann nicht jede unentgeltliche Erwähnung

¹ LG Berlin MMR 2018, 543 (Rn. 19) – Vreni Frost.

² Vgl. OLG Hamburg GRUR-RS 2020, 18139 (Rn. 49 ff.) – ohhcouture: wegen der Bekanntheit des Influencer-Marketings sei der kommerzielle Zweck offensichtlich; KG GRUR 2019, 543 (Rn. 61 ff.) – Vreni Frost: es lägen redaktionelle Beiträge vor, weil ein Zusammenhang zwischen Text und Bild bestehe; *Maatz*, Influencer-Marketing, S. 484: das Presseprivileg aus Art. 5 I 2 GG gelte auch für Influencer; *Timmermann/Berndt* WRP 2020, 996 (999); *Maier* jurisPR-WettbR 20/2020 Anm. 5 (4 f.).

³ KG GRUR 2019, 543 (Rn. 61) – Vreni Frost.

⁴ KG GRUR 2019, 543 (Rn. 61 f.) – Vreni Frost.

⁵ KG GRUR 2019, 543 (Rn. 91) – Vreni Frost.

⁶ KG GRUR 2019, 543 (Rn. 91) – Vreni Frost.

nach diesen Maßstäben einen redaktionellen Beitrag darstellen. Das OLG Karlsruhe ging auf die Maßstäbe des KG ein, grenzte den ihnen vorliegenden Fall in tatsächlicher Hinsicht vom Fall *Cathy Hummels* ab und führte nachvollziehbar aus, dass zwischen dem Bild der Influencerin mit verlinkter Kleidung vor einer Gewerbehalle und dem Begleittext, der von der Bedeutung und dem Wert von Scheitern handle, kein Zusammenhang bestehe, durch den das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung und damit auch die Kennzeichnungspflicht verneint werden könne.⁷

Die Vorschläge erfassten somit entweder nicht alle Fälle unentgeltlicher Erwähnungen oder waren in rechtlicher Hinsicht nicht überzeugend. Die Alternative – entweder die Kennzeichnung aller Beiträge zu fordern oder die Rechtsunsicherheit hinzunehmen, sodass die Influencer vorsorglich alle Beiträge kennzeichneten, um auf Nummer sicher zu gehen – scheint nicht nur aus Sicht der Influencer unbefriedigend, die ihre eigene Meinung zu Produkten um eine als Warnhinweis empfundene Werbekennzeichnung⁸ ergänzen müssen. Auch aus verbraucherpolitischer Sicht wäre es unbefriedigend, wenn sich an Werbekennzeichnungen nicht mehr ablesen ließe, ob Grund für die Erwähnung ein Vertrag mit dem erwähnten Unternehmen ist oder der Umstand, dass der Influencer das Produkt selbst gekauft hat und so gut findet, dass er es seinen Followern weiterempfehlen möchte.

Es ist umso beeindruckender, dass sowohl Gesetzgeber als auch BGH jeweils eine Lösung gefunden haben, die nicht nur im Ergebnis überzeugt, sondern für die auch eine rechtlich nachvollziehbare und überzeugende Begründung existiert.

I. BGH-Rechtsprechung

Der BGH verwies auf die Rechtsprechung zum werblichen Überschuss und darauf, dass der Erhalt eines Entgelts keine Voraussetzung für die Annahme sei,⁹ verhielt sich aber nicht eindeutig dazu, ob die Voraussetzungen des § 5a VI UWG 2015 in den fraglichen Fällen vorlagen.¹⁰ Das sei im Ergebnis aber

⁷ OLG Karlsruhe GRUR-RS 2020, 22210 (Rn. 87) – Pamela Reif.

⁸ Vgl. KG GRUR 2019, 543 (Rn. 88) – Vreni Frost.

⁹ BGH MMR 2021, 875 (Rn. 52, 59) – Influencer I (lu_coaching).

¹⁰ BGH GRUR 2021, 1414 (Rn. 46) – Influencer II (ohhcouture); BGH GRUR-RS 2021, 26632 (Rn. 75) – Cathy Hummels.

unerheblich, denn es handle sich bei (dem damals noch geltenden)¹¹ § 6 I TMG, nach dem in solchen Fällen wegen § 2 S. 1 Nr. 5 lit. b HS. 1 TMG keine kommerzielle Kommunikation vorliege und deshalb auch keine Kennzeichnungspflicht greife, um eine bereichsspezifische Spezialvorschrift, deren Wertungen nicht durch das UWG unterlaufen werden dürften und weswegen in den vorliegenden Fällen auch keine Kennzeichnungspflicht nach Vorschriften des UWG angenommen werden dürfe.¹²

II. Gesetzgebung

Auch der Gesetzgeber nahm sich dieses Problems an. Der § 5a VI UWG 2015 wurde neu gefasst und findet sich nun mit folgender Ergänzung in § 5a IV UWG 2022: „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.“ Damit werden ebenso effektiv wie nach der BGH-Rechtsprechung alle Fälle der unentgeltlichen Erwähnung von der Kennzeichnungspflicht ausgenommen. Die Begründung des Gesetzgebers¹³ überzeugt zwar nicht. Auch wenn eine Norm, die in § 5a VI UWG 2015 nahezu wortgleich aus der UGP-RL übernommen worden war, entscheidend geändert wurde, sei diese Änderung mit der UGP-RL vereinbar, da der Anwendungsbereich der Richtlinie nicht eröffnet sei. Wie sich aus der EuGH-Rechtsprechung¹⁴ ergebe, erfasse die UGP-RL keine Handlungen, die ausschließlich der Förderung fremder Unternehmen dienten. Der Gesetzgeber geht folglich davon aus, dass Beiträge von Influencern keine geschäftliche Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens darstellen. Das kann kaum überzeugen, wenn man bedenkt, dass Influencer ein Unternehmen betreiben

¹¹ Das Digitale-Dienste-Gesetz hat am 14.05.2024 das TMG abgelöst. § 6 I TMG wurde wortgleich in den § 6 I DDG überführt; der § 2 S. 1 Nr. 5 lit. b HS. 1 TMG wurde jedoch ersatzlos gestrichen. Zu den Auswirkungen dieser Streichung auf die Rechtsprechung des BGH, siehe Kapitel 6 B. V.

¹² BGH GRUR 2021, 1414 (Rn. 46, 56 ff.) – Influencer II (ohhcouture); BGH GRUR-RS 2021, 26632 (Rn. 85 ff.) – Cathy Hummels.

¹³ BT-Drs. 19/27873, 34.

¹⁴ EuGH GRUR 2013, 1245 – RLvS/Stuttgarter Wochenblatt [GOOD NEWS].

und Beiträge mit unentgeltlichen Erwähnungen veröffentlichen, um sich interessanter für ihre (potentiellen) Follower und damit auch für Werbepartner zu machen.

An dieser Stelle leistet die vorliegende Arbeit einen entscheidenden Beitrag zur Diskussion, indem der theoretische Unterbau für die Gesetzesänderung geliefert wird. Der Gesetzgeber löste nicht nur das Problem der Kennzeichnungspflicht von unentgeltlichen Erwähnungen, sondern behob unwissentlich auch die zuvor bestehende und mit der UGP-RL nicht kompatible Rechtslage, die Grund dafür war, warum diese Problematik in Deutschland so ausufern konnte.

Während die UGP-RL eine Handlung eines Dritten nur dann als Geschäftspraktik eines Gewerbetreibenden einstuft, wenn der Dritte im Namen oder Auftrag des Gewerbetreibenden handelt (vgl. Art. 2 lit. b, lit. d UGP-RL), wurde der Begriff der geschäftlichen Handlung im deutschen UWG überschießend umgesetzt. Eine geschäftliche Handlung zugunsten eines fremden Unternehmens kann schon dann vorliegen, wenn ein werblicher Überschuss besteht, ohne dass es dafür einer Vereinbarung zwischen Handelndem und gefördertem Unternehmen bedürfe. So konnten und können unentgeltliche Erwähnungen durch Influencer als geschäftliche Handlungen zugunsten des erwähnten Unternehmens iSd § 2 I Nr. 2 UWG 2022 eingestuft werden, auch wenn sie keine Geschäftspraktiken iSd Art. 2 lit. d UGP-RL darstellen. Diese überschießende Umsetzung ist für sich genommen kein Problem. Sie kann aber – wie die Diskussionen der letzten Jahre gezeigt haben – zum Problem werden, wenn die überschießende Umsetzung sich auf abschließend geregelte Unlauterkeitstatbestände auswirkt und an dieser Stelle nicht wieder eingeschränkt wird.

Relevanter Unlauterkeitstatbestand für die vorliegenden Fälle ist die Umsetzung des Art. 7 II Hs. 2 UGP-RL, der lautet:

„Als irreführende Unterlassung gilt es auch, [...] wenn [ein Gewerbetreibender] den kommerziellen Zweck einer Geschäftspraxis nicht kenntlich macht, sofern er sich nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt, und dies [...] einen Durchschnittsverbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst oder zu veranlassen geeignet ist, die er ansonsten nicht getroffen hätte.“

Im deutschen Umsetzungsgesetz wurde diese Norm nahezu wortgleich übernommen und so stand im § 5a VI UWG 2015 (und steht im § 5a IV S. 1 UWG 2022) folgendes:

„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 [neu seit 2022: oder sonstigen Marktteilnehmer] zu einer Entscheidung zu veranlassen, die er ansonsten nicht getroffen hätte.“

Auch wenn beide auf den ersten Blick die gleichen Voraussetzungen haben, so ergibt sich ein relevanter Unterschied durch die verschiedenen Anknüpfungspunkte an die Geschäftspraxis einerseits und die geschäftliche Handlung andererseits. Der Unlauterkeitstatbestand der UGP-RL knüpft an die Geschäftspraxis an, sodass unentgeltliche Erwähnungen durch Influencer grundsätzlich nicht erfasst würden. Der § 5a IV UWG 2015 knüpfte aber an das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung zugunsten eines fremden Unternehmens an – die Förderung des eigenen Unternehmens ergibt sich regelmäßig aus den Umständen – und statuierte deshalb im Grundsatz die Unlauterkeit unentgeltlicher Erwähnungen, sofern diese nicht als Werbung gekennzeichnet wurden.

Aus Erwägungsgrund 15 der UGP-RL ergibt sich, dass dieses abweichende Ergebnis nicht mit der UGP-RL vereinbar ist. Indem der deutsche Gesetzgeber den § 5a IV 2 UWG 2022 einführt und damit die nicht als Geschäftspraxis einzustufenden Fälle aus dem Anwendungsbereich des Unlauterkeitstatbestandes wieder herausnahm, wurde letzterer wieder an das von der UGP-RL vorgegebene Maß angeglichen.

C. Gang der Arbeit

Nach der Darstellung der Wirkweise des Influencer-Marketings, wobei die Erkenntnisse auch genutzt werden, um juristische Argumentationen auf ihre Stichhaltigkeit zu überprüfen, reiht sich die Darstellung an, warum eine Kennzeichnungspflicht für unentgeltliche Erwähnungen nicht mit der UGP-RL vereinbar ist. Es folgt eine vertiefte Analyse, welche Beiträge als geschäftliche Handlungen einzustufen sind, in deren Rahmen auch die Sinnhaftigkeit der BGH-Rechtsprechung zum werblichen Überschuss infrage gestellt wird. Anschließend wird auf die Tatbestandsmerkmale des § 5a VI UWG 2015 (§ 5a IV S. 1 UWG 2022) eingegangen, in deren Rahmen zudem das „Wie“ der Erfüllung der Kennzeichnungspflicht veranschaulicht wird. Darauf folgend werden erst BGH-Rechtsprechung und dann Gesetzesänderung besprochen, bevor gezeigt wird, dass auch unentgeltliche Erwähnungen in YouTube-Videos

keiner Kennzeichnung bedürfen. Die Arbeit schließt mit einem kurzen Blick auf das französische Influencer-Gesetz und einer Zusammenfassung in Thesen.

Kapitel 1

Grundlagen

A. Definition des Influencers

Das Wort „Influencer“¹ kommt vom englischen „*influence*“ (Einfluss) und lässt sich mit „Einflussnehmer“, „Beeinflusser“ oder „Meinungsmacher“ übersetzen. Ausgehend von der Wortbedeutung wird – nach der Festlegung der Definitionen von Influencer und Influencer-Marketing – im Folgenden untersucht, ob und warum Influencern tatsächlich Einflussmöglichkeit zukommt.

In Psychologie und Marketing herrscht Uneinigkeit darüber, ob der Begriff Influencer nur diejenigen erfasst, die durch die sozialen Medien berühmt wurden,² oder auch solche, die bereits vor der Nutzung von sozialen Medien etwa durch Film und Fernsehen bekannt geworden sind und die wie die erstgenannte

¹ Im Interesse der einfacheren Lesbarkeit wird das generische Maskulinum verwendet, unter das alle Geschlechter zu fassen sind.

² So *Schouten/Janssen/Verspaget* International Journal of Advertising 2020, 258 (259 f.); *Lou/Tan/X. Chen* Journal of Interactive Advertising 2019, 169 (169); *Pöyry/Pelkonen/Naumanen* ua International Journal of Strategic Communication 2019, 336 (336); *Audrezet/Kerviler/Guidry Moulard* Journal of Business Research 2020, 557 (557 f.); *C. Campbell/Grimm* Journal of Public Policy & Marketing 2019, 110 (111 f.); *Khamis/Ang/Welling* Celebrity Studies 2017, 191 (194); *Dhanesh/Dutbler* Public Relations Review 2019, 1 (1); *Shan/K.-J. Chen/J.-S. Lin* International Journal of Advertising 2020, 590 (591); *Kay/Mulcahy/Parkinson* Journal of Marketing Management 2020, 248 (248); *Veirman/Caubergh/Hudders* International Journal of Advertising 2017, 798 (798); *Martínez-López/Anaya-Sánchez/Fernández Giordano* ua Journal of Marketing Management 2020, 579 (590).

Gruppe ihre Reichweite zur Selbstdarstellung und zur Bewerbung von Produkten nutzt.³ Die Unterscheidung wirkt sich in den meisten Studien höchstens auf die Wahl der Versuchsperson aus; von den untersuchten haben sich einzig die Studie *Schouten, Janssen* und *Verspaget* und die von *Jin, Muqaddam* und *Ryu* mit dem Unterschied zwischen archetypischen Influencern,⁴ also solchen, die ihre Bekanntheit den sozialen Medien verdanken, und anderen prominenten Nutzern befasst. Letztere können – sofern sie Werbung über soziale Medien veröffentlichen – als atypische Influencer bezeichnet werden.

Schouten u.a. zeigten jeweils das Supermodel *Kate Moss* und *Serena Verbon*, eine holländische Beauty-Influencerin, mit einer getönten Feuchtigkeitscreme und *Fatima Moreira de Melo*, eine ehemalige holländische Hockeyspielerin, und *Kayla Itsines*, eine Fitness-Influencerin, mit einem Proteinshake.⁵ Die Teilnehmer schrieben den genannten Influencern eine höhere Vertrauenswürdigkeit und waren bei einer Bewerbung durch sie eher bereit, das Produkt zu kaufen.⁶ Diese Versuchsergebnisse sind nur beschränkt für unsere Zwecke brauchbar. *Kate Moss* gehört zu der aussterbenden Spezies derer, die trotz ihrer Prominenz keinen öffentlichen Account in den sozialen Medien unterhalten und folglich unter keinen der Influencerbegriffe fallen. Die unterschiedliche Wahrnehmung kann auch darauf zurückgeführt werden, dass sie mangels Einblicke in das Privatleben nur mit Werbung assoziiert wird.⁷ Die ehemalige Hockeyspielerin und (bis Anfang 2020) Pokerspielerin *Moreiro de Melo* wurde insofern unglücklich gewählt, als dass sie unter anderem für Uhren, Autos und Investmentbanken wirbt. Die Zusammenarbeit mit der Hilfsorganisation Right to Play ist das, was

³ Keine Unterscheidung vornehmend *Childers/L. Lemon/Hoy* Journal of Current Issues & Research in Advertising 2019, 258 (258); *Rosenthal/Brito* Business Horizons 2017, 375 (377); *Bakshy/Hofman/Mason* ua in King/Nejdl/H. Li (Hrsg.), WSDM, S. 65 (68); *Casaló/Flavián/Ibáñez-Sánchez* Journal of Business Research 2020, 510 (510); *Cooley/Parks-Yancy* Journal of Internet Commerce 2019, 249 (250); *Enke/Borchers* International Journal of Strategic Communication 2019, 261 (274); *Stubb/Collander* Computers in Human Behavior 2019, 210 (210); *Woodroof/Howie/Syrdal* ua JPBM 2020, 675; *Boerman/Willemsen/van der Aa* Journal of Interactive Marketing 2017, 82 (84).

⁴ Begriff nach *Fries*, Influencer-Marketing, 6 f.

⁵ *Schouten/Janssen/Verspaget* International Journal of Advertising 2020, 258 (265).

⁶ *Schouten/Janssen/Verspaget* International Journal of Advertising 2020, 258 (274).

⁷ Vgl. *C. Campbell/Grimm* Journal of Public Policy & Marketing 2019, 110 (112).

einer Bewerbung von Protein-Shakes am nächsten kommt.⁸ Hier kann der Umstand, dass *Fatima Moreira de Melo* im Gegensatz zu *Kayla Itsines* keine vergleichbaren Produkte bewirbt, den Unterschied in der Kaufbereitschaft und der Vertrauenswürdigkeit begründen. Es bleibt der zweite Versuchsaufbau von *Schouten u.a.*, bei dem die genannten Prominenten sowohl Instagram benutzen als auch dort für mit den in der Studie gezeigten vergleichbaren Produkten werben.⁹ Dieser bringt die gleichen Ergebnisse hervor.¹⁰

Überzeugender und aufschlussreicher ist die Studie von *Jin, Muqaddam* und *Ryu*, in der jeweils ein Bild der Schauspielerin *Eva Longoria* und der Modebloggerin *Olivia Palermo* verwendet wurden.¹¹ *Eva Longoria* wurde ausgesucht, da sie eine hohe Anzahl von Followern auf Instagram hat, und *Olivia Palermo*, da sie *Eva Longoria* von Hauttyp, Stil, Ästhetik und Darstellung gleicht.¹² Zudem wurden von den Wissenschaftlern Fotos ausgewählt, die die beiden jeweils mit dem gleichen Produkt, in einer ähnlichen Pose und Kleidungsstil zeigen und auf denen sie aus einem ähnlichen Winkel heraus fotografiert wurden.¹³ Die Anzahl der Beiträge und der Follower wurde bei den Stimuli angeglichen, um eventuelle Hinweisreize wie die wahrgenommene Beliebtheit zu unterdrücken.¹⁴ Mit diesem Versuchsaufbau, der nahezu keine Möglichkeit alternativer Erklärungen zulässt, stellten *Jin u.a.* fest, dass die Konsumenten bei der archetypischen Influencerin eine bessere Einstellung zur Marke entwickelten, und stellten einen Zusammenhang dazu her, dass ihr ebenfalls eine höhere soziale Präsenz zugeschrieben wurde.¹⁵ Zudem fiel es den Probanden leichter, sich mit der Influencerin zu identifizieren, da diese als ihnen ähnlicher gesehen wurde als die Schauspielerin.¹⁶ Dass mit einem höheren Grad an Identifikation aufgrund der wahrgenommenen Ähnlichkeit eine erhöhte Wirksamkeit der Bewerbung durch

⁸ Vgl. *Right to play*, Unsere Botschafter, <https://righttoplay.com/de/unserebotschafter/fatima-moreira-de-melo/> (zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).

⁹ *Schouten/Janssen/Verspaget* International Journal of Advertising 2020, 258 (270).

¹⁰ *Schouten/Janssen/Verspaget* International Journal of Advertising 2020, 258 (274).

¹¹ *S. Jin/Muqaddam/Ryu* Mrkting Intelligence & Plan 2019, 567 (572 f.).

¹² *S. Jin/Muqaddam/Ryu* Mrkting Intelligence & Plan 2019, 567 (572 f.).

¹³ *S. Jin/Muqaddam/Ryu* Mrkting Intelligence & Plan 2019, 567 (573).

¹⁴ *S. Jin/Muqaddam/Ryu* Mrkting Intelligence & Plan 2019, 567 (573).

¹⁵ *S. Jin/Muqaddam/Ryu* Mrkting Intelligence & Plan 2019, 567 (573).

¹⁶ *S. Jin/Muqaddam/Ryu* Mrkting Intelligence & Plan 2019, 567 (576).

archetypische Influencer einhergeht, wird auch in anderen Studien angedeutet.¹⁷

Auch wenn die Quelle der Prominenz für die Wirkungsweise nicht irrelevant erscheint, so würde eine Beschränkung des Influencerbegriffs die unliebsame Folge nach sich ziehen, dass die Erkenntnisse einiger Studien ggf. nicht genutzt werden könnten, obgleich die Art der Beeinflussung doch letztlich vergleichbar ist.¹⁸ Hinzu kommt, dass es für die juristische Betrachtungsweise keinen Unterschied macht, wo und warum jemand bekannt wurde, der Werbung in den sozialen Medien nicht ausreichend kennzeichnet.

Für die Zwecke dieser Arbeit werden Influencer folglich definiert als Nutzer von sozialen Medien, die dort eine vergleichsweise hohe Anhängerschaft aufweisen und ihre damit verbundene Möglichkeit zur Einflussnahme unter anderem dazu nutzen, kommerzielle Inhalte gegen Entgelt zu verbreiten. Die von *Weiden*¹⁹ aufgeworfenen „schwierigen Abgrenzungsfragen“, ob es auf die Reichweite, Branche, Herkunft, Zahl oder Gewicht der Werbeverträge ankomme, können vermieden werden, indem die Schwelle recht niedrig gehalten wird. Schon die erste Bewerbung gegen Entgelt ist insofern lauterkeitsrechtlich relevant, als dass sie auch dann, wenn die Unternehmereigenschaft des Kommunikators und damit auch die Einstufung als Influencer verneint wird, eine Geschäftspraktik iSd UGP-RL darstellt, da dann ein Handeln im Auftrag des fremden Unternehmens vorliegt.²⁰ Ob der Kommunikator eine hohe Followerschaft aufweist, ist dann für die geschäftliche Handlung in Form der Fremdförderung irrelevant. Dass der Influencer die sozialen Medien auch dazu gebraucht, um Geld oder jedenfalls geldwerte Vorteile zu erhalten, grenzt ihn von dem Konsumenten ab, der lediglich seine Produkterfahrungen mit seinen – wenn auch zahlreichen – Followern teilen möchte. Mangels Förderung eines eigenen Unternehmens ist Letzterer selbst für diejenigen lauterkeitsrechtlich uninteressant, die auch ohne

¹⁷ *Shan/K.-J. Chen/J.-S. Lin* International Journal of Advertising 2020, 590 (605); *Schouten/Janssen/Verspaget* International Journal of Advertising 2020, 258 (274); *Pöyry/Pelkonen/Naumanen* ua International Journal of Strategic Communication 2019, 336 (347); *S.-A. Jin/Phua* Journal of Advertising 2014, 181 (193); *Eyal/A. Rubin* Journal of Broadcasting & Electronic Media 2003, 77 (80).

¹⁸ Vgl. etwa *Boerman/Willemsen/van der Aa* Journal of Interactive Marketing 2017, 82.

¹⁹ *Weiden* NJW 2021, 2233 (2233).

²⁰ Vgl. Art. 2 lit. b UGP-RL.

Kooperation mit dem gezeigten Unternehmen eine geschäftliche Handlung iSd § 2 I Nr. 2 UWG 2022 annehmen.²¹

B. Einordnung des Influencer-Marketings

Influencer-Marketing ist eine Unterform des *eWOM*-Marketings (*electronic Word-of-Mouth*),²² worunter man „jede positive oder negative Aussage eines aktuellen, potentiellen oder ehemaligen Kunden über ein Produkt oder ein Unternehmen (versteht), die über das Internet einer Vielzahl von Menschen [...] zugänglich ist.“²³ Solche Kaufempfehlungen gewinnen durch mehrere Faktoren an Bedeutung. Zum einen wird dem Einzelnen das Suchen und Verbreiten von Meinungen durch die sozialen Medien erleichtert²⁴ und da auch viele Unternehmen vertreten sind, kann schon die Markierung mit „Gefällt mir“ den Freunden zeigen, dass man sich als Kunde dieses Unternehmens bekennt. Innerhalb des Netzwerks eines Einzelnen führen die Anzahl und die Stärke der Verbindungen zu solchen Personen, die das Produkt oder die Dienstleistung bereits nutzen und empfehlen (z.B. das Unternehmen mit „Gefällt mir“ markiert haben), zu einer größeren Einflussnahme dergestalt, dass der Einzelne das vorgelebte Verhalten in Form des Konsums eher adaptiert.²⁵ Dass *eWOM* die Einstellung zur Marke, Kaufabsichten und das Kaufverhalten im Sinne des erwähnten Unternehmens beeinflusst, wird darauf zurückgeführt, dass die Aussagen von Konsumenten im Gegensatz zu denen von Unternehmen als unvoreingenommen gelten.²⁶ Hinzu kommen die sich verschärfenden Datenschutzgesetze, die es Werbetreibenden zunehmend erschweren, potentielle Kunden direkt anzusprechen.²⁷

²¹ Siehe dazu Kapitel 3 A.

²² *Tabellion*, Influencer Marketing, S. 18.

²³ *Hennig-Thurau/Gwinner/Walsh* ua *Journal of Interactive Marketing* 2004, 38 (39).

²⁴ *Carr/R. Hayes* *Journal of Interactive Advertising* 2014, 38 (38–39); *Chu/Y. Kim* *International Journal of Advertising* 2011, 47 (50–51); *Schögel/Dörr/Herhausen* in *Schüller/Schwarz* (Hrsg.), *Leitfaden WOM Marketing*, S. 27 (29).

²⁵ *Katona/Zubcsek/Sarvary* *Journal of Marketing Research* 2011, 425 (426).

²⁶ Vgl. *Uzunoglu/Misci Kip* *International Journal of Information Management* 2014, 592 (598); *Branigan/Mitsis* *Int. J. Nonprofit Volunt. Sect. Mark.* 2014, 314 (319).

²⁷ *Schüller/Schwarz* (Hrsg.), *Leitfaden WOM Marketing*, S. 9.

Wichtiger ist jedoch, dass das alte Prinzip „viel hilft viel“ nicht mehr funktioniert.²⁸ Durch die ausufernde Werbebeschallung als Antwort auf die Zersplitterung der Zielgruppen²⁹ entwickeln Konsumenten zunehmend psychische Vermeidungsstrategien³⁰ oder installieren gleich Ad-Blocker.³¹ Werbeagenturen reagieren darauf mit der Konzeption von Werbung, die nicht sofort als solche zu erkennen ist, weil sie etwa redaktionellem Inhalt gleicht.³² Das sog. *Native Advertising* soll sich so in das mediale Umfeld einfügen, dass eine Unterbrechung durch³³ – und das damit verbundene Erkennen von – Werbung verhindert wird.³⁴ Kritisiert wird an dieser Werbeform, dass die herausragende Wirkung wohl dem Umstand geschuldet ist, dass die Nutzer die Werbung nicht als solche identifizieren.³⁵ Das Influencer-Marketing unterfällt durch die Vermischung von privaten und werblichen Aussagen und da die Beziehung zwischen dem Influencer und dem von ihm erwähnten Unternehmen oft unklar ist, dem *Native Advertising*.³⁶ Wird der wahre Ursprung einer Meinung nicht ausreichend offengelegt, wird in Anspielung auf die genannte Kritik auch von *covert advertising* gesprochen.³⁷

Neben der in Studien nachgewiesenen erhöhten Wirksamkeit im Vergleich zu traditionellen Medien sei zudem auf die Kosteneffektivität hingewiesen: *Childers* und *Lemon* nennen das Beispiel, dass Unternehmen 5,2 Millionen US-

²⁸ Schögel/Dörr/Herhausen in Schüller/Schwarz (Hrsg.), Leitfaden WOM Marketing, S. 27 (28).

²⁹ Esch/Stenger/Krieger in Schüller/Schwarz (Hrsg.), Leitfaden WOM Marketing, S. 113 (113).

³⁰ *Rumbo* Psychol. Mark. 2002, 127 (128); *Brown/N. Hayes*, Influencer Marketing, 140 f; *Benway* Proceedings of the Human Factors and Ergonomics Society 42nd Annual Meeting 1998, 463 (463); *Childers/L. Lemon/Hoy* Journal of Current Issues & Research in Advertising 2019, 258 (258); *Branigan/Mitsis* Int. J. Nonprofit Volunt. Sect. Mark. 2014, 314 (319).

³¹ *Fries*, Influencer-Marketing, S. 3.

³² *Evans/Phua/Lim* ua Journal of Interactive Advertising 2017, 138 (139).

³³ Vgl. dazu *Joonghwa Lee/Soojung Kim/Ham* American Behavioral Scientist 2016, 1425 (1436).

³⁴ *Jung/Heo* Journal of Interactive Advertising 2019, 1 (2).

³⁵ *Wojdynski/Evans* Journal of Advertising 2016, 157 (157); *M. Wu/Huang/R. Li* ua American Behavioral Scientist 2016, 1492 (1504); *Evans/Phua/Lim* ua Journal of Interactive Advertising 2017, 138 (146); *Gong/X. Li* Psychol. Mark. 2017, 720 (730).

³⁶ *Evans/Phua/Lim* ua Journal of Interactive Advertising 2017, 138 (139).

³⁷ Vgl. *C. Campbell/Grimm* Journal of Public Policy & Marketing 2019, 110 (114).

Dollar statt für eine Super Bowl Werbung auch für 1733 Beiträge von Influencern ausgeben könnten, die ihrerseits eine Reichweite von 100.000 Followern haben.³⁸ Leider ist bei den meisten Werbemaßnahmen nicht messbar, wie diese sich auf den Absatz auswirken, sodass die Kosteneffektivität nicht quantifiziert werden kann. Allerdings hat das Influencer-Marketing den Vorteil, dass durch die auf die Influencer zugeschnittenen Rabattcodes, die diese an ihre Follower herausgeben, die Unternehmen jedenfalls die Kosteneffektivität dieser Werbemaßnahme feststellen können.

Wenn für die Bewerbung ein Prominenter engagiert wird, handelt es sich um *Celebrity Endorsement*, worunter man die Einbindung von berühmten Persönlichkeiten in Marketingaktivitäten versteht.³⁹ Bedenkt man, dass *McCracken* mit einer weit gefassten Definition vornehmlich den „durchschnittlichen Konsumenten“ ausschließen wollte,⁴⁰ sollte auch der archetypische Influencer, der seine Bekanntheit durch die sozialen Medien erlangt hat,⁴¹ davon umfasst sein.⁴² Den Fall, der die Vorzüge von *eWOM* und *Celebrity Endorsement* vereint, bezeichnet man auch als *celebrity WOM*.⁴³ Selbst wenn zwar eine positive und einer Bewerbung anmutende Darstellung durch einen Influencer vorliegt, diese aber nicht vom Unternehmen beauftragt und bezahlt wurde, soll Influencer-Marketing vorliegen,⁴⁴ was sich mit dem Ziel dieser Arbeit deckt, auch solche Fälle aus rechtswissenschaftlicher Sicht zu beleuchten.

C. Möglichkeit der Einflussnahme

Für den Erfolg und die Nachhaltigkeit einer Beeinflussung ist insbesondere die Person des Kommunikators entscheidend. Warum das so ist, wird an den

³⁸ Childers/L. Lemon/Hoy *Journal of Current Issues & Research in Advertising* 2019, 258 (269); es wird dabei von einem Preis in Höhe von 3.000 Dollar pro Beitrag ausgegangen.

³⁹ *McCracken* *J Consum Res* 1989, 310 (310).

⁴⁰ Vgl. *McCracken* *J Consum Res* 1989, 310 (310).

⁴¹ Vgl. *Fries*, *Influencer-Marketing*, 6 f.

⁴² Vgl. *Kapitan/Silvera* *Mark Lett* 2016, 553 (553); vgl. auch *Brooks/Drenten/Piskorski* *Journal of Advertising* 2021, 528, die von „*influencer celebriification*“ sprechen.

⁴³ *Colliander/Erlandsson* *Journal of Marketing Communications* 2015, 110 (121).

⁴⁴ *Tabellion*, *Influencer Marketing*, S. 16; *Kapitan/Silvera* *Mark Lett* 2016, 553 (553).

drei Prozessen sozialen Einflusses nach *Kelman*⁴⁵ deutlich. Danach unterscheiden sich Anpassung (*compliance*), Identifikation (*identification*) und Internalisierung (*internalization*) in den Bedingungen, unter denen sie auftreten, und den Konsequenzen, die mit den Meinungsänderungen einhergehen.

Anpassung liegt etwa dann vor, wenn einer Meinung nur zugestimmt wird, wenn der Kommunikator diese vertritt und außerdem auf den Rezipienten den Eindruck macht, als könnte ersterer Einfluss nehmen auf die (z.B. Ausbildungs-) Möglichkeiten des Rezipienten.⁴⁶ In der den Erkenntnissen zugrundeliegenden Studie gab der Kommunikator vor, Präsident der nationalen Stiftung für Hochschulen der Afroamerikaner zu sein, und als solcher das von dem befragten Studierenden besuchte College zu unterstützen. Die afroamerikanischen Studierenden gaben eine Übereinstimmung mit dessen Meinung – dass trotz Urteil des Supreme Courts zur Unzulässigkeit von Rassentrennung es vorteilhaft sei, Universitäten nur für Afroamerikaner zu erhalten – nur an, wenn sie dachten, der Kommunikator würde ihre Antworten personalisiert mitgeteilt bekommen.⁴⁷

Eine solche Form der Einflussnahme, die darauf basiert, eine Einschränkung der Möglichkeiten anzudrohen, führt nicht zu einer Einstellungsänderung des Rezipienten und ist darüber hinaus auch nicht gewollt. Deutlich wird das an den Extremfällen, die nach § 3 III UWG stets unzulässig sind. Unzulässig sind etwa nach Nr. 25 des Anhangs zu § 3 III UWG das Erwecken des Eindrucks, der Verbraucher könne bestimmte Räumlichkeiten nicht ohne vorherigen Vertragschluss verlassen, oder nach Nr. 17 unwahre Angaben über Art und Ausmaß einer Gefahr für die persönliche Sicherheit des Verbrauchers oder dessen Familie für den Fall, dass er die angebotene Ware oder Dienstleistung nicht erwirbt oder in Anspruch nimmt.

Beim Influencer-Marketing wird *compliance* nicht relevant, da es unwahrscheinlich scheint, dass Konsumenten Nachteile entstehen, wenn sie sich nicht entgegen der eigenen Überzeugung einem Influencer anbiedern.⁴⁸ Stattdessen ist ein

⁴⁵ *Kelman* Journal of Conflict Resolution 1958, 51 (53).

⁴⁶ Vgl. *Kelman* Journal of Conflict Resolution 1958, 51 (55).

⁴⁷ *Kelman* Journal of Conflict Resolution 1958, 51 (57).

⁴⁸ *Kapitan/Silvera* Mark Lett 2016, 553 (555).

Augenmerk auf Identifikation und Internalisierung zu legen. Bei der Identifikation adaptiert der Einzelne das induzierte Verhalten, um sein Selbstbild dem Bild anzupassen, das er vom Beeinflusser hat.⁴⁹ Diese Art der Beeinflussung ist Resultat einer oberflächlichen Beschäftigung mit der Aussage des Beeinflussers und – bedenkt man die hohe Zahl an Werbeaussagen, denen wir tagtäglich ausgesetzt sind – die wahrscheinlichste Art der Beeinflussung.⁵⁰ Sie wird geleitet von Hinweisreizen wie der Attraktivität oder Sympathie des Beeinflussers, ohne dass der Einzelne sich mit den in der Aussage enthaltenen Argumenten inhaltlich auseinandersetzt.⁵¹

Die Internalisierung benennt den Vorgang, dass Konsumenten die Meinung des Beeinflussers als ihre eigene übernehmen, da sie mit ihrem Wertesystem in Einklang gebracht werden kann.⁵² Dazu müssen die Konsumenten den Beeinflusser als glaub- und vertrauenswürdig einschätzen und den kognitiven Aufwand aufbringen, die Argumente inhaltlich zu durchdringen.⁵³ Der Unterschied zwischen den beiden Formeln liegt sowohl in der Ursache – Verarbeitung von Hinweisreizen versus kognitivem Aufwand – als auch im Resultat und in der Häufigkeit des Auftretens.⁵⁴ Zwar begünstigen die sozialen Medien die Identifikation mit anderen, ihre Wirkung ist jedoch vergänglich.⁵⁵ Eine lang anhaltende Beeinflussung kann nach *Kapitan* und *Silvera* nur durch Internalisierung erreicht werden.⁵⁶

Im Folgenden wird vertieft auf die Beeinflussung im Allgemeinen und im Zusammenhang mit dem Influencer-Marketing im Besonderen eingegangen. Der Aufbau orientiert sich an den Komponenten, die für den Erfolg einer Beeinflussung entscheidend sind: Kommunikator, Botschaft, Kanal und Rezipient.⁵⁷

⁴⁹ Vgl. *Kelman* Journal of Conflict Resolution 1958, 51 (53); *Kapitan/Silvera* Mark Lett 2016, 553 (555).

⁵⁰ Vgl. *Kapitan/Silvera* Mark Lett 2016, 553 (555 f.).

⁵¹ *Kapitan/Silvera* Mark Lett 2016, 553 (556).

⁵² Vgl. *Kelman* Journal of Conflict Resolution 1958, 51 (53); *Kapitan/Silvera* Mark Lett 2016, 553 (555).

⁵³ *Kapitan/Silvera* Mark Lett 2016, 553 (558 f.); *Kelman* Journal of Conflict Resolution 1958, 51 (53).

⁵⁴ *Kapitan/Silvera* Mark Lett 2016, 553 (562).

⁵⁵ *Kapitan/Silvera* Mark Lett 2016, 553 (562).

⁵⁶ *Kapitan/Silvera* Mark Lett 2016, 553 (562).

⁵⁷ *McGuire* in Lindzey/E. Aronson (Hrsg.), Handbook of Social Psychology, S. 233 (298).

I. Kommunikator: Influencer

Die subjektive Wahrnehmung des Influencers ist entscheidend für dessen Auswirkung auf das Verhalten des Konsumenten. Es muss folglich beachtet werden, dass die folgenden Attribute aus Sicht des zu Beeinflussenden dem Influencer zugestanden werden müssen, damit sie sich auswirken können.⁵⁸

1. Glaubwürdigkeit

Glaubwürdigkeit ist subjektiv⁵⁹ und beinhaltet die Komponenten Kompetenz und Vertrauenswürdigkeit.⁶⁰ Unter Kompetenz kann der Umfang verstanden werden, in welchem das Können, die Erfahrung, das Wissen und die Sachkenntnis des Einzelnen durch andere für deren Entscheidungsfindung genutzt werden.⁶¹ Da Influencer sich auf ein gewisses Themengebiet spezialisieren und oft auch professionalisieren,⁶² werden sie innerhalb dieses Themengebietes als Experten wahrgenommen.⁶³ Die Kompetenz sollte sich auch auf den beworbenen Produktbereich beziehen oder jedenfalls sollte den Influencern zugetraut werden, als potentielle Nutzer des Produktes eine Meinung dazu abgeben zu können.⁶⁴ War diese Voraussetzung erfüllt, konnten *Martínez-López u.a.* bei den Konsumenten beobachten, dass diese der Werbeaussage mehr Vertrauen und Glauben schenkten und dazu geneigt waren, zusätzliche Informationen zum Produkt einzuholen.⁶⁵

⁵⁸ Vgl. *Kapitan/Silvera* *Mark Lett* 2016, 553 (557).

⁵⁹ Vgl. *Berlo/Lemert/Mertz* *Public Opinion Quarterly* 1969, 563; *Tabellion*, *Influencer Marketing*, S. 56.

⁶⁰ *Sternthal/Phillips/Dholakia* *Public Opinion Quarterly* 1978, 285 (286); *Chiu/Kamal* *Journal of Interactive Advertising* 2008, 26 (27).

⁶¹ *Samuel Kim/Jinsoo Lee/Prideaux* *International Journal of Hospitality Management* 2014, 131 (132).

⁶² *Erz/Heeris Christensen* *Journal of Interactive Marketing* 2018, 69 (79).

⁶³ *H.-C. Lin/Bruning/Swarna* *Business Horizons* 2018, 431 (435); vgl. auch die Prämisse von *Balog/Rijke/Weerkamp* in *Chua/Leong/Myaeng* ua (Hrsg.), *SIGIR*, S. 753 (753).

⁶⁴ *Martínez-López/Anaya-Sánchez/Fernández Giordano* ua *Journal of Marketing Management* 2020, 579 (598); *Till/Busler* *Journal of Advertising* 2000, 1 (11); *Fink/Cunningham/Kensicki* *Journal of Sport Management* 2004, 350 (363); *Dwivedi/L. Johnson* *Australasian Marketing Journal (AMJ)* 2013, 36 (40).

⁶⁵ *Martínez-López/Anaya-Sánchez/Fernández Giordano* ua *Journal of Marketing Management* 2020, 579 (598).

Nur dass im Vergleich zu einem weniger kompetenten Bewerber ein höheres Vertrauen in die Werbeaussage festgestellt wurde,⁶⁶ heißt nicht, dass allein zugeschriebene Kompetenz ein solches Vertrauen garantiert. *Lou* und *Yuan* konnten keinen Zusammenhang zwischen Kompetenz des Influencers und dem Vertrauen in kommerzielle Inhalte des Bewerbenden feststellen.⁶⁷ Es nützt schließlich die größte Expertise nichts, wenn der Experte nicht bereit ist, sein Wissen zu teilen.

Deshalb wird ebenfalls auf die Vertrauenswürdigkeit abgestellt, die die Motivation zur Bewerbung in den Blick nimmt.⁶⁸ Persönlichen Blogs wird zunächst eine Unvoreingenommenheit unterstellt.⁶⁹ Wurde die Bewerbung aber – etwa durch Sponsorschaft⁷⁰ – incentiviert, kann dies das Vertrauen in die Werbeaussage beeinflussen.⁷¹ Interessant ist, dass Sponsorschaft im Gegenteil die Glaubwürdigkeit auch steigern kann, denn sie impliziert, dass der Influencer sogar vom Unternehmen als kompetente Informationsquelle wahrgenommen wird.⁷² In den sozialen Medien wird außerdem ein eventueller negativer Effekt durch verschiedene Aspekte abgeschwächt. Zeigen Influencer die Produkte integriert in ihren Alltag, vermitteln sie damit, dass sie die beworbenen Produkte tatsächlich selbst nutzen.⁷³ Hinzu kommt, dass die Interaktion zwischen Influencer und Follower die Vertrauenswürdigkeit der Influencer fördert.⁷⁴ Zudem gehen die Konsumenten davon aus, dass, auch wenn die Prominenten für die Bewerbung bezahlt wurden, sie nur für solche Produkte mit ihrem Namen einstehen,

⁶⁶ Vgl. den Versuchsaufbau von *Martínez-López/Anaya-Sánchez/Fernández Giordano* ua *Journal of Marketing Management* 2020, 579 (594); Kongruenz zwischen Influencer und Produkt bezieht sich nur auf Kompetenz vgl. ebd. S. 592.

⁶⁷ *Lou/Yuan* *Journal of Interactive Advertising* 2019, 58 (68).

⁶⁸ *Tabellion*, *Influencer Marketing*, 34 f.

⁶⁹ *Carr/R. Hayes* *Journal of Interactive Advertising* 2014, 38 (39); *T. Johnson/Kaye* *Journalism & Mass Communication Quarterly* 2004, 622 (634 f.); *Lou/Tan/X. Chen* *Journal of Interactive Advertising* 2019, 169 (178).

⁷⁰ Siehe dazu Kapitel 1 C. IV.

⁷¹ *Boerman/Willemsen/van der Aa* *Journal of Interactive Marketing* 2017, 82 (90).

⁷² *Carr/R. Hayes* *Journal of Interactive Advertising* 2014, 38 (46).

⁷³ Vgl. *Uzunoglu/Misci Kıp* *International Journal of Information Management* 2014, 592 (596); *Schouten/Janssen/Verspaget* *International Journal of Advertising* 2020, 258 (262).

⁷⁴ *M. Xiao/Rang Wang/Chan-Olmsted* *Journal of Media Business Studies* 2018, 188 (205); *Tabellion*, *Influencer Marketing*, S. 237.

die sie wirklich mögen.⁷⁵ Selbst wenn das anfangs nicht der Fall gewesen sein sollte, so können Reziprozität, Konsistenz und *Commitment* zu diesem Ergebnis führen. Wenn auch nur das Produkt geschenkt wurde, zwingt die Influencer das Gebot der Reziprozität, sich zu revanchieren und zwar beispielsweise mit einer – wenn eventuell auch nur leicht – positiveren Darstellung als sie bei einem Selbstkauf vorgenommen hätten.⁷⁶ Haben sie dann vor sich und ihrer Internetfangemeinde ihre Produktaffinität bekundet, zwingen sie Konsistenz⁷⁷ und *Commitment*⁷⁸ dazu, tatsächlich diese Meinung zu vertreten. Welche Macht Konsistenz hat, sei anschaulich am Beispiel amerikanischer Soldaten in chinesischer Kriegsgefangenschaft während des Koreakrieges gezeigt. Dadurch, dass sie ohne psychischen Druck einen Aufsatz bspw. über die Probleme der USA verfassen sollten und sie sich nach Veröffentlichung dieses Aufsatzes in der Rolle eines Kollaborateurs wiederfanden, veränderten viele Soldaten ihr Selbstbild und nahmen in der Folge wesentlich weitere kollaborative Handlungen vor.⁷⁹ Wahrgenommene Vertrauenswürdigkeit verbessert die Einstellung zum Produkt⁸⁰ und die Glaubwürdigkeit der Werbeaussage.⁸¹ Es wurde festgestellt, dass Vertrauenswürdigkeit ein größerer Einfluss zukommt als Kompetenz, Ähnlichkeit, Sympathie des Influencers⁸² und als dem Inhalt der Aussage.⁸³ Erklärt wird dieses Ergebnis damit, dass in einer Welt, in der falsche Informationen schnell erstellt und noch schneller verbreitet werden können, aufrichtige Informationsquellen mehr als alles andere von den Internetnutzern gewürdigt werden.⁸⁴

⁷⁵ Boerman/Willemsen/van der Aa *Journal of Interactive Marketing* 2017, 82 (84); Atkin/Block *JAR* 1983, 57.

⁷⁶ Die Reziprozitätsregel besagt, dass wir uns für Geschenke, Einladungen oder andere Gefälligkeiten revanchieren sollen, vgl. *Cialdini*, *Die Psychologie des Überzeugens*, S. 44.

⁷⁷ Darunter werden unsere Bestrebungen verstanden, im Einklang mit unserem früheren Verhalten zu handeln, vgl. *Cialdini*, *Die Psychologie des Überzeugens*, S. 94

⁷⁸ Sobald sich auf einen Standpunkt festgelegt wurde, besteht die natürliche Neigung darin, konsequent bei diesem zu bleiben, vgl. *Cialdini*, *Die Psychologie des Überzeugens*, S. 106.

⁷⁹ *Cialdini*, *Die Psychologie des Überzeugens*, 111 f.

⁸⁰ Schouten/Janssen/Verspaget *International Journal of Advertising* 2020, 258 (273).

⁸¹ M. Xiao/Rang Wang/Chan-Olmsted *Journal of Media Business Studies* 2018, 188 (204).

⁸² M. Xiao/Rang Wang/Chan-Olmsted *Journal of Media Business Studies* 2018, 188 (204).

⁸³ Chu/Kamal *Journal of Interactive Advertising* 2008, 26 (32), es sollte aber beachtet werden, dass diese beiden Aspekte nicht direkt miteinander verglichen wurden.

⁸⁴ M. Xiao/Rang Wang/Chan-Olmsted *Journal of Media Business Studies* 2018, 188 (205).

Eng mit der Glaubwürdigkeit verbunden⁸⁵ ist die Authentizität, unter der die Wahrnehmung verstanden wird, dass ein Prominenter im Einklang mit seinem wahren Selbst handelt.⁸⁶ Sie lässt sich in Einzigartigkeit und Beständigkeit unterteilen und während für jüngere Nutzer Talent und Originalität entscheidend für die Wahrnehmung von Authentizität ist, legen ältere mehr Wert auf Beständigkeit, Offenheit und Moral.⁸⁷ So wie der Einblick in das Leben der Influencer die Markenaussagen glaubwürdig macht, macht er die Bewerber authentischer,⁸⁸ sofern die gesponserten Inhalte zum Influencer passen.⁸⁹ Wahrgenommene Authentizität hat einen positiven Effekt auf die Einstellung zu dem gezeigten Foto und auf die Kaufabsicht.⁹⁰

2. Passung zur Marke

Für das *Celebrity Endorsement* wurde festgestellt, dass nach der *Match-Up*-Hypothese⁹¹ die Werbung effektiver ist, wenn das beworbene Produkt oder die beworbene Marke zum Prominenten passt⁹² und diese These wurde auch für das Influencer-Marketing bestätigt.⁹³ Für die Feststellung, ob eine Kongruenz vorliegt, haben sich verschiedene Messmethoden herausgebildet, auf die an dieser Stelle nur verwiesen werden soll.⁹⁴ Dass dann, wenn der Stil des Fotos zum

⁸⁵ Russell/Rasolofarison *International Journal of Advertising* 2017, 761 (771).

⁸⁶ Moulard/Garrity/Rice *Psychol. Mark.* 2015, 173 (173); Moulard/Rice/Garrity *ua Psychol. Mark.* 2014, 576 (577).

⁸⁷ Moulard/Garrity/Rice *Psychol. Mark.* 2015, 173 (183).

⁸⁸ Boerman/Willemsen/van der Aa *Journal of Interactive Marketing* 2017, 82 (82).

⁸⁹ Pöyry/Pelkonen/Naumanen *ua International Journal of Strategic Communication* 2019, 336 (346).

⁹⁰ Pöyry/Pelkonen/Naumanen *ua International Journal of Strategic Communication* 2019, 336 (346); vgl. Ilicic/Cynthia M. Webster *Psychol. Mark.* 2016, 410 (418).

⁹¹ Erdogan *Journal of Marketing Management* 1999, 291 (302 f.); Kamins *Journal of Advertising* 1990, 4 (10 f.).

⁹² Siehe die Übersichten bei Bergkvist/Zhou *International Journal of Advertising* 2016, 642 (650); Erdogan *Journal of Marketing Management* 1999, 291 (302 f.); Knoll/Matthes *J. of the Acad. Mark. Sci.* 2017, 55 (68).

⁹³ Pöyry/Pelkonen/Naumanen *ua International Journal of Strategic Communication* 2019, 336 (346).

⁹⁴ Vgl. die Übersichten bei Santos/Barros/Azevedo *Jnl of Product & Brand Mgt* 2019, 242 (244).

Prominenten passt, dieser als authentischer wahrgenommen wird,⁹⁵ ist ein Beleg dafür, dass bei der Gestaltung von kommerziellen Beiträgen das beworbene Unternehmen dem Werbeträger freie Hand lassen sollte.⁹⁶ Ebenfalls soll eine Ähnlichkeit zwischen dem Selbstbild des Nutzers und dem bewerbenden Prominenten die Einstellung zur Marke verbessern und damit zu einer höheren Kaufbereitschaft führen.⁹⁷ Erklärt wird dieses Ergebnis mit dem *Meaning-Transfer-Modell*: Prominente übertragen durch ihre Bewerbung Werte, für die sie stehen, auf die Marke,⁹⁸ sodass die Konsumenten durch den Kauf des Produktes zeigen können, dass sie sich ebenfalls mit diesen Werten identifizieren.⁹⁹ Weichen aber die Werte des Werbenden von denen der beworbenen Marke ab, ist die Werbung eher als solche zu erkennen¹⁰⁰ und die Werbenden werden von ihrer Gefolgschaft abgestraft. Beispielhaft sei dazu die Kooperation von *Lena Meyer-Landrut* und H&M genannt; während *Lena* für Nachhaltigkeit wirbt und ihre Modelinie bei H&M auch mit diesem Attribut bewarb, sah sich H&M wegen Ausbeutung der Arbeiter in Billiglohnländern und der Vernichtung von neuer, überschüssig produzierter Kleidung in der Kritik. Eine nachhaltige Kollektion von H&M sei Greenwashing und dass *Lena* sich daran beteilige, pures Gewinnstreben, so die Fans.¹⁰¹

3. Reichweite

Anhand der Anzahl der Follower wird zwischen Nano-, Mikro- und Makro- und Mega-Influencern unterschieden. Die Schwellenwerte sind von der jeweiligen Plattform abhängig. Auf Instagram spricht man bei 1000 bis 5000 von Nano-Influencern, von 5 000 bis 10 000 von Mikro-Influencern, von 20 000 bis

⁹⁵ Pöyry/Pelkonen/Naumanen ua International Journal of Strategic Communication 2019, 336 (346).

⁹⁶ Vgl. Childers/L. Lemon/Hoy Journal of Current Issues & Research in Advertising 2019, 258 (269).

⁹⁷ J. Paul/Bhakar Journal of Promotion Management 2018, 153 (168 f.).

⁹⁸ McCracken J Consum Res 1989, 310 (314).

⁹⁹ Pradhan/Duraipandian/Setbi Journal of Marketing Communications 2016, 456 (466); Hung Journal of Advertising 2014, 155 (163).

¹⁰⁰ M. Wu/Huang/R. Li ua American Behavioral Scientist 2016, 1492 (1504).

¹⁰¹ Lau STERN.de v. 26.4.2019.

100 000 von Midi-Influencern, bis eine Million von Makro-Influencern und bei mehr als einer Million Followern von Mega-Influencern.¹⁰²

Im Zusammenhang mit klassischem *Celebrity Endorsement* wurde entweder vorausgesetzt¹⁰³ oder die Vermutung aufgestellt¹⁰⁴ und teilweise auch bestätigt,¹⁰⁵ dass eine größere Zahl an Anhängern auch mit einem größeren Einfluss einhergeht. Dem könnte zugrunde liegen, dass Makro-Influencer als beliebter gelten und dadurch sympathischer erscheinen.¹⁰⁶

Allerdings zeigen nachfolgend genannte Ergebnisse, dass diese Studien ggf. nicht auf das Influencer-Marketing übertragbar sind.¹⁰⁷ So könnten gerade aufgrund dieser wahrgenommenen Berühmtheit die Makro-Influencer als einflussreicher gelten und genau aus diesem Grund könnten Konsumenten diesem Einfluss eher widerstehen als dem von weniger beeinflussend wirkenden Mikro-Influencern.¹⁰⁸

Mikro-Influencer kommunizieren mehr mit den einzelnen ihrer Follower,¹⁰⁹ was auch eine Erklärung dafür sein könnte, warum die Engagementraten (die Zahl der Interaktionen der Follower mit dem Influencer im Verhältnis zur Anzahl der Follower insgesamt,¹¹⁰ gemessen an Likes und Kommentaren) mit zunehmender Followerzahl überproportional sinken.¹¹¹ Hinzu kommt, dass Mikro-Influencer Nischenthemen besetzen¹¹² und in diesen als Experten wahrgenommen werden.¹¹³ Die Besetzung einer Nische führt zwangsläufig dazu, dass sich die Gefolgschaft in diesem Punkt sehr ähnlich ist, was den Vorteil hat, dass auf diese Zielgruppe ausgerichtete Werbung kaum Streuverluste verzeichnen

¹⁰² *Theile* Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 14.09.2020, 22.

¹⁰³ Vgl. *Casaló/Flavián/Ibáñez-Sánchez* Journal of Business Research 2020, 510 (512).

¹⁰⁴ *Veirman/Caubergh/Hudders* International Journal of Advertising 2017, 798 (799).

¹⁰⁵ *S.-A. Jin/Phua* Journal of Advertising 2014, 181 (192); *Bakshy/Hofman/Mason* ua in King/Nejdl/H. Li (Hrsg.), WSDM, S. 65 (71).

¹⁰⁶ *Veirman/Caubergh/Hudders* International Journal of Advertising 2017, 798 (813).

¹⁰⁷ *Kay/Mulcahy/Parkinson* Journal of Marketing Management 2020, 248 (267 f.).

¹⁰⁸ *Kay/Mulcahy/Parkinson* Journal of Marketing Management 2020, 248 (268); *Jung/Heo* Journal of Interactive Advertising 2019, 1 (7).

¹⁰⁹ *Schouten/Janssen/Verspaget* International Journal of Advertising 2020, 258 (277).

¹¹⁰ *Seeger/Kost*, Influencer Marketing, S. 183.

¹¹¹ *Seeger/Kost*, Influencer Marketing, S. 40.

¹¹² *Seeger/Kost*, Influencer Marketing, S. 40.

¹¹³ *Schouten/Janssen/Verspaget* International Journal of Advertising 2020, 258 (277).

muss.¹¹⁴ *Bakshy u.a.* stellten fest, dass die kosteneffektivste Strategie darin liegt, Individuen zu engagieren, die wenige Follower haben (in der Studie ungefähr 14 bei Twitter, das 2023 in X umbenannt wurde¹¹⁵) und dementsprechend – verglichen mit den reichweitenstärksten Nutzern – die in sie investierten geringen Kosten sich in die 15-fache Menge von Beeinflussung pro Dollar umwandeln.¹¹⁶ Da Mikro-Influencer immer auch ihre Gefolgschaft durch die sozialen Medien erlangt haben,¹¹⁷ und somit nahbarer wirken als atypische Influencer, die vorher schon berühmt waren,¹¹⁸ kann die positive Wahrnehmung teilweise auch darauf und nicht zwingend auf die moderate Zahl an Followern zurückgeführt werden. Dass eine große Anzahl an Followern nicht zwingend ein Garant für Erfolg darstellt,¹¹⁹ zeigt zudem folgendes Beispiel: Ein Produkt mit einem vom Mainstream abweichenden Design vermittelt Einzigartigkeit und verbessert dadurch die Einstellung zur Marke.¹²⁰ Wird ein solches einzigartig erscheinendes Produkt jedoch von einem Influencer mit hoher Followerzahl beworben, kann es das Versprechen, den Erwerber ebenfalls einzigartig erscheinen zu lassen, nicht halten. In der Folge ist die Einstellung zur Marke negativer als nach der Bewerbung durch einen Influencer mit einer moderaten Anzahl an Followern.¹²¹

¹¹⁴ *Seeger/Kost*, Influencer Marketing, S. 40; vgl. auch *Theile* Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 14.09.2020, 22.

¹¹⁵ Im Folgenden wird Twitter als der Name verwendet, unter dem das Netzwerk in den erwähnten Studien aufgeführt wird.

¹¹⁶ *Bakshy/Hofman/Mason* ua in King/Nejdl/H. Li (Hrsg.), WSDM, S. 65 (72).

¹¹⁷ Vgl. *Schouten/Janssen/Verspaget* International Journal of Advertising 2020, 258 (277); *H.-C. Lin/Bruning/Swarna* Business Horizons 2018, 431 (435 f.).

¹¹⁸ Vgl. *Shan/K.-J. Chen/J.-S. Lin* International Journal of Advertising 2020, 590 (605); *Pöyry/Pelkonen/Naumanen* ua International Journal of Strategic Communication 2019, 336 (347); *Khamis/Ang/Welling* Celebrity Studies 2017, 191 (194).

¹¹⁹ *Veirman/Caubergh/Hudders* International Journal of Advertising 2017, 798 (814); *Kay/Mulcahy/Parkinson* Journal of Marketing Management 2020, 248 (267 f.); *Bakshy/Hofman/Mason* ua in King/Nejdl/H. Li (Hrsg.), WSDM, S. 65 (72).

¹²⁰ *Veirman/Caubergh/Hudders* International Journal of Advertising 2017, 798 (813); *J. Berger/Heath* J Consum Res 2007, 121 (132).

¹²¹ *Veirman/Caubergh/Hudders* International Journal of Advertising 2017, 798 (813).

II. Rezipient: Follower

1. Parasoziale Interaktion (PSI)

Um das – vornehmlich einseitige – Verhältnis zwischen Influencer und Follower zu verstehen, kann auf die Erkenntnisse zur Parasozialen Interaktion (PSI) zurückgegriffen werden.¹²² Unter PSI versteht man die Illusion des Medienkonsumenten, eine persönliche Beziehung ähnlich einer Freundschaft zum Medienakteur zu führen.¹²³ Die Konsumenten fühlen sich, als ob sie den Prominenten im gleichen Maße wie einen echten Freund kennen und verstehen.¹²⁴ In den Massenmedien, zu denen das Konzept entworfen wurde,¹²⁵ ist eine direkte Teilhabe nur etwa durch Beantwortung von Fragen aus dem Publikum vor Ort möglich.¹²⁶ Die sozialen Medien hingegen bieten mit dem Like-Button und der Kommentarfunktion die Möglichkeit, direkt auf die Nachricht zu reagieren, worauf der Influencer wiederum reagieren kann.¹²⁷ Hinzu kommt, dass die Nutzer durch persönliche Geschichten und Bilder tatsächlich am Leben der Meinungsführer teilhaben können.¹²⁸ Trotzdem bleiben die Interaktionen vornehmlich einseitig, sodass das Modell der Parasozialen Interaktion auf die sozialen Netzwerke übertragbar ist.¹²⁹

Relevant für die Bildung einer PSI ist die wahrgenommene Attraktivität und die wahrgenommene Ähnlichkeit zum Nutzer.¹³⁰ Physische Attraktivität spielt dabei weniger eine Rolle als soziale Attraktivität, unter der man die Tendenz eines einzelnen versteht, eine andere Person positiv wahrzunehmen.¹³¹ Allerdings

¹²² *Jung Lee/Watkins* Journal of Business Research 2016, 5753.

¹²³ *Horton/Wohl* Psychiatry 1956, 215.

¹²⁴ *Perse/R. Rubin* Communication Research 1989, 59 (60).

¹²⁵ *Horton/Wohl* Psychiatry 1956, 215.

¹²⁶ *Horton/Wohl* Psychiatry 1956, 215 (218).

¹²⁷ *Tabellion*, Influencer Marketing, S. 51.

¹²⁸ *Colliander/Erlandsson* Journal of Marketing Communications 2015, 110 (111).

¹²⁹ *Jung Lee/Watkins* Journal of Business Research 2016, 5753 (5754). vgl. zu Blogs *Colliander/Dahlén* JAR 2011, 313 (317).

¹³⁰ *Jung Lee/Watkins* Journal of Business Research 2016, 5753 (5754).

¹³¹ *R. Rubin/McHugh* Journal of Broadcasting & Electronic Media 1987, 279 (288).

wurde bereits mehrfach festgestellt, dass denjenigen, die als physisch attraktiv gelten, auch eine soziale Attraktivität zugesprochen wird.¹³²

Eine Ähnlichkeit des Influencers zum Nutzer hat für den Nutzer den Vorteil, dass er durch den Konsum der Inhalte seine eigenen Meinungen und Bedenken bestätigt sieht.¹³³ Lee und Watkins konnten feststellen, dass eine PSI sich eher dann ausbildet, wenn ein Vlogger (Video-Blogger, z.B. Youtuber) als dem Nutzer ähnlich angesehen wird oder so ist, wie der Nutzer gern wäre.¹³⁴

Große Ähnlichkeit führt oft zu Identifikation mit dem Darsteller.¹³⁵ Im Vergleich zum klassischen *Celebrity Endorsement*, also der Werbung mit „herkömmlichen“ Prominenten, ist beim Influencer-Marketing eine Identifikation mit archetypischen Influencern wahrscheinlicher, denn sie werden eher als normale Menschen denn als Prominente wahrgenommen.¹³⁶

Wie in einer richtigen Freundschaft entwickelt sich eine PSI mit der Zeit¹³⁷ und je länger eine Interaktion stattfindet oder je häufiger Interaktionen stattfinden, desto wahrscheinlicher bildet sich eine solche Beziehung aus.¹³⁸ Die *Uncertainty Reduction Theory* erklärt das damit, dass Individuen aktiv Informationen suchen, um ihre Fähigkeit zu verbessern, das Verhalten des anderen vorherzusehen.¹³⁹ Die Häufigkeit der Interaktionen führt über die Wahrnehmung des Verhaltens zum Gefühl, den anderen wirklich zu kennen,¹⁴⁰ obwohl dieser nach wie vor (fast) unerreichbar bleibt.

¹³² Dion/Berscheid/Walster *Journal of Personality and Social Psychology* 1972, 285 (289); Goldman/Lewis *Journal of Experimental Social Psychology* 1977, 125 (128); Walster/V. Aronson/Abrahams ua *Journal of Personality and Social Psychology* 1966, 508 (514).

¹³³ Hoffner/Cantor (1991) zitiert nach Eyal/A. Rubin *Journal of Broadcasting & Electronic Media* 2003, 77 (80); Seeger/Kost, *Influencer Marketing*, S. 154; Escalas/Bettman *Journal of Advertising* 2017, 297 (305 f.).

¹³⁴ Jung Lee/Watkins *Journal of Business Research* 2016, 5753 (5759).

¹³⁵ Eyal/A. Rubin *Journal of Broadcasting & Electronic Media* 2003, 77 (80).

¹³⁶ Schouten/Janssen/Verspaget *International Journal of Advertising* 2020, 258 (274).

¹³⁷ Perse/R. Rubin *Communication Research* 1989, 59 (60).

¹³⁸ R. Rubin/McHugh *Journal of Broadcasting & Electronic Media* 1987, 279 (281); Colliander/Erlandsson *Journal of Marketing Communications* 2015, 110 (111).

¹³⁹ C. Berger/Calabrese *Human Comm Res* 1975, 99 (100).

¹⁴⁰ Perse/R. Rubin *Communication Research* 1989, 59 (74).

Die Entwicklung von PSI hängt zudem davon ab, aus welchen Gründen die Konsumenten die sozialen Medien nutzen.¹⁴¹ PSI wird vermehrt von solchen Nutzern ausgebildet, die Medien nutzen, um unterhalten zu werden, der Einsamkeit zu entfliehen oder um sich zu informieren.¹⁴²

Besteht dann eine Parasoziale Beziehung zwischen Influencer und Follower, liefert die *Social Comparison Theory* Hinweise darauf, warum die von den Influencern dargestellten Marken positiver wahrgenommen werden und die Kaufbereitschaft zunimmt.¹⁴³ Das Selbstbild der Nutzer beinhaltet die Vorstellung, die Meinungen des Influencers zu teilen, sodass sie auch deren Meinungen übernehmen.¹⁴⁴ Wenn sie dann entsprechend einen Vlog sehen, in dem Luxusmarken positiv bewertet werden, nehmen sie selbst die beworbene Marke ebenfalls positiv wahr.¹⁴⁵ Der Erfolg der Vermarktung von Produkten hängt zu einem gewissen Grad davon ab, wie glaubwürdig das beworbene Produkt dem Nutzer versprechen kann, dem Influencer durch Erwerb ähnlicher zu werden.¹⁴⁶ Um es mit dem Beispiel der Wissenschaftler zu verdeutlichen: Wenn ich eine Uhr kaufe, kann ich mich so schick wie ein Influencer fühlen; aber allein der Kauf von Make-Up macht mich nicht ebenso hübsch.¹⁴⁷

2. Persuasion Knowledge

Pro Minute wurden 2022 allein auf dem Netzwerk YouTube 500 Stunden Videomaterial hochgeladen.¹⁴⁸ Über das Internet besteht die Möglichkeit, auf eine nahezu unbegrenzte Auswahl an Produkten zuzugreifen. Bedingt durch die

¹⁴¹ H. Kim/Ko/J. Kim *Journal of Global Scholars of Marketing Science* 2015, 279 (280).

¹⁴² H. Kim/Ko/J. Kim *Journal of Global Scholars of Marketing Science* 2015, 279 (281).

¹⁴³ Jung Lee/Watkins *Journal of Business Research* 2016, 5753 (5757); Chan/Prendergast *International Journal of Advertising* 2008, 799 (818); Hung *Journal of Advertising* 2014, 155 (163).

¹⁴⁴ Jung Lee/Watkins *Journal of Business Research* 2016, 5753 (5759); Escalas/Bettman *Journal of Advertising* 2017, 297 (305 f.); Cialdini, *Die Psychologie des Überzeugens*, S. 239; Kelman *Annu Rev Psychol* 2006, 1 (4).

¹⁴⁵ Jung Lee/Watkins *Journal of Business Research* 2016, 5753 (5759); H. Kim/Ko/J. Kim *Journal of Global Scholars of Marketing Science* 2015, 279 (289).

¹⁴⁶ Schouten/Janssen/Verspaget *International Journal of Advertising* 2020, 258 (275).

¹⁴⁷ Schouten/Janssen/Verspaget *International Journal of Advertising* 2020, 258 (274).

¹⁴⁸ Statista, YouTube: hours of video uploaded every minute 2022, <https://www.statista.com/statistics/259477/hours-of-video-uploaded-to-youtube-every-minute/> (zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).

Zunahme von Datenmengen und Entscheidungsmöglichkeiten verringert sich die menschliche Bereitschaft, Inhalten längere Zeit Aufmerksamkeit zu schenken.¹⁴⁹ Zur Unterscheidung, was wahrnehmungswürdig oder konsumierwürdig ist und was nicht, orientieren sich Konsumenten vermehrt an anderen und vertrauen auf die Bewertungen von anderen.¹⁵⁰ Um dabei nicht Opfer einer Marketingstrategie zu werden, greifen sie auf das Wissen um Beeinflussungstaktiken zurück.¹⁵¹

Was der EuGH mit dem Begriff des verständigen Verbrauchers voraussetzt,¹⁵² wird in der Psychologie mit dem *Persuasion Knowledge Model* beschrieben: Verbraucher entwickeln mit der Zeit die Fähigkeit, zu erkennen, wie man beeinflusst und wann sie etwa von Werbung und Verkäufern beeinflusst werden sollen.¹⁵³ Dieses Wissen nutzen sie nicht notwendigerweise, um jedem Versuch der Beeinflussung zu widerstehen (z.B. keines der beworbenen Produkte zu kaufen), sondern um im Einklang der eigenen Ziele auf den Versuch der Beeinflussung reagieren zu können und natürlich auch, um andere zu beeinflussen.¹⁵⁴ Um solche Versuche der Beeinflussung zu erkennen, greifen sie auf Kenntnisse zurück, die sie in ihrer Gesellschaft vermittelt bekommen (*Folk Knowledge*) und vertiefen oder modifizieren diese durch eigene Erfahrungen.¹⁵⁵ Das Problem an neuen Marketingstrategien wie dem Influencer-Marketing ist, dass Konsumenten nur beschränkt auf *Folk Knowledge* und eigene Erfahrungen zurückgreifen können. Es scheitert oft bereits daran, werbliche Inhalte von privaten Inhalten zu unterscheiden.¹⁵⁶ Da das Modell davon ausgeht, dass die *Persuasion Knowledge* erst aktiviert werden muss, das heißt, dass den Konsumenten bewusst werden muss,

¹⁴⁹ Siehe dazu auch *Raue* JZ 2018, 961.

¹⁵⁰ Vgl. *Tabellion*, Influencer Marketing, S. 2; vgl. zur sozialen Bewährtheit *Cialdini*, Die Psychologie des Überzeugens, S. 165 f.

¹⁵¹ Vgl. *Friestad/P. Wright* Journal of Consumer Research 1994, 1 (10 f.).

¹⁵² EuGH NJW 1998, 3183 (Rn. 37) – Verkauf von Eiern.

¹⁵³ *Friestad/P. Wright* Journal of Consumer Research 1994, 1 (1).

¹⁵⁴ *Friestad/P. Wright* Journal of Consumer Research 1994, 1 (3).

¹⁵⁵ *Friestad/P. Wright* Journal of Consumer Research 1994, 1 (7).

¹⁵⁶ Vgl. *Boerman/Willemsen/van der Aa* Journal of Interactive Marketing 2017, 82 (90); *Wojdynski/Evans* Journal of Advertising 2016, 157 (161).

dass Werbung vorliegt (*Conceptual Knowledge*), bevor sie eine der Werbung entsprechende Reaktion zeigen (*Attitudinal Knowledge*),¹⁵⁷ nimmt es auch auf diesen Aspekt Rücksicht. Eine Aktivierung kann durch eine Werbekennzeichnung,¹⁵⁸ durch eine Vergleichbarkeit mit anderen Inhalten, die Werbung darstellen,¹⁵⁹ aber auch durch Nennung von Marken in Videospielen¹⁶⁰ oder durch dominierende Darstellung von Sponsorschaf bei Sportveranstaltungen¹⁶¹ erfolgen.

Die vorherrschende Reaktion auf den wahrgenommenen Versuch der Beeinflussung¹⁶² ist Skepsis oder Misstrauen gegenüber der Werbeaussage.¹⁶³ Dies wiederum führt zu einer verringerten Bereitschaft, die Werbeanzeige in den sozialen Medien zu teilen oder das beworbene Produkt zu kaufen.¹⁶⁴ Ebenso wie das Widerstehen der Beeinflussung ist die negative Wahrnehmung der beworbenen Marke nicht zwingend eine Folge von *Persuasion Knowledge*.¹⁶⁵ Jung und Heo konnten feststellen, dass Menschen, die um Marketingstrategien wussten, auf die Werbung positiver reagierten als die Vergleichsgruppe; nur die Bereitschaft, die Botschaft zu teilen, war bei ihnen geringer.¹⁶⁶ Die Forscher erklärten dieses Ergebnis damit, dass *Persuasion Knowledge* mit Selbstbewusstsein zusammenhängt: das Vertrauen in die eigene Fähigkeit, Werbemaßnahmen zu erkennen und sich nicht davon beeinflussen zu lassen, könnte gerade dazu führen, dass das

¹⁵⁷ Boerman/Willemsen/van der Aa *Journal of Interactive Marketing* 2017, 82 (83).

¹⁵⁸ van Vaerenbergh *Jnl of Product & Brand Mgt* 2017, 151 (152).

¹⁵⁹ Jung/Heo *Journal of Interactive Advertising* 2019, 1 (8).

¹⁶⁰ Vashisht/S. Pillai *Jnl of Product & Brand Mgt* 2017, 402 (409).

¹⁶¹ Carrillat/d'Astous *European Journal of Marketing* 2012, 562 (565).

¹⁶² Woodroof/Howie/Syrdal ua *JPBM* 2020, 675 (677).

¹⁶³ Boerman/Willemsen/van der Aa *Journal of Interactive Marketing* 2017, 82 (85); Göbel/A. Meyer/Ramaseshan ua *Mrkting Intelligence & Plan* 2017, 578; van Reijmersdal/Lammers/Rozendaal ua *International Journal of Advertising* 2015, 70 (79); Woodroof/Howie/Syrdal ua *JPBM* 2020, 675 (6); Martínez-López/Anaya-Sánchez/Fernández Giordano ua *Journal of Marketing Management* 2020, 579 (598).

¹⁶⁴ Boerman/Willemsen/van der Aa *Journal of Interactive Marketing* 2017, 82 (83).

¹⁶⁵ Jung/Heo *Journal of Interactive Advertising* 2019, 1 (4).

¹⁶⁶ Jung/Heo *Journal of Interactive Advertising* 2019, 1 (6).

Ziel der Werbemaßnahme in Form der positiven Wahrnehmung erreicht wird.¹⁶⁷

Auch eine Studie von *Goethals* und *Reckman* aus dem Jahre 1973, in der Probanden an einer Gruppendiskussion über *busing* (Schwarze Kinder werden per Bus in Viertel der weißen Bevölkerung gebracht, um dort zur Schule zu gehen) teilnahmen und von einem Strohmann von der gegenteiligen Meinung überzeugt werden sollten,¹⁶⁸ zeigt eine solche Beeinflussung: obwohl die Teilnehmer starke Meinungen hatten und ihre vor der Diskussion angegebenen Antworten danach replizieren sollten, gelang ihnen dies nicht bezüglich ihrer Einstellungen zum Thema *busing*. Stattdessen waren sie überzeugt davon, ihre geänderte Meinung bereits vor der Diskussion vertreten zu haben¹⁶⁹ (sog. kognitive Dissonanz).¹⁷⁰

Die genannten Studien unterstreichen die These von *Friestad* und *Wright*, dass dann, wenn ein Beeinflussungsversuch als nicht effektiv wahrgenommen wird – etwa weil die Konsumenten zu einem Thema bereits eine vorgefestigte Meinung gebildet haben – sie eine Beeinflussung in Form einer Einstellungsänderung als intrinsisch und nicht als von außen angeregt wahrnehmen.¹⁷¹ Sind sie der Meinung, dass ihre Einstellungsänderung nicht von außen kommt und dass generell vielleicht gar keine Einstellungsänderung vorliegt, gibt es für sie auch keinen Grund, sich betrogen zu fühlen¹⁷² und negative Gefühle gegenüber der beworbenen Marke zu entwickeln.

Umgekehrt nehmen Konsumenten Nachrichten, die starke Emotionen hervorrufen (sollen) oder besonders interessant sind, als sehr beeinflussend wahr, doch wieder ist die wahrgenommene Effektivität – wie auch bei Beeinflussungsversuchen, die als nicht effektiv wahrgenommen werden – unabhängig vom tatsächlichen Grad der Beeinflussung.¹⁷³

¹⁶⁷ *Jung/Heo* Journal of Interactive Advertising 2019, 1 (7); *Gunther* Communication Research 1991, 355 (368); *Joonghwa Lee/Soojung Kim/Ham* American Behavioral Scientist 2016, 1425 (1437).

¹⁶⁸ Zum Versuchsaufbau siehe *Goethals/Reckman* Journal of Experimental Social Psychology 1973, 491 (492).

¹⁶⁹ *Goethals/Reckman* Journal of Experimental Social Psychology 1973, 491 (496).

¹⁷⁰ *Goethals/Reckman* Journal of Experimental Social Psychology 1973, 491 (491 f.).

¹⁷¹ *Friestad/P. Wright* Journal of Consumer Research 1994, 1 (17).

¹⁷² Vgl. *Göbel/A. Meyer/Ramaseshan* ua Marketing Intelligence & Plan 2017, 578 (581).

¹⁷³ *Friestad/P. Wright* Journal of Consumer Research 1994, 1 (16); *Friestad/P. Wright* Journal of Consumer Research 1994, 1 (17).

Ebenfalls von Bedeutung für die Beurteilung ist, wie angemessen oder unangemessen eine Werbetaktik wahrgenommen wird.¹⁷⁴ Dies hängt zum einen davon ab, ob mit der Taktik scheinbar tiefgreifende psychologische Effekte einhergehen und zum anderen, was in einer Gesellschaft als moralisch akzeptabel gilt.¹⁷⁵ In ihrem Grundlagenwerk wiesen *Friestad* und *Wright* 1994 darauf hin, dass diese Werte Veränderungen unterliegen und beispielsweise ein Trend zu beobachten sei, dass der Appell an den Altruismus mehr und mehr zu den vertretbaren Taktiken gezählt werde.¹⁷⁶ Sechs Jahre später entschied das BVerfG, dass die – nach dem Selbstverständnis von *Benetton*¹⁷⁷ auf globale Probleme hinweisende – Werbung mit Bildern einer ölverschmierten Ente, von Kinderarbeit und einem als „H.I.V positive“ abgestempelten nackten Männerhintern nicht gegen die guten Sitten (§ 1 UWG 2000) verstößt.¹⁷⁸

Beim Influencer-Marketing werden Werbemaßnahmen zu Recht als unangemessen wahrgenommen, bei denen das Sponsorenverhältnis nicht oder nicht ausreichend offengelegt wird. Erfolgt hingegen eine ausreichende Offenlegung, wird die Förderung von Inhalten positiv wahrgenommen, wenn die Nutzer sich deren Vorteile bewusstwerden.¹⁷⁹ So können Influencer sich ganz auf die Erstellung von kostenfreier Unterhaltung konzentrieren, ohne sich ihren Lebensunterhalt anderweitig verdienen zu müssen.¹⁸⁰

Neben der *Persuasion Knowledge* spielen *Agent Knowledge* und *Topic Knowledge* eine Rolle. Ersteres umschreibt die Vorstellungen von den Kompetenzen und Zielen desjenigen, der versucht, zu beeinflussen.¹⁸¹ Da die Influencer auch die werblichen Inhalte selbst erstellen, werden sie und nicht das beworbene Unternehmen als Verantwortlicher wahrgenommen.¹⁸² Je größer die Rolle ist, die

¹⁷⁴ *Friestad/P. Wright* Journal of Consumer Research 1994, 1 (14).

¹⁷⁵ *Friestad/P. Wright* Journal of Consumer Research 1994, 1 (15).

¹⁷⁶ *Friestad/P. Wright* Journal of Consumer Research 1994, 1 (15).

¹⁷⁷ *Toscani*, Werbung ist ein lächelndes Aas, S. 44; vgl. auch *Gillin/Moore*, The new influencers, S. 87 zum Interview über den Blog von Benetton.

¹⁷⁸ BVerfG NJW 2001, 591 (592) – Benetton I.

¹⁷⁹ *Lorenzon/Russell* Journal of Marketing Communications 2012, 55 (64); *Wei/Fischer/Main* Journal of Public Policy & Marketing 2008, 34; *Liljander/Gummerus/Söderlund* Internet Research 2015, 610 (623).

¹⁸⁰ Siehe zum Spannungsverhältnis zwischen AdBlockern und werbefinanzierten Inhalten: *Engels* GRUR-Prax 2015, 338 (339).

¹⁸¹ *Friestad/P. Wright* Journal of Consumer Research 1994, 1 (3).

¹⁸² *Stubb/Colliander* Computers in Human Behavior 2019, 210 (213).

der Beeinflusser im Leben des Nutzers spielt, desto wichtiger ist es für letzteren, sich eine fundierte Meinung über den Meinungsmacher zu bilden.¹⁸³ Nur bei unerwarteten Handlungen des Beeinflussers sollte Anlass dafür bestehen, die bestehende Meinung zu ändern.¹⁸⁴

III. Kommunikationskanal

Kommunikation wird als eine Informationsvermittlung mit potentieller Einflussnahme verstanden.¹⁸⁵ Es wird angenommen, dass Menschen danach streben, sich durch Kommunikation eine fundierte Meinung zu bilden.¹⁸⁶ Zur Erklärung, wie dieses Ziel erreicht werden soll, können das *Elaboration Likelihood Model* (ELM) und das Heuristische Systematische Modell (HSM) herangezogen werden.

Das ELM geht davon aus, dass es zwei Arten von Verarbeitungen einer Nachricht gibt: den zentralen Weg, auf dem sich vornehmlich an der Qualität der Argumente orientiert wird (*high involvement*), und der periphere Weg (*low involvement*), bei dem Hinweisreize wie soziale Attraktivität des Senders und dessen wahrgenommene Kompetenz genutzt werden.¹⁸⁷ Ähnlich dazu geht das HSM von einer systematischen Verarbeitung aus, wenn die Motivation groß genug ist, kognitive Kapazitäten zur Bewertung aufzubringen.¹⁸⁸ Eine heuristische Verarbeitung liegt im Normalfall vor, also dann, wenn eine tiefergehende Beschäftigung nicht notwendig erscheint und stattdessen heuristische Hinweisreize genutzt werden, um mit begrenztem Wissen zu einer Schlussfolgerung zu gelangen.¹⁸⁹ Letztere spart Zeit und kognitiven Aufwand;¹⁹⁰ Aspekte, die dafür

¹⁸³ Vgl. Friestad/P. Wright *Journal of Consumer Research* 1994, 1 (9).

¹⁸⁴ Vgl. Friestad/P. Wright *Journal of Consumer Research* 1994, 1 (9).

¹⁸⁵ *Tabellion*, Influencer Marketing, S. 39.

¹⁸⁶ Richard Petty/Cacioppo in Berkowitz (Hrsg.), *Advances in Experimental Social Psychology*, S. 123 (127).

¹⁸⁷ Richard Petty/Cacioppo in Berkowitz (Hrsg.), *Advances in Experimental Social Psychology*, S. 123 (178).

¹⁸⁸ Eagly/Chaiken in Berkowitz (Hrsg.), *Advances in Experimental Social Psychology*, S. 267 (298 f.).

¹⁸⁹ Eagly/Chaiken in Berkowitz (Hrsg.), *Advances in Experimental Social Psychology*, S. 267 (296 f.).

¹⁹⁰ Eagly/Chaiken in Berkowitz (Hrsg.), *Advances in Experimental Social Psychology*, S. 267 (343).

sprechen, dass beim Influencer-Marketing es meist mehr auf die Person des Influencers als auf die Qualität der von ihm vorgetragenen Argumente ankommt.¹⁹¹

Die Einordnung von wahrgenommener Kompetenz, Ähnlichkeit und Vertrauenswürdigkeit als heuristische Hinweisreize konnte in diesem Zusammenhang bestätigt werden.¹⁹² Das heißt, dass bei geringem Vertrauen in die Quelle die Nachricht eher systematisch verarbeitet und die Qualität der Argumente bewertet wird, während dann, wenn der Influencer als besonders vertrauenswürdig eingeschätzt wird, dieser Hinweisreiz ausreichen kann, um die Argumente als stichhaltig wahrzunehmen.¹⁹³

Kommunikation unterteilt sich in direkte (interpersonelle) Kommunikation und indirekte Kommunikation durch Massenmedien.¹⁹⁴ Das *Two Step Flow* Modell geht davon aus, dass Massenmedien nicht direkt die Einstellung der breiten Bevölkerung beeinflussen können. Stattdessen beeinflussen die Medien eine begrenzte Anzahl von einflussreichen Individuen, zu denen auch Influencer gehören, die Meinungen und Informationen an die Mitglieder ihrer sozialen Gruppe weiterleiten.¹⁹⁵ Geographische Nähe ist keine Voraussetzung mehr für Kommunikation.¹⁹⁶ Das Internet und insbesondere die sozialen Medien erlauben eine schnelle und breit gestreute Verbreitung interpersoneller Nachrichten.¹⁹⁷ In den sozialen Medien kommt hinzu, dass jeder Empfänger einer Nachricht (Follower) ebenfalls ein eigenes Netzwerk hat, an das er die Nachricht weiterleiten kann.¹⁹⁸ Da damit jeder Empfänger einer Nachricht auch ein potentieller Sender sein kann, wird von einem *Multi Step Flow* Modell gesprochen.¹⁹⁹

¹⁹¹ *Tabellion*, Influencer Marketing, S. 52; *Göbel/A. Meyer/Ramaseshan* ua *Marketing Intelligence & Plan* 2017, 578 (580).

¹⁹² *Chu/Kamal* *Journal of Interactive Advertising* 2008, 26 (32 f.); *M. Xiao/Rang Wang/Chan-Olmsted* *Journal of Media Business Studies* 2018, 188 (204).

¹⁹³ *Chu/Kamal* *Journal of Interactive Advertising* 2008, 26 (32 f.).

¹⁹⁴ *Kroeber-Riel/Gröppel-Klein*, *Konsumentenverhalten*, S. 12.

¹⁹⁵ *Katz/Lazarsfeld*, *Personal Influence*, S. 32; *Kroeber-Riel/Gröppel-Klein*, *Konsumentenverhalten*, S. 515.

¹⁹⁶ *Uzunoğlu/Misci Kip* *International Journal of Information Management* 2014, 592 (598).

¹⁹⁷ *D. Wright/Hinson* *Public Relations Journal* 2008, 1 (1 f.); *Carr/R. Hayes* *Journal of Interactive Advertising* 2014, 38 (39).

¹⁹⁸ *Uzunoğlu/Misci Kip* *International Journal of Information Management* 2014, 592 (598).

¹⁹⁹ *Uzunoğlu/Misci Kip* *International Journal of Information Management* 2014, 592 (598).

IV. Botschaft

Für diese Arbeit besonders interessant ist die Frage, ob und wie anders eine Botschaft wahrgenommen wird, die eine Werbekennzeichnung enthält, im Vergleich zu einer, die ohne Werbekennzeichnung verbreitet wird. Darüber hinaus ist von Interesse, wie eine Werbekennzeichnung beschaffen sein muss, dass sie von Konsumenten wahrgenommen wird und dass die Nutzer erkennen, dass es sich um einen werblichen Inhalt handelt, der eigens dafür erstellt wurde, um das Konsumverhalten der Nutzer zu beeinflussen.

1. Erkennen von Beiträgen als Werbung

Werbung in neuen Medienformaten ist für Nutzer schwieriger als solche zu erkennen.²⁰⁰ In den sozialen Medien kommt erschwerend hinzu, dass nicht alle Beiträge eines Meinungsmachers kommerzieller Natur sind, sondern Werbung mit privaten Beiträgen vermischt wird, und dass, sofern eine Werbekennzeichnung vorgenommen wird, diese sowohl in den verschiedenen Netzwerken als auch von den Nutzern der jeweiligen Netzwerke unterschiedlich benannt und platziert wird.²⁰¹

Die Ergebnisse verschiedener Studien dazu, ob und woran eine Werbemaßnahme erkannt wurde, fallen sehr unterschiedlich aus: So stellten *Boerman* u.a. 2017 fest, dass trotz Werbekennzeichnung nur 44 Prozent der Probanden erkannten, dass Werbung vorlag.²⁰² In der Studie von *Wojdynski* und *Evans* (2016), in der verschiedene Positionen und Formulierungen der Werbekennzeichnungen getestet wurden, erkannten insgesamt weniger als 8 Prozent der Teilnehmer die Werbung; schaut man nur auf die eindeutige Formulierung „advertising“ waren es immerhin 12 Prozent.²⁰³

²⁰⁰ *Dablén/Edenius* Journal of Current Issues & Research in Advertising 2007, 33 (39); *Kuhn/Hume/Love* Journal of Promotion Management 2010, 59 (65).

²⁰¹ *Boerman/Willemsen/van der Aa* Journal of Interactive Marketing 2017, 82 (85).

²⁰² *Boerman/Willemsen/van der Aa* Journal of Interactive Marketing 2017, 82 (90).

²⁰³ *Wojdynski/Evans* Journal of Advertising 2016, 157 (161); *M. Campbell/Mohr/Verleg* Journal of Consumer Psychology 2013, 483 (489).

Demgegenüber wurde in einer Studie von *Jung* und *Heo* aus dem Jahr 2019 die Werbung sogar von knapp 80 Prozent derjenigen Teilnehmer erkannt, die einen Beitrag ganz ohne Werbekennzeichnung gezeigt bekommen hatten.²⁰⁴ Diese widersprüchlich erscheinenden Ergebnisse könnten aus verschiedenen Faktoren resultieren. Ein Teil der Abweichungen wird wohl auf die verschiedenen Versuchsaufbauten zurückgeführt werden können.²⁰⁵ Ausschlaggebender könnte allerdings der Lerneffekt der Konsumenten sein. Während Konsumenten in neuen Medienformaten Schwierigkeiten haben, Werbung zu erkennen, und dieser weniger kritisch gegenüberstehen,²⁰⁶ legen die Grundsätze der *Persuasion Knowledge* und die Studie von *Jung/Heo*, in der die werblichen Beiträge vornehmlich an der Zusammensetzung von Bild und Text erkannt wurden, nahe, dass bei sozialen Medien die Eingewöhnungsphase jedenfalls in den USA, in denen genannte Studie durchgeführt wurde, verstrichen ist.²⁰⁷

Dafür sprechen auch die Ergebnisse von *Woodroof* ua., dass, als die Konsumenten darauf aufmerksam gemacht wurden, dass Kennzeichnungspflichten insbesondere in den sozialen Medien teilweise nicht eingehalten werden (= Aktivierung der *Persuasion Knowledge*),²⁰⁸ sie Beiträge mit mehrdeutigen Formulierungen („*thank you*“) eher als von dem Unternehmen gesponsert erkannten.²⁰⁹ Die Übertragbarkeit der dargestellten und nachfolgenden Ergebnisse auf deutsche Konsumenten ist folglich nicht nur dadurch limitiert, dass die meisten Studien in anderen Ländern als Deutschland durchgeführt wurden, sondern auch dadurch, dass die Konsumenten sich an die neuen Gegebenheiten anpassen, in-

²⁰⁴ *Jung/Heo* Journal of Interactive Advertising 2019, 1 (10); *Dablén/Edenius* Journal of Current Issues & Research in Advertising 2007, 33 (39); *Sweetser/Abn/Golan* ua American Behavioral Scientist 2016, 1442 (1451).

²⁰⁵ Vgl. *Boerman/Willemsen/van der Aa* Journal of Interactive Marketing 2017, 82 (86 f.); *Wojdynski/Evans* Journal of Advertising 2016, 157 (160); *Jung/Heo* Journal of Interactive Advertising 2019, 1 (7); *Sweetser/Abn/Golan* ua American Behavioral Scientist 2016, 1442 (1451).

²⁰⁶ *Dablén/Edenius* Journal of Current Issues & Research in Advertising 2007, 33 (39); *Kuhn/Hume/Love* Journal of Promotion Management 2010, 59 (65).

²⁰⁷ *Jung/Heo* Journal of Interactive Advertising 2019, 1 (4); *Jiang/McKay/Richards* ua Journal of Interactive Advertising 2017, 92 (102).

²⁰⁸ Zum Versuchsaufbau siehe *Woodroof/Howie/Syrdal* ua JPBM 2020, 675 (681).

²⁰⁹ *Woodroof/Howie/Syrdal* ua JPBM 2020, 675 (9).

dem sie sich bewusst werden, dass die Beiträge ihr Konsumverhalten beeinflussen sollen. Dieses Bewusstsein wird erwartungsgemäß auch durch die Berichterstattung über Urteile gestärkt, in denen Influencer aufgrund der nicht ausreichenden Kennzeichnung abgemahnt wurden.²¹⁰

2. Vorliegen einer Werbekennzeichnung

Das Vorliegen einer Werbekennzeichnung kann die *Persuasion Knowledge* aktivieren.²¹¹ In diesem Zusammenhang ist von Interesse, wie eine Werbekennzeichnung beschaffen sein muss, um die Nutzer sozialer Medien vor dem Versuch der Beeinflussung zu warnen.

Was die Begrifflichkeit betrifft, so wurde festgestellt, dass eindeutige und/oder vermehrt genutzte Formulierungen wie „advertisement“, „sponsored content“ oder „#ad“ dazu führten, dass mehr Teilnehmer die Werbung als solche erkannten als wenn Neologismen wie „brand-voice“, mehrdeutige Begriffe wie „selected by“, „presented by“ oder „thank you“²¹² oder weniger bekannte Hashtags wie „#spon“, „#paid“ oder „#collab“ verwendet wurden.²¹³ Ein Zusammenhang zwischen der Eindeutigkeit der Werbekennzeichnung und der grundsätzlich durch *Persuasion Knowledge* ausgelösten Skepsis wurde in den Studien, die diesen Zusammenhang untersuchten, hingegen nicht festgestellt.²¹⁴

²¹⁰ Vergleichbar mit dem Vorgehen von *Woodroof/Howie/Syrdal* ua *JPBM* 2020, 675 (7).

²¹¹ *Boerman/Willemsen/van der Aa* *Journal of Interactive Marketing* 2017, 82 (85); *van Reijmersdal/Lammers/Rozendaal* ua *International Journal of Advertising* 2015, 70 (79); *Jiang/McKay/Richards* ua *Journal of Interactive Advertising* 2017, 92 (103).

²¹² *Woodroof/Howie/Syrdal* ua *JPBM* 2020, 675 (10); *Wojdyski/Evans* *Journal of Advertising* 2016, 157 (162); *Jiang/McKay/Richards* ua *Journal of Interactive Advertising* 2017, 92 (103).

²¹³ *Sterling* *Marketing Land* v. 26.10.2017.

²¹⁴ *Jung/Heo* *Journal of Interactive Advertising* 2019, 1 (7); *B.-H. Kim/Pasadcos/Barban* *Mass Communication and Society* 2001, 265 (277); *Cameron* *Journal of Public Relations Research* 1994, 185 (197).

Nach den Autoren ließe sich das damit erklären, dass die Nutzer bereits aufgeklärt genug sein könnten, um *Native Advertising* auch ohne explizite Kennzeichnung zu erkennen.²¹⁵ Oder aber damit, dass die Probanden die Kennzeichnung schlicht übersehen haben.²¹⁶ Womit wir zu einem weiteren wichtigen Merkmal kämen: der Lage der Werbekennzeichnung.

Das Modell der visuellen Hierarchie geht davon aus, dass sich die Wahrnehmung einer Website in zwei Phasen unterteilt.²¹⁷ Zuerst wird die Seite nach relevanten Inhalten (sog. *Entry Points*) abgesucht und von dort konzentriert sich der Leser auf die Elemente, die in der Nähe dieser *Entry Points* liegen.²¹⁸ Wo sich diese *Entry Points* befinden, richtet sich danach, wo auf der Website für gewöhnlich die relevanten Inhalte zu finden sind.²¹⁹ Eine *Eye-Tracker*-Studie aus dem Jahr 2006, die 2017 wiederholt wurde und die gleichen Ergebnisse zeigte, stellte fest, dass Nutzer einer Internetseite diese für gewöhnlich in Form eines nach unten verschobenen Fs durchlesen.²²⁰ Beginnend in der linken oberen Ecke²²¹ wandern die Augen erste in horizontaler Linie nach rechts, um das etwas unterhalb zu wiederholen und dann links die Seite von oben nach unten durchzusehen.²²² Auf Internetseiten, die in Sprachen abgefasst sind, deren

²¹⁵ Jung/Heo *Journal of Interactive Advertising* 2019, 1 (7).

²¹⁶ Jung/Heo *Journal of Interactive Advertising* 2019, 1 (7).

²¹⁷ Faraday, Visually Critiquing Web Pages, <http://facweb.cs.depaul.edu/cmiller/faraday/Faraday.htm> (Stand: 11.07.2024).

²¹⁸ Faraday, Visually Critiquing Web Pages, <http://facweb.cs.depaul.edu/cmiller/faraday/Faraday.htm> (Stand: 11.07.2024).

²¹⁹ Roth/Schmutz/S. Pauwels ua *Interacting with Computers* 2010, 140 (142).

²²⁰ Nielsen, F-Shaped Pattern For Reading Web Content (original eyetracking research), <https://www.nngroup.com/articles/f-shaped-pattern-reading-web-content-discovered/> (zuletzt abgerufen am: 22.08.2024); Pernice, F-Shaped Pattern of Reading on the Web: Misunderstood, But Still Relevant (Even on Mobile), <https://www.nngroup.com/articles/f-shaped-pattern-reading-web-content/> (zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).

²²¹ Vgl. auch Goldberg/Stimson/Lewenstein ua in Duchowski/Vertegaal/Senders (Hrsg.), *ETRA*, S. 51 (58).

²²² Nielsen, F-Shaped Pattern For Reading Web Content (original eyetracking research), <https://www.nngroup.com/articles/f-shaped-pattern-reading-web-content-discovered/> (zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).

Schreibrichtung von rechts nach links ist (bspw. arabisch), zeichnen die Augenbewegungen der Nutzer ein spiegelverkehrtes F nach.²²³

Diese Erkenntnisse legen nahe, dass eine Werbekennzeichnung oberhalb des Inhalts vermehrt wahrgenommen werden müsste. Tatsächlich wurde jedoch festgestellt, dass Werbekennzeichnungen oberhalb des Textes weniger oft wahrgenommen wurden als solche inmitten des Inhalts oder unterhalb des Beitrags.²²⁴ Mag dieses Ergebnis überraschen, so lässt es sich doch mit der Erwartungshaltung des Konsumenten erklären. Auf Internetseiten wird Werbung oft oberhalb des Inhalts oder rechts davon erwartet.²²⁵ Inhalte in herausstechenden Bannern werden selbst dann übersehen, wenn es sich nicht um Werbung, sondern um relevante Informationen handelt (sog. „*banner blindness*“).²²⁶

Aufgrund der visuellen Hierarchie und im Zusammenhang mit Strategien der Nutzer, irrelevante Informationen wie Werbung auszublenden,²²⁷ sind Werbekennzeichnungen oberhalb des Inhalts wohl wenig wirksam.²²⁸ Eine Kennzeichnung innerhalb des Beitrages wurde signifikant öfter wahrgenommen.²²⁹ Zurückzuführen ist dies wohl auf die räumliche Nähe zu dem bereits gelesenen und noch zu lesenden Inhalt und darauf, dass sowohl der Inhalt als auch der Lesefluss durch die Kennzeichnung unterbrochen werden.²³⁰ Zwar war die Wahrnehmung bei Kennzeichnungen unterhalb des Beitrags (60 Prozent) höher als oberhalb des Beitrags (40 Prozent),²³¹ dieser Unterschied war jedoch im Gegensatz zu dem Unterschied zwischen mittlerer und oberer Kennzeichnung nicht signifikant.²³²

²²³ Pernice, F-Shaped Pattern of Reading on the Web: Misunderstood, But Still Relevant (Even on Mobile), <https://www.nngroup.com/articles/f-shaped-pattern-reading-web-content/> (zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).

²²⁴ Wojdyski/Evans *Journal of Advertising* 2016, 157 (161).

²²⁵ Roth/Schmutz/S. Pauwels ua *Interacting with Computers* 2010, 140 (145).

²²⁶ Benway *Proceedings of the Human Factors and Ergonomics Society 42nd Annual Meeting* 1998, 463 (463); Jiang/McKay/Richards ua *Journal of Interactive Advertising* 2017, 92 (102).

²²⁷ H.-J. Bucher/Schumacher *Communications* 2006 (364).

²²⁸ Wojdyski/Evans *Journal of Advertising* 2016, 157 (165 f.).

²²⁹ Wojdyski/Evans *Journal of Advertising* 2016, 157 (163).

²³⁰ Wojdyski/Evans *Journal of Advertising* 2016, 157 (162).

²³¹ Wojdyski/Evans *Journal of Advertising* 2016, 157 (163).

²³² Wojdyski/Evans *Journal of Advertising* 2016, 157 (161).

Die Frage, ob eine Kennzeichnung mithilfe des Instagram-Tools „bezahlte Werbung mit“, wodurch diese rechts oberhalb des Bildes erscheint, ausreicht, muss mit Blick auf dargelegte Erkenntnisse verneint werden. Ein weiterer Grund für die Ungeeignetheit ist der Umstand, dass die Kennzeichnung dann den Platz einnimmt, an dem sonst eine eher zu vernachlässigende Information steht: der Ort, an dem das Foto aufgenommen wurde. Wenn die Kennzeichnung auf Instagram als Text unterhalb des Bildes und vor oder über dem zum Bild gehörigen Text platziert wird, unterbricht sie den Zusammenhang zwischen Bild und Text und müsste signifikant besser wahrgenommen werden als eine Kennzeichnung mithilfe des von Instagram zur Verfügung gestellten Werkzeugs.

3. Folge der Persuasion Knowledge

Bei den Nutzern, die den Beitrag als Werbung und damit als Versuch der Beeinflussung erkennen, schlägt die *Persuasion Knowledge* für gewöhnlich²³³ mit all ihren negativen Begleiterscheinungen ein: Skepsis, Misstrauen und eine schwindende Bereitschaft dazu, den Beitrag an Freunde weiterzuleiten.²³⁴ Bei einer Studie zu *Native Advertising* in Zeitungsartikeln, bei der einige der Probanden durch Zeigen einer Definition von Native Advertising auf die Werbetaktik vorbereitet wurden, konnte festgestellt werden, dass sich ihre Einstellung zur Werbung verschlechterte.²³⁵

Dass dieses Bewusstsein in Form der *Persuasion Knowledge* Voraussetzung dafür ist, dass Nutzer die Beiträge wie jede andere Werbung auch wahrnehmen, verdeutlicht zum einen den begrenzten Effekt von Werbekennzeichnungen:²³⁶ ohne dass die Nutzer vorher auf die Werbetaktiken vorbereitet wurden (etwa durch einen Zeitungsartikel über unlauteres Verhalten von Influencern²³⁷ oder

²³³ Vgl. *Jiang/McKay/Richards* ua *Journal of Interactive Advertising* 2017, 92 (104); *Joonghwa Lee/Soojung Kim/Ham* *American Behavioral Scientist* 2016, 1425 (1436); *Dhanesh/Dutbler* *Public Relations Review* 2019, 1 (10).

²³⁴ *Boerman/Willemsen/van der Aa* *Journal of Interactive Marketing* 2017, 82 (90); *Jung/Heo* *Journal of Interactive Advertising* 2019, 1 (10); *van Noort/Anthunis/van Reijmersdal* *Journal of Marketing Communications* 2012, 39 (48); *J.-K. Hsieh/Y.-C. Hsieh/Y.-C. Tang* *Electron Commer Res* 2012, 201 (217); *Liljander/Gummerus/Söderlund* *Internet Research* 2015, 610 (622).

²³⁵ *M. Wu/Huang/R. Li* ua *American Behavioral Scientist* 2016, 1492 (1503 f.).

²³⁶ Vgl. *Jung/Heo* *Journal of Interactive Advertising* 2019, 1 (11).

²³⁷ *Woodroof/Howie/Syrdal* ua *JPBM* 2020, 675 (7).

durch die Definition von *Native Advertising*²³⁸), verfehlte die Werbekennzeichnung oft ihre beabsichtigte Wirkung.²³⁹ Zum anderen verdeutlicht es, wie wichtig es ist, die Konsumenten über solche Werbetaktiken aufzuklären, wenn man verhindern will, dass die Absätze vornehmlich deshalb steigen, weil die Konsumenten nicht merken, dass ihnen Werbung gezeigt wird.²⁴⁰

Sind die Nutzer sich der Intention bewusst, wissen sie explizite Kennzeichnungen zu schätzen.²⁴¹ Formulierungen, die den Eindruck vermitteln, das Sponsorenverhältnis verschleiern zu wollen, könnten hingegen so verstanden werden, dass die Täuschung des Unternehmens die Minderwertigkeit des Produktes ausgleichen soll.²⁴² Eindeutige Kennzeichnungen sind folglich nicht nur lauterkeitsrechtlich gewünscht, sie bringen zudem im Gegensatz zu verschleiern-den Formulierungen auf lange Sicht auch den gewünschten Effekt, dass sowohl Marke als auch Influencer als glaubwürdiger wahrgenommen werden.²⁴³

4. Zusatz der ehrlichen Meinung

Um den Verdacht des unlauteren Verhaltens auszuräumen, gehen Influencer vermehrt dazu über, ihre Beiträge mit einem Vermerk zu versehen, dass es sich nicht um bezahlte Werbung, sondern um die persönliche Meinung des Meinungsmachers handelt und dass kein Sponsoren- oder wie auch immer geartetes Verhältnis mit dem im Beitrag erwähnten Unternehmen besteht.²⁴⁴ Carr und Hayes stellten die These auf, dass ähnlich wie in dem *Monty Python*-Sketch,²⁴⁵ in dem zwei Piloten den Fluggästen mitteilen „*This is your captain speaking. There is absolutely no cause for alarm. The wings are not on fire*“ eine solche Äußerung überflüssig erscheine und durch einen Boomerang-Effekt der Leser

²³⁸ M. Wu/Huang/R. Li ua *American Behavioral Scientist* 2016, 1492 (1503 f.).

²³⁹ Vgl. Woodroof/Howie/Syrdal ua *JPBM* 2020, 675 (9).

²⁴⁰ M. Wu/Huang/R. Li ua *American Behavioral Scientist* 2016, 1492 (1505); Jung/Heo *Journal of Interactive Advertising* 2019, 1 (11).

²⁴¹ Carr/R. Hayes *Journal of Interactive Advertising* 2014, 38 (46).

²⁴² Woodroof/Howie/Syrdal ua *JPBM* 2020, 675 (6).

²⁴³ Carr/R. Hayes *Journal of Interactive Advertising* 2014, 38 (47); Carl *Journal of Marketing Communications* 2008, 225 (237).

²⁴⁴ Stubb/Colliander *Computers in Human Behavior* 2019, 210 (211).

²⁴⁵ Brooke-Taylor/Chapman/Cleese ua, *How to Irritate People*.

die Unbefangenheit in Frage stellen würde.²⁴⁶ Diese These bestätigte sich allerdings nicht.²⁴⁷ Bedenkt man, dass sich nicht alle Influencer an die Kennzeichnungspflicht halten²⁴⁸ und dementsprechend Konsumenten auch bei solchen Meinungsmachern, die keine Kennzeichnung vornehmen, ein Vertragsverhältnis vermuten,²⁴⁹ ist die Information, dass keine bezahlte Werbung vorliegt, sicherlich nicht überflüssig. *Stubb* und *Colliander* fanden heraus, dass Probanden den Beitrag seltener als Werbung verstanden, wenn auf die Unvoreingenommenheit hingewiesen wurde als wenn ein Sponsorenverhältnis offen gelegt oder keine Kennzeichnung vorgenommen wurde.²⁵⁰ Zudem war die Glaubwürdigkeit der Produktbewertung signifikant höher bei dem Zusatz der Unvoreingenommenheit.²⁵¹ Für die persönliche Glaubwürdigkeit des Influencers wirkte sich ein unvoreingenommener Beitrag nicht signifikant anders aus als einer, bei dem auf ein bestehendes Sponsorenverhältnis hingewiesen wurde.²⁵² Interessant ist, dass sowohl ein Beitrag mit Verweis auf das Sponsorenverhältnis als auch einer mit Verweis darauf, dass gerade kein solches Verhältnis besteht, den Meinungsmacher glaubwürdiger erscheinen ließen als ein Beitrag ohne jeglichen Verweis.²⁵³

Zu gänzlich anderen Ergebnissen kamen *Carr* und *Hayes*: Die Influencer wurden am glaubwürdigsten wahrgenommen bei expliziter Darstellung des Verhältnisses zum gesponserten Unternehmen und wenn keine Kennzeichnung vorgenommen wurde, weniger glaubwürdig, wenn Unvoreingenommenheit suggeriert wurde, und am wenigsten glaubwürdig, wenn zwar auf das Sponsorenverhältnis verwiesen, aber die damit einhergehenden Vorteile nicht explizit genannt wurden.²⁵⁴

²⁴⁶ *Carr/R. Hayes* Journal of Interactive Advertising 2014, 38 (41).

²⁴⁷ *Carr/R. Hayes* Journal of Interactive Advertising 2014, 38 (46).

²⁴⁸ Zur Taktik dahinter siehe *Kozinets/Valck/Wojnicki* ua Journal of Marketing 2010, 71 (84).

²⁴⁹ *Liljander/Gummerus/Söderlund* Internet Research 2015, 610 (622).

²⁵⁰ *Stubb/Colliander* Computers in Human Behavior 2019, 210 (218).

²⁵¹ *Stubb/Colliander* Computers in Human Behavior 2019, 210 (217).

²⁵² *Stubb/Colliander* Computers in Human Behavior 2019, 210 (218).

²⁵³ *Stubb/Colliander* Computers in Human Behavior 2019, 210 (218).

²⁵⁴ *Carr/R. Hayes* Journal of Interactive Advertising 2014, 38 (46).

Dieser Unterschied kann zum einen darauf zurückgeführt werden, dass bei dem Blogeintrag²⁵⁵ von Carr und Hayes der Text und bei der Instagram-Story²⁵⁶ von Stubb und Colliander das Bild im Vordergrund stand.²⁵⁷ Zum anderen wurde in der expliziten Version darauf hingewiesen, dass die dargestellte Meinung die wahre Ansicht des Verfassers widerspiegeln,²⁵⁸ was sich positiv auf dessen Glaubwürdigkeit auswirkt.²⁵⁹ Außerdem fand sich in der Aussage, dass kein Sponsorenverhältnis vorliege, ein Verweis auf den Link, über den man die erwähnte Kamera bestellen könne.²⁶⁰ Nach der Mitteilung der Unvoreingenommenheit erwarten die Konsumenten nicht, einen Produkt-Link präsentiert zu bekommen.²⁶¹ Diese Inkongruenz führt dazu, dass die Nutzer der Aussage des Influencers skeptischer gegenüberstehen.²⁶² Mit Blick auf den Versuchsaufbau stellten die Ergebnisse von Carr und Hayes folglich nicht zwingend einen Widerspruch zu denen von Stubb und Colliander dar, sondern untermauern die Erkenntnisse der anderen Studien: Sollte kein Vertragsverhältnis vorliegen, sollte die übliche Verlinkung gewählt werden.²⁶³ In Blogs sind das Links auf die Startseite des Unternehmens und keine Produkt-Links. Auf Instagram werden gewöhnlich keine Verlinkungen auf die Unternehmenshomepage vorgenommen, sondern es wird mithilfe von Tap Tags der Instagram-Auftritt des Unternehmens verlinkt.

Bei Menschen, die Beiträgen, die Unternehmen positiv erwähnen, sonst eher skeptisch gegenüberstehen, kann der Zusatz der ehrlichen Meinung bei Werbung zu einer positiveren Wahrnehmung derselben führen.²⁶⁴ Wenn man bedenkt, dass mit der *Persuasion Knowledge* auch die Skepsis der Konsumenten mit der Zeit zunehmen wird, ist zu erwarten, dass die Anzahl der Beiträge, die

²⁵⁵ Carr/R. Hayes Journal of Interactive Advertising 2014, 38 (44).

²⁵⁶ Stubb/Colliander Computers in Human Behavior 2019, 210 (220).

²⁵⁷ So die Erklärung von Stubb/Colliander Computers in Human Behavior 2019, 210 (218).

²⁵⁸ Carr/R. Hayes Journal of Interactive Advertising 2014, 38 (43).

²⁵⁹ Hwang/Jeong Computers in Human Behavior 2016, 528 (533).

²⁶⁰ Carr/R. Hayes Journal of Interactive Advertising 2014, 38 (43).

²⁶¹ Stubb/Colliander Computers in Human Behavior 2019, 210 (215).

²⁶² Stubb/Colliander Computers in Human Behavior 2019, 210 (215).

²⁶³ Stubb/Colliander Computers in Human Behavior 2019, 210 (219).

²⁶⁴ Hwang/Jeong Computers in Human Behavior 2016, 528 (533 f.).

diesen Zusatz enthalten, ebenfalls zunehmen wird.²⁶⁵ Sofern ein Vertragsverhältnis zum beworbenen Unternehmen besteht und fälschlicherweise suggeriert wird, bei der Bewerbung handele es sich im Gegenteil um die private Empfehlung des Influencers, liegt eine Irreführung nach § 5 II Nr. 3 UWG vor.²⁶⁶

5. Nachträgliche Aufdeckung unlauteren Verhaltens

Fehlt die Werbekennzeichnung, so beeinträchtigt eine nachträgliche Enthüllung des Sponsorenverhältnisses durch Dritte vornehmlich das Verhältnis von Konsumenten zum Meinungsführer. Die Illusion einer persönlichen Beziehung zu dem Influencer (Parasoziale Interaktion, PSI),²⁶⁷ die zwischen Blogbetreibern und Abonnenten des Blogs typisch ist,²⁶⁸ wird – wie die reale Verbindung zwischen Freunden auch – durch einen betrügerischen Akt einer der Beteiligten auf die Probe gestellt.²⁶⁹ Gibt der Influencer vor, das Produkt aus eigenem Anreiz anzupreisen, und stellt sich im Nachhinein heraus, dass er dafür bezahlt wurde, leidet darunter die wahrgenommene Vertrauenswürdigkeit des Influencers.²⁷⁰

Bemerkenswert ist jedoch, dass die Einstellung zur Marke, für die geworben wurde, und die Kaufbereitschaft durch die nachträgliche Enthüllung nicht in Mitleidenschaft gezogen wurden.²⁷¹ Zur Erklärung kann die *Correspondence Bias* herangezogen werden. Darunter versteht man die Annahme, dass das Verhalten einer Person deren wirkliche Ansichten und Glaubenssätze widerspiegelt, auch wenn das Verhalten vollständig durch äußerliche Faktoren erklärt werden könnte.²⁷² Übertragen auf unsere Situation bedeutet das, dass die Follower trotz

²⁶⁵ Hwang/Jeong *Computers in Human Behavior* 2016, 528 (534).

²⁶⁶ Siehe dazu Maatz, *Influencer-Marketing*, S. 716.

²⁶⁷ Horton/Wohl *Psychiatry* 1956, 215.

²⁶⁸ Colliander/Dahlén *JAR* 2011, 313 (317).

²⁶⁹ Colliander/Erlandsson *Journal of Marketing Communications* 2015, 110 (111).

²⁷⁰ Colliander/Erlandsson *Journal of Marketing Communications* 2015, 110 (120 f.).

²⁷¹ Colliander/Erlandsson *Journal of Marketing Communications* 2015, 110 (118); M. Wu/Huang/R. Li *ua American Behavioral Scientist* 2016, 1492 (1505).

²⁷² Boerman/Willemsen/van der Aa *Journal of Interactive Marketing* 2017, 82 (84); Colliander/Erlandsson *Journal of Marketing Communications* 2015, 110 (119 f.).

des Wissens um den Werbevertrag davon ausgehen, dass Blogger eine Marke anpreisen, weil sie sie gut finden, und nicht nur deshalb, weil sie dafür bezahlt wurden.²⁷³

Anzumerken ist, dass das Korrektiv der *Correspondence Bias* nur dann dazu führt, dass die negative Wahrnehmung nicht auf die Marke durchschlägt, wenn hinter dem Blog, in dem keine Werbekennzeichnung vorgenommen wurde, eine reale Person steht, die die Marke tatsächlich mögen könnte.²⁷⁴ Das erklärt, warum die von der *Sony Group Corporation* erstellte Website *Alliwant-forxmasisaPSP.com*, die vorgeblich einen Blog von Jugendlichen darstellte, die ihre Eltern davon überzeugen wollten, ihnen zu Weihnachten eine Playstation Portable zu schenken, floppte.²⁷⁵ Es erklärt auch, warum beim Schlämmer-Blog, bei dem erst später offengelegt wurde, dass dieser von VW finanziell unterstützt wurde, die negativen Auswirkungen auf die Marke größtenteils ausblieben: *Hape Kerkeling* gab sich nicht nur in seiner Kunstfigur Horst Schlämmer, sondern auch privat als bekennender Golf-Fan.²⁷⁶

V. Resultat: Einflussnahme

In einer erwähnens- wie lesenswerten Studie von *Santos, Barros* und *Azeveda* wurden fünf prominente Frauen anhand herausstechender Persönlichkeitsmerkmale ausgewählt (Jennifer Lawrence – Aufgeschlossenheit; *Natalie Portman* – Neurotizismus; *Kim Kardashian* – Extraversion; *Scarlett Johansson* – Verträglichkeit; *Emma Watson* – Gewissenhaftigkeit) und mit Produkten gezeigt, die sich in ihrer sozialen Akzeptanz (Vodka, Spende für wohltätige Zwecke) oder in ihrem *Involvement* unterscheiden (*high*: Uhr; *low*: Lippenstift).²⁷⁷ Unter *High-Involvement*-Produkten werden solche verstanden, die entweder teuer sind, selten gekauft werden, hohe soziale oder andere Risiken mit sich brin-

²⁷³ *Colliander/Erlandsson* Journal of Marketing Communications 2015, 110 (121).

²⁷⁴ *Colliander/Erlandsson* Journal of Marketing Communications 2015, 110 (121).

²⁷⁵ *Colliander/Erlandsson* Journal of Marketing Communications 2015, 110 (121); *Juneja*, Viral Marketing Through Social Media - All I Want For Xmas Is A PSP, <https://advertisingandsocialmedia.wordpress.com/2012/10/28/all-i-want-for-xmas-is-a-psp-3/> (zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).

²⁷⁶ *Sagatz* Tagesspiegel v. 13.07.2020.

²⁷⁷ Zum Versuchsaufbau vgl. *Santos/Barros/Azevedo* Jnl of Product & Brand Mgt 2019, 242 (246).

gen oder mithilfe derer die eigene Persönlichkeit zum Ausdruck gebracht werden soll.²⁷⁸ *Low-Involvement*-Produkte sind solche, bei denen sich der Kunde etwa aufgrund des geringen Preises oder ihrer Alltäglichkeit nur wenig mit Alternativen auseinandersetzt, während er dem Kauf von *High-Involvement*-Produkten aufgrund der o.g. Umstände eine größere Bedeutung beimisst.²⁷⁹ Santos u.a. könnten feststellen, dass bei dem *High-Involvement*-Produkt in Form der Uhr eine Bewerbung durch die extrovertierte *Kim Kardashian* dem Erfolg der Bewerbung eher abträglich war.²⁸⁰ Bei der Passung zum Produkt Vodka wurden von den Teilnehmern die Prominenten als geeigneter beurteilt, die sie als weniger sympathisch, weniger glaub- und weniger vertrauenswürdig einstufen, und dort konnte *Kim Kardashian* wiederum punkten.²⁸¹ Es wurde in der Studie auch das durchschnittliche Alter und Einkommen der Teilnehmer festgestellt, die sich für jeweils die gleiche Berühmtheit entschieden hatten. Dass das Durchschnittsalter und das monatliche Einkommen der Probanden, die *Natalie Portman* ausgewählt hatten, höher war als das der Vergleichsgruppen,²⁸² kann als Erklärung dafür dienen, warum die Zahlungs- bzw. Kaufbereitschaft ebenfalls vergleichsweise höher war.²⁸³

Die genannten Erkenntnisse sollen verdeutlichen, dass der tatsächliche Erfolg der Beeinflussung von vielen Faktoren abhängt. Eine Verstärkung des Einflusses konnte beispielsweise im Zusammenhang mit Einschränkungen der kognitiven Fähigkeiten,²⁸⁴ vergleichsweise geringem Einkommen von Jugendlichen und einem schwach ausgeprägten Selbstbild derselben festgestellt werden.²⁸⁵

Der Erfolg der Werbemaßnahme muss nicht zwingend unmittelbar im Kauf des Produktes bestehen, sondern kann auch darin liegen, dass Aufmerksamkeit für Produkt und Marke generiert wird, die dann zum Kauf führen soll²⁸⁶ oder dass

²⁷⁸ Wolny/Mueller Journal of Marketing Management 2013, 562 (563).

²⁷⁹ Lingner Marketing GmbH, Low-Involvement-Produkte - Marketing Glossar, <https://www.lingner.de/marketing-glossar/148-low-involvement-produkte> (zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).

²⁸⁰ Santos/Barros/Azevedo Jnl of Product & Brand Mgt 2019, 242 (251).

²⁸¹ Santos/Barros/Azevedo Jnl of Product & Brand Mgt 2019, 242 (249).

²⁸² Santos/Barros/Azevedo Jnl of Product & Brand Mgt 2019, 242 (247).

²⁸³ Santos/Barros/Azevedo Jnl of Product & Brand Mgt 2019, 242 (249).

²⁸⁴ Keel/Natarajaan Psychol. Mark. 2012, 690 (699).

²⁸⁵ Isaksen/Roper Psychol. Mark. 2008, 1063 (1080).

²⁸⁶ Vgl. den *customer journey* bei Seeger/Kost, Influencer Marketing, S. 70; vgl. C. Campbell/Grimm Journal of Public Policy & Marketing 2019, 110 (112).

zu Unterhaltungen über das Produkt angeregt werden soll (virales Marketing).²⁸⁷ Die Erwähnung von Unternehmen und Marken lässt sich entweder anhand der Hashtags auf Instagram²⁸⁸ oder mithilfe von Analyseprogrammen wie TweetDeck, Social Mention, Google Alert²⁸⁹ und People Metrics²⁹⁰ bestimmen.²⁹¹

Interessant ist, dass die Bereitschaft, kommerzielle Inhalte weiterzuleiten, auch davon abhängt, ob die Regierung als regulierende Instanz tätig wird²⁹² und wie kompetent sie in dieser Aufgabe wahrgenommen wird.²⁹³ Zur Erklärung dieser Erscheinung muss auf die Erkenntnisse mehrerer Theorien zurückgegriffen werden. Menschen streben danach, ein positives Selbstbild zu entwickeln und zu erhalten.²⁹⁴ Da es für gewöhnlich nicht besonders klug scheint, sich von Werbung beeinflussen zu lassen,²⁹⁵ nutzen sie die bereits angesprochene *Persuasion Knowledge*, um Beeinflussungsversuchen zu widerstehen.²⁹⁶ Sowohl der daraus resultierende Glaube an die eigene Widerstandsfähigkeit als auch der Abwärtsvergleich mit anderen, die vom Einzelnen als weniger kompetent eingeschätzt werden, verbessern das Selbstwertgefühl.²⁹⁷ Aus der Wahrnehmung, dass andere

²⁸⁷Vgl. *Kietzmann/Hermkens/McCarthy* ua *Business Horizons* 2011, 241 (249); *Peters/Y. Chen/Kaplan* ua *Journal of Interactive Marketing* 2013, 281 (295); *Minton/C. Lee/Orth* ua *Journal of Advertising* 2012, 69 (71); *van Doorn/K. Lemon/Mittal* ua *Journal of Service Research* 2010, 253 (259); *Göbel/A. Meyer/Ramaseshan* ua *Marketing Intelligence & Plan* 2017, 578 (583).

²⁸⁸ *Tabellion*, *Influencer Marketing*, S. 29.

²⁸⁹ *Kietzmann/Hermkens/McCarthy* ua *Business Horizons* 2011, 241 (250).

²⁹⁰ *van Doorn/K. Lemon/Mittal* ua *Journal of Service Research* 2010, 253 (254).

²⁹¹ Vgl. auch den Hinweis auf Cookies zur Messung von materiellem Einfluss bei *Native Advertising: C. Campbell/Grimm* *Journal of Public Policy & Marketing* 2019, 110 (112).

²⁹² Vgl. *Feick/Gierl* *International Journal of Research in Marketing* 1996, 227 (232 f.).

²⁹³ *Eisend* *International Journal of Advertising* 2015, 54 (65); *Lwin/Wirtz/Williams* *J. of the Acad. Mark. Sci.* 2007, 572 (583).

²⁹⁴ *Miller* *Journal of Personality and Social Psychology* 1976, 901 (902).

²⁹⁵ *Youn/Faber/Shah* *Psychol. Mark.* 2000, 633 (636); *Eisend* *Journal of Advertising* 2008, 33 (36); *Golan/Day* *Mass Communication and Society* 2008, 539 (551 f.).

²⁹⁶ *Eisend* *International Journal of Advertising* 2015, 54 (55).

²⁹⁷ Vgl. *Eisend* *International Journal of Advertising* 2015, 54 (55); *Wills* *Psychological Bulletin* 1981, 245 (268).

mehr beeinflusst werden als es tatsächlich der Fall ist,²⁹⁸ entsteht das paternalistische Bedürfnis, diese anderen zu beschützen, was dem Einzelnen wiederum ein Gefühl der Überlegenheit verschafft.²⁹⁹ Die vom Einzelnen wahrgenommene Diskrepanz zwischen dem Effekt einer Nachricht auf ihn selbst und auf andere bezeichnet man als *Third-Person* Effekt.³⁰⁰ *Eisend* konnte feststellen, dass eine hohe Diskrepanz dazu führt, dass die Bereitschaft zur Mund-zu-Mund-Propaganda nachlässt.³⁰¹ Wie stark der Effekt sich ausbildet, hängt davon ab, wie die Regulierung von Werbung durch den Staat bewertet wird.³⁰² *Persuasion Knowledge* führt dann nicht zu einem *Third-Person* Effekt, wenn der Regierung eine hohe regulatorische Kompetenz zugeschrieben wird.³⁰³ Paradoxiertweise scheint es, als ob eine gewissenhafte staatliche Regulierung die kritische Wahrnehmung der Konsumenten verringert und in der Folge ihre Anfälligkeit für den Einfluss von Werbung erhöht.³⁰⁴

D. Begriff der sozialen Medien

Voraussetzung für die sozialen Medien ist das Web 2.0, ein Terminus für das World Wide Web als Plattform, auf der Inhalte nicht länger nur von Individuen veröffentlicht werden, sondern von mehreren Benutzern gemeinschaftlich erstellt werden können.³⁰⁵ Bestes Beispiel dafür ist die Enzyklopädie Wikipedia. Ein weiterer Begriff, den es zu klären gilt, ist der des nutzergenerierten Inhalts (*User Generated Content*). Er umfasst die Nutzungsmöglichkeiten von sozialen Medien, die drei Voraussetzungen erfüllen:³⁰⁶ Erstens muss der Inhalt auf einer öffentlich zugänglichen Internetseite veröffentlicht werden, wodurch bspw. E-

²⁹⁸ Vgl. *Driscoll/Salwen* *Journalism & Mass Communication Quarterly* 1997, 541 (551); *Huh/Langteau* *Communication Research* 2007, 25 (46); *Davison* *Public Opinion Quarterly* 1983, 1 (1 f.).

²⁹⁹ *McLeod/Eveland/Nathanson* *Communication Research* 1997, 153 (159); *Nathanson/Eveland Jr./Park* ua *Journal of Broadcasting & Electronic Media* 2002, 385 (405).

³⁰⁰ Vgl. *Davison* *Public Opinion Quarterly* 1983, 1 (3).

³⁰¹ *Eisend* *International Journal of Advertising* 2015, 54 (61).

³⁰² *Eisend* *International Journal of Advertising* 2015, 54 (65).

³⁰³ *Eisend* *International Journal of Advertising* 2015, 54 (65).

³⁰⁴ *Eisend* *International Journal of Advertising* 2015, 54 (67).

³⁰⁵ *Kaplan/Haenlein* *Business Horizons* 2010, 59 (60 f.).

³⁰⁶ *Vickery/Wunsch-Vincent*, *Participative Web and User-Created Content*, S. 18.

Mails nicht erfasst werden. Des Weiteren wird die bloße Verbreitung von bereits veröffentlichtem Inhalt nicht erfasst; stattdessen wird ein gewisser Grad von kreativer Eigenleistung im weitesten Sinne vorausgesetzt. Die dritte Voraussetzung liegt darin, dass der Inhalt in Abgrenzung zu Werbung außerhalb von erwerbswirtschaftlichen Interessen verfasst wurde.

Bedenkt man, dass die Veröffentlichung von Inhalten auf sozialen Medien auch der Selbstdarstellung und der Eigenwerbung dient,³⁰⁷ bedarf es der Klarstellung, dass eine solche Selbstdarstellung nutzergenerierten Inhalt darstellt, sofern sie die anderen Anforderungen erfüllt. Ob innerhalb eines Beitrages zwischen werblichen Äußerungen und nutzergeneriertem Inhalt unterschieden werden muss oder die werbliche Aussage das Vorliegen von nutzergeneriertem Inhalt ausschließt, kann aus rechtlicher Sicht dahinstehen, denn nutzergenerierter Inhalt schließt das Vorliegen von Werbung nicht aus. Es bietet sich aber mit Blick auf die Praxis, dass werbliche Aussagen bewusst in Erzählungen eingebunden werden, um die Effektivität der Werbung zu steigern,³⁰⁸ an, diese Beiträge nicht als nutzergenerierte Inhalte zu klassifizieren.

Damit ergibt sich die Definition von sozialen Medien als „internetbasierte Anwendungen, die auf den ideologischen und technischen Grundlagen des Web 2.0 aufbauen und die Erschaffung und den Austausch von nutzergeneriertem Inhalt erlauben“.³⁰⁹

Während in früheren Tagen Unternehmen die über sie veröffentlichten Informationen durch Veröffentlichungen in Zeitungen kontrollieren konnten, stehen sie heute negativen, aber wahren Schlagzeilen im Internet ohnmächtig gegenüber.³¹⁰ Mit dem Interaktionspotential der sozialen Medien³¹¹ steigt zudem die Relevanz der Mund-zu-Mund-Propaganda: Nutzer können weltweit und in Echtzeit kritische Inhalte verbreiten.³¹² Das macht es wiederum anderen Konsu-

³⁰⁷ *Kietzmann/Hermkens/McCarthy* ua *Business Horizons* 2011, 241 (244).

³⁰⁸ Vgl. *Casaló/Flavián/Ibáñez-Sánchez* *Journal of Business Research* 2020, 510 (516).

³⁰⁹ *Kaplan/Haenlein* *Business Horizons* 2010, 59 (61).

³¹⁰ *Kaplan/Haenlein* *Business Horizons* 2010, 59 (60).

³¹¹ *Seeger/Kost*, *Influencer Marketing*, S. 25.

³¹² *Haseborg* *Hamburger Abendblatt* v. 8.8.2012; *Seraj* *Journal of Interactive Marketing* 2012, 209 (216).

menten leichter, sich über Unternehmen zu unterrichten und Manipulationsversuchen von deren Seite aus zu widerstehen.³¹³ So wie sich negative Schlagzeilen leichter über soziale Medien verbreiten lassen, ist es auch für positive Informationen und Werbung der Fall. Welche der sozialen Netzwerke sich am besten für die Verbreitung von kommerziellen Inhalten eignen, hängt stark von ihrer Ausrichtung ab.

Kaplan und *Haenlein* bedienen sich zur Unterteilung der Theorien, die in der Medienforschung genutzt werden, und solcher, die auf die soziale Komponente von sozialen Medien eingehen.³¹⁴ Nach der Theorie der sozialen Präsenz (*Social Presence Theory*)³¹⁵ unterscheiden sich Medien in dem Grad des akustischen, visuellen und physischen Kontakt ihrer Nutzer.³¹⁶ Je höher die Intimität und je synchroner die Kommunikation, desto größer der soziale Einfluss der Kommunikationspartner aufeinander.³¹⁷

Zudem sei die *Media Richness Theory* genannt, die – wie die *Uncertainty Reduction Theory* bei Freundschaften – auf der Annahme beruht, dass das Ziel von Kommunikation darin liegt, Unsicherheiten zu reduzieren und Widersprüche aufzulösen.³¹⁸ Wie gut Medien sich dazu eignen, dieses Ziel zu erreichen, hängt von dem Umfang der Informationen ab, den sie in einem bestimmten Zeitintervall übermitteln können.³¹⁹

Mit Blick auf diese Einteilung wundert es nicht, dass Instagram für Werbende das Netzwerk der Wahl darstellt: Neben der Möglichkeit, in Echtzeit Unterhaltungen zu führen, sind die sog. Stories (in Anlehnung an die Funktion von Snapchat) herauszustellen, die aus Bildern oder kurzen Videos bestehen und jeweils nur 24 lang abrufbar sind. Diese lassen das soziale Erlebnis nicht nur unmittelbarer wirken, sondern tragen außerdem ihren Teil zu der umfassenden Informationsvermittlung bei, die zudem durch Beiträge bestehend aus Bild oder Video mit Text und das IGTV (in Anlehnung an YouTube) gewährleistet wird.

³¹³ *Uzunoğlu/Misci* *Kip International Journal of Information Management* 2014, 592 (598).

³¹⁴ *Kaplan/Haenlein* *Business Horizons* 2010, 59 (61).

³¹⁵ Vgl. auch *S. Jin/Muqaddam/Ryu* *Mrkting Intelligence & Plan* 2019, 567 (575).

³¹⁶ *Short*, *Social Psychology of Telecommunication*, S. 65.

³¹⁷ *Short*, *Social Psychology of Telecommunication*, 72 f.

³¹⁸ Vgl. *Daft/Lengel* *Management Science* 1986, 554 (567 f.); *Kaplan/Haenlein* *Business Horizons* 2010, 59 (61).

³¹⁹ Vgl. *Daft/Lengel* *Management Science* 1986, 554 (567 f.); *Kaplan/Haenlein* *Business Horizons* 2010, 59 (61).

Die Adaption von Funktionen anderer sozialer Netzwerke – zuletzt sog. Reels in Anlehnung an TikTok – beleben nach Aussage des früheren COO *Osofsky* den Markt.³²⁰

Unter der Prämisse, dass in jeder sozialen Interaktion Menschen das Bedürfnis haben, den Eindruck, den sie auf andere machen, zu beeinflussen,³²¹ und die Präsentation im Internet dieses Bedürfnis befriedigen kann,³²² unterteilen *Kaplan* und *Haenlein* soziale Medien außerdem danach, wie viel Selbstauskunft sie verlangen und wie viel Selbstdarstellung sie zulassen.³²³ Unterschieden wird zwischen kollaborativen Projekten (z.B. Wikipedia, Blogs, Plattformen, die den Austausch von Medien zwischen den Nutzern gewährleisten (sog. content communities, z.B. YouTube)), sozialen Netzwerken (z.B. Facebook und Instagram) und virtuellen (Spiel-) Welten.³²⁴

Voorveld u.a. konnten feststellen, dass die Wahl der Plattform eine Auswirkung darauf hat, wie Werbung wahrgenommen wird.³²⁵ Zu beachten ist, dass dabei die Werbemaßnahmen auf den jeweiligen sozialen Medien insgesamt und nicht nur die Bewerbung durch Influencer betrachtet wurden.³²⁶ Von den in der Studie betrachteten Plattformen wurde Werbung auf Instagram als vergleichsweise unterhaltender wahrgenommen, während Werbung auf Facebook, Twitter und YouTube durchschnittlich die negativsten Emotionen entgegengebracht wurde.³²⁷ Bezogen auf YouTube kann die negative Haltung der Nutzer damit erklärt werden, dass diese sich Werbung anschauen müssen, bevor sie den gewünschten Inhalt gezeigt bekommen,³²⁸ auch wenn die Einführung von überspringbarer Werbung im Jahr 2012 den negativen Eindruck reduzieren und die

³²⁰ *Eppendorf* Die Zeit v. 06.10.2020.

³²¹ *Goffman*, The Presentation of Self, 3 f.

³²² *Jensen Schau/Gilly* J Consum Res 2003, 385 (387).

³²³ *Kaplan/Haenlein* Business Horizons 2010, 59 (62).

³²⁴ *Kaplan/Haenlein* Business Horizons 2010, 59 (62); *Kietzmann/Hermkens/McCarthy* ua Business Horizons 2011, 241 (243); *Peters/Y. Chen/Kaplan* ua Journal of Interactive Marketing 2013, 281 (287).

³²⁵ *Voorveld/van Noort/Muntinga* ua Journal of Advertising 2018, 38 (50).

³²⁶ Vgl. den Versuchsaufbau *Voorveld/van Noort/Muntinga* ua Journal of Advertising 2018, 38 (42).

³²⁷ *Voorveld/van Noort/Muntinga* ua Journal of Advertising 2018, 38 (50).

³²⁸ *Belanche/Flavián/Pérez-Rueda* Journal of Interactive Marketing 2017, 75 (76); *Voorveld/van Noort/Muntinga* ua Journal of Advertising 2018, 38 (50); *Pashkevich/Dorai-Raj/Kellar* ua JAR 2012, 451 (452).

Werbeeffektivität steigern konnte.³²⁹ Das Prinzip dahinter – die Nutzer entscheiden zu lassen, ob sie sich Werbung ansehen oder nicht – könnte ein weiterer Grund für den Erfolg von Instagram sein, schließlich suchen sich die Nutzer selbst aus, welchen Markenbotschaftern sie folgen. Dass es YouTubern freisteht, auf das Partnerprogramm mit YouTube und damit auf vor- oder zwischengeschaltete Werbung zu verzichten und stattdessen gesponserte Aussagen in ihre Videos einzubinden und dass dann eine Werbung wie auf Instagram vorliegt, sei beispielhaft dafür genannt, dass der Erfolg der einzelnen Werbemaßnahme nicht nur an der Plattform festgemacht werden kann, auf der sie gezeigt wird.

Dementsprechend ziehen *Voorveld u.a.* nicht den Schluss, Unternehmen sollten nur auf Instagram oder jedenfalls nicht auf Facebook, YouTube oder Twitter werben, sondern sie raten dazu, das zu den Zielen der Marke passende Medium auszuwählen.³³⁰ Bei der Priorisierung kann auf die Kategorisierung von *Kietzmann* zurückgegriffen werden.³³¹ Das trägt auch dem Umstand Rechnung, dass die Langlebigkeit von sozialen Medien nicht garantiert werden kann.³³²

E. Motivation des Influencers

Es stellt sich die Frage, welche Vorteile die Nutzung von sozialen Medien und die Bewerbung von Unternehmen für die Influencer mit sich bringen. Allgemein lässt sich sagen, dass soziale Medien drei Arten von Mehrwert für den Nutzer haben kann.³³³

Da wäre zunächst der soziale Mehrwert, der in der Interaktion und in den Freundschaften mit anderen Mitgliedern der jeweiligen Gemeinschaft liegt.³³⁴ Die soziale Unterstützung, die er als Teil der Gemeinschaft erfährt, kann dem

³²⁹ *Pashkevich/Dorai-Raj/Kellar* ua JAR 2012, 451 (456).

³³⁰ *Voorveld/van Noort/Muntinga* ua Journal of Advertising 2018, 38 (51).

³³¹ *Kietzmann/Hermkens/McCarthy* ua Business Horizons 2011, 241 (243).

³³² *Voorveld/van Noort/Muntinga* ua Journal of Advertising 2018, 38 (51).

³³³ *Peters/Y. Chen/Kaplan* ua Journal of Interactive Marketing 2013, 281 (286).

³³⁴ *Eisenbeiss/Blechs Schmidt/Backhaus* ua Journal of Interactive Marketing 2012, 4 (16).

Einzelnen bei dessen Selbstfindung und Selbstentwicklung helfen.³³⁵ Der intellektuelle Mehrwert ist im Informationsaustausch³³⁶ und der damit verbundenen gemeinsamen Erschaffung von kreativen³³⁷ und informativen³³⁸ Inhalten zu sehen.³³⁹ Sowohl Beiträge in Diskussionsforen, die Erstellung eines Avatars in einer digitalen Welt oder die Kommentare zu gekauften Produkten tragen zum intellektuellen Mehrwert des jeweiligen sozialen Netzwerkes für den Einzelnen bei.³⁴⁰ Zudem ist der kulturelle Mehrwert zu nennen. Durch die soziale Interaktion und die gemeinsame Erschaffung von Inhalten werden innerhalb der Gemeinschaft Umgangsformen etabliert, die von den Mitgliedern geschützt werden³⁴¹ und als Vorbild des eigenen Handelns dienen.³⁴² Das Erkennen, dass die gleichen Werte geteilt werden, stärkt wiederum das Gemeinschaftsgefühl der Mitglieder.³⁴³ In Netzwerken, in denen statt des richtigen Namens ein Nickname verwendet wird (z.B. bei YouTube), führt die damit verbundene Anonymität zu einem stärkeren Zugehörigkeitsgefühl zur Gruppe (beispielsweise zur Fangruppe eines Influencers) und zu einer verminderten Selbstwahrnehmung³⁴⁴ und in der Folge zu einer stärkeren Anpassung an die sozialen Normen der Gruppe.³⁴⁵

Den Gegensatz dazu bildet das *Personal Branding*, worunter man die Selbstdarstellung zur Entwicklung eines öffentlichen Bildes versteht.³⁴⁶ War vor dem digitalen Zeitalter Berühmtheit noch solchen Menschen vorbehalten, die entweder mit Privilegien geboren wurden oder Zeit ihres Lebens etwas Außerordentliches geleistet hatten, führen seit den früheren 2000ern die Einfachheit der Selbstdarstellung durch die sozialen Medien verbunden mit dem Erstarken des

³³⁵ Cheung/M. Lee Journal of Information Science 2009, 279 (292).

³³⁶ Ridings/Gefen J Comput Mediat Commun 2004, JCMC10110 (Artikel 4).

³³⁷ Eisenbeiss/Blechsmidt/Backhaus ua Journal of Interactive Marketing 2012, 4 (16).

³³⁸ Vgl. die Übertragung der *Uncertainty Reduction Theory* nach Adjei/S. Noble/C. Noble J. of the Acad. Mark. Sci. 2010, 634 (647 f.).

³³⁹ Seraj Journal of Interactive Marketing 2012, 209 (213).

³⁴⁰ Seraj Journal of Interactive Marketing 2012, 209 (213).

³⁴¹ Seraj Journal of Interactive Marketing 2012, 209 (216 f.).

³⁴² Vgl. Edvardsson/Tronvoll/Gruber J. of the Acad. Mark. Sci. 2011, 327 (336); T. Postmes/R. Spears/M. Lea Human Comm Res 2000, 341 (364).

³⁴³ Cheung/M. Lee Journal of Information Science 2009, 279 (291).

³⁴⁴ M. Xiao/Rang Wang/Chan-Olmsted Journal of Media Business Studies 2018, 188 (205).

³⁴⁵ Tom Postmes/Russel Spears/Martin Lea Communication Research 1998, 689 (699 f.).

³⁴⁶ Khamis/Ang/Welling Celebrity Studies 2017, 191 (191).

neoliberalen Individualismus dazu, dass auch bis dato gewöhnliche Konsumenten eine persönliche Marke entwickeln können.³⁴⁷ Kritisiert wird diese Entwicklung als Ausfluss einer zunehmend narzisstischen Gesellschaft³⁴⁸ und unter dem Stichwort der „*social factory*“ wird postuliert, dass der Kapitalismus dadurch sich nicht mehr nur mit dem Wirken auf dem Arbeitsplatz zufrieden geben muss, sondern in unsere intimsten Lebensbereiche vordringen kann.³⁴⁹ Dem Einzelnen verspricht der Aufbau einer eigenen Marke einen kommerziellen Mehrwert und kulturelles Kapital,³⁵⁰ was die intellektuellen Eigenschaften eines Einzelnen umfasst, die ihm dabei helfen, in der sozialen Hierarchie aufzusteigen.³⁵¹

Die Zusammenarbeit mit Unternehmen kann die eigene Marke stärken³⁵² und natürlich werden auch finanzielle Vorteile eine nicht untergeordnete Rolle spielen. Bei solchen Influencern, die begeisterte Kunden des Unternehmens sind, steht nicht die finanzielle Kompensation im Vordergrund, sondern die Möglichkeit, Teil einer besonderen Gemeinschaft zu sein.³⁵³ Für diese Influencer muss der Vorteil nicht unbedingt in finanzieller Kompensation, sondern kann auch in der Teilnahme an Rabatt- oder sonstigen Aktionen liegen.³⁵⁴

F. Risiken

Mit der Herausforderung für Unternehmen, den passenden Influencer zu finden, gehen auch Risiken einher. Wie erklärt durch das *Meaning Transfer* Modell positive Eigenschaften des Influencers auf die Marke übertragen werden können, so gilt selbiges auch für Verfehlungen des Influencers, die sich negativ auf die Reputation des Beworbenen auswirken können.³⁵⁵ Hinzu kommt, dass ein dauerhaft mit den Werten des Unternehmens konsistentes Auftreten bei

³⁴⁷ *Khamis/Ang/Welling* *Celebrity Studies* 2017, 191 (195).

³⁴⁸ *MacDonald* *Psychodynamic Practice* 2014, 144 (147).

³⁴⁹ *Hearn* *Journal of Communication Inquiry* 2011, 313 (315).

³⁵⁰ *Khamis/Ang/Welling* *Celebrity Studies* 2017, 191 (195).

³⁵¹ Vgl. *Bourdieu* in Richardson (Hrsg.), *Handbook of Theory and Research* (248).

³⁵² Vgl. *Carr/R. Hayes* *Journal of Interactive Advertising* 2014, 38 (46).

³⁵³ *Seeger/Kost*, *Influencer Marketing*, S. 43.

³⁵⁴ *Seeger/Kost*, *Influencer Marketing*, S. 42.

³⁵⁵ *Till/Shimp* *Journal of Advertising* 1998, 67 (79); *S. Wang/K. Kim* *JPBM* 2019, 114 (115).

Markenbotschaftern schwieriger gewährleistet werden kann als etwa bei der Ausgestaltung von Filialen.³⁵⁶ Ein weiteres Risiko liegt darin, dass die (Fortführung von) unlauteren Praktiken die Konsumenten zunehmend skeptischer werden lassen und in der Folge diese Marketingstrategie ihre Wirksamkeit einbüßen müsste.³⁵⁷ Sähe man wie *Petty* und *Andrews* darin den baldigen Zerfall einer Gesellschaft, in der es noch möglich ist, einem Fremden im Internet Vertrauen zu schenken,³⁵⁸ wäre der Dienst an der Menschheit offensichtlich; doch auch bei weniger Endzeitstimmung kommt eine ausreichende Regulierung wohl nicht nur den Verbrauchern zugute.³⁵⁹ Es folgt daher die juristische Antwort auf unlauteres Verhalten im Zusammenhang mit Influencer-Marketing.

³⁵⁶ *Khamis/Ang/Welling* *Celebrity Studies* 2017, 191 (192).

³⁵⁷ *Ross Petty/Andrews* *Journal of Public Policy & Marketing* 2008, 7 (16); *Darke/Ritchie* *Journal of Marketing Research* 2007, 114 (125).

³⁵⁸ Vgl. *Ross Petty/Andrews* *Journal of Public Policy & Marketing* 2008, 7 (16).

³⁵⁹ Vgl. *Woodroof/Howie/Syrdal* ua *JPBM* 2020, 675 (683); *Jung/Heo* *Journal of Interactive Advertising* 2019, 1 (11); *Carr/R. Hayes* *Journal of Interactive Advertising* 2014, 38 (47); *Carl* *Journal of Marketing Communications* 2008, 225 (237); *Wei/Fischer/Main* *Journal of Public Policy & Marketing* 2008, 34 (34); *Darke/Ritchie* *Journal of Marketing Research* 2007, 114 (125).

Kapitel 2

Unvereinbarkeit der Rechtsprechung zu § 5a VI UWG 2015 mit UGP-RL

Problematisch ist insbesondere die Frage gewesen, ob unentgeltliche Erwähnungen von Influencern, die weder im Namen noch im Auftrag des erwähnten Unternehmens getätigt werden, nach § 5a VI UWG 2015 unlauter sind, wenn sie nicht als „Werbung“ gekennzeichnet werden. Der § 5a VI UWG 2015 wurde nahezu wortgleich von Art. 7 II Hs. 2 UGP-RL übernommen, was dafür sprechen könnte, dass eine Modifikation des § 5a VI UWG 2015, wie sie der Gesetzgeber in § 5a IV 2 UWG 2022 vorgenommen hat, gegen die (in ihrem Anwendungsbereich) vollharmonisierende UGP-RL verstößt.

Der Art. 7 II Hs. 2 UGP-RL lautet:

„Als irreführende Unterlassung gilt es auch, [...] wenn [der Gewerbetreibende] den kommerziellen Zweck der Geschäftspraxis nicht kenntlich macht, sofern er sich nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt, und dies jeweils einen Durchschnittsverbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst oder zu veranlassen geeignet ist, die er ansonsten nicht getroffen hätte.“

und der Wortlaut des § 5a VI UWG 2015 (§ 5a IV 1 UWG 2022):

„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 [seit 2022: „oder sonstigen Marktteilnehmer“] zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.“

Im deutschen Umsetzungsgesetz wurde nicht der Begriff der Geschäftspraktik (Art. 2 lit. d UGP-RL), sondern der der geschäftlichen Handlung

(§ 2 I Nr. 2 UWG) gewählt, der in fünffacher Hinsicht weiter ist als der unionsrechtliche Begriff der Geschäftspraktiken.¹ Unter anderem werden vom deutschen Gesetz anders als von der Richtlinie auch Maßnahmen Dritter erfasst, die nicht im Namen und/ oder im Auftrag des Unternehmens handeln (vgl. Art. 2 lit. b UGP-RL).² Indem § 5a VI UWG 2015 sich auf den Begriff der geschäftlichen Handlung bezog, wurden folglich unentgeltliche, positive Erwähnungen von Influencern erfasst, die nicht im Namen oder Auftrag der beworbenen Unternehmen erfolgten. Konsequenterweise ging ein großer Teil der Rechtsprechung und Literatur von der Kennzeichnungspflicht dieser Beiträge aus.³ Gleichzeitig werden diese Handlungen nicht von Art. 7 II Hs. 2 UGP-RL erfasst, denn sie stellen keine Geschäftspraktiken iSd UGP-RL dar.

Dieser Widerspruch ist nicht mit den Vorgaben der UGP-RL vereinbar. Der Erwägungsgrund 15 der UGP-RL lautet wie folgt:

„Legt das Gemeinschaftsrecht Informationsanforderungen in Bezug auf Werbung, kommerzielle Kommunikation oder Marketing fest, so werden die betreffenden Informationen im Rahmen dieser Richtlinie als wesentlich angesehen. Die Mitgliedstaaten können die Informationsanforderungen in Bezug auf das Vertragsrecht oder mit vertragsrechtlichen Auswirkungen aufrechterhalten oder erweitern, wenn dies aufgrund der Mindestklauseln in den bestehenden gemeinschaftlichen Rechtsakten zulässig ist. Eine nicht erschöpfende Auflistung solcher im Besitzstand vorgesehenen Informationsanforderungen ist in Anhang II enthalten. Aufgrund der durch diese Richtlinie eingeführten vollständigen Angleichung werden nur die nach dem Gemeinschaftsrecht vorgeschriebenen

¹ Köhler/Bornkamm/Feddersen/*H. Köhler*, § 2 UWG Rn. 2.10.

² Köhler/Bornkamm/Feddersen/*H. Köhler*, § 2 UWG Rn. 2.10.

³ OLG Braunschweig MMR 2019, 467 (Rn. 9 ff.) – Geschäftliche Handlung durch Verlinkung einer Influencerin auf Herstellerseiten; OLG Karlsruhe GRUR-RS 2020, 22210 (Rn. 60 f.) – Pamela Reif; OLG Köln GRUR-RR 2021, 167 (Rn. 27 ff.) – Diana zur Löwen; OLG Frankfurt a. M. GRUR 2020, 208 (Rn. 10 ff.) – Die Influencerin, auch wenn die Unentgeltlichkeit angezweifelt wurde; OLG Hamburg GRUR-RS 2020, 18139 (Rn. 40 ff.) – ohhcouture; LG Köln GRUR-RS 2020, 17906 (Rn. 41) – Diana zur Löwen; LG Karlsruhe GRUR-RR 2019, 328 (Rn. 29 ff.) – Pamela Reif; LG München I MMR 2019, 544 (Rn. 37 f.) – Cathy Hummels; LG Heilbronn ZUM-RD 2019, 180 (183) – Kennzeichnung durch »#ad« unzureichend; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Keller*, § 2 UWG Rn. 32b; *Wagner jurisPR-ITR 12/2019 Anm. 5*; *Douglas GRUR-Prax 2019, 561*; *Alberts*, Influencer-Marketing, S. 75, 144; vgl. auch *Gerecke GRUR 2018, 153 (157 f.)*.

Informationen als wesentlich für die Zwecke des Artikels 7 Absatz 5 dieser Richtlinie betrachtet. Haben die Mitgliedstaaten auf der Grundlage von Mindestklauseln Informationsanforderungen eingeführt, die über das hinausgehen, was im Gemeinschaftsrecht geregelt ist, so kommt das Vorenthalten dieser Informationen einem irreführenden Unterlassen nach dieser Richtlinie nicht gleich. [...]"

Der § 5a VI UWG 2015 ging durch die überschießende Umsetzung der geschäftlichen Handlung über das hinaus, was im Gemeinschaftsrecht geregelt ist, indem er verlangte, dass unentgeltliche Empfehlungen durch Influencer als „Werbung“ gekennzeichnet werden müssen. Das Vorenthalten dieser Information – dass also die Beiträge nicht als Werbung gekennzeichnet werden – ist kein irreführendes Unterlassen iSd UGP-RL. Es durfte folglich im Anwendungsbereich der UGP-RL auch kein irreführendes Unterlassen iSd § 5a VI UWG 2015 darstellen. Im Folgenden wird vertieft auf die einzelnen Aspekte eingegangen.

A. Prämisse: Unentgeltliche Erwähnungen sind keine Geschäftspraktiken iSd UGP-RL für die Zwecke der Fremdförderung iSd Art. 7 II Hs. 2 UGP-RL

Für die Zwecke dieser Arbeit wird davon ausgegangen, dass unentgeltliche Erwähnungen keine für die Anwendung des Art. 7 II Hs. 2 UGP-RL notwendigen Geschäftspraktiken darstellen. Zur Veranschaulichung dieses Standpunktes ist es notwendig, den Wortlaut der maßgeblichen Definitionen in den Blick zu nehmen.

Gem. Art. 2 lit. d UGP-RL sind Geschäftspraktiken „jede Handlung, Unterlassung, Verhaltensweise oder Erklärung, kommerzielle Mitteilung einschließlich Werbung und Marketing *eines Gewerbetreibenden*, die unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts an Verbraucher zusammenhängt.“
Voraussetzung für das Vorliegen einer Geschäftspraktik ist folglich, dass ein Gewerbetreibender gehandelt hat.

Gem. Art. 2 lit. b UGP-RL ist Gewerbetreibender

„jede natürliche oder juristische Person, die *im Sinne dieser Richtlinie* im Rahmen ihrer gewerblichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit handelt, und jede Person, die im Namen oder Auftrag des Gewerbetreibenden handelt.“

Der Zusatz „im Sinne dieser Richtlinie“ kann so verstanden werden, dass nur solche Personen als Gewerbetreibende einzustufen sind, deren Tätigkeit auf den Absatz von Produkten an Verbraucher gerichtet ist. Für dieses Verständnis spricht auch die Zielsetzung der UGP-RL, die Regelungen über „unlautere Geschäftspraktiken, die die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher beeinträchtigen“, anzugleichen, Art. 1 UGP-RL. Sofern die Handelnden keine eigenen Produkte an Verbraucher vertreiben, besteht kein Bedarf, diese als Gewerbetreibende iSd Art. 2 lit. d Alt. 1 UGP-RL einzustufen, da von deren Handlungen in der Regel keine Gefahr der Verbraucherbeeinflussung durch unlautere Handlungen einhergeht.

Für die Fälle der Fremdförderung wurde der Art. 2 lit. d Alt. 2 UGP-RL geschaffen. Danach sind Gewerbetreibende auch solche Personen, die im Namen oder Auftrag des Gewerbetreibenden handeln. Sobald eine Person, die keine eigenen Produkte an Verbraucher vertreibt, den Absatz eines Unternehmens an Verbraucher in dessen Namen oder Auftrag fördert, ist auch diese Person als Gewerbetreibende anzusehen. Daraus folgt, dass auch ihre Förderung als Geschäftspraktik einzustufen ist, mit der Folge, dass die Unlauterkeitstatbestände der UGP-RL anwendbar sind.

Übertragen auf das Influencer-Marketing bedeutet dies Folgendes:

Influencer, die keine eigenen Produkte an Verbraucher vertreiben, sind keine Gewerbetreibenden iSd Art. 2 lit. b Alt. 1 UGP-RL. Nur dann, wenn diese Influencer im Namen oder Auftrag einer Person handeln, die Produkte an Verbraucher verkauft, können sie selbst als Gewerbetreibende nach Art. 2 lit. b Alt. 2 UGP-RL eingestuft werden.

Natürlich kann man dies auch anders sehen. Im Folgenden werden mögliche Argumente gegen die vertretene Ansicht auf ihre Überzeugungskraft hin untersucht.

1. Es könnte erstens vorgetragen und vertreten werden, dass auch Influencer, die keine eigenen Produkte an Verbraucher vertreiben, Gewerbetreibende iSd

Art. 2 lit. b Alt. 1 UGP-RL darstellen. Dafür spricht, dass auch solche Influencer im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit handeln, wenn sie Beiträge verfassen, die möglicherweise Geschäftspraktiken darstellen können. Dafür spricht auch, dass auch Handlungen solcher Influencer die wirtschaftlichen Interessen von Verbrauchern beeinträchtigen können, schließlich beinhaltet schon die Berufsbezeichnung den Aspekt der Beeinflussung von wirtschaftlichen Interessen, wobei die Beeinflussung nicht notwendigerweise positiv sein muss.

Dagegen spricht der bereits genannte Zusatz, dass die Handlung „im Sinne dieser Richtlinie“ im Rahmen der gewerblichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit erfolgen muss. Wenn jeder, der einer gewerblichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit nachgeht, als Gewerbetreibender gelten würde, bedürfte es dieses Zusatzes nicht. Auch ist nicht ersichtlich, auf welche andere Einschränkung als die des Verkaufs eigener Produkte an Verbraucher der Zusatz „im Sinne dieser Richtlinie“ hindeuten könnte.

Natürlich könnte man an dieser Stelle mit der Besonderheit des Influencer-Marketings argumentieren. Man könnte vertreten, dass die Beeinflussung die Gefahr der Beeinträchtigung – also der negativen Beeinflussung – in sich trägt, wodurch die Regelungen der UGP-RL auf ausnahmslos alle Influencer direkt anwendbar sein sollten. Trotz des Wissens um die Besonderheiten des Influencer-Marketings würde die Europäische Kommission diesem Standpunkt wohl nicht zustimmen. Wie sich aus der Bekanntmachung C/2021/9320 ergibt, geht die Kommission von der Möglichkeit aus, dass (einige) Influencer keine Gewerbetreibende iSd UGP-RL darstellen.⁴

2. Es könnte vorgetragen werden, dass es der Einstufung als Gewerbetreibende bedarf, um die Handlung bspw. als irreführende Handlung sanktionieren zu können. Das ist nicht der Fall.

⁴ *Europäische Kommission*, Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt - C/2021/9320, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A52021XC1229%2805%29> (zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).

Die Mitgliedstaaten sind frei darin, den Kreis derjenigen, die für einen Verstoß gegen die Tatbestände der UGP-RL verantwortlich sein können, beliebig zu erweitern. Deutlich wird dies an der Nr. 11 des Anhangs zu § 3 III UWG: Auch wenn das Verbot der als Information getarnten Werbung sich nach der Auffassung des EuGH nur an das Unternehmen richtet, das die Werbung finanziert hat, werden nach hM auch Presseverleger von der Vorschrift erfasst.⁵ Diese Ausweitung der Haftung ist laut *Köhler* mit der UGP-RL vereinbar, „da damit deren abschließender Charakter nicht infrage gestellt wird.“⁶ Mit anderen Worten: Der Umstand, dass zusätzlich zu Unternehmen auch Presseverleger für die Veröffentlichung von als Information getarnter Werbung haften, ändert nichts am Unlauterkeitstatbestand.

Nach dem deutschen UWG sind alle Beiträge eines jeden Influencers jedenfalls geschäftliche Handlungen zugunsten des eigenen Unternehmens,⁷ sodass auch dann, wenn die UGP-RL diese Handlungen nicht erfasst, die Handlungen nach § 5 I UWG sanktioniert werden können. Schaut man nach Frankreich, das die Definition anders als Deutschland nicht überschießend umgesetzt hat, erkennt man, dass auch dort entsprechende Vorkehrungen getroffen wurden. Der Art. 6 loi n° 2023-451 du 9 juin 2023 visant à encadrer l'influence commerciale et à lutter contre les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux⁸ statuiert, dass Influencer, deren Tätigkeit sich ausschließlich auf die Vermarktung (und nicht den Verkauf) von Produkten beschränkt, dem Käufer ggü. verschuldensunabhängig iSd Art. 15 loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique⁹ haften.

Es wurde festgestellt, dass die Mitgliedstaaten entweder weitergehende Regelungen treffen können, die auch irreführende Handlungen von genannten Influencern erfasst, oder diese (unbewusst) bereits getroffen haben. Dann ver-

⁵ Köhler/Bornkamm/Feddersen/H. Köhler, UWG Anhang (zu § 3 Abs. 3) Rn. 11.10 mwN.

⁶ Köhler/Bornkamm/Feddersen/H. Köhler, UWG Anhang (zu § 3 Abs. 3) Rn. 11.10.

⁷ Siehe dazu Kapitel 3 A.

⁸ Gesetz abrufbar unter <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000047663185> (zuletzt abgerufen am: 22.08.2024); siehe zum Gesetz auch Kapitel 9.

⁹ Gesetz abrufbar unter <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000801164> (zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).

bleibt vom vorgetragenen Argument gegen die hier vertretene Ansicht höchstens noch das diffuse Gefühl, eine Handlung eines jeden Influencers, die den Tatbestand der irreführenden Handlung erfüllt, müsse von der UGP-RL erfasst werden. Allein dass auch die Sanktionierung solcher Handlungen dem Zweck der UGP-RL zugutekommen könnte, rechtfertigt keine Ausnahme des Art. 2 lit. b Alt. 1 UGP-RL speziell für Influencer. Hinzu kommt: Wenn schon rechtsfolgenorientiert argumentiert werden soll, sollten dabei auch alle Rechtsfolgen in den Blick genommen werden. Nach der Entkräftung eines weiteren möglichen Gegenarguments wird dementsprechend darauf eingegangen, warum es zwar anders als hier dargestellt gesehen werden könnte, man es jedoch nicht anders sehen sollte.

3. Als drittes mögliches Gegenargument könnte der Vorwurf der Inkonsequenz angeführt werden. Es könnte vorgebracht werden, dass nach der hier vertretenen Auffassung in einem Fall dafür plädiert würde, sich streng an die Vorgaben der UGP-RL zu halten (wenn es darum geht, dass unentgeltliche Erwähnungen keine geschäftlichen Handlungen darstellen und dementsprechend auch keine irreführenden Unterlassungen darstellen können). In anderen Fällen würde wiederum für die Ausweitung des Anwendungsbereichs plädiert, etwa dann, wenn jede Handlung eines Influencers eine geschäftliche Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens sein soll, auch wenn keine Geschäftspraktik iSd Art. 2 lit. b Alt. 1 UGP-RL vorliegen soll.

Der Vorwurf der Inkonsequenz wäre unberechtigt. Die unterschiedlichen Handhabungen können damit erklärt werden, dass nur so der UGP-RL größtmögliche Wirkung zuteil wird, die für Verbraucher tatsächliche Relevanz entfaltet.

Nur wenn jeder Beitrag eines Influencers eine geschäftliche Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens darstellt, kann jeder Beitrag auf dessen Unlauterkeit hin überprüft werden. Und nur wenn unentgeltliche Erwähnungen nicht als Werbung gekennzeichnet werden müssen, wird aus einer Werbekennzeichnung deutlich, dass das erwähnte Unternehmen für die Erwähnung bezahlt hat. Wird hingegen jeder Beitrag eines Influencers mit einer Werbekennzeichnung versehen, beschränkt sich die Aussagekraft derselben auf die Information, dass mit dem Account Geld verdient wird. Über den einzelnen Beitrag wird lediglich

die Aussage getroffen, dass im Beitrag ein fremdes Unternehmen positiv erwähnt wird. Keine Aussage wird darüber getroffen, aus welchen Beweggründen der Influencer das Unternehmen positiv erwähnt.

Die unterschiedliche Handhabung kann zudem mit Blick auf einen anderen Aspekt erklärt werden, der gleichzeitig auch den Grund darstellt, warum die hier dargestellte Ansicht auch im Ergebnis überzeugt:

Wenn die überschießende Umsetzung der geschäftlichen Handlung dazu führt, dass nach Nr. 11 des Anhangs zu § 3 III UWG anders als nach Nr. 11 des Anhang I der UGP-RL auch Presseverleger und nicht nur Unternehmen eine unlautere Handlung vornehmen können, ändert das nichts am Tatbestand selbst. Im einen wie im anderen Fall gilt es, die als Information getarnte Werbung zu sanktionieren. Es wurde lediglich der Kreis der Adressaten erweitert.

Das gleiche gilt dann, wenn – wie hier – vertreten wird, dass Influencer, die keine eigenen Produkte an Verbraucher vertreiben, zwar nicht von der UGP-RL, trotzdem aber vom UWG erfasst werden. Wenn Beiträge solcher Influencer den Tatbestand der irreführenden Handlung erfüllen und nach dem UWG sanktioniert werden, ändert das nichts am Tatbestand. Es ändert lediglich den Kreis derjenigen, die auf Unterlassung verklagt werden können.

Auch der mit Wirkung vom 07.01.2023 eingefügte Art. 11a I 1 UGP-RL, der bei unlauteren Geschäftspraktiken einen Schadensersatzanspruch von Verbrauchern statuiert, setzt nur die Schädigung durch unlautere Geschäftspraktiken voraus. Nicht geregelt wird, dass dieser Schadensersatzanspruch nur ggü. Gewerbetreibenden geltend gemacht werden darf, sodass auch insofern keine Notwendigkeit besteht, alle Influencer von der UGP-RL zu erfassen. Auch dahingehend kann auf die mögliche überschießende Umsetzung verwiesen werden.

Bei den Influencern, die keine eigenen Produkte an Verbraucher vertreiben, bestehen zwei Möglichkeiten:

a. Entweder kann – anders als hier vertreten – auch bei solchen Influencern eine Geschäftspraxis vorliegen. Der unmittelbare Zusammenhang mit der (Fremd-)Förderung erfordert ebenso wenig wie der objektive Zusammenhang im deutschen UWG den Erhalt eines Entgelts. Bei Bejahung der Geschäftspraxis im Fall

der unentgeltlichen Handlung könnte man dann auch die Unlauterkeit nach Art. 7 II Hs. 2 UGP-RL wegen fehlender Werbekennzeichnung bejahen.¹⁰ Diese Entscheidung wäre äußerst folgenreich: Die Bedeutung der Werbekennzeichnung würde sich wandeln von „Achtung, dieser Beitrag enthält bezahlte Werbung!“ zu „Achtung, in diesem Beitrag wird ein Unternehmen durch einen Gewerbetreibenden positiv dargestellt“. Zudem läge ein Widerspruch zu Art. 6 lit. a E-Commerce-RL vor, da gem. Art. 2 lit. f E-Commerce-RL keine kommerzielle Kommunikation anzunehmen ist, wenn die Angaben unabhängig und insb. ohne finanzielle Gegenleistung getätigt werden.¹¹ Dieser Widerspruch könnte gem. Art. 3 IV UGP-RL zugunsten der in der E-Commerce-RL dargelegten Rechtslage aufgelöst werden mit der Folge, dass unentgeltliche Erwähnungen in digitalen Diensten doch nicht gekennzeichnet werden müssten.

b. Die zweite Möglichkeit besteht darin, – wie hier vertreten – keine Geschäftspraxis bei Influencern anzunehmen, die keine eigenen Produkte an Verbraucher vertreiben. Dann kann eine unentgeltliche Erwähnung ohne Werbekennzeichnung durch solche Influencer auch nicht den Tatbestand des Art. 7 II Hs. 2 UGP-RL erfüllen.

Es stellt sich die Folgefrage, wie unentgeltliche Erwähnungen von Influencern, die Produkte an Verbraucher vertreiben, zu beurteilen sind. Wieder gibt es zwei Möglichkeiten.

ba. Nach der ersten Möglichkeit würde der Art. 7 II Hs. 2 UGP-RL basierend auf der Annahme eines Gewerbetreibenden gem. Art. 2 lit. b Alt. 1 UGP-RL und dementsprechend auch einer Geschäftspraxis bejaht. Dann entstünde wieder ein Widerspruch zur E-Commerce-RL, der wieder aufgelöst werden müsste. Hinsichtlich unentgeltlicher Erwähnungen fremder Unternehmen durch Influencer würde dann, wenn die Erwähnungen keine digitalen Dienste darstellen, der Vorrang der E-Commerce-RL nicht greifen, sodass die Erwähnungen als

¹⁰ Alternative: Eine kennzeichnungspflichtige Fremdförderung ist nur dann anzunehmen, wenn der Handelnde im Namen oder Auftrag des erwähnten Unternehmens handelt und damit die Voraussetzungen des Gewerbetreibenden nach Art. 2 lit. b Alt. 2 UGP-RL erfüllt, siehe die folgenden Ausführungen.

¹¹ Siehe dazu auch die Rechtsprechung des BGH in Kapitel 6.

Werbung gekennzeichnet werden müssten. In allen Rechtsordnungen, in denen der Anwendungsbereich hinsichtlich des Aspekts des Vertriebs an Verbraucher nicht überschießend umgesetzt worden wäre, würden Influencer uneinheitlich behandelt. Wenn sie selbst Gewerbetreibende wären, müssten sie eine unentgeltliche Fremdförderung kennzeichnen; wenn sie keine eigenen Produkte an Verbraucher vertrieben, müssten sie dies nicht.

bb. Nach der vorzugswürdigen zweiten Möglichkeit führt die Bejahung eines Gewerbetreibenden gem. Art. 2 lit. b Alt. 1 UGP-RL und eine darauf gestützte Geschäftspraktik nicht zu einer Anwendbarkeit des Art. 7 II Hs. 2 UGP-RL, wenn die Kennzeichnungspflicht einer Fremdförderung infrage steht. Rechtstechnisch kann man dieses Ergebnis dadurch erhalten, dass die zu kennzeichnende Fremdförderung iSd Art. 7 II Hs. 2 UGP-RL die Handlung eines Gewerbetreibenden iSd Art. 2 lit. b Alt. 2 UGP-RL voraussetzt. Das heißt, dass eine Unlauterkeit wegen nicht gekennzeichnete, positiver Erwähnung eines fremden Unternehmens nur dann in Betracht kommt, wenn der Handelnde im Namen oder Auftrag des erwähnten Unternehmens gehandelt hat. Diese Ansicht hat die Vorteile, dass die Werbekennzeichnung die Information enthält, von der in der Laiensphäre ausgegangen wird („Vorsicht, dieser Beitrag enthält bezahlte Werbung!“), und dass kein Widerspruch zur E-Commerce-RL vorliegt.

Da nur nach der hier vertretenen Auffassung kein Widerspruch zur E-Commerce-RL vorliegt, ist davon auszugehen, dass sie auch dem Willen entspricht, den der europäische Gesetzgeber gebildet hätte, wenn er 2005 die Problematik des Influencer-Marketings antizipiert hätte. Im Folgenden wird folglich davon ausgegangen, dass mangels Handeln im Namen oder Auftrag bei unentgeltlichen Erwähnungen durch Influencer jedenfalls keine solche Geschäftspraxis vorliegt, die für die Anwendung des Art. 7 II Hs. 2 UGP-RL erforderlich wäre.

B. Prämisse: anderes Verständnis von „Handeln im Auftrag“ als der EuGH

Das einleitend dargestellte Ergebnis ist zusätzlich noch von einer anderen Prämisse abhängig: Es wird für die Zwecke dieser Arbeit davon ausgegangen,

dass, wenn ein Unternehmen ein zweites Unternehmen gegen Entgelt bewirbt, ein Handeln im Auftrag dieses zweiten Unternehmens iSd Art. 2 lit. b UGP-RL vorliegt. Mag diese Voraussetzung für manche selbstverständlich scheinen, so ist sie es nicht für den sehr aufmerksamen Kenner der EuGH-Rechtsprechung. In seinem wohl überraschendsten¹² und meistdiskutiertesten Urteil RLvS/Stuttgarter Wochenblatt [GOOD NEWS] urteilte der EuGH, dass der Verlag, der in seiner kostenlos verteilten Zeitung Werbung für die *Germanwings GmbH* und die *Friedrich Scharr KG* veröffentlichte, unstreitig (!) nicht im Auftrag dieser Unternehmen handelte.¹³ Näheres dazu fand sich im Urteil nicht. In den Rezensionen des Urteils wurden – soweit ersichtlich – keine zufriedenstellende Erklärung dafür geliefert. *Koch*¹⁴ schrieb nur, dass es für die Annahme eines Handelns im Auftrag eines Gewerbetreibenden danach offenbar nicht genüge, dass das Presseunternehmen von dem Gewerbetreibenden für die Veröffentlichung des Beitrags ein Entgelt erhalte.

Das Tatbestandsmerkmal des Handelns im Auftrag eines Gewerbetreibenden wird auch nicht in anderen Urteilen des EuGH konkretisiert. Zwar ging es in der Entscheidung StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH/eprimo GmbH¹⁵ um eine „Werbemaßnahme, die von der *Interactive Media CCSP GmbH* im Auftrag von *eprimo*“ wohl gegen Entgelt durchgeführt wurde. Da sich die Klage gegen den Stromanbieterin *eprimo GmbH* als Mitbewerberin richtete und nicht gegen die Werbeagentur, kam es allerdings nicht auf das Tatbestandsmerkmal an.

Aus den Gesetzgebungsmaterialien zur UGP-RL ergibt sich, dass der Zusatz in Art. 2 lit. b UGP-RL „und jeder, der im Namen oder Auftrag des Gewerbetreibenden handelt“ sinngemäß durch das Europäische Parlament Einzug in die Richtlinie fand. Bis dahin sahen die Entwürfe vor, unter einem Gewerbetreibenden

„jede natürliche oder juristische Person, die im Geschäftsverkehr im Sinne dieser Richtlinie im Rahmen ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit handelt“

¹² Vgl. *Hamacher* GRUR-Prax 2014, 365 (366); *Schoene* GRUR-Prax 2013, 496.

¹³ EuGH GRUR 2013, 1245 (Rn. 40) – RLvS/Stuttgarter Wochenblatt [GOOD NEWS].

¹⁴ *Koch* FS Köhler, S. 359 (365).

¹⁵ EuGH GRUR 2022, 87 – StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH/eprimo GmbH.

zu verstehen. Durch den Änderungsantrag 14 des eingereichten Textes A5-0188/2004¹⁶ schlug das Parlament vor, die Definition um den folgenden Zusatz zu erweitern:

„die Personen, die entweder in eigenem Namen oder im Namen oder auf Rechnung eines Dritten mit oder ohne Rechtspersönlichkeit, mit oder ohne Verfolgung eines Erwerbszwecks, eine gewerbliche, finanzielle oder industrielle Tätigkeit ausüben und Produkte oder Dienstleistungen anbieten oder verkaufen“.

Zum Änderungsvorschlag fand sich die Begründung:

„Es ist sicherzustellen, dass die Förderung fremden Wettbewerbs durch die Richtlinie erfasst wird, da in der Praxis immer häufiger unlautere Praktiken von Dritten gesetzt werden, die zu einem Gewerbetreibenden in einem Auftragsverhältnis stehen. Auch durch das Zusammenspiel zahlreicher Unternehmen (Werbung, Vertrieb, Versand) ist oftmals der unmittelbare Störer nicht ermittelbar.“ Deutlicher wird der Zweck in der englischen Fassung: *„interaction between a variety of firms [...] often makes it impossible to identify precisely which one is responsible for the breach of the rules.“*

Im Gemeinsamen Standpunkt des Rates¹⁷ wurde diese Abänderung sinngemäß bei der Neufassung des Art. 2 lit. b UGP-RL-E berücksichtigt, „wobei der Tatsache Rechnung getragen wurde, dass die Richtlinie nicht die Frage der Haftung regelt.“ Dieser Hinweis bezieht sich auf den ebenfalls vorgeschlagenen Zusatz

¹⁶ *Europäisches Parlament*, Bericht über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinien 84/450/EWG, 97/7/EG and 98/27/EG (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken) | A5-0188/2004, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-5-2004-0188_DE.html (zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).

¹⁷ *Rat der Europäischen Union*, Begründung des Rates zum Gemeinsamen Standpunkt des Rates im Hinblick auf den Erlass einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. /2004 des Europäischen Parlaments und des Rates ("Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken") - 11630/2/04 REV 2 ADD 1, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11630-2004-REV-2-ADD-1/de/pdf> (zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).

im Änderungsvorschlag 14: „eine Handlung, die der Gewerbetreibende bewusst durch eigenes Verhalten fördert oder überhaupt erst ermöglicht, wird ihm zugerechnet“ und ist damit für unsere Zwecke nicht direkt von Bedeutung. Der durch den Rat neugefasste Art. 2 lit. b UGP-RL-E entspricht dem heutigen Art. 2 lit. b UGP-RL.¹⁸

Zweck der erweiterten Definition des Gewerbetreibenden ist es folglich, alle Verantwortlichen der Regelverletzungen zu erfassen. Ausgehend von diesem Zweck könnte das Tatbestandsmerkmal „im Auftrag“ dahingehend eingeschränkt werden, dass nur dann ein Handeln im Auftrag vorliegen könnte, wenn dem Handelnden genügend eigener Handlungsspielraum zugestanden wurde, dass die Regelverletzung von ihm und nicht nur vom beworbenen Unternehmen begangen worden sein könnte. Ein Handeln „im Auftrag“ würde beispielsweise dann ausscheiden, wenn lediglich eine vom beworbenen Unternehmen erstellte Werbeanzeige veröffentlicht würde.

Dagegen kann der Hinweis angeführt werden, dass die Frage der Haftung nicht durch den Art. 2 lit. b UGP-RL geregelt werden sollte. Schränkte man den Anwendungsbereich in diesem Sinne ein, würde die Verantwortlichkeit von bspw. Verlegern, die lediglich Anzeigen veröffentlichen, abschließend verneint. Damit enthielte die Norm eine Antwort auf die Frage der Haftung. Gegen die Einschränkung spricht auch, dass das Europäische Parlament den Fall des Verlegers ausdrücklich nannte und diesbezüglich eine Änderung der Definition der Geschäftspraxis vorschlug:¹⁹

¹⁸ Siehe *Rat der Europäischen Union*, Gesetzgebungsakt betreffend den Gemeinsamen Standpunkt des Rates im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. /2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken) - 1163/2/04, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11630-2004-REV-2/de/pdf> (zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).

¹⁹ *Europäisches Parlament*, Bericht über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinien 84/450/EWG, 97/7/EG and 98/27/EG (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken) | A5-0188/2004, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-5-2004-0188_DE.html (zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).

Geschäftspraxis sollte „jede unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produktes *durch einen Gewerbetreibenden* an Verbraucher zusammenhängende Handlung, Unterlassung, Verhaltensweise oder Erklärung, kommerzielle Mitteilung einschließlich Werbung und Marketing *dieses Gewerbetreibenden*“ umfassen, damit Verleger nicht für die Veröffentlichung von Werbung haftbar gemacht werden können, die als unlautere Geschäftspraxis eingestuft wird. Das Parlament sah die infrage stehende Einschränkung somit selbst nicht im Rahmen des Tatbestandsmerkmals „im Auftrag“, sondern bei der „Geschäftspraxis“. Der Rat übernahm den Änderungsantrag 15 nicht und er äußerte sich auch nicht zur Notwendigkeit einer diesbezüglichen Einschränkung.²⁰

Selbst wenn man „im Auftrag“ einschränkend auslegen wollte, würde die Einschränkung im Falle des Influencer-Marketings nicht greifen. Das Influencer-Marketing stützt seine Effektivität gerade darauf, dass die Werbebeiträge von den Influencern selbst erstellt werden und damit authentischer wirken als Werben, die von den Unternehmen erstellt und von Werbeträgern lediglich verbreitet werden. Da in der Regel den Influencern die Gestaltung der Beiträge überlassen wird, kann die Verletzung werberechtlicher Vorschriften auch von ihnen ausgehen.

Zusammenfassend lässt sich Folgendes sagen: Angesichts der fehlenden Begründung und des Umstands, dass der EuGH zum Tatbestandsmerkmal „im Auftrag“ in anderen Urteilen nichts Näheres verlautbarte, kann nicht von einer gefestigten Rechtsprechung ausgegangen werden, die unter allen Umständen bei der Auslegung der UGP-RL beachtet werden müsste. Der Blick in die Gesetzgebungsmaterialien zeigt zudem, dass jedenfalls Personen, die im Auftrag eines Gewerbetreibenden handeln, aber eigenverantwortlich die Regelungen der UGP-RL verletzen könnten, als Gewerbetreibende iSd Richtlinie eingestuft werden

²⁰ *Rat der Europäischen Union*, Begründung des Rates zum Gemeinsamen Standpunkt des Rates im Hinblick auf den Erlass einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. /2004 des Europäischen Parlaments und des Rates ("Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken") - 11630/2/04 REV 2 ADD 1, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11630-2004-REV-2-ADD-1/de/pdf> (zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).

sollten. Das in der Begründung genannte Auftragsverhältnis darf nicht mit einem Auftrag iSd § 662 BGB gleichgestellt werden. Werbeagenturen und Werbeträger werden in der Regel gegen Entgelt tätig. Würde man wie beim unentgeltlichen Auftrag iSd BGB nur unentgeltliche Handlungen als „im Auftrag“ erfolgt ansehen, wäre die Erweiterung nicht geeignet, sämtliche Personen zu erfassen, von denen Rechtsverletzungen ausgehen könnten. Zwar ersetzte der Rat „gegen Rechnung“ durch die Formulierung „gegen Auftrag“. Dass dadurch etwas anderes als durch den Änderungsvorschlag 14 des Parlamentes geregelt werden sollte, muss mit Verweis auf die Begründung, die Regelung werde sinngemäß übernommen, verneint werden.

Das hier zugrunde gelegte Verständnis des Merkmals „Handeln im Auftrag“ wird durch die Bekanntmachung der Kommission C/2021/9320 untermauert, der allerdings keine rechtliche Bindungswirkung zukommt. Danach können Influencer, sofern sie nicht als Gewerbetreibende eingestuft werden, „dennoch im Auftrag des Gewerbetreibenden handeln, dessen Produkte durch die Praxis beworben werden“.²¹

C. Kennzeichnungspflichten werden abschließend geregelt

Die UGP-RL unterscheidet zwischen irreführenden und aggressiven Geschäftspraktiken, die unlauter sein können. Innerhalb der irreführenden Geschäftspraktiken wird wiederum zwischen irreführenden Handlungen (Art. 6 UGP-RL) und irreführenden Unterlassungen (Art. 7 UGP-RL) differenziert. Grundnorm der irreführenden Unterlassungen ist der Art. 7 I UGP-RL, nach dem eine Geschäftspraxis als irreführend gilt, wenn sie unter Berücksichtigung der Umstände wesentliche Informationen vorenthält, die der durchschnittliche Verbraucher benötigt, um eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen, und die somit geeignet ist, einen Durchschnittsverbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er sonst nicht getroffen hätte. Die meisten der nachfolgenden Absätze nehmen auf diese Norm Bezug,

²¹ *Europäische Kommission*, Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt - C/2021/9320, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A52021XC1229%2805%29> (zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).

indem sie die Tatbestandsmerkmale des Art. 7 I UGP-RL konkretisieren: Art. 7 II Hs. 2 UGP-RL bezieht sich auf das Vorenthalten, Absatz 3 auf die Berücksichtigung der Umstände und die Absätze 4, 4a, 5 und 6 darauf, wann eine wesentliche Information vorliegt.

I. Nichtkenntlichmachen des kommerziellen Zwecks als Vorenthalten einer wesentlichen Information

Der für diese Zwecke relevante Art. 7 II Hs. 2 UGP-RL scheint auf den ersten Blick nicht in dieses Schema zu passen. Er normiert, dass es als irreführende Unterlassung auch gilt, wenn ein Gewerbetreibender „den kommerziellen Zweck der Geschäftspraxis nicht kenntlich macht, sofern er sich nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt, und dies jeweils einen Durchschnittsverbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst oder zu veranlassen geeignet ist, die er ansonsten nicht getroffen hätte.“ Die Norm bezieht sich folglich – anders als die anderen Absätze – nicht auf ein Tatbestandsmerkmal des Art. 7 I UGP-RL. Dafür übernimmt sie dessen Aufbau: Es kommt ebenso auf die Umstände wie darauf an, ob der Durchschnittsverbraucher zu einer Entscheidung veranlasst wird, die er ansonsten nicht getroffen hätte. Die „wesentliche Information, [...] die der Verbraucher benötigt, um eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen“ aus Art. 7 I UGP-RL wird im Art. 7 II UGP-RL konkretisiert als der kommerzielle Zweck einer Geschäftspraxis, der sich nicht aus den Umständen ergibt. Darin ist folglich – wie in den Ausführungen der Absätze 4, 4a, 5 und 6 – eine Konkretisierung der wesentlichen Information zu verstehen.²²

Anders sieht der Gesetzgeber²³ und sah das Köhler²⁴ noch in der 40. Auflage 2022 des von ihm mitherausgegebenen Kommentars. Darin vertrat er, dass es sich bei dem Nichtkenntlichmachen des kommerziellen Zwecks nicht um einen Unterfall des Vorenthalten einer wesentlichen Information handele und begründete dies mit dem Vorhandensein einer eigenen Relevanzklausel. Die eigene Relevanzklausel („und dies jeweils geeignet ist [...]“) spricht hingegen für und

²² So auch Alexander WRP 2016, 139 (145); vgl. auch BeckOK UWG/Ritlewski, § 5a Rn. 174.1 f.

²³ BT-Drs. 18/6571, 15.

²⁴ Köhler/Bornkamm/Fedderson/H. Köhler, 40. Aufl. 2022, § 5a UWG Rn. 7.10.

nicht gegen den Unterfall der wesentlichen Information, da die gleiche Relevanzklausel sich im Art. 7 I UGP-RL findet. Der Verweis auf den Wortlaut des Art. 7 II UGP-RL („Als irreführende Unterlassung gilt es auch, wenn [...] oder wenn er den kommerziellen Zweck [...]“) und den § 5a VI UWG 2015 („Unlauter handelt auch [...]“) sind ebenfalls nicht überzeugend. Der Art. 7 II UGP-RL verweist mit dem Wortlaut („Als irreführende Unterlassung gilt es auch“), den Regelungen („wesentliche Informationen gem. Abs. 1 unter Berücksichtigung der darin beschriebenen Einzelheiten“) und den bereits beschriebenen Parallelen im Aufbau eindeutig auf den Art. 7 I UGP-RL. Eindeutiger wäre nur die Formulierung gewesen: „Als irreführende Unterlassung [iSd Abs. 1] gilt es auch, wenn [...]“.

Diesen Verweis auf den § 5a I UWG enthält der § 5a IV UWG 2022 nicht. Beide beginnen mit den Worten „Unlauter handelt auch“ und beziehen sich dementsprechend auf den § 3 I UWG, der normiert, dass unlautere geschäftliche Handlungen unzulässig sind. Der Wortlaut der nationalen Umsetzungsnorm und auch die Auffassung des deutschen Gesetzgebers sind nicht geeignet, Aussagen über die UGP-RL zu treffen oder zu deren Auslegung herangezogen zu werden. Außerdem wäre es nicht möglich gewesen, den „kommerziellen Zweck einer Geschäftspraxis“ in den Katalog des Art. 7 IV UGP-RL aufzunehmen. Grund ist, dass dieser Abschnitt nur für die Fälle der Aufforderung zum Kauf gilt. Möglich wäre gewesen, das Nichtkenntlichmachen im Art. 7 I UGP-RL zu erwähnen.

Dann hätte diese Regelung folgendermaßen lauten können: „Eine Geschäftspraxis gilt als irreführend, wenn sie [...] wesentliche Informationen [wie den kommerziellen Zweck einer Geschäftspraxis, sofern dieser sich nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt] vorenthält, die der durchschnittliche Verbraucher je nach den Umständen benötigt, um eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen.“ Diese Konzeption hätte nicht nur den Nachteil, dass die Norm weniger überschaubar würde. Es würden sich auch Folgefragen stellen, von denen hier nur einige mögliche aufgezählt werden sollen: Müssen die benötigten wesentlichen Informationen mit dem Nichtkenntlichmachen des kommerziellen Zwecks vergleichbar sein? Gilt die Einschränkung, „sofern dieser sich nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt“ auch für andere wesentliche Informationen oder müssen diese nur dann nicht mitgeteilt werden, wenn sie den

Umständen nach nicht benötigt werden? Benötigt der durchschnittliche Verbraucher die Angabe jedes kommerziellen Zwecks, der sich nicht aus den Umständen ergibt, dafür, um eine informierte Entscheidung zu treffen?

All diese Fragen werden durch die Wahl der vorliegenden Regelung nicht gestellt. Allein der Umstand, dass die Voraussetzungen in einem eigenen Tatbestand aufgegriffen wurden, spricht nicht dagegen, dass es sich um einen Unterfall der wesentlichen Information handelt. Begrüßenswert ist daher, dass Köhler die Auffassung, es handele sich nicht um einen Unterfall, aufgegeben hat und die Frage nunmehr offenlässt.²⁵ Die besseren systematischen Argumente und der Mangel an befriedigenden alternativen Regelungsmöglichkeiten, aus denen offensichtlich würde, dass es sich um einen Unterfall handelt, sprechen dafür, im kommerziellen Zweck eine wesentliche Information zu sehen.

II. Wesentliche Informationen abschließend geregelt

Nach Erwägungsgrund 15 der UGP-RL werden die Informationsanforderungen in Bezug auf Werbung, kommerzielle Kommunikation oder Marketing, die durch das Gemeinschaftsrecht festgelegt werden, im Rahmen dieser Richtlinie als wesentlich angesehen (S. 1). Auch wenn Mitgliedsstaaten über das Vertragsrecht zusätzliche Informationsanforderungen schaffen oder aufrechterhalten sollten (S. 2), werden aufgrund der durch die UGP-RL eingeführten vollständigen Angleichung nur die nach dem Gemeinschaftsrecht vorgeschriebenen Informationen als wesentlich für die Zwecke des Art. 7 V UGP-RL betrachtet (S. 4). Informationen, die über nationale Normen, nicht aber über Gemeinschaftsrecht eingefordert werden, sind keine wesentlichen Informationen iSd Richtlinie, sodass das Vorenthalten dieser Informationen einem Unterlassen nach der UGP-RL nicht gleichkommt (vgl. S. 5). Der Art. 7 II Hs. 2 UGP-RL, der in deutsches Recht nahezu wortgleich im § 5a VI UWG 2015 übernommen wurde und der die Kenntlichmachung des kommerziellen Zwecks einer Geschäftspraxis einfordert, ist eine Informationsanforderung in Bezug auf Werbung, kommerzieller Kommunikation und Marketing iSd Erwägungsgrundes 15 und auch iSd Art. 7 V UGP-RL. Denn auch wenn Art. 7 V UGP-RL auf die nicht erschöpfende Liste des Anhangs II und damit auf Tatbestände außerhalb

²⁵ Köhler/Bornkamm/Fedderson/H. Köhler, § 5a UWG Rn. 4.10.

der UGP-RL verweist, sind auch die in Art. 7 UGP-RL selbst festgelegten Informationsanforderungen solche des Unionsrechts und solche, die sich auf kommerzielle Kommunikation und Marketing beziehen.

Art. 7 II Hs. 2 UGP-RL bezieht sich auf Geschäftspraktiken, die in Art. 2 lit. d UGP-RL als Handlungen, Unterlassungen oder kommerzielle Mitteilungen eines Gewerbetreibenden definiert werden. Gewerbetreibender ist gem. Art. 2 lit. b UGP-RL jede natürliche oder juristische Person, die im Geschäftsverkehr im Sinne ihrer gewerblichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit handelt und jede Person, die im Namen oder Auftrag des Gewerbetreibenden handelt. Um eine Geschäftspraxis zugunsten eines fremden Unternehmens anzunehmen, muss der Handelnde folglich im Namen oder Auftrag des fremden Unternehmens tätig werden. Das bedeutet für den Art. 7 II Hs. 2 UGP-RL, dass keine Geschäftspraxis vorliegt, deren kommerzieller Zweck kenntlich gemacht werden müsste, wenn für ein fremdes Unternehmen gehandelt wird, ohne dass der Handelnde in dessen Namen auftritt oder von diesem beauftragt wurde.

III. § 5a VI UWG 2015 überschießend umgesetzt

Würde außerhalb des UWG eine Norm bestehen, die Informationsanforderungen an kommerzielle Kommunikation stellt, die weder im Namen noch im Auftrag eines Unternehmens stattfindet, wären der Art. 7 V UGP-RL und dementsprechend die §§ 5a I, 5b IV UWG 2022 nicht einschlägig und diese Norm könnte auch nicht über den § 3a UWG zur Anwendung gelangen.²⁶ Gleiches muss gelten, wenn innerhalb des UWG eine nationale Informationspflicht statuiert wird, die über die Anforderungen der vollharmonisierenden UGP-RL hinausgeht. Eine solche überschießende Informationspflicht für Handlungen zugunsten eines fremden Unternehmens liegt im § 5a VI UWG 2015 (§ 5a IV 1 UWG 2022) vor, da dieser sich auf geschäftliche Handlungen iSd § 2 I Nr. 2 UWG 2022 bezieht, dessen Anwendungsbereich überschießend umgesetzt wurde.²⁷ Durch die überschießende Umsetzung werden Informationsanforderungen an Handlungen gegenüber Verbrauchern gestellt, die keine Ge-

²⁶ Vgl. dazu Kapitel 6 B. I.

²⁷ MüKo Lauterkeitsrecht/Bähr, § 2 UWG Rn. 163.

schäftspraktiken iSd Richtlinie darstellen. Insbesondere die infrage stehende unentgeltliche Erwähnung, die weder im Namen noch im Auftrag des erwähnten Unternehmens vorgenommen wird, ist keine Geschäftspraxis in Form der Fremdförderung iSd UGP-RL, jedoch eine geschäftliche Handlung zugunsten des fremden Unternehmens, da es für die Annahme derselben nach hM nicht auf ein Entgelt oder ein Auftragsverhältnis, sondern auf das Vorliegen eines werblichen Überschusses ankommt.²⁸

Als geschäftliche Handlung musste die unentgeltliche Erwähnung nach der früher vorherrschenden Rechtsprechung gem. § 5a VI UWG 2015 gekennzeichnet werden.²⁹ Es wurde von anderen Gerichten und der Literatur viel Aufwand betrieben, um zu erklären, warum die infrage stehenden Handlungen im Einzelfall dann doch keiner Kennzeichnung bedürfen,³⁰ und auch im Folgenden wird noch ein alternativer Erklärungsansatz geliefert. Dass die Lösung in der konsequenten Beachtung der UGP-RL liegt, wurde jedoch – soweit ersichtlich – zuvor noch nicht herausgefunden. Selbst diejenigen, die sich zur Unzulässigkeit der Normierung weitergehender Informationspflichten geäußert haben,³¹ halten die überschießende Umsetzung des § 2 I Nr. 2 UWG 2022 für unproblematisch,³² gehen aber auch nicht auf die Bedeutung für den § 5a VI UWG 2015 ein.

²⁸ BGH MMR 2021, 875 (Rn. 60) – Influencer I (lu_coaching) mwN.

²⁹ OLG Braunschweig MMR 2019, 467 (Rn. 5 f., 12 ff.) – Geschäftliche Handlung durch Verlinkung einer Influencerin auf Herstellerseiten; OLG Karlsruhe GRUR-RS 2020, 22210 (Rn. 60 f.) – Pamela Reif; OLG Köln GRUR-RR 2021, 167 (Rn. 27 f., 31) – Diana zur Löwen; OLG Frankfurt a. M GRUR 2020, 208 (Rn. 10, 12, 14) – Die Influencerin; LG Köln GRUR-RS 2020, 17906 (Rn. 41) – Diana zur Löwen; LG Karlsruhe GRUR-RR 2019, 328 (Rn. 29 ff., 40) – Pamela Reif.

³⁰ Vgl. OLG Hamburg GRUR-RS 2020, 18139 (Rn. 49 ff.) – ohhcouture: wegen der Bekanntheit des Influencer-Marketings sei der kommerzielle Zweck offensichtlich; KG GRUR 2019, 543 (Rn. 61 ff.) – Vreni Frost: es lägen redaktionelle Beiträge vor, weil ein Zusammenhang zwischen Text und Bild bestehe; *Maatz*, Influencer-Marketing, S. 484: das Presseprivileg aus Art. 5 I 2 GG gelte auch für Influencer; *Timmermann/Berndt* WRP 2020, 996 (999); *Maier* jurisPR-WettbR 20/2020 Anm. 5 (4 f.).

³¹ BGH GRUR 2012, 1056 (Rn. 12) – GOOD NEWS; BGH GRUR 2011, 82 (Rn. 17) – Preiswerbung ohne Umsatzsteuer; Köhler/Bornkamm/Feddersen/*H. Köhler*, § 5b UWG Rn. 5.1b; *Alexander* FS Fezer, S. 901 (910 f.).

³² BGH GRUR 2020, 997 (Rn. 12) – GRAZIA StyleNights; BGH GRUR 2014, 879 (Rn. 13) – GOOD NEWS II; BeckOK UWG/*Alexander*, § 2 Rn. 51.1; Köhler/Bornkamm/Feddersen/*H. Köhler*, § 2 UWG Rn. 2.10 vgl. auch OLG Hamburg GRUR-RS 2020, 18139 (Rn. 44) – ohhcouture.

Ausgehend von diesem Ergebnis wird nun auf die einzelnen Punkte eingegangen und eventuelle Kritik vorweggenommen und entkräftet.

D. Liegt eine Informationspflicht vor?

Den vorausgegangenen Ergebnissen liegt die These zugrunde, dass mit der Erweiterung des sachlichen Anwendungsbereiches einhergeht, dass Informationen an geschäftliche Handlungen gestellt werden, die keine Geschäftspraktiken darstellen. Damit gehen die nationalen Informationsanforderungen über die Anforderungen der UGP-RL hinaus.

Es stellt sich auch die Frage, ob es überhaupt eine Erweiterung des Kreises wesentlicher Informationen darstellt, wenn die gleichen Anforderungen (= Kennzeichnungspflichten) auch an Handlungen gestellt werden, die nach der UGP-RL keine Kennzeichnung enthalten müssen. Dagegen spricht, dass dadurch nicht normiert wird, dass ein Unternehmen Informationen herausgibt, die es ansonsten nicht herausgegeben hätte. Die Änderung liegt lediglich darin, dass ein Beitrag als „Werbung“ oder „Anzeige“ gekennzeichnet werden muss, der ansonsten nicht gekennzeichnet worden wäre.

Dafür spricht: Liegt eine unentgeltliche Erwähnung eines Unternehmens vor, muss nach der früher herrschenden Rechtsprechung³³ vor den Urteilen des BGH³⁴ der kommerzielle Zweck gekennzeichnet werden, der nicht – wie nach der Richtlinie – darin besteht, dass die Handlung im Namen oder Auftrag des Unternehmens erfolgt. Die Information, die mit der Kennzeichnung einhergeht, liegt darin, mitzuteilen, dass ein Unternehmen in dem Beitrag erwähnt wird. Diese Information unterscheidet sich von der, dass im Namen oder Auf-

³³ OLG Braunschweig MMR 2019, 467 (Rn. 5 f., 12 ff.) – Geschäftliche Handlung durch Verlinkung einer Influencerin auf Herstellerseiten; OLG Karlsruhe GRUR-RS 2020, 22210 (Rn. 60 f.) – Pamela Reif; OLG Köln GRUR-RR 2021, 167 (Rn. 27 f., 31) – Diana zur Löwen; OLG Frankfurt a. M GRUR 2020, 208 (Rn. 10, 12, 14) – Die Influencerin; LG Köln GRUR-RS 2020, 17906 (Rn. 41) – Diana zur Löwen; LG Karlsruhe GRUR-RR 2019, 328 (Rn. 29 ff., 40) – Pamela Reif.

³⁴ BGH GRUR 2021, 1414 (Rn. 56, 70) – Influencer II (ohhcouture); BGH GRUR-RS 2021, 26632 (Rn. 75) – Cathy Hummels.

trag des Unternehmens gehandelt wird. Zwar sind die erfassten Bereiche teilweise deckungsgleich: Wohl jeder Beitrag im Namen oder Auftrag des Unternehmens wird dieses Unternehmen auch erwähnt. Umgekehrt gilt dies jedoch nicht. Nicht jeder Beitrag, der ein Unternehmen erwähnt, wurde im Namen oder Auftrag dieses Unternehmens abgesetzt. Es muss folglich eine Information – dass ein Unternehmen erwähnt wird – durch die Kennzeichnung geliefert werden, die nach der UGP-RL nicht verschafft werden müsste.

E. Anwendungsbereich der Richtlinie

Nun, da festgestellt wurde, dass eine nationale Informationspflicht im § 5a VI UWG 2015 iVm § 2 I Nr. 1 UWG 2015 (§ 2 I Nr. 2 UWG 2022) für den Fall der überschießenden Umsetzung vorlag, stellt sich die Frage, ob diese Informationspflicht mit der UGP-RL vereinbart werden kann.

I. Ausnahmetatbestände

Die Regelung könnte dann mit der UGP-RL vereinbar sein, wenn sie in einen der Ausnahmereiche fiel. Die Richtlinie überlässt den Erlass strengerer Rechtsvorschriften in folgenden Fällen den Mitgliedsstaaten:³⁵ bezüglich unlauterer Geschäftspraktiken, die lediglich die wirtschaftlichen Interessen von Mitbewerbern beeinträchtigen (ErwGr 6), Fragen der guten Sitten und des Anstands (ErwGr 7), des Glücksspielwesens (ErwGr 9), Informationspflichten für bestimmte Produkte wie beispielsweise Sammlerstücke oder elektronische Geräte (ErwGr 14), bezüglich des Vertragsrechts (Art. 3 II), der Gesundheits- und Sicherheitsaspekten von Produkten (Art. 3 III), der speziellen Regelungen für reglementierte Berufe (Art. 3 VIII), bezüglich Finanzdienstleistungen und Immobilien (Art. 3 IX) und der Zertifizierung und Angabe des Feingehalts von Artikeln aus Edelmetall (Art. 3 X). Wenig überraschend ist keiner dieser Tatbestände einschlägig.

³⁵ Ohly/Sosnitza/Ohly, § 3a UWG Rn. 7a.

II. Anwendung über berufliche Sorgfaltspflicht oder Grundsatz von Treu und Glauben

Es bleibt dann noch die Frage, ob die nationalen Regelungen aus anderen Gründen anwendbar sein könnten. In seiner Kommentierung zu § 4 UWG 2008 in der 28. Auflage 2010 schrieb *Köhler*, dass es noch der Klärung bedürfe, ob es im Einzelfall möglich sei, „nationale, nicht auf Gemeinschaftsrecht beruhende Marktverhaltensregelungen als Gebote der beruflichen Sorgfaltspflicht iSd Art. 5 II lit. a UGP-RL zu werten.“³⁶ Diese Formulierung fand sich auch in den nächsten zwei Auflagen³⁷ und wurde in der 30. Auflage 2012 konkretisiert: Auch wenn dem Begriff der beruflichen Sorgfalt eine Harmonisierungsfunktion zukomme, müsse er im Einzelfall durch die nationalen Gerichte konkretisiert werden, sodass der Maßstab der beruflichen Sorgfalt von Mitgliedsstaat zu Mitgliedsstaat unterschiedlich sein könne, sofern es noch keine harmonisierenden Regelungen gebe.³⁸ Entscheidend ist der letzte Satz des Abschnitts: „Soweit es um ‚Informationsanforderungen in Bezug auf kommerzielle Kommunikation einschließlich Werbung und Marketing‘ geht, ist allerdings die Sonderregelung in Art. 7 V UGP-RL iVm Erwägungsgrund 15 zu beachten.“³⁹

Soweit das so verstanden werden konnte, dass nationale Marktverhaltensregelungen, zu denen auch Informationspflichten gehören, als Gebote der beruflichen Sorgfaltspflicht gewertet werden könnten, und das heute noch vertreten würde – dagegen spricht, dass *Köhler* in der aktuellen Auflage die Notwendigkeit der richtlinienkonformen Auslegung unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH betont⁴⁰ – waren Informationspflichten nie mitgemeint. Auch *v. Oelffen* lehnt dies mit dem Verweis auf Art. 7 V UGP-RL und Erwägungsgrund 15 ab.⁴¹

Umso überraschender ist, dass *v. Oelffen* die Anwendbarkeit nationaler Informationspflichten mit einer anderen Argumentation rechtfertigen will:⁴² Wenn

³⁶ Köhler/Bornkamm/*H. Köhler*, 28. Aufl. 2010, § 4 UWG Rn. 11.6c.

³⁷ Köhler/Bornkamm/*H. Köhler*, 29. Aufl. 2011 und 30. Aufl. 2012, § 4 UWG Rn. 11.6b.

³⁸ Köhler/Bornkamm/*H. Köhler*, 30. Aufl. 2012, § 3 UWG Rn. 36.

³⁹ Köhler/Bornkamm/*H. Köhler*, 30. Aufl. 2012, § 3 UWG Rn. 36.

⁴⁰ Köhler/Bornkamm/*Feddersen/H. Köhler*, § 3 UWG Rn. 3.17.

⁴¹ *v. Oelffen*, § 5a UWG - Ein neuer Tatbestand, S. 108.

⁴² *v. Oelffen*, § 5a UWG - Ein neuer Tatbestand, S. 132, 108 f.

die wesentlichen Informationen iSd § 5a I UWG „letztlich das Ergebnis einer anhand des ‚Grundsatzes von Treu und Glauben‘ vorgenommenen, umfassenden Interessenabwägung“ seien und nationale gesetzliche Informationspflichten ebenfalls das Ergebnis einer umfassenden Interessenabwägung darstellten, dann dürften Informationen hinsichtlich derer lediglich eine nationale Informationspflicht bestehe, auch als wesentliche Informationspflichten zu werten sein. Das ist schon deshalb abzulehnen, weil wohl jede – oder wie die Autorin schreibt: „häufig“ eine – nationale Informationspflicht, die den Gesetzgebungsprozess durchlaufen hat, eine verhältnismäßige Regelung darstellen sollte. Es scheint inkonsequent, einerseits das Ziel des einheitlichen europäischen Lauterkeitsrechts und die Unvereinbarkeit weitergehender nationaler Informationsanforderungen zu betonen⁴³ und andererseits nur wegen der Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes über den Grundsatz von Treu und Glauben eine lediglich durch nationale Norm geforderte Information als wesentlich einzustufen.⁴⁴ Die Anwendung dieser Regel wäre nur außerhalb des Anwendungsbereiches mit der Richtlinie vereinbar.

Wenn schon der Bezug auf die berufliche Sorgfaltspflicht nicht mit der Richtlinie vereinbar ist, kann erst recht nicht die pauschale Aussage es sein, dass jede verhältnismäßige Informationspflicht eine wesentliche Informationspflicht darstellt.

III. Vergleich mit Meinung zu Blacklist

Dass die UGP-RL nicht einschlägig ist, könnte sich noch aus einem anderen Grund ergeben. Die unentgeltlichen Erwähnungen fremder Unternehmen durch Influencer stellen mangels Handeln im Auftrag dieser Unternehmen keine Geschäftspraktiken zugunsten fremder Unternehmen dar und werden diesbezüglich nicht von der UGP-RL erfasst. Es könnte vorgebracht werden, dass selbst dann, wenn die Richtlinie eine abschließende Regelung zur Unlauterkeit von Handlungen trifft, die Regelung nur im Anwendungsbereich der Richtlinie abschließend ist. Insofern kann eine Parallele zum Anhang I der UGP-RL gezogen werden, deren Tatbestände nicht durch die Mitgliedsstaaten erweitert werden dürfen.⁴⁵

⁴³ v. Oelffen, § 5a UWG - Ein neuer Tatbestand, S. 108.

⁴⁴ v. Oelffen, § 5a UWG - Ein neuer Tatbestand, S. 108 f., 132 f.

⁴⁵ Vgl. Erwägungsgrund 17 der UGP-RL.

Köhler stellt fest, dass die weiter reichende Definition der geschäftlichen Handlung u.a. bei der Anwendung der Tatbestände der sog. Schwarzen Liste relevant werde, die eine geschäftliche Handlung voraussetzen und damit einen weiteren Anwendungsbereich als die Tatbestände des Anhangs I der UGP-RL haben könnten.⁴⁶ Beispielhaft wird genannt, dass auch das Handeln zugunsten eines fremden Unternehmers als Nachfrager erfasst würde.⁴⁷ Diese Ausweitung der Verantwortlichkeit sei mit der UGP-RL vereinbar, da damit deren abschließender Charakter nicht in Frage gestellt werde.⁴⁸

Dem ist zuzustimmen. Durch die Ausweitung des Tatbestandes der geschäftlichen Handlung werden keine neuen per-se-Verbote geschaffen, sondern es wird lediglich der Kreis der Verantwortlichen erweitert. Bezüglich der Ausweitung, dass Maßnahmen Dritter, die nicht im Namen und/ oder Auftrag des Unternehmers erfolgt sind, vom Begriff der geschäftlichen Handlung erfasst werden, ist festzustellen, dass diese Ausweitung schon aufgrund der Formulierungen der per-se-Verbote nicht relevant werden kann. Verstöße gegen die Nummern 1-10, 12-19, 21-23b, 24-27, 29-32 sind wohl nur von den Unternehmern selbst oder von Dritten mit einem ähnlich stark ausgeprägten Eigeninteresse denkbar, wobei sich letzteres wohl nur aus einer geschäftlichen Beziehung zum Unternehmer ergeben kann.

Bei der Nr. 11, der als Information getarnten Werbung, muss der Einsatz redaktioneller Inhalte zu Zwecken der Verkaufsförderung vom Unternehmer finanziert sein. Jedenfalls durch die Erweiterung des Anwendungsbereiches des § 2 I Nr. 2 UWG richtet sich das Verbot nicht nur an Inserenten, sondern auch an Medienunternehmen; dass auch letztere erfasst werden, ließe sich aber auch schon auf den Wortlaut der Richtlinie stützen.⁴⁹ Die Handlung, die per se verboten werden soll, bleibt dadurch unverändert. Da die Vorschrift die Finanzierung durch den beworbenen Unternehmer voraussetzt, wird die Erweiterung des § 2 I Nr. 2 UWG 2022 auf die unentgeltliche Förderung eines fremden Unternehmens auch hier nicht relevant.

Die Nummer 11a erfordert, dass bezahlte Werbung oder spezielle Zahlungen, die dazu dienen, ein höheres Ranking zu erreichen, bei der Anzeige von Online-

⁴⁶ Köhler/Bornkamm/Feddersen/*H. Köhler*, § 2 UWG Rn. 2.10.

⁴⁷ Köhler/Bornkamm/Feddersen/*H. Köhler*, Anhang zu § 3 III UWG Rn. 0.9, 0.11.

⁴⁸ Köhler/Bornkamm/Feddersen/*H. Köhler*, Anhang zu § 3 III UWG Rn. 0.9.

⁴⁹ Siehe *Koch* FS Köhler, S. 359 (366).

Suchergebnissen offengelegt werden müssen. Die Nummer 23c geht auf die Beauftragung Dritter zur Vornahme gefälschter Bewertungen ein.

Die Nummern 19 und 28 bedürfen einer genaueren Betrachtung. Nummer 19 normiert die Unlauterkeit eines Wettbewerbs oder Preisausschreibens, wenn weder die in Aussicht gestellten Preise noch ein angemessenes Äquivalent vergeben werden. Es ist denkbar, dass Influencer mit Preisausschreiben werben, obgleich es tatsächlich keinen Preis zu gewinnen gibt. Ebenfalls ist denkbar, dass sie ein solches Preisausschreiben auf die Bezahlung durch ein fremdes Unternehmen stützen, obgleich eine solche nicht vorliegt. Dann würde das erwähnte Unternehmen den Tatbestand der Nummer 19 nicht verwirklichen, denn es fehlte von deren Seite aus schon an einer Geschäftspraktik. Da Aufmerksamkeitswerbung ausreicht⁵⁰ und nicht zwingend eigene Produkte in Aussicht gestellt werden müssen, würden die Influencer als Unternehmer den Tatbestand der Nummer 19 erfüllen, sofern sie selbst Produkte an Verbraucher vertreiben.⁵¹ Insofern läge aber keine Förderung eines fremden Unternehmens in Form der überschießenden Umsetzung, sondern die des eigenen Unternehmens vor.

Es verbleibt noch die Nummer 28, die die Unlauterkeit einer in eine Werbung einbezogene unmittelbare Aufforderung an Kinder normiert, selbst die beworbene Ware zu erwerben oder die beworbene Dienstleistung in Anspruch zu nehmen oder ihre Eltern oder andere Erwachsene dazu zu veranlassen. Der Begriff der Werbung wird in der UGP-RL nicht definiert. Im Rahmen der vergleichenden Werbung nach Art. 6 II lit. a UGP-RL wird auf das Verständnis dieses Begriffs im Rahmen der Werberichtlinie abgestellt.⁵² Dem Zweck der Werbe-RL nach fallen auch Werbeaktivitäten Dritter in den Anwendungsbereich, sofern sie vom Unternehmer mit der Wahrnehmung seiner Interessen betraut wurden.⁵³ Beachtet man diese Einschränkung bei der Anwendung der Nr. 28, kann die Erweiterung des § 2 I Nr. 2 UWG auch hier nicht relevant werden, selbst wenn man die Anwendbarkeit auf die Fälle des Influencer-Marketings bejahen würde.⁵⁴

⁵⁰ Köhler/Bornkamm/Feddersen/H. Köbler, Anhang zu § 3 III UWG Rn. 19.2.

⁵¹ Siehe dazu Kapitel 2 E. IV.

⁵² MüKo Lauterkeitsrecht/Micklitz/Namysłowska, Art. 6 UGP-RL Rn. 131.

⁵³ MüKo Lauterkeitsrecht/Micklitz/Namysłowska, Art. 6 UGP-RL Rn. 87.

⁵⁴ Verneinend Scherer WRP 2019, 277 (281).

Aus dem zuvor Gesagten ergibt sich, dass die Erweiterung des Anwendungsbereiches des § 2 I Nr. 2 UWG 2022 auf die Handlungen zugunsten eines fremden Unternehmens, die nicht im Namen oder Auftrag dieses Unternehmens erfolgen, für die Anwendung des § 3 III UWG iVm der Schwarzen Liste nicht relevant werden. Daraus kann folglich nicht geschlossen werden, dass die Erweiterung des Anwendungsbereiches auch im Rahmen des § 5a VI UWG 2015 in Ordnung war.

IV. Liegen Fälle des Influencer-Marketings außerhalb des Anwendungsbereiches der UGP-RL?

Dass die infrage stehenden Handlungen der Influencer, die nicht im Auftrag des Unternehmens erfolgen, nicht von der Richtlinie erfasst werden und deshalb diese Handlungen einer nationalen Kennzeichnungspflicht unterworfen werden können, ist ein ausgesprochen starkes Argument. Wenn es denn zuträfe.

Wenn ausschließlich die Anwendbarkeit der UGP-RL unter dem Aspekt der Förderung des fremden Unternehmens in den Blick genommen wird, wird übersehen, dass die infrage stehende Handlung auch als Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens von der UGP-RL erfasst werden können.⁵⁵

Sobald der Anwendungsbereich der Richtlinie eröffnet ist, trifft diese eine abschließende Aussage über die Kennzeichnungspflicht, sodass kein Spielraum mehr für eine nationale Regelung verbleibt, die die Frage der Kennzeichnungspflicht anders beantwortet.

Dagegen könnte zwar das Urteil des BGH⁵⁶ zur Betrugsstrafbarkeit von Internet-Kostenfallen angeführt werden. Eine Internet-Kostenfalle liegt dann vor, wenn sich aus der Gestaltung einer Internetseite nicht ausreichend deutlich ergibt, dass die Inanspruchnahme der darauf angebotenen Dienstleistung den Abschluss eines kostenpflichtigen Vertrages begründet, und nach Ablauf der Widerrufsfrist Rechnungen an die Nutzer verschickt werden, deren Kontaktdaten unter dem Vorwand eines Gewinnspiels erhoben wurden. Das Gericht ging davon aus, dass der Hinweis auf die Entgeltlichkeit bei sorgfältiger, vollständiger und kritischer Prüfung erkennbar war und nahm wohl deshalb an, dass nach der

⁵⁵ Vgl. *Glöckner* NJW 2021, 3427 (3430).

⁵⁶ BGH NJW 2014, 2595 – Routenplaner.

UGP-RL, die auf das Verständnis eines durchschnittlich verständigen und aufmerksamen Verbrauchers abstellt, keine irreführende Geschäftspraxis iSd Art. 6 I lit. d UGP-RL vorliege.⁵⁷ Daraus folgte das Gericht nicht, dass auch die Betrugsstrafbarkeit entfallen müsste.⁵⁸ Sofern in diesem Urteil die generelle Aussage⁵⁹ getroffen worden sein könnte, dass eine Handlung, die nach der UGP-RL nicht unlauter ist, trotzdem nach nationalen Normen wie dem § 263 StGB sanktioniert werden kann, und soweit der BGH dies entscheiden könnte, ohne seine Pflicht zur Vorlage nach Art. 267 III AEUV zu verletzen,⁶⁰ gilt die Einschränkung der richtlinienkonformen Auslegung jedenfalls nicht für das UWG, das der Umsetzung der UGP-RL dient.⁶¹

Es stellt sich folglich die Frage, ob die unentgeltliche Erwähnung durch Influencer von der UGP-RL erfasst wird.

Viele Influencer verdienen nicht nur Geld, indem sie Produkte fremder Unternehmen bewerben, sondern auch dadurch, dass sie Verbrauchern Produkte verkaufen. So betreibt etwa *Pamela Reif* einen Online-Shop, über den die von ihr geschriebenen Kochbücher bestellt werden können. Weit verbreitet ist auch der Verkauf von Kleidung mit den Logos der Influencer. Dadurch, dass die Influencer selbst Produkte an Verbraucher verkaufen, sind sie als Gewerbetreibende iSd UGP-RL einzustufen, sodass ihre Beiträge, in denen besagte eigene Produkte beworben werden, Geschäftspraktiken darstellen.

Fraglich ist, ob auch Beiträge von diesen Influencern, in denen fremde Unternehmen unentgeltlich erwähnt werden, als Geschäftspraktiken im Sinne der Richtlinie anzusehen sind. Dagegen könnte sprechen, dass die Handlung „unmittelbar“ mit der Absatzförderung zusammenhängen muss. Der unmittelbare Zusammenhang könnte voraussetzen, dass das Produkt erwähnt werden müsste, dessen Absatz gefördert werden soll.⁶² Es wird jedoch von einem weiten

⁵⁷ Vgl. BGH NJW 2014, 2595 (Rn. 20, 22 f.) – Routenplaner; kritisch *Hecker/Müller* ZWH 2014, 329 (331 f.).

⁵⁸ BGH NJW 2014, 2595 (Rn. 28) – Routenplaner.

⁵⁹ Vgl. BGH NJW 2014, 2595 (Rn. 31) – Routenplaner: „vorstehenden grundsätzlichen Erwägungen“.

⁶⁰ BGH NJW 2014, 2595 (Rn. 33) – Routenplaner; kritisch *Hecker/Müller* ZWH 2014, 329 (333).

⁶¹ Vgl. BGH NJW 2014, 2595 (Rn. 24) – Routenplaner.

⁶² Vgl. *H. Köbler/Lettl* WRP 2003, 1019 (1035).

Begriffsverständnis der Geschäftspraktiken ausgegangen.⁶³ Ein weites Begriffsverständnis muss jedenfalls auch Imagewerbung umfassen.⁶⁴ Bei Influencern kommt Imagewerbung besondere Bedeutung zu. Der Wert der angebotenen Produkte für die Follower bestimmt sich nicht nur (und manchmal auch gar nicht) durch deren Nützlichkeit, sondern jedenfalls auch durch das Verhältnis zwischen Influencer und Follower. Anders ist nicht zu erklären, dass die Influencerin *Belle Delphine* ihr Badewasser für 30 US-Dollar je Glas verkaufen konnte.⁶⁵ Wenn das Image des Influencers einen so bedeutenden Einfluss darauf hat, ob dessen Produkte gekauft werden, hängen die Beiträge des Influencers, die dessen Image stärken sollen, unmittelbar mit der Absatzförderung zusammen. Höchstens Beiträge, die bezahlte Werbung enthalten, dienen nicht unbedingt der Imageförderung des Influencers. Für alle anderen Beiträge und damit auch bei solchen, in denen unentgeltlich fremde Unternehmen erwähnt werden, muss ein unmittelbarer Zusammenhang mit der Absatzförderung angenommen werden. Die Handlungen fallen als Geschäftspraktiken in den Anwendungsbereich der Richtlinie.

Problematisch könnte sein, dass nicht alle Influencer eigene Produkte führen, die sie an Verbraucher verkaufen oder verkaufen lassen. Keiner deren Beiträge kann eine Geschäftspraktik in Form der Eigenförderung darstellen, denn dafür müsste die Handlung unmittelbar mit der Absatzförderung an Verbraucher zusammenhängen. Wenn die Influencer selbst keine Produkte an Verbraucher verkaufen, können ihre Beiträge auch nicht damit im Zusammenhang stehen. Anders als die Definition der Geschäftspraktik enthält das UWG in § 2 I Nr. 2 UWG 2022 die Einschränkung „an Verbraucher“ nicht, sodass jeder Beitrag eines Influencers als geschäftliche Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens verstanden werden sollte.⁶⁶

⁶³ EuGH GRUR 2013, 1245 (Rn. 37) – RLvS/Stuttgarter Wochenblatt [GOOD NEWS].

⁶⁴ *Howells/Micklitz/Wilbemsson*, European Fair Trading Law, S. 55.

⁶⁵ *Bishop* The Guardian v. 12.07.2019.

⁶⁶ Siehe dazu Kapitel 3 A. II.

V. Ist die UGP-RL nur auf Handlungen zugunsten des eigenen Unternehmens anwendbar?

Der EuGH wurde im Urteil RlvS teilweise so verstanden, dass die UGP-RL nur auf das geschäftliche Handeln zugunsten des eigenen Unternehmens anwendbar sei.⁶⁷ Der EuGH führte aus: „Auch wenn die Richtlinie 2005/29 den Begriff der Geschäftspraktiken mit einer besonders weiten Formulierung definiert [...], müssen diese Praktiken gleichwohl gewerblicher Natur sein, d. h. von Gewerbetreibenden ausgeübt werden, und zudem unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung *ihrer* Produkte an Verbraucher zusammenhängen.“⁶⁸ Schaut man in den Art. 2 lit. d UGP-RL, wird nur verlangt, dass die Handlung eines Gewerbetreibenden „unmittelbar mit der Absatzförderung [...] eines Produkts an Verbraucher zusammenhängt.“ Der EuGH könnte so verstanden werden, dass „eines Produkts“ als „seines Produkts“ gelesen werden sollte. An dieser Stelle sollte nochmals daran erinnert werden, dass ein Änderungsantrag des Europäischen Parlamentes, nach dem die Definition der Geschäftspraxis in diesem Sinne geändert werden sollte und in dem ausdrücklich auf den Fall des Verlegers eingegangen wurde, nicht vom Rat übernommen wurde.⁶⁹ Die Gesetzgebungsmaterialien sprechen folglich gegen einen solch umfassenden Ausschluss.

Der EuGH schränkt diesen Grundsatz aber auch selbst wieder ein: „Zwar kann die Richtlinie 2005/29 nach der Definition des Begriffs des Gewerbetreibenden in Art. 2 lit. b dieser Richtlinie in einer Situation anwendbar sein, in der die Geschäftspraktiken eines Wirtschaftsteilnehmers von einem anderen Unternehmen ausgeübt werden, das im Namen und/ oder Auftrag dieses Wirtschaftsteilnehmers tätig wird, so dass die Bestimmungen dieser Richtlinie in bestimmten Situationen sowohl diesem Wirtschaftsteilnehmer als auch diesem Unternehmen entgegeng gehalten werden können, wenn beide der Definition des Gewerbetreibenden entsprechen.“ Das heißt, dass eine Geschäftspraxis, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der Absatzförderung des Unternehmens A steht, auch dem Unternehmen B zugerechnet werden kann, sofern das Unternehmen

⁶⁷ *Obly* JZ 2022, 204 (206); vgl. auch BT-Drs. 19/27873, 34.

⁶⁸ EuGH GRUR 2013, 1245 (Rn. 37) – RlvS/Stuttgarter Wochenblatt [GOOD NEWS].

⁶⁹ Siehe dazu Kapitel 2 B.

B im Namen und/ oder Auftrag des Unternehmens A handelt. Unter Zurechnung wird hier das verstanden, was der EuGH beschrieben hatte: dass die Bestimmungen der UGP-RL auch dem Unternehmen B entgegengehalten werden können, dass sich also B ebenso wie A für eine unlautere Geschäftspraxis verantworten muss, die nur den Absatz der Produkte des A fördert.

Bedenkt man, dass auch Gewerbetreibender ist, der im Namen und/oder Auftrag eines Gewerbetreibenden handelt, und dass der EuGH genau diesen Fall genannt hat, liegt augenscheinlich in der Formulierung „wenn beide der Definition des Gewerbetreibenden entsprechen“ keine einschränkende Voraussetzung vor. Im nächsten Absatz wird jedoch deutlich, was tatsächlich gemeint ist:

„Unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens ist jedoch unstrittig, dass die betreffenden Veröffentlichungen – zwei Beiträge mit informativem und darstellendem redaktionellen Inhalt – nicht geeignet sind, das Produkt des Presseverlegers, im vorliegenden Fall ein kostenloses Anzeigenblatt, zu bewerben, sondern die Produkte und Dienstleistungen von Unternehmen, die nicht am Ausgangsverfahren beteiligt sind. [...] Zudem ist unstrittig, dass RLvS nicht i. S. von Art. 2 lit. b Richtlinie 2005/29 im Namen und/oder Auftrag dieser Unternehmen gehandelt hat.“⁷⁰

Der EuGH stellt nicht maßgeblich darauf ab, ob im Namen und/oder Auftrag gehandelt wurde, sondern nennt das nur als zusätzliches Argument („Zudem“). Es wird folglich deutlich, dass es dem EuGH auf den Umstand ankommt, ob die infrage stehende Handlung auch eine Geschäftspraxis zugunsten beider Unternehmen darstellt.

Ob die Fälle von der UGP-RL nach der EuGH-Rechtsprechung erfasst werden, hängt folglich davon ab, ob unentgeltliche Erwähnungen von Influencern Geschäftspraktiken iSd UGP-RL darstellen. Wie bereits dargestellt, trifft das nur für die Beiträge solcher Influencer zu, die selbst Produkte an Verbraucher vertreiben.⁷¹ Bei diesen ist angesichts des weiten Begriffsverständnisses der Geschäftspraxis jeder Beitrag als Imagewerbung und damit als Geschäftspraxis einzustufen. Das heißt, dass entgeltliche Bewerbungen fremder Unternehmen durch Influencer, die selbst Produkte an Verbraucher vertreiben, in den Anwen-

⁷⁰ EuGH GRUR 2013, 1245 (Rn. 39 f.) – RLvS/Stuttgarter Wochenblatt [GOOD NEWS].

⁷¹ Siehe dazu Kapitel 2 E. IV.

dungsbereich der Richtlinie fallen und das nicht nur als Geschäftspraktiken zugunsten des Influencers, sondern auch – unter der oben dargestellten Prämisse⁷² – als Geschäftspraktiken im Auftrag des fremden Unternehmens. Es heißt auch, dass im Gegenteil unentgeltliche Erwähnungen nicht als Fremdförderung erfasst werden und somit – da wegen Vorliegens einer Geschäftspraxis des Influencers die UGP-RL anwendbar ist – wegen Erwägungsgrund 15 diese Fälle nicht der Kennzeichnungspflicht unterworfen werden dürfen.

Dann verbleiben noch die anderen Fälle, also die, die nicht in den Anwendungsbereich der UGP-RL fallen, weil die Influencer selbst keine Produkte an Verbraucher verkaufen. Dafür, dass sie ebenfalls erfasst werden, spricht der Wortlaut des Erwägungsgrundes 15, dass Ausnahmen nur ggf. in Bezug auf das Vertragsrecht zulässig sind und dass aufgrund der vollständigen Angleichung nur die vorgeschriebenen Informationen als wesentlich iSd Richtlinie erachtet werden. Dagegen könnte eingewandt werden, dass darin streng genommen keine Aussage darüber getroffen werde, welche Informationen als wesentlich iSd Umsetzungsgesetze betrachtet werden dürfen. Sofern die UGP-RL nicht einschlägig sei, sei es doch möglich, zusätzliche wesentliche Informationen im nationalen Umsetzungsgesetz festzulegen.

Es bestünde somit die Möglichkeit, aus § 5a VI UWG 2015 noch eine Kennzeichnungspflicht für Beiträge der Influencer zu verlangen, die keine eigenen Produkte vertreiben. Das hätte die Folge, dass die Influencer, die Verbrauchern eigene Produkte verkaufen, schon nach der richtlinienkonformen Auslegung des § 5a VI UWG 2015 ihre Beiträge, in denen sie unentgeltlich fremde Unternehmen erwähnen, nicht als Werbung kennzeichnen müssten. Würde man sich dann auf den Standpunkt stellen, dass außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie die nationale Norm greifen sollte, ergäbe sich folgender Widerspruch: Influencer, die keine Produkte an Verbraucher verkaufen und deshalb nicht unter die Richtlinie fallen, müssten eine Erwähnung eines fremden Unternehmens, von dem sie nicht beauftragt wurden, als Werbung kennzeichnen.

Diese Unterscheidung nach der Förderung des eigenen Unternehmens wäre mit Blick darauf, dass es um das Tatbestandsmerkmal der Förderung des fremden Unternehmens geht, schwer nachvollziehbar. Die daraus folgende Aufspaltung

⁷² Siehe dazu Kapitel 2 B.

der Norm kann nicht mit dem Zweck der Richtlinie vereinbar sein, abschließende Aussagen über die Lauterkeit von kommerzieller Kommunikation zu treffen.

Wollte man dies anders sehen – dass also die UGP-RL einer solchen Erweiterung nicht im Wege stünde –, stellt sich die Frage, ob man es auch anders sehen sollte. Soweit ersichtlich ist bisher weder in der deutschen Literatur noch in der Rechtsprechung bekannt, dass durch die überschießende Umsetzung der geschäftlichen Handlung auch die Kennzeichnungspflicht überschießend umgesetzt wurde. Das heißt, dass es den Rechtswissenschaftlern gar nicht bewusst war, dass sie entgegen der Richtlinie agieren. Wenn in einem solchen Fall dann das Bewusstsein dafür geschaffen wird, wäre es nur schwer nachvollziehbar, dass außerhalb des Anwendungsbereichs der UGP-RL dann an einer Regelung festgehalten würde, die nicht einmal bewusst getroffen wurde. Die besseren Argumente sprechen folglich dafür, auch angesichts der differenzierenden Rechtsprechung des EuGH bei allen Fällen des Influencer-Marketings die Kennzeichnungspflicht von unentgeltlichen Erwähnungen als unionsrechtswidrig zu verurteilen.

Zusammenfassend lässt sich sagen: Das UWG enthielt folglich mit dem § 5a VI UWG 2015 iVm § 2 I Nr. 1 UWG 2015 eine Regelung, deren Widerspruch zur UGP-RL vor der Neufassung nur durch richtlinienkonforme Auslegung hätte aufgelöst werden können.

Dieses Manko wurde durch den § 5a IV 2 UWG 2022 behoben, der den kommerziellen Zweck entfallen lässt, wenn keine Gegenleistung für die Handlung gewährt oder versprochen wurde. Geht man davon aus, dass eine Handlung, für die eine Gegenleistung gewährt wurde, im Auftrag des beworbenen Unternehmens vorgenommen wird, wird damit die überschießende Umsetzung wieder auf das Maß eingegrenzt, das von der Richtlinie vorgegeben wird. Indem die Regelung die für die Rechtssicherheit notwendige Kodifizierung einer durch die Richtlinie gebotenen Reduktion des Anwendungsbereiches der nationalen Norm darstellt, entbehrt die lautstark geäußerte Kritik am § 5a IV 2 UWG 2022 jeglicher Grundlage. Darauf wird noch einzugehen sein.

Da der Gesetzgeber bei der Schaffung des § 5a IV 2 UWG 2022 keinesfalls den Anwendungsbereich der UGP-RL vor Augen hatte, ist die Regelung ein glücklicher Zufall. Und sie ist ein weiteres Beispiel für die Äußerung von *Radbruch*, dass das Gesetz klüger als sein Verfasser sein kann.

VI. Praktische Relevanz dieser Feststellung außerhalb der genannten Problematik

Die überschießende Umsetzung der geschäftlichen Handlung kann sich auch auf die Anwendbarkeit anderer Unlauterkeitstatbestände auswirken. Zwar wird die Unterscheidung zwischen geschäftlicher Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens und geschäftlicher Handlung zugunsten des fremden Unternehmens bei anderen Unlauterkeitstatbeständen nicht in gleicher Weise relevant wie im § 5a IV UWG 2022. Aus diesem Grund wirkt sich die überschießende Umsetzung bei Influencern, deren Beiträge allesamt geschäftliche Handlungen zugunsten des eigenen Unternehmens darstellen, nicht darauf aus, ob andere Unlauterkeitstatbestände überhaupt angewendet werden. Die anderen Unlauterkeitstatbestände sind unabhängig davon anwendbar, ob man das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung zugunsten des fremden Unternehmens an einem werblichen Überschuss oder am Handeln im Auftrag festmacht, denn für deren Anwendung reicht es aus, dass die Eigenförderung bejaht wird.

Anders ist das bei Akteuren wie Verbraucherverbänden, Vereinen, Kirchen und Privaten. Mangels Unternehmereigenschaft werden sie nicht von der UGP-RL erfasst und nehmen auch keine geschäftlichen Handlungen zugunsten eines eigenen Unternehmens vor. Durch die überschießende Umsetzung wird jedoch – nach der Rechtsprechung des BGH bei Vorliegen eines werblichen Überschusses – die geschäftliche Handlung zugunsten des fremden Unternehmens bejaht. Damit können die genannten Organisationen sämtliche Unlauterkeitstatbestände auch dann verwirklichen, wenn sie mit dem erwähnten Unternehmen in keinerlei rechtlichem Verhältnis stehen, wenn also beispielsweise Verbraucherverbände bestimmte Anwälte oder Ärzte empfehlen.⁷³ Anders als bei solchen Influencern, die selbst Produkte an Verbraucher vertreiben, trifft die UGP-RL keine Aussage über die Anwendbarkeit der Unlauterkeitstatbestände: Wenn die genannten Organisationen nicht Unternehmen iSd UGP-RL sind, kann die UGP-RL über die Unlauterkeit deren Handlungen auch keine abschließende Aussage treffen.

Zudem ergibt sich aus den Erwägungsgründen 13 und 23 der UGP-RL, dass die Angleichung der Unlauterkeitstatbestände den Zweck hat, Handelshemmnisse

⁷³ Vgl. Köhler/Bornkamm/Feddersen/H. Köhler, § 2 UWG Rn. 2.63.

im Binnenmarkt zu beseitigen, und mit Rücksicht auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip „nicht über das für die Beseitigung der Handelshemmnisse und die Gewährleistung eines hohen gemeinsamen Verbraucherschutzniveaus erforderliche Maß [hinausgeht]“. Eine Erweiterung des Kreises derjenigen, die potentiell unlautere Handlungen vornehmen können, ist dem Verbraucherschutz jedenfalls nicht abträglich. Und für nicht unternehmerisch tätig werdende Organisationen zieht die Anwendbarkeit des UWG keine Handelshemmnisse nach sich, da sie keinen Handel betreiben.

Auch wenn die UGP-RL an sich nicht dagegenspricht, bei einer Fremdförderung, die nicht im Namen oder Auftrag erfolgt, die Unlauterkeitstatbestände auf die genannten Organisationen anzuwenden, so ergibt sich dieses Verbot ggf. im Vergleich zu Unternehmen, die von der UGP-RL erfasst werden. Bei Gewerbetreibenden iSd UGP-RL würde die UGP-RL die Anwendbarkeit von Unlauterkeitstatbeständen auf Handlungen, die keine Geschäftspraktiken darstellen (aber wegen überschießender Umsetzung geschäftliche Handlungen), mit Blick auf die in den Erwägungsgründen genannten Aspekte einschränken.

Gleiches müsste dann angesichts der BGH-Rechtsprechung zur einheitlichen Auslegung⁷⁴ wohl auch für Verbraucherorganisationen, Vereine usw. gelten, die nicht von der UGP-RL erfasst werden. Sofern beispielsweise die genannten Verbände eine irreführende geschäftliche Handlung iSd § 5 UWG zugunsten eines Unternehmens vornehmen würden, jedoch mangels Handeln im Namen oder Auftrag keine Geschäftspraxis vorliegen würde, müssten sich angesichts der Vorüberlegungen folgende Fragen gestellt werden:

Liegt ein Verstoß gegen die UGP-RL vor? Nein. Würde ein Unternehmen, das irreführende Werbung für ein anderes Unternehmen verbreitet, mit dem es nicht in einem Vertragsverhältnis steht, in seinem Handel eingeschränkt, wenn es in Deutschland dann erfolgreich auf Unterlassung verklagt würde? Wohl nicht, da die Anzahl der Fälle wohl überschaubar sein dürfte. Bedeutet der Umstand, dass die in den Erwägungsgründen der UGP-RL genannten Aspekte nicht betroffen sind, dass die Unlauterkeit im Beispiel bejaht werden sollte? Oder wäre es doch unverhältnismäßig, die unabsichtlich irreführende, unent-

⁷⁴ Vgl. BGH GRUR 2013, 945 (Rn. 19) – Standardisierte Mandatsbearbeitung.

geltliche Erwähnung von Unternehmen durch Verbraucherverbände als unlauter einzustufen, sodass es – ggf. auch mit Blick auf den in den Erwägungsgründen genannten Verbraucherschutz – einer Korrektur bedürfte?

Diese ganzen Fragen könnten vermieden werden, wenn der Begriff der geschäftlichen Handlung jedenfalls im Punkt der unentgeltlichen Drittförderung an den Begriff der Geschäftspraktik angepasst würde. Das hätte zudem den Vorteil, dass die kritikwürdige Rechtsprechung des BGH zum werblichen Überschuss⁷⁵ obsolet würde.

⁷⁵ Siehe dazu Kapitel 4 C. II.

Kapitel 3

Geschäftliche Handlung, § 2 I Nr. 2 UWG 2022

A. Förderung eigenes Unternehmen

Wenn angenommen wird, dass Influencer mit den Beiträgen ihr eigenes Unternehmen fördern, muss sich unweigerlich die Frage gestellt werden, ob dies für alle Postings gilt oder ob es private Beiträge gibt, die keine geschäftlichen Handlungen zugunsten des eigenen Unternehmens darstellen. Jedenfalls bei Beiträgen von Influencern, die eigene Produkte vermarkten,¹ und bei Beiträgen, die Verlinkungen enthalten, die Unternehmen auf die Influencer aufmerksam machen,² liegen keine privaten Beiträge vor. Der BGH,³ die Instanzrechtsprechung⁴ und einige Stimmen in der Literatur⁵ gehen außerdem und zu Recht vom ge-

¹ OLG Frankfurt a. M GRUR 2020, 208 (Rn. 13) – Die Influencerin; BeckOK UWG/Alexander, § 2 Rn. 79; Köberlein ZVertriebsR 2020, 221 (223); Lettl WRP 2021, 1384 (1386).

² OLG Koblenz WRP 2021, 677 (Rn. 60) – Influencer Tap-Tags; LG Köln GRUR-RS 2020, 17906 (Rn. 37) – Diana zur Löwen; Eibenstein/Schlereth MMR 2020, 771 (771); Alexander WRP 2021, 136 (138); Mallick/Weller WRP 2018, 1289 (1292) vgl. LG Heilbronn ZUM-RD 2019, 180 (183) – Kennzeichnung durch »#ad« unzureichend.

³ BGH MMR 2021, 875 (Rn. 43) – Influencer I (lu_coaching); BGH GRUR-RS 2021, 26632 (Rn. 34) – Cathy Hummels; BGH GRUR 2022, 490 (Rn 32 ff.) – Influencer III (Diana zur Loewen).

⁴ OLG Karlsruhe GRUR-RS 2020, 22210 (Rn. 55) – Pamela Reif; LG Karlsruhe GRUR-RR 2019, 328 (Rn. 35) – Pamela Reif; wohl auch LG Hamburg BeckRS 2019, 10580 (Rn. 31) – Werbekennzeichnung bei Instagram-Beiträgen; LG München I MMR 2019, 544 (Rn. 38) – Cathy Hummels; vgl. auch OLG Frankfurt a. M GRUR 2020, 208 (Rn. 13) – Die Influencerin; OLG Koblenz WRP 2021, 677 (Rn. 60) – Influencer Tap-Tags; LG Berlin MMR 2018, 543 (Rn. 22) – Vreni Frost; LG Köln GRUR-RS 2020, 17906 (Rn. 37) – Diana zur Löwen, die nur Aussagen über die fraglichen Beiträge trafen, die Verlinkungen enthielten.

⁵ Köberlein ZVertriebsR 2020, 221 (223); Douglas GRUR-Prax 2019, 561 (561); Ruess/Bredies WRP 2020, 18 (23); Alberts, Influencer-Marketing, S. 63.

schäftlichen Charakter sämtlicher Beiträge aus. Die Influencer, die ihre Tätigkeit durch Gegenleistungen von Unternehmen finanzieren,⁶ steigern ihren Wettbewerb mit der Followerzahl, sodass jeder Beitrag – und gerade ein Beitrag, der vermeintlich private Informationen enthält – darauf ausgelegt ist, Follower zu gewinnen und zu erhalten.⁷

Dieser Auffassung werden einige Argumente entgegengesetzt, auf die im Folgenden eingegangen wird.

*Schleife*⁸ lehnt das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens grundsätzlich ab. Er kritisiert, dass auch der Durchschnittsnutzer ein Interesse an steigenden Followerzahlen habe und dass deshalb die Anknüpfung an die Vermarktung des eigenen Images verfehlt sei. Dem Verweis auf Prominente, bei denen die „rechtliche Bewertung als Handeln mit Unternehmensbezug zugunsten des eigenen Images fernliegend [erscheine]“, muss entgegengehalten werden, dass der Unternehmensbezug nicht auf die Bekanntheit und damit verbundene Einflussnahme gestützt wird, sondern darauf, dass mit dem Profil und den darin enthaltenen Beiträgen Geld verdient wird. Gleiches gilt für den Verweis auf den Durchschnittsnutzer, der ebenfalls ein Interesse an steigenden Followerzahlen habe: Der Durchschnittsnutzer betreibt kein Unternehmen, für das die Followerzahl relevant ist. Es kann nicht gerechtfertigt werden, bei Influencern diesen Umstand völlig auszublenden. Insbesondere kann dazu nicht der Umstand führen, dass „das Tatbestandsmerkmal der geschäftlichen Handlung schon auf Grund des Bezuges zu einem fremden Unternehmen vorliegen [wird]“. Ein Verhalten kann schließlich sowohl eine geschäftliche Handlung zugunsten des fremden als auch eine geschäftliche Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens darstellen.

⁶ OLG Köln GRUR-RR 2021, 167 (Rn. 26) – Diana zur Löwen; LG Köln GRUR-RS 2020, 17906 (Rn. 36) – Diana zur Löwen; LG München I MMR 2019, 544 (Rn. 38) – Cathy Hummels.

⁷ BGH MMR 2021, 875 (Rn. 42) – Influencer I (lu_coaching); OLG Karlsruhe GRUR-RS 2020, 22210 (Rn. 55) – Pamela Reif; LG Berlin MMR 2018, 543 (Rn. 22) – Vreni Frost; LG Hamburg BeckRS 2019, 10580 (Rn. 31) – Werbekennzeichnung bei Instagram-Beiträgen; LG Karlsruhe GRUR-RR 2019, 328 (Rn. 34 f.) – Pamela Reif; *Ruess/Bredies* WRP 2020, 18 (23); *Köberlein* ZVertriebsR 2020, 221 (223).

⁸ *Schleife* Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht Heft 167 (Oktober 2019) (16).

I. Differenzierung nach Handlung gegenüber Unternehmen und Handlung gegenüber Verbrauchern

Beachtenswert ist das Urteil des OLG Hamburg im Fall der Influencerin *Leonie Hanne*, über den danach der BGH entschied⁹ und in dem die Influencerin für die fraglichen Posts keine Gegenleistung erhalten hatte.¹⁰ Das Gericht differenzierte insofern, als die Influencerin das eigene Unternehmen fördere, soweit sie sich an Unternehmen wende,¹¹ nicht aber soweit sie sich an ihre Follower wende.¹² Das Handeln gegenüber dem Unternehmen ergebe sich durch die Verlinkungen, mit denen sie beabsichtige, ihre Attraktivität gegenüber anderen Unternehmen zu steigern.¹³ Wenn die Beklagte „zugleich“ beabsichtige, ihr Ansehen bei den Followern zu steigern, liege insofern keine geschäftliche Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens vor. Darauf komme es jedoch auch nicht an, denn das Verhalten der Beklagten sei bereits als Förderung des fremden Wettbewerbs und als Förderung des eigenen Wettbewerbs gegenüber Unternehmen einzuordnen.¹⁴

Daraus ergibt sich, dass das Gericht sich auf die infrage stehenden Beiträge bezieht und gleichzeitig eine geschäftliche Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens ablehnt und bejaht, je nachdem, wer Adressat dieser geschäftlichen Handlung sein soll. In dem Punkt der Aktivlegitimation, in dem relevant ist, dass eine geschäftliche Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens vorliegt, damit Mitbewerber von Influencern bzw. die diese vertretenden Verbände klagebefugt sind, könnte ggf. danach unterschieden werden, ob die Mitbewerber nur um die Gunst der Follower mit Influencern konkurrieren oder auch um die Gunst der Unternehmen. Im erstgenannten Fall könnte diese Unterscheidung innerhalb der geschäftlichen Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens die Klagebefugnis ausschließen.

⁹ BGH GRUR 2021, 1414 – Influencer II (ohhcouture).

¹⁰ OLG Hamburg GRUR-RS 2020, 18139 (Rn. 43) – ohhcouture.

¹¹ OLG Hamburg GRUR-RS 2020, 18139 (Rn. 38) – ohhcouture.

¹² OLG Hamburg GRUR-RS 2020, 18139 (Rn. 47) – ohhcouture.

¹³ OLG Hamburg GRUR-RS 2020, 18139 (Rn. 45) – ohhcouture.

¹⁴ OLG Hamburg GRUR-RS 2020, 18139 (Rn. 47) – ohhcouture.

Zur Veranschaulichung sei folgender Fall genannt: Die Influencerin I vertreibt keine eigenen Produkte an Verbraucher,¹⁵ veröffentlicht jedoch Rezepte auf ihrem frei verfügbaren Blog, in denen Unternehmen – unentgeltlich oder gegen Entgelt – erwähnt werden. Das Unternehmen U vertreibt Kochbücher, veröffentlicht darin jedoch keine Werbeanzeigen von Unternehmen. U stört sich an einem Beitrag der I, in dem unentgeltlich und unabhängig ein Unternehmen D erwähnt wird.

U und I sind keine Mitbewerber im engeren Sinne,¹⁶ denn sie bieten zwar gleichartige Waren (Rezepte) an, doch I vertreibt diese nicht an Verbraucher. Nach dem weiten Mitbewerberbegriff liegt ein konkretes Wettbewerbsverhältnis auch dann vor, wenn die von den Parteien angebotenen Waren und Dienstleistungen einen wettbewerblichen Bezug zueinander aufweisen, sodass eine Wechselwirkung dergestalt besteht, dass durch eine Maßnahme einer Partei der eigene Wettbewerb gefördert und der fremde Wettbewerb beeinträchtigt wird.¹⁷ Es ist nicht undenkbar, dass eine Handlung der I den Absatz des U beeinträchtigt, sodass ein konkretes Wettbewerbsverhältnis angenommen werden könnte. Jedenfalls sollte dies im Rahmen der Mitbewerbereigenschaft und in Bezug auf eine konkrete Handlung diskutiert werden, anstatt pauschal eine Handlung der Influencerin zugunsten des eigenen Unternehmens gegenüber Verbrauchern auszuschließen, sodass ein Anspruch des U in dem genannten Beispiel daran scheitern könnte.

Diese Differenzierung ergibt sich nach der Ansicht des OLG Hamburg¹⁸ mit Blick auf die kommerzielle Kommunikation aus Art. 2 lit. f E-Commerce-RL, die nicht vorliegt, soweit Angaben in Bezug auf Waren und Dienstleistungen gemacht werden, die unabhängig und insbesondere ohne finanzielle Gegenleistung gemacht werden. Da die in Art. 2 lit. d UGP-RL als Beispiel einer Geschäftspraktik genannte „kommerzielle Mitteilung“ dem Begriff der „kommerziellen Kommunikation“ entspreche, liege nach der gebotenen Auslegung keine geschäftliche Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens gegenüber den Verbrauchern vor. Dass trotzdem eine geschäftliche Handlung zugunsten des

¹⁵ Ansonsten wären I und U Mitbewerber auf dem Absatzmarkt.

¹⁶ Siehe dazu Köhler/Bornkamm/Feddersen/*H. Köhler*, § 8 UWG Rn. 3.27.

¹⁷ BGH GRUR 2014, 1114 (Rn. 31 ff.) – nickelfrei; Köhler/Bornkamm/Feddersen/*H. Köhler*, § 8 UWG Rn. 3.27.

¹⁸ OLG Hamburg GRUR-RS 2020, 18139 (Rn. 47) – ohhcouture.

fremden Unternehmens angenommen werden könne, ergebe sich aus der überschießenden Umsetzung der geschäftlichen Handlung.¹⁹ Eine Handlung, die – wie vorliegend – nicht im Auftrag des Unternehmens erfolge, sei keine Geschäftspraktik im Sinne der UGP-RL, sodass der Begriff der geschäftlichen Handlung sich nicht an der UGP-RL und dementsprechend auch nicht an der E-Commerce-RL auszurichten brauche.²⁰

Es zeigen sich Parallelen zur BGH-Rechtsprechung, nach der dann, wenn keine kommerzielle Kommunikation vorliegt, die Anwendung des § 5a VI UWG 2015 durch den Vorrang des § 6 I TMG, der der Umsetzung der E-Commerce-RL dient, ausgeschlossen wird.²¹ Der wesentliche Unterschied liegt darin, dass der BGH gerade im Fall der Förderung des fremden Unternehmens²² die Unlauterkeit trotz fehlender Kennzeichnung mit Verweis auf die E-Commerce-RL verneint. Das OLG Hamburg kommt zwar auch zu dem Ergebnis, dass nicht gegen den § 5a VI UWG 2015 verstoßen wurde, begründet dies jedoch wenig überzeugend damit, dass sich der kommerzielle Zweck unmittelbar aus den Umständen ergebe.²³

Das Urteil wirft eine Frage auf, die es zu beantworten gilt: Kann ein Vorrang der E-Commerce-RL dazu führen, dass in Fällen, in denen gar keine Angaben in Bezug auf Waren oder Dienstleistungen gemacht werden oder in denen diese Angaben unabhängig und insbesondere ohne finanzielle Gegenleistung gemacht wurden, keine geschäftliche Handlung *zugunsten des eigenen Unternehmens* angenommen werden darf?

Das würde nur dann zutreffen, wenn in der Ausnahme „Angaben in Bezug auf Waren und Dienstleistungen oder das Erscheinungsbild eines Unternehmens, einer Organisation oder Person, die unabhängig und insbesondere ohne finanzielle Gegenleistung gemacht werden“

¹⁹ OLG Hamburg GRUR-RS 2020, 18139 (Rn. 44) – ohhcouture.

²⁰ Vgl. OLG Hamburg GRUR-RS 2020, 18139 (Rn. 44) – ohhcouture.

²¹ BGH GRUR 2021, 1414 (Rn. 56 ff.) – Influencer II (ohhcouture); BGH GRUR-RS 2021, 26632 (Rn. 85 ff.) – Cathy Hummels; siehe dazu Kapitel 6 B.

²² Die Förderung des eigenen Unternehmens ergibt sich aus den Umständen, BGH GRUR 2021, 1414 (Rn. 22 ff.) – Influencer II (ohhcouture); BGH GRUR-RS 2021, 26632 (Rn. 70 ff.) – Cathy Hummels.

²³ OLG Hamburg GRUR-RS 2020, 18139 (Rn. 49 ff.) – ohhcouture; siehe zur Kritik daran S. 115 ff.

das Unternehmen, die Organisation oder die Person gleichzeitig auch Kommunikator sein kann. Kann das Unternehmen, in Bezug auf dessen Waren Angaben gemacht werden, nicht gleichzeitig das Unternehmen sein, das die Angaben macht, kann die Regelung schon keine Aussage über die Förderung des eigenen Unternehmens treffen. Letzteres ist der Fall. Es ergibt sich bereits aus dem Wortlaut, dass die Ausnahme nicht für die Förderung des eigenen Unternehmens gelten kann.²⁴ Zwar erhält ein Unternehmen für die Darstellung der eigenen Produkte kein Entgelt von sich selbst. Die Darstellung ist aber niemals unabhängig von den eigenen Unternehmensinteressen.²⁵

Die Ausnahme der E-Commerce-RL ist somit bereits aufgrund des Umstands, dass sie nicht die Äußerungen des eigenen Unternehmens umfasst, nicht geeignet, den Begriff der geschäftlichen Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens einzuschränken. Auf die wenig überzeugende Annahme, dass schon die Definition der Geschäftspraktik in der UGP-RL durch die Definition eines anderen Tatbestandsmerkmals in einer anderen Richtlinie eingeschränkt können werden soll, muss deshalb nicht mehr eingegangen werden.

*Köberlein*²⁶ differenziert ebenso wie das OLG Hamburg innerhalb der geschäftlichen Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens nach Handlungen einerseits gegenüber Verbrauchern und andererseits gegenüber Unternehmen. Da ein Großteil der Influencer keine eigenen Produkte an Verbraucher vertreibt, sei nicht ersichtlich, worin die potentielle geschäftliche Entscheidung liege, die der Influencer beeinflussen könne. Dann müsste konsequenterweise auch das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung gegenüber Verbrauchern verneint werden.

Es wurde bereits festgestellt, dass die unentgeltliche Erwähnung fremder Unternehmen durch Influencer, die keine eigenen Produkte an Verbraucher vertreiben, keine Geschäftspraktik iSd UGP-RL darstellt.²⁷ Grund dafür ist, dass keine Handlung vorliegt, die unmittelbar mit dem Verkauf an Verbraucher zusammenhängt, denn solche Influencer verdienen ihr Geld ausschließlich durch Wer-

²⁴ Spindler/Schuster/Ricke, § 2 TMG Rn. 16.

²⁵ Vgl. auch das Beispiel in der Gesetzesbegründung BT-Drs. 14/6098, 16 und BeckOK InfoMedienR/Martini, § 2 TMG Rn. 29.

²⁶ *Köberlein* ZVertriebsR 2022, 102 (105).

²⁷ Siehe dazu Kapitel 2.

beverträge mit Unternehmen. Sofern die Erwähnung nicht im Auftrag des Unternehmens erfolgte, wird der Beitrag auch nicht als Geschäftspraktik in Form der Fremdförderung von der UGP-RL erfasst. Gleiches muss natürlich für die Beiträge gelten, in denen gar keine fremden Unternehmen erwähnt werden.

Wenn die fraglichen Handlungen keine Geschäftspraktiken darstellen: Sollten dann auch keine geschäftlichen Handlungen zugunsten des eigenen Unternehmens angenommen werden? Die UGP-RL gibt darauf keine Antwort. Sofern die Kennzeichnungspflicht letztlich verneint wird, kann schon deshalb kein Verstoß gegen den in Erwägungsgrund 15 zum Ausdruck gebrachten Willen des europäischen Gesetzgebers vorliegen. Zudem könnte vorgebracht werden, dass, wenn die Richtlinie die Fälle nicht erfasst, sie auch nicht den Handlungsspielraum der Mitgliedsstaaten einschränken könne. Die Einordnung als geschäftliche Handlung könnte somit keinen Konflikt mit der UGP-RL begründen. Daraus ergibt sich, dass zur Prüfung des Arguments *Köberleins* ausschließlich das deutsche UWG in den Blick genommen werden kann.

Gegen die Ansicht, dass die Verneinung der geschäftlichen Relevanz auch die geschäftliche Handlung entfallen lassen muss, spricht die Systematik des Gesetzes: Die Eignung zur Verbraucherbeeinflussung ist keine Voraussetzung für die Bejahung der geschäftlichen Handlung, sondern wird im Besonderen Teil des UWG in einigen Unlauterkeitstatbeständen aufgegriffen. Würde man die Eignung zur Verbraucherbeeinflussung als zusätzliche Komponente begreifen, würde man damit alle Tatbestände modifizieren, die keine geschäftliche Relevanz voraussetzen.²⁸ Zudem kennt das UWG keine Unterscheidung innerhalb der geschäftlichen Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens. Der Zweck, zwischen geschäftlichen Handlungen zugunsten des eigenen Unternehmens *gegenüber Verbrauchern* einerseits und geschäftlichen Handlungen zugunsten des eigenen Unternehmens *gegenüber sonstigen Marktteilnehmern* zu differenzieren, ist nicht ersichtlich. Dem Unterschied in der Wirkweise – Beeinflussung von Verbraucherentscheidungen oder Entscheidungen sonstiger Marktteilnehmer – kann ausreichend Rechnung im Rahmen der Prüfung der geschäftlichen Relevanz getragen werden.

²⁸ Vgl. zur geschäftlichen Relevanz Kapitel 5 D.

II. Private Äußerungen, Meinungsfreiheit und Pressefreiheit

Eine geschäftliche Handlung soll auch dann ausscheiden, wenn ein redaktioneller Beitrag vorliegt, der vorrangig der Information und Meinungsbildung seiner Adressaten dient.²⁹ Das KG entschied im Fall Vreni Frost, dass der eine Beitrag von dreien, der Verlinkungen zu Unternehmen enthielt, die weder (Flug-)Kosten der Influencerin übernommen noch sie dafür bezahlten (dass sie an einem Workshop teilnahm), keine geschäftliche Handlung darstelle.³⁰ Der infrage stehende Beitrag zeigte den Oberkörper der Beklagten im Oberteil mit der Aufschrift „BANANAS“ und mit Bauchtasche und Brosche. Oberteil, Bauchtasche und Brosche waren mit Links zu Herstellern bzw. Händlern versehen. Im Text darunter teilte sie mit, auf der Rückreise zu sein, das Bedürfnis nach Ruhe zu haben und sich auf die Heimkehr zu freuen. Ein Zusammenhang werde nach dem KG dadurch hergestellt, dass die Influencerin ihre Müdigkeit mit „Totally Bananas“ beschreibe.³¹ Die Nennung der Hersteller der Produkte beantworte ein bestehendes Informationsbedürfnis der Follower, die sich nicht nur die Bilder ansehen wollten, sondern die sich auch dafür interessierten, welche Kleidung, Schuhe und Accessoires die Influencerin kombiniere und wie man diese Kombination nachmachen könne.³² Die Influencerin sei der sekundären Darlegungslast, dass sie für die Verlinkung keinerlei Entgelte erhalten habe, nachgekommen.³³ Die Indizien, die eine „überwiegende Wahrscheinlichkeit für Werbetätigkeit begründen [könnten]“ – gemeint ist wohl die Wahrscheinlichkeit einer Gegenleistung³⁴ –, wie etwa „[der] geringe journalistische Gehalt der beanstandeten Beiträge, anderweitige Werbetätigkeit für Dritte in sozialen Medien gegen Entgelt, öffentliche Berichterstattung über die professionelle Bloggertätigkeit des Inanspruchgenommenen und eine Verlinkung auf Online-Shops“, lägen zwar vor, die indizierte Schlussfolgerung wurde jedoch von der Influencerin entkräftet.³⁵ Das Ergebnis, dass keine Kennzeichnungspflicht bestehen soll, ist jedenfalls zu begrüßen. Doch der Weg dorthin, selbst

²⁹ BT-Drs. 16/10145, 21; BGH GRUR 2012, 74 (Rn. 15) – Unzulässige Herabsetzung von Management-Beratern; Köhler/Bornkamm/Fedderson/H. Köhler, § 2 UWG Rn. 2.70.

³⁰ KG GRUR 2019, 543 (Rn. 61 ff.) – Vreni Frost.

³¹ KG GRUR 2019, 543 (Rn. 62) – Vreni Frost.

³² KG GRUR 2019, 543 (Rn. 66) – Vreni Frost.

³³ KG GRUR 2019, 543 (Rn. 74 f.) – Vreni Frost.

³⁴ Vgl. KG GRUR 2019, 543 (Rn. 90 f.) – Vreni Frost.

³⁵ KG GRUR 2019, 543 (Rn. 77 f.) – Vreni Frost.

bei „geringem journalistischen Gehalt“ vorrangig redaktionelle Motive anzunehmen und die kommerziellen Interessen der Influencerin in Form der Förderung des eigenen Unternehmens auszublenden, ist es nicht. Selbst bei gewöhnlichen Konsumenten steht, den empirischen Studien nach zu urteilen,³⁶ im Kontext der sozialen Medien im Durchschnitt nicht die Informationsvermittlung im Vordergrund. Dass bei Influencern diese Form des Altruismus bei jedem Beitrag vorrangig sein soll, für den kein Entgelt gezahlt erhalten wurde, steht für ein Bild dieser Berufsgruppe, das zur Abwechslung wohl nicht durch Abneigung oder Geringschätzung geprägt ist, verkennt aber den bereits angesprochenen und keinesfalls verwerflichen Aspekt, dass Influencer mit ihren Accounts Geld verdienen. Jedenfalls dann, wenn nur die Minimalvoraussetzung erfüllt wurde, dass der Beitrag irgendeinen Bezug zu den verlinkten Unternehmen aufweist oder irgendeine Information enthält, kann die geschäftliche Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens nicht mit Verweis auf das Vorliegen eines redaktionellen Beitrags verneint werden, ohne die Voraussetzung zu verwässern. Aber auch in allen anderen Fällen sollte – wie im Folgenden gezeigt wird – nicht das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung aus diesem Grund verneint werden.

*Fries*³⁷ schließt das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens zwar nicht kategorisch aus, verweist jedoch auf die Meinungsfreiheit und begründet damit, dass es eine Vielzahl privater Beiträge gebe, die keine geschäftlichen Handlungen darstellen sollten. An diesem Punkt wird es interessant. Ist es möglich, in ausnahmslos jedem Beitrag eines Influencers eine geschäftliche Handlung zu sehen oder muss den Influencern im Hinblick auf Art. 5 I 1 GG zugestanden werden, private Beiträge veröffentlichen zu können, die nicht dem Anwendungsbereich des UWG unterfallen?³⁸ Würde ohne diese Möglichkeit das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung verletzt?

Damit das Grundrecht verletzt werden könnte, müsste ein Eingriff in den Schutzbereich vorliegen, der verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt werden kann. Der Schutzbereich umfasst nach der Rechtsprechung des BVerfG³⁹ auch reine Wirtschaftswerbung, wenn diese einen „wertenden, meinungsbildenden

³⁶ *Wolny/Mueller* Journal of Marketing Management 2013, 562 (575).

³⁷ *Fries*, Influencer-Marketing, S. 105.

³⁸ So *Schleife* Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht Heft 167 (Oktober 2019) (17).

³⁹ BVerfG NJW 1986, 1533 (1534) – Standeswidrige Werbung durch Ärzte; BVerfG NJW 2001, 591 (591) – Benetton I.

Inhalt“ hat, und nach der überzeugenderen Meinung der Literatur⁴⁰ ohne Einschränkung jede Ausprägung der reinen Wirtschaftswerbung. Erst recht müssen dann auch private oder privat anmutende Beiträge in den Schutzbereich fallen. Es liegt jedoch kein Eingriff vor. Ein Eingriff in die Meinungsfreiheit ist jede staatliche Maßnahme, die eine Meinungsäußerung und –verbreitung verbietet, behindert oder gebietet.⁴¹ Die Kategorisierung als geschäftliche Handlung hat für sich genommen keine Auswirkung auf Art und Weise der Meinungsäußerung. Würde mit Annahme der geschäftlichen Handlung auch eine Kennzeichnungspflicht einhergehen, könnte zwar schon in der Kategorisierung ein Eingriff vorliegen. Die Kennzeichnungspflicht besteht bei dieser Art von geschäftlichen Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens aber nicht, denn dieser kommerzielle Zweck ergibt sich bereits aus den Umständen. Sollte von der Einordnung als geschäftliche Handlung abhängen, ob ein Beitrag einen anderen Unlauterkeitstatbestand erfüllt oder nicht, kann wohl kaum eine private Äußerung angenommen werden.

Gleiches gilt für die in Art. 11 I 1 GR-Charta auch unionsrechtlich garantierte Meinungsfreiheit: Der Umstand, dass ein Beitrag in den Schutzbereich dieses Grundrechts fällt, spricht nicht gegen die Einstufung als geschäftliche Handlung, da diese Einstufung als solche keine Einschränkung der Ausübung der in der Charta anerkannten Rechte und Freiheiten (Art. 52 I 1 GR-Charta) und damit keinen Eingriff darstellt.

Auch eine Parallele zur Pressefreiheit und der Privilegierung von Medienunternehmen kann – anders als von *Maatz*⁴² vertreten – nicht zu einem anderen Ergebnis führen.

Zwar wird anerkannt, dass jede redaktionelle funktionsgerechte und erlaubte Berichterstattung dem wirtschaftlichen Erfolg des Presseunternehmens zugutekommen kann.⁴³ Dieses Verhalten soll jedoch grundsätzlich mit Blick auf das Anliegen der Presse, die Öffentlichkeit zu unterrichten, als notwendige Begleiterscheinung nicht ausreichen, um eine geschäftliche Handlung zugunsten des

⁴⁰ Dürig/Herzog/Scholz/*Grabenwarter*, Art. 5 I, II GG Rn. 64.

⁴¹ BeckOK GG/*Schemmer*, Art. 5 GG Rn. 18.

⁴² *Maatz*, *Influencer-Marketing*, 501 f.

⁴³ BGH GRUR 1997, 907 (908) – Emil-Grünbär-Klub.

eigenen Unternehmens zu begründen.⁴⁴ Der BGH entkräftigte in den Fällen des Influencer-Marketings diesen Einwand mit dem Verweis darauf, dass der Grundsatz nicht gelte, wenn – wie vorliegend – die Förderung des eigenen Wettbewerbs im Vordergrund stehe.⁴⁵ Beiträge von Influencern seien nicht mit Presseartikeln, sondern eher mit der Veröffentlichung eines redaktionell aufgemachten Newsletters durch einen Verband vergleichbar.⁴⁶ Dieser Verband biete Dienstleistungen an, sodass auch der Newsletter trotz redaktioneller Aufmachung eine geschäftliche Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens darstelle.⁴⁷

Die Annahme, Handlungen von Presseunternehmen könnten keine geschäftliche Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens darstellen, ist erstens kritisch zu hinterfragen und zweitens nicht auf Influencer übertragbar.

1. Ausnahme von redaktionellen Äußerungen nicht geboten

Zum ersten: In der BGH-Entscheidung *Emil-Grünbär-Klub*⁴⁸ stand die Lauterkeit einer Zeitschriftenausgabe infrage, in der sich ein von *Janosch* gestaltetes Poster befand, mit dem für eine Mitgliedschaft im Emil-Grünbär-Klub geworben wurde. Der gemeinnützige Verein, der den Emil-Grünbär-Klub betrieb, hatte der Beklagten unentgeltlich Druckvorlagen für die Veröffentlichung zur Verfügung gestellt, jedoch nichts für die Veröffentlichung gezahlt. Die Beklagte vertrieb die Zeitschrift inklusive Poster dann an Apotheker, die wiederum diese unentgeltlich ihren Kunden zur Verfügung stellten. Dagegen klagte ein Presseunternehmen, das ebenfalls Kundenzeitschriften und andere Werbemittel für Apotheker vertrieb. Der BGH verneinte das Handeln der Beklagten zu Zwecken des Wettbewerbs des fremden Unternehmens, da bei gemeinnützigen Einrichtungen die Werbung von Mitgliedern nicht im geschäftlichen Verkehr und zu Zwecken des Wettbewerbs erfolge. Zu den Zwecken des eigenen Wettbewerbs stellte er fest, dass grundsätzlich die objektive Eignung als Begleiterscheinung

⁴⁴ BGH MMR 2021, 875 (Rn. 45) – Influencer I (lu_coaching); BGH GRUR 1997, 907 (908 f.) – Emil-Grünbär-Klub; BGH GRUR 1990, 373 (374) – Schönheits-Chirurgie.

⁴⁵ BGH MMR 2021, 875 (Rn. 45) – Influencer I (lu_coaching).

⁴⁶ Vgl. BGH MMR 2021, 875 (Rn. 45) – Influencer I (lu_coaching) mit Verweis auf BGH MMR 2012, 101 (Rn. 15) – Coaching-Newsletter.

⁴⁷ Vgl. BGH MMR 2021, 875 (Rn. 45) – Influencer I (lu_coaching) mit Verweis auf BGH MMR 2012, 101 (Rn. 15) – Coaching-Newsletter.

⁴⁸ BGH GRUR 1997, 907 – Emil-Grünbär-Klub.

nicht ausreichen könne, um eine – damals noch erforderliche – Wettbewerbsförderungsabsicht zu begründen. Im vorliegenden Fall rechtfertigten die besonderen Umstände jedoch eine andere Beurteilung. Das Gericht führte aus:

„In der fraglichen Ausgabe dieser Kundenzeitschrift werden die Zeichnungen des auch bei Kindern sehr bekannten Autors und Zeichners *Janosch* verwendet, damit es seine Aufgabe als Werbemittel besonders erfolgreich erfüllen kann. Dies kommt nicht nur durch die beiden Zeichnungen auf dem Deckblatt und dem (Innen-) Poster zum Ausdruck, sondern auch durch Hinweise auf *Janosch* und die von ihm geschaffene Figur des Emil Grünbär im (DIN-A3-großen) redaktionellen Teil. Insgesamt verleiht diese besondere Gestaltung, durch die indirekt immer auf den "Emil Grünbär Klub" hingewiesen und letztlich für eine Klubmitgliedschaft geworben wird, der hier in Rede stehenden Ausgabe des Kinderposters ihr Gepräge und macht sie für die zahlenden Abnehmer, also für die Apotheker, attraktiv. Daß die Bekl. mit dem so gestalteten attraktiven Äußeren den Absatz ihrer Kundenzeitschrift bei den Apotheken fördern möchten, kann – worauf die Revision mit Recht hinweist – nach der allgemeinen Lebenserfahrung nicht bezweifelt werden. Bei einem solchen Werbemittel ist der wirtschaftliche Erfolg, der mit Hilfe einer attraktiven Gestaltung und interessanter Beiträge erzielt wird, nicht lediglich eine notwendige Begleiterscheinung der im Vordergrund stehenden redaktionellen Arbeit. Ob dies – wie die Revision weiter rügt – denkgesetzlich für alle Teile eines solchen Werbemittels gilt, kann unter den gegebenen Umständen offenbleiben.“⁴⁹

Es überrascht, dass der BGH maßgeblich auf die attraktive Gestaltung abstellt. Man sollte doch meinen, dass der Anspruch eines jeden Medienunternehmens sei, jeden Beitrag einer Veröffentlichung attraktiv zu gestalten. Zudem ist *Janosch* zwar zweifellos ein beeindruckender Künstler. Ob *Janosch* oder sonst irgendjemand jedoch einer Werbung für die kostenpflichtige Mitgliedschaft in einem gemeinnützigen Verein eine derartige Attraktivität verleihen kann, die so weit über der durchschnittlichen Attraktivität von Beiträgen liegt, dass damit ausnahmsweise eine Wettbewerbshandlung zu Zwecken des eigenen Wettbewerbs des veröffentlichenden Presseunternehmens vorliegen sollte, darf doch stark bezweifelt werden. Diese Rechtsprechung zeigt deutlich, welche Folgeprobleme

⁴⁹ BGH GRUR 1997, 907 (909) – Emil-Grünbär-Klub.

sich ergeben, wenn redaktionelle Handlungen von vornherein aus dem Anwendungsbereich des UWG ausgeklammert werden sollen: Besteht die Möglichkeit, dass im Verhältnis zu anderen Presseunternehmen eine unzulässige Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegt, muss teilweise mit viel und gleichzeitig wenig überzeugendem Argumentationsaufwand die Anwendung des UWG begründet werden.

Der Punkt, dass Presseunternehmen mit ihren Artikeln Leser gewinnen und damit auch attraktiver für Anzeigenkunden werden möchten (man beachte die Parallele zum Influencer-Marketing), wird teilweise in der Entscheidung Rechtsanwalts-Ranglisten angesprochen. Der BGH entschied, dass dem weit verbreiteten Interesse, Anzeigenkunden zu gewinnen, nicht zu entnehmen sei, dass das Presseunternehmen zur Förderung fremden Wettbewerbs handle.⁵⁰ Auf die Frage, ob das Presseunternehmen damit ggf. zur Förderung des eigenen Wettbewerbs handle, wurde nicht eingegangen, denn darauf kam es nicht an. Gegen die Auflistung von Rechtsanwälten in Bestenlisten hatte schließlich ein nicht erwähnter Rechtsanwalt geklagt, der mangels Wettbewerbsverhältnis zum Verlag durch die Förderung des Verlagsgeschäfts nicht in seiner Rechtsstellung betroffen gewesen wäre.⁵¹

Redaktionelle Äußerungen von vornherein aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie auszuschließen, wird auf den Erwägungsgrund 7 S. 2 der UGP-RL gestützt, in dem es heißt, dass die Richtlinie sich nicht auf Geschäftspraktiken beziehe, die vorrangig anderen Zielen dienen.⁵² Beispielhaft werden „[kommerzielle], für Investoren [gedachte] Mitteilungen, wie Jahresberichte und Unternehmensprospekte“ genannt. Der Ausschluss dieser Handlungen aus dem Anwendungsbereich kann mit der verbraucherrechtlichen Zielsetzung der Richtlinie erklärt werden.⁵³ Jahresberichte und Unternehmensprospekte richten sich an Investoren und nicht an Verbraucher.⁵⁴ Sie sind nicht geeignet (nimmt man

⁵⁰ BGH NJW 2006, 2764 (Rn. 28) – Rechtsanwalts-Ranglisten.

⁵¹ BGH NJW 2006, 2764 (Rn. 24) – Rechtsanwalts-Ranglisten.

⁵² BT-Drs. 16/10145, 21; BGH GRUR 2016, 710 (Rn. 12) – Im Immobiliensumpf; Köhler/Bornkamm/Fedderson/H. Köhler, § 2 UWG Rn. 2.54.

⁵³ Überzeugend dazu *Glöckner* WRP 2009, 1175 (1180).

⁵⁴ *Glöckner* WRP 2009, 1175 (1180).

Selbstverpflichtungen zu CSR-Kriterien heraus),⁵⁵ die geschäftlichen Entscheidungen von Verbrauchern in Bezug auf Produkte zu beeinflussen,⁵⁶ sodass keine Notwendigkeit besteht, diese als Geschäftspraktiken zu qualifizieren. Wie es *Glöckner* treffend formuliert, rechtfertigt der Erwägungsgrund 7 es nicht, „jegliche Zielsetzung jenseits der Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidung heranzuziehen, um den Anwendungsbereich der Richtlinie einzuschränken.“⁵⁷ Auch die EuGH-Rechtsprechung gebietet keine umfassende Ausnahme der Handlungen von Presseunternehmen aus dem Anwendungsbereich des UWG. Zwar stützt *Fezer*⁵⁸ seine Immanenztheorie auf das Urteil des EuGH RLvS Verlagsgesellschaft/ Stuttgarter Wochenblatt, in dem das Gericht das Vorliegen einer Geschäftspraktik mangels objektiven Zusammenhangs mit den Produkten und Dienstleistungen des Presseverlegers des Anzeigenblatts verneinte.⁵⁹ Das bedeute, dass die immanenten Marktwirkungen einer Presseveröffentlichung nicht geeignet seien, einen unmittelbaren Zusammenhang im Sinne des Begriffs einer Geschäftspraktik herzustellen.⁶⁰

Dass der EuGH eine Förderung des eigenen Unternehmens aufgrund der übertragenden Relevanz der Pressefreiheit und der Wirkweise, die dem Handeln von Presseunternehmen immanent ist, ausgeschlossen hat,⁶¹ ist hingegen nicht die einzige mögliche Lesart des Urteils. Art. 2 lit. d UGP-RL verlangt für das Vorliegen einer Geschäftspraktik den Zusammenhang mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produktes. Im vorliegenden Fall handelte es sich um ein unentgeltlich ausgegebenes Anzeigenblatt. Der EuGH entschied, die infrage stehenden Artikel seien schon nicht geeignet, den Absatz einer kostenlos ausgegebenen Zeitung zu fördern.⁶² Hätte der EuGH die Anwendbarkeit

⁵⁵ S. die Übersicht bei *Hartmann/Marcos/Apaolaza* International Journal of Advertising 2022, 1; vgl. zur Diskussion, ob CSR-Standards bei der Auslegung des UWG beachtet werden sollten: *Fezer/Büscher/Obergfell/Birk*, Corporate Social Responsibility im Lauterkeitsrecht (S 17) Rn. 64 ff.

⁵⁶ *Glöckner* WRP 2009, 1175 (1180) mit Verweis auf Erwägungsgrund 7 S. 1 UGP-RL.

⁵⁷ *Glöckner* WRP 2009, 1175 (1180 f.); zustimmend *Jäger*, Trennungs- und Kennzeichnungsgebot, S. 252.

⁵⁸ *Fezer/Büscher/Obergfell/Fezer*, § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG Rn. 172 ff.

⁵⁹ EuGH GRUR 2013, 1245 (Rn. 41) – RLvS/Stuttgarter Wochenblatt [GOOD NEWS].

⁶⁰ *Fezer/Büscher/Obergfell/Fezer*, § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG Rn. 173a f.

⁶¹ *Fezer/Büscher/Obergfell/Fezer*, § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG Rn. 173a.

⁶² EuGH GRUR 2013, 1245 (Rn. 39) – RLvS/Stuttgarter Wochenblatt [GOOD NEWS].

der UGP-RL aufgrund der Relevanz der Pressefreiheit ausschließen wollen, hätte er wohl kaum die Geeignetheit verneint. Denn wenn redaktionelle Handlungen grundsätzlich bereits nicht geeignet wären, den Absatz von Presseergebnissen zu fördern, dürfte auch kein Absatz von Presseergebnissen vorliegen, außer man nähme an, die Konsumenten kauften die Zeitung ausschließlich wegen der darin enthaltenen Werbung. Die Wertung, dass Äußerungen von Presseunternehmen grundsätzlich nicht dem UWG unterfallen, ist augenscheinlich von dem Bedürfnis getragen, so der Pressefreiheit gerecht zu werden, obgleich es ausreichen würde, den Grundrechten bei der Auslegung der Unlauterkeitstatbestände die gebotene Beachtung zukommen zu lassen.⁶³

2. Keine Übertragbarkeit dieser Wertungen auf das Influencer-Marketing

Und damit kämen wir zum zweiten Punkt: Der Fehler, das UWG grundsätzlich für unanwendbar zu erklären, um dann mit der Rechtsprechung zum werblichen Überschuss das Problem wieder in den Griff bekommen zu müssen, sollte nicht im Influencer-Marketing wiederholt werden. Auch davon, nur einen Teil der Beiträge aus dem Anwendungsbereich auszunehmen, muss aus diesem Grund abgeraten werden. Es sind schließlich auch im Influencer-Marketing Konstellationen wie in der Entscheidung Emil-Grünbär-Klub denkbar, bei denen dann viel Begründungsaufwand betrieben werden müsste, um im jeweiligen Fall die Unlauterkeit nach dem UWG doch prüfen zu können. Hinzu kommt, dass die Pressefreiheit durch Veröffentlichungen von Beiträgen gelebt wird, während Meinungen nicht ausschließlich auf durch Werbung finanzierten Social-Media-Kanälen geäußert werden können. Die divergierende Bedeutung für die freiheitliche demokratische Grundordnung verbietet eine Übertragung.⁶⁴

Ein weiteres, denkbare Argument dagegen, alle Beiträge als geschäftliche Handlungen zu behandeln, könnte darin liegen, dass das UWG auf die einzelnen Handlungen abstellt und nicht auf den Handelnden.⁶⁵ Wenn unabhängig von

⁶³ Überzeugend dazu *Jäger*, Trennungs- und Kennzeichnungsgebot, S. 252 ff.

⁶⁴ Vgl. BVerfG NJW 1966, 1603 (1604) – Spiegel; empfehlenswert zu den Hintergründen des Urteils *Meyer-Blankenburg/Hachmeister*, Die SPIEGEL-Affäre 1962 – Meilenstein für die Pressefreiheit, <https://www.swr.de/swr2/wissen/die-spiegel-affe-1962-meilenstein-fuer-die-pressefreiheit-swr2-wissen-archivradio-2022-10-03-100.html> (zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).

⁶⁵ GK-UWG/*Peukert*, 2. Aufl. 2012, § 2 UWG Rn. 586.

der einzelnen konkreten Handlung jede Handlung in den Anwendungsbereich des UWG fällt und das mit dem Geschäftsmodell von Influencern begründet wird, könnte dieses Gebot missachtet werden. Dahingehend ist einzuschränken, dass nur die Handlungen in Form von Beiträgen in sozialen Medien von dieser generellen Aussage erfasst würden. Es wird folglich nicht an die Unternehmereigenschaft, sondern an eine bestimmte und typisierte Art von Handlungen angeknüpft, die allesamt die Voraussetzungen des § 2 I Nr. 2 Alt. 2 UWG 2022 erfüllen.⁶⁶ Das Geschäftsmodell von Influencern führt dazu, dass bei dieser Art von Handlungen die Voraussetzungen unabhängig vom Inhalt des einzelnen Beitrags vorliegen.

III. Gefahr von Wertungswidersprüchen?

*Köhler*⁶⁷ verweist auf die Rechtsprechung des BGH zu Product-Placements⁶⁸ und nennt das Beispiel, dass der BMW, den der Tatort-Kommissar fahre, ohne dass das Fahrzeug unverhältnismäßig auffällig ins Bild gerate, kein Product-Placement sei; anders sei es, wenn die Kamera ein unnötiges Close-up der BMW-Niere aufnehme. Er schließt mit den Worten: „Der Wertungswiderspruch zur Influencerin, die vermeintlich immer gewerblich (für das eigene Unternehmen) tätig ist, auch wenn sie Privates postet, ist evident.“⁶⁹ Der Wertungswiderspruch ist genauso wenig evident wie die Sachverhalte vergleichbar. Differenziert man – anders als *Köhler* fordert⁷⁰ – zwischen geschäftlichen Handlungen zugunsten des eigenen Unternehmens einerseits und geschäftlichen Handlungen zugunsten des fremden Unternehmens andererseits, kann sich ein Wertungswiderspruch der Bejahung einer geschäftlichen Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens nur dann ergeben, wenn in einem vergleichbaren Fall die *Eigenförderung* eines Unternehmens verneint wurde. Die *BMW AG* dreht nicht den Tatort. Wenn übertrieben auffällig die Niere eines BMW gezeigt würde, könnte das nur eine Fremdförderung darstellen. Das geschilderte Beispiel kann folglich nicht im Widerspruch zur Annahme stehen, dass in jedem Influencer-Beitrag eine geschäftliche Handlung zugunsten des *eigenen* Unternehmens zu sehen ist.

⁶⁶ Vgl. auch *Maatz*, Influencer-Marketing, S. 558 f.

⁶⁷ *M. Köhler* ZUM-RD 2021, 689 (690).

⁶⁸ BGH GRUR 1990, 611 (614) – Werbung im Programm.

⁶⁹ *M. Köhler* ZUM-RD 2021, 689 (690).

⁷⁰ *M. Köhler* ZUM-RD 2021, 689 (690).

1. Politische Handlungen: Bsp. Rezo – Die Zerstörung der CDU

Wertungswidersprüche können sich aber mit Blick auf Handlungen von Unternehmen ergeben, die nicht dem UWG unterfallen sollen. Zur Veranschaulichung sei folgendes Beispiel angeführt:

Der Influencer *Rezo* veröffentlicht Mitte Juni 2019 und damit im Vorfeld der Europawahl ein Video mit dem Titel „Die Zerstörung der CDU“, in dem er die CDU, SPD, AfD und FDP unter anderem bezüglich ihrer Politik zur sozialen Gerechtigkeit, Bekämpfung des Klimawandels und bezüglich ihrer Unterstützung der USA bei deren kriegerischen Auseinandersetzungen kritisiert.⁷¹ *Rezo* verzichtet sowohl darauf, im Video Werbung für ein fremdes Unternehmen zu machen, als auch darauf, – wie ansonsten üblich – über das YouTube-Partnerprogramm Werbeanzeigen schalten zu lassen. Die CDU holt bei der Europawahl 6 Sitze weniger als im Jahr 2014. Könnte nach dem UWG gegen *Rezo* wegen des Videos vorgegangen werden?⁷²

Voraussetzung dafür wäre, dass eine geschäftliche Handlung vorliegt. Da keine Fremdförderung in Betracht kommt, stellt sich nur die Frage nach dem Vorliegen einer geschäftlichen Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens. Dagegen könnte sprechen, dass nach der Gesetzesbegründung⁷³ Handlungen vom Anwendungsbereich des § 2 I Nr. 2 UWG auszunehmen sind, die vorrangig anderen Zielen dienen. Genannt werden – neben den bereits angesprochenen redaktionellen – unter anderem verbraucherpolitische Ziele. *Rezo* klärte seine Zuschauer nicht in deren Eigenschaft als Verbraucher über die Missstände auf, sondern in deren Eigenschaft als wahlberechtigte Bürger. Dass vorrangig politische, nicht aber verbraucherpolitische Ziele verfolgt werden könnten, ist ein Grund, im vorliegenden Fall eine geschäftliche Handlung annehmen zu können. Angesichts des Umstands, dass in der Gesetzesbegründung nur von weltanschaulichen, wissenschaftlichen, redaktionellen und verbraucherpolitischen Äußerungen die Rede ist und von Lehre und Rechtsprechung mindestens noch religiöse, kirchliche, soziale, karitative, erzieherische und künstlerische Ziele dazukamen,⁷⁴ wäre dieses Argument nicht besonders überzeugend. Es lohnt sich folglich ein

⁷¹ *Rezo*, Die Zerstörung der CDU, <https://www.youtube.com/watch?v=4Y1lZQsyuSQ> (zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).

⁷² Siehe zur Bedeutung von RStV und MStV im vorliegenden Fall *Heins/Lefeldt* MMR 2021, 126.

⁷³ BT-Drs. 16/10145, 21.

⁷⁴ Köhler/Bornkamm/Fedderson/*H. Köhler*, § 2 UWG Rn. 2.54 mwN.

Blick auf die Rechtsprechung zu politischen und verbraucherpolitischen Äußerungen.

2. Entscheidungen zu politischen Aussagen

Politische Werbung⁷⁵ schlug im Wettbewerbsrecht bereits große Wellen: Der BGH verbot drei Benetton-Anzeigen wegen Sittenwidrigkeit nach § 1 UWG 1909,⁷⁶ das BVerfG verwies mit Verweis auf die Meinungsfreiheit zurück,⁷⁷ der BGH hielt an der Sittenwidrigkeit der Werbung „H.I.V. positive“ fest, da die Darstellung der Not von Aids-Kranken als Reizobjekt missbraucht werde,⁷⁸ und das BVerfG hob auch dieses Unterlassungsurteil mit der Begründung auf, dass allein die Einbettung in den Werbekontext – ohne dass ein menschenwürdeverletzender Inhalt vorliege – nicht zur Sittenwidrigkeit führen könne.⁷⁹ In diesen Fällen wurde das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung angenommen, ohne dass dies problematisiert worden wäre.

Im Fall Politikerschelte⁸⁰ urteilte der BGH, dass eine Anzeige eines Medikamentenherstellers, in der angeprangert wurde, dass beispielsweise 500.000 DM nicht für den Bau eines Kindergartens oder der Schaffung von 12 Arbeitsplätzen in der Pflege, sondern für den Umbau der Bar des Bundestages genutzt werde,⁸¹ eine geschäftliche Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens darstellte. Da ein Bezug zum Erscheinungsbild des Unternehmens genommen wurde – dass der bei den Politikern angemahnte Fleiß auch von den eigenen Angestellten erwartet werde – lasse die (damals noch erforderliche) Absicht, eigenen Wettbewerb zu fördern, nicht als vernachlässigenswert erscheinen.⁸²

⁷⁵ Nach dem Selbstverständnis des Unternehmens; im Lauterkeitsrecht werden die Entscheidungen unter dem Stichwort der gefühlsbetonten Werbung besprochen.

⁷⁶ BGH GRUR 1995, 595 – Kinderarbeit; BGH GRUR 1995, 598 – Ölverschmutzte Ente; BGH GRUR 1995, 600 – H.I.V. POSITIVE.

⁷⁷ BVerfG GRUR 2001, 170 – Werbeanzeigen der Firma Benetton.

⁷⁸ BGH GRUR 2002, 360 – Wettbewerbswidrige Unternehmenswerbung der Firma Benetton.

⁷⁹ BVerfG GRUR 2003, 442 – Menschenwürde als Schranke der Meinungsfreiheit im Wettbewerbsrecht.

⁸⁰ BGH GRUR 1997, 761 (763 f.) – Politikerschelte.

⁸¹ Siehe zu den Anzeigen OLG München WRP 1994, 413 – Togonal.

⁸² BGH GRUR 1997, 761 (763 f.) – Politikerschelte.

Im Urteil Im Immobiliensumpf⁸³ verwies der BGH zwar darauf, dass nach dem Gesetzgeber verbraucherpolitische Aussagen von Unternehmen, die nicht im funktionalen Zusammenhang mit der Absatz- und Bezugsförderung stehen, nicht dem UWG unterfallen. Den Einwand, der im Artikel genannte Rechtsanwalt habe Verbraucher über Einzelheiten zum Thema „Schrottimmobilien“ unterrichten wollen, als er zwei Anwaltsnotaren die Mitwirkung an organisierter Wirtschaftskriminalität unterstellte, weil sie Kaufverträge über Schrottimmobilien eines nunmehr insolventen Immobilienhändlers beurkundet hatten, wies das Gericht mit Verweis auf den Bezug zur erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit zurück.⁸⁴ Der Beklagte sei nicht als neutraler Experte, sondern als Parteivertreter in ungefähr 50 Verfahren aufgetreten, in denen Käufer die von der Kanzlei des Klägers beurkundeten Kaufverträge angefochten hatten.⁸⁵

Auch eine Parallele zu den aktuellen Fällen der Faktenchecker trifft keine zwingende Aussage für den vorliegenden Fall. Dabei handelt es sich um Hinweise eines Medienunternehmens, das im Auftrag von Facebook und gegen Aufwandsentschädigung Artikel überprüft, die über die Plattform geteilt werden. Werden in einem Artikel Unstimmigkeiten festgestellt, wird unter dem geteilten Link der Hinweis ergänzt, die Behauptungen seien „falsch“, „verfälscht“ oder „teilweise falsch“.⁸⁶ Zudem wird ein Hinweis auf einen Beitrag von Faktencheckern ergänzt, aus dem ersichtlich sein soll, warum der Beitrag gekennzeichnet wurde. Dass damit Filterblasen und Echokammern verhindert werden sollen, was dem allgemeinen Interesse an einem möglichst freien und umfassenden Meinungs austausch dienen soll,⁸⁷ kann auf eine (verbraucher-)politische Zielsetzung schließen lassen. Ebenso die Einschätzung, dass der Faktencheck selbst zu einer Politisierung von Fakten beitrage, die sie eigentlich verhindern wolle, wenn die Tatsachenprüfung letztlich eine Meinungsäußerung darstelle, „die im Gewand der Faktizität die Geltung einer ‚richtigen‘ Meinung beansprucht.“⁸⁸

⁸³ BGH GRUR 2016, 710 (Rn. 12) – Im Immobiliensumpf.

⁸⁴ BGH GRUR 2016, 710 (Rn. 16) – Im Immobiliensumpf.

⁸⁵ BGH GRUR 2016, 710 (Rn. 16) – Im Immobiliensumpf.

⁸⁶ Siehe zum Vorgehen *Meta*, Faktenprüfung auf Facebook | Meta-Hilfereich für Unternehmen, <https://de-de.facebook.com/business/help/2593586717571940> (zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).

⁸⁷ OLG Karlsruhe, Urt. v. 14.07.2021, Az. 6 W 8/21 – juris Rn. 98 – Faktencheck-Hinweis.

⁸⁸ *Lobe* Neue Zürcher Zeitung v. 19.11.2020; zustimmend *Albrecht* jurisPR-ITR 11/2022 Anm. 3.

Ein Wertungswiderspruch zu den Fällen des Influencer-Marketings könnte sich dann ergeben, wenn die Artikel von Faktencheckern nicht als geschäftliche Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens gewertet würden. Das ist jedoch nicht der Fall.⁸⁹ Das OLG Karlsruhe stützte die geschäftliche Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens der Faktenchecker zum einen darauf, dass diese von *Meta Platforms, Inc.* eine Aufwandsentschädigung erhielten, und zum anderen, dass deren Position als Faktenchecker geeignet sei, sie als besonders fachkundigen und seriösen Anbieter auszuweisen, sodass deren Wettbewerbsstellung verbessert werde.⁹⁰

Der – soweit ersichtlich – einzige Fall, in dem die Lauterkeit einer politischen Äußerung infrage stand und keine geschäftliche Handlung (zugunsten des fremden Unternehmens) angenommen wurde, wurde vom LG Köln⁹¹ entschieden: Eine solo-selbständige Tischlerin wehrte sich gegen die Pressemitteilung des ZDH e.V., in der sich der Präsident für die Wiedereinführung der Meisterpflicht aussprach und beklagte, dass es durch Solo-Selbstständige zu Verwerfungen am Markt und zu Wettbewerbsverzerrungen komme. Unter anderem fand sich in der Pressemitteilung folgende Passage: „Viele Solo-Selbstständige geben an, dass sie weniger als 17.500 Euro Umsatz haben, damit müssen sie dann den Kunden gar keine Mehrwertsteuer in Rechnung stellen. Die können ihre Leistungen natürlich deutlich günstiger anbieten als seriös arbeitende Handwerksbetriebe.“⁹² Das Gericht griff zwar die Argumentation der Klägerin auf, dass die Äußerung, fremden Wettbewerb der Handwerkskammern zu Lasten der Solo-Selbstständigen fördern könne, indem impliziert würde, Solo-Selbstständige seien unseriös, da sie die Sozialversicherungsbeiträge nicht zahlten und wahrheitswidrig angäben, sie verdienten weniger als 17.500 Euro.⁹³ Gegen die Annahme einer geschäftlichen Handlung spreche aber, dass die Äußerung im Zusammenhang mit der auch im Bundestag debattierten Einführung der Meisterpflicht gefallen sei und der Satzungszweck der Beklagten eindeutig auf die

⁸⁹ Vgl. aber *Peukert* WRP 2020, 391 (393).

⁹⁰ OLG Karlsruhe, Urt. v. 14.07.2021, Az. 6 W 8/21 – juris Rn. 72 – Faktencheck-Hinweis.

⁹¹ LG Köln, Urt. v. 21.04.2020, Az. 31 O 220/19 – Herabsetzung Solo-Selbstständige.

⁹² LG Köln, Urt. v. 21.04.2020, Az. 31 O 220/19 – juris Rn. 9 – Herabsetzung Solo-Selbstständige.

⁹³ LG Köln, Urt. v. 21.04.2020, Az. 31 O 220/19 – juris Rn. 8, 31 – Herabsetzung Solo-Selbstständige.

Einwirkung auf politische Entscheidungsträger gerichtet sei.⁹⁴ Letztlich sei dies aber nicht zu entscheiden, da es jedenfalls an einer Herabsetzung fehle.⁹⁵

Der Fall ist besonders, weil ein gemeinnütziger Verein entsprechend seines Satzungszwecks handelte. Doch auch das Handeln gemeinnütziger Vereine kann den erforderlichen objektiven Zusammenhang aufweisen, wenn dieses der Förderung des Wettbewerbs der Mitgliedsunternehmen dient,⁹⁶ sodass diese Besonderheit zur Abgrenzung nicht ausreicht. Wenn folglich davon ausgegangen werden kann, dass im Fall der Solo-Selbstständigen die geschäftliche Handlung wegen des politischen Inhalts verneint wurde, muss auch im Beispiel *Rezos* in dem wegen der fehlenden Monetarisierung ebenfalls besondere Umstände vorliegen, eine geschäftliche Handlung aus diesem Grund verneint werden, um Wertungswidersprüche zu vermeiden.

3. Unterschied zur Behandlung von redaktionellen Handlungen

Ein Wertungswiderspruch kann sich zwar auch ergeben, wenn der Beitrag von *Rezo* nicht als redaktioneller Beitrag eingestuft wird, obgleich alle Aussagen mit Quellennachweisen belegt wurden und jedenfalls die Aussagen zum Klimawandel nach Einschätzung von *Mai Thi Nguyen-Kim* und *Eckardt von Hirschhausen* größtenteils richtig sind.⁹⁷ Der Vorwurf des Wertungswiderspruchs könnte mit Verweis darauf entkräftigt werden, dass der Ausschluss von redaktionellen Handlungen dem Grundrecht der Pressefreiheit Geltung verschaffen soll und die Pressefreiheit nach wohl herrschender,⁹⁸ aber umstrittener⁹⁹ Meinung nicht auf Online-Medien anwendbar ist. Letztere sollen sich nur auf die Rundfunkfreiheit berufen können.¹⁰⁰

⁹⁴ LG Köln, Urt. v. 21.04.2020, Az. 31 O 220/19 – juris Rn. 32 – Herabsetzung Solo-Selbstständige.

⁹⁵ LG Köln, Urt. v. 21.04.2020, Az. 31 O 220/19 – juris Rn. 33 – Herabsetzung Solo-Selbstständige.

⁹⁶ LG Köln, Urt. v. 21.04.2020, Az. 31 O 220/19 – juris Rn. 30 – Herabsetzung Solo-Selbstständige.

⁹⁷ *Nguyen-Kim*, *Rezo* wissenschaftlich geprüft, <https://www.youtube.com/watch?v=tNZXy6hfvhM> (zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).

⁹⁸ BeckOK GG/*Schemmer*, Art. 5 GG Rn. 43.

⁹⁹ *Gersdorf* AfP 2010, 421 (427).

¹⁰⁰ BeckOK GG/*Schemmer*, Art. 5 GG Rn. 58, 67.

Würde man trotzdem einen Wertungswiderspruch annehmen, wäre dieser aber deshalb hinzunehmen, weil die Rechtsprechung abzulehnen ist, nach der redaktionelle Handlungen vom Anwendungsbereich des UWG ausgenommen werden sollten.¹⁰¹ Das im Rahmen der Diskussion darum, ob redaktionelle Handlungen keine geschäftliche Handlungen zugunsten des eigenen Unternehmens darstellen können, genannte Argument – der vermeidbare Erklärungsaufwand, wenn ein redaktioneller Beitrag dann doch unlauter ist – greift bei politischen Aussagen nicht. Beiträge sind entweder als redaktionell einzustufen oder nicht. Es kann keine Abwägung ihrem Inhalt nach getroffen werden. Anders ist das bei politischen Aussagen. Eine Äußerung kann mehr oder weniger politisch sein. Durch die Möglichkeit der Einstufung einer Äußerung als weniger politisch (etwa mit Verweis darauf, dass vielmehr erwerbswirtschaftliche Interessen im Vordergrund stehen), könnte auf Ebene der geschäftlichen Handlung ohne geistige Verrenkungen dafür gesorgt werden, dass unlautere Aussagen als geschäftliche Handlungen eingestuft werden. Zugleich kann verhindert werden, dass unliebsame politische Aussagen mithilfe des UWG unterdrückt werden. Da aber im woken Kapitalismus¹⁰² politische Aussagen instrumentalisiert werden, um wirtschaftliche Ziele zu erreichen – symbolische Phrasen zu Menschenrechten sind günstiger als höhere Löhne und bessere Sozialleistungen für die Arbeitnehmenden – sollte nur sehr restriktiv von der Ausnahme Gebrauch gemacht werden.

Zusammenfassend lässt sich sagen: Wenn eine politische Aussage nicht als geschäftliche Handlung eingestuft würde, wenn sie von einem Unternehmen geäußert würde, darf die gleiche Aussage auch dann nicht in den Anwendungsbereich des UWG fallen, wenn sie von Influencern geäußert wird. Die Vorrangigkeit anderer als erwerbswirtschaftlicher Ziele ist jedenfalls wie im Fall von *Rezo* dann anzunehmen, wenn trotz hohem Produktionsaufwand auf Einnahmen im sechsstelligen Bereich verzichtet wird, indem keine Werbung geschaltet wird.

¹⁰¹ Siehe dazu Kapitel 3 A. II. 1.

¹⁰² Siehe dazu *Grau*, Der neue „woke“ Kapitalismus – „Keine Heuchelei, es ist viel schlimmer“, <https://www.swr.de/swr2/wissen/der-neue-woke-kapitalismus-keine-heuchelei-es-ist-viel-schlimmer-sw2-wissen-aula-2022-09-11-100.html> (zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).

B. Förderung fremdes Unternehmen bei Erhalt eines Entgelts, Testproduktes o.ä.

Sobald ein Entgelt des erwähnten Unternehmens erhalten wurde, ist die Förderung dieses fremden Unternehmens indiziert.¹⁰³

Ob diese Einschätzung uneingeschränkt auf jeden Fall übertragen werden kann, in dem der Influencer sonstige Vorteile wie Rabatte oder Testprodukte erhalten hat, bedarf einer genaueren Betrachtung. Einigkeit besteht insofern, als dass bei unentgeltlich und unaufgefordert zugesandten Testprodukten die Indizwirkung umso höher ist, je höher der Wert des Produktes ist, das dem Influencer dauerhaft überlassen wird.¹⁰⁴ Schwieriger ist die Frage zu beantworten, ob auch bei der Erwähnung nach Überlassung eines geringwertigen Testproduktes eine geschäftliche Handlung zugunsten des fremden Unternehmens anzunehmen ist, wenn der Unternehmer keine Erwartung einer positiven Darstellung geäußert hat. Teilweise unter Verweis auf einen Leitfaden der Landesmedienanstalten¹⁰⁵ wird in einem solchen Fall das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung zugunsten eines fremden Unternehmens verneint.¹⁰⁶ Der Flyer enthielt die Aussage, dass dann, wenn der Wert des Produktes unter 1000 Euro liegt und das Produkt in die Handlung des Beitrags eingebunden wird, keine Kennzeichnung

¹⁰³ BGH MMR 2021, 875 (Rn. 30) – Influencer I (lu_coaching); OLG Celle MMR 2017, 769 (Rn. 7) – Rossmann; OLG Frankfurt/M. MMR 2020, 43 (Rn. 8) – Aquascaper; KG MMR 2018, 98 (Rn. 14) – Kennzeichnungspflicht bei Influencer Marketing; LG Itzehoe MMR 2019, 186 (Rn. 26) – Verbotene Schleichwerbung durch Influencer-Marketing; S. Köhler GRUR-Prax 2019, 343 (344); Suwelack MMR 2017, 661 (663); Henning-Bodewig WRP 2017, 1415 (1417); Mallick/Weller WRP 2018, 155 (158); Mallick/Weller WRP 2018, 1289 (1291); Lichtnecker MMR 2018 (516); Scherer WRP 2019, 277 (279); Maatz, Influencer-Marketing, S. 446; Klickermann MMR 2020, 150 (154); Schwenke ITRB 2020, 92 (92); Hoche IPRB 2019, 165 (167); Köberlein ZVertriebsR 2020, 221 (222); Timmermann/Berndt WRP 2020, 996 (998 f.); Schonbofen/Detmering WRP 2018, 1171 (1174).

¹⁰⁴ Henning-Bodewig WRP 2017, 1415 (1418); Mallick/Weller WRP 2018, 155 (158); Podszun/Busch/Henning-Bodewig, Behördliche Durchsetzung des Verbraucherrechts?, https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Publikationen/Studien/behoeardliche-durchsetzung-des-verbraucherrechts.pdf?__blob=publicationFile&v=13 (zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).

¹⁰⁵ Henning-Bodewig WRP 2017, 1415 (1418); Mallick/Weller WRP 2018, 155 (158); Podszun/Busch/Henning-Bodewig, Behördliche Durchsetzung des Verbraucherrechts?, https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Publikationen/Studien/behoeardliche-durchsetzung-des-verbraucherrechts.pdf?__blob=publicationFile&v=13 (zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).

¹⁰⁶ Spindler/Schuster/Micklitz/Namysłowska, § 5a UWG Rn. 75.

erforderlich sei.¹⁰⁷ Die Schwelle entspricht der von den Landesmedienanstalten vorgenommenen Konkretisierung des bedeutenden Werts im § 2 II Nr. 11 RStV,¹⁰⁸ § 2 II MStV durch die Ziff. 4 Abs. 3 Nr. 2 WerbeRL/Fernsehen, die nicht mehr in Kraft ist.¹⁰⁹ Die Grenze wurde auf ein Prozent der Produktionskosten ab einer Untergrenze von 1000 Euro festgelegt. In der geltenden Werbesatzung wurde die Schwelle auf ein Prozent der Produktionskosten ab einem Produktwert von 100 Euro gesenkt (§ 10 I 1 Werbesatzung),¹¹⁰ um alle erfassten Gattungen, zu denen auch rundfunkähnliche Telemedien wie YouTube-Videos gehören, gleichzubehandeln.¹¹¹ Der aktuelle Flyer (Stand: Juni 2024) differenziert bei Audio und Video nach diesem Produktwert von 100 Euro; bei überwiegend statischen Beiträgen (Bild und Text) soll unabhängig vom Wert gekennzeichnet werden.¹¹² Die Einschätzung der Landesmedienanstalten ist für die Auslegung des UWG nicht bindend.¹¹³

I. Kennzeichnungspflicht hängt nicht von einseitig positiver Gestaltung ab

*Gerecke*¹¹⁴ stellt unabhängig vom Wert der Sache ausschließlich darauf ab, ob das Unternehmen dem Influencer Vorgaben macht und wie dieser seinen Beitrag gestaltet. Wenn der Blogger testen und frei nach seiner Meinung rezensieren

¹⁰⁷ Der Leitfaden ist nicht mehr abrufbar, siehe aber die Aussage bei *Henning-Bodewig* WRP 2017, 1415 (1418).

¹⁰⁸ Der RStV galt bis 06.11.2020 und wurde dann vom MStV abgelöst.

¹⁰⁹ Abrufbar unter *Landesmedienanstalten*, Werberichtlinie/Fernsehen (außer Kraft), <https://medienanstalt-mv.de/media/law/53/attachment-1426250402.pdf> (zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).

¹¹⁰ *Landesmedienanstalten*, Werbesatzung, <https://www.die-medienanstalten.de/service/rechtsgrundlagen/werbesatzung/> (zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).

¹¹¹ *Landesmedienanstalten*, Erläuterungen zur Werbesatzung, https://www.die-medienanstalten.de/fileadmin/user_upload/Rechtsgrundlagen/Satzungen_Geschaefts_Verfahrensordnungen/Werbesatzung_Erlaeuterungen.pdf (zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).

¹¹² *Landesmedienanstalten*, Werbekennzeichnung bei Online-Medien, <https://www.die-medienanstalten.de/service/merkblaetter-und-leitfaeden/leitfaden-werbekennzeichnung-bei-online-medien/> (zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).

¹¹³ *Podszun/Busch/Henning-Bodewig*, Behördliche Durchsetzung des Verbraucherrechts?, https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Publikationen/Studien/behoerdliche-durchsetzung-des-verbraucherrechts.pdf?__blob=publicationFile&v=13 (zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).

¹¹⁴ *Gerecke* GRUR 2018, 153 (157).

dürfe und der Beitrag überwiegend positiv sei, aber auch Kritik enthalte, solle selbst dann keine geschäftliche Handlung zugunsten des fremden Unternehmens vorliegen, wenn der Blogger Geld vom betreffenden Unternehmen erhalten hat. Das ist insofern konsequent, als dass es keinen Unterschied macht, ob Geld oder ein teures Produkt geleistet wurden, sofern auch bei Produkten nicht hinsichtlich des Wertes differenziert werden soll.

Die Ansicht stützt sich jedoch auf eine abzulehnende Prämisse. Gerecke¹¹⁵ schreibt, Zweck der Kennzeichnungsvorschriften sei es nicht, „den Verbraucher darüber aufzuklären, ob der Blogger ein Entgelt für seine Tätigkeit erhält“, sondern sie sollten „den Verbraucher vor getarnter Werbung schützen“. Folglich soll ein Beitrag, der Vor- und Nachteile eines Produktes benennt, als neutral anzusehen sein, sodass der Verbraucher davor nicht geschützt werden müsse, und getarnte Werbung nur dann vorliegen können, wenn der Beitrag werblich ist, er beispielsweise Kaufapelle, Verlinkungen auf die Angebote von Dritten oder die Angabe von Preisen enthält.

Dieses Verständnis ist mit Blick auf Studien zu eWOM und zum Influencer-Marketing nicht haltbar. Zwar können *two-sided messages*, also Werbebotschaften, die im Gegensatz zu einer einseitigen Botschaft nicht nur positive, sondern auch negative Aspekte enthalten,¹¹⁶ die Einstellung zur Marke und die Bereitschaft, das Produkt zu kaufen, schmälern.¹¹⁷ Dieses Ergebnis ist jedoch nicht zwingend und kann darauf zurückgeführt werden, dass der in den Studien geäußerte negative Aspekt des Produktes zu relevant war, als dass die Verbraucher das Produkt trotz dieses Mankos kauften würden.¹¹⁸ Arbouw, Ballantine und Ozanne räumten ein, dass die Auswahl ihrer Stimuli ggf. nicht optimal war und dass der Vorgabe, dass nur wenig wichtige bis moderat relevante Aspekte gewählt werden sollten, nicht ausreichend beachtet wurde.¹¹⁹ Im Versuchsaufbau wurde nur das Verhältnis von negativen zu positiven Aspekten genannt.¹²⁰

¹¹⁵ Gerecke GRUR 2018, 153 (157).

¹¹⁶ Winter/Krämer J Comput Mediat Commun 2012, 80 (82).

¹¹⁷ Arbouw/Ballantine/Ozanne Mrketing Intelligence & Plan 2019, 513 (520, 522) vgl. aber Eisend International Journal of Research in Marketing 2006, 187 (195 f.).

¹¹⁸ Vgl. Eisend International Journal of Research in Marketing 2006, 187 (193): die Einstellung zur Werbung sinkt signifikant, wenn die negative Information relevant ist.

¹¹⁹ Arbouw/Ballantine/Ozanne Mrketing Intelligence & Plan 2019, 513 (522).

¹²⁰ Arbouw/Ballantine/Ozanne Mrketing Intelligence & Plan 2019, 513 (517).

Die Einschätzung der Forschenden wird von der Studie von *Pizzutti, Basso* und *Albornoz* gestützt, die den Einfluss von negativen Aspekten auf die Kaufbereitschaft prüften und dabei zwischen relevanten und irrelevanten Mankos unterschieden.¹²¹ So wurde einerseits die Aussage, dass die Jeans einen guten Schnitt habe und zudem bequem sei, mit der Aussage verglichen, dass die Jeans zwar gut sitze, jedoch nicht bequem sei.¹²² Als wenig relevanter Aspekt wurde zusätzlich zum guten Schnitt einerseits herausgestellt, dass die Hose nicht gebügelt werden brauche, und andererseits die gegenteilige Aussage, dass sie gebügelt werden müsse.¹²³ Um dem berechtigten Einwand zu begegnen, dass für einige sehr wohl von bedeutender Relevanz sein kann, ob die Jeans oft gebügelt werden müsse, wiederholten sie die Studie mit der Aussage, dass die Jeans warm bzw. nicht warm halte, und kamen zum gleichen Ergebnis.¹²⁴ Sie fanden heraus, dass bei weniger relevanten Aspekten (dass die Hose gebügelt werden muss oder nicht warm hält), die Kaufbereitschaft der Konsumenten nicht geringer war als in dem Fall, in dem den Versuchsteilnehmern eine einseitige Nachricht präsentiert wurde.¹²⁵ Das ist unter anderem dem Umstand geschuldet, dass die Glaubwürdigkeit des Kommunikators bei einer zweiseitigen Nachricht höher ist als bei einer einseitigen¹²⁶ und dass diese Steigerung sich positiv auf die Kaufbereitschaft auswirkt.¹²⁷

Noch interessanter für diese Zwecke ist die aktuelle Studie von *Lee* und *Johnson*, die die Auswirkungen von zweiseitigen Aussagen im Vergleich zu einseitigen Aussagen auf die Kaufbereitschaft testeten und als Stimuli Instagram-Bilder von Influencerinnen nutzen, die sie jeweils um negative Aspekte ergänzten.¹²⁸ Sie

¹²¹ *Pizzutti/Basso/Albornoz* European Journal of Marketing 2016, 1703.

¹²² *Pizzutti/Basso/Albornoz* European Journal of Marketing 2016, 1703 (1709).

¹²³ *Pizzutti/Basso/Albornoz* European Journal of Marketing 2016, 1703 (1709).

¹²⁴ *Pizzutti/Basso/Albornoz* European Journal of Marketing 2016, 1703 (1713).

¹²⁵ *Pizzutti/Basso/Albornoz* European Journal of Marketing 2016, 1703 (1711).

¹²⁶ Siehe dazu die Meta-Studie von *Eisend* International Journal of Research in Marketing 2006, 187 (195).

¹²⁷ *Pizzutti/Basso/Albornoz* European Journal of Marketing 2016, 1703 (1711 f.), die aber auf die Vertrauenswürdigkeit und nicht auf die Glaubwürdigkeit abstellen.

¹²⁸ *S. Lee/B. Johnson* International Journal of Advertising 2022, 30 (38).

konnten entgegen der Erwartungen¹²⁹ keine negativen Effekte auf die Einstellung zur beworbenen Marke und auf die Kaufbereitschaft feststellen.¹³⁰ Stattdessen wurden die negativen Effekte vollständig durch die positiven Effekte auf Glaubwürdigkeit und Authentizität, die ihrerseits positiv auf die Kaufbereitschaft wirken, ausgeglichen.¹³¹ Beachtenswert ist auch die Erkenntnis von *Küster* und *Eisend*, dass – selbst wenn der Beitrag eine negative Einstellung zur Marke hervorrufen sollte – dieser Effekt über die Zeit verschwindet.¹³² Zusammenfassend lässt sich sagen, dass es möglich ist, scheinbar ausgewogene Marketingbotschaften so zu gestalten, dass diese im Vergleich zu einseitigen Aussagen jedenfalls nichts in ihrer Wirksamkeit einbüßen.

Würde man die Kennzeichnungspflicht ausschließlich von der ausgewogenen Darstellung abhängig machen, müsste man mit der Folge leben, dass Beiträge trotz Zahlung eines Entgelts und trotz des Umstands, dass sie ähnlich wie werbende Beiträge geeignet sind, Kaufentscheidungen zu beeinflussen, nicht gekennzeichnet werden müssten, wodurch ihnen wiederum mehr Vertrauen entgegen gebracht würde als unentgeltlichen, einseitig lobenden Beiträgen, die nach *Gerecke*¹³³ gekennzeichnet werden müssten.¹³⁴ Wenn man Werbung als bewussten Beeinflussungsversuch versteht, ist der Vorschlag *Gereckes* nicht geeignet, Verbraucher vor getarnter Werbung zu schützen. Es ist schließlich nicht ausgeschlossen, dass Influencer um die Wirkung von *two-sided messages* wissen und diese Wirkung nutzen, um ihre Authentizität und Glaubwürdigkeit zu steigern.

Es kann nicht Sinn und Zweck der Kennzeichnungspflichten sein, vermeintlich redaktionelle, tatsächlich aber bezahlte Handlungen zu privilegieren und die Aussagen der Kennzeichnungspflichten darauf zu beschränken, was Konsumenten ohnehin schon wissen. Ob ein Beitrag überschwänglich positiv oder aber ausgewogen ist, erkennen Verbraucher auch ohne, dass der Beitrag als „Werbung“ gekennzeichnet ist. Warum aber der Beitrag auf diese Weise oder überhaupt verfasst wurde und ob das erwähnte Unternehmen einen Anreiz für

¹²⁹ S. Lee/B. Johnson *International Journal of Advertising* 2022, 30 (35).

¹³⁰ S. Lee/B. Johnson *International Journal of Advertising* 2022, 30 (41).

¹³¹ S. Lee/B. Johnson *International Journal of Advertising* 2022, 30 (43 f.).

¹³² *Küster/Eisend* *International Journal of Advertising* 2016, 664 (676 f.).

¹³³ *Gerecke* GRUR 2018, 153 (157 f.).

¹³⁴ Siehe zum Einfluss von Werbekennzeichnungen auf die Aktivierung der Persuasion Knowledge Kapitel 1 C. IV. 2.

die Erwähnung geschaffen hat, ist eine Information, die tatsächlich geeignet ist, incentivierte Beiträge als solche zu erkennen und sich ihrer Werbewirkung bewusst zu werden.

Folglich ist die uneingeschränkte Bejahung einer geschäftlichen Handlung geboten. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Darstellung des Produkts vollkommen unbeeinflusst von der wirtschaftlichen Zuwendung erfolgt ist,¹³⁵ wenn der Influencer die Zusendung letztlich zum Anlass nimmt, über das Produkt zu berichten. Dafür spricht die bereits dargestellte Reziprozitätsregel.¹³⁶ Wer jemals Käse im Wert von mehreren Euro gekauft hat, weil ihm ein anderthalb Kubikzentimeter großes Stück angeboten wurde, kann die Wirksamkeit dieser Marketingstrategie bestätigen. Bei Influencern wirkt diese Strategie nicht nur durch das schlechte Gefühl, das entsteht, wenn man – vermeintlich – einem Dritten etwas schuldig bleibt. Bei ihnen kommt hinzu, dass sie sich durch die Erwähnung jedenfalls dafür qualifizieren, nochmals kostenlose Produkte zugeschickt zu bekommen oder sogar für eine Werbekampagne engagiert zu werden. Dass sie ohne die Zusendung des Produktes dieses überhaupt erwähnt hätten, ist so unwahrscheinlich wie es wahrscheinlich ist, dass sie bei kostenloser Zusendung eine positivere Erwähnung veröffentlichen als dann, wenn sie das Produkt selbst gekauft hätten. Diese Einschätzung ist nicht vom Wert des Produktes abhängig. Selbst wenn nach dem Motto „*All publicity is good publicity*“ davon ausgegangen werden sollte,¹³⁷ dass auch negative Aufmerksamkeitswerbung gut für ein Unternehmen sein kann, gelten die Ausführungen nicht für den Fall, dass der Influencer einen negativen Beitrag über das zugesandte Produkt verfasst.¹³⁸ *Timmermann* und *Berndt* vertreten ebenfalls die Ansicht, dass jede positive Erwähnung eines noch so geringwertigen Produkts als geschäftliche Handlung zugunsten eines fremden Unternehmens einzustufen ist und stützen dies auf unionsrechtliche Erwägungen. Sie behaupten, dass eine de-minimis-Ausnahme für jegliche Fälle, in denen geldwerte Vorteile überlassen würden, unionsrechtswidrig sei.¹³⁹ Begründet wird dies mit der Nr. 11 des Anhang I der UGP-RL, nach

¹³⁵ Ausführlich dazu *Maatz*, *Influencer-Marketing*, S. 458 f.

¹³⁶ Siehe dazu Kapitel 1 C. I. 1.

¹³⁷ Davon ist angesichts der Meta-Studie von *Z. Yang/Freling/Sun* ua *Journal of Business Research* 2022, 102 (113 f., 115 f.) nicht auszugehen.

¹³⁸ *Gerecke* GRUR 2018, 153 (157).

¹³⁹ *Timmermann/Berndt* WRP 2020, 996 (998 f.).

der eine Geschäftspraxis unter allen Umständen als unlauter gilt, wenn redaktionelle Inhalte in Medien zu Zwecken der Verkaufsförderung eingesetzt werden und der Gewerbetreibende für die Verkaufsförderung bezahlt hat, ohne dass dies aus dem Beitrag eindeutig hervorgeht.¹⁴⁰ Dabei wird übersehen, dass nach der Rechtsprechung des EuGH Medienunternehmer keine Adressaten der Vorschrift sind.¹⁴¹ Die Nr. 11 diene nicht dazu „Presseverlegern die Verpflichtung aufzuerlegen, etwaige unlautere Geschäftspraktiken von Inserenten zu verhindern, für die insoweit möglicherweise ein unmittelbarer Zusammenhang mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung der Produkte oder Dienstleistungen der Interessenten an Verbraucher hergestellt werden könnte.“¹⁴² Wenn nach der EuGH-Rechtsprechung Medienunternehmer keine per-se unlautere Geschäftspraktik nach dieser Vorschrift vornehmen können,¹⁴³ kann die Nr. 11 keine unionsrechtlichen Vorgaben für das Influencer-Marketing machen.

Allerdings kann das Argument im deutschen Umsetzungsgesetz angebracht werden. Durch den weitergehenden Begriff der geschäftlichen Handlung aus § 2 I Nr. 2 UWG 2022 wird in Nr. 11 Anhang zu § 3 III UWG auch das Handeln der veröffentlichenden Person erfasst,¹⁴⁴ sodass auch Influencer nach dieser UWG-Norm für einen solchen Verstoß verantwortlich gemacht werden können. Man könnte somit angelehnt an das Argument von Timmermann und Berndt argumentieren, dass eine de-minimis-Ausnahme für geringwertige Produkte mit Blick auf den Nr. 11 Anh. § 3 III UWG nicht geboten sei.

Die Frage, ob eine geschäftliche Handlung zugunsten des fremden Unternehmens auch bei einer unentgeltlichen Erwähnung vorliegt, ist aufgrund ihrer Komplexität und Relevanz in einen übergeordneten Prüfungspunkt ausgegliedert.

II. Vereinbarkeit mit TMG und MStV

Angesichts der BGH-Rechtsprechung, dass der § 5a VI UWG 2015 als allgemeinere Norm nicht anwendbar ist, wenn keine Kennzeichnungspflicht nach

¹⁴⁰ *Timmermann/Berndt* WRP 2020, 996 (998 f.).

¹⁴¹ EuGH GRUR 2013, 1245 (Rn. 43 ff.) – RLvS/Stuttgarter Wochenblatt [GOOD NEWS]; kritisch *Koch* FS Köhler, S. 359 (365 f.).

¹⁴² EuGH GRUR 2013, 1245 (Rn. 44) – RLvS/Stuttgarter Wochenblatt [GOOD NEWS].

¹⁴³ Zu Recht kritisch *Koch* FS Köhler, S. 359 (366).

¹⁴⁴ Köhler/Bornkamm/Feddersen/*H. Köhler*, Anhang zu § 3 III UWG Rn. 11.10.

§ 6 I TMG vorliegt, muss geklärt werden, ob eine Kennzeichnungspflicht von kostenlos und unaufgefordert zugesendeten Produkten (die die Einschätzung als geschäftliche Handlung zugunsten des fremden Unternehmens regelmäßig nach sich zieht) mit § 6 I TMG und § 22 I MStV vereinbar ist. Dafür müssen die Begriffe der kommerziellen Kommunikation in § 2 S. 1 Nr. 5 TMG und der Werbung in § 2 II Nr. 7 MStV so formuliert sein, dass bei der Erwähnung von kostenlosen und unaufgefordert zugesandten Produkten kommerzielle Kommunikation und Werbung vorliegen könnte.

1. Kommerzielle Kommunikation

Mit Blick auf die Definition der kommerziellen Kommunikation könnte daran gezweifelt werden. Nach § 2 S. 1 Nr. 5 lit. b TMG sind solche Angaben keine kommerzielle Kommunikation, „die unabhängig und insbesondere ohne finanzielle Gegenleistung gemacht werden.“ In 2020 wurde folgender Halbsatz hinzugefügt, um Rechtssicherheit für Influencer und vergleichbare Gruppen in den sozialen Medien herzustellen:¹⁴⁵

„dies umfasst auch solche unabhängig und insbesondere ohne finanzielle Gegenleistung oder sonstige Vorteile von natürlichen Personen gemachten Angaben, die eine unmittelbare Verbindung zu einem Nutzerkonto von weiteren natürlichen Personen bei Diensteanbietern ermöglichen.“

Damit stellen Verlinkungen zu den Konten natürlicher Personen in sozialen Netzwerken keine kommerzielle Kommunikation dar.

Sofern der Umstand, dass nur die Verlinkungen von natürlichen Personen erwähnt werden, den Umkehrschluss zulassen könnte, dass die Verlinkung von Unternehmen unabhängig von der Gegenleistung immer als kommerzielle Kommunikation einzustufen ist, erteilt die Gesetzesbegründung¹⁴⁶ dem eine Absage. Es sei weiterhin eine Einzelfallprüfung vorzunehmen. Gegen diese Interpretation spricht aber auch schon die Existenz des unverändert gebliebenen § 2 S. 1 Nr. 5 lit. b HS. 1 TMG: Verlinkungen von Unternehmensauftritten sind „Angaben in Bezug auf [...] das Erscheinungsbild eines Unternehmens“, die dann keine kommerzielle Kommunikation darstellen, wenn sie „unabhängig und insbesondere ohne finanzielle Gegenleistung erbracht werden.“ Während

¹⁴⁵ BR-Drs. 170/20, 33.

¹⁴⁶ BR-Drs. 170/20, 33.

Verlinkungen von Unternehmensauftritten von dieser Ausnahme umfasst werden, bedurfte es für Verlinkungen zu den Profilen natürlicher Personen einer weiteren Regelung. Das auf die genannte Norm folgende „dies umfasst auch“, das die Ausnahme für Verlinkungen auf Profile von natürlichen Personen einleitet, spricht ebenfalls für eine Ergänzung und nicht für eine Modifizierung der bisherigen Regelung.¹⁴⁷

Es fällt aber auf, dass im Halbsatz 1 nur von „finanzieller Gegenleistung“ gesprochen wird und in Halbsatz 2 von „[finanzieller] Gegenleistung oder [sonstigen Vorteilen]“. Dass der Gesetzgeber beim Halbsatz 2 vor dem Hintergrund des Influencer-Marketings nicht nur auf den Erhalt einer Gegenleistung abstellte, gleichzeitig den Halbsatz 1 aber unverändert ließ, könnte dagegen sprechen, bei der Erwähnung von kostenlosen Testprodukten eine kommerzielle Kommunikation anzunehmen.

Gegen diese Erwägung könnte die Gesetzesbegründung sprechen. Der Gesetzgeber hob hervor, „dass die [...] vorgenommene Konkretisierung nicht im Umkehrschluss bedeutet, dass Angaben, die natürliche Personen machen, um unmittelbaren Zugang auf Konten von Unternehmen [...] zu ermöglichen, auch dann als kommerzielle Kommunikation anzusehen sind, wenn sie ohne finanzielle Gegenleistung oder sonstige Vorteile erfolgen, sondern es ist vielmehr weiterhin eine Einzelfallprüfung vorzunehmen.“¹⁴⁸ Natürlich könnten auch nur deshalb die sonstigen Vorteile genannt worden sein, weil diese eben die Voraussetzung im neuen Halbsatz 2 darstellen, auf den Bezug genommen wird. Es wäre aber auch möglich, die Begründung so zu lesen, dass bei der Einzelfallprüfung es darauf ankommt, ob der Kommunikator eine finanzielle Gegenleistung oder sonstige Vorteile erhalten hat.

Wesentlich eleganter und beeindruckend vorausschauend ist die Vorgehensweise des BGH.¹⁴⁹ In der Entscheidung Influencer III urteilte der BGH, dass ein Bezug zwischen Erwähnung eines Unternehmens und geldwertem Vorteil durch kostenloses Zurverfügungstellen eines Produktes durch die „naheliegende und daher regelhaft anzunehmende Erwartung des durch den Bericht be-

¹⁴⁷ Vgl. auch BR-Drs. 170/20, 33: „Konkretisierung“.

¹⁴⁸ BR-Drs. 170/20, 33.

¹⁴⁹ Siehe dazu auch Kapitel 6 C.

günstigsten Unternehmer hergestellt [werde], dass die Influencerin über das Produkt berichten werde.“¹⁵⁰ Aus diesem Grund ist die kostenlose Zurverfügungstellung eines Produktes als Gegenleistung anzusehen und das unabhängig vom Wert des Produktes und trotz des Umstandes, dass keine Abrede im Vorfeld getroffen wurde. Diese Argumentation bringt mehrere Vorteile mit sich. Erstens kann die Erwähnung von kostenlosen Testprodukten ohne die zuvor dargestellten und wenig überzeugenden Umwege über die Gesetzesbegründung als kommerzielle Kommunikation iSd TMG eingestuft werden. Zweitens kann damit ein Auftragsverhältnis im Sinne der UGP-RL begründet werden, um auszuschießen, dass eine Kennzeichnungspflicht bei kostenlosen Testprodukten gegen die UGP-RL verstößt.

Drittens – und das ist der vorausschauende Aspekt – normiert der § 5a IV 2 UWG, dass eine Kennzeichnungspflicht für eine geschäftliche Handlung zugunsten des fremden Unternehmens nach §§ 3 I, 5a IV 1 UWG nur dann besteht, wenn der Handelnde ein Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung erhält oder sich versprechen lässt. Verstünde man „Gegenleistung“ in dem Sinne, dass eine ausdrückliche Abrede getroffen werden muss, würde in den Fällen der kostenlosen Testprodukte das UWG keine Kennzeichnungspflicht vorgeben. Die Einschätzung des BGH ist folglich vollumfänglich zu begrüßen. Durch die Einstufung als kommerzielle Kommunikation und da die Ausnahme des § 5a IV 2 UWG nicht greift, führt die Einordnung als geschäftliche Handlung zugunsten des fremden Unternehmens dazu, dass Erwähnungen von kostenlosen Testprodukten gekennzeichnet werden müssen.

2. Werbung

Auch der § 22 I MStV, der das Vorliegen von Werbung erfordert, kommt dann zum gleichen Ergebnis. Werbung ist gem. § 2 II Nr. 7 MStV jede Äußerung, die gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung in einem Telemedium aufgenommen ist. Folglich muss die Erwähnung von kostenlosen Testprodukten auch nach dem MStV als Werbung gekennzeichnet werden.

¹⁵⁰ BGH GRUR 2022, 490 (Rn. 64) – Influencer III (Diana zur Loewen).

Kapitel 4

Geschäftliche Handlung bei unentgeltlicher Erwähnung?

Es ist infrage zu stellen, ob – wie vor den Urteilen des BGH vermehrt angenommen¹ – bei einer unentgeltlichen Erwähnung eines fremden Unternehmens durch einen Influencer regelmäßig eine geschäftliche Handlung zugunsten dieses Unternehmens vorliegt, die gekennzeichnet werden muss. Nach § 2 I Nr. 2 UWG 2022 ist eine geschäftliche Handlung „jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens [...], das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren [...] unmittelbar und objektiv zusammenhängt.“

Die Worte „unmittelbar und“ wurden erst 2022 ergänzt, um den Bezug zur UGP-RL stärker hervorzuheben,² von der nur solche Handlungen als Geschäftspraktiken eingestuft werden, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidung des Verbrauchers in Bezug auf Produkte stehen, Art. 2 lit. d UGP-RL. Gleichwohl konnte (und sollte) die vorherige Nutzung des Adjektivs „objektiv“ statt „unmittelbar“ nicht mit einer inhaltlichen Abweichung von der UGP-RL einhergehen.³ Abweichend von der

¹ OLG Braunschweig MMR 2019, 467 (Rn. 9 ff.) – Geschäftliche Handlung durch Verlinkung einer Influencerin auf Herstellerseiten; OLG Karlsruhe GRUR-RS 2020, 22210 (Rn. 60 f.) – Pamela Reif; OLG Köln GRUR-RR 2021, 167 (Rn. 27 ff.) – Diana zur Löwen; OLG Frankfurt a. M. GRUR 2020, 208 (Rn. 10 ff.) – Die Influencerin, auch wenn die Unentgeltlichkeit angezweifelt wurde; OLG Hamburg GRUR-RS 2020, 18139 (Rn. 40 ff.) – ohhcouture; LG Köln GRUR-RS 2020, 17906 (Rn. 41) – Diana zur Löwen; LG Karlsruhe GRUR-RR 2019, 328 (Rn. 29 ff.) – Pamela Reif; LG München I MMR 2019, 544 (Rn. 37 f.) – Cathy Hummels; LG Heilbronn ZUM-RD 2019, 180 (183) – Kennzeichnung durch »#ad« unzureichend; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Keller, § 2 UWG Rn. 32b; *Wagner* jurisPR-ITR 12/2019 Anm. 5; *Douglas* GRUR-Prax 2019, 561; *Alberts*, Influencer-Marketing, S. 75, 144; vgl. auch *Gerecke* GRUR 2018, 153 (157 f.).

² BT-Drs. 19/27873, S. 34 f.

³ *Henning-Bodewig* GRUR 2013, 26 (27) mit Verweis auf BT-Drs. 16/10145, 20 f.

Definition der Geschäftspraxis erfasst die Definition der geschäftlichen Handlung zusätzlich Handlungen gegenüber sonstigen Marktteilnehmern.⁴ Auch insofern soll der unmittelbare Zusammenhang wie im Rahmen der UGP-RL Voraussetzung sein, um eine einheitliche Auslegung zu gewährleisten.⁵

Wird die Formel des BGH⁶ um diese einheitliche Auslegung ergänzt, ergibt sich für das Vorliegen eines objektiven Zusammenhanges Folgendes: Eine geschäftliche Handlung muss vorrangig dem Ziel dienen, die geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers oder sonstiger Marktteilnehmer zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens zu beeinflussen.⁷

A. Indiz: Objektive Eignung zur Beeinflussung der Entscheidung des Verbrauchers

Das LG Heilbronn⁸ urteilte, der objektive Zusammenhang mit der Förderung des Absatzes von Waren ergebe sich aus dem Weiterleitungsmechanismus durch Verlinkung der Unternehmen. Es führte aus, auf eine konkrete Gegenleistung komme es nicht an und dass die jeweilige Verlinkung die gewerbliche Betätigung der betreffenden Unternehmen fördere, stehe außer Frage. Auch das LG München I⁹ bejahte den objektiven Zusammenhang mit dem Verweis darauf, sowohl die Verlinkungen als auch das deutliche Abbilden des Elefanten seien Handlungen, „die den Absatz der präsentierten Produkte steigern und das Image des beworbenen Herstellers und dessen Markenname fördern [können]“. Außerdem wurde angeführt, dass die Weiterleitung auf den Instagram-Account durch die Verlinkung das nähere Kennenlernen und dadurch den Produktabsatz erleichtere. Das OLG Köln¹⁰ urteilte, „soweit durch die Produktdarstellung in Posts Unternehmensinteressen gefördert [würden], [liege] eine geschäftliche Handlung (...) vor“. Es genüge „allein der objektive Zusammenhang,

⁴ Köhler/Bornkamm/Feddersen/H. Köhler, § 2 UWG Rn. 2.10.

⁵ Köhler/Bornkamm/Feddersen/H. Köhler, § 2 UWG Rn. 2.10 f., 2.46.

⁶ BGH GRUR 2013, 945 (Rn. 18 f.) – Standardisierte Mandatsbearbeitung.

⁷ Vgl. BGH GRUR 2013, 945 (Rn. 18 f.) – Standardisierte Mandatsbearbeitung.

⁸ LG Heilbronn ZUM-RD 2019, 180 (182 f.) – Kennzeichnung durch »#ad« unzureichend.

⁹ LG München I MMR 2019, 544 (Rn. 38) – Cathy Hummels.

¹⁰ OLG Köln GRUR-RR 2021, 167 (Rn. 27) – Diana zur Löwen.

also die tatsächliche Förderung oder Begünstigung kommerzielle Zwecke“. Mit der Passage, es bleibe unklar, ob die redaktionellen oder kommerziellen Interessen überwiegen, wird später zwar eine Abwägung angedeutet, dann aber wird eine Vermutung für eine kommerzielle Zielsetzung angenommen.¹¹

In den genannten Urteilen wird die geschäftliche Handlung in Form der Förderung eines fremden Unternehmens bejaht, ohne dass diskutiert wird, ob die beanstandeten Handlungen vorrangig diesem Ziel dienen. Das OLG Karlsruhe setzt zwar ausdrücklich den objektiven Zusammenhang mit der objektiven Eignung, den Absatz oder Bezug des eigenen oder eines fremden Unternehmens zu fördern, gleich,¹² prüft jedoch zusätzlich einen Marktbezug, der bei Vorrangigkeit anderer Ziele als der Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidungen von Verbrauchern nicht vorliegen soll.¹³

Dass die Erwähnung des Unternehmens dem Ziel dient, geschäftliche Entscheidungen von Verbrauchern zu beeinflussen, wird teilweise auf die objektive Eignung zur Beeinflussung gestützt. So urteilte das LG Karlsruhe,¹⁴ es handele sich um Werbung, die den Absatz steigern solle. Als Begründung für diese These finden sich Ausführungen zu objektiven Eignung: dass das Interesse an den Produkten durch die Beklagte geweckt werde, indem sie diese am eigenen Körper oder im Zusammenhang mit ihrer Person präsentiere, und dass das Kennenlernen durch die Verlinkung erleichtert werde.

Der Frage, ob die angegriffenen Handlungen in Form der unentgeltlichen Erwähnungen eines fremden Unternehmens *vorrangig* dem Ziel dienen, das Verhalten von Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern zugunsten des fremden Unternehmens zu beeinflussen, wird in der bisherigen Diskussion zu wenig Beachtung geschenkt.

¹¹ OLG Köln GRUR-RR 2021, 167 (Rn. 30 f.) – Diana zur Löwen.

¹² OLG Karlsruhe GRUR-RS 2020, 22210 (Rn. 51) – Pamela Reif.

¹³ OLG Karlsruhe GRUR-RS 2020, 22210 (Rn. 58) – Pamela Reif.

¹⁴ LG Karlsruhe GRUR-RR 2019, 328 (Rn. 29) – Pamela Reif.

B. Rückgriff auf empirische Studien

Einerseits wird nicht die Feststellung einer Wettbewerbsförderungsabsicht verlangt, andererseits soll sich aus den objektiven Kriterien ergeben, dass die Handlung vorrangig dem Ziel der Förderung des fremden Unternehmens dient. Dieser augenscheinliche Widerspruch, dass eine subjektive Zielsetzung, auf die es nicht ankommen darf, durch objektive Kriterien festgestellt werden soll, kann dadurch aufgelöst werden, dass verlangt wird, dass die Handlung nur objektiv so verstanden werden kann, dass sie vorrangig auf eine Förderung abzielt. Wenn ein objektivierter Maßstab angelegt werden soll, bietet es sich an, auf quantitative Studien zurückzugreifen. Bei der unentgeltlichen Erwähnung eines fremden Unternehmens in den sozialen Medien handelt es sich – auch dann, wenn die Erwähnung durch einen bekannten Konsumenten vorgenommen wird – um elektronische Mund-zu-Mund-Propaganda (eWOM). Ob mit dieser vorrangig das Ziel der Förderung des erwähnten Unternehmens verfolgt wird, kann folglich an den Studien abgelesen werden, die sich mit der Motivationslage der Konsumenten bezüglich der Verbreitung von unternehmensbezogenen Inhalten beschäftigen.

Dem Rückgriff auf empirische Studien könnte allerdings der Erwägungsgrund 18 der UGP-RL entgegenstehen, in dem steht: „Der Begriff des Durchschnittsverbrauchers beruht nicht auf einer statistischen Grundlage. Die nationalen Gerichte und Verwaltungsbehörden müssen sich bei der Beurteilung der Frage, wie der Durchschnittsverbraucher in einem solchen Fall typischerweise reagieren würde, auf ihre eigene Urteilsfähigkeit unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs verlassen.“

Die Passage macht deutlich, dass zunächst einmal keine empirische Evidenz für die Entscheidung benötigt wird. Die Formulierung „müssen [...] sich verlassen“ könnte auch so gelesen werden, dass in diesen Fällen nicht auf empirische Evidenz eingegangen werden darf.¹⁵

Gegen ein Verbot, empirische Studien zu nutzen, spricht, dass sich dann dem Erkenntnisgewinn aus Psychologie und Marketingwissenschaften verschlossen

¹⁵ Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Dreyer, § 5 I UWG Rn. 152 ff.; diese Möglichkeit aufzeigend, aber offen lassend: *Howells/Micklitz/Wilhemsson*, European Fair Trading Law, S. 116.

würde. Auch wenn es für die Rechtsprechung ausreicht, die eigene Verkehrsauffassung zugrunde zu legen, lassen Studien Rückschlüsse auf die Fähigkeiten und die Verhaltensweisen von Verbrauchern zu, mithilfe derer das Recht bestmöglich angewendet werden kann. Jedenfalls im vorliegenden Fall kann Erwägungsgrund 18 nicht gegen den Rückgriff auf Studien sprechen. Mithilfe dieser soll nicht das Verständnis des Durchschnittsverbrauchers, sondern die Motivation der nach dem UWG Verantwortlichen bestimmt werden. Entspricht diese Motivation nicht dem, was die Gerichte in der Handlung erkennen wollen, spricht das gegen die Einschätzung der Gerichte, dass die Handlung objektiv nur so verstanden werden könne.

In Studien wurden folgende infrage kommenden Motive für positives eWOM untersucht: Produktbegeisterung/-zufriedenheit,¹⁶ Einflussnahme auf andere,¹⁷ Markenbegeisterung,¹⁸ Anpassung an soziale Normen,¹⁹ das Bedürfnis nach sozialer Interaktion,²⁰ wirtschaftliche Anreize,²¹ Selbstwerterhöhung/Ichbezogenheit,²² Altruismus²³ und die Motive, den Rat von Freunden zu bestimmten Produkten einzuholen²⁴ und das Unternehmen zu fördern.²⁵ Im Zusammenhang mit sozialen Medien wurde besonders auf Selbstdarstellung und diese begünstigenden Charaktereigenschaften wie Ichbezogenheit und Materialismus eingegangen und es konnte herausgefunden werden, dass bei solchen Nutzern, die

¹⁶ *Wolny/Mueller* Journal of Marketing Management 2013, 562 (567, 573).

¹⁷ *Fang/K. Tang/C.-Y. Li* ua International Journal of Advertising 2018, 360 (368, 374 f.).

¹⁸ *Wolny/Mueller* Journal of Marketing Management 2013, 562 (566 f., 574).

¹⁹ *Wolny/Mueller* Journal of Marketing Management 2013, 562 (570, 573).

²⁰ *Wolny/Mueller* Journal of Marketing Management 2013, 562 (573).

²¹ *Hennig-Thurau/Gwinner/Walsh* ua Journal of Interactive Marketing 2004, 38 (48).

²² *Wolny/Mueller* Journal of Marketing Management 2013, 562 (567 f., 575); *Sung/E. Kim/Choi* International Journal of Advertising 2018, 14 (18 f., 22); *Hennig-Thurau/Gwinner/Walsh* ua Journal of Interactive Marketing 2004, 38 (48).

²³ *Wolny/Mueller* Journal of Marketing Management 2013, 562 (568, 575); *Sundaram/Mitra/Cynthia Webster* Advances in Consumer Research 1998, 527 (529); *Ho/Dempsey* Journal of Business Research 2010, 1000 (1001, 1004); *Hennig-Thurau/Gwinner/Walsh* ua Journal of Interactive Marketing 2004, 38 (48).

²⁴ *Wolny/Mueller* Journal of Marketing Management 2013, 562 (568 f., 575); *Hennig-Thurau/Gwinner/Walsh* ua Journal of Interactive Marketing 2004, 38 (48).

²⁵ *Sundaram/Mitra/Cynthia Webster* Advances in Consumer Research 1998, 527 (530); *Hennig-Thurau/Gwinner/Walsh* ua Journal of Interactive Marketing 2004, 38 (42, 48).

häufig Markenselfies²⁶ und modebezogene Beiträge veröffentlichen, das Motiv der Selbstdarstellung stärker ausgeprägt ist als bei Konsumenten, die die sozialen Medien nicht dafür nutzen.²⁷ Auf das Motiv, das – den Entscheidungen nach zu urteilen – vorherrschend bei der Veröffentlichung von unternehmensbezogenem Inhalt durch Influencern sein soll – die Förderung des erwähnten Unternehmens –, wurde in den Studien zu sozialen Medien nicht eingegangen. Dass diesem Motiv keine Beachtung geschenkt wurde, liegt jedenfalls nicht daran, dass den Durchführenden nicht bekannt war, dass diese Motivationslage vorliegen könnte.²⁸

Die Nichtbeachtung könnte auf der *Confirmation Bias* beruhen, worunter man das Phänomen versteht, dass Menschen vornehmlich solche Informationen wahrnehmen²⁹ bzw. in diesem Fall als Wissenschaftler danach suchen, die ihre bereits bestehenden Ansichten bestätigen.³⁰ Wenn die Forscher nun wie die frühere Bundeskanzlerin *Angela Merkel*³¹ davon ausgegangen sind, dass Influencer den ganzen Tag mit Selbstdarstellung beschäftigt sind, könnte eine *Confirmation Bias* dazu geführt haben, dass das Motiv der Förderung des erwähnten Unternehmens nicht beleuchtet wurde. Dagegen spricht, dass *Wolny* und *Mueller* auf altruistische Motive zugunsten anderer Nutzer eingegangen sind.³² Dagegen sprechen auch die im Folgenden dargestellten Studien, die auf die Motivation der Förderung eines fremden Unternehmens eingehen.

In der – sehr aufwändigen³³ – Studie von *Sundaram*, *Mitra* und *Webster* zu Mund-zu-Mund-Propaganda wurden fast 18 Prozent der positiven Äußerungen über ein Unternehmen durch das Bedürfnis initiiert, dem Unternehmen helfen zu wollen.³⁴ Damit hatte diese Motivation jedoch den geringsten Einfluss

²⁶ Ein Selfie ist ein Foto, bei dem der Fotograf zugleich auch das Motiv des Fotos darstellt; ein Markenselfie ist ein solches, bei dem der Konsument sich selbst mit eigenen Produkten fotografiert, *Sung/E. Kim/Choi* International Journal of Advertising 2018, 14 (15, 23).

²⁷ *Wolny/Mueller* Journal of Marketing Management 2013, 562 (575); *Sung/E. Kim/Choi* International Journal of Advertising 2018, 14 (22).

²⁸ Vgl. *Wolny/Mueller* Journal of Marketing Management 2013, 562 (568).

²⁹ Siehe auch *Meppelink/Smit/Fransen* ua J Health Commun 2019, 129 (132).

³⁰ *Allen* Research in Science & Technological Education 2011, 107 (108).

³¹ *Rietzschel* Süddeutsche Zeitung v. 16.08.2017.

³² *Wolny/Mueller* Journal of Marketing Management 2013, 562 (568, 575).

³³ Siehe zum Versuchsaufbau *Sundaram/Mitra/Cynthia Webster* Advances in Consumer Research 1998, 527 (528).

³⁴ *Sundaram/Mitra/Cynthia Webster* Advances in Consumer Research 1998, 527 (530).

auf das Weiterempfehlungsverhalten, denn Altruismus in der Form, mit der Äußerung anderen Konsumenten helfen zu wollen (28,7 %), Produktbegeisterung (33,3 %) und positive Selbstdarstellung (20 %) wurden jeweils öfters angegeben.³⁵

In der zweiten Studie, die die Förderung des erwähnten Unternehmens in den Versuchsaufbau aufnahm und die zu eWOM auf Plattformen durchgeführt wurde, wurden soziale Vorteile, wirtschaftliche Anreize, Selbstdarstellung und der Wille, andere Konsumenten bei deren Entscheidung zu unterstützen als Haupttreiber für die Veröffentlichung von Produkterfahrungen identifiziert.³⁶ Mit Blick auf diese Ergebnisse wäre die Ansicht, die Erwähnung fremder Unternehmen durch Influencer diene vorrangig der Förderung dieser Unternehmen, nur dann haltbar, wenn der Unterschied zwischen den Durchschnittskonsumenten und den Konsumenten mit überdurchschnittlich vielen Followern einen Unterschied in der Beurteilung machen würde.

Dieser Unterschied liegt zum einen in der tatsächlichen Einflussnahmemöglichkeit, die den Influencern ihren Namen gibt. Wie bereits festgestellt wurde, reicht diese objektive Eignung für die Bejahung einer geschäftlichen Handlung nicht aus.

Ein weiterer Unterschied besteht darin, dass Influencer im Gegensatz zu durchschnittlichen Verbrauchern durch die Erwähnung eine Kooperation mit diesen Unternehmen anstreben könnten. Ob dieser Aspekt eine Vorrangigkeit begründen kann, muss im Zusammenspiel mit der anderen Motivationslage beurteilt werden, der im Influencer-Marketing, nicht aber im eWOM gewöhnlicher Konsumenten eine herausragende Rolle zukommt: die Förderung des eigenen Unternehmens.

C. Vorrang: Förderung eigenes Unternehmen

Soweit ersichtlich wurde bisher noch nicht die Überlegung angestellt, ob die Erwähnung eines Unternehmens, zu dem (noch) keine geschäftliche Beziehung

³⁵ *Sundaram/Mitra/Cynthia Webster* Advances in Consumer Research 1998, 527 (529).

³⁶ *Hennig-Thurau/Gwinner/Walsh* ua Journal of Interactive Marketing 2004, 38 (50).

besteht, vorrangig der Förderung des eigenen Unternehmens dienen könnte, so dass eine geschäftliche Handlung zugunsten eines fremden Unternehmens verneint werden müsste.³⁷

Mit der Begründung, Influencer streben eine Kooperation mit dem unentgeltlich erwähnten Unternehmen an, wird die Förderung des eigenen Unternehmens bejaht.³⁸ Dem liegt die Logik zugrunde, dass der Influencer durch die Erwähnung und das Verlinken des Unternehmens dieses auf sich aufmerksam macht und signalisiert, dass ihm ein Produkt des Unternehmens gefällt. Das Unternehmen bekommt eine Benachrichtigung über die Verlinkung und – soweit der Influencer den Account verifiziert hat³⁹ – sticht die Benachrichtigung durch den blauen Haken aus der Menge der Verlinkungen durch größtenteils gewöhnliche Konsumenten hervor. Der Influencerstatus und der Umstand, dass dem Influencer die Produkte gefallen, signalisieren dem Unternehmen, dass er an einer Werbekooperation interessiert sein könnte.

Gleichzeitig können andere Unternehmen, die ähnliche oder gleiche Produkte wie das erwähnte Unternehmen anbieten, den Beiträgen entnehmen, dass der Influencer für solche Produkte wirbt oder jedenfalls werben würde. Mangels Benachrichtigung ist die Werbewirkung jedoch geringer als bezüglich des erwähnten Unternehmens.

Ein weiterer Punkt, der nur vereinzelt berücksichtigt wird und bei unentgeltlichen Erwähnungen nicht vernachlässigt werden sollte, ist der, dass der Influencer durch die Erwähnungen seinen Followern einen Mehrwert bietet. Es mag für Außenstehende befremdlich wirken, doch Nutzer folgen bspw. den Mode-Influencerinnen nicht, *obwohl* diese fremde Unternehmen erwähnen, sondern gerade *weil* sie mitteilen, welche Unternehmen die von ihnen getragene Kleidung herstellen oder verkaufen.⁴⁰

³⁷ Vgl. aber *Timmermann/Berndt* WRP 2020, 996 (999).

³⁸ OLG Karlsruhe GRUR-RS 2020, 22210 (Rn. 55) – Pamela Reif; OLG Köln GRUR-RR 2021, 167 (Rn. 26) – Diana zur Löwen; LG Köln GRUR-RS 2020, 17906 (Rn. 37) – Diana zur Löwen; LG Heilbronn ZUM-RD 2019, 180 (183) – Kennzeichnung durch »#ad« unzureichend; nicht ganz eindeutig OLG München GRUR-RS 2020, 15662 (Rn. 27, 31) – Blauer Plüschelafant (Cathy Hummels); aA *Maatz*, *Influencer-Marketing*, S. 415 ff.

³⁹ Vgl. dazu Kapitel 5 D. I.

⁴⁰ Vgl. KG GRUR 2019, 543 (Rn. 66) – Vreni Frost.

Im Folgenden wird vertieft auf die Punkte eingegangen, auf die – neben der bereits angesprochenen Eignung der Beeinflussung – das Vorliegen eines objektiven Zusammenhangs gestützt wird: die Nennung und Verlinkung des fremden Unternehmens⁴¹ und das Vorliegen eines Werbeüberschusses,⁴² wobei die Nennung und Verlinkung als spezielle Ausprägung des Werbeüberschusses verstanden werden kann.

I. Nennung und Verlinkung

Die bereits angesprochene Anbahnung durch Nennung und Verlinkung eines fremden Unternehmens ist objektiv geeignet, das eigene und das fremde Unternehmen zu fördern. Es stellt sich die Frage, ob die Hoffnung des Influencers, durch die Erwähnung das Interesse des Unternehmens an seinen Dienstleistungen zu wecken, ausreicht, um von einer Vorrangigkeit der Förderung des fremden Unternehmens ausgehen zu können. Nur diese Hoffnung könnte einen Unterschied zwischen der Beurteilung von eWOM durch Influencer einerseits und eWOM durch Durchschnittsnutzer andererseits begründen können. Das OLG Braunschweig urteilte, dass „die [...] naheliegende Erwartung, das Interesse von Drittunternehmen an einem Influencer-Marketing in Kooperation mit der Beklagten zu wecken und auf diese Weise Umsätze zu generieren, [für

⁴¹ OLG Braunschweig MMR 2019, 467 (Rn. 9) – Geschäftliche Handlung durch Verlinkung einer Influencerin auf Herstellerseiten; OLG Karlsruhe GRUR-RS 2020, 22210 (Rn. 60 f.) – Pamela Reif; OLG Köln GRUR-RR 2021, 167 (Rn. 27) – Diana zur Löwen; OLG Frankfurt a. M. GRUR 2020, 208 (Rn. 11) – Die Influencerin; OLG Hamburg GRUR-RS 2020, 18139 (Rn. 40 ff.) – ohhcouture; LG Köln GRUR-RS 2020, 17906 (Rn. 41) – Diana zur Löwen; LG Karlsruhe GRUR-RR 2019, 328 (Rn. 42) – Pamela Reif; LG München I MMR 2019, 544 (Rn. 38) – Cathy Hummels; LG Heilbronn ZUM-RD 2019, 180 (180) – Kennzeichnung durch »#ad« unzureichend.

⁴² *Alberts*, Influencer-Marketing, S. 75; vgl. auch OLG Köln GRUR-RR 2021, 167 (Rn. 38) – Diana zur Löwen: Eine Vermutung zugunsten der überwiegenden kommerziellen Absicht sei nur auszuschließen, wenn weder Entgeltzahlung oder ähnlicher Vorteil noch „eine einseitige und übermäßige Herausstellung des objektiv begünstigten Unternehmens“ vorliege; vgl. auch OLG Karlsruhe GRUR-RS 2020, 22210 (Rn. 77) – Pamela Reif; siehe zur Rechtsprechung des BGH Kapitel 6 A. II.

die Annahme einer geschäftlichen Handlung zugunsten des fremden Unternehmens] genüge“.⁴³ Dem schlossen sich das OLG Frankfurt⁴⁴ und das OLG Karlsruhe⁴⁵ an.

Das OLG München⁴⁶ urteilte mit Verweis auf die BGH-Entscheidung Rechtsanwalts-Ranglisten,⁴⁷ dass das allgemeine Interesse, sich durch Publikationen für Werbeanzeigen interessant zu machen, nicht ausreiche, um einen objektiven Zusammenhang zwischen den Publikationen und der Absatzförderung anzunehmen. Im Gegensatz zu vorgenannten Gerichten konnte sich das OLG München dahingehend auf die Rechtsprechung des BGH berufen.

Der Entscheidung Rechtsanwalts-Ranglisten⁴⁸ lag folgender Fall zugrunde: Die Beklagte gab ein Handbuch heraus, das nach Regionen und Rechtsgebieten untergliedert im Bereich des Wirtschaftsrechts tätige Rechtsanwaltskanzleien in Ranglisten eingruppierte und Kanzleien vorstellte, die sich bundesweit oder in bestimmten Regionen besonders auf die jeweiligen Rechtsgebiete konzentrierten. Von diesem redaktionellen Teil war der Anzeigenteil getrennt, durch den das für Verbraucher kostenlose Handbuch finanziert wurde. Der BGH stellte klar, dass eine (damals noch erforderliche) Wettbewerbsabsicht nicht aus dem besonderen Interesse der Beklagten folge, „zahlungskräftige Anwaltskanzleien in die Ranglisten aufzunehmen, um deren Bereitschaft zu erhöhen, Anzeigen zu schalten.“⁴⁹ Dem allgemeinen Interesse, die werbenden Verkehrskreise zur Schaltung von Anzeigen zu veranlassen, sei für sich genommen nicht zu entnehmen, dass beim Erstellen der Rangliste ein Handeln zur Förderung fremden Wettbewerbs vorliege.

Es sind Parallelen zu den Fällen des Influencer-Marketings erkennbar. Wie im Handbuch finden sich auf den Accounts auch redaktionelle Inhalte.⁵⁰

Das OLG Karlsruhe verwies im Rahmen der geschäftlichen Handlung zugunsten eines fremden Unternehmens ebenfalls auf die Hoffnung der Influencer,

⁴³ OLG Braunschweig ZVertriebsR 2020, 268 (Rn. 45) – Schleichwerbung durch Verlinkung von Werbeangeboten auf einer Instagram-Seite.

⁴⁴ OLG Frankfurt a. M GRUR 2020, 208 (Rn. 12) – Die Influencerin.

⁴⁵ OLG Karlsruhe GRUR-RS 2020, 22210 (Rn. 88) – Pamela Reif.

⁴⁶ OLG München GRUR-RS 2020, 15662 (Rn. 28) – Blauer Plüschelafant (Cathy Hummels).

⁴⁷ BGH NJW 2006, 2764 (Rn. 28) – Rechtsanwalts-Ranglisten.

⁴⁸ BGH NJW 2006, 2764 – Rechtsanwalts-Ranglisten.

⁴⁹ BGH NJW 2006, 2764 (Rn. 28) – Rechtsanwalts-Ranglisten.

⁵⁰ Vgl. OLG Karlsruhe GRUR-RS 2020, 22210 (Rn. 78) – Pamela Reif.

fremde Unternehmen auf die aufmerksam zu machen.⁵¹ Noch prominenter wurde diese Hoffnung allerdings im Rahmen der geschäftlichen Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens thematisiert.⁵² Dass auf diese mit der Verlinkung einhergehende Hoffnung auf Vertragsanbahnung vornehmlich die geschäftliche Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens gestützt wird, spricht dafür, dass in diesen Fällen auch nur eine solche vorliegt und keine zugunsten des fremden Unternehmens. Es lohnt sich, bei der Frage, ob die geschäftliche Handlung zugunsten des fremden Unternehmens der Vorrangigkeit an der Eigenförderung scheitern kann, auf die Aussagen und Urteile einzugehen, in denen bei beabsichtigter Vertragsanbahnung nicht nur die Eigenförderung, sondern auch die Fremdförderung bejaht wurde.

Nach *Köhler* soll dem Umstand, dass mit dem fremden Unternehmen eine geschäftliche Beziehung angestrebt wird, Indizwirkung für das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung zugunsten des fremden Unternehmens zukommen.⁵³ Im Kommentar wird beispielhaft der Fall genannt, dass ein Unternehmer bei seinen Arbeitgebern für eine bestimmte Krankenkasse wirbt.⁵⁴ Ein solcher wie im Kommentar beschriebener Fall wurde vom OLG Düsseldorf⁵⁵ entschieden. Darin hatte sich ein Unternehmer sich mit einem Schreiben an seine Arbeitnehmer gerichtet, in dem er ausführte, dass – um Arbeitsplätze zu erhalten – Kosten eingespart werden müssten. Der Text enthielt unter anderem die Passage: „Da allen Beschäftigten eine erfolgreiche Sanierung am Herzen liegt, sind wir sicher, dass jede Mitarbeiterin und jeder Mitarbeiter seinen persönlichen Krankenkassenbeitrag auf den Prüfstand stellen und mit dem bundesweit günstigen Beitragssatz von 12,3 % unserer K. Betriebskrankenkasse vergleichen wird. Wir vertrauen darauf, dass Sie für unsere gemeinsame Zukunft die richtige Entscheidung treffen werden. Für Ihre Fragen und Wünsche stehen Ihnen Ihre Kolleginnen und Kollegen der K. BKK kostenfrei unter der Service-Nummer ... zur Verfügung.“ Das OLG Düsseldorf stellte heraus, dass der Unternehmer zwar ersichtlich zum Zwecke der Senkung eigener Kosten handelte,

⁵¹ OLG Karlsruhe GRUR-RS 2020, 22210 (Rn. 88) – Pamela Reif.

⁵² OLG Karlsruhe GRUR-RS 2020, 22210 (Rn. 60 f.) – Pamela Reif.

⁵³ Köhler/Bornkamm/Fedderson/*H. Köhler*, § 2 UWG Rn. 2.59.

⁵⁴ Köhler/Bornkamm/Fedderson/*H. Köhler*, § 2 UWG Rn. 2.59.

⁵⁵ OLG Düsseldorf BeckRS 2005, 13550 – Sittenverstoß, Krankenkasse.

allerdings auch eine – nach der alten Rechtslage noch erforderliche⁵⁶ – Absicht der Fremdförderung vorliege, da die Betriebskrankenkasse als bundesweit günstig herausgehoben werde, obwohl es andere Kassen gebe, die ebenso günstig seien. Wäre es dem Unternehmer nur um die Senkung der Lohnnebenkosten gegangen, hätte eine beispielhafte Nennung ausgereicht.

Ebenfalls könnte aus der BGH-Entscheidung Bezugsquellen für Bachblüten,⁵⁷ auf die auch das OLG Karlsruhe verweist,⁵⁸ da darin ebenfalls ein Link gesetzt wurde, abgeleitet werden, dass die Förderung eines fremden Unternehmens anzunehmen ist. Der BGH entschied, dass die Betreiberin der Internetseite www.bach-bluetentherapie.de den Wettbewerb der unter dem Reiter „Bezugsquellen“ erwähnten N-GmbH fördere. Die beklagte Betreiberin verwies auf ihrer Seite darauf, „die Original Bach-Blüten Konzentrate [seien] am Original-Schriftzug Bach™ [zu erkennen]“ und in der Apotheke oder über *Amazon EU SARL* zu erwerben. Das Wort „Amazon“ war als Hyperlink hervorgehoben und diente als Verknüpfung mit der Produktseite, auf der ausschließlich die „Original Bach-Blüten“-Produkte der N-GmbH angeboten wurden. Geklagt hatte ein konkurrierender Hersteller von Bach-Blüten-Produkten. Durch die besondere Herausstellung der Produkte der N-GmbH und dadurch, dass die Möglichkeit, Bach-Blüten-Produkte von konkurrierenden Anbietern zu beziehen, nicht angesprochen wurde, verneinte der BGH eine bloße Reflexwirkung der auf der Internetseite enthaltenen Informationen und bejahte das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung der Betreiberin zugunsten der N-GmbH.⁵⁹ Auch hier hätte für die bloße Information eine beispielhafte Nennung ausgereicht.

Damit wird der Unterschied zu den Fällen des Influencer-Marketings deutlich. Im Fall des OLG Düsseldorf wie auch im Fall des BGH – Bezugsquellen für Bachblüten – wäre es nicht notwendig gewesen, auf einen bestimmten Hersteller für Bachblütenkonzentrate oder eine bestimmte Betriebskrankenkasse zu verweisen. Es hätte für die Förderung des eigenen Unternehmens ausgereicht, generell auf die Beschaffungsmöglichkeit oder auf die Möglichkeit der Auswahl einer Krankenkasse nach den o.g. Kriterien hinzuweisen. In beiden Fällen wurde sich damit nicht begnügt, sondern eine Handlung vorgenommen, die – gerade

⁵⁶ Köhler/Bornkamm/Feddersen/H. Köhler, § 2 UWG Rn. 2.49 zum UWG 2004.

⁵⁷ BGH MMR 2015, 518 – Bezugsquellen für Bachblüten.

⁵⁸ OLG Karlsruhe GRUR-RS 2020, 22210 (Rn. 80) – Pamela Reif.

⁵⁹ BGH MMR 2015, 518 (Rn. 23) – Bezugsquellen für Bachblüten.

weil zur Förderung des eigenen Unternehmens nicht auf einen bestimmten Anbieter hätte verwiesen werden müssen – nur so verstanden werden konnte, dass sie vorrangig der Förderung der fremden Unternehmen diene.

Das ist beim Influencer-Marketing anders. Es würde schlicht nicht den gleichen Mehrwert bieten, wenn Influencer auf den Kauf hochwertiger oder jedenfalls hochpreisiger Jeans verweisen würden, ohne auch die Unternehmen zu nennen, die damit dienen können. Dabei darf nicht vergessen werden, dass es Nutzern gerade darauf ankommt, zu erfahren, wo sie die gezeigten Kleidungsstücke nachkaufen können. Nur den Namen zu nennen und – abweichend von der üblichen Vorgehensweise – nicht auch den Unternehmensauftritt im jeweiligen sozialen Netzwerk zu verlinken, wäre ebenfalls unbefriedigend.⁶⁰

Dadurch würden die Möglichkeiten zur Nutzung sozialer Medien, die sich durch die Vernetzung von Accounts und Inhalten auszeichnen, stark eingeschränkt.⁶¹ Diese Einschränkung ist darüber hinaus auch nicht notwendig für den Schutz der Nutzer. Wenn ein Nutzer – nachdem er durch den Beitrag eines Influencers auf ein bestimmtes Unternehmen aufmerksam wurde – sich über die Produkte desselben informieren möchte, wird er allenfalls vor überflüssigem Konsum geschützt, wenn ihm das Informieren dadurch erschwert wird, dass es keinen Link gibt, auf den er klicken kann, sondern er den Namen des Unternehmens in die Suchleiste eines sozialen Netzwerks oder eines Internetbrowsers seiner Wahl eingeben muss.

Anders als in den dargestellten Entscheidungen ist die Nennung und Verlinkung der fremden Unternehmen beim Influencer-Marketing notwendig, um das eigene Unternehmen zu fördern. Auch darauf kann gestützt werden, dass eine geschäftliche Handlung zugunsten des fremden Unternehmens wegen der Vorrangigkeit der Eigenförderung ausscheidet.

II. Werbeüberschuss

Nach *Alberts* – und nach Ansicht des BGH, auf die gesondert eingegangen wird⁶² – soll die Grenze zwischen durch Meinungsfreiheit geschützter Äuße-

⁶⁰ Siehe zur Differenzierung dahingehend im Rahmen der Fremdförderung Kapitel 6 A. II.

⁶¹ Vgl. *Spoenle* jurisPR-ITR 18/2019 Anm. 2; *Gerecke* GRUR-Prax 2018, 363 (363); *Alberts*, Influencer-Marketing, S. 77; vgl. auch KG GRUR 2019, 543 (Rn. 84) – Vreni Frost.

⁶² Siehe dazu Kapitel 6 A. II.

nung und einer geschäftlichen Handlung zugunsten eines fremden Unternehmens dann überschritten werden, wenn ein wettbewerbsbezogener Überschuss vorliegt.⁶³ Es wird auf eine Entscheidung des OLG Düsseldorf⁶⁴ verwiesen, in der einige der aus dem ebenfalls zitierten Handbuch von *Unverzagt/Gips*⁶⁵ übernommenen Indizien zum Tragen kamen. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Herausgeberin einiger Zeitschriften wurde auf Unterlassung der Veröffentlichung von redaktionell gestalteten Werbeanzeigen verklagt. Infrage standen vier Beiträge, in denen jeweils die Vorzüge eines Produktes herausgestellt wurden und die allesamt nicht mit dem Hinweis „Anzeige“ gekennzeichnet waren. Für die Beiträge war ein Entgelt mit den Herstellern der beworbenen Produkte vereinbart worden. Das OLG Düsseldorf⁶⁶ urteilte, dass die Werbung für das Produkt „G“ trotz der fehlenden Kennzeichnung von situationsadäquat aufmerksamen Durchschnittslesern als Werbeanzeige erkannt werde. Das ergebe sich daraus, dass das Produkt „G®“ insgesamt fünfmal genannt werde und der Textteil Anpreisungen wie etwa, dass „jede Gold-Kapsel „G®“ [...] die Formel für ein aktives und vitales Leben, den hochreinen Arznei-lebertran aus dem kristallklaren Nordmeer der Arktis [enthalte]“. Entscheidend sei jedoch, dass ein Bezug zur Produktpräsentation hergestellt werde, die eindeutig als Anzeige zu erkennen sei. Jedenfalls die von *Alberts* genannten Indizien der reklamehaften Hervorhebung, der Verwendung typischer Werbesprache und das wiederholte namentliche Herausstellen des Produktes lagen folglich vor.

Das OLG Düsseldorf gab dementsprechend, da die Anzeige auch ohne Kennzeichnung als solche zu erkennen war, bezogen auf die genannte Werbung der Beklagten Recht und verwehrte dem Kläger einen Unterlassungsanspruch aus §§ 8 I 1, 3 III iVm Nr. 11 des Anhangs zu § 3 III UWG.⁶⁷ Auf die Vorgängernorm des § 5a VI UWG 2015 (§ 4 Nr. 3 UWG 2009) wurde anders als bei den anderen Beiträgen, bei denen das OLG Düsseldorf einen Unterlassungsanspruch bejahte, zwar nicht eingegangen. Indem das OLG Düsseldorf feststellte, der Beitrag sei eindeutig als Anzeige zu erkennen, wäre die Unlauterkeit aber

⁶³ *Alberts*, Influencer-Marketing, S. 75.

⁶⁴ OLG Düsseldorf WRP 2010, 1067 – Redaktionelle Werbung für Arzneimittel.

⁶⁵ *Unverzagt/Gips*, Handbuch PR-Recht, S. 188 f.

⁶⁶ OLG Düsseldorf WRP 2010, 1067 (1070) – Redaktionelle Werbung für Arzneimittel.

⁶⁷ OLG Düsseldorf WRP 2010, 1067 (1070 f.) – Redaktionelle Werbung für Arzneimittel.

nach heutigem § 5a IV 1 UWG 2022 wegen der Erkennbarkeit des kommerziellen Zwecks aus den Umständen ausgeschlossen worden.

Das Vorliegen der Indizien führte also dazu, dass ein entgeltlicher Beitrag so viele werbliche Elemente enthielt, dass nicht von einem redaktionellen Beitrag ausgegangen werden konnte und dass deshalb nicht mal das Fehlen der Kennzeichnung als „Anzeige“ eine Unlauterkeit begründen konnte.

Das Vorliegen der gleichen Indizien soll nach *Alberts* bei einem unentgeltlichen Beitrag eines Influencers zu einer geschäftlichen Handlung zugunsten des erwähnten Unternehmens und in der Folge zu einer Kennzeichnungspflicht führen.⁶⁸ Der Verweis auf das Urteil ist aus mehreren Gründen unglücklich. Die Entscheidung beantwortet nicht die Frage, wann eine geschäftliche Handlung vorliegen kann, sondern die, wann sich eine als Information getarnte Werbung eindeutig aus der Art der optischen Darstellung ergibt (vgl. Nr. 11 des Anhangs zu § 3 III UWG). Sowohl die gegebenen Umstände – entgeltlich, unentgeltlich – als auch die Schlüsse, die das OLG Düsseldorf einerseits und *Alberts* andererseits ziehen – keine Unlauterkeit, Unlauterkeit wegen fehlender Kennzeichnung⁶⁹ – sind vollkommen gegensätzlich. Da diese Gegensätze nicht aufgezeigt werden, wird auch nicht verdeutlicht, warum trotz dieser Gegensätze die Indizien zur Lösung des Problems beitragen können, wie mit unentgeltlichen Erwähnungen durch Influencer umzugehen ist.

Auflösen lässt sich dieser augenscheinliche Widerspruch, wenn man bedenkt, dass *Unverzagt/Gips*⁷⁰ Bezug auf die BGH-Rechtsprechung nehmen, nach der in der Veröffentlichung eines redaktionellen Beitrags – auch ohne dass ein Entgelt vereinbart wurde oder der Beitrag im Zusammenhang mit einer Anzeigenwerbung für das genannte Produkt stehen muss – eine „sittenwidrige Förderung fremden Wettbewerbs“ vorliegen kann, wenn im Beitrag ein Produkt über das durch eine sachliche Information bedingte Maß hinaus werbend dargestellt wird.⁷¹ Das OLG Karlsruhe vertritt ebenfalls die These, dass selbst dort, wo noch keine bezahlte Werbepartnerschaft bestehe, sich der „Werbeüberschuss“ aus

⁶⁸ *Alberts*, Influencer-Marketing, S. 75.

⁶⁹ Vgl. *Alberts*, Influencer-Marketing, S. 85.

⁷⁰ *Unverzagt/Gips*, Handbuch PR-Recht, S. 188 f.

⁷¹ BGH GRUR 1993, 561 (562) – Produktinformation I; BGH GRUR 1993, 565 (566) – Faltenglätter; BGH GRUR 1994, 819 (820) – Produktinformation II; BGH NJW-RR 1998, 833 (834) – Auto '94; BGH GRUR 1994, 441 (442 f.) – Kosmetikstudio.

den äußeren Umständen im Rahmen der Gesamtabwägung ergeben könne,⁷² und verweist auf *Keller*,⁷³ der wiederum auf die nachfolgend dargestellten Entscheidungen Bezug nimmt.

im Folgenden wird auf die Frage eingegangen, ob die Rechtsprechung zum werblichen Überschuss, die zu (scheinbar) redaktionellen Veröffentlichungen klassischer Medienunternehmen entwickelt wurde,⁷⁴ auf die Fälle des Influencer-Marketings übertragbar ist.

1. Entscheidungen zum Werbeüberschuss

Es fällt auf, dass – obgleich es nicht auf eine Entgeltlichkeit oder eine Koppelung von Anzeige und redaktionellem Beitrag ankommen soll – in vielen der in diesem Zusammenhang genannten BGH-Urteile ein Anzeigenkunde in dem redaktionellen Beitrag dargestellt wurde,⁷⁵ teilweise ein von dem Unternehmen zugeschickter Text unverändert übernommen⁷⁶ und in manchen Fällen mit der Anzeige verbunden wurde, für die ein Entgelt vereinbart worden war.⁷⁷

Es verbleiben wenige Urteile, in denen keine geschäftliche Kooperation bestand (oder dieser Umstand jedenfalls unklar war) und die Redaktion keine Informationen oder Texte durch das Unternehmen zur Verfügung gestellt bekommen hatte.⁷⁸

Im Urteil *Faltenglätter*⁷⁹ hatte die Beklagte unentgeltlich einen Beitrag samt Abbildung veröffentlicht, der durch wörtliche Übernahme von Textblöcken (verkürzt) eine vom Herstellerunternehmen des Kosmetikpräparats gegebene Presseinformation wiedergab. Der BGH trat der Beurteilung des BerGer bei, dass

⁷² OLG Karlsruhe GRUR-RS 2020, 22210 (Rn. 77) – Pamela Reif.

⁷³ Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Keller*, § 2 UWG Rn. 90 Fn. 483.

⁷⁴ Vgl. BGH MMR 2021, 875 (Rn. 60) – Influencer I (lu_coaching).

⁷⁵ BGH NJW 1981, 2573 (2574) – Wettbewerbswidrige Werbung in Zeitschriften - Getarnte Werbung; BGH NJW-RR 1998, 833 (834) – Auto '94; BGH GRUR 1994, 441 (442) – Kosmetikstudio.

⁷⁶ BGH GRUR 1993, 561 (562) – Produktinformation I; BGH NJW 1981, 2573 (2573) – Wettbewerbswidrige Werbung in Zeitschriften - Getarnte Werbung; BGH NJW-RR 1998, 833 (834) – Auto '94; BGH GRUR 1994, 441 (442) – Kosmetikstudio.

⁷⁷ BGH NJW 1981, 2573 (2573) – Wettbewerbswidrige Werbung in Zeitschriften - Getarnte Werbung; BGH NJW-RR 1998, 833 (834) – Auto '94; BGH GRUR 1994, 441 (442) – Kosmetikstudio; BGH GRUR 1998, 489 (492 f.) – Unbestimmter Unterlassungsantrag III.

⁷⁸ Vgl. dazu auch BGH GRUR 1997, 139 (140) – Orangenhaut.

⁷⁹ BGH GRUR 1993, 565 – Faltenglätter.

der Beitrag wettbewerbswidrige Werbung enthalte, da das genannte Produkt „unkritisch lobend reklamehaft“ angepriesen werde und die „redaktionelle Verbreitung solcher Reklame [...] außerhalb des publizistischen Berichtsauftrags [liege]“.⁸⁰ Antrag und Hilfsantrag wendeten sich jedoch nicht gegen die dargestellte Anzeige, sondern gegen die Veröffentlichung von Beiträgen, die „inhaltlich Werbung“ seien und gegen die Übernahme wortgleicher Pressemitteilungen der Hersteller. Der auf ersteres gerichtete Antrag sei nicht hinreichend bestimmt; der Hilfsantrag auf Unterlassung der Übernahme von Pressemitteilungen sei unbegründet.⁸¹ Selbst bei wortgleicher Übernahme von Produktinformationen ohne Hinweis auf die Urheberschaft sei der Beitrag nicht wettbewerbswidrig, sofern nicht der redaktionelle Beitrag das Produkt lobend über das durch eine sachliche Information bedingte Maß hinaus werbend darstelle.⁸²

Im Urteil Produktinformation II⁸³ verklagte ein Mitbewerber den Hersteller eines Produktes, das in einem Beitrag der Zeitschrift „H“ genannt worden war. Unter der Überschrift „Das sind die schwachen Punkte des Mannes!“ wurden über mögliche Gefährdungen verschiedener Organe und über Vorbeugemaßnahmen berichtet. Mit Ausnahme der Prostata und der Blase wurde bei keinem der Organe medikamentöse Behandlungen vorgeschlagen; bei den erstgenannten wurde im Text und zusätzlich in einem umrandeten Kasten am Ende des Beitrags auf das Produkt der Beklagten hingewiesen.⁸⁴ Die Informationen hierzu hatte die Werbeagentur der Beklagten der Zeitschrift zur Verfügung gestellt. Das Gericht bejahte eine Werbeabsicht mit der Begründung, in der „wiederholten Herausstellung [...] des Produkts der Beklagten einen Zufall oder eine bloße Eigenwilligkeit des verantwortlichen Redakteurs sehen zu wollen, wäre lebensfremd“.⁸⁵ Nicht ganz deutlich wird, ob damit dem Redakteur unterstellt werden sollte, doch eine Gegenleistung für die Erwähnung erhalten zu haben.

⁸⁰ BGH GRUR 1993, 565 (565 f.) – Faltenglätter; *Jäger*, Trennungs- und Kennzeichnungsgebot, S. 322 f.

⁸¹ BGH GRUR 1993, 565 (566) – Faltenglätter.

⁸² BGH GRUR 1993, 565 (566) – Faltenglätter.

⁸³ BGH GRUR 1994, 819 – Produktinformation II.

⁸⁴ BGH GRUR 1994, 819 (820) – Produktinformation II.

⁸⁵ BGH GRUR 1994, 819 (821) – Produktinformation II.

Von Beiträgen in klassischen Printmedien wird erwartet, dass die redaktionelle Berichterstattung frei von inhaltlichen Einflussnahmen der Anzeigenkunden erfolgt und nicht vom Interesse beeinflusst wird, Einnahmen aus dem Anzeigengeschäft zu erzielen.⁸⁶ Es ist nachvollziehbar, dass seitens der Gerichte das Bedürfnis besteht, die unkritische Übernahme von werblichen Produktinformationen zu unterbinden. Allerdings wäre es zielführender, solche Vorgehensweisen über noch zu schaffende Regelungen in den LPresseG zu unterbinden, denn schließlich ist es die Nichteinhaltung presserechtlicher Standards, an der sich gestört wird.⁸⁷ Abgesehen davon werden Influencer wohl kaum ihre Authentizität dadurch leichtfertig aufs Spiel setzen, dass sie bei Empfehlungen zu selbstgekauften Produkten unreflektiert und unkommentiert Herstellerangaben abschreiben.

Im Fall Die Besten II⁸⁸ veröffentlichte die Beklagte eine Liste der „500 besten Anwälte“ Deutschlands, die entsprechend der „Reputation“ und „Präsenz in Fachkreisen“ derselben zusammengestellt worden war. Die Zusammenstellung aufgrund der subjektiven Einschätzung von Kollegen monierten die Richter als objektiv unrichtig und sie urteilten, dass die Anpreisung den Rahmen einer sachlich veranlassten Information über die Qualifikationen von Rechtsanwälten verlasse. Die wettbewerbsrechtliche Verantwortlichkeit der Presse liege in diesem wie auch in den Fällen der „redaktionellen Beiträge, die übermäßig anpreisende Werbeaussagen enthalten, [...] darin begründet, dass sie das Publikum darüber täuscht, journalistisch recherchiert zu haben, obschon sie beispielsweise lediglich die anpreisende Information des Werbenden oder positive Äußerungen eines Dritten ohne kritische Distanz in das Gewand eines redaktionellen Beitrags gekleidet hat“.⁸⁹

Auch im Fall der „500 besten Anwälte“ wurde das Medienunternehmen deshalb wettbewerbsrechtlich belangt, weil es aus Sicht der Richter die ihm zustehende Aufgabe als Presseorgan unzureichend erfüllt hatte.

⁸⁶ OLG Karlsruhe GRUR-RS 2020, 22210 (Rn. 78) – Pamela Reif; *H.-J. Abrens* GRUR 2018, 1211 (1212).

⁸⁷ Siehe dazu Kapitel 4 C. II. 1.

⁸⁸ BGH GRUR 1997, 914 – Die Besten II.

⁸⁹ BGH GRUR 1997, 914 (915) – Die Besten II.

2. Übertragbarkeit

Dieser Fall ist nicht mit denen des Influencer-Marketings vergleichbar, denn Influencer treten als Privatpersonen mit eigener Meinung in Erscheinung, so dass ihre Follower nicht unbedingt eine sachliche und ausgewogene Darstellung wünschen, wie sie von der Presse mitunter erwartet wird. Außerdem ist mit *Jäger* herauszustellen, dass Medienunternehmen generell und positiv über ein Unternehmen berichten dürfen,⁹⁰ ohne dass jedes überschwängliche Lob die Unlauterkeit des Beitrages begründet.⁹¹ Sie sind außerdem nicht dazu verpflichtet, nur sachliche und ausgewogene Beiträge zu veröffentlichen und bei Produkten jeweils die ganze Branche aufzuführen.⁹² Die Rechtsprechung zum werblichen Überschuss barg in Verbindung mit dem § 5a VI UWG 2015 die Gefahr, dass der Beitrag „ein von der Rechtsprechung missbilligtes werbliches Übermaß [erreicht], obwohl die Veröffentlichung lediglich die von wirtschaftlichem Einfluss unabhängige Meinung der Redaktion [wiederholt]“.⁹³ Wenn allerdings nur die subjektiv verfolgten Ziele als maßgebliches Kriterium herangezogen worden wären, hätte die betroffene Redaktion die Zulässigkeit ihres Handelns zweifelsfrei einordnen können.⁹⁴

Die Indizien, die zur Feststellung eines werblichen Überschusses verwendet wurden, können genutzt werden, um diese subjektiv verfolgten Ziele zu bestimmen⁹⁵ – oder besser: um zu bestimmen, ob das Medienunternehmen oder der Influencer ein Entgelt für die Veröffentlichung erhalten hat. Wenn nur ein

⁹⁰ BVerfG NJW 2005, 3201 (3201 f.) – Trennung von redaktionellen Beiträgen und Werbung in Zeitungen.

⁹¹ *Jäger*, Trennungs- und Kennzeichnungsgebot, S. 323.

⁹² *Jäger*, Trennungs- und Kennzeichnungsgebot, S. 323 mit Verweis auf GK-UWG/*Peifer*, 2. Aufl. 2013, § 4 Nr. 3 UWG Rn. 72.

⁹³ *Jäger*, Trennungs- und Kennzeichnungsgebot, S. 323.

⁹⁴ *Jäger*, Trennungs- und Kennzeichnungsgebot, S. 323.

⁹⁵ *Jäger*, Trennungs- und Kennzeichnungsgebot, S. 324.

Produkt von vielen vergleichbaren seiner Art angeführt⁹⁶ und mehrmals genannt⁹⁷, dieses unkritisch lobend⁹⁸ und in superlativischen Wendungen⁹⁹ angepriesen wird und objektiv falsche oder sachlich unzutreffende Informationen gegeben werden,¹⁰⁰ kann das dafür sprechen, dass zwischen dem Influencer oder Medienunternehmen und dem erwähnten Unternehmen eine die Unlauterkeit nach § 5a VI UWG 2015 begründende Vereinbarung besteht.

Zusammenfassend lässt sich sagen: Wollte man die Unlauterkeit von unentgeltlichen Erwähnungen durch Influencer nach § 5a VI UWG 2015 schon auf Ebene der geschäftlichen Handlung zugunsten des erwähnten Unternehmens ausschließen, stünden dafür zwei Argumentationslinien zur Verfügung. Erstens bieten die Studien zum eWOM einen Einblick in das Motivationsgeflecht von Verbrauchern, die anderen online Produkte empfehlen. Die Förderung des fremden Unternehmens, das das erwähnte Produkt herstellt, spielt bei der Bereitschaft zum eWOM nur eine untergeordnete Rolle. Die Unterschiede zwischen durchschnittlichem Verbraucher und Influencer – die Bekanntheit und das Betreiben eines eigenen Unternehmens – führen nicht dazu, dass bei Influencern die unentgeltliche Erwähnung so verstanden wird, dass die Erwähnung vorrangig der Förderung des fremden Unternehmens dient. Vielmehr wird dadurch, dass Influencer durch unentgeltliche Erwähnungen und Verlinkungen die Aufmerksamkeit der erwähnten Unternehmen auf sich ziehen und ihren Followern einen Mehrwert bieten möchten, die Handlung so verstanden werden, dass sie vorrangig der Förderung des eigenen Unternehmens dient. Aus diesem Grund besteht kein objektiver Zusammenhang mit der Förderung des fremden Unternehmens.

⁹⁶ BGH GRUR 1993, 561 (562) – Produktinformation I; BGH NJW 1981, 2573 (2573) – Wettbewerbswidrige Werbung in Zeitschriften - Getarnte Werbung; BGH GRUR 1996, 292 (293) – Aknemittel; BGH GRUR 1997, 541 (543) – Produkt-Interview.

⁹⁷ BGH GRUR 1994, 819 (821) – Produktinformation II.

⁹⁸ BGH GRUR 1993, 565 (565) – Faltenglätter; BGH GRUR 1994, 441 (442) – Kosmetikstudio.

⁹⁹ BGH NJW-RR 1998, 833 (834) – Auto '94.

¹⁰⁰ BGH GRUR 1997, 139 (140) – Orangenhaut; BGH GRUR 1968, 645 (646) – Pelzversand; BGH NJW-RR 1998, 833 (834) – Auto '94.

Die zweite Argumentationslinie ergibt sich mit Blick auf die Rechtsprechung zum werblichen Überschuss, die auch nach dem BGH¹⁰¹ auf Influencer anwendbar sein soll. Schließt man alle BGH-Urteile zum werblichen Überschuss aus, in denen die Medienunternehmen entweder bezahlt wurden oder Informationen oder gleich vorgefertigte Texte zur Verfügung gestellt bekommen hatten, verbleiben zwei Urteile. Diesen ist gemein, dass der Vorwurf des Gerichtes vornehmlich darin lag, dass nicht sachlich fundiert recherchiert und mit der gebotenen Distanz informiert wurde. Da Influencer keine Presseunternehmen sind und von ihnen nicht erwartet wird, dass sie sachlich neutrale Beiträge verfassen, sind die Urteile zum werblichen Überschuss nicht übertragbar.

Aus den genannten Gründen könnte bei unentgeltlichen Erwähnungen das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung zugunsten des erwähnten Unternehmens verneint werden, sodass in der Folge auch eine Unlauterkeit nach § 5a VI UWG 2015 entfallen wäre.

D. Manko: Einschränkung der Aktivlegitimation

Dieses Ergebnis deckt sich auch mit der bereits oben angebrachten Forderung, den Begriff der geschäftlichen Handlung jedenfalls im Falle der unentgeltlichen Drittförderung an den Begriff der Geschäftspraktik anzupassen, sofern nur dann auf das Verbraucherverständnis abgestellt wird, wenn kein entgeltliches und kein Handeln im Namen oder Auftrag des erwähnten Unternehmens vorliegt.

Der Nachteil daran, schon die geschäftliche Handlung zugunsten des fremden Unternehmens entfallen zu lassen, liegt darin, dass diese Lösung die Aktivlegitimation von Mitbewerbern des erwähnten Unternehmens einschränken würde. Zwar kann nach der hier dargestellten Argumentation niemals der Fall auftreten, dass die Handlung eines Influencers sich vollständig der Kontrolle des UWG entzieht. Unabhängig vom Inhalt ist nämlich in jedem Beitrag eine geschäftliche Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens zu sehen. Allerdings könnte eine mögliche Verletzung eines anderen Irreführungstatbestandes

¹⁰¹ Siehe dazu Kapitel 6 A. II.

nicht von Mitbewerbern des erwähnten Unternehmens geltend gemacht werden, wenn eine geschäftliche Handlung zugunsten des fremden Unternehmens verneint würde.

Nach § 8 III Nr. 1 UWG 2021 stehen die Ansprüche auf Beseitigung und Unterlassung jedem Mitbewerber zu. Damit ist zunächst einmal der Mitbewerber M1¹⁰² des handelnden Unternehmens H gemeint. Allerdings kann ein Unternehmen M2 auch dann gegen das handelnde Unternehmen H vorgehen, wenn es zwar nicht mit dem handelnden Unternehmen H, dafür aber mit dem Unternehmen F in einem Wettbewerbsverhältnis steht, das vom handelnden Unternehmen gefördert wird.

Übertragen auf die vorliegenden Fälle heißt das: Erwähnt ein Influencer H ein Unternehmen lobend, hat der Mitbewerber M2 des lobend erwähnten Unternehmens E nur dann einen Anspruch auf Unterlassung gegen den Influencer, wenn eine der folgenden beiden Voraussetzungen vorliegen:

Entweder es wird – entgegen der dargestellten Ansicht – eine Förderung des fremden Unternehmens durch den Influencer H angenommen (Unternehmen F = Unternehmen E).

Oder aber es liegt ein konkretes Wettbewerbsverhältnis zwischen dem Mitbewerber M2 des erwähnten Unternehmens E und dem Influencer H vor (Mitbewerber M2 = Mitbewerber M1).

Im Folgenden wird gezeigt, dass regelmäßig kein konkretes Wettbewerbsverhältnis zwischen Influencer H und Mitbewerber des erwähnten Unternehmens vorliegt. Ein konkretes Mitbewerberverhältnis wird dann angenommen, wenn beide Parteien gleichartige Waren oder Dienstleistungen innerhalb desselben Endverbraucherkreises versuchen abzusetzen.¹⁰³ Es ist schon zu bezweifeln, ob von einem Absatz an Endverbraucher gesprochen werden kann, wenn Influencer ihre Unterhaltungsinhalte kostenlos zur Verfügung stellen. Sollten Influencer selbst Produkte wie Kosmetik an Verbraucher vertreiben, ist nicht da-

¹⁰² Die zugefügten Buchstaben dienen der besseren Unterscheidbarkeit der verschiedenen involvierten Parteien: H = handelndes Unternehmen, F = iSd § 2 I Nr. 2 UWG gefördertes Unternehmen, E = unentgeltlich erwähntes Unternehmen, M1 = Mitbewerber des handelnden Unternehmens H, M2 = Mitbewerber des geförderten Unternehmens F.

¹⁰³ Köhler/Bornkamm/Feddersen/H. Köhler, § 8 UWG Rn. 3.27.

von auszugehen, dass sie fremde Kosmetikhersteller (M1) unentgeltlich (lobend) erwähnen würden. Im Regelfall wird folglich kein konkretes Wettbewerbsverhältnis vorliegen.

Außerdem wäre ein konkretes Mitbewerberverhältnis anzunehmen, wenn zwischen den Vorteilen, die der Influencer H für sein eigenes Unternehmen zu erreichen sucht, und den Nachteilen, die der Mitbewerber des erwähnten Unternehmens M2 erleidet, eine Wechselwirkung in dem Sinne bestünde, dass der eigene Wettbewerb des Influencers gefördert und der fremde Wettbewerb des Mitbewerbers beeinträchtigt werden könnte.¹⁰⁴ Diese Voraussetzung könnte vorliegen. Wenn in der konkreten geschäftlichen Handlung des Influencers H bspw. ein Kosmetikhersteller E lobend erwähnt würde, würde der Influencer H mit der Hoffnung, sich damit für Werbeverträge mit diesem Unternehmen E interessant zu machen, sein eigenes Unternehmen H fördern. Gleichzeitig könnten Follower dann beim erwähnten Kosmetikhersteller E mehr und dafür beim Mitbewerber M2 des erwähnten Unternehmens weniger einkaufen, sodass der Wettbewerb des Mitbewerbers M2 beeinträchtigt werden könnte.

Allerdings stellte der BGH klar, dass es für die Bejahung eines Mitbewerberverhältnisses nicht ausreicht, wenn die Maßnahme den anderen zwar irgendwie in seinem Marktstreben betrifft, es aber an jeglichem Konkurrenzmoment im Angebots- oder Nachfragewettbewerb fehlt.¹⁰⁵ In einem vom BGH zu entscheidenden Fall, in dem das Wettbewerbsverhältnis verneint wurde, hatte ein Rechtsanwalt eine Internetseite betrieben, deren Domain aus dem Namen eines Immobilienfonds und dem Zusatz „schaden“ bestand und auf der Pressemitteilungen veröffentlicht wurden, die den sich dagegen wehrenden Immobilienfonds betrafen.¹⁰⁶ Würde allein mit der beeinträchtigenden Wirkung die Mitbewerbereignschaft begründet, würde der in § 8 III Nr. 1 UWG geregelten Anspruchsberechtigung ihre eigenständige Wirkung genommen.¹⁰⁷

¹⁰⁴ BGH GRUR 2014, 573 (Rn. 20 f.) – Werbung für Fremdprodukte; BGH GRUR 2017, 918 (Rn. 16) – Keine Mitbewerbereignschaft zwischen Fondsanbieter und Rechtsanwalts-gesellschaft.

¹⁰⁵ BGH GRUR 2017, 918 (Rn. 16) – Keine Mitbewerbereignschaft zwischen Fondsanbieter und Rechtsanwalts-gesellschaft.

¹⁰⁶ BGH GRUR 2017, 918 – Keine Mitbewerbereignschaft zwischen Fondsanbieter und Rechtsanwalts-gesellschaft.

¹⁰⁷ BGH GRUR 2017, 918 (Rn. 20) – Keine Mitbewerbereignschaft zwischen Fondsanbieter und Rechtsanwalts-gesellschaft; *Schmitt-Gaedke* WRP 2016, 111 (112).

Die beeinträchtigende Wirkung kann folglich auch bei Influencern und Kosmetikherstellern kein Wettbewerbsverhältnis begründen, sofern nicht der Influencer selbst auch Kosmetik an Verbraucher vertreibt. Schließlich liegt die Dienstleistung des archetypischen Influencers in der Bewerbung von Unternehmen, die nicht mit dem Verkauf von Kosmetik an Verbraucher substituierbar ist.¹⁰⁸

Folglich kann im Regelfall kein Wettbewerbsverhältnis zwischen Influencer H und Mitbewerber M2 des erwähnten Unternehmens angenommen werden. Wenn man also mit der dargestellten Ansicht die Förderung des erwähnten Unternehmens verneinte, verneinte man damit auch die Aktivlegitimation des Mitbewerbers M2 des erwähnten Unternehmens. Selbst in dem Fall, in dem ein Unternehmen lobend erwähnt und der Mitbewerber des Unternehmens kritisiert würde, könnte mit der oben dargestellten Ansicht der Mitbewerber sich nicht gegen den Beitrag des Influencers zur Wehr setzen.

Diese Einschränkung der Aktivlegitimation ist mit Blick auf die bereits diskutierten und ggf. noch offenbar werdenden Rechtsprobleme, die aus einer überschießenden Umsetzung des § 2 I Nr. 2 UWG 2022 folgen, hinzunehmen.

¹⁰⁸ Vgl. BGH GRUR 2017, 918 (Rn. 19) – Keine Mitbewerbereignschaft zwischen Fondsanbieter und Rechtsanwalts-gesellschaft.

Kapitel 5

Verstoß gegen §§ 3 I, 5a VI UWG 2015

An dieser Stelle sei angemerkt, dass nach der hier vertretenden Auffassung¹ das infrage stehende Verhalten durch die Wertungen der UGP-RL keine Kennzeichnungspflicht nach sich ziehen darf. Im Folgenden wird auf die Voraussetzungen des § 5a VI UWG 2015 eingegangen und ob das einzige mit der Richtlinie vereinbare Ergebnis auch mit anderen Erwägungen erreicht werden kann als damit, die geschäftliche Handlung zugunsten des fremden Unternehmens für die Anwendung der Kennzeichnungspflicht auf den Begriff der Geschäftspraktiken zu beschränken.

A. Anwendbarkeit trotz Art. 3 IV UGP-RL

Ganz grundsätzlich ist die Frage zu beantworten, ob die §§ 3 I, 5a VI UWG 2015 bzw. §§ 3 I, 5a IV UWG 2022 überhaupt auf das Influencer-Marketing angewendet werden dürfen. *Ritlewski*² schreibt, dass medienrechtliche Sonderbestimmungen, die auf Unionsrecht zurückgehen, nach Art. 3 IV UGP-RL ggü. § 5a IV UWG grundsätzlich spezieller seien, sodass die UGP-RL keine Anwendung finde. Das habe inzwischen auch der Gesetzgeber erkannt und an prominentester Stelle den Art. 3 IV UGP-RL ins UWG 2022 umgesetzt. Eine Umsetzung sei zwar nicht erforderlich, als „deutliche Klarstellung aber zu begrüßen“, „[weil] [...] die Rechtsprechung in den letzten Jahren quasi völlig unbelastet von diesem Anwendungsausschluss sämtliche Fälle der [Online-Medien] unter § 5a Abs. 6 aF subsumierten.“³

Zwar sind die Ausführungen des Gesetzgebers irreführend: „Das UWG ist auf Regelungen zu besonderen Aspekten unlauterer Handlungen nur in Bezug auf

¹ Siehe dazu Kapitel 2.

² BeckOK UWG/*Ritlewski*, § 5a Rn. 185 f.

³ BeckOK UWG/*Ritlewski*, § 5a Rn. 186.

diejenigen Aspekte anwendbar, die in den besonderen Regelungen nicht adressiert werden.“⁴ Gegen die Interpretation spricht jedoch die Rechtsprechung des EuGH. Der EuGH entschied, dass auch dann, wenn Normen des Gemeinschaftsrechts anwendbar sind, die spezieller sind und auf die im Anhang II verwiesen wird, die Normen der UGP-RL anwendbar sind, sofern die Anwendungsvoraussetzungen der UGP-RL vorliegen.⁵ Eine Ausnahme soll nur im Falle der Kollision der verschiedenen unionsrechtlichen Normen gelten. Gerade im Fall des § 6 I TMG, der auf den Art. 6 lit. a E-Commerce-RL zurückgeht, welcher im Anhang II der UGP-RL aufgeführt wird, könnte die EuGH-Rechtsprechung auf den ersten Blick auch die Deutung zulassen, dass nur der Verweis in Art. 7 V UGP-RL (§§ 5a I, 5b IV UWG 2022) anwendbar ist, nicht aber die anderen Absätze des Art. 7 UGP-RL (u.a. §§ 5a I, IV UWG 2022). Allerdings bestehen auch insoweit keine Unterschiede zum zitierten Verfahren. In der EuGH-Entscheidung *Abcur AB/Apoteket AB* und *Apoteket Farmaci AB* stand die Spezialität der RL 2001/83/EG infrage, die ebenso wie die E-Commerce-RL im Anhang II der UGP-RL aufgeführt wird.⁶ Der EuGH nahm das als Anzeichen dafür, dass die Richtlinien sich ergänzen, und verwies insoweit auf die gleichlautende Aussage des Generalanwalts,⁷ der noch deutlicher wurde: Die UGP-RL sei grundsätzlich parallel zur RL 201/83 anwendbar.⁸ Natürlich sind dann auch die nationalen Umsetzungsnormen der UGP-RL anwendbar, anhand derer die Vorlagefragen gestellt wurden. Anders als von *Ritlewski* angenommen, schließt die Existenz des Art. 3 IV UGP-RL und der Umstand, dass auch speziellere medienrechtliche Normen anwendbar sind, die Anwendbarkeit des § 5a IV UWG 2022 in den Fällen des Influencer-Marketings nicht aus.

B. § 5a III UWG anwendbar?

Indem das Kenntlichmachen des kommerziellen Zwecks als wesentliche Information iSd Art. 7 I UGP-RL eingeordnet wird, ist grundsätzlich auch der

⁴ BT-Drs. 19/27873, 32.

⁵ EuGH GRUR 2015, 1028 (Rn. 82) – *Abcur*.

⁶ EuGH GRUR 2015, 1028 (Rn. 78) – *Abcur*.

⁷ EuGH GRUR 2015, 1028 (Rn. 78) – *Abcur*.

⁸ *Szpunar, Maciej* Schlussantrag des Generalanwalts beim EuGH v. 3.3.2015 – C-544/13, C-545/13 BeckRS 2015, 80320 – *Abcur*.

§ 5a III UWG, der den Art. 7 III UGP-RL umsetzt, zu beachten.⁹ Allerdings – und insofern ist der Wortlaut des § 5a III UWG zu weit von seinem Vorbild entfernt – werden die Beschränkungen des Kommunikationsmittels und alle Maßnahmen, durch die der Unternehmer anderweitig die wesentlichen Informationen zur Verfügung stellt, nur dann berücksichtigt, wenn das verwendete Kommunikationsmedium tatsächlich räumliche oder zeitliche Beschränkungen auferlegt.

Wenn schon bei größeren Prospekten oder ganzseitigen Zeitungsanzeigen keine nennenswerte räumliche Beschränkung angenommen wird,¹⁰ ist auch bei Facebook- oder Instagram-Beiträgen die Zeichenbeschränkung zu hoch angesetzt, als dass diese Beschränkung eine Schutzwürdigkeit des Influencers als Unternehmer begründen könnte. Eine relevante Beschränkung ist trotz des Limits auf 280 Zeichen auch nicht bei Tweets anzunehmen, da der kommerzielle Zweck schon durch acht Zeichen dargestellt werden kann: das Wort „Anzeige“ und ein Leerzeichen zur Trennung vom nächsten Wort.

Wichtiger könnte in sozialen Medien die zeitliche Beschränkung sein. Schließlich sind Snaps, Stories, Reels oder Shorts höchstens 10, 15, 30 oder 60 Sekunden lang. Angesichts der Möglichkeit, in Videos und Fotos ein Textfeld mit „Werbung“ oder „Anzeige“ einzufügen, ist der Influencer aber auch insoweit nicht schützenswert. Festzuhalten bleibt, dass trotz der Vorgabe der UGP-RL, dass der Art. 7 III UGP-RL zugunsten des Unternehmers auch beim Nichtkennlichmachen des kommerziellen Zwecks zu beachten ist, die sozialen Medien keine Beschränkungen in diesem Sinne auferlegen, sodass die Voraussetzungen des § 5a III UWG im Influencer-Marketing nicht zum Tragen kommen.

C. Durchschnittlicher/ maßgeblicher Verkehrskreis

Zu untersuchen ist, auf welchen Personenkreis hinsichtlich der Erkennbarkeit des kommerziellen Zwecks abzustellen ist. Nach § 3 IV 1 UWG ist bei der Beurteilung von geschäftlichen Handlungen gegenüber Verbrauchern auf den durchschnittlichen Verbraucher oder – sofern sich die geschäftliche Handlung an eine bestimmte Gruppe von Verbrauchern wendet – auf ein durchschnittliches Mitglied dieser Gruppe abzustellen. Fraglich ist, ob es für die Beurteilung

⁹ *Alexander* WRP 2016, 139 (145); siehe dazu Kapitel 2 C. I.

¹⁰ Köhler/Bornkamm/Fedderson/*H. Köhler*, § 5a UWG Rn. 3.12.

auf den durchschnittlichen Verbraucher oder den Durchschnittsnutzer sozialer Medien¹¹ oder des jeweiligen genutzten Mediums¹² ankommt oder ob auf die Zielgruppe des Influencers¹³ oder dessen Followerschaft abzustellen ist. Wie *Maatz*¹⁴ richtigerweise feststellt, kann es nicht allein auf die Follower ankommen, da jeder Influencer die Anzahl seiner Follower erhöhen möchte und somit gerade für die Nutzer interessant sein möchte, die ihm noch nicht folgen. Nicht ganz eindeutig ist, ob *Maatz* auf die Sichtweise des Durchschnittsnutzers sozialer Medien abstellen möchte oder auf die Zielgruppe des Influencers.¹⁵

Nimmt man das Wort „wendet“ ernst, sollte man auf die jeweilige Zielgruppe abstellen. Sofern erkennbar ist, dass Influencer aufgrund der Produkte, die sie bewerben, ein Interesse daran haben, dass ihre Follower ein bestimmtes Geschlecht und Alter haben, sollte die Zielgruppe auch anhand dieser Merkmale bestimmt werden. Das ist etwa dann der Fall, wenn geschlechtsspezifische Produkte wie Kleidung beworben werden. Dazu ein etwas überzogenes Beispiel:¹⁶ Wenn ein Influencer für Männermode im gehobenen Preissegment nur unter 24-jährige Followerinnen hat, ist sein Werbewert für die Hersteller genannter Männermode recht gering.

In anderen Fällen – wie etwa bei Inhalten zu Klemmbausteinen, Computerspielen oder Pferden – wäre die Festlegung nach Geschlecht und Alter biologistisch und klischeebeladen. Insofern besteht die Zielgruppe aus Menschen, die sich für das jeweilige Thema interessieren, weil sie etwa beispielsweise selbst reiten, und auch solchen, die zwar kein Pferd haben und auch keins möchten, die sich aber gerne Bilder oder Videos von Pferden und vom Reiten anschauen. Solange die

¹¹ OLG München GRUR-RS 2020, 15662 (Rn. 36) – Blauer Plüschelafant (Cathy Hummels).

¹² LG Heilbronn ZUM-RD 2019, 180 (183 f.) – Kennzeichnung durch »#ad« unzureichend.

¹³ OLG Karlsruhe GRUR-RS 2020, 22210 (98 f.) – Pamela Reif; LG Hamburg MMR 2020, 130 (Rn. 80) – Irreführung im Influencer-Marketing.

¹⁴ *Maatz*, Influencer-Marketing, S. 620.

¹⁵ *Maatz*, Influencer-Marketing, S. 621: „Zu verbleiben hat es daher bei der Sichtweise des Durchschnittsnutzers sozialer Medien bzw. des durchschnittlichen Besuchers von Blogs. [...] Innerhalb dieses Personenkreises sind Nuancierungen zwar gerechtfertigt, wenn und soweit Influencer bestimmte, als solche ihrerseits abgrenzbare Themenkreise behandeln und ihre Inhalte dementsprechend auch vornehmlich an eine daran interessierte Zielgruppe richten“.

¹⁶ Nach *House of Yas*, Was du aus deinen Instagram Insights lernen kannst, <https://house-ofyas.de/content-planung/instagram-insights/> (zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).

potentiellen Werbekunden – bspw. Hersteller von Pferdefutter – keine Zielgruppe haben, deren Eigenschaften sich aus den Insights von Facebook und Instagram oder ähnlichen Statistiken anderer Plattformen herauslesen lassen (Geschlecht, Alter, Ort), ist es auch für den jeweiligen Influencer uninteressant, ob seine Follower die Produkte kaufen oder nicht.

Letztlich ist es im Ergebnis irrelevant, ob auf den Durchschnittsverbraucher oder auf ein durchschnittliches Mitglied einer bestimmten Konsumentengruppe abzustellen ist, da – von niedrigem oder sehr hohem Alter einmal abgesehen – keine biologischen Merkmale oder Interessen denkbar sind, deren Inhaber bedeutend mehr oder weniger informiert, aufmerksam oder kritisch¹⁷ sind als der Durchschnittsverbraucher.¹⁸

I. § 3 IV 2 UWG

Als nächste Frage stellt sich die, ob der Beurteilungsmaßstab des § 3 IV 2 UWG zur Anwendung kommt. Danach sind „[geschäftliche] Handlungen, die vorhersehbar das wirtschaftliche Verhalten nur einer eindeutig identifizierbaren Gruppe von Verbrauchern wesentlich beeinflussen, die aufgrund von körperlichen und geistigen Beeinträchtigungen, Alter oder Leichtgläubigkeit im Hinblick auf die geschäftlichen Handlungen oder diesen zugrunde liegenden Waren oder Dienstleistungen besonders schutzbedürftig sind, [...] aus der Sicht eines durchschnittlichen Mitglieds dieser Gruppe zu beurteilen.“ Dafür ist nicht erforderlich, dass die geschäftliche Handlung sich an schutzbedürftige Verbraucher „wendet“, sie also gezielt anspricht.¹⁹ Es kommt auch dann auf die Sichtweise eines schutzbedürftigen Verbrauchers an, wenn zwar der Durchschnittsverbraucher angesprochen wird, aber vorhersehbarerweise nur das Verhalten der schutzwürdigen Verbraucher beeinflusst wird.²⁰

Das ist jedenfalls denkbar bei Produkten, die für Kinder gedacht sind, so günstig sind, dass Kinder sie mit ihrem Taschengeld kaufen können, und trotz des geringen Preises so ein erhebliches Missverhältnis zwischen Preis und Leistung besteht, dass nicht einmal Eltern die beworbenen Produkte kaufen würden. Diese Voraussetzungen werden wohl in den seltensten Fällen vorliegen. Um dem

¹⁷ Siehe dazu *Maatz*, *Influencer-Marketing*, S. 608 f.

¹⁸ So auch *Maatz*, *Influencer-Marketing*, S. 621 f.

¹⁹ BGH GRUR 2014, 686 (Rn. 16) – Goldbärenbarren.

²⁰ BGH GRUR 2014, 686 (Rn. 16) – Goldbärenbarren.

§ 3 IV 2 UWG einen angemessenen Anwendungsbereich zu belassen, sollte es unschädlich sein, wenn auch Eltern von Minderjährigen dazu beeinflusst werden können, das beworbene Produkt zu kaufen.

II. Nutzungsbedingungen

Alberts führt als Argument dafür, dass es nicht auf den verschärften Maßstab des § 3 IV 2 UWG ankomme, die Nutzungsbedingungen der sozialen Netzwerke, die zur Nutzung erst ab einem Alter von 13 Jahren bzw. teilweise ab 16 Jahren berechtigen.²¹ Richtigerweise kann es auf die Nutzungsbedingungen nicht ankommen, wenn diese weder kontrolliert noch durchgesetzt werden.²² *Maatz*²³ argumentiert zutreffend, dass ein Influencer, der sich bewusst an sehr junge Internetnutzer richtet, denen nach den Nutzungsbedingungen der Zutritt zu den Netzwerken verwehrt wäre, darauf setzt, dass die Angehörigen der Zielgruppe sich dieser Vorgabe widersetzen, um seine Inhalte zu konsumieren. Es ist ihm jedoch nicht zuzustimmen, wenn er schreibt, dass Influencer, die sich mit ihrem Verhalten zwar auch, aber nicht vornehmlich an besonders junge Verbraucher richten, „bei der gebotenen objektiven Betrachtungsweise“ darauf vertrauen dürften, dass sich in dem von ihnen angesprochenen Verkehrskreis den Plattformbedingungen entsprechend keine besonders junge Personen befänden.²⁴ Es ist nicht einzusehen, dass Influencer, die sich auch an besonders junge Nutzer richten, durch nicht eingehaltene Nutzungsbedingungen ihrer Follower in ihrem Vertrauen darauf geschützt werden sollen, dass keiner dieser auch angesprochenen jungen Nutzer auch tatsächlich die Angebote konsumiert. Wenn sie ihre Zielgruppe dergestalt definierten, vertrauen sie vielmehr darauf, dass Nutzer in der entsprechenden Altersgruppe ihnen folgen. Trotzdem ist in dem dargestellten Fall nicht der § 3 IV 2 UWG einschlägig. Das ist aber nicht auf die Nutzungsbedingungen, sondern darauf zurückzuführen, dass sich die geschäftlichen Handlungen nicht vorrangig, sondern nur „auch“ an eine Gruppe iSd § 3 IV 3 UWG richtet.

²¹ Teilweise wurde nach Einführung der DS-GVO das Nutzungsalter auf 16 Jahre erhöht, um (unwirksam) die Anwendung des Art. 8 I 2 DS-GVO auszuschließen, vgl. *Taeger* ZD 2021, 505 (507).

²² So auch *Maatz*, *Influencer-Marketing*, S. 619.

²³ *Maatz*, *Influencer-Marketing*, S. 619.

²⁴ *Maatz*, *Influencer-Marketing*, S. 619.

III. Schutzwürdigkeit von Kindern und Jugendlichen im Zusammenhang mit Influencer-Marketing?

Mit Verweis auf den Aufsatz von *Scherer*²⁵ wurde angezweifelt, dass sich der Erfahrungshorizont von Kindern²⁶ bzw. von 13- bis 17-Jährigen²⁷ bzw. von den „für das Influencer-Marketing besonders empfänglichen Altersgruppen“²⁸ im Falle des Influencer-Marketings wesentlich von dem Erfahrungshorizont von Erwachsenen unterscheide. Das wird unter anderem als Argument angeführt, dass es auf den Maßstab des § 3 IV 2 UWG nicht ankomme.²⁹

Bedauerlich ist, dass diese Ausführungen auf einen Aufsatz gestützt wurden, der in diesem relevanten Punkt sich auf eine rechtswissenschaftliche Dissertation als Sekundärquelle und auf die Zusammenfassung eines Buches beruft,³⁰ in dem erstens keine Studie zum Influencer-Marketing, sondern zu Online-Werbung dargestellt wurde, und zweitens in der Gruppe der 10- bis 11-Jährigen nur 31 Prozent alle 7 Werbesegmente erkannte.³¹ Daraus erstens zusammenzufassen, „dass selbst bei der Altersgruppe der 6-11jährigen 75% bereits Werbung im Internet häufig erkennen können“,³² ist vielleicht noch vertretbar, wenn man wie die Wissenschaftler nur den Anspruch hat, dass es ausreicht, wenn die Hälfte der Werbesegmente erkannt wird. Zweitens aber zu schlussfolgern, dass deshalb kommerzielle Kommunikation „bei der für das Influencer-Marketing in sozialen Netzwerken relevanten Altersgruppe, die ohnehin älter ist als 6-11 Jahre, als

²⁵ *Scherer* WRP 2019, 277 (279).

²⁶ *Maatz*, Influencer-Marketing, S. 619.

²⁷ OLG Karlsruhe GRUR-RS 2020, 22210 (Rn. 97) – Pamela Reif.

²⁸ *Spoenle* jurisPR-ITR 2019, Anm. 2 (5).

²⁹ OLG Karlsruhe GRUR-RS 2020, 22210 (Rn. 96 f.) – Pamela Reif; *Maatz*, Influencer-Marketing, S. 620; *Spoenle* jurisPR-ITR 2019, Anm. 2 (5).

³⁰ *Scherer* WRP 2019, 277 (279 Fn. 15-20) mit Verweis auf S. 6 von *Dreyer/Lampert/Schulze*, Kinder und Onlinewerbung, auf der sich das Inhaltsverzeichnis befindet; Buch abrufbar unter https://www.medienanstalt-nrw.de/fileadmin/user_upload/lfm-nrw/Foerderung/Forschung/Dateien_Forschung/Band-75_Kinder-und-Onlinewerbung.pdf; Zusammenfassung des Buches abrufbar unter: https://www.medienanstalt-nrw.de/fileadmin/user_upload/Zusammenfassung_LfM_Kinder_und_Onlinewerbung.pdf (beides zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).

³¹ *Dreyer/Lampert/Schulze*, Kinder und Onlinewerbung, S. 318 f.

³² *Scherer* WRP 2019, 277 (279).

solche erkannt werden³³ kann, sprengt die Grenzen der Übertragbarkeit wissenschaftlicher Erkenntnisse.

Noch bedauerlicher ist, dass die Ausführungen falsch verstanden wurden. Wie *Scherer*³⁴ ausführt, reicht es nicht aus, Werbung und die damit bezweckte Beeinflussungswirkung zu erkennen (*Conceptual Knowledge*). Es muss auch im Einklang der eigenen Ziele auf den Versuch der Beeinflussung reagiert werden (*Attitudinal Knowledge*).³⁵ Auch wenn bereits Sieben- bis Achtjährige ein Verständnis von der einer Werbung zugrunde liegenden Intention entwickeln, so sprechen die Studien zur Gehirnentwicklung dafür, dass sie diese Fähigkeiten erst sehr viel später erst nutzen können, um ihr Verhalten an diesem Wissen auszurichten.³⁶ Die von *Scherer*³⁷ genannte Phase von 10 bis 15 Jahren ist erstens recht lang und zweitens sehr bedeutend für die Gehirnentwicklung.³⁸ Außerdem darf nicht übersehen werden, dass *Scherer* wohl davon ausging, dass Influencer-Marketing hauptsächlich zu Mode, Lifestyle, Essen und Reisen betrieben werde, sodass nicht nur Kinder und Jugendliche beeinflusst würden und der § 3 IV 2 UWG nicht anwendbar sei.³⁹ Es gibt jedoch Kinderinfluencer, die beispielsweise Spielzeug bewerben oder einen nach einem aktuellen Kinofilm ausgerichteten Kindergeburtstag feiern. Wenn *Maatz* auf diese sehr jungen Influencer und deren junge Follower eingeht,⁴⁰ ist nicht nachvollziehbar, warum allein der Umstand, dass 11-Jährige Online-Werbung „regelmäßig“ erkennen (was zweifelhaft ist, wenn man die Ergebnisse der genannten Studie anschaut, in der übrigens keine Kinder ab 11 Jahren befragt wurden),⁴¹ dazu führen soll, dass im Ergebnis auf das Verbraucherleitbild aus § 3 IV 1 UWG abzustellen sein soll.⁴²

³³ *Scherer* WRP 2019, 277 (279).

³⁴ *Scherer* WRP 2019, 277 (279).

³⁵ Siehe dazu Kapitel 1 C. II. 2.

³⁶ *Moses/Baldwin* American Marketing Association 2005, 186 (191 ff., 194 ff.).

³⁷ *Scherer* WRP 2019, 277 (279).

³⁸ Vgl. *Spear* Neuroscience & Biobehavioral Reviews 2000, 417 (423).

³⁹ *Scherer* WRP 2019, 277 (280): „angesichts der zentralen Bereiche“; auf andere Bereiche wie beispielsweise Kinderspielzeug wird nicht eingegangen.

⁴⁰ *Maatz*, Influencer-Marketing, S. 618.

⁴¹ *Dreyer/Lampert/Schulze*, Kinder und Onlinewerbung, S. 319 ff.

⁴² *Maatz*, Influencer-Marketing, S. 620.

Van Reijmersdal und *van Dam* untersuchten anhand von Influencer-Videos, wie Alter und Werbekennzeichnungen sich auf das Wissen um die Beeinflussungstaktik (*Persuasion Knowledge*) von Jugendlichen auswirken.⁴³ Indem zwischen früher (12 bis 14 Jahre) und mittlerer Adoleszenz (15 bis 16 Jahre) unterschieden wurde, kann der von *Scherer* genannte Zeitraum genauer betrachtet werden. Die Wissenschaftlerinnen fanden heraus, dass 12- bis 14-Jährige mehr Informationen brauchten, um ihre *Persuasion Knowledge* zu aktivieren. Getestet wurde zum einen die Werbekennzeichnung „[The influencer] is paid to promote Fanta during this video“ und zum anderen die Werbekennzeichnung mit Hinweis auf die Werbeabsicht „[The influencer] is paid to promote Fanta during this video to make you like Fanta“.⁴⁴ Zwar führte auch die Kennzeichnung ohne Hinweis auf die Werbeabsicht dazu, dass einige der 12- bis 14-Jährigen die Werbung und die ihr zugrundeliegende Werbeabsicht erkannten.⁴⁵ Wurde der Werbekennzeichnung jedoch der Hinweis auf die Werbeabsicht hinzugefügt, erhöhten sich sowohl die Erkennbarkeit von Werbung als auch das Verständnis der Werbeabsicht signifikant.⁴⁶ Bei den 15- bis 16-Jährigen steigerte die Werbekennzeichnung das Erkennen von Werbung signifikant; die unterschiedlichen Hinweise wirkten sich bei dieser Gruppe jedoch nicht aus.⁴⁷ Außerdem zeigten nur die 15- bis 16-Jährigen die erwarteten indirekten Effekte der Werbekennzeichnung, die auch Erwachsene zeigen:⁴⁸ Sie entwickelten eine negativere Einstellung zur beworbenen Marke und zum Influencer; die Kaufbereitschaft änderte sich jedoch nicht.⁴⁹ Bei den 12- bis 14-Jährigen hatten beide Kennzeichnungen keinen Effekt: weder auf die Einstellung zur Marke oder zum Influencer noch auf die Kaufbereitschaft.⁵⁰ Die Ergebnisse sprechen dafür, dass Jugendliche in der Phase der frühen Adoleszenz anders als Erwachsene bei Werbekennzeichnungen nicht ihre Einstellungen anpassen und folglich ihre *Attitudinal Knowledge* noch nicht ausreichend ausgeprägt ist.⁵¹

⁴³ *van Reijmersdal/van Dam* J Youth Adolesc 2020, 1531.

⁴⁴ *van Reijmersdal/van Dam* J Youth Adolesc 2020, 1531 (1536).

⁴⁵ *van Reijmersdal/van Dam* J Youth Adolesc 2020, 1531 (1537).

⁴⁶ *van Reijmersdal/van Dam* J Youth Adolesc 2020, 1531 (1538).

⁴⁷ *van Reijmersdal/van Dam* J Youth Adolesc 2020, 1531 (1538).

⁴⁸ Siehe dazu Kapitel 1 C. IV. 3.

⁴⁹ *van Reijmersdal/van Dam* J Youth Adolesc 2020, 1531 (1539).

⁵⁰ *van Reijmersdal/van Dam* J Youth Adolesc 2020, 1531 (1539).

⁵¹ Vgl. *van Reijmersdal/van Dam* J Youth Adolesc 2020, 1531 (1541).

Für diese Schlussfolgerung sprechen auch die Ergebnisse der Studie von *van der Bend, Gijsman, Bucher u.a.*, in der Jugendlichen (Durchschnittsalter 13,6 Jahre) ein TikTok-Video gezeigt wurde, in dem die Marke Doritos entweder im Hintergrund gezeigt oder in die Handlung integriert beworben wurde, wobei das gezeigte Video entweder eine Werbekennzeichnung enthielt oder nicht.⁵² Die Kennzeichnung lautete: „We are paid by Doritos to advertise in this video“.⁵³ Die Werbekennzeichnung führte zwar dazu, dass die Werbung und auch die Werbeabsicht eher erkannt wurden, nicht aber dazu, dass die Werbekennzeichnung oder eine höhere *Conceptual Knowledge* zu einer höheren *Attitudinal Knowledge* oder einer negativeren Einstellung zur beworbenen Marke führten.⁵⁴ Die Forscher führten dieses Ergebnis – dass die Werbekennzeichnung die Wirkung der Beeinflussung nicht schmälerte – unter anderem darauf zurück, dass 73% der befragten Jugendlichen in die von *van Reijmersdal* und *van Dam* genannten Altersspanne von 12 bis 14 Jahren einzuordnen waren.⁵⁵

Die genannten Studien sprechen dagegen, alle Jugendliche, die soziale Medien nutzen, über einen Kamm zu scheren und deren Verständnis mit dem eines Durchschnittsverbrauchers gleichzusetzen. Im Gegenteil raten *van Reijmersdal* und *van Dam* dazu, die Kennzeichnungspflichten so anzupassen, dass auch Jugendliche im Stadium der frühen Adoleszenz die Werbung als solche eher erkennen.⁵⁶ Dieser Ratschlag sollte jedenfalls dann befolgt werden, wenn entweder Kinder und Jugendliche gezielt angesprochen werden oder wenn aufgrund der beworbenen Produkte voraussichtlich nur deren Verhalten beeinflusst wird. Angelehnt an den Versuchsaufbau von *van Reijmersdal* und *van Dam* könnte folgende Kennzeichnung gewählt werden: „Werbung: [Name des Unternehmens] hat mich dafür bezahlt, ihr Produkt [Namen des Produktes] zu bewerben, damit Du Dir [Name des Produktes] kaufst oder Deine Eltern bittest, [Name des Produktes] zu kaufen“.

⁵² Zum Versuchsaufbau: *van der Bend/Gijsman/T. Bucher* ua Computers in Human Behavior 2023, 107723 (5).

⁵³ *van der Bend/Gijsman/T. Bucher* ua Computers in Human Behavior 2023, 107723 (5).

⁵⁴ *van der Bend/Gijsman/T. Bucher* ua Computers in Human Behavior 2023, 107723 (9).

⁵⁵ *van der Bend/Gijsman/T. Bucher* ua Computers in Human Behavior 2023, 107723 (9).

⁵⁶ *van Reijmersdal/van Dam* J Youth Adolesc 2020, 1531 (1542).

D. Erkennbarkeit aus den Umständen

Liegt keine oder nur eine unzureichende Kennzeichnung vor, ist trotzdem kein Verstoß gegeben, wenn die Kennzeichnung entbehrlich war, weil sich der kommerzielle Zweck aus dem Zusammenhang ergibt.⁵⁷ Eine Kennzeichnung ist nicht erforderlich, wenn das äußere Erscheinungsbild der geschäftlichen Handlung so gestaltet ist, dass ein durchschnittlicher Verbraucher des angesprochenen Verkehrskreises⁵⁸ den kommerziellen Zweck klar, eindeutig und auf den ersten Blick erkennen kann.⁵⁹

Die Erkennbarkeit auf den ersten Blick beinhaltet eine zeitliche Komponente⁶⁰ dergestalt, dass der kommerzielle Zweck spätestens in dem Zeitpunkt erkennbar sein muss, in dem der Verbraucher eine geschäftliche Entscheidung iSd § 2 I Nr. 1 UWG 2022 oder eine damit zusammenhängende Entscheidung treffen kann.⁶¹ Diese zusammenhängende Entscheidung liegt im Influencer-Marketing bereits im Anschauen des Beitrags. Das heißt, dass der kommerzielle Zweck sofort erkennbar sein muss und nicht erst dann, wenn der Verbraucher den Beitrag einer analysierenden Betrachtung unterzogen hat⁶² oder auch nur – um die Anforderungen angesichts der geringen Aufmerksamkeitsspannen und der wenigen Beiträge, denen eine analysierende Betrachtung gewöhnlich zuteilwerden, nicht zu überspannen – in seiner Gesamtheit zur Kenntnis genommen hat.⁶³

⁵⁷ Köhler/Bornkamm/Feddersen/H. Köhler, § 5a UWG Rn. 4.26.

⁵⁸ BGH GRUR-RS 2021, 26632 (Rn. 70) – Cathy Hummels; BGH MMR 2021, 875 (Rn. 87) – Influencer I (lu_coaching).

⁵⁹ BGH MMR 2021, 875 (Rn. 87) – Influencer I (lu_coaching); BGH GRUR 2021, 1414 (Rn. 34) – Influencer II (ohhcouture); BGH GRUR-RS 2021, 26632 (Rn. 70) – Cathy Hummels; OLG Celle MMR 2017, 769 (Rn. 17) – Rossmann; OLG Koblenz WRP 2021, 677 (Rn. 65 f., 69 ff.) – Influencer Tap-Tags; OLG Hamburg GRUR-RS 2020, 18139 (Rn. 24) – ohhcouture; Köhler/Bornkamm/Feddersen/H. Köhler, § 5a UWG Rn. 4.26.

⁶⁰ Wiebe/Kreutz WRP 2015, 1179 (1183).

⁶¹ Köhler/Bornkamm/Feddersen/H. Köhler, § 5a UWG Rn. 4.27.

⁶² BGH GRUR 2021, 1414 (Rn. 35) – Influencer II (ohhcouture); OLG Koblenz WRP 2021, 677 (Rn. 71) – Influencer Tap-Tags.

⁶³ BGH GRUR 2021, 1414 (Rn. 36) – Influencer II (ohhcouture); BGH GRUR-RS 2021, 26632 (Rn. 72) – Cathy Hummels; BGH MMR 2021, 875 (Rn. 89) – Influencer I (lu_coaching).

Denn nach eingehenderer Betrachtung war der Verbraucher der Werbebotschaft unvorbereitet ausgesetzt,⁶⁴ während er dieser skeptischer gegenübergetreten wäre, wenn durch eine eindeutige Kennzeichnung seine *Persuasion Knowledge* aktiviert worden wäre.

In einer Anmerkung zum Urteil des LG Köln⁶⁵ schreibt *Eibenstein*,⁶⁶ es sei denklologisch nicht erklärbar, „warum sich das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung eindeutig aus den Umständen ergeben soll, andererseits aber der Durchschnittsadressat die Werbung als solche nicht erkennt und deshalb eines besonderen Schutzes bedarf.“ Diese Aussage greift der BGH auf, indem er feststellt: „Es ist nicht widersprüchlich, dass auch Instagram-Beiträge kennzeichnungsbedürftig sein können, deren werblicher Überschuss erst nach dem Studium des gesamten Beitrags erkennbar ist.“⁶⁷

Um diese Aussagen zu überprüfen, lohnt sich ein Blick auf die Voraussetzungen, unter denen ein werblicher Überschuss angenommen wird, und darauf, wann ein objektiver Zusammenhang vorliegt.

*Alberts*⁶⁸ führt u.a. als Indizien für einen werblichen Überschuss beispielhaft an: pauschal lobende Berichte, deutliche Aufforderung zur Inanspruchnahme der Unternehmensleistung, lobende und reklamehafte Hervorhebung ohne kritische Distanz, wiederholtes namentliches Herausstellen des Produktes. Ein objektiver Zusammenhang wird dann angenommen, wenn die Handlung objektiv nur so verstanden werden kann, dass sie vorrangig auf eine Förderung abzielt.⁶⁹ Führt man diese beiden Prämissen zusammen, ergibt sich, dass ein werblicher Überschuss dann vorliegt, wenn durch reklamehafte Hervorhebungen o.ä. die Handlung nur so verstanden werden kann, dass sie vorrangig auf eine Förderung abzielt. Gleichzeitig führt eine reklamehafte Hervorhebung und wiederholtes namentliches Herausstellen des Produktes dazu, dass der kommerzielle Zweck

⁶⁴ BGH GRUR-RS 2021, 26632 (Rn. 72) – Cathy Hummels.

⁶⁵ LG Köln GRUR-RS 2020, 17906 – Diana zur Löwen.

⁶⁶ *Eibenstein* ZVertriebsR 2020, 320 (321).

⁶⁷ BGH MMR 2021, 875 (Rn. 89) – Influencer I (lu_coaching) mit Verweis auf *Alberts*, Influencer-Marketing, S. 85.

⁶⁸ *Alberts*, Influencer-Marketing, S. 75.

⁶⁹ Siehe dazu Kapitel 4.

aus den Umständen erkennbar ist und dementsprechend eine Kennzeichnungspflicht entfällt.⁷⁰

Inwiefern dies denklogisch miteinander vereinbar ist, hängt zum einen davon ab, ob man tatsächlich erst bei Vorliegen der genannten Indizien einen werblichen Überschuss annimmt. Wenn nach dem OLG Karlsruhe⁷¹ und dem LG Köln⁷² dieser bereits dann vorliegen soll, wenn fremde Unternehmen durch Tap Tags unentgeltlich verlinkt werden, ist gleichzeitig der kommerzielle Zweck in Form der Förderung des verlinkten Unternehmens – wenn man denn einen annehmen wollte – nicht auf den ersten Blick und eindeutig erkennbar.

Zum anderen hängt es davon ab, welche Anforderungen an die Erkennbarkeit des kommerziellen Zwecks gestellt werden. Wenn die Hürden an die Annahme eines werblichen Überschusses zwar hoch, aber die Hürden an die eindeutige Erkennbarkeit noch höher sind, verbleibt dazwischen ein Bereich, der kennzeichnungspflichtig sein kann. Maßgebliches Argument dafür, dass diese Handhabung nicht denklogisch ausgeschlossen ist, ist die Erkennbarkeit auf den ersten Blick, an die dementsprechend hohe Anforderungen gestellt werden müssen. Trotzdem hat *Eibenstein*⁷³ einen Punkt, wenn er sagt, dass die beiden Aspekte nicht zusammenpassen: Einerseits wird das Vorliegen eines werblichen Überschusses und damit der geschäftlichen Handlung zugunsten eines fremden Unternehmens darauf gestützt, dass die Verbraucher die Handlung als Fremdförderung verstehen. Andererseits wird die Kennzeichnungspflicht auf das Bedürfnis gestützt, den Verbraucher zu schützen, da dieser die Förderung nicht (auf den ersten Blick) erkenne.

Wenn man bei unentgeltlichen Handlungen das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung an den werblichen Überschuss knüpft, für den die gleichen Indizien herangezogen werden wie für die eindeutige Erkennbarkeit, liegt ein Widerspruch vor, der nur durch eine restriktive Handhabung der Erkennbarkeit auf den ersten Blick aufgelöst werden kann.

⁷⁰ Vgl. OLG Düsseldorf WRP 2010, 1067 (1070 f.) – Redaktionelle Werbung für Arzneimittel; siehe dazu Kapitel 4 C. II.

⁷¹ OLG Karlsruhe GRUR-RS 2020, 22210 (Rn. 79) – Pamela Reif.

⁷² LG Köln GRUR-RS 2020, 17906 (Rn. 41) – Diana zur Löwen.

⁷³ *Eibenstein* ZVertriebsR 2020, 320 (321).

Damit die Kennzeichnung entbehrlich ist, muss jeder mit dem Kommunikationsakt verfolgten Zweck erkennbar sein.⁷⁴ Aus diesem Grund wird im Folgenden danach unterschieden, ob der kommerzielle Zweck der Handlung zugunsten eines fremden Unternehmens oder der kommerzielle Zweck zugunsten des eigenen Unternehmens aus den fraglichen Umständen erkannt werden kann.⁷⁵

I. Geschäftliche Handlung zugunsten des fremden Unternehmens

An die Offensichtlichkeit der Förderung eines fremden Unternehmens sind hohe Anforderungen zu stellen, um den Schutzzweck der Norm nicht leer laufen zu lassen.⁷⁶ Beispielhaft sei das bereits genannte Urteil des OLG Düsseldorf⁷⁷ angeführt, in dem reklamehafte Hervorhebung, die Verwendung typischer Werbesprache und das wiederholte namentliche Herausstellen des Produktes dazu führten, dass das Gericht keine Werbekennzeichnung einforderte, obwohl das genannte Unternehmen für die Veröffentlichung des Beitrags in einer Zeitschrift ein Entgelt gezahlt hatte. Eben solche Handlungen sollen zu einem werblichen Überschuss führen, durch den unabhängig von der Zahlung eines Entgelts eine Kennzeichnungspflicht begründet wird.⁷⁸

Würde man die Wertungen dieses Urteils auf das Influencer-Marketing übertragen, hätte man das absurde Ergebnis, dass man den werblichen Überschuss nur ins Unermessliche steigern müsste, um die Kennzeichnungspflicht abzuschütteln. Dass dies dann auch – wie im Fall des OLG Düsseldorf – bei entgeltlichen Beiträgen möglich wäre, während unentgeltliche Beiträge mit dem richtigen Maß an werblichem Überschuss die Voraussetzungen der Kennzeichnungspflicht des § 5a VI UWG 2015 erfüllen,⁷⁹ wäre den Verbrauchern, die durch diese Vorschrift geschützt werden sollen, wohl kaum zu vermitteln.

⁷⁴ BGH MMR 2021, 875 (Rn. 92) – Influencer I (lu_coaching).

⁷⁵ So auch OLG Karlsruhe GRUR-RS 2020, 22210 (Rn. 99) – Pamela Reif.

⁷⁶ *Fries*, Influencer-Marketing, S. 163.

⁷⁷ OLG Düsseldorf WRP 2010, 1067 – Redaktionelle Werbung für Arzneimittel.

⁷⁸ *Alberts*, Influencer-Marketing, S. 75.

⁷⁹ An dieser Stelle sei angemerkt, dass der BGH in Fällen der unentgeltlichen Beiträge mit werblichem Überschuss eine Kennzeichnungspflicht durch den Vorrang von § 6 I Nr. 1 TMG, § 58 I 1 RStV, § 22 I 1 MStV ablehnt, BGH GRUR-RS 2021, 26632 (Rn. 87, 99) – Cathy Hummels.

Als subtilere Werbeform dürfte das Influencer-Marketing ohnehin nicht oder nur nachrangig auf die reklamehafte Hervorhebung und das wiederholte namentliche Herausstellen des Produktes setzen.⁸⁰ Wenn aber – scheinbar ironisch – die genannten Mittel genutzt würden, läge eine Kennzeichnungspflicht vor, wenn für den Beitrag ein Entgelt gezahlt wurde. Könnte der Beitrag auch ironisch verstanden werden, fehlte es auch schon an der eindeutigen Erkennbarkeit.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es im Influencer-Marketing keine tatsächlich genutzten Werbetechniken gibt, die so eindeutig auf das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung zugunsten des fremden Unternehmens hinweisen, dass ohne Kennzeichnung der kommerzielle Zweck eindeutig und ohne jeden Zweifel erkennbar ist. Es reicht schließlich nicht aus, wenn nur eine äußerst positive Beschreibung des Produktes erkannt wird.⁸¹ Liegt folglich eine geschäftliche Handlung zugunsten eines fremden Unternehmens vor und wurde für den Beitrag ein Entgelt gezahlt, ist eine Kennzeichnung erforderlich.

Auch wenn kein Entgelt gezahlt wurde und trotzdem eine geschäftliche Handlung zugunsten eines fremden Unternehmens angenommen wird, kann man das gewünschte Ergebnis – dass keine Kennzeichnungspflicht greift – nicht dadurch erreichen, dass man auch den kommerziellen Zweck zugunsten des fremden Unternehmens eindeutig und auf den ersten Blick aus den Umständen erkennen können will.⁸² Das OLG Hamburg und das LG München I nahmen eine geschäftliche Handlung zugunsten des fremden Unternehmens an und urteilten dann, dass kein Verstoß vorliege, da bereits unmittelbar aus den Umständen erkennbar sei, dass geschäftliche Handlungen vorlägen.⁸³

*Maier*⁸⁴ nahm Stellung zum Urteil des OLG Karlsruhe, das richtigerweise feststellte, dass sich der kommerzielle Zweck zugunsten des eigenen Unternehmens

⁸⁰ Vgl. auch BGH MMR 2021, 875 (Rn. 90) – Influencer I (lu_coaching).

⁸¹ BGH GRUR-RS 2021, 26632 (Rn. 71) – Cathy Hummels; BGH GRUR 2021, 1414 (Rn. 35) – Influencer II (ohhcouture).

⁸² So aber OLG Hamburg GRUR-RS 2020, 18139 (Rn 38, 49) – ohhcouture; LG München I MMR 2019, 544 (Rn. 41 ff.) – Cathy Hummels; *Maier* jurisPR-WettbR 20/2020 Anm. 5 (4).

⁸³ OLG Hamburg GRUR-RS 2020, 18139 (Rn. 38, 49) – ohhcouture; LG München I MMR 2019, 544 (Rn. 41 ff.) – Cathy Hummels; zustimmend *Eibenstein/Schlereth* MMR 2020, 771 (771 f).

⁸⁴ *Maier* jurisPR-WettbR 20/2020 Anm. 5.

sich aus den Umständen ergibt, der zugunsten des fremden Unternehmens jedoch nicht.⁸⁵ Er widersprach, es leuchte nicht ein, denselben Verkehrskreisen, die das Geschäftsmodell kennen und aufgrund dessen auch das Eigeninteresse der Influencerin erkannten, die Erkenntnis abzuspüren, dass der Einsatz von Tap Tags auch kommerziellen Drittinteressen diene.⁸⁶ Aufgrund des verifizierten Instagram-Accounts und der hohen Followerzahl sei erkennbar, dass es sich um einen Auftritt handele, der allein zu kommerziellen Zwecken unterhalten werde.⁸⁷

Zwar sind die ergebnisorientierten Bemühungen⁸⁸ nachzuvollziehen. Mit diesen Erwägungen lässt sich jedoch nichts erreichen. Würde man nicht differenzieren und den kommerziellen Zweck einer geschäftlichen Handlung zugunsten eines fremden Unternehmens an dem verifizierten Account und den Followerzahlen erkennen wollen, müsste man das auch dann, wenn bezahlte Beiträge vorlägen. Dann würde die Kennzeichnungspflicht ohne Ausnahme entfallen, sodass Nutzer nicht mehr erkennen könnten, bei welchen Beiträgen es sich um Werbung handelt.⁸⁹

Alberts schließt sich der Ansicht des LG München I nur insoweit an, als dass die Eigeninteressen durch verifiziertes Profil und Followerzahl zu erkennen sind.⁹⁰ Hinsichtlich der Erkennbarkeit der Förderung von Drittinteressen wird richtigerweise festgestellt, dass diese sich nicht durch die genannten Umstände erkennen lässt.⁹¹ Allerdings sind die Ausführungen aus folgenden Gründen zu kritisieren. Geschrieben wird: „Auch bei einem nicht bezahlten Beitrag des Influencers, durch den ein Unternehmen oder ein Produkt übermäßig lobend dargestellt wird, und aufgrund dieser Tatsache eine geschäftliche Handlung mit einem kommerziellen Zweck anzunehmen ist, kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Follower diesen werbebezogenen Überschuss auf den ersten Blick erkennen.“⁹² Es folgt ein Rekurs auf das Urteil des LG München I und

⁸⁵ OLG Karlsruhe GRUR-RS 2020, 22210 (Rn. 99 f., 102) – Pamela Reif.

⁸⁶ *Maier* jurisPR-WettbR 20/2020 Anm. 5 (4).

⁸⁷ *Maier* jurisPR-WettbR 20/2020 Anm. 5 (4).

⁸⁸ Vgl. auch *Maier* jurisPR-WettbR 20/2020 Anm. 5 (5).

⁸⁹ So auch *Köberlein* ZVertriebsR 2020, 221 (223); *Wagner* jurisPR-ITR 12/2019 Anm. 5.

⁹⁰ *Alberts*, Influencer-Marketing, S. 86.

⁹¹ *Alberts*, Influencer-Marketing, S. 85 f.

⁹² *Alberts*, Influencer-Marketing, S. 85.

dann: „Eine solche allgemeine Kennzeichnung des gesamten Profils als kommerziell [durch Verifizierung, Anm. d. Verf.], durch welche eine Einzelfallkennzeichnung nicht mehr erforderlich sein soll, würde zudem dazu führen, dass tatsächlich werbliche, bezahlte Beiträge eben nicht mehr von nicht wirklich werblichen unbezahlten, möglicherweise aber dennoch als kommerziell eingestuftem Beiträgen zu trennen wären.“⁹³

Hinsichtlich der Rechtsfolgen, die die Annahme eines werblichen Überschusses bei unentgeltlichen Erwähnungen nach sich zieht, tritt genau das Ergebnis ein, das bei der Lösung des LG Köln I kritisiert wurde.⁹⁴ Wenn man einen werblichen Überschuss bejaht, die Erkennbarkeit aus den Umständen verneint und den § 5a VI UWG auch bei unentgeltlichen Beiträgen für anwendbar erklärt, sind „nicht wirklich [werbliche unbezahlte], möglicherweise aber dennoch als kommerziell [eingestufte Beiträge]“ kennzeichnungspflichtig. So wie „tatsächlich werbliche, bezahlte Beiträge“ eben auch. Zu einer Unterscheidung aus Sicht der Nutzer käme es nur dann, wenn man unterschiedliche Kennzeichnungen verwendete. Teilweise wird von Influencern für erstere Fallgruppe „unbezahlte Werbung“, „unbezahlte Partnerschaft mit...“ oder „Kennzeichnung weil Markennennung“ verwendet. Auf abweichende Kennzeichnungen für „nicht wirklich werbliche Beiträge“ mit werblichem Überschuss wird in der genannten Arbeit nicht eingegangen,⁹⁵ sodass bei konsequenter Anwendung das einträte, weshalb die Handhabung des LG München I abgelehnt wurde.

II. Geschäftliche Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens

In der Entscheidung, in der über die Handlungen der Influencerin *Diana zur Löwen*⁹⁶ entschieden wurde, hatte der BGH Gelegenheit, Gründe für die Offensichtlichkeit der geschäftlichen Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens herauszustellen. Anlass war, dass das OLG Köln als Berufungsgericht angenommen hatte, dass die Förderung des eigenen Unternehmens wegen der Vermischung von privaten und werblichen Inhalten nicht erkennbar sei.⁹⁷

⁹³ *Alberts*, Influencer-Marketing, S. 86.

⁹⁴ *Alberts*, Influencer-Marketing, S. 86.

⁹⁵ Vgl. *Alberts*, Influencer-Marketing, S. 142 f., 144.

⁹⁶ BGH GRUR 2022, 490 – Influencer III (Diana zur Loewen); siehe auch BGH GRUR-RS 2022, 2333 (Rn. 51 f.) – Verschleierte Werbung für einen Friseursalon im Instagram-Beitrag einer professionell agierenden Influencerin (vanezia_blum).

⁹⁷ OLG Köln GRUR-RR 2021, 167 (Rn. 40 ff.) – Diana zur Löwen.

1. Grundsatz: Eigenförderung wird erkannt

Der BGH stellte fest, dass Umständen wie die Verifizierung des Profils, die hohe Anzahl an Followern und die Bekanntheit der Influencerin Bedeutung hinsichtlich der Erkennbarkeit der eigennützigen Tätigkeit der Influencerin zukommen konnte, und erteilte den Ausführungen des Berufungsgerichts eine Absage: die Feststellungen des OLG Köln reichten nicht aus für die Annahme, der Zweck der Eigenförderung sei nicht erkennbar.⁹⁸

Das ist konsequent. Nimmt man aufgrund des Geschäftsmodells an, dass selbst private oder privat anmutende Beiträge geschäftliche Handlungen zugunsten des eigenen Unternehmens darstellen, wird damit ausgesagt, dass ein objektiver Zusammenhang vorliegt. Dieser objektive Zusammenhang mit der Eigenförderung liegt deshalb vor, weil davon ausgegangen wird, dass der Durchschnittsnutzer in Kenntnis des Geschäftsmodells alle Beiträge eines Influencers als Eigenförderung des Influencers versteht. Wenn die Eigenförderung mit dem Wissen des Durchschnittsnutzers um das Geschäftsmodell begründet wird, kann dem gleichen Durchschnittsnutzer nicht die Fähigkeit abgesprochen werden, geschäftliche Handlungen zugunsten des eigenen Unternehmens, die dem Geschäftsmodell entsprechen, als solche zu erkennen.

Natürlich führt nicht jedes Vorliegen eines objektiven Zusammenhangs auch dazu, dass die Offensichtlichkeit aus den Umständen bejaht werden muss. Diese Schlussfolgerung muss aber dann gezogen werden, wenn in beiden Fällen an die gleiche standardisierte Tätigkeit (Vermischung von werblichen und privaten Inhalten) angeknüpft wird, ohne dass es auf Umstände des Einzelfalls ankommt. Es ist nicht denkbar, dass dieses Geschäftsmodell einerseits so bekannt ist, dass auch privat anmutende Beiträge als geschäftliche Handlungen verstanden werden, und andererseits genau diese – dem Geschäftsmodell entsprechende – Vermischung dazu führen soll, dass die Eigenförderung nicht erkannt wird.

Es muss folglich für die Erkennbarkeit der Förderung des eigenen Zwecks ausreichen, wenn erkannt wird, dass ein Influencer handelt, da dessen Geschäftsmodell als bekannt vorausgesetzt werden kann.

Die Erwägungen bezüglich Unternehmenshomepages, bei denen der kommerzielle Zweck offensichtlich ist, wenn erkannt wird, dass es sich um eine Unter-

⁹⁸ BGH GRUR 2022, 490 (Rn. 46, 48) – Influencer III (Diana zur Loewen).

nehmenshomepage handelt, sind mithin auf das Influencer-Marketing übertragbar.⁹⁹ Dass Follower ggf. nicht erwarten, dass die Bewerbung nicht der persönlichen Überzeugung entspricht, sondern nur vorgenommen wird, weil der Influencer dafür bezahlt wird,¹⁰⁰ ändert nichts an der Erkennbarkeit der Eigenförderung. In diesem Fall wissen die Follower um das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung und irren lediglich über den Beweggrund des Influencers.

2. Problem: Was ist, wenn eigenes Produkt erwähnt wird?

Die Rechtsprechung des BGH könnte wie folgt verstanden werden: Der kommerzielle Zweck einer geschäftlichen Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens ist aus den Umständen erkennbar, wenn die Influencereigenschaft aus dem Beitrag ersichtlich ist.¹⁰¹ Dass dies nicht uneingeschränkt gelten kann, zeigt folgendes Beispiel:¹⁰²

Der Influencer *Flying U.* stellt in einem YouTube-Video Proteinpulver eines Unternehmens vor, dessen Geschäftsführer er selbst ist. Begründet die fehlende Kennzeichnung die Unlauterkeit nach § 5a IV 1 UWG?

Ohne Einschränkung des genannten Grundsatzes scheiterte eine Kennzeichnungspflicht daran, dass die Influencereigenschaft erkennbar ist. Das von *Köberlein*¹⁰³ genannte Argument, dass nicht aus einem Instagram-Beitrag hervorgeht, wie viele Follower der Ersteller hat und ob es sich um einen Influencer handelt, kann im genannten Beispiel nicht gegen die Erkennbarkeit sprechen: Bei YouTube-Videos ist unter dem Namen des Erstellers die Zahl seiner Abonnenten angegeben.

Wenn ein Influencer Produkte seines eigenen Unternehmens bewirbt, ohne dass erkennbar ist, dass es sich um die eigenen Produkte handelt, wäre es unbefriedigend, wenn er den Beitrag nicht als Werbung kennzeichnen müsste. Das

⁹⁹ A.A. *Fries*, Influencer-Marketing, S. 163 f.

¹⁰⁰ Vgl. *Fries*, Influencer-Marketing, S. 164.

¹⁰¹ Vgl. BGH MMR 2021, 875 (Rn. 92) – Influencer I (lu_coaching); BGH GRUR 2021, 1414 (Rn. 34, 37 ff.) – Influencer II (ohhcouture); BGH GRUR-RS 2021, 26632 (Rn. 70, 73) – Cathy Hummels; vgl. BGH GRUR 2022, 490 (Rn. 48) – Influencer III (Diana zur Loewen).

¹⁰² Nach *Medienanstalt Hamburg/Schleswig-Holstein*, MA HSH geht gegen Schleichwerbung bei YouTube vor, <https://www.ma-hsh.de/infothek/pressemitteilung/ma-hsh-geht-gegen-schleichwerbung-bei-youtube-vor.html> (zuletzt abgerufen am: 22.08.2024); siehe dazu auch *Reimann* UFITA 83 (2019), 428 (439 f.).

¹⁰³ *Köberlein* ZVertriebsR 2022, 102 (107).

gewünschte Ergebnis – die Bejahung der Kennzeichnungspflicht – kann erreicht werden, wenn die BGH-Rechtsprechung unter einem anderen Aspekt herangezogen wird.

Die Erkennbarkeit des Umstands, dass die Influencerin *Luisa-Maxime Huss* zugunsten ihres eigenen Unternehmens handelte, reichte dem BGH nicht aus, um die Kennzeichnungspflicht der geschäftlichen Handlungen zugunsten fremder Unternehmen, für die sie ein Entgelt erhalten hatte, zu verneinen.¹⁰⁴ Aus den dargelegten Umständen (Verifizierung des Profils, hohe Followerzahl, generelle Bekanntheit) ergebe sich keine Erkennbarkeit des Handelns zugunsten eines fremden Unternehmens.¹⁰⁵ Erforderlich sei, dass sich nicht nur überhaupt eine kommerzielle Zweckverfolgung aus den Umständen ergebe, sondern dass jeder mit einem Kommunikationsakt verfolgte Zweck erkennbar sei.¹⁰⁶ Dabei wird vom BGH nur zwischen kommerziellem Zweck in der Form der Eigenförderung einerseits und kommerziellem Zweck als Fremdförderung andererseits unterschieden.

Die Formulierung, dass jeder mit einem Kommunikationsakt verfolgte Zweck erkennbar sein muss, steht nicht der Auslegung entgegen, dass auch innerhalb der geschäftlichen Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens unterschieden werden muss. Ein – beim Influencer-Marketing wohl regelmäßig verfolgter Zweck – ist der, mit ansprechenden Beiträgen Follower zu gewinnen und zu halten und damit den eigenen Werbewert zu steigern. Dieser Zweck ergibt sich dann aus den Umständen, wenn die Influencereigenschaft des Beitragserstellers erkennbar ist. Ein anderer mit dem Kommunikationsakt verfolgter Zweck kann – wie im Beispiel – darin liegen, den Absatz eigener Produkte zu steigern. Beide Zwecke werden im Rahmen der Eigenförderung relevant. Der Zweck, den Absatz eigener Produkte zu steigern, wird jedoch nicht dadurch deutlich, dass die Influencereigenschaft erkennbar ist.

¹⁰⁴ BGH MMR 2021, 875 (Rn. 92) – Influencer I (lu_coaching) siehe auch BGH GRUR 2022, 490 (Rn. 46) – Influencer III (Diana zur Loewen).

¹⁰⁵ BGH MMR 2021, 875 (Rn. 90, 92) – Influencer I (lu_coaching).

¹⁰⁶ BGH MMR 2021, 875 (Rn. 92) – Influencer I (lu_coaching).

E. Kennzeichnungsmodalitäten

Sofern sich der kommerzielle Zweck nicht schon aus den Umständen ergibt, ist er durch geeignete Kennzeichnung kenntlich zu machen. Da der kommerzielle Zweck zugunsten des eigenen Unternehmens sich regelmäßig aus den Umständen ergibt, beziehen sich die folgenden Ausführungen nur auf die Kenntlichmachung der Förderung eines fremden Unternehmens. Einigkeit besteht darin, dass eine Kennzeichnung als „Werbung“ oder „Anzeige“ an erster Stelle unter dem Bild¹⁰⁷ oder als dauerhafte Einblendung in einem Video¹⁰⁸ ausreicht. Möglichst unaufdringliche Hinweise wie das Wort „Werbung“ im Fließtext reichen nicht aus.¹⁰⁹

I. Gestaltung der Kennzeichnung als Hashtags

Es wird teilweise empfohlen, dann, wenn zur Kennzeichnung des kommerziellen Zwecks Hashtags verwendet würden, „#Anzeige“ oder „#Werbung“ als ersten Hashtag zu nennen.¹¹⁰ Ein Hashtag innerhalb einer „Hashtagwolke“¹¹¹ und auch am Ende einer solchen reicht nicht aus. Aber auch die Kennzeichnung als Hashtag am Anfang einer Ansammlung von Hashtags ist als einzige Kennzeichnung nicht ausreichend.¹¹² Das ergibt sich aus dem Sinn und Zweck von Hashtags und der Bedeutung für die Nutzer von sozialen Medien. Hashtags sind netzwerkinterne Verlinkungen und dienen der einfachen Auffindbarkeit von Beiträgen zu einem bestimmten Thema. Möchten Nutzer sozialer Medien Pärchenfotos anschauen, geben sie „#couplegoals“ in die Suchleiste ein. Gleichzeitig schreiben Nutzer, die möchten, dass das Foto von ihnen mit Partner oder Partnerin weitere Verbreitung erlangt als nur innerhalb der eigenen

¹⁰⁷ Böse MDR 2019, 769 (773); Fuchs/Hahn MMR 2016, 503 (506); Hoche IPRB 2019, 165 (168); Schonhofen/Detmering WRP 2018, 1171 (1176); Köberlein ZV ertriebsR 2020, 221 (224); Leeb/Maisch ZUM 2019, 29 (35).

¹⁰⁸ Köhler/Bornkamm/Fedderson/H. Köhler, § 5a UWG Rn. 4.104; Böse MDR 2019, 769 (773); Maatz, Influencer-Marketing, S. 757.

¹⁰⁹ BGH GRUR-RS 2022, 2333 (Rn. 41, 47) – Verschleierte Werbung für einen Friseursalon im Instagram-Beitrag einer professionell agierenden Influencerin (vanezia_blum).

¹¹⁰ Troge GRUR-Prax 2018, 87 (89); Schonhofen/Detmering WRP 2018, 1171 (1176).

¹¹¹ OLG Celle MMR 2017, 769 (Rn. 12) – Rossmann; Begriff nach Sobottka/Czernik MMR 2017, 771.

¹¹² So auch Leeb/Maisch ZUM 2019, 29 (35); aA Gerecke GRUR 2018, 153 (159).

Followerschaft, diesen Hashtag unter ihr Foto, um das Bild in der Sammlung an Pärchenbildern auszustellen. Hashtags sollten folglich das wiedergeben, was in der Regel auf dem Bild und im Beitrag ohnehin zu erkennen ist. Die Information „#couplegoals“ bringt dem Betrachter folglich nur dann einen Mehrwert, wenn sich ausnahmsweise nicht aus Text und Bild ergeben sollte, in welchem Verhältnis die abgebildeten Personen zueinander stehen. Wenn Hashtags in der Regel keinen Mehrwert bieten, werden sie vom durchschnittlichen Nutzer nicht wahrgenommen und dann ist eine Kennzeichnung als Hashtag auch nicht auf den ersten Blick erkennbar.¹¹³

Ob diese Ausführungen auch für die Kennzeichnung „#Werbung“ gelten, die sich oberhalb des Textes befinden und nach der keine sonstigen Hashtags aufgeführt werden, ließe sich nur mit Studien feststellen. Es kann aus den genannten Gründen aber jedenfalls insgesamt von der Gestaltung der Kennzeichnung als Hashtag abgeraten werden. Auch der Umstand, dass die Gestaltung als Hashtag auf Instagram zu einer Hervorhebung in blauer Schrift führt, was teilweise empfohlen wird, um vermeintlich eine bessere Erkennbarkeit zu gewährleisten,¹¹⁴ kann nichts an dieser Einschätzung ändern. Die Studien zur *banner blindness*, in denen relevante Informationen in auffälligen Bannern untergebracht waren und gerade deshalb nicht gefunden wurden,¹¹⁵ zeigen, dass optische Hervorhebungen den Verbrauchern auch dabei helfen können, schnell zu entscheiden, was sie sich gerade nicht durchlesen möchten.

II. Nutzung des Branded Content Tools von Instagram

Auf Instagram kann zwischen Profilnamen und Bild oder Video eingefügt werden: „Bezahlte Partnerschaft mit [Name des geförderten Unternehmens]“. Die Studien dazu, welche Elemente einer Internetseite wahrgenommen werden, könnten nahelegen, dass das von Instagram zur Verfügung gestellte Instrument allein nicht ausreicht, da es nicht ausreichend beachtet werden könnte.¹¹⁶ Dafür

¹¹³ Vgl. OLG Celle MMR 2017, 769 (Rn. 11) – Rossmann.

¹¹⁴ *Fuchs/Hahn* MMR 2016, 503 (506); *Gerecke* GRUR 2018, 153 (159); *Klickermann* MMR 2020, 150 (153).

¹¹⁵ *Benway* Proceedings of the Human Factors and Ergonomics Society 42nd Annual Meeting 1998, 463 (463).

¹¹⁶ Siehe dazu Kapitel 1 C. IV. 2.; die Zulässigkeit bejahend: *Spindler/Schuster/Micklitz/Namysłowska*, TMG § 6 Rn. 49; *Leeb/Maisch* ZUM 2019, 29 (36); *Gerecke* GRUR 2018, 153 (158); *Sobotka/Czernik* MMR 2017, 771 (771); *Radtke/Camen* WRP 2020, 24 (28).

könnte ebenfalls sprechen, dass der Ort, an dem das Foto aufgenommen wurde, der alternativ an dieser Stelle aufgeführt werden kann, keine Information ist, die den Durchschnittsverbraucher beim Durchscrollen interessieren würde. Allerdings bewegt sich der Text der Werbekennzeichnung nach links und rechts, während alle anderen Texte der Seite – auch eine an gleicher Stelle stehende Ortsangabe – statisch bleiben. Insgesamt ist wohl von einer ausreichenden Erkennbarkeit auszugehen.

Mallick und *Weller*¹¹⁷ führen an, dass die Platzierung unter dem Profilnamen und nicht innerhalb des Beitrags auch so verstanden werden könne, „dass der Influencer grundsätzlich eine bezahlte Partnerschaft mit einem bestimmten Unternehmen unterhält“, weswegen diese Kennzeichnung nicht ausreiche. Ein solches Verständnis durch die Follower wäre jedoch unschädlich, wie an den folgenden drei Fällen verdeutlicht wird. Es wird jeweils davon ausgegangen, dass ein Werbevertrag besteht, da die Kennzeichnung nur veröffentlicht wird, wenn das in der Kennzeichnung erwähnte Unternehmen der Veröffentlichung zustimmt.¹¹⁸

Sollte es sich erstens beim Beitrag um bezahlte Werbung handeln und auch Produkte des in der Werbekennzeichnung erwähnten Unternehmens gezeigt werden, wird der Durchschnittsverbraucher verstehen, dass der konkrete Beitrag Werbung darstellt, selbst wenn zuvor angenommen wurde, die Kennzeichnung sei allgemein auf das Vertragsverhältnis zwischen Influencer und Unternehmen bezogen.

Sollte zweitens für den konkreten Beitrag nicht bezahlt worden sein, aber dieser im Zusammenhang mit bezahlten Beiträgen veröffentlicht werden, – etwa weil mehr als die vereinbarte Anzahl an Beiträgen veröffentlicht wurde – liegt darin nach der hier vertretenen Auffassung ein kennzeichnungspflichtiger Beitrag.¹¹⁹ Bei diesem ist – ebenso wie beim Beitrag im ersten Fall – spätestens nach Durchsicht die Fremdförderung des konkreten Beitrags ersichtlich.

¹¹⁷ *Mallick/Weller* WRP 2018, 155 (160).

¹¹⁸ *Meta*, Mithilfe des Labels „Bezahlte Werbepartnerschaft“ organischen Branded Content auf Instagram markieren | Instagram-Hilfereich, <https://de-de.facebook.com/help/instagram/1109894795810258> (zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).

¹¹⁹ Siehe dazu Kapitel 7 C. IV. 3.

Sollte drittens der Beitrag keinen Bezug zum in der Kennzeichnung erwähnten Unternehmen aufweisen (und die Kennzeichnung trotzdem genehmigt werden), kann die Aussage wohl nur in dem von *Mallick* und *Weller* genannten Sinne verstanden werden. Dann ist eine Kennzeichnung des Beitrags nicht notwendig. Dass dieser Fall auftreten kann, ändert nichts daran, dass die Kennzeichnung in den beiden zuvor dargestellten Fällen ihren Zweck erfüllt.

III. Euphemismen und Dysphemismen

Auffallend ist, dass gerne positiv konnotierte Ausdrücke wie „Zusammenarbeit“, „Partnerschaft“ oder auch „Unterstützt durch“ verwendet werden. In der Linguistik sind zwei Theorien zur Wirkung von Euphemismen vorherrschend:¹²⁰ Nach der *Contamination-Theory* werden Euphemismen durch regelmäßige Verwendung mit der negativen Bedeutung „kontaminiert“ und in der Folge ebenso negativ wahrgenommen wie das Ursprungswort, das ersetzt werden sollte, sodass ein neuer Euphemismus gefunden werden muss. Jedenfalls die sich über die Zeit ändernden Bezeichnungen für Menschen mit körperlichen oder kognitiven Beeinträchtigungen oder solche, die an Adipositas leiden, sprechen für diese Auffassung.

Nach der *Camouflage-Theorie* gehen Menschen davon aus, dass ihre Gesprächspartner grundsätzlich geläufige Redewendungen nutzen, außer es gibt einen besonderen Grund, dies nicht zu tun. So besteht semantisch zwischen „*Can you tell me what time it is?*“ und „*Are you capable of telling me what time it is?*“ kein Unterschied. Während der erste Satz aber als Bitte um Information verstanden würde, würde der zweite vom Adressaten eher als Beleidigung seiner Intelligenz aufgefasst.¹²¹ Damit Euphemismen das Unwohlsein reduzieren können, das durch Kommunikation über unangenehme Themen entstehen könnte, sollten sie – ähnlich wie es Soldaten in Tarnfarben tun – sich in die Umgebung einfügen, um möglichst wenig Aufmerksamkeit auf sich zu ziehen. In sozialen Netzwerken, die im Namen das Wort „sozial“ tragen, weil sie vornehmlich auf die Darstellung von Beziehungen zwischen Menschen ausgerichtet sind, sind

¹²⁰ Siehe den Überblick bei *McGlone/Beck/Pfister* *Communication Monographs* 2006, 261 (262 ff.) mwN.

¹²¹ *McGlone/Beck/Pfister* *Communication Monographs* 2006, 261 (263) mit Verweis auf *Clark* *Cognitive Psychology* 1979, 430 (433).

Worte wie „Partnerschaft“ und „Unterstützung“ besonders geeignet, zwischen Beiträgen über Beziehungen und Freundschaften nicht aufzufallen.

*McGlone, Beck und Pfiester*¹²² untersuchten in einer Studie anstößige bzw. unerfreuliche Gesprächsthemen (Urinieren, Defäkation, Tod, Erbrechen) und deren Synonyme darauf, ob Kommunikatoren, die geläufigere Euphemismen („*use the bathroom*“) nutzten, höflicher, reifer und positiver wahrgenommen wurden als solche, die weniger geläufige Euphemismen („*water the roses*“) oder das umschriebene Wort („*urinate*“) nutzten. Jedenfalls hinsichtlich der wahrgenommenen Höflichkeit und Reife konnte die Validität der These nachgewiesen werden.¹²³ Zudem konnten sich die Probanden seltener an das Ereignis (das Urinieren) erinnern, das in den Stimuli als Teil des Tagesablaufs einer Studentin dargestellt wurde, wenn ein geläufigerer Ausdruck verwendet wurde.¹²⁴ Die Ergebnisse der Studie widersprechen zudem der erstgenannten *Contamination-Theory*.¹²⁵

Übertragen auf Kennzeichnungen wie „Unterstützt durch“ kann davon ausgegangen werden, dass – selbst wenn oder eher: gerade weil die Begriffe häufig verwendet werden – sie positiver wahrgenommen werden als „Werbung“ und die Nutzer sich danach seltener daran erinnern können, dass mit dem Beitrag ein Unternehmen beworben wurde. Dieser Aspekt könnte dagegen sprechen, die Nutzung des Instagram Branded Content Tools „Bezahlte Partnerschaft mit“ ausreichen zu lassen.¹²⁶

Denkbar wäre auch die Nutzung von Dysphemismen wie „Propaganda“, „Indoktrination“ oder „Prostitution“, die zwar natürlich nicht bedeutungsgleich mit „Werbung“ sind, aber das sind „Partnerschaft“ und „Unterstützung“ auch nicht. Nur der Umstand, dass sie Aufmerksamkeit auf sich ziehen würden, reicht nicht aus, um sie als Werbekennzeichnungen zuzulassen. Bei diesen Worten bestünde – anders als bei den bereits genutzten Kennzeichnungen – wohl eher das Problem, dass sie von den Nutzern nicht als Werbekennzeichnungen erkannt würden.

¹²² *McGlone/Beck/Pfiester* Communication Monographs 2006, 261 (271).

¹²³ *McGlone/Beck/Pfiester* Communication Monographs 2006, 261 (273 f.).

¹²⁴ *McGlone/Beck/Pfiester* Communication Monographs 2006, 261 (274).

¹²⁵ *McGlone/Beck/Pfiester* Communication Monographs 2006, 261 (276).

¹²⁶ Ebenfalls die Zulässigkeit ablehnend: *Mallick/Weller* WRP 2018, 155 (160).

IV. Position der Kennzeichnung innerhalb von Videos und Fotos

Bei Instagram-Stories und vergleichbaren Formaten wie YouTube-Reels und TikToks müssen die Gewohnheiten der Nutzer und die Beschränkungen im Rahmen der mobilen Nutzung besonders beachtet werden. Da und soweit in der mobilen Ansicht der Text zum Video beim Abspielen des Videos nicht angezeigt wird, reicht eine Kennzeichnung in der Videobeschreibung nicht aus. Da die Beiträge häufig ohne Ton geschaut werden, ist ein mündlicher Hinweis auf den werblichen Charakter nicht ausreichend.¹²⁷ Der stattdessen dauerhaft einzublendende Schriftzug darf nicht dort platziert werden, wo er von der Menüleiste oder der Angabe des Namens des Influencers verdeckt werden könnte.¹²⁸ Idealerweise sollte der Schriftzug in der auch für den übrigen Text verwendeten Schriftgröße und vor einem gesondert eingefügten und andersfarbigen Hintergrund postiert werden.¹²⁹

V. Kurze oder englischsprachige Kennzeichnungen

Eine Kennzeichnung mit „#ad“ reicht selbst dann nicht aus, wenn diese nicht – wie in dem vom OLG Celle¹³⁰ zu entscheidenden Fall – in einer „Hashtagwolke“ verschwindet.¹³¹ Dass nach der Rechtsprechung¹³² mit Verweis auf das Urteil des BGH¹³³ englischsprachige Begriffe per se nicht als ausreichend erachtet werden, wird größtenteils kritisiert.¹³⁴ Es wird vorgebracht, der Durchschnittsverbraucher sei mit der englischen Sprache und insb. mit englischen Werbekennzeichnungen vertraut.¹³⁵ Jedenfalls dem Argument, dass der Begriff

¹²⁷ *Leeb/Maisch* ZUM 2019, 29 (36).

¹²⁸ Vgl. *Leeb/Maisch* ZUM 2019, 29 (36).

¹²⁹ *Leeb/Maisch* ZUM 2019, 29 (36).

¹³⁰ OLG Celle MMR 2017, 769 (Rn. 11 f.) – Rossmann.

¹³¹ *Böse* MDR 2019, 769 (772); *Gerecke* GRUR 2018, 153 (159); *Radtke/Camen* WRP 2020, 24 (28); *Schonhofen/Detmering* WRP 2018, 1171 (1175); aA *Fuchs/Hahn* MMR 2016, 503 (506).

¹³² KG MMR 2018, 98 (99 Rn. 18) – Kennzeichnungspflicht bei Influencer Marketing.

¹³³ BGH GRUR 2012, 1056 – GOOD NEWS.

¹³⁴ *Fuchs/Hahn* MMR 2016, 503 (506); *Hoche* IPRB 2019, 165 (167); *Gerecke* GRUR 2018, 153 (158); *Köberlein* ZVertriebsR 2020, 221 (224); *Laoutoumai/Heins* MMR 2018, 106 (108 f.); *Remmert* MMR 2018, 507 (511); *Schonhofen/Detmering* WRP 2018, 1171 (1175); vgl. auch *Thanert* VuR 2018, 112 (114) aA aber *Mallick/Weller* WRP 2018, 155 (159).

¹³⁵ *Fuchs/Hahn* MMR 2016, 503 (506); *Hoche* IPRB 2019, 165 (167).

„sponsoredby“ phonetisch dem deutschen Begriff des Sponsorings nahekommt und deshalb vom Durchschnittsverbraucher so verstanden wird, dass für die Erwähnung ein Entgelt bezahlt wurde,¹³⁶ ist beizupflichten. Zudem ist Sponsoring nach dem MStV ein Unterbegriff der Werbung (vgl. § 2 II Nr. 7 S. 2 MStV),¹³⁷ was ebenfalls dafür sprechen könnte, in der Laiensphäre die Begriffe synonym zu verwenden. Aus der Ähnlichkeit zum Sponsoring ergibt sich aber auch ein Gegenargument. Das Sponsoring unterscheidet sich im Medienrecht von anderen Werbeformen.¹³⁸ Mit der Unterscheidung gehen auch unterschiedliche Anforderungen an die Kennzeichnung *längerer* nutzergenerierter Videos einher; bei sehr kurzen Videos ist es wohl schwer möglich, in „vertretbarer Kürze“ (§ 10 I 1 MStV) so hinzuweisen, dass die Marke des Sponsors gefördert wird¹³⁹ und gleichzeitig die Erwähnung keinen wesentlichen Bestandteil des Videos darstellt (vgl. § 8 V 1 MStV). Sofern keine Dauerwerbesendung vorliegt, die während des gesamten Verlaufs der Sendung als solche gekennzeichnet werden muss (§ 8 V MStV), reicht ein Hinweis zu Beginn und am Ende der Sendung und eine Einblendung während des Werbeblocks. *Maatz* vertritt, dass beim Influencer-Marketing die zu vermittelnde Werbebotschaft so in das „vermeintliche“ Privatleben eingefügt würde, „dass sich der Rezipient des unterschweligen Werbekonsums nicht bewusst werde“, und deshalb keine Aufteilung in kommerzielle und nicht-kommerzielle Bestandteile erfolgen könne.¹⁴⁰ Das Trennungsgebot könne mangels Teilbarkeit keine Wirkung entfalten, sodass das Video eine dauerhafte Einblendung als „Werbung“ enthalten müsse.¹⁴¹

Gegen diese strenge Sichtweise spricht die Existenz der Produktplatzierung als Finanzierungsform. Produktplatzierung ist nach § 2 II Nr. 12 S. 1 MStV „jede Form der Werbung, die darin besteht, gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung ein Produkt, eine Dienstleistung oder eine entsprechende Marke einzu beziehen oder darauf Bezug zu nehmen, sodass diese innerhalb einer Sendung oder eines nutzergenerierten Videos erscheinen.“ Wenn auf sehr subtile Weise

¹³⁶ *Gerecke* GRUR 2018, 153 (158); *Gerecke* GRUR-Prax 2018, 58 (58); *Schonhofen/Detmering* WRP 2018, 1171 (1175).

¹³⁷ BeckOK InfoMedienR/*Himmelsbach*, § 10 MStV Rn. 2.

¹³⁸ *Thanert* VuR 2018, 112 (114).

¹³⁹ BeckOK InfoMedienR/*Martini*, § 2 MStV Rn. 73a.

¹⁴⁰ *Maatz*, Influencer-Marketing, S. 757.

¹⁴¹ *Maatz*, Influencer-Marketing, S. 757.

das beworbene Produkt in den Alltag des Influencers eingegliedert wird, sind für die Kennzeichnung nicht die §§ 98 I, 8 III 1 MStV, sondern die spezielleren (vgl. § 2 II Nr. 7 S. 2 MStV) §§ 98 I, 8 VII 4, 8 VII 5 MStV anwendbar. Die Produktplatzierung ist zu Beginn und gegen Ende einer Sendung anzuzeigen. Nur wenn der Werbecharakter erkennbar im Vordergrund steht und die Werbung einen wesentlichen Bestandteil der Sendung darstellt, muss das Video eine dauerhafte Einblendung als "Dauerwerbesendung" enthalten, §§ 74 S. 1, 8 V MStV. Zwar kommt der § 8 V MStV nicht über den § 98 I MStV zur Anwendung, welcher besondere Bestimmungen für nutzergenerierte Videos enthält. Wenn ein Influencer von ihm erstellte Videos auf seinem YouTube-Kanal hochlädt, hält er einen von ihm festgelegten Katalog zum individuellen Abruf durch den Nutzer¹⁴² und damit ein rundfunkähnliches Medium bereit, § 2 II Nr. 3 MStV. Auf rundfunkähnliche Medien ist gem. § 74 S. 1 MStV der gesamte § 8 MStV anwendbar.

Sponsoring unterscheidet sich von den anderen Werbeformen insoweit, als dass gesponserte Sendungen nicht zum Kauf von Erzeugnissen des Sponsors anregen dürfen, § 10 III MStV. Bei gesponserten nutzergenerierten Videos muss zu Beginn und am Ende auf die Finanzierung durch den Sponsor hingewiesen werden, §§ 98 I, 10 I 1 MStV. Die Unterscheidung zwischen Sponsoring und anderen Finanzierungsformen hat folglich Auswirkungen auf die Kennzeichnungsmodalitäten, was dagegenspricht, die Kennzeichnung „sponsoredby“ statt „Werbung“ zuzulassen. Dazu sei folgendes Beispiel angeführt:

Der Influencer I erstellt einen gesellschaftskritischen Beitrag zum Thema XY, der keinen Bezug zum Unternehmen U oder dessen Produkte enthält und auf den U keinen Einfluss genommen hat. U hat I einen Geldbetrag gezahlt, um im Video erwähnt zu werden. Zu Beginn und am Ende des Videos wird ein Hinweis auf den „Sponsor“ U eingeblendet. Zusätzlich wird im Video der gesellschaftskritische Beitrag durch eine Sequenz unterbrochen, in der I sich bei U für die Unterstützung bedankt, lobend auf die Produkte des U hinweist und anmerkt, dass die Zuschauer bis zu einem bestimmten Datum mit dem Code „I20“ 20 Prozent Rabatt auf das Sortiment des U bekommen.

¹⁴² Siehe dazu BeckOK InfoMedienR/*Martini*, § 2 MStV Rn. 99; BeckOK InfoMedienR/*Fiedler*, § 74 MStV Rn. 14; zum Begriff der redaktionellen Gestaltung: BayLT-Drs. 18/7640, 81.

Durch die Zwischensequenz, die insb. durch den Rabattcode einen deutlichen Konsumanreiz schafft, liegt kein Sponsoring vor.¹⁴³ Deshalb muss die Zwischensequenz dauerhaft als Werbung gekennzeichnet werden, um dem Kennzeichnungs- und Trennungsgebot aus §§ 98 I, 8 III 1 MStV Rechnung zu tragen. Verwendete man im Bereich der Kennzeichnungspflichten selbst in der Laiensphäre einen Begriff, der klingt wie das Sponsoring des MStV, synonym zum Begriff der Werbung, könnte das das bereits bestehende Problem fehlerhafter Kennzeichnungen nutzergenerierter Videos verstärken. Gegen kurze, englischsprachige oder sonst wie anderslautende Begriffe als „Werbung“ oder „Anzeige“ spricht aber entscheidend folgendes: letztere beiden Begriffe haben sich etabliert und werden von den Nutzern zweifelsfrei als Kennzeichnungen erkannt. Es gibt keinen Bedarf für Alternativen, die allein schon wegen der anderslautenden Praxis nicht gleich gut geeignet sind, auf den werblichen Charakter hinzuweisen.¹⁴⁴ Die Verwendung von „Werbung“ und „Anzeige“ muss sich zudem auch nicht den berechtigten Vorwurf gefallen lassen, die Vermeidung von klaren Formulierungen diene scheinbar der Vermeidung der klaren Erkennbarkeit, um möglichst authentisch zu wirken.¹⁴⁵ Sollte es sich um einen englischsprachigen Beitrag handeln, kann der Begriff „advertisement“ ergänzt werden.¹⁴⁶

VI. Kennzeichnung bei unentgeltlicher Erwähnung

Eine Frage, die sich noch stellte, bevor der BGH entschieden und der Gesetzgeber den § 5a IV 2, 3 UWG 2022 geschaffen hatte, war die, wie denn eine unentgeltliche Erwähnung zu kennzeichnen wäre, wenn man – wie früher sehr verbreitet¹⁴⁷ – eine Kennzeichnungspflicht annähme.¹⁴⁸ Auch wenn die Gerichte die unentgeltlichen Erwähnungen ohne Kennzeichnung als unlauter einstufen, trafen sie keine Aussage darüber, wie der fragliche Beitrag denn zu kennzeichnen

¹⁴³ Vgl. BeckOK InfoMedienR/*Himmelsbach*, § 10 MStV Rn. 59.

¹⁴⁴ So auch *Thanert* VuR 2018, 112 (114 f.).

¹⁴⁵ Vgl. *Lichtnecker* MMR 2018 (516).

¹⁴⁶ *Lichtnecker* MMR 2018 (516).

¹⁴⁷ Siehe dazu Kapitel 4.

¹⁴⁸ Die Kennzeichnungspflicht bejahend, auf die Modalitäten eingehend und keine Differenzierung vornehmend: *Gerecke* GRUR 2018, 153 (157 f.); *Alberts*, Influencer-Marketing, S. 75, 144; s. aber *Hoch* IPRB 2019, 165 (167).

gewesen wäre. Das OLG Karlsruhe¹⁴⁹ und das LG München I¹⁵⁰ stellten klar, dass es weder Aufgabe des Gerichts noch Aufgabe des Klägers sei, die erforderliche Kennzeichnung herauszufinden oder vorzuschreiben. Während das LG München I¹⁵¹ daraus aber den Schluss zog, dass mangels geeigneter Kennzeichnung keine Pflicht bestehen könne, betonte das OLG Karlsruhe,¹⁵² dass sich sehr wohl klarstellen ließe, dass gerade keine Zahlung des verlinkten Unternehmens erfolgte.

Ungeachtet der Tatsache, dass unentgeltliche Beiträge nicht gekennzeichnet werden müssen, ist dem OLG Karlsruhe in diesem Punkt zuzustimmen. Wenn die Beiträge kennzeichnungspflichtig wären, könnten die teilweise verwendeten Kennzeichnungen wie „Werbung weil Markennennung“ oder „unbezahlte Werbung“ jedenfalls verhindern, dass nicht mehr ersichtlich wäre, welche Beiträge tatsächlich vergütet wurden.¹⁵³ Dagegen wendet das LG München I ein, dass eine Kennzeichnung wie „unbezahlte Werbung wegen Markennennung“ nur geringfügig weniger irreführend sei als „Werbung“, da „auch in diesem Fall [...] für den Verbraucher nicht eindeutig erkennbar [sei], ob der entsprechende Post durch das Unternehmen veranlasst wurde oder auf Grund einer freien Entscheidung des Influencers erfolgte.“¹⁵⁴ Die Kritik kann so verstanden werden, dass bei „Werbung wegen Markennennung“ nicht sicher sei, ob die Kennzeichnung nur wegen der Nennung der Marke aus eigenem Antrieb erfolgte oder zusätzlich für die Markennennung ein Entgelt vom Inhaber der Marke gezahlt wurde.

Diesbezüglich ist zwischen zwei Fällen zu unterscheiden. Im ersten Fall, in dem der Influencer keine vertragliche Beziehung zum Unternehmen hält, stellt sich die Frage, ob aus den genannten Kennzeichnungen ersichtlich wird, dass es sich beim Beitrag nicht um bezahlte Werbung handelt. Diese Frage ist zu bejahen. Den Nutzern als mündigen Verbrauchern ist zuzutrauen, die Aussage in den

¹⁴⁹ OLG Karlsruhe GRUR-RS 2020, 22210 (Rn.122) – Pamela Reif.

¹⁵⁰ LG München I MMR 2019, 544 (Rn. 52) – Cathy Hummels.

¹⁵¹ LG München I MMR 2019, 544 (Rn. 51, 55) – Cathy Hummels.

¹⁵² OLG Karlsruhe GRUR-RS 2020, 22210 (Rn. 122) – Pamela Reif; so auch *Böse* MDR 2019, 769 (772).

¹⁵³ Zur Gefahr der Überkennzeichnung: *Spoenle* jurisPR-ITR 18/2019 Anm. 2; *Böse* MDR 2019, 769 (772); *Radtke/Camen* WRP 2020, 24 (27); vgl. auch *Timmermann/Berndt* WRP 2020, 996 (1000).

¹⁵⁴ LG München I MMR 2019, 544 (Rn. 55) – Cathy Hummels.

Kontext zu setzen und zu verstehen, dass Beiträge mit einer solchen Kennzeichnung eben im Gegensatz zu den Beiträgen, die als „Werbung“ gekennzeichnet werden, nicht durch eine vertragliche Vereinbarung mit dem Unternehmen motiviert sind. Ähnlich wie ein Spaziergänger, der dem Schild „Bei Schnee und Eis wird nicht gestreut – Die Stadt Trier“ begegnet, das nächste Mal, wenn er bei Minusgraden ins Auto steigt, trotzdem berechtigterweise darauf vertraut, dass die Stadt Trier nicht jeden Fußweg, dafür aber jede Straße verkehrssicher hält. Im zweiten Fall, in dem die Erwähnung vom Unternehmen veranlasst wurde, ist wiederum zwischen zwei Unterfällen zu differenzieren. Im ersten Unterfall verschenkt der Influencer seine Werbetätigkeit an das Unternehmen, das ihn darum gebeten. Dieser Unterfall würde tatsächlich das genannte Problem nach sich ziehen, wird aber wohl selten vorkommen. Im zweiten Unterfall wird die Kennzeichnung „Werbung weil Markennennung“ gewählt, obwohl der Influencer für den Beitrag bezahlt wurde. Sofern Anzeichen vorlägen, dass Influencer nicht mithilfe von Kennzeichnungen zwischen bezahlter Werbung und unentgeltlicher Erwähnung unterschieden, müssten deren Beiträge gerichtlich überprüft werden.

Anders als die Richtlinie, der Vorrang des § 6 ITMG und der neue § 5a IV 2 UWG 2022 ist der vom LG München I angeführte Umstand, es gäbe keine passende Kennzeichnung, kein Grund, die Kennzeichnungspflicht abzulehnen.

Beachtenswert sind die Ausführungen von *Maatz*,¹⁵⁵ dass die Kennzeichnung als „Werbung“ oder „Anzeige“ auch bei unentgeltlichen Erwähnungen ausreiche, da der kommerzielle Zweck – die Förderung des fremden Unternehmens – dadurch hinreichend deutlich werde. Es sei nur zwischen der Förderung des eigenen und der Förderung des fremden Unternehmens zu unterscheiden; die Kennzeichnung müsse hingegen nicht mitteilen, ob und wie der Beworbene die Handlung beeinflusst habe. Lässt man die Vorgaben der Richtlinie außer Acht,¹⁵⁶ kann dem aus rechtssystematischer Sicht nur zugestimmt werden. Kritikwürdig ist aber die Aussage, dass Zusätze, die auf die Unentgeltlichkeit hinwiesen, nicht transparenzfördernd seien.¹⁵⁷ *Maatz* räumt zwei Seiten zuvor ein, dass es zutreffen könne, „dass ein trotz fehlender Zuwendung des beworbenen

¹⁵⁵ *Maatz*, Influencer-Marketing, S. 735.

¹⁵⁶ Siehe dazu Kapitel 2.

¹⁵⁷ *Maatz*, Influencer-Marketing, S. 736.

Dritten gesetzter Hinweis als ‚Werbung‘ oder ‚Anzeige‘ nicht unbedingt den Erwartungen entspricht, die der angesprochene Durchschnittsnutzer mit der Verwendung des jeweiligen Begriffs verbindet.¹⁵⁸ Es könnte nicht nur zutreffen, es trifft zu, dass ein Durchschnittsnutzer beim Wort ‚Werbung‘ erwartet, dass für den Beitrag bezahlt wurde. Anders ist die Aufregung über die Rechtsprechung, auch unentgeltliche Erwähnungen müssten gekennzeichnet werden, nicht zu erklären. Wenn für den Durchschnittsverbraucher die Frage der Bezahlung relevant ist, sollte das Lauterkeitsrecht dafür Sorge tragen, dass eine Kennzeichnung diese Frage auch beantwortet.

VII. Bezahlte Verwendung von Musik

Bei einem Blick auf Fitnessvideos von *Pamela Reif* fällt auf, dass viele als Werbung gekennzeichnet sind, ohne dass Produkte darin gezeigt oder erwähnt werden. Natürlich könnte der Grund dafür sein, dass Pamela Reif sich der Überkennzeichnung verschrieben hat, um weiteren Abmahnungen vorzubeugen. Das Video mit animiertem *Murdoc* von *Gorillaz*¹⁵⁹ oder das mit Klaviermusik, die live von *Matteo Myderwyk* gespielt wird,¹⁶⁰ zeigen jedoch, was beworben wird: die Musik. In den Beschreibungen der weniger offensichtlichen Bewerbungen, in denen die Musik nur im Intergrund zu den Fitnessübungen läuft, ohne dass ausdrücklich auf diese Bezug genommen wird, findet sich ganz unten in der Beschreibung folgender Zusatz: „unterstützt durch Warner Music Germany“.

Problematisch ist, dass die Bewerbung von Musik noch nicht so verbreitet ist, dass für den Durchschnittsnutzer ersichtlich ist, dass die Werbekennzeichnung sich darauf bezieht. Dieses Problem könnte durch die modifizierte Kennzeichnung: „Werbung: Musikplatzierung“ gelöst werden, indem der Bezugspunkt deutlich gemacht würde. Der Neologismus „Musikplatzierung“¹⁶¹ ist an das verbreitete Wort der „Produktplatzierung“ angelehnt und sollte deshalb auch verstanden werden. Ein weiteres Problem liegt darin, dass in den Videos und auch

¹⁵⁸ *Maatz*, Influencer-Marketing, S. 734.

¹⁵⁹ *Reif*, 10 MIN GORILLAZ - ABS + CARDIO / fun & energetic workout with Murdoc, <https://www.youtube.com/watch?v=jEyeJK3nZg> (zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).

¹⁶⁰ *Reif*, 8 MIN FLOWING STRETCH - with LIVE Piano Music by Matteo Myderwyk, <https://www.youtube.com/watch?v=gGlXRpHCums&t=230s> (zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).

¹⁶¹ Die *Verf.* dankt ihrer Freundin *Lena Kunz* für den Vorschlag.

aus den Beschreibungen nicht ersichtlich wird, welche Lieder oder ob alle Lieder deshalb verwendet wurden, weil Warner Music Germany dafür bezahlt hat. Insofern könnte im Video für die Dauer dieser Stücke oder nur zu Beginn die Werbekennzeichnung eingeblendet werden. Ggf. könnte es auch ausreichen, wenn in der Beschreibung die betreffenden Lieder genannt und entsprechend gekennzeichnet würden.

VIII. Bezahlte TikToks

Wenn Plattenfirmen oder Interpreten auf die Idee gekommen sind, Influencer zu bezahlen, damit diese ihre Songs in Videos verwenden, müssen sie erst recht auf die Idee gekommen sein, Influencer dafür zu bezahlen, auf ihre Musik zu tanzen und diesen Tanz als Einladung zur Nachahmung auf TikTok zu veröffentlichen. Diese Vorgehensweise hat den Vorteil, dass nach erfolgreicher Adaption durch viele andere Nutzer unzählige Videos von diesem Tanz mit diesem Musikstück bestehen. So wird die Bekanntheit und durch mehrmaliges Wiederholen auch die Beliebtheit gesteigert,¹⁶² also genau das, was Werbung leisten soll.

Problematisch könnten die Modalitäten der Kennzeichnung sein, wobei jedenfalls eine dauerhafte Einblendung ausreicht. Problematischer könnte sein, dass all die Nachahmungen den erwünschten Werbeeffect erst ausmachen, sich aus diesen aber nicht notwendigerweise die Werbeintention ergibt. Damit nachvollziehbar ist, dass der Tanz gegen Entgelt entwickelt und veröffentlicht wurde, müsste jeder Nachahmer auf den Ursprungersteller verweisen. Das wäre auch mit Blick auf das UrhG wünschenswert.¹⁶³

F. Geeignetheit zur Beeinflussung = geschäftliche Relevanz

Das Nichtkenntlichmachen des kommerziellen Zwecks muss geeignet sein, den Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Durch die neu

¹⁶² *Mull* The Journal of Psychology 1957, 155 (161); *Stevens/Latimer* Australian Journal of Psychology 1991, 17 (20).

¹⁶³ Siehe dazu *Jüngels* ZUM 2022, 277 (283 ff.).

eingeführte alphabetische Sortierung¹⁶⁴ findet sich die Definition der geschäftlichen Entscheidung nunmehr in § 2 I Nr. 1 UWG 2022. Danach ist eine geschäftliche Entscheidung „jede Entscheidung eines Verbrauchers oder sonstigen Marktteilnehmers darüber, ob, wie und unter welchen Bedingungen er ein Geschäft abschließen, eine Zahlung leisten, eine Ware oder Dienstleistung behalten oder abgeben oder ein vertragliches Recht im Zusammenhang mit einer Ware oder Dienstleistung ausüben will, unabhängig davon, ob der Verbraucher oder sonstige Marktteilnehmer sich entschließt, tätig zu werden“.

I. Verlinkung als geschäftliche Entscheidung

Im Zusammenhang mit Tap Tags wurde die Frage aufgeworfen und höchst-richterlich beantwortet, worin eine geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers zu sehen ist. Tap Tags sind Links, die erst bei Anklicken des Instagram-Beitrags sichtbar werden. Wie das OLG Hamburg¹⁶⁵ und der BGH¹⁶⁶ richtigerweise feststellten, ist der erste Klick, der zum Erscheinen der Tap Tags führt, eine Vorbereitungsmaßnahme und stellt als solche noch keine geschäftliche Entscheidung dar. Auch das bloße nähere Beschäftigen mit einem Beitrag stellt – anders als das OLG Köln¹⁶⁷ urteilte – noch keine geschäftliche Entscheidung dar;¹⁶⁸ ebenso wie die Entscheidung des Verbrauchers, sich mit dem Angebot in einer Werbeanzeige näher zu befassen, noch nicht als geschäftliche Entscheidung einzustufen ist.¹⁶⁹ Die geschäftliche Entscheidung, zu der der Verbraucher durch die fehlende Kennzeichnung veranlasst werden könnte, liegt aber schon im Klick auf einen Tap Tag oder eine sonstige Verlinkung eines Instagram-Auftritts eines Unternehmens (wie etwa durch eine @-Verknüpfung) und nicht erst im Kauf eines Produktes des beworbenen Unternehmens. Das ist mit Blick auf die Definition der geschäftlichen Entscheidung, die doch eine Entscheidung verlangt, ein Geschäft abzuschließen, keinesfalls selbstverständlich. Schließlich

¹⁶⁴ BT-Drs. 19/27873, 32.

¹⁶⁵ OLG Hamburg GRUR-RS 2020, 18139 (Rn. 63) – ohhcouture.

¹⁶⁶ BGH MMR 2021, 875 (Rn. 95) – Influencer I (lu_coaching).

¹⁶⁷ OLG Köln GRUR-RR 2021, 167 (Rn. 46) – Diana zur Löwen.

¹⁶⁸ BGH MMR 2021, 875 (Rn. 96) – Influencer I (lu_coaching).

¹⁶⁹ BGH GRUR 2015, 698 (Rn. 20) – Schlafzimmer komplett.

wird beim Aufrufen einer Instagram-Seite kein entgeltlicher Vertrag über Waren oder Dienstleistungen¹⁷⁰ abgeschlossen. Dass darin trotzdem eine geschäftliche Entscheidung gesehen wird, ist auf die EuGH-Rechtsprechung zurückzuführen, nach der auch unmittelbar mit dem Erwerb zusammenhängende Entscheidungen erfasst werden.¹⁷¹ Für das Anklicken eines Links, der auf die Unternehmens-Homepage führt, – wie die Einbettung beispielsweise in YouTube-Videos üblich ist – hatte der BGH diesen Zusammenhang bereits bejaht.¹⁷² Die Ausweitung auf den Aufruf von Auftritten in den sozialen Medien ist konsequent.¹⁷³

II. Indizien

Wurde festgestellt, worin die geschäftliche Entscheidung liegt, stellt sich die Frage, inwiefern das Nichtkenntlichmachen geeignet ist, diese Entscheidung zu veranlassen. Nach der Rechtsprechung ist das dann der Fall, wenn mangels Kennzeichnung und der dadurch vermittelten vermeintlichen Neutralität¹⁷⁴ die Nutzer dem Beitrag mehr Beachtung schenken¹⁷⁵ und größere Bedeutung beimessen¹⁷⁶ als einem als Werbung gekennzeichneten Beitrag. Wenn kein erkennbarer Zusammenhang zwischen Text und Bild oder Beitrag und Verlinkung besteht, weil beispielsweise Bild und Text von einer Flugreise handeln und auf dem Bild ein Elektronikunternehmen verlinkt wird,¹⁷⁷ kommt noch die Neugier der Besucher dazu, durch den Besuch des verlinkten Unternehmens mehr zu erfahren.¹⁷⁸ Damit wird regelmäßig die fehlende Kennzeichnung zur Bejahung der geschäftlichen Relevanz führen.

¹⁷⁰ Siehe Köhler/Bornkamm/Fedderson/H. Köhler, § 2 UWG Rn. 1.4.

¹⁷¹ EuGH GRUR 2014, 196 (Rn. 36) – Trento Sviluppo.

¹⁷² BGH GRUR 2016, 1073 (Rn. 34) – Geo-Targeting; BGH WRP 2019, 874 (Rn. 29) – Energieeffizienzklasse III.

¹⁷³ S. auch OLG Karlsruhe GRUR-RS 2020, 22210 (Rn. 117) – Pamela Reif; LG Karlsruhe GRUR-RR 2019, 328 (Rn. 54) – Pamela Reif.

¹⁷⁴ OLG Braunschweig MMR 2019, 467 (Rn. 61) – Geschäftliche Handlung durch Verlinkung einer Influencerin auf Herstellerseiten.

¹⁷⁵ LG Karlsruhe GRUR-RR 2019, 328 (Rn. 53) – Pamela Reif.

¹⁷⁶ KG GRUR 2019, 543 (Rn. 36) – Vreni Frost.

¹⁷⁷ Beispiel aus der Entscheidung des KG GRUR 2019, 543 (Rn. 25) – Vreni Frost.

¹⁷⁸ OLG Karlsruhe GRUR-RS 2020, 22210 (Rn. 116) – Pamela Reif.

III. Ausschluss durch geändertes Kaufverhalten?

Das OLG Hamburg¹⁷⁹ verneinte in einem Fall, in dem für die fraglichen Beiträge kein Entgelt geleistet worden war, die geschäftliche Relevanz mit dem Verweis darauf, dass sich das Kauf- und Entscheidungsverhalten geändert habe. Es ginge den Verbrauchern darum, das gleiche Kleid zu tragen, das die angesagte Influencerin vorgestellt habe; aus welchen Gründen die Influencerin das Kleidungsstück vorgestellt habe, sei aber zweitrangig.

Würde diese veränderte Wahrnehmung vorliegen, müsste sich dies auch in aktuellen Studien zum Influencer-Marketing widerspiegeln. Es stimmt zwar, dass die bezahlten und gekennzeichneten Beiträge von Influencern nicht zwingend negativ bewertet werden und dass die Werbung insoweit anders wahrgenommen wird als Fernsehwerbung. Wird aber der Eindruck von Intransparenz bezüglich Werbeaufträgen vermittelt, nimmt – unter der Voraussetzung, dass die Verbraucher sich der Marketingstrategie bewusst sind (*Persuasion Knowledge* aktiviert) – die Kaufbereitschaft der Konsumenten ab.¹⁸⁰ Ob die Influencerin für die Vorstellung des Kleides bezahlt oder nicht bezahlt wurde, kann deshalb allenfalls dann zweitrangig sein, wenn sie die bezahlte Werbung als solche geeignet kennzeichnet. Sobald es sich aber um versteckte Werbung handelt, hat diese negative Auswirkungen auf die Kaufbereitschaft der Follower und zwar unabhängig davon, ob sie im redaktionellen Teil eines Printmediums oder in einem Instagram-Feed auftaucht. Die – wohl ergebnisorientierte Argumentation des OLG Hamburg – kann folglich nicht verfangen.

IV. Geeignetheit zur Beeinflussung: Förderung eigenes Unternehmen

Der BGH¹⁸¹ verlangte in den von ihm zu entscheidenden Fällen keine Kennzeichnung trotz der Bejahung der geschäftlichen Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens und begründete dies damit, dass sich dieser kommerzielle Zweck aus den Umständen ergebe, wenn ein Influencer als solcher erkennbar

¹⁷⁹ OLG Hamburg GRUR-RS 2020, 18139 (Rn. 64) – ohhcouture.

¹⁸⁰ *Woodroof/Howie/Syrdal* ua JPBM 2020, 675 (8); *Evans/Phua/Lim* ua Journal of Interactive Advertising 2017, 138 (145).

¹⁸¹ BGH MMR 2021, 875 (Rn. 92) – Influencer I (lu_coaching); BGH GRUR 2021, 1414 (Rn. 34, 37 ff.) – Influencer II (ohhcouture); BGH GRUR-RS 2021, 26632 (Rn. 70, 73) – Cathy Hummels; vgl. BGH GRUR 2022, 490 (Rn. 48) – Influencer III (Diana zur Loewen).

sei. Allerdings legt nicht jeder Beitrag eines Influencers dessen Influencereigenschaft offen. Das ist einerseits darauf zurückzuführen, dass bei Instagram – anders als etwa bei YouTube – die Followerzahlen nicht unter jedem einzelnen Beitrag angezeigt werden, sondern nur dann, wenn man auf das Profil des Influencers klickt. Andererseits werden die Beiträge des Influencers nicht nur den Nutzern angezeigt, die den Influencer abonniert haben und entsprechend dessen Beruf kennen. Die Problematik¹⁸² sei an folgendem Beispiel verdeutlicht: Die Mikro-Influencerin I, die ihre Einnahmen ausschließlich durch die Bewerbung von Produkten gegen Entgelt generiert, veröffentlicht einen Beitrag über das Thema Selbstzweifel, ohne Produkte oder Unternehmen zu erwähnen. Der Beitrag hat 200 Likes und 20 Kommentare. Ist der Beitrag mangels Kennzeichnung unlauter nach § 5a IV 1 UWG 2022?

Die UGP-RL trifft dazu keine Aussage, denn da die I keine Produkte an Verbraucher vertreibt, liegt im Beitrag keine Geschäftspraktik zugunsten ihres Unternehmens. Da sie kein fremdes Unternehmen in dessen Auftrag bewirbt, liegt auch keine Geschäftspraktik in Form der Fremdförderung vor. Das fragliche Verhalten wird nicht von der UGP-RL erfasst. Für eine Kennzeichnungspflicht spricht, dass aus dem Beitrag nicht ersichtlich ist, dass es sich bei I um eine Influencerin handelt. Gegen die Kennzeichnungspflicht spricht zunächst die Erwägung, dass es unbillig wäre, Mikro-Influencer mit weitergehenden Kennzeichnungspflichten stärker zu belasten als ihre bekannten Mitbewerber. Dagegen spricht auch, dass nicht ersichtlich ist, worin die Gefahr eines solchen Beitrags liegt, wenn er nicht als Werbung gekennzeichnet wird. Womit wir bei der Lösung des Problems wären: Mit *Köberlein*¹⁸³ ist im vorliegenden Fall die Geeignetheit zur Verbraucherbeeinflussung zu verneinen. Wenn der Influencer keine Produkte an Verbraucher vertreibt, liegt zwar eine geschäftliche Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens vor, diese kann aber mangels Eignung zur Verbraucherbeeinflussung keine Kennzeichnungspflicht nach sich ziehen. Schließlich enthält der § 5a VI UWG 2015, der wortgleich im § 5a IV 1 UWG 2022 übernommen wurde, noch eine weitere Voraussetzung: das Nichtkenntlichmachen muss geeignet sein, den Verbraucher zu einer Ent-

¹⁸² Die Frage ebenfalls aufwerfend: *Obly* JZ 2022, 204 (207); *Rauer/Kempf* WRP 2022, 16 (19); *Peifer* jurisPR-WettbR 10/2021 Anm. 4.

¹⁸³ *Köberlein* ZVertriebsR 2022, 102 (105).

scheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Die geschäftliche Entscheidung ist in § 2 I Nr. 1 UWG 2022 legaldefiniert und umfasst „jede Entscheidung eines Verbrauchers oder sonstigen Marktteilnehmers darüber, ob, wie und unter welchen Bedingungen er ein Geschäft abschließen, eine Zahlung leisten, eine Ware oder Dienstleistung behalten oder abgeben oder ein vertragliches Recht im Zusammenhang mit einer Ware oder Dienstleistung ausüben will“. Entscheidungen, die weder auf den Erwerb eines Produkts bezogen sind noch im Zusammenhang mit einem produktbezogenen Geschäft stehen, sind keine geschäftlichen Entscheidungen in diesem Sinne.¹⁸⁴ Es ist nicht einmal ersichtlich, zu welcher Entscheidung ein sonstiger Marktteilnehmer durch die fehlende Kennzeichnung veranlasst werden könnte, die er ansonsten nicht getroffen hätte.¹⁸⁵

Anders könnte das in dem Fall sein, dass die I eigene Produkte an Verbraucher vertreibt. Dazu folgende Abwandlung:

Mikro-Influencerin I vertreibt ein Produkt an Verbraucher. Kann dieser Umstand für die Beurteilung einen Unterschied machen, wenn das infrage stehende Produkt im Beitrag nicht erwähnt wird?

Gehen wir außerdem davon aus, dass die Influencereigenschaft der I sich nicht aus dem Beitrag ergibt, hängt das Erfordernis einer Kennzeichnung davon ab, ob man die Eignung zur Beeinflussung von Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern bejaht. Wenn der Beitrag sich mit Selbstzweifeln befasst und keine Produkte erwähnt werden, kann keine Verbraucherentscheidung beeinflusst werden. In dem Moment, in dem durch Aufsuchen des Profils der Verbraucher erfährt, dass I auch eigene Produkte vertreibt, sollte sich auch deren Influencereigenschaft ergeben. So weit, dass die Eignung eines Beitrags schon dann bejaht würde, wenn bei einem Klick auf das Profil Produkte des Influencers sichtbar würden, könnte man aber ohnehin nicht gehen.

Folglich müssen zur Bejahung der geschäftlichen Relevanz einer geschäftlichen Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens kumulativ zwei Voraussetzungen vorliegen: Der Influencer muss selbst ein Produkt an Verbraucher vertreiben und in dem fraglichen Beitrag muss dieses Produkt positiv erwähnt werden.

¹⁸⁴ BeckOK UWG/Alexander, § 2 Rn. 31.

¹⁸⁵ Vgl. Köberlein ZVertriebsR 2022, 102 (106).

G. Erhalt eines Entgelts: Sekundäre Darlegungslast

Nach den allgemeinen Regeln und bevor der § 5a VI UWG 2015 geändert wurde,¹⁸⁶ trug der Antragssteller die Beweislast für anspruchsbegründende Tatsachen und damit auch für die Frage, ob der Influencer für die Erwähnung vom erwähnten Unternehmen eine Gegenleistung erhalten hatte. Das KG¹⁸⁷ stellte unter Verweis auf die BGH-Rechtsprechung überzeugend dar, dass ein Umstand wie der vorliegende, in dem der Antragssteller keinen Einblick in die Beziehungen des Influencers hat, die Darlegungs- und Beweislast insofern schmälert, als dass den Influencer eine sekundäre Darlegungslast trifft, sofern es dem Antragssteller gelingt, Tatsachen vorzubringen, die für den Erhalt einer Gegenleistung sprechen. Das heißt, dass der Influencer dann Tatsachen vortragen und beweisen muss, die den Verdacht entkräften, dass der Influencer für die Erwähnung bezahlt wurde. Im Fall des KG¹⁸⁸ wurde als ausreichend erachtet, dass die Influencerin Zahlungsbelege zum Nachweis des Eigenkaufs der Gegenstände bei den verlinkten Geschäften vorlegte und dass sie eidesstattlich versicherte, zu keinem Zeitpunkt einen Werbevertrag mit einem der genannten Unternehmen unterhalten zu haben.

Für den BGH und die meisten anderen Gerichte entfalteten diese Erwägungen keine Relevanz. Sofern es wegen der überschießenden Umsetzung des § 2 I Nr. 2 UWG 2022 auf das Vorliegen eines werblichen Überschusses ankommt, ist nicht relevant, ob der Influencer für die Erwähnung bezahlt wurde oder nicht. Das Korrektiv – dass unentgeltliche Erwähnungen doch nicht als „Werbung“ gekennzeichnet werden müssen – erfolgt nach der Rechtsprechung des BGH durch den Vorrang der medienrechtlichen Vorschriften.¹⁸⁹ Nach der hier vertretenen Auffassung kann eine Kennzeichnungspflicht nicht auf das UWG als Umsetzungsgesetz der UGP-RL gestützt werden.¹⁹⁰ Innerhalb des UWG hätte das Problem durch eine richtlinienkonforme Auslegung gelöst werden können, indem innerhalb des § 5a VI UWG 2015 geprüft worden wäre, ob eine Geschäftspraktik iSd UGP-RL vorliegt. Bei der Frage, ob ein Auftragsver-

¹⁸⁶ Siehe dazu Kapitel 7 C.

¹⁸⁷ Vgl. KG GRUR 2019, 543 (Rn. 73) – Vreni Frost.

¹⁸⁸ KG GRUR 2019, 543 (Rn. 70, 75, 78) – Vreni Frost.

¹⁸⁹ Siehe dazu Kapitel 6 B.

¹⁹⁰ Siehe dazu Kapitel 2.

hältnis gegeben ist oder nicht, wären dann die dargestellten Grundsätze zur sekundären Darlegungslast relevant geworden. Durch die Korrektur des § 5a VI UWG 2015 mithilfe der Gesetzesänderung 2022 ist eine richtlinienkonforme Auslegung überflüssig geworden. Leider wurden bei der Gesetzesänderung nicht die Grundsätze der sekundären Darlegungslast genutzt, sondern eine in sich widersprüchliche Beweislastregelung geschaffen.¹⁹¹

¹⁹¹ Siehe dazu Kapitel 7 D.

Kapitel 6

BGH-Rechtsprechung

A. Geschäftliche Handlung

I. Förderung eigenes Unternehmen

Richtigerweise geht der BGH davon aus, dass der Betrieb eines Instagram-Profiles, das dazu geeignet ist, den Absatz von Waren oder Dienstleistungen des Influencers und/ oder seinen Werbewert zu steigern, eine geschäftliche Handlung zur Förderung des eigenen Unternehmens darstellt und das unabhängig davon, ob darin auch redaktionelle Beiträge veröffentlicht werden,¹ und unabhängig davon, ob die infrage stehenden Handlungen ohne finanzielle Gegenleistung erbracht werden.² Wünschenswert wäre die generelle Aussage gewesen, dass jeder einzelne Beitrag eines Influencers eine geschäftliche Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens darstellt. Der BGH stellte nur auf den Betrieb des Accounts ab und betonte, dass im Bereich von Presseunternehmen das Interesse daran, die eigene Wettbewerbslage zu verbessern, zwar grundsätzlich nicht zur Einordnung als geschäftliche Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens führe, dies aber dann nicht gelte, wenn die Förderung des eigenen Wettbewerbs im Vordergrund stehe.³ So ließ er sich die Möglichkeit offen, bei bestimmten einzelnen Beiträgen eine geschäftliche Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens zu verneinen. Wie bereits oben gezeigt wurde, sind Ausnahmen vom Grundsatz nicht angezeigt.⁴

Das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung ausschließlich zugunsten des eigenen Unternehmens führt im Regelfall nicht zu einer Kennzeichnungspflicht, da

¹ BGH MMR 2021, 875 (Rn. 44) – Influencer I (lu_coaching).

² BGH MMR 2021, 875 (Rn. 47 ff.) – Influencer I (lu_coaching).

³ BGH MMR 2021, 875 (Rn. 45) – Influencer I (lu_coaching).

⁴ Siehe dazu Kapitel 3 A. II.

für den Durchschnittsnutzer erkennbar ist, dass der Influencer mit den Beiträgen sein eigenes Unternehmen fördert.⁵ Gleiches gilt für die Kennzeichnungspflichten nach § 6 I TMG und § 22 I 1 MStV. Die Ausnahme nach § 2 S. 1 Nr. 5 lit. b TMG, die der Umsetzung von Art. 2 lit. f 2. Spiegelstrich E-Commerce-RL dient und normiert, dass keine kommerzielle Kommunikation vorliegt, wenn die Angaben unabhängig und insbesondere ohne finanzielle Gegenleistung getätigt wurden, greift nur im Falle der Werbung durch einen Dritten, nicht aber im Fall der Eigenwerbung.⁶ Auch § 2 II Nr. 7 MStV setzt für die Annahme von Eigenwerbung nicht voraus, dass für diese eine Gegenleistung erbracht wird.⁷ Eine Kennzeichnungspflicht scheidet bei der Eigenwerbung iSd MStV und kommerziellen Kommunikation iSd TMG, die ausschließlich zugunsten des eigenen Unternehmens wirkt, dadurch aus, dass sich beides aus den Umständen ergibt.⁸

II. Förderung fremdes Unternehmen

Der BGH stellte fest, dass grundsätzlich der Erhalt eines Entgelts keine zwingende Voraussetzung für die Annahme der Förderung eines fremden Unternehmens darstellt.⁹ Sobald ein Entgelt gezahlt wurde, sei ähnlich wie bei bezahlten Inseraten eine geschäftliche Handlung anzunehmen. Wenn kein Entgelt geleistet wurde, könnten jedenfalls die folgenden Punkte nicht für das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung zugunsten eines fremden Unternehmens führen: dass die Tap Tags erst bei Anklicken sichtbar werden,¹⁰ dass Follower den Lebensstil der Influencer als Anregung für die eigene Lebensgestaltung verstehen und womöglich nachahmen,¹¹ dass eine geschäftliche Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens vorliegt,¹² ebenso wie die Umstände, die für die Förderung des

⁵ BGH GRUR 2022, 490 (Rn. 44, 46) – Influencer III (Diana zur Loewen); siehe dazu Kapitel 5 D. II.

⁶ BGH GRUR 2021, 1414 (Rn. 76) – Influencer II (ohhcouture); BGH GRUR 2022, 490 (Rn. 59) – Influencer III (Diana zur Loewen).

⁷ BGH GRUR 2021, 1414 (Rn. 77) – Influencer II (ohhcouture).

⁸ BGH GRUR 2021, 1414 (Rn. 78 f.) – Influencer II (ohhcouture).

⁹ BGH MMR 2021, 875 (Rn. 52) – Influencer I (lu_coaching).

¹⁰ BGH MMR 2021, 875 (Rn. 53) – Influencer I (lu_coaching).

¹¹ BGH GRUR-RS 2021, 26632 (Rn. 46) – Cathy Hummels.

¹² BGH MMR 2021, 875 (Rn. 54) – Influencer I (lu_coaching).

eigenen Unternehmens sprechen wie etwa die Erwartung, mit der Erwähnung das Interesse von Drittunternehmen an Produktplatzierungen zu wecken.¹³ Verwiesen wird auf die Rechtsprechung zum werblichen Überschuss, die zu Beiträgen von Medienunternehmen entwickelt wurde und die auf die Fälle des Influencer-Marketings übertragen werden soll.¹⁴ Es soll maßgeblich sein, „ob der Betrachter nach den gesamten Umständen des Einzelfalles aufgrund des Zusammenwirkens eines geposteten Produktfotos, eines etwaigen redaktionellen Kontextes und der Verlinkung auf das fremde Unternehmen auf kommerzielle Interessen des Influencers schließen“ könne.¹⁵ Die Verlinkung beinhalte regelmäßig einen werblichen Überschuss und das auch dann, wenn auf der verlinkten Internetseite noch kein Erwerb möglich sei.¹⁶ Etwas irreführend ist, dass einerseits auf die Tap Tags abgestellt wird, die weiterführende Informationen zum Text- oder Bildbeitrag bieten könnten, indem etwa der Hersteller des abgebildeten Produkts genannt werde, und dass dies als Verlinkung auf das Instagram-Profil bezeichnet wird.¹⁷ Im nächsten Abschnitt wird dann auf die „Verlinkung auf eine Internetseite des Herstellers des abgebildeten Produkts“ eingegangen.¹⁸ Das wurde teilweise so verstanden, dass zwischen Verlinkungen durch Tap Tags auf Instagram-Profile der erwähnten Unternehmen einerseits und Verlinkungen auf die Homepage oder Produktseiten dieser Unternehmen außerhalb von sozialen Netzwerken zu unterscheiden sei.¹⁹

Wie sich spätestens aus der Entscheidung Influencer III ergibt, ist diese Unterscheidung nicht vorgesehen. Der BGH wiederholte die im Urteil Influencer I wiedergegebenen Wertungen und wurde etwas deutlicher: „Im Falle der Influencer besteht ein solcher werblicher Überschuss mit Blick darauf, dass die

¹³ BGH MMR 2021, 875 (Rn. 55) – Influencer I (lu_coaching); BGH GRUR-RS 2021, 26632 (Rn. 44) – Cathy Hummels.

¹⁴ BGH MMR 2021, 875 (Rn. 59) – Influencer I (lu_coaching).

¹⁵ BGH MMR 2021, 875 (Rn. 68) – Influencer I (lu_coaching).

¹⁶ BGH MMR 2021, 875 (Rn. 67) – Influencer I (lu_coaching).

¹⁷ BGH MMR 2021, 875 (Rn. 66) – Influencer I (lu_coaching).

¹⁸ BGH MMR 2021, 875 (Rn. 67) – Influencer I (lu_coaching).

¹⁹ *Leeb* RD 2021, 555 (556); *Köberlein* ZVVertriebsR 2022, 102 (104); *Glöckner* NJW 2021, 3427 (3429); *Rauer/Kempf* WRP 2022, 16 (18); jurisPK-Internetrecht/A. Paschke, Kapitel 4.5: Online-Marketing Rn. 187.5; BeckOK UWG/*Ritlewski*, § 5a Rn. 216; wohl auch *Lehr* GRUR-Prax 2021, 643 (643): „Hersteller-Website“; *Brtko/Witzmann* GRUR-Prax 2022, 183 (658); *Schaub* GRUR 2021, 1358 (1360): „fremde Internetseite“.

Beiträge auch einem Informationsbedürfnis der Follower dienen, zwar nicht bereits durch das Setzen von Tap Tags, die Herstellerinformationen beinhalten, wohl aber regelmäßig durch die in einem ‚Tap Tag‘ vorgesehene Verlinkung auf die Internetseite des Herstellers.²⁰ *Leeb*²¹ stellte richtigerweise heraus, dass durch Tap Tags nur eine Verlinkung auf Instagram-Profile, nicht aber auf externe Seiten möglich ist. Könnte der Verweis auf die Verlinkung auf externe Seiten mittels Tap Tags noch ggf. mit fehlenden Kenntnissen im Umgang mit Instagram erklärt werden, wird die tatsächliche Intention des BGH in der Subsumtion unter die genannten Wertungen deutlich: Nach den revisionsrechtlich unbedenklichen Feststellungen des Berufungsgerichts liege ein werblicher Überschuss im Streitfall vor.²² Es wurden aber nur Verlinkungen auf Instagram-Profile von anderen Unternehmen vorgenommen.

Die eigentliche Unterscheidung, die der BGH getroffen hat, ist folglich die zwischen der Angabe, dass das verlinkte Unternehmen das Produkt hergestellt hat, und der Verlinkung auf das Instagram-Profil. Da es nicht möglich ist, einen Tap Tag ohne Verlinkung auf ein anderes Nutzerkonto zu erstellen (auch Hashtag-Angaben sind nicht möglich), kommt der Unterscheidung im Ergebnis keine Bedeutung zu. Sobald ein fremdes Unternehmen mittels Tap Tag verlinkt wurde, soll zwar eine Gesamtschau der Umstände getroffen werden, die aber „regelmäßig“ zu dem Ergebnis kommen wird, dass ein werblicher Überschuss vorliegt. Dafür muss nicht einmal ein vom verlinkten Unternehmen hergestelltes Produkt im Bild zu sehen sein. Im Gegenteil ist ein werblicher Überschuss sogar dann eher anzunehmen, wenn die Verlinkung keinen Bezug zum Bild oder Text aufweist.²³

Man kann die Aufspaltung wegen ihrer faktischen Unmöglichkeit als künstlich bezeichnen;²⁴ die Unterscheidung zwischen bloßer Information und Vereinfachung des Zugangs zu den Produkten ist aber sachgerecht. Wenn nicht vorausgesetzt wird, dass auf der verlinkten Seite das Produkt unmittelbar erworben

²⁰ BGH GRUR 2022, 490 (Rn. 36) – Influencer III (Diana zur Loewen).

²¹ *Leeb* RDi 2021, 555 (556).

²² BGH GRUR 2022, 490 (Rn. 36) – Influencer III (Diana zur Loewen).

²³ BGH MMR 2021, 875 (Rn. 65) – Influencer I (lu_coaching).

²⁴ So *Nadi*, Influencer-Marketing, S. 250; vgl. auch *Obly* JZ 2022, 204 (206).

werden kann,²⁵ muss die Verlinkung auf den Instagram-Auftritt ausreichen,²⁶ zumal dieser oftmals in der „Bio“ den Link zur Unternehmenshomepage enthält.

Für eine Unterscheidung zwischen Link auf das Instagram-Profil und dem Link auf die Unternehmens-Homepage kann allenfalls das Verbraucherverständnis sprechen, auf das es beim werblichen Überschuss ankommen soll. *Stubb* und *Colliander* stellten in ihrer Studie die Vermutung auf, dass die verlinkte Seite kongruent oder inkongruent zu den Verbrauchererwartungen sein könne und dass dann, wenn beispielsweise der Hinweis, dass für die Erwähnung nicht bezahlt wurde, mit einer Produktseite des Unternehmens zusammentreffen würde, diese Inkongruenz bei den Verbrauchern negativere Einstellungen hervorrufen würde als bei der Verlinkung der Startseite des Unternehmens.²⁷ Ausgehend davon formulierten sie Hypothese 4, die sich im Test bestätigte.²⁸

Übertragen auf die falsch verstandene Unterscheidung würde das bedeuten, dass die üblichere Verlinkung auf den Instagram-Auftritt als weit weniger kommerziell motiviert wahrgenommen wird als die unüblichere Verlinkung auf eine Produktseite oder die Unternehmenshomepage. Nur weil es dahingehend einen Unterschied geben könnte, heißt das nicht, dass man auch dort die Grenze ziehen sollte. Schließlich sagt keine der untersuchten Studien etwas darüber aus, wie das Zufügen von Links bei eWOM wahrgenommen wird. Der Umstand, dass es für die Erreichbarkeit des werblichen Einflussbereichs keinen wesentlichen Unterschied macht, ob direkt auf die Unternehmenshomepage oder erst auf den Instagram-Auftritt und von dort auf die Unternehmenshomepage verwiesen wird, spricht gegen die falsch verstandene Unterscheidung und für die Differenzierung des BGH.

B. Vorrang § 6 I TMG und § 22 MStV, Anwendbarkeit über § 3a UWG

Der BGH urteilte, dass der § 6 I TMG eine bereichsspezifische Spezialvorschrift darstelle, die für Telemedien die Anforderungen an die Erkennbarkeit

²⁵ BGH MMR 2021, 875 (Rn. 67) – Influencer I (lu_coaching).

²⁶ Zustimmung auch *Alexander ZUM* 2022, 77 (80 f.).

²⁷ *Stubb/Colliander* Computers in Human Behavior 2019, 210 (215).

²⁸ *Stubb/Colliander* Computers in Human Behavior 2019, 210 (218).

der kommerziellen Kommunikation festlege.²⁹ „Weil es sich bei § 6 I Nr. 1 TMG um eine Marktverhaltensregelung [handele], die über den Tatbestand des § 3a UWG lauterkeitsrechtlich zur Anwendung [gelange], [dürften] die in dieser bereichsspezifischen Vorschrift zum Ausdruck kommenden speziellen medienrechtlichen Wertungen durch die Anwendung der allgemeinen lauterkeitsrechtlichen Vorschrift des § 5a VI UWG [2015] nicht unterlaufen werden.“³⁰

Im Folgenden wird darauf eingegangen, ob und wie der Vorrang der medienrechtlichen Normen rechtstechnisch erklärt werden kann. An der Erklärung des BGH drängen sich insbesondere dadurch Zweifel auf, dass die Anwendbarkeit des § 5a VI UWG 2015, der auf den Art. 7 II Hs. 2 UGP-RL zurückgeht, durch § 3a UWG eingeschränkt werden soll, der seinerseits nicht nur nicht auf die Richtlinie zurückgeht, sondern sogar selbst der richtlinienkonformen Auslegung unterworfen ist.

Zunächst muss geklärt werden, ob der § 3a UWG überhaupt anwendbar ist. Zwar handelt es sich bei § 6 I TMG um eine gesetzliche Vorschrift, die dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln.³¹

I. Überzeugender: Vorrang über §§ 3 I, 5a I, 5b IV UWG 2022

Allerdings kommt diese Vorschrift bereits über den §§ 5a I, 5b IV iVm § 3 I UWG 2022 zur Anwendung. Nach § 5a I UWG 2022, der auf den Art. 7 I UGP-RL zurückgeht und der – mit einigen Modifikationen – dem § 5a II UWG 2015 entspricht, handelt unlauter, wer einen Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer irreführt, indem er ihm eine wesentliche Information vorenthält, die dieser benötigt, um eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen, und deren Vorenthalten geeignet ist, den Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Der § 5b IV UWG 2022 (§ 5a IV UWG 2015) normiert, dass als wesentlich iSd § 5a I UWG 2022 auch solche Informationen gelten, die dem Verbraucher aufgrund unionsrechtlicher Verordnungen oder nach Rechtsvorschriften zur Umsetzung unionsrechtlicher

²⁹ BGH GRUR 2021, 1414 (Rn. 46, 56 ff.) – Influencer II (ohhcouture); BGH GRUR-RS 2021, 26632 (Rn. 85 ff.) – Cathy Hummels.

³⁰ BGH GRUR-RS 2021, 26632 (Rn. 89) – Cathy Hummels.

³¹ BGH GRUR 2021, 1414 (Rn. 60) – Influencer II (ohhcouture).

Richtlinien für kommerzielle Kommunikation einschließlich Werbung und Marketing nicht vorenthalten werden dürfen. § 5b IV UWG 2022 setzt den Art. 7 V UGP-RL um, nach dem die im Gemeinschaftsrecht festgelegten Informationsanforderungen in Bezug auf kommerzielle Kommunikation einschließlich Werbung oder Marketing auf die in der nicht erschöpfenden Liste des Anhangs II verwiesen wird, als wesentlich gelten. Der Anhang II der UGP-RL verweist unter anderem auf Art. 6 der E-Commerce-RL. Der Art. 6 der E-Commerce-RL wird durch den § 6 I TMG in deutsches Recht implementiert.

Das Erkennbarkeitsgebot aus Art. 6 E-Commerce-RL findet sich auch im § 22 MStV,³² was dafür spricht, auch diese Norm über die §§ 5a I, 5b IV UWG 2022 anzuwenden. Dafür spricht auch, dass der MStV Regelungen der AVMD-RL umsetzt, die zwar nicht im Anhang II zu Art. 7 V UGP-RL aufgelistet ist; diese Liste ist allerdings auch nicht erschöpfend. Das Erkennbarkeitsgebot des § 22 MStV findet sich zusätzlich im Art. 9 I lit. a AVMD-RL³³ und das Trennungsgebot in Art. 19 I AVMD-RL.³⁴ Beide Gebote stellen im Gemeinschaftsrecht festgelegte Informationsanforderungen in Bezug auf kommerzielle Kommunikation dar, sodass es sich nach Art. 7 V UGP-RL um wesentliche Informationen iSd Art. 7 I UGP-RL handelt. Der § 22 I MStV sollte folglich ebenfalls über die §§ 5a I, 5b IV UWG 2022 angewendet werden. Dass der § 22 I MStV bisher noch nicht in den Kommentierungen zum § 5b UWG 2022 genannt wird, ist wohl auf die bereits genannte Praxis zurückzuführen, die Normen, die Informationsanforderungen enthalten, ausschließlich über den § 3a UWG anzuwenden.

Demgegenüber findet sich in der UGP-RL keine dem § 3a UWG vergleichbare Norm.

Nach überzeugender Ansicht begründen diese Umstände die Spezialität und damit den Vorrang §§ 5a I, 5b IV UWG 2022 vor § 3a UWG bezüglich der Verletzung von unionsrechtlichen Informationspflichten.³⁵ Der BGH ging bis zur

³² BeckOK InfoMedienR/*Fiedler*, § 22 MStV Rn. 1.

³³ BeckOK InfoMedienR/*Fiedler*, § 22 MStV Rn. 1.

³⁴ Spindler/Schuster/*Smid*, § 58 RStV Rn. 1 Fn. 1.

³⁵ OLG Frankfurt a. M WRP 2018, 241 (Rn. 22) – Anforderungen an die “deutliche Sichtbarkeit” von Verbrauchs- und Emissionsangaben eines Pkw auf einem Messestand; *H. Köhler* WRP 2017, 302 (302); Köhler/Bornkamm/Feddersen/*H. Köhler*, § 5b UWG Rn. 5.1a; Ohly/Sosnitza/*Ohly*, 7. Aufl. 2016, § 3a UWG 8a, 30d; MüKo

Entscheidung Knuspermüsli II³⁶ und mit Verweis auf den Gesetzgeber³⁷ davon aus, dass die beiden Unlauterkeitstatbestände nebeneinander angewandt werden können,³⁸ wandte jedoch oft nur den § 3a UWG an.³⁹

Der BGH betonte, dass durch die richtlinienkonforme Auslegung des § 3a UWG es keinen Unterschied mache, ob der § 3a UWG oder die §§ 5a I, 5b IV UWG 2022 angewandt würden, wenn und weil erstere im Sinne der letzteren interpretiert würden.⁴⁰ Die Kritik, dass dadurch ggf. strengere Maßstäbe angelegt würden,⁴¹ klingt befremdlich: Wie sollen durch Anwendung des § 3a UWG strengere Maßstäbe an geschäftliche Handlungen angelegt werden als durch §§ 5a I, 5b IV UWG 2022, wenn mittels richtlinienkonformer Auslegung doch erreicht werden soll, dass die Anwendung beider Tatbestände zum gleichen Ergebnis führt?

Auch auf den zweiten Blick ist dieses Argument wenig überzeugend. Köhler schreibt, dass die „Anwendung des [§§ 5a I, 5b IV UWG 2022] die Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls sowie die Prüfung der geschäftlichen Relevanz der Informationspflichtverletzung [ermögliche] und zugleich [vermeide], dass über eine rigide Anwendung der Spürbarkeitsklausel des § 3a Hs. 2 UWG ein der UGP-RL widersprechendes per-se-Verbot eingeführt [werde].“⁴² Das wäre nur dann zutreffend, wenn bei der Anwendung der §§ 5a I, 5b IV UWG 2022 tatsächlich die Umstände des Einzelfalls berücksichtigt und die geschäftliche Relevanz der Informationspflichtverletzung festgestellt würde, und wenn dies bei der Prüfung des § 3a UWG nicht geschähe. Dem ist nicht so.

Lauterkeitsrecht/*Alexander*, § 5a UWG Rn. 85; *Alexander* GRUR-Prax 2019, 289 (289); Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Dreyer*, § 5a UWG Rn. 16; *Fezer* WRP 2010, 577 (582).

³⁶ BGH WRP 2022, 847 (Rn. 23) – Knuspermüsli II.

³⁷ BT-Drs. 16/10145, 27.

³⁸ BGH GRUR 2010, 1142 (Rn. 12) – Holzhocker; BGH GRUR 2015, 1240 (Rn. 29) – Der Zauber des Nordens; BGH WRP 2021, 192 (Rn. 24) – Verfügbare Telefonnummern.

³⁹ Siehe nur BGH GRUR 2021, 1414 (Rn. 59) – Influencer II (ohhcouture); BGH GRUR-RS 2021, 26632 (Rn. 88) – Cathy Hummels.

⁴⁰ BGH WRP 2021, 192 (Rn. 24) – Verfügbare Telefonnummern; BGH GRUR 2021, 752 (Rn. 49) – Berechtigte Gegenabmahnung; siehe auch BGH GRUR 2019, 82 (Rn. 31) – Jogginghosen; BGH WRP 2019, 724 (Rn. 30) – Kaffee kapseln; BGH WRP 2019, 874 (Rn. 26) – Energieeffizienzklasse III.

⁴¹ Köhler/Bornkamm/Feddersen/*H. Köhler*, § 3a UWG Rn. 1.19.

⁴² Köhler/Bornkamm/Feddersen/*H. Köhler*, § 3a UWG Rn. 1.19.

Zwar wird nicht mehr – wie unter der Geltung des § 5a II UWG 2008⁴³ – mit dem Vorenthalten der wesentlichen Information zugleich das Vorliegen der geschäftlichen Relevanz bejaht.⁴⁴ Durch die Annahme des Regelfalls, dass beim Vorenthalten einer wesentlichen Information grundsätzlich davon auszugehen sei, dass der Verbraucher diese Information benötige, um eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen, und die sekundäre Darlegungs- und Beweislast dafür, dass keine geschäftliche Relevanz vorliegt, dem Unternehmer auferlegt wird, wird meist nicht auf die Umstände des Einzelfalls eingegangen,⁴⁵ außer das Gericht sieht einen Ausnahmetatbestand verwirklicht.⁴⁶ Daran kann mit *Büscher* kritisiert werden, dass die Annahme des Regelfalls ohne Berücksichtigung des Einzelfalls der Richtlinie insoweit entgegenstehe, dass darüber Informationsanforderungen gewahrt werden müssten, die im Einzelfall ohne oder nur von geringer Bedeutung für die geschäftliche Entscheidung seien, weil sie etwa vorrangig der Umsetzung politischer Ziele wie der umsichtigen Verwendung der natürlichen Ressourcen dienen.⁴⁷ Als Beispiel wird später angeführt, dass etwa ein Fastfood-Restaurant nicht die Rechtsform, in der es betrieben wird, angeben muss, wenn es sich mit seiner Werbung an potentielle Kunden richtet.⁴⁸ Für die geschäftliche Entscheidung, das Fastfood-Restaurant aufzusuchen, ist die Rechtsform wohl nicht entscheidend.

Man kann – ebenfalls mit *Büscher* – kritisieren, dass die Voraussetzungen der Auferlegung einer sekundären Darlegungs- und Beweislast nicht vorliegen, weil die Wirkung des Vorenthaltes der Information auf den Verbraucher kein Umstand ist, den allein der Unternehmer aufgrund ausschließlich ihm zustehender

⁴³ BGH GRUR 2013, 1169 (Rn. 19) – Brandneu von der IFA; BGH GRUR 2014, 584 (Rn. 23) – Typenbezeichnung; BGH GRUR 2015, 1240 (Rn. 46) – Der Zauber des Nordens.

⁴⁴ BGH GRUR 2017, 922 (Rn. 31) – Komplettküchen; BGH WRP 2021, 192 (Rn. 24) – Verfügbare Telefonnummern.

⁴⁵ BGH WRP 2019, 724 (Rn. 33) – Kaffeekapseln; BGH WRP 2019, 874 (Rn. 30) – Energieeffizienzklasse III; BGH GRUR 2017, 922 (Rn. 32, 34) – Komplettküchen; BGH WRP 2021, 192 (Rn. 35 f.) – Verfügbare Telefonnummern; siehe aber BGH GRUR 2021, 752 (Rn. 60) – Berechtigte Gegenabmahnung.

⁴⁶ BGH GRUR 2019, 82 (Rn. 33) – Jogginghosen.

⁴⁷ *Büscher* WRP 2019, 1249 (1252 f.).

⁴⁸ *Büscher* WRP 2019, 1249 (1254) mit Verweis auf *H. Köbler* WRP 2017, 1 (5).

Informationen vorhersehen könnte.⁴⁹ Man könnte in Anlehnung an die Ausführungen von *Lettl*⁵⁰ kritisieren, dass die Änderung der Rechtsprechung als Reaktion auf die Neufassung des § 5a II UWG 2015 keine allzu große sein kann, wenn letztlich die geschäftliche Relevanz mit Verweis auf die Wesentlichkeit der Information begründet wird.

Nicht aber kann die Anwendung des § 3a UWG statt der §§ 5a I, 5b IV UWG 2022 damit begründet werden, dass nur so die Umstände des Einzelfalls berücksichtigt würden, wenn erstens der BGH im Rahmen der Übertragung der §§ 5a I, 5b IV UWG 2022 auf die Umstände des Einzelfalls hinweist und zweitens im Rahmen dieser Normen nach gefestigter und wenig kritizierter Rechtsprechung die Umstände des Einzelfalls letztlich doch nicht beachtet werden. Es ist unrealistisch, dass die alleinige Anwendung der §§ 5a I, 5b IV UWG 2022 den BGH dazu bringt, sich auf die Rechtsprechung des EuGH zu besinnen, nach der es – auch beim Vorenthalten wesentlicher Informationen iSd UGP-RL – dem Gericht obliegt, „im Einzelfall unter Berücksichtigung der Umstände der Aufforderung zum Kauf, des verwendeten Kommunikationsmediums sowie der Beschaffenheit und der Merkmale des Produkts zu beurteilen, ob der Verbraucher in die Lage versetzt wird, eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen“.⁵¹

Auch die Existenz des neuen § 1 II UWG 2022, der auf den Art. 3 IV UGP-RL zurückzuführen ist, spricht jedenfalls nicht gegen die frühere Rechtsprechung des BGH, auch auf die Verletzung von unionsrechtlich fundierten Informationspflichten den § 3a UWG anzuwenden.⁵² Zwar können Marktverhaltensregeln als „Vorschriften zur Regelung besonderer Aspekte unlauterer geschäftlicher Handlungen“ verstanden werden, doch die unionsrechtlichen Informationspflichten werden durch die Anwendung über § 3a UWG oder §§ 5a I, 5b IV UWG 2022 in das UWG einbezogen.⁵³ Sie können nicht iSd

⁴⁹ *Büscher* WRP 2019, 1249 (1252).

⁵⁰ *Lettl* WRP 2019, 1265 (1274).

⁵¹ EuGH WRP 2012, 189 (Rn. 58) – *Ving Sverige* siehe auch EuGH WRP 2017, 31 (Rn. 58) – *Canal Digital Danmark*.

⁵² *Alexander* GRUR 2021, 1445 (1449).

⁵³ *Alexander* GRUR 2021, 1445 (1448).

§ 1 II UWG 2022 den Regelungen dieses Gesetzes vorgehen, da sie Teil dieses Gesetzes sind.⁵⁴

Für die alleinige Anwendbarkeit der §§ 5a I, 5b IV UWG 2022 sprechen neben dem mit der Spezialität verbundenen Vorrang andere Gründe: Wenn die Voraussetzungen der §§ 5a I, 5b IV UWG 2022 in den § 3a UWG hineingelesen werden, enthält der § 3a UWG eine zusätzliche Komplexität, die überhaupt nicht notwendig ist.⁵⁵ Wie bereits gezeigt, gelangen § 6 I TMG und § 22 MStV auch über die §§ 3 I, 5a I, 5b IV UWG 2022 zur Anwendung.

Gerade in den Fällen des Influencer-Marketings führt die Anwendung über letztgenannte Normen dazu, dass den Erklärungsnöten abgeholfen werden kann: Dem BGH könnte nicht vorgeworfen werden, dass die Einschränkung des § 5a VI UWG 2015, der nahezu wortgleich aus dem Art. 7 II Hs. 2 UGP-RL übernommen wurde, auf den § 3a UWG und damit auf eine Norm gestützt wird, die keine Entsprechung in der UGP-RL findet. Zwar mag die Spezialität des § 6 I TMG und des § 22 MStV noch einleuchtend sein. Wird die Spezialität dann aber mit der Anwendung dieser Normen über den § 3a UWG begründet, der selbst sich den Wertungen der Richtlinie beugen muss, bietet die Argumentation Raum für Kritik.

Begründet man die Spezialität über die §§ 5a I, 5b IV UWG 2022, die ihrerseits ihre Entsprechung in Art. 7 I, V UGP-RL finden, und beachtet man zusätzlich noch den Erwägungsgrund 15, nach dem bei kommerzieller Kommunikation keine weitergehenden Informationsanforderungen als die in der UGP-RL genannten statuiert werden dürfen, können die vermeintlichen Widersprüche aufgelöst werden. Selbst wenn noch nicht die überschießende Umsetzung des § 2 I Nr. 1 UWG als Grund für die augenscheinliche Unvereinbarkeit zwischen § 5a VI UWG 2015 und § 6 I TMG identifiziert wurde, wird klar, dass gegen die jahrelange Praxis vieler Instanzgerichte folgendes spricht: Sie ist und war nie mit der UGP-RL vereinbar.

⁵⁴ *Alexander* GRUR 2021, 1445 (1448).

⁵⁵ *H. Köbler* WRP 2017, 1 (5); vgl. auch *Ohly/Sosnitza/Ohly*, 7. Aufl. 2016, § 3a UWG 8a.

II. Rechtsprechungsänderung: Aufgabe von Anwendung über § 3a UWG

Umso erfreulicher ist, dass der BGH seine Rechtsprechung geändert hat. In der Entscheidung Knuspermüsli II stellt das Gericht klar, dass an der Anwendung des § 3a UWG neben dem § 5a I, 5b IV UWG 2022 bezüglich der Verletzung von unionsrechtlichen Informationspflichten nicht mehr festgehalten werde.⁵⁶

Grund für die Rechtsprechungsänderung ist der neu eingeführte Art. 11a I 1 UGP-RL, der einen Verbraucherschadensersatzanspruch normiert. Die Vorschrift bezieht sich auf sämtliche unlautere Geschäftspraktiken der RL und umfasst damit auch Verletzungen der Informationspflichten nach Art. 7 V UGP-RL. „Um dem Grundsatz der ‚1:1-Umsetzung Rechnung zu tragen‘,⁵⁷ werden nach der deutschen Umsetzungsnorm nur für Verletzungen derjenigen Normen ein Verbraucherschadensersatz statuiert, die auf die UGP-RL zurückgehen.⁵⁸ In § 9 II 2 UWG 2022 wird entsprechend und unter anderem die Schadensersatzpflicht für eine unlautere geschäftliche Handlung nach § 3a UWG ausgeschlossen. Hätte der BGH in dieser Konstellation bei der Verletzung von verbraucherschützenden Informationspflichten an der *alleinigen* Prüfung des § 3a UWG festgehalten, hätte er – wenn er nach dem eindeutigen Wortlaut des § 9 II 2 UWG 2022 keinen Schadensersatz zugestanden hätte – gegen Art. 11a der UGP-RL verstoßen.⁵⁹ Um doch einen Schadensersatz zusprechen zu können, hätte der § 9 II 2 UWG 2022 richtlinienkonform ausgelegt werden müssen.⁶⁰ Eine solche richtlinienkonforme und gegen den Wortlaut der Norm (§ 9 II 2 UWG 2022) vorgenommene Auslegung, die zum Zweck hat, die Anwendbarkeit einer nationalen Norm (§ 3a UWG) zu gewährleisten, die ihrerseits richtlinienkonform an Normen orientiert werden muss, die auf die UGP-RL zurückgehen (§§ 5a I, 5b IV UWG 2022), wenn die Anwendung letzterer zum gleichen Ergebnis kommen muss und darüber der unionsrechtlich garantierte Schadensersatzanspruch zugesprochen werden kann und muss, wäre wohl schwerlich zu vermitteln.

⁵⁶ BGH WRP 2022, 847 (Rn. 23) – Knuspermüsli II.

⁵⁷ BT-Drs. 19/27873, 41.

⁵⁸ Kritisch dazu *Glöckner* GRUR 2021, 919 (925 f.).

⁵⁹ *Alexander* GRUR 2021, 1445 (1451); siehe auch *Büscher* WRP 2022, 132 (135).

⁶⁰ *Alexander* GRUR 2021, 1445 (1451).

Der BGH begründet die Rechtsprechungsänderung damit, dass ein Widerspruch zu unionsrechtlichen Vorgaben aus Art. 11a UGP-RL nur vermieden würde, wenn *allein* die §§ 5a I, 5b IV UWG 2022 angewandt würden.⁶¹ Diese Wertung wäre nur dann korrekt, wenn die Änderung der Richtlinie entweder ein Nebeneinander der beiden Normen ausschließen oder den Mitgliedstaaten verbieten würde, eine solche Schadensersatzpflicht auch für die Verletzung nationaler Normen zu statuieren, die nicht ihre Grundlage im Unionsrecht haben. Die Rechtsfolge, unlauteres Verhalten mit der Verpflichtung, Schadensersatz zu zahlen, zu sanktionieren, trifft keine Aussage darüber, welche Normen unlauteres Verhalten begründen können. Der neue Art. 11a UGP-RL kann somit nicht dazu führen, dass ausschließlich die §§ 5a I, 5b IV UWG 2022 angewendet werden dürfen.

Es bleibt noch die Möglichkeit, dass der europäische Gesetzgeber ausschließlich die Verstöße mit einem Schadensersatz sanktionieren wollte, die auf die Richtlinie zurückgehen. Doch auch dann könnte die gleichzeitige Bejahung des § 3a UWG und eines Schadensersatzanspruchs nicht den unionsrechtlichen Wertungen widersprechen. Schließlich würde der Schadensersatzanspruch nach §§ 9 II 1, 3 I, 5a I, 5b IV UWG 2022 auf Umsetzungsnormen der UGP-RL gestützt und nicht auf den § 3a UWG. Allein der Umstand, dass der § 3a UWG ebenfalls erfüllt wäre, könnte nicht dazu führen, den Schadensersatzanspruch zu verwehren.

Folglich muss der Aussage des BGH, ein Widerspruch zu unionsrechtlichen Vorgaben könne nur dann vermieden werden, wenn *allein* die §§ 5a I, 5b IV UWG 2022 angewandt werden würden, widersprochen werden. Es besteht weiterhin die Möglichkeit, die Unlauterkeit sowohl nach § 3a UWG als auch nach §§ 5a I, 5b IV UWG 2022 festzustellen und in der Folge einen Schadensersatzanspruch nach §§ 9 II 1, 3 I, 5a I, 5b IV UWG 2022 zuzusprechen. Es wurde lediglich der gängigen Praxis, allein den § 3a UWG anzuwenden, ein Riegel vorgeschoben. Nichtsdestoweniger ist die Abkehr von § 3a UWG bei Verstößen unionsrechtlicher Informationspflichten uneingeschränkt zu begrüßen.

⁶¹ BGH WRP 2022, 847 (Rn. 25) – Knuspermüsli II.

III. Vorrang des § 6 I TMG auch über Art. 3 IV UGP-RL?

Der BGH⁶² urteilte, der Normvorrang folge nicht aus Art. 3 IV UGP-RL,⁶³ der bestimmt, dass Rechtsvorschriften der Gemeinschaft, die besondere Aspekte unlauterer Geschäftspraktiken regeln, den Bestimmungen der UGP-RL im Falle einer Kollision vorgehen. Er begründet dies damit, dass die in Rede stehenden geschäftlichen Handlungen zugunsten eines fremden Unternehmens nicht in den Anwendungsbereich der UGP-RL fielen, da sie mangels Handelns im Auftrag keine Geschäftspraktik darstellten.

Zudem stellen die Beiträge der Influencerinnen Leonie Hanne (Instagram: ohhcouure) und Cathy Hummels mangels Vertrieb eigener Produkte an Verbraucher keine Geschäftspraktiken zugunsten des eigenen Unternehmens im Sinne der UGP-RL dar. Wäre dies anders, würde sich die Einschränkung des Art. 2 lit. f Alt. 2 E-Commerce-RL erkennbar nur auf Angaben in Bezug auf Waren und Dienstleistungen eines fremden Unternehmens beziehen.⁶⁴ Dementsprechend könnte nur hinsichtlich der Geschäftspraktik zugunsten eines fremden Unternehmens eine Kollision vorliegen, sodass es nur darauf ankäme, ob in dieser Hinsicht der Sachverhalt von der UGP-RL erfasst wird.

IV. Vorrang des § 6 I TMG auch über § 1 II UWG 2022?

In der Gesetzesbegründung zum § 1 II UWG 2022 findet sich folgende Passage:

„Die Frage des Verhältnisses zu anderen Vorschriften, die für spezielle Konstellationen Voraussetzungen für das Vorliegen einer unlauteren geschäftlichen Handlung bestimmen, stellt sich in zahlreichen Zusammenhängen. Sie wird von der Rechtsprechung bereits überwiegend entsprechend Artikel 3 Absatz 4 der Richtlinie 2005/29/EG gelöst. Dennoch sollte nicht zuletzt vor dem Hintergrund der aktuellen Diskussion über neue Formen der Kommunikation und des Marketings im Internet, wie zum Beispiel Influencer-Marketing, nunmehr eine ausdrückliche Klarstellung des Vorrangs von Vorschriften erfolgen, die besondere Aspekte unlauterer geschäftlicher Handlungen regeln. Der Vorrang reicht dabei nur so weit, wie der betreffende Aspekt in der spezielleren Vorschrift auch

⁶² BGH GRUR 2021, 1414 (Rn. 57) – Influencer II (ohhcouture); BGH GRUR-RS 2021, 26632 (Rn. 86) – Cathy Hummels.

⁶³ A.A. Ohly/Sosnitza/Sosnitza, § 5a UWG Rn. 35.

⁶⁴ Siehe dazu Kapitel 3 A. II.

abschließend geregelt werden soll. Enthält die speziellere Vorschrift zum Beispiel nur ergänzende Informationsanforderungen, sind die allgemeinen Informationsanforderungen der §§ 5a und 5b UWG 2022 weiter anwendbar. Regelungen besonderer Aspekte unlauterer Handlungen enthalten zum Beispiel der Medienstaatsvertrag und das Telemediengesetz, die im Einklang mit dem Unionsrecht spezielle medienrechtliche Wertungen für die Kennzeichnung von Werbung enthalten.⁶⁵

Das wirft unweigerlich die Frage auf, ob nach dem Willen des Gesetzgebers die Normen des § 6 I TMG, § 22 I 1 MStV, deren Vorrangigkeit der BGH in den Fällen des Influencer-Marketings auf die Anwendung über § 3a UWG gestützt hat,⁶⁶ über § 1 II UWG Vorrang vor dem § 5a VI UWG 2025 haben sollten. Dagegen spricht, dass in der Gesetzesbegründung klargestellt wird, dass „die Ergänzung allein der vorrangigen Berücksichtigung der in spezielleren Regelungen getroffenen Bewertungen zur Unlauterkeit eines Verhaltens [diene] und keine Auswirkungen auf den Rechtsbruchtatbestand des § 3a [habe]“⁶⁷. Naheliegender als die Wertung, dass die Normen nach dem Willen des Gesetzgebers nicht mehr als Teil des UWG betrachtet werden, ist, dass der Gesetzgeber den Gerichten mehrere Anknüpfungspunkte an die Hand geben wollte, um die problematischen Fälle des Influencer-Marketings zu lösen. Deutlich wird das am Umstand, dass – obwohl in § 5a IV 2 UWG 2022 ein „Influencer-Gesetz“ geschaffen wurde – in der Gesetzesbegründung nicht nur im Rahmen des § 1 II UWG 2022 auf diese Fälle eingegangen wird, sondern sich auch zum § 2 UWG 2022 folgende Passage findet:

„Zudem wird ergänzt, dass es sich nicht nur um einen objektiven, sondern auch um einen unmittelbaren Zusammenhang mit einer Absatzförderung handeln muss. Dies entspricht der Definition der Geschäftspraktik in Artikel 2 Buchstabe d der Richtlinie 2005/29/EG. Zwar muss das Kriterium „objektiv“ auch derzeit bei Handlungen gegenüber Verbraucherinnen und Verbrauchern so ausgelegt werden, dass es „unmittelbar“ umfasst; aufgrund der Bedeutung dieser zentralen Begriffsbestimmung ist eine Klarstellung jedoch angebracht. So er-

⁶⁵ BT-Drs. 19/27873, 31 f.

⁶⁶ BGH GRUR-RS 2021, 26632 (Rn. 89) – Cathy Hummels; BGH GRUR 2021, 1414 (Rn. 60) – Influencer II (ohhcouture).

⁶⁷ BT-Drs. 19/27873, 32.

scheint es möglich, dass bei bestimmten Formen der Förderung des eigenen Unternehmens kein unmittelbarer Zusammenhang zur Absatzförderung besteht, zum Beispiel, wenn eine Influencerin oder ein Influencer Waren oder Dienstleistungen empfiehlt oder erwähnt und hierfür kein Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung erhalten hat und die Erwähnung gegebenenfalls lediglich ihre oder seine eigene Bekanntheit fördert.⁶⁸

Gut ist, dass der Gesetzgeber damit ausdrücklich klarstellt, dass das genannte Verhalten auch ohne Kennzeichnung im Regelfall keine unlauteren Handlungen darstellen soll. Kritikwürdig ist, dass diese Probleme nur wegen der überschießenden Umsetzung der geschäftlichen Handlung entstehen konnten und dass nun auch der § 1 II UWG 2022 nicht nur die Regelung des Art. 3 IV UGP-RL enthält, an die er angelehnt ist, sondern überschießend umgesetzt wurde.⁶⁹

V. Rechtsprechung auch auf neues DDG übertragbar?

Am 14.05.2024 wurden die Normen des TMG (größtenteils) in das neue Digitale-Dienste-Gesetz (DDG) überführt. Das Erkennungsgebot aus § 6 I TMG findet sich nun beinahe wortgleich in § 6 I DDG. Einzig der Begriff des Telemediums wurde durch den Begriff des digitalen Dienstes ersetzt.

Problematisch ist, dass die Definition der kommerziellen Kommunikation aus § 2 TMG, die die Ausnahme enthält, auf die sich der BGH bezieht, ersatzlos gestrichen wurde. Mit der jetzigen Fassung des DDG ist die BGH-Rechtsprechung nicht zu begründen. Zwar enthält der § 6 I DDG den Begriff der „kommerziellen Kommunikationen“, sodass damit auch audiovisuelle Kommunikation iSd § 1 IV Nr. 7 DDG erfasst sein könnte. Audiovisuelle Kommunikation liegt nur vor, wenn die Kommunikation gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung oder als Eigenwerbung eingefügt wurde. Allerdings hätte diese Einschränkung in den vom BGH zu entscheidenden Fällen – alleamt statische Bildbeiträge – keine Anwendung gefunden. Audiovisuelle Kommunikation ist nur solche Kommunikation, die in einer Sendung oder einem nutzergenerierten Video enthalten ist.

Wurde nun festgestellt, dass das deutsche DDG anders als das TMG diese Einschränkung nicht mehr erfüllt, stellt sich die Frage, ob damit eine Änderung der Rechtslage einhergeht. Diese Frage ist zu verneinen. Die Einschränkung geht auf

⁶⁸ BT-Drs. 19/27873, 32.

⁶⁹ BeckOK UWG/*Alexander*, § 1 Rn. 96; siehe dazu Kapitel 7 A.

Art. 2 lit. f E-Commerce-RL zurück, der wegen der vollharmonisierenden Wirkung der RL auch dann beachtet werden muss, wenn er nicht (mehr) im nationalen Recht enthalten ist.

C. Kostenlose Produktüberlassung reicht aus

Im Urteil Influencer III entschied der BGH, dass auch bei einer unentgeltlichen Erwähnung eines Produktes, das kostenlos zur Verfügung gestellt worden war, die Kennzeichnungspflicht greift.⁷⁰ Durch die Formulierung in § 2 S. 1 Nr. 5 lit. b TMG, dass keine kommerzielle Kommunikation vorliegt, wenn die Angabe „unabhängig und insbesondere ohne finanzielle Gegenleistung“ erfolgt, bedurfte es eines erhöhten Argumentationsaufwandes, dem der BGH überzeugend gerecht wurde.

Das Wort „insbesondere“ mache deutlich, dass es sich bei der „Unabhängigkeit“ um einen Oberbegriff handle, der beispielsweise im Falle einer Gegenleistung nicht erfüllt sei.⁷¹ Ebenso wie der Schutzzweck der Nr. 11 S. 1 des Anhangs zur UGP-RL gebiete es der Schutzzweck des Art. 6 lit. a E-Commerce-RL iVm Art. 2 lit. f E-Commerce-RL, eine kommerzielle Kommunikation iSd § 2 S. 1 Nr. 5 TMG und darauf gestützt auch eine Kennzeichnungspflicht anzunehmen, wenn zwar keine Geldzahlung geleistet wurde, das erwähnte Produkt aber unentgeltlich zur Verfügung gestellt worden war, und das, ohne dass es eines synallagmatischen Zusammenhangs bedürfe.⁷² Unionsrechtlicher Hintergrund für die §§ 2 II Nr. 7, 22 I 1 MStV seien – sofern kein audiovisueller Mediendienst vorliege⁷³ – ebenfalls die Normen der E-Commerce-RL, sodass auch die Auslegung von „Entgelt oder einer ähnlichen Gegenleistung“ am Oberbegriff der „Unabhängigkeit“ zu orientieren sei.⁷⁴ Weder die Normen des TMG noch die des MStV sehen eine Geringfügigkeitsschwelle vor, sodass es nicht auf den Wert des zur Verfügung gestellten Produktes ankomme.⁷⁵ Für eine analoge

⁷⁰ BGH GRUR 2022, 490 (Rn. 63) – Influencer III (Diana zur Loewen).

⁷¹ BGH GRUR 2022, 490 (Rn. 62) – Influencer III (Diana zur Loewen).

⁷² BGH GRUR 2022, 490 (Rn. 63 ff.) – Influencer III (Diana zur Loewen).

⁷³ Siehe dazu Kapitel 8.

⁷⁴ BGH GRUR 2022, 490 (Rn. 74) – Influencer III (Diana zur Loewen).

⁷⁵ BGH GRUR 2022, 490 (Rn. 66, 76) – Influencer III (Diana zur Loewen).

Anwendung der Vorschriften zur Produktplatzierung in Sendungen oder nutzergenerierten Videos (§ 2 II Nr. 12 MStV) sei mangels planwidriger Regelungslücke kein Raum.⁷⁶

Im Rahmen des neuen § 5a IV 2 UWG 2022, der ebenfalls ein „Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung“ voraussetzt, kann nicht auf die Voraussetzung der Unabhängigkeit aus der E-Commerce-RL abgestellt werden, da die Norm nicht auf die E-Commerce-RL zurückgeht. Auch die Argumentation mit dem Schutzzweck der UGP-RL dürfte ausscheiden, zumal der Gesetzgeber davon ausgeht, mit dem § 5a IV 2 UWG 2022 einen Bereich zu regeln, der von der UGP-RL nicht erfasst wird.⁷⁷ Es könnte aber ggf. der Schutzzweck in die Norm hineingelesen werden, nur die Fälle – aber davon auch alle – zu erfassen, durch die Verbraucher in die Irre geführt werden könnten, wenn nicht offengelegt würde, dass es sich um eine wirtschaftlich unbeeinflusste Darstellung handelte.⁷⁸ Mit Blick auf die UGP-RL und das Erfordernis eines Handelns im Namen oder Auftrag kann auch darauf abgestellt werden, ob ein Vertrag zwischen Influencer und Unternehmen konstruiert werden kann.⁷⁹ Da aber nach der Rechtsprechung des BGH der § 5a IV UWG 2022 ohnehin hinter den spezielleren medienrechtlichen Regelungen zurücktritt, kommt es auf einen Gleichlauf der Ergebnisse ohnehin nicht an.⁸⁰

D. Kritik

I. Unerheblichkeit der Gegenleistung

Kritik an der BGH-Rechtsprechung kommt von *Nadi*, der betont, dass insbesondere aufgrund der unterschiedlichen Schutzrichtung die Normen des Lauterkeitsrechts neben denen des Medienrechts zulässig sein sollten.⁸¹ Gleichzeitig wird zugestimmt, dass dem Medienrecht Vorrang vor dem Lauterkeitsrecht einzuräumen ist und dabei auf das Verhältnis von UGP-RL und AVMD-

⁷⁶ BGH GRUR 2022, 490 (Rn. 66, 76) – Influencer III (Diana zur Loewen).

⁷⁷ BT-Drs. 19/27873, 34.

⁷⁸ Vgl. BGH GRUR 2022, 490 (Rn. 62) – Influencer III (Diana zur Loewen).

⁷⁹ Ausführlich dazu Kapitel 7 C. IV. 1.

⁸⁰ Siehe dazu Kapitel 6 B.

⁸¹ *Nadi*, Influencer-Marketing, S. 250.

RL Bezug genommen.⁸² Die Zulässigkeit soll sich daraus ergeben, dass die AVMD-RL mindestharmonisierend und die UGP-RL vollharmonisierend wirken soll,⁸³ dass mit der UGP-RL „ein hohes allgemeines Verbraucherschutzniveau erreicht werden sollte, das nicht durch mildere Wertungen einer sektoralen Bestimmung untergraben werden [dürfe]“ und dass, „wenn der nationale Gesetzgeber einmal von seinem Recht Gebrauch gemacht [habe], ein bundeseinheitliches Schutzniveau zu etablieren“, es den „Ländern verwehrt bleiben [müsse], mildere Regelungen einzuführen und damit auch Wettbewerbsvorteile zu verschaffen“.⁸⁴

Indem der § 22 I MStV anders als §§ 74 S. 1, 98 I MStV, § 6 TMG und die Vorschriften des UWG 2015 eine Entgeltlichkeit voraussetzen, solle im Falle eines werbenden, unentgeltlichen Fotoposts die Kennzeichnungspflicht über die Regelungen des UWG durchgesetzt werden, nicht aber über § 22 I MStV.⁸⁵ Ansonsten solle sich die Kennzeichnungspflicht nach den §§ 74 S. 1, 98 I MStV, § 6 I TMG oder den Unlauterkeitstatbeständen des UWG richten, sodass es insgesamt unerheblich sei, ob der Influencer eine Gegenleistung erhalten habe.⁸⁶

Diese Argumentation ist aus mehreren Gründen kritikwürdig. Erstens ist nicht ersichtlich, inwiefern sich die Bundesländer Wettbewerbsvorteile verschaffen könnten, wenn der MStV ein Übereinkommen aller Länder und damit eine bundeseinheitliche Regelung darstellt. Verfangen kann allenfalls das implizierte Argument, dass die Bundesländer die Kennzeichnungspflicht nicht abschließend regeln können.

Zweitens muss für die Anwendung des § 6 I TMG eine kommerzielle Kommunikation gegeben sein, die nach § 2 S. 1 Nr. 5 lit. b TMG dann nicht vorliegt, wenn die Angaben unabhängig und insbesondere ohne finanzielle Gegenleistung gemacht werden. Warum auch alle unentgeltlichen Beiträge, die eine geschäftliche Handlung darstellen und die laut Nadi folglich nach § 5a VI

⁸² Nadi, Influencer-Marketing, S. 201 f., 203 f.

⁸³ Nadi, Influencer-Marketing, S. 202, 204.

⁸⁴ Nadi, Influencer-Marketing, S. 204.

⁸⁵ Nadi, Influencer-Marketing, S. 202.

⁸⁶ Nadi, Influencer-Marketing, S. 204.

UWG 2015 kennzeichnungspflichtig sein sollen, auch gleichzeitig nicht unabhängig iSd TMG sind,⁸⁷ wird nicht dargestellt. Es ist überzeugender, von dem Erhalt eines Entgelts auf die Abhängigkeit zu schließen.

Drittens gehen die Informationsanforderungen des Art. 7 II UGP-RL nicht weiter als die des Art. 6 lit. a E-Commerce-RL. Die Geschäftspraktik, deren kommerzieller Zweck gekennzeichnet werden muss, verlangt ein Handeln im Auftrag des fremden Unternehmens, was jedenfalls dann vorliegt, wenn die Erwähnung gegen Entgelt oder sonstige Gegenleistung erfolgt. Dass die Problematik im deutschen UWG so hochkochen konnte, ist allein der überschießenden Umsetzung der geschäftlichen Handlung und der unzureichenden Beachtung der UGP-RL zu verdanken.

Viertens gibt es einen Grund dafür, dass der Gesetzgeber tätig wurde und gleich an mehreren Stellen angesetzt hat, um die Praxis der Gerichte, unentgeltliche Erwähnungen als kennzeichnungspflichtig einzustufen, zu unterbinden: Die mit dem Abstellen auf Gesamtumstände einhergehende Rechtsunsicherheit war untragbar. Diesem Problem hat *Nadi* nur wenig entgegen zu setzen. Dass bei privaten oder redaktionellen Beiträgen keine Kennzeichnungspflicht greifen soll⁸⁸ und nicht schon jede Verlinkung per se die Kennzeichnungspflicht begründet,⁸⁹ ist wohl kaum ausreichend, der Rechtsunsicherheit, die zu einer Überkennzeichnung und damit zu einer Entwertung der Kennzeichnung führt, abzuwehren.

II. Kein Vorrang des Medienrechts

*Glöckner*⁹⁰ kritisiert, dass der BGH⁹¹ sich zur Begründung der Vorrangigkeit der Normen des TMG und des MStV auf die Gesetzesbegründung⁹² berief, die aber ihrerseits einen Widerspruch dazu enthielt, indem der § 5a IV 2, 3 UWG 2022 geschaffen wurde, den es nicht geben müsste, wenn das Medienrecht vorgehe. Dieser Widerspruch ist aber weniger dem BGH vorzuwerfen, der die Geltung bereichsspezifischer Vorschriften auch schon in anderen Urteilen betonte, als dem Gesetzgeber, der mit dem überschießenden

⁸⁷ Vgl. *Nadi*, Influencer-Marketing, S. 195 f.

⁸⁸ *Nadi*, Influencer-Marketing, S. 218 f., 241, 270 f.

⁸⁹ *Nadi*, Influencer-Marketing, S. 176 ff.

⁹⁰ *Glöckner* NJW 2021, 3427 (3431).

⁹¹ BGH GRUR 2021, 1414 (Rn. 59) – Influencer II (ohhcouture).

⁹² BT-Drs. 19/27873, 31.

§ 1 II UWG 2022 und dem neuen § 5a IV 2, 3 UWG 2022 Regelungen schuf, deren gleichzeitige Anwendbarkeit kaum zu erklären ist.⁹³

Möglich ist es schon, von einem Vorrang auszugehen.⁹⁴ Die Frage ist eher, ob man von einem Vorrang auch ausgehen sollte. Diese Frage ist mit *Glöckner* zu verneinen. *Glöckner* plädiert für die parallele Anwendung von Lauterkeits- und Medienrecht, um dem § 5a IV 2, 3 UWG 2022 einen sinnvollen Anwendungsbereich zu bewahren und weil dieser Zugang systemkonformer sei: Die Verdrängungswirkung des Spezialitätsgrundsatzes scheitere schon daran, dass das Medienrecht andere Ziele verfolge als das Lauterkeitsrecht, sodass die „speziellen medienrechtlichen Wertungen“ auch nicht per se von der Einhaltung der wettbewerbsrechtlichen Regeln eximieren⁹⁵ dürften. Das letztgenannte Argument ist nicht zwingend, wenn man bedenkt, dass die infrage stehenden Normen alle auf das Gebot der redaktionellen Trennung gerichtet sind⁹⁶ und die BGH-Rechtsprechung nicht so verstanden werden muss, dass generell, also auch anderen medienrechtlichen Vorschriften Vorrang einzuräumen ist. Im Gegenteil verweist der BGH ausdrücklich darauf, dass die Wertungen des § 6 I TMG nicht unterlaufen werden dürften, weil es sich bei dieser Vorschrift um eine Marktverhaltensregelung handle, die über den § 3a UWG zur Anwendung komme.⁹⁷ Seitdem die deutschen Umsetzungsnormen der E-Commerce-RL (§§ 5, 6 TMG) wieder über die §§ 5a I, 5b IV UWG 2022 angewandt werden und damit an der Rechtsprechung erkennbar ist, dass die Vorgaben des Anhangs II der UGP-RL eingehalten werden sollen,⁹⁸ ist die von *Glöckner* implizierte Gefahr – dass auch anderen medienrechtlichen Normen ein Vorrang eingeräumt wird – zu vernachlässigen.

Bedeutender ist das Argument, dass es eines Vorrangs nicht bedarf, da nach richtlinienkonformer Auslegung des § 5a VI UWG 2015 die Normen sich nicht widersprechen.⁹⁹ Insofern hätte es auch für die BGH-Rechtsprechung keiner

⁹³ Siehe dazu Kapitel 7 B.

⁹⁴ Vgl. Kapitel 6 B.

⁹⁵ *Glöckner* NJW 2021, 3427 (3430 f.) mit Verweis auf BGH GRUR 2021, 1414 (Rn. 60) – Influencer II (ohhcouture).

⁹⁶ So *Glöckner* NJW 2021, 3427 (3431).

⁹⁷ BGH GRUR 2021, 1414 (Rn. 60) – Influencer II (ohhcouture).

⁹⁸ Ausführlich dazu Kapitel 6 B. II.

⁹⁹ Siehe dazu Kapitel 2.

besonderen Erklärung bedurft, wenn man die Unlauterkeit verneinen, diese aber nicht auf einen Vorrang der medienrechtlichen Normen stützen wollte.¹⁰⁰ Die von *Glöckner* genannte Entscheidung ist gleichwohl beachtenswert. Im Urteil Testpreis-Angebot legte der BGH die Wertungen einer Richtlinie zugrunde, die noch keine Rechtskraft entfaltete, indem er die Wertungen in die Generalklausel der Sittenwidrigkeit hineinlas.¹⁰¹ Ebenso wäre es wohl – mit deutlich höherem Begründungsaufwand, da das UWG 2021 keine mit dem § 1 UWG 1909 vergleichbare Generalklausel aufwies – möglich gewesen, bei der Anwendung des § 5a VI UWG 2015 den neuen Gesetzesentwurf zu berücksichtigen.¹⁰² Wie bereits dargelegt, hätte es dieser Erklärung angesichts der Vorgaben der UGP-RL nicht bedurft. Zudem ist dem BGH zugute zu halten, dass er eine rechtssichere und nachvollziehbare Lösung gefunden hat, die weniger Angriffsfläche bietet als die Anwendung einer Norm, die zum Zeitpunkt der Entscheidung noch nicht in Kraft getreten war. Auch ist der Umstand, dass durch die BGH-Rechtsprechung ein Vorrang der medienrechtlichen Normen statuiert wird, zwar unerwünscht, ihm kann jedoch abgeholfen werden. Sobald der Gesetzgeber den § 1 II UWG 2022 ersatzlos streicht, ist der Weg wieder frei für eine parallele Anwendung und der § 5a IV 2 UWG 2022 bekommt den Anwendungsbereich, der ihm gebührt.¹⁰³

III. Kennzeichnung

Im Rahmen der Frage, wie und wann gekennzeichnet werden müsse, schreibt *Schaub*,¹⁰⁴ dass zwar die Nutzung eines Business-Accounts nicht ausreiche, um ein Handeln zugunsten eines fremden Unternehmens kenntlich zu machen, andererseits aber „eine pauschale Kennzeichnung aller, auch rein persönlicher Beiträge als ‚Werbung‘ oder Ähnliches zu einer Redundanz“ führe, „die dem Ziel, die Adressaten nicht durch Schleichwerbung irrezuführen, auch nicht dienlich sein dürfte.“ Nach der BGH-Rechtsprechung, auf die Bezug genommen wird, verbleiben keine „rein persönlichen Beiträge“, die gekennzeichnet werden müssten. Beiträge, für die kein Entgelt gezahlt wurde, sind wegen des

¹⁰⁰ So aber *Glöckner* NJW 2021, 3427 (3431).

¹⁰¹ BGH NJW 1998, 2208 (2211 f.) – Testpreis-Angebot.

¹⁰² *Glöckner* NJW 2021, 3427 (3431).

¹⁰³ Zum Anwendungsbereich siehe Kapitel 7 C. III.

¹⁰⁴ *Schaub* GRUR 2021, 1358 (1362).

Vorrangs von § 6 I TMG nicht kennzeichnungspflichtig. Beiträge, für die ein Entgelt gezahlt wurde, können wohl kaum als „rein persönliche Beiträge“ eingestuft werden. Der Einwand ist folglich unberechtigt.

IV. Vorrang Medienrecht führt zu europaweit uneinheitlichen Ergebnissen

Steffensen kritisiert, dass es durch die Vorrangigkeit des Medienrechts zu einer uneinheitlichen Rechtsauslegung im Vergleich zu anderen Mitgliedsstaaten kommen könnte.¹⁰⁵ Das ist insofern richtig, als dass in anderen Mitgliedsstaaten nicht von einem Vorrang ausgegangen wird. Allerdings sollte nicht vergessen werden, dass der BGH diese Vorrangigkeit zur Lösung der Problematik der Kennzeichnungspflicht unentgeltlicher Erwähnungen annahm. Wie bereits festgestellt, ist das Ergebnis, dass in diesen Fällen keine Kennzeichnungspflicht besteht, schon durch die UGP-RL vorgezeichnet. Im Ergebnis sollte es folglich nicht zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen.

Beachtenswert sind in diesem Zusammenhang die Ausführungen *Steffensens* zu anderen Rechtsordnungen. In den Niederlanden wurde die Kennzeichnungspflicht unentgeltlicher Erwähnungen nicht bejaht, da für die Entscheidungen – wie durch die UGP-RL vorgegeben – daran festgemacht wurde, ob eine „relevante Beziehung“ zwischen Influencer und erwähntem Unternehmen besteht.¹⁰⁶ In Frankreich wurde diese Frage der Kennzeichnungspflicht erst gar nicht thematisiert.¹⁰⁷ Frankreich hat nicht einmal eine eigene Definition der Geschäftspraxis in französisches Recht implementiert, sodass es – anders als Deutschland und Spanien – dieses Tatbestandsmerkmal auch nicht überschießend umgesetzt hat.

Spanien wiederum macht das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung wie Deutschland nicht von einer Bezahlung oder dem Bestehen einer geschäftlichen Verbindung abhängig, sondern stellt ebenfalls auf eine Art werblichen Überschuss ab.¹⁰⁸ Damit hat Spanien sich die gleichen Probleme eingehandelt wie Deutschland: Auch wenn durch eine weite Auslegung der Annahme, dass der

¹⁰⁵ *Steffensen*, Gütesiegel und Influencer, S. 337; vgl. auch *M. Köhler ZUM* 2020, 294 (295 f.).

¹⁰⁶ *Steffensen*, Gütesiegel und Influencer, S. 313.

¹⁰⁷ *Steffensen*, Gütesiegel und Influencer, S. 314.

¹⁰⁸ *Steffensen*, Gütesiegel und Influencer, S. 316.

Beitrag nur die Meinung des Influencers darstelle, die Kennzeichnungspflicht in den meisten Fällen abgelehnt werden kann, verbleiben wie der von *Steffensen* dargestellte, in denen mangels geeigneter Kennzeichnung die Unlauterkeit bejaht wird.¹⁰⁹ Mit dem Abstellen auf den Einzelfall geht eine Rechtsunsicherheit einher, die das deutsche Lauterkeitsrecht glücklicherweise überwunden hat.

Ausgehend von diesen Darstellungen ist zur eingangs dargestellten Kritik folgendes festzustellen: Die Rechtsprechung des BGH führt nur dann zu einem anderen Ergebnis als die Rechtsprechung eines anderen europäischen Landes, sofern dieses andere Land den Begriff der Geschäftspraxis ebenfalls überschießend umgesetzt und noch keine einheitliche, richtlinienkonforme Lösung dafür entwickelt hat. Einzig in dem von *Steffensen*¹¹⁰ benannten Fall der unentgeltlichen Erwähnung im Auftrag des erwähnten Unternehmens sind weder BGH-Rechtsprechung noch § 5a IV 2 UWG 2022 geeignet, den Vorgaben der UGP-RL zur Geltung zu verhelfen.

¹⁰⁹ Vgl. *Steffensen*, Gütesiegel und Influencer, S. 316 f.

¹¹⁰ *Steffensen*, Gütesiegel und Influencer, S. 307.

Kapitel 7

Gesetzesänderung 2022

A. § 1 II UWG: Vorrang anderer Normen

Ausweichlich der Gesetzesbegründung¹ dient der § 1 II UWG 2022 vor dem Hintergrund der Diskussion über neue Formen der Kommunikation im Internet, wie z.B. dem Influencer-Marketing, der Klarstellung, dass Regelungen besonderer Aspekte unlauterer Handlungen vorrangig gelten. Beispielhaft werden der Medienstaatsvertrag und das Telemediengesetz genannt, „die im Einklang mit dem Unionsrecht spezielle medienrechtliche Wertungen für die Kennzeichnung von Werbung“ enthielten.²

I. Norm erfüllt erklärten Zweck

Mit dem § 1 II UWG 2022 solle der Art. 3 IV UGP-RL umgesetzt werden, der bei einer Kollision der UGP-RL mit anderen Rechtsvorschriften der Gemeinschaft, die besondere Aspekte unlauterer Geschäftspraktiken regeln, die Vorrangigkeit der speziellen Regelungen statuiert. Der Gesetzgeber übernahm nicht den Wortlaut des Art. 3 IV UGP-RL, sondern nahm eine Modifikationen vor, damit die neue Norm den erklärten Zweck auch erfüllen kann:

Das Wort der „Kollision“ wurde nicht übernommen. Dem Gesetzgeber war bewusst, dass die für das Influencer-Marketing relevanten Normen des TMG und des MStV über §§ 5a I, 5b IV UWG 2022 und – damals noch, aber seit der Knuspermüsli II-Entscheidung des BGH³ nicht mehr – über § 3a UWG zur Anwendung kommen. Der Regelungsgehalt der Vorschriften (wann eine Kennzeichnung erforderlich ist) kollidiert nicht mit dem UWG, sondern wird über die §§ 5a I, 5b IV UWG Teil 2022 davon.⁴ Indem das Wort „Kollision“ nicht

¹ BT-Drs. 19/27873, 31.

² BT-Drs. 19/27873, 31 f.

³ BGH WRP 2022, 847 (Rn. 16 ff.) – Knuspermüsli II.

⁴ *Alexander* GRUR 2021, 1445 (1449).

übernommen wurde, können auch solche Normen unter den § 1 II UWG 2022 fallen, die schon vom § 5b IV UWG 2022 erfasst werden. Wollte man das anders sehen, scheidet eine Kollision jedenfalls dadurch aus, dass die genannten Normen mit dem neuen § 5a IV UWG 2022 nicht in Widerspruch stehen dürften.

II. Zweck kann auch ohne Norm erreicht werden

Womit wir zum nächsten Punkt kommen: Auch wenn die Norm so gestaltet ist, dass sie geeignet ist, den Zweck zu erfüllen, so ist sie doch nicht notwendig. Es ist dahingehend zwischen sechs Fällen zu unterscheiden.

Der erste Fall betrifft den, der tatsächlich von der Richtlinie vorgegeben wird: die Kollision mit unionsrechtlichen Normen. Wie die BGH-Entscheidungen zum Influencer-Marketing veranschaulichen,⁵ weiß das deutsche UWG sich in diesen Fällen mit der Anwendung des § 3a UWG zu helfen. Auch wenn im Bereich der Informationspflichten für kommerzielle Kommunikation die §§ 3 I, 5a I, 5b IV UWG 2022 angewendet werden sollten, spricht nichts dagegen, alle anderen Umsetzungsnormen über den § 3a UWG anzuwenden.⁶ Die Gesetzesbegründung zum § 1 II UWG 2022⁷ ordnet an, dass die neue Regelung die Anwendung des § 3a UWG unberührt lässt, sodass diese Möglichkeit neben dem § 1 II UWG 2022 bestehen bleibt.

Zweiter Fall: Auch wenn kein Widerspruch zum UWG und der UGP-RL besteht, können Normen, die ihre Grundlage im Unionsrecht haben, über § 3a UWG oder §§ 3 I, 5a I, 5b IV UWG 2022 angewendet werden. In diesen Fall wäre die Anwendung des § 6 I TMG und des § 22 I MStV⁸ einzuordnen.

Durch die überschießende Umsetzung können auch nationale Normen, die keine Grundlage im Unionsrecht haben, über den § 1 II UWG 2022 vorrangig angewendet werden.⁹ Ebenfalls überschießend umgesetzt betrifft das den Fall, dass kein Widerspruch zu den anderen Regelungen des UWG besteht.

Der vierte Fall betrifft die Vorrangigkeit nationaler Normen, die im Widerspruch zu anderen Regelungen des UWG stehen, die aber einen Bereich regeln, in dem die UGP-RL abweichende Regelungen zulässt. Es liegt nur deshalb ein

⁵ BGH GRUR 2021, 1414(60) – Influencer II (ohhcouture); BGH GRUR-RS 2021, 26632 (89) – Cathy Hummels.

⁶ Dazu ausführlich Kapitel 6 B.

⁷ BT-Drs. 19/27873, 32.

⁸ Siehe dazu Kapitel 6 A. II.

⁹ BeckOK UWG/Alexander, § 1 Rn. 96.

Widerspruch zu *anderen* Regelungen vor, da die Normen wieder über den § 3a UWG angewendet werden können, sodass ihr Regelungsgehalt Teil des UWG wird.¹⁰

Der fünfte Fall betrifft den möglichen Vorrang nationaler Normen, die im Widerspruch zu den Regelungen der UGP-RL und des UWG stehen und einen Bereich betreffen, für den vom europäischen Gesetzgeber Vollharmonisierung vorgeschrieben wird, sodass Mitgliedsstaaten keine abweichenden Regelungen treffen dürfen. Dann ist eine Anwendung der nationalen Norm über § 3a UWG nicht möglich. Grund ist, dass die nationale Norm weder auf unionsrechtliche Normen zurückgeht noch mit dem sekundären Unionsrecht – der UGP-RL – vereinbar ist. Dann aber kann die Norm auch nicht über den neuen § 1 II UWG 2022 zur Anwendung kommen, ohne die Vollharmonisierung zu torpedieren. Insofern ist dann eine richtlinienkonforme Auslegung notwendig. Die genannten Fälle, in denen der § 1 II UWG 2022 zur Anwendung kommen könnte, werden bereits hinreichend durch den § 3a UWG geregelt. Als sechster Fall ist aber eine Möglichkeit zu nennen, in dem der § 1 II UWG 2022, nicht aber der § 3a UWG anwendbar ist: dann, wenn eine Vorschrift vorliegt, die besondere Aspekte unlauterer geschäftlicher Handlungen regelt, aber nicht als Marktverhaltensregelung einzustufen ist.¹¹ Zu prüfen ist, ob diese Möglichkeit in Betracht kommt.

Mit *Köhler*¹² kann unter Marktverhalten jede Tätigkeit auf einem Markt verstanden werden, „die objektiv der Förderung des Absatzes oder Bezugs dient“. Geschäftliche Handlungen, deren Unlauterkeit die Normen aus § 1 II UWG 2022 vorrangig regeln sollen, sind nach § 2 I Nr. 2 UWG 2022 solche, die mit der Förderung des Absatzes oder Bezugs von Waren unmittelbar und objektiv zusammenhängen. Ein finaler Zurechnungszusammenhang, wie früher durch die Absatzförderungsabsicht verlangt, wird nicht mehr für die Bejahung einer geschäftlichen Handlung vorausgesetzt.¹³ Schaut man nur auf die Definitionen, könnte ein Anwendungsbereich verbleiben für Normen, die

¹⁰ Vgl. Köhler/Bornkamm/Fedderson/*H. Köhler*, § 3a UWG Rn. 1.8 f.

¹¹ Vgl. die Begründung des Gesetzgebers, der wohl von der Existenz solcher Regelungen ausgeht: „Liegt ein Verstoß gegen eine Vorschrift vor, die besondere Aspekte unlauterer geschäftlicher Handlungen regelt, und ist diese als Marktverhaltensregelung einzuordnen, ist § 3a UWG grundsätzlich weiterhin anwendbar.“

¹² Köhler/Bornkamm/Fedderson/*H. Köhler*, § 3a UWG Rn. 1.62.

¹³ BT-Drs. 16/10145, 20 f.

Handlungen regeln, die objektiv mit der Förderung des Absatzes zusammenhängen, nicht aber diesem dienen. Es lohnt sich deshalb ein Blick auf die Voraussetzungen, die für die Anwendbarkeit einer Norm über § 3a UWG oder § 1 II UWG 2022 vorliegen müssen.

Sowohl für das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung¹⁴ als auch für die Einstufung einer Norm als Marktverhaltensregelung¹⁵ ist ein Marktbezug notwendige Voraussetzung. Eine Ausnahme besteht für die Anwendbarkeit einer Norm über den § 3a UWG, die ein Verhalten sanktioniert, das nicht mit dem Wettbewerbsverhalten zusammenfällt, indem es beispielsweise diesem zeitlich vor oder nachgelagert ist. Dann muss die verletzte Norm zumindest eine sekundäre wettbewerbsbezogene Schutzfunktion haben.¹⁶ Da wir uns die Frage stellen, ob es Normen gibt, die keine Marktverhaltensregelungen sind und doch über den § 1 II UWG 2022 zur Anwendung kommen können, interessieren uns nur die Fälle, in denen geschäftliche Handlungen geregelt werden, aber keine Marktverhaltensregelung vorliegt. Die genannte Ausnahme erfasst den umgekehrten Fall.

Weitere Voraussetzung für das Vorliegen einer Marktverhaltensregelung ist, dass sie das Marktverhalten im Interesse der Marktteilnehmer regeln soll.¹⁷ Nach § 1 I 1 UWG 2022 dient das UWG dem Schutz der Mitbewerber, der Verbraucherinnen und Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauteren geschäftlichen Handlungen. Dieser Schutzzweck ist bei der Frage der Anwendbarkeit des UWG durch Einstufung einer Handlung als geschäftliche Handlung zu beachten. Wenn einerseits das Interesse der Marktteilnehmer geregelt und andererseits die Marktteilnehmer vor unlauteren geschäftlichen Handlungen geschützt werden sollen – was ebenfalls ihrem Interesse entspricht –, verfolgen die Normen, die über § 3a UWG zur Anwendung kommen, den gleichen Zweck wie jene, deren Vorrangigkeit durch § 1 II UWG 2022 festgelegt werden könnte. Sind Wortlaut der Definition, Ausnahmefälle (dann, wenn kein Marktbezug vorliegt) und Zweckbestimmungen die gleichen, spricht viel dafür,

¹⁴ Köhler/Bornkamm/Feddersen/*H. Köhler*, § 2 UWG Rn. 2.38; Fezer/Büscher/Obergfell/*Fezer*, § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG 52 f.

¹⁵ Köhler/Bornkamm/Feddersen/*H. Köhler*, § 3a UWG Rn. 1.68; Fezer/Büscher/Obergfell/*Götting/Hetmank*, § 3a UWG Rn. 59.

¹⁶ BGH GRUR 2000, 1076 (1078 f.) – Abgasemissionen.

¹⁷ Köhler/Bornkamm/Feddersen/*H. Köhler*, § 3a UWG Rn. 1.63.

dass es wegen der Ausnahme vom Marktbezug zwar Normen gibt, die über den § 3a UWG zur Anwendung kommen, nicht aber über den § 1 II UWG 2022. Es ist aber nicht davon auszugehen, dass Normen, die besondere Aspekte unlauterer geschäftlicher Handlungen regeln, nicht als Marktverhaltensregelungen eingestuft werden. Folglich spricht auch der letzte Fall gegen die Notwendigkeit der neuen Regelung.

Zu bedenken ist allenfalls, dass es Regelungen geben kann, deren Verstoß nicht über das UWG sanktioniert werden darf. Anders als der Art. 3 IV UGP-RL vermuten lassen könnte, bilden solche Normen die Ausnahme und nicht die Regel. Der Art. 3 IV UGP-RL enthält nämlich keine Aussage über die Reichweite des nationalen Rechts, sondern regelt nur den Anwendungsbereich der UGP-RL.¹⁸ Trotzdem gibt es Normen, deren Auslegung ergibt, dass die Rechtsfolgenregelung abschließend geregelt werden soll, sodass sich die Anwendung derselben über § 3a UWG mit der Folge der lauterkeitsrechtlichen Sanktionen verbietet.¹⁹ In diesem Fall kann der § 1 II UWG 2022 klarstellende Wirkung entfalten. Allerdings wurde auch schon ohne die Existenz dieser Norm in diesen Fällen das UWG nicht angewendet. Zudem verbleibt folgendes Manko: Dass bei der Beurteilung, welche nationalen Regelungen vorrangig angewendet werden können, der Anwendungsbereich der UGP-RL beachtet werden muss – was sich nicht aus der Norm ergibt –, ist ein Stolperstein, über den niemand fallen könnte, wenn der § 1 II UWG 2022 nicht geschaffen worden wäre. Es ist unwahrscheinlich, dass die Nachteile dieses Mangos durch den – angesichts der differenzierten Literatur und Rechtsprechung: recht geringen – Vorteil der Klarstellung aufgewogen werden können.

III. Unionsrechtswidrigkeit?

*Keller*²⁰ geht so weit und unterstellt dem neuen § 1 II UWG 2022 Unionsrechtswidrigkeit, was er damit begründet, dass durch die Vorrangregelung die Verweisungskette durchbrochen würde: Würde man sich streng am Wortlaut orientieren, würde das TMG wegen § 1 II UWG 2022 vorrangig und nicht mehr über die Verweisung in §§ 5a I, 5b IV UWG 2022 angewendet. Der Vor-

¹⁸ *Keller* GRUR 2021, 456 (456).

¹⁹ Siehe den Überblick bei Köhler/Bornkamm/Fedderson/H. Köbler, § 3a UWG Rn. 1.34 ff.

²⁰ *Keller* GRUR 2021, 456 (456).

wurf der Unionsrechtswidrigkeit ist doch recht hochgegriffen, wenn man bedenkt, dass nach der Gesetzesbegründung der neue § 1 II UWG keine Auswirkungen auf die Anwendung über § 5b IV UWG 2022 haben soll.²¹

Gleichwohl bleibt durch die Formulierung „Vorrang“ ein Widerspruch, der mit *Alexander*²² auf elegante Weise aufgelöst werden kann: Die Normen, die bereits durch den Verweis aus §§ 5a I, 5b IV UWG 2022 angewendet werden, werden dadurch Teil des UWG, sodass sie dem UWG nicht mehr vorgehen können. Damit würden zwar entgegen der Ansicht des Gesetzgebers²³ die Normen des TMG nicht über den § 1 II UWG 2022 angewendet werden. Andererseits hätte ein stures Festhalten am Anwendungsvorrang von § 6 I TMG und § 22 I MStV vor dem UWG zur Folge, dass in den Fällen der unentgeltlichen Erwähnung der neu geschaffene § 5a IV 2, 3 UWG 2022 verdrängt würde. Indem dem Problem des Influencer-Marketings auf mehrere Arten abgeholfen werden sollte, waren Widersprüche unvermeidbar.²⁴ Erkennen wir die Widersprüche an und lösen wir sie auf die von *Alexander* vorgeschlagene Weise, verbleibt für den neuen § 1 II UWG 2022 nur noch die klarstellende Funktion als Anwendungsbereich. Das führt wiederum zu der von *Keller*²⁵ vorgebrachten Forderung: Der § 1 II UWG 2022 sollte ersatzlos gestrichen werden.

B. § 2 I Nr. 2 UWG: Unmittelbar

Nach der Begründung des Gesetzesentwurfs sollte die Ergänzung „unmittelbar“ klarstellen, dass bei bestimmten Formen der Förderung des eigenen Unternehmens kein unmittelbarer Zusammenhang zur Absatzförderung bestehe.²⁶ Beispielhaft wird der Fall genannt, dass ein Influencer unentgeltlich Waren oder

²¹ BT-Drs. 19/27873, 32.

²² *Alexander* GRUR 2021, 1445 (1448).

²³ BT-Drs. 19/27873, 31.

²⁴ Vgl. auch *Obly* JZ 2022, 204 (208): Der Gesetzgeber wollte „– in systematisch nicht unbedingt stimmiger Weise – [Influencer] durch mehrere Bollwerke vor strengen Kennzeichnungspflichten schützen“.

²⁵ *Keller* GRUR 2021, 456 (456).

²⁶ BT-Drs. 19/27873, 32; zustimmend *Lettl* WRP 2021, 1384 (1389); kritisch *Rauer/Kempf* WRP 2022, 817 (822 f.).

Dienstleistungen erwähnt und die Erwähnung lediglich seine Bekanntheit fördert.²⁷ Die genannte Handlung ist dann keine geschäftliche Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens.²⁸

*Peifer*²⁹ kritisiert, dass der § 2 I Nr. 2 UWG 2022 darauf hindeute, dass ein Influencer, der für Produktempfehlungen nicht bezahlt wird, nicht geschäftlich handle, sodass der § 5a IV 2 UWG 2022 überflüssig sei. Diese Deutung stimmt nicht, denn nach dem Gesetzesentwurf kann in der unentgeltlichen Produktempfehlung eine geschäftliche Handlung zugunsten des fremden Unternehmens vorliegen. Warum diese – auf den ersten Blick kontraintuitiv scheinende – Unterscheidung getroffen wird, ergibt sich aus der Begründung zu § 5a IV 2 UWG 2022:

„Zudem wird die Regelung um den neuen Satz 2 ergänzt, wonach bei einer Handlung zugunsten eines fremden Unternehmers nur dann ein kommerzieller Zweck vorliegt, wenn der Handelnde ein Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung für die Handlung von dem fremden Unternehmer erhält oder sich versprechen lässt. Die Richtlinie 2005/29/EG definiert zwar den Begriff der erfassten Geschäftspraktiken mit einer besonders weiten Formulierung. Diese Praktiken müssen jedoch gewerblicher Natur sein, das heißt von Gewerbetreibenden ausgeübt werden und unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung ihrer Produkte an Verbraucherinnen und Verbraucher zusammenhängen (EuGH, Urt. v. 17. 10. 2013 – C-391/12 (RLvS Verlagsgesellschaft) = GRUR 2013, 1245, Rn. 37). Handlungen, die ausschließlich zur Förderung von fremden Unternehmen führen, werden somit nicht erfasst, so dass insoweit Spielraum für Regelungen im deutschen Recht besteht. Die neue Regelung soll insbesondere einen sicheren Rechtsrahmen für Handlungen von Influencerinnen und Influencern bieten, wenn diese Waren und Dienstleistungen anderer Unternehmen empfehlen, ohne davon selbst unmittelbar finanziell zu profitieren. Für solche Handlungen erscheint es unangemessen, eine Kennzeichnung als „kommerziell“ zu verlangen.“³⁰

²⁷ BT-Drs. 19/27873, 32.

²⁸ Zu Recht kritisch *Will* UFITA 2021, 137 (154).

²⁹ *Peifer* GRUR 2021, 1453 (1460); im Text ist teilweise von § 5a II 2 UWG die Rede – dabei kann es sich mit Blick auf den Inhalt der Ausführungen jedoch nur um ein Versehen handeln.

³⁰ BT-Drs. 19/27873, 34.

Der Gesetzgeber geht wohl davon aus, dass er nur dann die Kennzeichnungspflicht des § 5a IV 1 UWG 2022 beschränken kann, wenn die fraglichen Handlungen insgesamt nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen.³¹ Dafür dürften keine geschäftlichen Handlungen zugunsten des eigenen Unternehmens vorliegen. Diese Sichtweise ist gut nachvollziehbar. Immerhin wird durch die Ergänzung eine Norm modifiziert, die nahezu wortgleich der UGP-RL entnommen wurde. Als Gesetzgeber unter diesen Umständen zu begründen, dass die Ausnahme für die genannten Handlungen richtlinienkonform ist, ist gewiss nicht leicht.

Der gewählte Weg ist jedoch nur dann gangbar, wenn die fraglichen Handlungen tatsächlich nicht unter die UGP-RL fallen. Wie bereits dargestellt, fallen jedenfalls Beiträge von Influencern, die selbst Produkte an Verbraucher vertreiben, unabhängig vom Inhalt als Geschäftspraktik in den Anwendungsbereich der UGP-RL.³² Dann wäre es aber konsequent, die Ausnahmeregelung nur auf Influencer anzuwenden, die keine Produkte an Verbraucher vertreiben, da die Beiträge der anderen unter die UGP-RL fallen und darüber nach Auffassung des Gesetzgebers keine Ausnahmeregelung getroffen werden dürfte. Die – wenn auch durch die BGH-Rechtsprechung nicht im Ergebnis³³ – unterschiedliche Beurteilung von Influencern, die Produkte verkaufen, im Vergleich zu solchen, die das nicht tun, kann nicht gewollt sein. Sie ist darüber hinaus auch nicht notwendig.

Der § 5a IV 2 UWG 2022 findet seine Berechtigung darin, dass er die Kennzeichnungspflichten wieder auf das Maß beschränkt, das die UGP-RL vorgibt. Wenn der „Handel“ des Gesetzgebers – die geschäftliche Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens auszuschließen, damit über die geschäftliche Handlung zugunsten des fremden Unternehmens eine vermeintlich (!) abweichende nationale Regelung getroffen werden kann – nicht nötig ist, ist es ebenfalls unnötig, die geschäftliche Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens zu verneinen. Die besseren Argumente sprechen dafür, in jedem Beitrag eines Influencers eine geschäftliche Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens zu sehen.³⁴

³¹ Kritisch dazu *Will UFITA* 2021, 137 (154).

³² Siehe dazu Kapitel 2 E. IV.; vgl. *Büscher WRP* 2022, 1 (4).

³³ Danach scheidet eine Kennzeichnungspflicht wegen des Vorrangs von § 6 I TMG aus, BGH GRUR 2021, 1414 (Rn. 56 ff.) – Influencer II (ohhcouture).

³⁴ Siehe dazu Kapitel 3 A II.

Fraglich ist, ob der Gesetzgeber durch den Zusatz des Wortes „unmittelbar“ auch den Begriff der geschäftlichen Handlung zugunsten des fremden Unternehmens modifizieren wollte.³⁵ Dagegen spricht, dass beispielsweise der Fall der unentgeltlichen Erwähnung genannt wird, in dem die geschäftliche Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens entfallen können soll.³⁶ Dagegen spricht auch, dass dieser Zusatz der Klarstellung diene, denn die Definition der Geschäftspraktik verlange ebenfalls einen unmittelbaren Zusammenhang. Die Geschäftspraktiken in Form der Fremdförderung liegen – anders als geschäftliche Handlungen zugunsten fremder Unternehmen – nur dann vor, wenn ein Handeln im Namen oder Auftrag des fremden Unternehmens erfolgt. Wegen der Klarstellung und des Verweises auf die UGP-RL gäbe es nur eine mögliche Aussage über die geschäftliche Handlung zugunsten des fremden Unternehmens: dass diese nur noch dann vorliegen soll, wenn Geschäftspraktiken iSd Richtlinie vorliegen. Diese Aussage wurde nicht getroffen. Dass mit der Ergänzung des Wortes „unmittelbar“ die Voraussetzungen für das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung zugunsten eines fremden Unternehmens angepasst wurden, ist folglich unwahrscheinlich.

C. § 5a IV 2 UWG: Kein kommerzieller Zweck bei unentgeltlichen Erwähnungen

I. Gesetzgebung

Angesichts der fehlenden Einigkeit in Literatur und Rechtsprechung und der damit einhergehenden Rechtsunsicherheit für Influencer veröffentlichte das BMJV³⁷ den Vorschlag, den § 5a VI UWG 2015 wie folgt zu ergänzen: „Ein kommerzieller Zweck einer geschäftlichen Handlung ist in der Regel nicht anzunehmen, wenn diese vorrangig der Information und Meinungsbildung

³⁵ So *Lettl* WRP 2021, 1384 (1388).

³⁶ BT-Drs. 19/27873, 32.

³⁷ *BMJV*, Regelungsvorschlag des BMJV zur Abgrenzung nichtkommerzieller Kommunikation zur Information und Meinungsbildung von geschäftlichen Handlungen, https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RefE/Regelungsvorschlag_Influencer.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).

dient und für diese kein Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung gewährt wurde.“

Diese Regelung wäre angesichts der unbestimmten Rechtsbegriffe „in der Regel“, „vorrangig“ und „ähnliche“ nicht geeignet gewesen, der Rechtsunsicherheit abzuhelpfen.³⁸ Soweit *Abrens*³⁹ den Vorteil von unbestimmten Rechtsbegriffen betont, der darin liegen soll, anpassungsfähig an neue Entwicklungen zu sein, ist dem zu entgegenen, dass es sich beim Influencer-Marketing um eine neue Entwicklung handelt, die geregelt werden soll. Es nützt nichts, die Regelung so offen zu halten, dass sie erstens nicht geeignet ist, das aktuelle Problem zu lösen, und zweitens die Lösung mangels eindeutiger Vorgaben dann doch den Gerichten überlassen wird, was laut *Abrens*⁴⁰ aus demokratiethoretischen Gründen doch dem Gesetzgeber zukommen sollte.

In den fraglichen Fallkonstellationen wird zudem nicht davon ausgegangen, dass der Beitrag vorrangig der Information und Meinungsbildung dient.⁴¹ Wenn man davon ausgehen würde, würde nach h.M. schon die geschäftliche Handlung entfallen und es bräuchte nicht die Änderung in § 5a VI UWG 2015.⁴² Spätestens die Formulierung „in der Regel“ hätte gewährleistet, dass keine der ergangenen Entscheidungen anders hätte entschieden werden müssen, da genügend Spielraum verblieben wäre, mit den besonderen Umständen des Einzelfalls zu argumentieren.⁴³

Den Bedenken wurde begegnet, indem der § 5a IV 2 UWG 2022 wie folgt gefasst wurde:

„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.“

Wenn ein Entgelt nicht erhalten oder versprochen wurde, soll kein kommerzieller Zweck vorliegen. Der Streit, ob es neben der geschäftlichen Handlung in

³⁸ *M. Köbler* ZUM 2020, 294 (295); *Maatz*, Influencer-Marketing, S. 762.

³⁹ *S. Abrens* IPRB 2020, 181 (182).

⁴⁰ *S. Abrens* IPRB 2020, 181 (182 f.).

⁴¹ *Eibenstein* ZVertriebsR 2020, 320 (322); *Gräbig* MR-Int 2020, 86 (88).

⁴² *Maatz*, Influencer-Marketing, S. 762; siehe zur Kritik an der h.M. Kapitel 3 A. II.

⁴³ Vgl. *Maatz*, Influencer-Marketing, 762 f.; *Eibenstein* ZVertriebsR 2020, 320 (322).

§ 2 I Nr. 2 UWG 2022 noch eine zusätzliche Voraussetzung in Form des kommerziellen Zwecks gibt,⁴⁴ ist mit dieser Regelung wohl geklärt worden. Wenn der kommerzielle Zweck trotz Vorliegens einer geschäftlichen Handlung entfallen können soll, muss diesem Tatbestandsmerkmal eine eigenständige Bedeutung zukommen.

II. Richtlinienkonformität

Teilweise wird angenommen, die neue Regelung sei unvereinbar mit dem Art. 7 II UGP-RL, da danach eine Gegenleistung keine Voraussetzung eines kommerziellen Zwecks ist.⁴⁵ Das ist zu kurz gedacht. Eine Regelung ist nicht schon dann mit der ihr zugrunde liegenden Richtlinie unvereinbar, wenn sie eine Regelung enthält, die die Richtlinie nicht enthält. Selbst im vorliegenden Fall, in dem sogar eine Voraussetzung der Richtlinien-Norm durch das nationale Recht modifiziert wird, kann nicht schon dadurch die Vereinbarkeit mit der Richtlinie verneint werden. Nach Art. 288 III AEUV ist eine Richtlinie für jeden Mitgliedsstaat hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, es wird aber den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel überlassen. Es kann folglich nur darauf ankommen, ob das deutsche Umsetzungsgesetz im Ergebnis mit der Richtlinie übereinstimmt. Wie bereits dargestellt, ist das der Fall. Der neue § 5a IV 2 UWG 2022 begrenzt die Anwendbarkeit der Norm wieder auf das Maß der Richtlinie, nach der die Kennzeichnungspflichten abschließend geregelt werden. Die Begrenzung ist notwendig, denn durch die überschießende Umsetzung der geschäftlichen Handlung im Vergleich zur Geschäftspraktik schrieb entgegen des Erwägungsgrundes 15 der UGP-RL der § 5a VI UWG 2015 die Kennzeichnungspflicht auch für Fälle vor, die nicht von der UGP-RL erfasst wurden.⁴⁶ Dementsprechend trägt der neue § 5a IV 2 UWG 2022 mehr zur Zielerreichung der Richtlinie bei und nicht weniger.

Sofern es aufgrund der verschiedenen Tatbestandsmerkmale – Handeln im Auftrag eines fremden Unternehmens in Art. 2 lit. b UGP-RL und Handeln für

⁴⁴ Ausführlich dazu Kapitel 7 C. IV.

⁴⁵ OLG Köln GRUR-RR 2021, 167 (Rn. 37) – Diana zur Löwen; *Hauch* GRUR-Prax 2021, 370 (371); *Birk* GRUR-Prax 2020, 605 (607); Ohly/Sosnitza/Sosnitza, § 5a UWG Rn. 60; vgl. auch *M. Köbler* ZUM 2020, 294 (296).

⁴⁶ Ausführlich dazu Kapitel 2.

den Erhalt oder das Sich-Versprechen-Lassen eines Entgelts oder einer sonstigen Gegenleistung in § 5a IV 2 UWG 2022 – zu Unterschieden kommen könnte, lassen sich diese durch richtlinienkonforme Auslegung beseitigen.

III. Anwendungsbereich

1. Gesetzesbegründung: Nur Geschäftspraktiken ausschließlich zugunsten fremder Unternehmen erfasst

Teilweise⁴⁷ wird prognostiziert, dass die Neuregelung weitgehend leerlaufen dürfte, da „Gerichte eine geschäftliche Handlung bzw. einen kommerziellen Zweck regelmäßig schon deshalb bejahen, weil Influencer mittels der Postings auch eine Selbstvermarktung betreiben“.⁴⁸ Damit wird mehr⁴⁹ oder weniger⁵⁰ eindeutig auf die Gesetzesbegründung Bezug genommen. Der Gesetzgeber begründete seine Kompetenz, eine vermeintlich⁵¹ von den Vorgaben der UGP-RL abweichende Norm erschaffen zu dürfen, damit, dass die UGP-RL Handlungen, die ausschließlich der Förderung fremder Unternehmen dienen, nicht erfasst, sodass keine Abweichung vorliege.⁵² Folglich muss nach dem Willen des Gesetzgebers ein „ausschließlich“ in den § 5a IV 2 UWG 2022 hineingelesen werden:

„Ein kommerzieller Zweck liegt bei einer Handlung [, die ausschließlich] zugunsten eines fremden Unternehmens [wirkt,] nicht vor, wenn der Handelnde kein Entgelt [...] erhält“. Verstünde man die Norm auf diese Weise, behielten die Autoren recht: Nach der hM ist bei den meisten – und nach der vorzugswürdigen Ansicht bei allen – Beiträgen von Influencern eine geschäftliche Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens anzunehmen.⁵³ Dann aber gäbe es keine geschäftliche Handlungen von Influencern, die ausschließlich der Förderung eines fremden Unternehmens dienen, und damit auch keine Beiträge, auf die diese Norm anwendbar wäre.

⁴⁷ Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Frank*, Anhang UWG 2022 § 5a Rn. 12; *Hauch* GRUR-Prax 2021, 370 (371); *Keller* GRUR 2021, 456 (457 f.).

⁴⁸ *Hauch* GRUR-Prax 2021, 370 (371).

⁴⁹ Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Frank*, Anhang UWG 2022 § 5a Rn. 12.

⁵⁰ *Keller* GRUR 2021, 456 (457); *Hauch* GRUR-Prax 2021, 370 (371).

⁵¹ Siehe dazu Kapitel 2 E. V.

⁵² BT-Drs. 19/27873, 34.

⁵³ Ausführlich dazu Kapitel 3 A.

Wie bereits dargelegt wurde,⁵⁴ ist die Kompatibilität mit der UGP-RL nicht auf die vom Gesetzgeber vorgegebene Einschränkung angewiesen. Im Gegenteil ist es notwendig, die Norm auf alle Handlungen anzuwenden, die keine Geschäftspraktiken zugunsten fremder Unternehmen darstellen.⁵⁵ Glücklicherweise lässt der § 5a IV 2 UWG 2022 eine solche Deutung zu. Indem im Gesetzeswortlaut nicht zum Ausdruck kommt, dass die Norm nur auf geschäftliche Handlungen anwendbar sein soll, die ausschließlich zugunsten fremder Unternehmen wirken, kann die Norm unverändert ihrer rechtmäßigen Bestimmung zugeführt werden: Durch den § 5a IV 2 UWG 2022 entfällt bei unentgeltlichen Erwähnungen der kommerzielle Zweck zugunsten des fremden Unternehmens und der kommerzielle Zweck zugunsten des eigenen Unternehmens ergibt sich aus den Umständen. Damit entfällt – wie von der UGP-RL vorgegeben – im Ergebnis die Kennzeichnungspflicht.

2. (Geringer) verbleibender Anwendungsbereich durch Vorrang Medienrecht

Wenn die § 6 I TMG und § 22 MStV (und wohl auch § 98 I MStV für nutzergenerierte Videos)⁵⁶ über den § 1 II UWG 2022 und nach der BGH-Rechtsprechung vorrangig zur Anwendung kommen sollen,⁵⁷ bedeutet das, dass der neue § 5a IV 2, 3 UWG 2022 nur dann angewendet wird, wenn keine Telemedien vorliegen. Es lohnt sich deshalb ein genauerer Blick auf die Definition von Telemedien, um den verbleibenden Anwendungsbereich zu bestimmen. Dazu wird geprüft, ob und welche Beiträge in den sozialen Medien Telemedien darstellen.

Nach der Legaldefinition des § 1 I 1 TMG sind Telemedien alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, soweit sie nicht Telekommunikationsdienste, telekommunikationsgestützte Dienste oder Rundfunk darstellen. „Elektronische Informations- und Kommunikationsdienste“ ist ein Oberbegriff für sämtliche Multimedia-Angebote, die im Wege der Telekommunikation und

⁵⁴ Siehe dazu Kapitel 7 C. II.

⁵⁵ Ausführlich dazu Kapitel 2.

⁵⁶ Siehe dazu Kapitel 8.

⁵⁷ Zur Kritik siehe Kapitel 6 D. II.

nicht etwa mithilfe elektronischer Datenträger wie CD-ROMs übermittelt werden.⁵⁸ Facebook-, YouTube- Instagram- oder Profile anderer sozialen Medien sind ähnlich wie Webseiten solche Multimedia-Angebote.

Die negativen Voraussetzungen werden größtenteils erfüllt. Von den in § 3 Nr. 61 TKG 2021 genannten Diensten, die unter den Oberbegriff Telekommunikationsdienste fallen, kann die Kategorisierung als Internetzugangsdienste (lit. a) oder Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen bestehen (lit. c), sofort ausgeschlossen werden. Soziale Medien könnten aber interpersonelle Telekommunikationsdienste iSd §§ 3 Nr. 61 lit. b, 3 Nr. 24 TKG 2021 darstellen. Für einen interpersonellen Telekommunikationsdienst müsste „ein gewöhnlich gegen Entgelt erbrachter Dienst [vorliegen], der einen direkten interpersonellen und interaktiven Informationsaustausch über Telekommunikationsnetze zwischen einer endlichen Zahl von Personen [vorliegen], wobei die Empfänger von den Personen bestimmt werden, die die Telekommunikation veranlassen oder daran beteiligt sind. E-Mail-Dienste und Messenger sind interpersonelle Telekommunikationsdienste und folglich keine Telemedien; bei sozialen Netzwerken und Blogs ist der Adressatenkreis für den Absender unbestimmbar, sodass kein Telekommunikationsdienst vorliegt.“⁵⁹ Zwar ist es auch über soziale Medien meist möglich, Nachrichten zu verschicken; dies kann aber als untergeordnete Nebenfunktion unter die Ausnahme des § 3 Nr. 24 Hs. 2 TKG 2021 gefasst werden.

Kein Telemedium ist der Messenger-Dienst Telegram,⁶⁰ der sich von anderen Messengern dadurch abhebt, dass er es den Nutzern wie etwa *Attila Hildmann* und *Eva Herman* ermöglicht, Beiträge über ihre Kanäle einer Vielzahl und nicht von ihnen festzulegenden Gruppe von Nutzern zur Verfügung stellen zu können. Ähnlich wie auf einem sozialen Netzwerk können die Nutzer die betreffenden Personen des öffentlichen Lebens und deren Beiträge durch Eingabe des Namens in die Suchleiste finden und deren Inhalte abonnieren. Und ähnlich

⁵⁸ BeckOK InfoMedienR/*Martini*, § 1 TMG Rn. 8 f.

⁵⁹ *Moench NVwZ* 2021, 1652 (1653).

⁶⁰ Einen guten Überblick zu den Problematiken rund um die App bieten *Hummel/Karon* SWR2 v. 19.03.2021.

wie auf sozialen Netzwerken werden dort beispielsweise (Verschwörungs-)Literatur und Nahrungsergänzungsmittel beworben,⁶¹ was den Messenger auch für diese Arbeit interessant macht.

Die interpersonelle und interaktive Telekommunikation ist bei dem Messenger keine untergeordnete Nebenfunktion iSd § 3 Nr. 24 Hs. 2 TKG 2021. Die veröffentlichten Beiträge stellen damit Telekommunikationsdienste und folglich keine Telemedien dar. Damit würden die Beiträge nicht von § 6 I TMG und damit aber vom § 5a IV UWG 2022 erfasst. Dass Beiträge auf Telegram keine Telemedien darstellen, ist noch unter einem anderen Aspekt beachtenswert. Wenn die Beiträge keine Telemedien darstellen, unterfallen die Kanäle auch nicht der Impressumspflicht aus § 5 I TMG, was angesichts der Vergleichbarkeit mit sozialen Medien und der Vielzahl an Falschnachrichten, für die Telegram berüchtigt ist, besonders problematisch ist. Diesem Umstand könnte abgeholfen werden, indem die Ausnahme in § 1 I 1 TMG durch eine Ausnahme für Dienste ergänzt würde, die sich an einen unbestimmten Personenkreis richten.

Das nächste negative Tatbestandsmerkmal, dass kein telekommunikationsgestützter Dienst iSd § 3 Nr. 63 TKG 2021 vorliegen soll, ist wiederum unproblematisch erfüllt. Bereitstellen und Abrufen der Beiträge ist zeitlich und räumlich trennbar. Anders als beispielsweise bei Auskunftsrufnummern wird die Leistung in Form von Beiträgen nicht während einer Telekommunikationsverbindung erbracht.

Das dritte negative Tatbestandsmerkmal, dass kein Rundfunk iSd § 2 I 1 MStV vorliegen darf, schließt alle Angebote aus, die zum zeitgleichen Empfang bestimmt sind. Darunter könnten Live-Streams (wie insb. über Twitch)⁶² in sozialen Medien fallen. Jedenfalls fehlt es in den meisten Fällen an dem festen Sendepfad als weitere Voraussetzung des Rundfunkbegriffs.

3. Prognose: Der § 5a IV UWG 2022 bleibt trotzdem relevant

Mit Blick auf das vorrangige TMG würden für den neuen § 5a IV UWG 2022 nur die Beiträge in Messenger-Diensten verbleiben und die Live-Streams, die als Rundfunkangebote zu qualifizieren sind. Dieses Ergebnis

⁶¹ Siehe *Eva Herman*, Telegram-Account, <https://t.me/s/EvaHermanOffiziell> (zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).

⁶² Zur alten Rechtslage nach dem RStV siehe *Leeb/Seiter ZUM* 2017, 573 (573 ff.); *Maatz*, Influencer-Marketing, S. 200 ff.

erscheint unbefriedigend, ist aber konsequent, wenn man die BGH-Rechtsprechung zum Vorrang der spezielleren Normen ernst nimmt.

Für den Rechtsanwender wird sich dadurch aber voraussichtlich nichts ändern. Solange der BGH selbst nachdem er den Vorrang der medienrechtlichen Kennzeichnungspflichten in den vorherigen Entscheidungen herausgestellt hat,⁶³ zuerst den § 5a VI UWG 2015 prüft und erst nach Bejahung der Voraussetzungen auf Unterschiede zu den vorrangigen medienrechtlichen Normen eingeht,⁶⁴ wird der § 5a IV UWG 2022 in den Fällen des Influencer-Marketings weiterhin relevant bleiben. Die Gerichte werden sich am Prüfungsaufbau orientieren. Die Wissenschaft wird das Problem des Influencer-Marketings in der Norm ansprechen, die in diesen Fällen vorrangig geprüft wird, also im § 5a IV UWG 2022. Letzteres wird voraussichtlich selbst dann so gehandhabt, wenn es nach Meinung der jeweiligen Autoren gar keine Fälle des Influencer-Marketings gibt, deren Kennzeichnungspflicht sich nach dem § 5a IV UWG 2022 beurteilen. Diese Prognose wird gestützt auf das Vorgehen Köblers im Meinungsstreit dazu, ob unionsrechtliche Informationsanforderungen über den § 3a UWG oder über die §§ 5a II 1, IV UWG 2015 zur Anwendung kommen.⁶⁵ Köbler – eine der wichtigsten Stimmen im Lauterkeitsrecht – kommentierte die Verletzung von unionsrechtlichen Informationspflichten bis zur Rechtsprechungsänderung des BGH nicht in dem seiner Ansicht nach vorrangig anwendbaren § 5a UWG, sondern im § 3a UWG,⁶⁶ den der BGH in diesen Fällen ausschließlich anwendete.

Solange also der BGH auch in Zukunft in seinen Influencer-Entscheidungen zuerst die Kennzeichnungspflichten des UWG prüft, wird sich die Diskussion um das Influencer-Marketing nicht in die medienrechtlichen Vorschriften verlagern. Folglich bleibt festzuhalten: Ja, es erscheint unbefriedigend, dass dem neuen § 5a IV UWG 2022 kein großer eigener Anwendungsbereich zukommt. Diese unliebsame Folge der BGH-Rechtsprechung hat aber durch die inkonsequente Anwendung derselben keine praktischen Auswirkungen außer die, dass

⁶³ BGH GRUR 2021, 1414 (Rn. 56 ff., 70 ff.) – Influencer II (ohhcouture); BGH GRUR-RS 2021, 26632 (Rn. 75) – Cathy Hummels.

⁶⁴ BGH GRUR 2022, 490 – Influencer III (Diana zur Loewen): auf den Vorrang von TMG und MStV wird erst ab Rn. 54 eingegangen; kritisch dazu auch *Obly* JZ 2022, 204 (206).

⁶⁵ Ausführlich dazu Kapitel 6 B. I.

⁶⁶ Köhler/Bornkamm/Feddersen/*H. Köbler*, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.19.

die Ergebnisse der UWG-Prüfung dahingehend überprüft werden müssen, ob die medienrechtlichen Normen zum gleichen Ergebnis kommen.

IV. Tatbestandsvoraussetzungen

1. Entgelt oder ähnliche Gegenleistung

a) Abstellen auf Vertragskonstruktion

Der kommerzielle Zweck liegt nach § 5a IV 2 UWG 2022 bei einer Handlung zugunsten eines fremden Unternehmens nicht vor, wenn der Handelnde kein Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung für die Handlung erhält oder sich versprechen lässt. Es stellt sich die Frage, wann von einer einem Entgelt ähnlichen Gegenleistung auszugehen ist. Mit Blick darauf, dass die Einschränkung des Anwendungsbereiches durch die Richtlinie geboten war, kann diese auch bei der Auslegung herangezogen werden. Folglich kommt es darauf an, ob ein Handeln im Auftrag des fremden Unternehmens angenommen werden kann. Mangels Definition wird an dieser Stelle unterstellt, dass es für die Annahme eines Auftrags mindestens eine verbindliche Vereinbarung, mithin eines Vertrages zwischen Influencer und Unternehmen bedarf. Um dies zu verdeutlichen, kann der Fall angeführt werden, dass das Unternehmen dem Influencer unaufgefordert und ohne dass eine Vereinbarung dazu besteht, ein Produkt zuschickt in der Hoffnung oder Erwartung, der Influencer möge dieses in seiner nächsten Story erwähnen. Darin könnte das Angebot zu sehen sein, dieser Erwartung zu entsprechen und sich damit ggf. für weitere Zusendungen oder auch für die entgeltliche Bewerbung zu qualifizieren. Sobald der Influencer dann tatsächlich das Produkt positiv herausstellt, kann von einer Annahme dieses Angebotes ausgegangen werden. Das hätte zur Folge, dass jedes Mal, wenn die dauerhafte Überlassung eines Produktes (im Sinne von Ware oder Dienstleistung) im Zusammenhang mit der positiven Erwähnung eines Influencers steht, ein kommerzieller Zweck vorläge, der zu einer Kennzeichnungspflicht führen würde.

Aber, so könnten dann manche entgegenen, wäre das nicht in den Fällen ungerrecht, in denen etwa der Warenwert des Produktes verschwindend gering ist oder in denen das Produkt zu Testzwecken zugesandt wurde? Nein. Wenn der Influencer sich dazu entschließt, seine Dienstleistung für ein geringwertiges Produkt zu erbringen, ändert das nichts daran, dass diese Dienstleistung mit der Zusendung des Produktes im Zusammenhang steht und daher im Auftrag des

fremden Unternehmens erfolgt. Das gleiche gilt für Produkte, die zu Testzwecken zugesendet werden. Sollte der Influencer das Produkt bemängeln, fehlte es an der geschäftlichen Handlung zugunsten des fremden Unternehmens. Sollte er ausgewogen die Vor- und Nachteile darstellen, ist der Einfluss nicht zwingend geringer als bei einem durchweg positiven Beitrag.⁶⁷

Die Marketingwissenschaft weiß um diesen Umstand und erforscht, wie Werbung gestaltet werden muss, damit dieser Effekt genutzt werden kann.⁶⁸ Umso wichtiger ist es, dass die Influencer offenlegen, dass es für die ausgewogene Produktempfehlung einen anderen Anlass gab als den, dass sie das Produkt selbst kauften und für gut befanden. Sollte das Lauterkeitsrecht stattdessen den Weg der differenzierenden Betrachtung wählen, wird es wieder dazu verdammt sein, nur reagieren zu können, wenn Unternehmen und Influencer ihre Erkenntnisse nutzen, um wirksame Werbung ohne Werbekennzeichnung zu veröffentlichen.

Folglich besteht in allen Fällen positiver Erwähnungen Anlass, den Influencer zur Kennzeichnung zu verpflichten, sobald er eine noch so geringwertige Zuwendung eines Unternehmens als Anlass nimmt, über dessen Produkt zu berichten. Diese geringe Zuwendung kann auch in der zeitweisen Überlassung eines Produktes gesehen werden.

Der Umstand, dass der Influencer das Produkt tatsächlich gut findet und nutzt, ändert nichts an der Kennzeichnungspflicht.

b) Abstellen auf Schutzzweck der Norm

Die vorstehenden Erwägungen eignen sich als Argumentationsgrundlage für die Übertragung der BGH-Rechtsprechung auf den neuen § 5a IV 2 UWG 2022. Im Fall Influencer III entschied der BGH, dass die Erwähnung eines vom Unternehmen kostenlos zur Verfügung gestellten Produktes⁶⁹ nicht unabhängig iSd § 2 S. 1 Nr. 5 lit. b TMG erfolge, da die Angaben durch

⁶⁷ *Pizzutti/Basso/Albornoz* European Journal of Marketing 2016, 1703 (1711); siehe dazu auch Kapitel 3 B.

⁶⁸ *Eisend* International Journal of Research in Marketing 2006, 187 (193); *S. Lee/B. Johnson* International Journal of Advertising 2022, 30 (47); *Pizzutti/Basso/Albornoz* European Journal of Marketing 2016, 1703 (1719); *Arbouw/Ballantine/Ozanne* Marketing Intelligence & Planning 2019, 513 (523).

⁶⁹ BGH GRUR 2022, 490 (Rn. 67) – Influencer III (Diana zur Loewen).

die Gewährung geldwerter Vorteile veranlasst worden seien.⁷⁰ Dass es eines synallagmatischen Zusammenhangs nicht bedarf, begründete der BGH nachvollziehbarerweise mit dem Schutzzweck der Regelung, der darin liegt, zu verhindern, dass Verbraucher durch eine vermeintlich wirtschaftlich unbeeinflusste Darstellung in die Irre geführt werden.⁷¹ Eine Geringfügigkeitsschwelle bei geringwertigen Produkten sieht der § 2 S. 1 Nr. 5 lit. b TMG nicht vor; für die Übertragbarkeit der Regelungen über die Produktplatzierungen aus § 2 II Nr. 12 MStV ist mangels planwidriger Regelungslücke kein Raum.⁷² Gleiches gilt für die Kennzeichnungspflicht aus § 22 I 1 MStV.⁷³

Natürlich wäre es auch möglich, im Rahmen des UWG damit zu argumentieren, dass es für die Verbraucher erkennbar sein müsse, welche Beiträge unter wirtschaftlichem Einfluss entstanden sind. Angesichts der Rechtsprechung zum § 5a VI UWG 2015 bliebe aber ein schaler Beigeschmack. Schließlich hatte die Bejahung der Unlauterkeit auch bei unentgeltlichen Erwähnungen zur Folge, dass dem oben genannten Zweck ein Bärendienst erwiesen wurde. Es wäre wenig nachvollziehbar, wenn der § 5a VI UWG 2015 auf eine Weise ausgelegt wurde, dass dadurch Influencer aus (berechtigter) Angst vor Abmahnungen alle ihre Beiträge als „Werbung“ kennzeichneten, der BGH diese Auslegung im Grundsatz bestätigte und dann aber im Rahmen des neuen § 5a IV UWG 2022 mit dem Zweck der Vorschrift argumentieren würde, Transparenz zu schaffen.

2. Zeitlicher Zusammenhang

Das Abstellen darauf, ob ein Vertrag zwischen Influencer und Unternehmen konstruiert werden kann, kann Antworten auf die von *Hauch*⁷⁴ aufgeworfenen (und unbeantworteten) Fragen liefern: „Sollten [– obwohl die Begründung erwähnt, es müsse kein unmittelbarer zeitlicher Zusammenhang bestehen –] gleichwohl nur Fälle erfasst sein, in denen das beworbene Unternehmen zeitlich vor dem Upload des Postings eine Gegenleistung erbringt oder verspricht?“ Sofern ein Vertrag besteht, sind keine Gründe ersichtlich, die Kennzeichnungspflicht entfallen zu lassen, nur weil Leistung und Gegenleistung nicht innerhalb des ansonsten üblichen Zeitrahmens erbracht werden. „Wie ist es zu beurteilen,

⁷⁰ BGH GRUR 2022, 490 (Rn. 60) – Influencer III (Diana zur Loewen).

⁷¹ BGH GRUR 2022, 490 (Rn. 62, 65) – Influencer III (Diana zur Loewen).

⁷² BGH GRUR 2022, 490 (Rn. 66) – Influencer III (Diana zur Loewen).

⁷³ BGH GRUR 2022, 490 (Rn. 69 ff.) – Influencer III (Diana zur Loewen).

⁷⁴ *Hauch* GRUR-Prax 2021, 370 (372).

wenn ein Unternehmen auf einen Influencer aufmerksam wird, der bereits zuvor ein Produkt des Unternehmens aus eigenem Antrieb vorgestellt hatte, und diesem unaufgefordert und unvereinbart Produkte zusendet, in der Hoffnung, der Influencer werde diese zum Gegenstand weiterer Postings machen? Hat der Influencer dann für sein erstes Posting eine nachträgliche Gegenleistung erhalten, die dem ersten Posting nachträglich einen kommerziellen Zweck verleiht?“ Parallel zu den obigen Ausführungen könnte vertreten werden, dass im letzteren Fall eben das Angebot vom Influencer ausging, das das Unternehmen dann durch Zusendung des Produktes angenommen hätte. Das würde aber die Zielsetzung des Unternehmens verkennen. Das Unternehmen sendet dem Influencer die Produkte nicht vorrangig deshalb zu, um ihn für die Erwähnung zu belohnen, sondern – und das ergibt sich eindeutig aus der Fragestellung – um ihn dazu zu bewegen, das Unternehmen nochmals lobend zu erwähnen. Die Zusendung muss als Angebot und nicht als Annahme verstanden werden. Aus diesem Grund ändert sich an der Einschätzung der Erwähnung durch die nachträgliche Zusendung nichts.

Ein zeitlicher Zusammenhang könnte analog zu den Regeln über die Annahmefrist (§§ 147 II, 146 BGB) dann eine Rolle spielen, wenn keine ausdrückliche vertragliche Vereinbarung getroffen wurde und die Erwähnung erfolgt, lange nachdem das Produkt zugesandt worden war. Angesichts des Normzwecks der Regelung ist eine Übertragung jedoch abzulehnen. Die §§ 147 II, 146 BGB verhindern eine dauerhafte Bindung des Antragenden, der ein Interesse daran hat, möglichst bald Rechtssicherheit im Hinblick auf die Annahme des Angebotes zu erhalten,⁷⁵ um bei Ablehnung des Angebotes dieses ggf. einem Dritten unterbreiten zu können. Aus Sicht des Unternehmens gibt es nach der Zusendung von Testprodukten zwei Möglichkeiten: entweder der Influencer erwähnt das Unternehmen nicht und damit ist der Plan nicht aufgegangen. Oder aber der Influencer erwähnt und verlinkt das Unternehmen und lobt das zugesandte Produkt. Aus Sicht des Unternehmens ist die zweite Möglichkeit immer der ersten vorzuziehen, zumal das Produkt ohnehin abgeschrieben werden muss. Deshalb gibt es auch keine Notwendigkeit, die Gültigkeit des Angebotes zeitlich zu begrenzen. Dann kann es aber auch hinsichtlich der Kennzeichnungspflicht nicht auf einen gewissen Zeitrahmen ankommen.

⁷⁵ MüKo BGB/*Busche*, § 147 BGB Rn. 1.

Das gleiche ergibt sich auch aus der Gesetzesbegründung. Darin steht: „Die Gegenleistung muss nicht in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang erfolgen. Die Hoffnung auf eine Gegenleistung reicht jedoch nicht aus.“⁷⁶

3. „Für die Handlung“

Der kommerzielle Zweck wird ausgeschlossen, wenn der Handelnde *für die Handlung* kein Entgelt erhält. Es reicht für die Verneinung folglich schon aus, wenn für den konkreten Beitrag keine Gegenleistung vereinbart wurde. Der Zweck dieser Einschränkung kann an folgendem Beispiel verdeutlicht werden: Die Influencerin I veröffentlicht einen Beitrag mit ordnungsgemäßer Kennzeichnung für ein Unternehmen U und erhält dafür ein Entgelt. Einige Zeit später entdeckt sie von U ein anderes Produkt, das ihr gut gefällt, kauft es und veröffentlicht einen Beitrag darüber, in dem sie das Unternehmen verlinkt. Ist der Beitrag kennzeichnungspflichtig?

Wenn die Regelung einen kommerziellen Zweck nur dann ausschließen würde, wenn der Handelnde noch nie von dem erwähnten Unternehmen ein Entgelt erhalten hat, müsste I in unserem Beispiel den Beitrag als Werbung kennzeichnen. Die Einschränkung „für die Handlung“ führt dementsprechend dazu, dass der Anwendungsbereich der Ausnahme des § 5a IV 2 UWG 2022 nicht zu eng wird. Im Falle des dargestellten Beispiels, in dem die Erwähnung nicht anlässlich einer Entgeltzahlung erfolgt ist, ist diese Einschränkung sinnvoll und notwendig. Dass sie aber auch zu ungewollten Ergebnissen führen kann, zeigt das folgende Beispiel:⁷⁷

Vreni F. nimmt an einem Workshop zum Thema Social Media für Friseure teil und erhält vom Veranstalter ein Entgelt für die Teilnahme und das Verfassen von zwei Posts und einer Story auf Instagram. Diese Beiträge kennzeichnet sie ordnungsgemäß. Sie veröffentlicht zudem noch einen vierten Beitrag, auf dem sie mit Luftballons in der Hand abgebildet ist. Der Begleittext darunter handelt von den Schwierigkeiten, bei dem herrschenden Wind ein Foto zu schießen. Auf den Luftballons ist der Veranstalter des Workshops verlinkt, ein Hersteller von Artikeln für den Friseurbedarf. Muss der Beitrag als Werbung gekennzeichnet werden?

⁷⁶ BT-Drs. 19/27873, 34.

⁷⁷ Nach KG GRUR 2019, 543 (Rn. 53 ff.) – Vreni Frost.

Das KG⁷⁸ bejahte eine Kennzeichnungspflicht mit dem Argument, angesichts des vereinbarten Entgelts sei mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass die Influencerin mit der Verlinkung den Absatz des Veranstalters zu fördern beabsichtigte. Den Einwand *Frosts*, dass sie der vertraglichen Verpflichtung bereits durch die anderen Beiträge nachgekommen sei, sah das Gericht nicht als wesentlich an.

Diese „Übererfüllung“ wird nicht vom Wortlaut des § 5a IV 2 UWG 2022 erfasst. Wenn für die Handlung ein Entgelt erhalten worden sein muss, ist ein Beitrag, der zusätzlich zu den vereinbarten Beiträgen angefertigt wurde, nicht kennzeichnungspflichtig. Problematisch daran ist, dass dieser Beitrag zwar nicht gegen Entgeltzahlung, allerdings anlässlich einer Entgeltzahlung veröffentlicht wurde.

Im genannten Beispiel wird die Verbindung zur bezahlten Workshopteilnahme deutlich: Der Text unter dem Bild handelt weder von der Veranstaltung noch von Produkten des Veranstalters. Auf dem Bild sind keine Produkte des Veranstalters abgebildet. Der Zusammenhang zwischen Bild und Verlinkung bestand laut Aussage der Influencerin darin, dass sie die Luftballons auf der Veranstaltung erhalten hatte. Ohne die bezahlte Teilnahme an der Veranstaltung hätte es für sie folglich keinen Anlass gegeben, das Bild zu veröffentlichen und das Unternehmen darauf zu verlinken. Selbst wenn sie von sonst jemandem Luftballons erhalten hätte, hätte sie wohl kaum einen Anbieter von Friseurartikeln darauf verlinkt.

Dass die geschilderte Konstellation durch die neue Regelung ausgeschlossen werden sollte, muss bezweifelt werden. Immerhin liegt nicht der typische Fall des Influencer-Marketings vor, für den durch die Regelung Rechtssicherheit geschaffen werden sollte. Dieser kennzeichnet sich dadurch aus, dass eine Influencerin aus eigenem Antrieb und nicht aus Anlass einer vertraglichen Verpflichtung oder sonstigen Beziehung ein Produkt vorstellt, um – selbst wenn die Schwelle zum redaktionellen Beitrag noch nicht überschritten ist – ihre Follower zu informieren oder sich selbst darzustellen.

Um keine Regelungslücke entstehen zu lassen, sollten nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift auch solche Handlungen erfasst werden, die anlässlich des

⁷⁸ KG GRUR 2019, 543 (Rn. 57) – Vreni Frost.

Umstands getätigt werden, dessentwegen ein Entgelt erhalten wird. Im vorliegenden Fall war der Anlass offensichtlich, da der Sinn der Verlinkung sich nur im Wissen um den Workshop ergeben konnte. Zudem könnte ein enger zeitlicher Zusammenhang für eine Überkompensation sprechen, wenn einige der Beiträge eine Werbekennzeichnung enthalten und andere nicht.

Damit die Anforderungen an die Ausnahme nicht überspannt werden, ist dann aber eine Abwägung geboten. Nur wenn als vorherrschender Anlass der entgeltliche Umstand identifiziert werden kann, greift doch die Kennzeichnungspflicht. Das ist der Fall, wenn der infrage stehende Beitrag einen ähnlich geringen Informationsgehalt zum Unternehmen aufweist wie das Beispiel. Sobald auch die Information der Follower im Vordergrund stehen könnte, ist eine Abweichung vom Wortlaut und damit die Annahme der Kennzeichnungspflicht nicht gerechtfertigt.

V. Rechtsfolge: Entfall des kommerziellen Zwecks

1. Entfällt damit auch geschäftliche Handlung?

Nach *Lettl*⁷⁹ führt die Regelung des § 5a IV 2 UWG 2022, dass der kommerzielle Zweck entfalle, auch dazu, dass die geschäftliche Handlung zugunsten des fremden Unternehmens zu verneinen sei. Als Spezialregelung gehe der § 5a IV 2 UWG 2022 dem § 2 I Nr. 2 UWG 2022 vor, denn nur so ließen sich die Wertungswidersprüche vermeiden, die sich andernfalls ergäben, wenn man eine geschäftliche Handlung zugunsten des fremden Unternehmens bejahte, den kommerziellen Zweck beim Handeln zugunsten des fremden Unternehmens mangels Gegenleistung aber verneinte. Da der § 2 I Nr. 2 UWG 2022 nicht den Erhalt einer Gegenleistung verlange, sei ein solches Ergebnis möglich. Eine ähnliche Ansicht äußern *Hauch*⁸⁰ und *Steffensen*⁸¹ mit Verweis auf das OLG Frankfurt:⁸² Sobald eine geschäftliche Handlung vorliege, sei auch ein kommerzieller Zweck zu bejahen. Die Novelle wolle eine Konstellation auf Ebene des § 5a UWG ausnehmen, die sich aufgrund der Bejahung der geschäftlichen Handlung nicht mehr widerspruchsfrei herausnehmen lasse.

⁷⁹ *Lettl* WRP 2021, 1384 (1388).

⁸⁰ *Hauch* GRUR-Prax 2021, 370 (372).

⁸¹ *Steffensen*, Gütesiegel und Influencer, S. 305.

⁸² OLG Frankfurt a. M. GRUR-RR 2020, 87 (Rn. 26) – Veröffentlichung „gekaufter“ Kundenbewertungen.

Ein Wertungswiderspruch kann nur dann vorliegen, wenn der geschäftlichen Handlung ein kommerzieller Zweck innewohnt, der im § 5a IV 1 UWG 2022 lediglich aufgegriffen wird. Ginge man davon aus, dass der kommerzielle Zweck eine eigenständige Voraussetzung darstellte, die im § 5a IV 1 UWG 2022 zusätzlich zur geschäftlichen Handlung vorliegen müsse, könnte kein Widerspruch vorliegen.

Anders als in den BGH-Entscheidungen, in denen die Antwort auf diese Frage offen gelassen werden konnte, weil eine mögliche zusätzliche subjektive Komponente letztlich anhand der gleichen objektiven Kriterien wie die geschäftliche Handlung festgemacht wird,⁸³ bedarf es an dieser Stelle einer Entscheidung.

2. Eigenständige Bedeutung des kommerziellen Zwecks?

a) eA: Keine eigenständige Bedeutung

Teilweise wird dies verneint und vertreten, dass bereits jede geschäftliche Handlung einen kommerziellen Zweck aufweise.⁸⁴ *Lettl*⁸⁵ führt als Argument an, dass die Definition der Geschäftspraktik in Art. 2 lit. d UGP-RL als Unterfall die kommerzielle Mitteilung enthalte. *Ritlewski*⁸⁶ vertritt zwar, dass die geschäftliche Handlung einen kommerziellen Zweck voraussetze, „da diese ‚zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens‘ [erfolge]“, er will diesen jedoch bei eindeutig altruistischen Handlungen ausschließen, soweit diese in RL-konformer Auslegung erfasst würden. Als Beispiel nennt er Spenden an gemeinnützige Organisationen. Diese Einschränkung ist nicht notwendig, denn es ist nicht ersichtlich, warum eine eindeutig altruistische Handlung zugleich eine Handlung, die unmittelbar mit der Absatzförderung iSd UGP-RL zusammenhängt, darstellen soll und dementsprechend nach RL-konformer Auslegung auch von § 2 I Nr. 2 UWG 2022 erfasst werden muss.

⁸³ BGH MMR 2021, 875 (Rn. 77) – Influencer I (lu_coaching); BGH GRUR-RS 2021, 26632 (Rn. 66) – Cathy Hummels; *Timmermann/Berndt* WRP 2020, 996 (998); *Alberts*, Influencer-Marketing, S. 83.

⁸⁴ Köhler/Bornkamm/Fedderson/*H. Köhler*, § 5a UWG Rn. 4.24; *Böse* MDR 2019, 769 (770); *Maatz*, Influencer-Marketing, S. 595 f; *Lettl* WRP 2021, 1384 (1390); BeckOK UWG/*Ritlewski*, § 5a Rn. 218; Hamburger Kommentar Ges Medienrecht/*Schöwerling/Siegel*, Abschn. 22 Rn. 11; wohl auch MüKo Lauterkeitsrecht/*Heermann*, § 5a UWG Rn. 701.

⁸⁵ *Lettl* WRP 2021, 1384 (1390).

⁸⁶ BeckOK UWG/*Ritlewski*, § 5a Rn. 218.

b) aA: Zusätzliche subjektive Komponente

Eine andere Auffassung will hingegen den kommerziellen Zweck als subjektives Tatbestandsmerkmal verstanden wissen.⁸⁷ Die Argumentation *Jägers*, dass der kommerzielle Zweck eine zusätzliche subjektive Voraussetzung darstellen soll, stützt sich vornehmlich auf die Prämisse, dass die andere Ansicht auf die objektive Geeignetheit der Förderung abstellt und dass danach „herkömmliche redaktionelle Inhalte ebenso wie Werbung zu kennzeichnen“ wären.⁸⁸ Diese Rechtsfolge ist angesichts der Rechtsprechung des BGH zum werblichen Überschuss fernliegend. Sie wird etwa von *Peifer*⁸⁹ als Grenze der objektiv zu bestimmenden Werbewirkung aufgezeigt, worauf *Jäger*⁹⁰ auch verweist – wohl, um vermeintliche Inkonsequenz anzuprangern. Selbst wenn in den angegebenen Quellen zum § 4 Nr. 3 UWG 2009 noch die Werbewirkung auf eine objektive Geeignetheit gestützt worden wäre,⁹¹ wird dies in den meisten aktualisierten Fassungen der genannten Kommentare zum kommerziellen Zweck im Rahmen des § 5a VI UWG 2015 nicht vertreten.⁹² Nur *Seichter* vertritt, dass ein kommerzieller Zweck vorliege, „wenn die Handlung mittelbar geeignet ist, den Absatz von Waren oder den Bezug von Waren [...] eines Unternehmers zu fördern“ und dass dem Vorliegen einer geschäftlichen Handlung im Rahmen des

⁸⁷ *Jäger*, Trennungs- und Kennzeichnungsgebot, S. 295 ff; *Fries*, Influencer-Marketing, S. 111 ff.; wohl auch OLG Köln GRUR-RR 2021, 167 (Rn. 27) – Diana zur Löwen.

⁸⁸ *Jäger*, Trennungs- und Kennzeichnungsgebot, S. 295 f.

⁸⁹ GK-UWG/*Peifer*, 2. Aufl. 2013, § 4 Nr. 3 UWG Rn. 73.

⁹⁰ *Jäger*, Trennungs- und Kennzeichnungsgebot, S. 295 Fn. 1217.

⁹¹ GK-UWG/*Peifer*, 2. Aufl. 2013, § 4 Nr. 3 UWG Rn. 60 f.: „Werbecharakter im Sinne dieser erweiterten Auslegung hat eine geschäftliche Handlung, wenn sie dazu geeignet ist, die Absatz- oder Bezugssituation eines Unternehmens objektiv zu verbessern. [...] Unter § 4 Nr. 3 fallen sämtliche Verhaltensweisen, die objektiv absatz- oder unternehmensimagefördernde Zwecke verfolgen, [...]“; sehr zweifelhaft aber bei Köhler/Bornkamm/*H. Köhler*, 33. Aufl. 2015, § 4 UWG Rn. 3.10 „Werbecharakter hat eine geschäftliche Handlung nicht nur dann, wenn es sich um eine Äußerung mit dem Ziel handelt, den Absatz oder Bezug eines Unternehmens zu fördern. Im Wege richtlinienkonformer Auslegung am Maßstab des Art 7 II UGP-RL („oder wenn er den kommerziellen Zweck der Geschäftspraxis nicht kenntlich macht“) ist der Begriff des Werbecharakters weit, nämlich iS des „geschäftlichen Charakters“ der geschäftlichen Handlung zu fassen.“

⁹² Köhler/Bornkamm/Feddersen/*H. Köhler*, 40. Aufl. 2022, § 5a UWG Rn. 7.28; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Frank*, § 5a UWG Rn. 260.

§ 5a VI UWG 2015 keine eigenständige Bedeutung zukomme, was so verstanden werden kann, dass auf eine objektive Eignung abgestellt werden soll.⁹³ *Fries*,⁹⁴ der sich der Ansicht *Jägers* anschließt, verweist auf die Ansichten *Köhlers*⁹⁵ und *Sosnitzas*,⁹⁶ deren Ansichten er so zusammenfasst, dass der kommerzielle Zweck bereits in der Definition der geschäftlichen Handlung enthalten sei. Wenn er unter diese Ansicht subsumiert, dass „schlichtweg jeder objektiv absatzfördernde Beitrag nach § 5a VI UWG [2015] unlauter wäre, sofern er seine objektive Absatzförderungeignung nicht offenbart“,⁹⁷ übersieht er ebenfalls das Erfordernis des objektiven Zusammenhangs der geschäftlichen Handlung, dessen Merkmale er acht Seiten zuvor noch dargestellt hat.⁹⁸ Dieses Argument kann folglich weder in der früheren Fassung von *Jäger* noch in der heutigen Fassung von *Fries* überzeugen.

Überzeugender ist der Verweis auf die englische und die französische Fassung der UGP-RL, in der im Art. 7 II UGP-RL sich „commercial intent“ bzw. „intention commerciale“ finden.⁹⁹ Der BGH nennt dieses Argument, unterscheidet jedoch zwischen deutscher, englischer, italienischer und spanischer Sprachfassung einerseits und der französischen Sprachfassung andererseits.¹⁰⁰ Damit verweist der BGH auf einen anderen Aspekt als *Fries*, der auf die Wortwahl abstellt. In allen Fassungen außer der französischen ist vom „kommerziellen Zweck der Geschäftspraxis“ die Rede. Eine weitere Ausnahme bildet wohl die rumänische Fassung: „[...] sau dacă nu își declară intenția comercială adevărată [...]“. Die „practici comerciale“ wird ebenfalls nicht wieder aufgegriffen. In der französischen Fassung steht: „Une pratique commerciale est également considérée comme une omission trompeuse lorsqu’un professionnel, [...] ou lorsqu’il n’indique pas sa véritable intention commerciale [...]“. Das „il“ kann

⁹³ jurisPK-UWG/*Seichter*, § 5a Rn. 123, 125.

⁹⁴ *Fries*, Influencer-Marketing, S. 110 f.

⁹⁵ Köhler/Bornkamm/Feddersen/*H. Köbler*, § 5a UWG Rn. 4.24.

⁹⁶ Ohly/*Sosnitzza/Sosnitzza*, § 5a UWG Rn. 59: „Der kommerzielle Zweck ist der Werbecharakter der geschäftlichen Handlung. Gemeint ist der Zweck der Handlung, der auf die Absatzförderung gerichtet ist.“ Es ist anzuzweifeln, dass *Sosnitzas* Auffassung im o.g. Sinne verstanden werden kann.

⁹⁷ *Fries*, Influencer-Marketing, S. 111.

⁹⁸ Siehe *Fries*, Influencer-Marketing, S. 103.

⁹⁹ *Fries*, Influencer-Marketing, S. 111.

¹⁰⁰ BGH MMR 2021, 875 (Rn. 76) – Influencer I (lu_coaching).

nur den Unternehmer meinen. Mehr Schwierigkeiten bereitet der Bezugspunkt des „sa“. Da das Genus des Possesivadjektivs sich ausschließlich nach dem Wort richtet, das auf das Possesivadjektiv folgt („intention commerciale“), kann sich das „sa“ auf den Unternehmer beziehen. Dann würde der Satz lauten: „[...] oder er nicht **seine** wahre kommerzielle Absicht kenntlich macht [...]“. Es ist zusätzlich möglich, dass sich das „sa“ auf die „pratique commerciale“ bezieht. Dann würde der Satz lauten: „[...] oder er nicht **deren** wahren kommerziellen Zweck kenntlich macht [...]“. Bei letzterer Bedeutung würde sich kein Unterschied zu den anderen Fassungen ergeben. Gegen die Lesart spricht, dass zwischen „pratique commerciale“ und „sa“ 43 Wörter stehen. Wahrscheinlicher ist, dass sich das „sa“ auf das auch im Satz näherliegende Substantiv bezieht, das als letztes genannt wurde („il“).¹⁰¹ Dafür spricht ebenfalls, dass in französischen Gesetzen meist Personen und nicht Dinge eine „intention“ haben. Beispielhaft sei der Art. 1188 du Code civil angeführt: „Le contrat s’interprète d’après la commune intention des parties plutôt qu’en s’arrêtant au sens littéral de ses termes.“, der dem § 133 BGB entspricht. Der deutsche „Zweck“, der Dingen zugeschrieben werden kann, würde eher mit „objet“ übersetzt werden. Dazu sei beispielhaft der Art. 1126 du Code civil 1804¹⁰² genannt, der lautete: „Tout contrat a pour objet une chose qu’une partie s’oblige à donner, ou qu’une partie s’oblige à faire ou à ne pas faire.“; diese Norm kommt wohl dem § 311 I BGB am nächsten. Wurde nun festgestellt, dass der Wortlaut der französischen Fassung von dem Wortlaut der anderen Fassungen abweicht, stellt sich die Frage, wie mit dieser Abweichung umzugehen ist.

Für die Auslegung des europäischen Sekundärrechts ist die Verordnung zur Regelung der Sprachenfrage für die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft¹⁰³ in der Fassung der Verordnung (EU) Nr. 517/2013¹⁰⁴ maßgeblich.¹⁰⁵ Danach sind alle Sprachen der Mitgliedsstaaten zugleich Amts- und Arbeitssprachen der Organe

¹⁰¹ Vgl. dazu den Beispielsatz bei *Grevisse/Goosse*, *Le bon usage*, S. 270 und die Anmerkung: „Chacune des ces phrases [...] contient des éléments qui trouvent leur justification dans le contexte: [...] leur [...] se réfèrent à ce qui précède.“

¹⁰² Norm war bis 2016 in Kraft und wurde inhaltlich in den Art. 1163 I du Code civil überführt.

¹⁰³ (EWG) ABl. L 17, 385/59.

¹⁰⁴ ABl. L 158, 1.

¹⁰⁵ *Sobotta* ZERL 2015 (1).

der Union. Das heißt, dass die in verschiedenen sprachlichen Fassungen abgefassten Vorschriften des Gemeinschaftsrechts gleichermaßen verbindlich sind.¹⁰⁶ Der Wert der Sprachfassungen kann nicht vom Umfang der Bevölkerung der Mitgliedstaaten, die die betreffende Sprache gebrauchen, abhängig gemacht werden.¹⁰⁷ Es verbietet sich, im Falle von Zweifeln eine sprachliche Fassung für sich genommen zu betrachten.¹⁰⁸ Stattdessen gebietet es die Notwendigkeit der einheitlichen Auslegung des Gemeinschaftsrechts, eine Bestimmung unter Berücksichtigung ihrer Fassungen in anderen Amtssprachen auszulegen.¹⁰⁹ Auch wenn Französisch neben Englisch eine der Hauptverhandlungssprachen ist, heißt das nicht, dass dem französischen Wortlaut eine prominente Rolle bei der Auslegung zukommt.

Dementsprechend kann die subjektive Komponente nur dann angenommen werden, wenn diese Auslegung mit den anderen Fassungen vereinbar ist.¹¹⁰ Für das Vorliegen einer zusätzlichen Voraussetzung spricht zunächst der Wortlaut der anderen Fassungen, die auf die Kenntlichmachung *des kommerziellen Zwecks* der geschäftlichen Handlung abstellen. Wäre nur die Kenntlichmachung der geschäftlichen Handlung erforderlich, hätte es des Zusatzes nicht bedurft. Zudem sind weder der deutsche Zweck noch der englische „intent“ noch die Formulierungen der anderen Sprachen, die mit „intention“, „purpose“ oder „intent“ in englische Sprache übersetzt werden, frei von einer subjektiven Einfärbung, auch wenn diese nicht so deutlich hervortritt wie bei der „intention commerciale“ des „professionel“, bei der kommerziellen Absicht des Unternehmers. Diese Auslegung ist folglich möglich. Eine andere Auslegung, nach der es nicht auf eine subjektive Komponente ankommen würde, wäre ebenfalls möglich, wenn man der französischen und rumänischen Fassung einen Übersetzungsfehler attestieren würde. Sind beide Auslegungen möglich, ist wohl der Auslegung den Vorzug zu gewähren, die alle Sprachfassungen berücksichtigt.

¹⁰⁶ EuGH, ECLI:EU:C:1982:335, 1257 Rn. 18 – Cilfit.

¹⁰⁷ EuGH BeckRS 2004, 76104 (Rn. 5, 36) – EMU Tabak.

¹⁰⁸ EuGH BeckRS 2004, 76104 (Rn. 5, 36) – EMU Tabak; EuGH NJW 2005, 1099 (Rn. 33) – Junk; EuGH BeckRS 2004, 72956 (Rn. 3) – Stauder.

¹⁰⁹ EuGH BeckRS 2004, 76104 (Rn. 5, 36) – EMU Tabak; EuGH NJW 2005, 1099 (Rn. 33) – Junk; EuGH BeckRS 2004, 72956 (Rn. 3) – Stauder.

¹¹⁰ Vgl. EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts v. 17.11.2011 – C-567/10 juris (Rn. 19) – Inter-Environnement Bruxelles u.a.; EuGH, Schlussanträge der Generalanwältin v. 19.5.2009 – C-261/08, C-348/08 BeckRS 2009, 70542 (Rn. 42) – Zurita García und Choque Cabrera.

Interessant ist, dass im französischen Umsetzungsgesetz der Unternehmer („un professionnel“) gestrichen und die Aussagen auf die „pratique commerciale“ bezogen wurden: „Une pratique commerciale est également trompeuse si, [...] ou lorsqu'elle n'indique pas sa véritable intention commerciale dès lors que celle-ci ne ressort pas déjà du contexte.“, Art. L121-3 du Code de la consommation.

c) Dritte Möglichkeit: Kommerzieller Zweck hat nur im deutschen Umsetzungsgesetz eigenständige Bedeutung

Sollte man die Richtlinie anders interpretieren als so, dass noch eine subjektive Komponente erforderlich ist, könnte trotzdem dem kommerziellen Zweck im deutschen Umsetzungsgesetz eine eigenständige Bedeutung zukommen. Dafür spricht die Systematik: Der Ausschluss des kommerziellen Zwecks wurde im § 5a IV 2 UWG 2022 und nicht im § 2 I Nr. 2 UWG 2022 geregelt.

Ausgangsfrage war, ob der neue § 5a IV 2 UWG 2022 einen Wertungswiderspruch auslöst, wenn dadurch der kommerzielle Zweck entfällt. Nach *Lettl*¹¹¹ muss – da jeder geschäftlichen Handlung ein kommerzieller Zweck innewohne – folglich auch die geschäftliche Handlung entfallen, die jedoch zuvor bejaht wurde. Wie gezeigt, besteht die Möglichkeit, im kommerziellen Zweck eine zusätzliche subjektive Komponente zu sehen, die keine Voraussetzung für das Vorliegen einer Geschäftspraxis, wohl aber für die Bejahung des Unlauterkeitstatbestands darstellt. Außerdem könnte das deutsche Umsetzungsgesetz im § 5a IV 1 UWG 2022 den kommerziellen Zweck als zusätzliches Tatbestandsmerkmal etablieren, das entfällt, wenn keine Geschäftspraxis iSd UGP-RL vorliegt.¹¹²

Schon aus diesen Gründen muss mit Entfall des kommerziellen Zwecks nicht auch die geschäftliche Handlung verneint werden, sodass auch die Annahme eines Wertungswiderspruchs nicht zwingend ist. Hinzu kommt die Feststellung, dass der Ausschluss der geschäftlichen Handlung weitreichende Konsequenzen hätte:

¹¹¹ *Lettl* WRP 2021, 1384 (1388).

¹¹² Siehe zu den Vorgaben der UGP-RL Kapitel 2.

Ginge man mit der Gesetzesbegründung davon aus, dass in den fraglichen Fällen keine geschäftlichen Handlungen zugunsten des eigenen Unternehmens vorlägen,¹¹³ wären die Handlungen gar nicht mehr durch das UWG überprüfbar.¹¹⁴ Eine solche weitreichende Regelung würde erstens nicht ohne entsprechende Begründung geschaffen werden und zweitens nicht im besonderen Teil des UWG.¹¹⁵ Ansonsten müsste bei der Prüfung der Unlauterkeit nach bspw. § 5 I UWG zuerst das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung nach § 2 I Nr. 2 UWG 2022 geprüft werden und dann, ob diese ausnahmsweise doch nach dem Ausschlussgrund des § 5a IV 2 UWG 2022 entfallen könnte.

Die genannten Aspekte und die Ansicht des Gesetzgebers, die UGP-RL sei in den genannten Fällen nicht einschlägig,¹¹⁶ sprechen entscheidend für die dritte Ansicht und somit dafür, dass dem kommerziellen Zweck im deutschen Umsetzungsgesetz eine eigenständige Rolle zukommt.

Zwar ist es überzeugend, angesichts der voneinander abweichenden Sprachfassungen der UGP-RL im kommerziellen Zweck eine durch Richtlinie vorgegebene zusätzliche subjektive Komponente zu sehen. Um den erforderlichen Gleichlauf mit der UGP-RL wiederherzustellen, muss der kommerzielle Zweck im deutschen Umsetzungsgesetz zusätzlich noch mit einer weiteren Bedeutung aufgeladen werden: ein kommerzieller Zweck kann nur dann vorliegen, wenn eine Geschäftspraktik iSd UGP-RL gegeben ist. Die Gestaltung des § 5a IV 2 UWG 2022 lässt diese Interpretation zu.

VI. Kritik an Regelung

*Alexander*¹¹⁷ kritisiert, dass der Gesetzgeber mit dieser Regelung den Schutz vor Verbrauchern und Marktteilnehmern schwäche, „weil eine Kennzeichnungspflicht stets entfällt, wenn ein Beitrag (z.B. in der Presse) der Förderung eines fremden Unternehmens dient, dafür aber keine Gegenleistung erbracht oder versprochen wurde“. Dagegen muss angebracht werden, dass die UGP-RL

¹¹³ BT-Drs. 19/27873, 32.

¹¹⁴ Vgl. auch *Alexander* ZUM 2022, 77 (84).

¹¹⁵ So aber *S. Abrens* IPRB 2020, 181 (183) mit dem Vorschlag, den § 5a VI UWG 2015 (!) um folgenden Satz zu ergänzen: „Eine geschäftliche Handlung ist in der Regel nicht anzunehmen, wenn diese vorrangig der Informations- und Meinungsbildung dient und für diese kein Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung gewährt wurde.“

¹¹⁶ Siehe dazu Kapitel 7 C. III. 1.

¹¹⁷ *Alexander* ZUM 2022, 77 (84).

diese Fälle nicht einer Kennzeichnungspflicht unterwirft und die Kennzeichnungspflichten abschließend regelt, sodass kein Raum für eine nationale Regelung verbleibt.¹¹⁸ Diese „Kollateralwirkung“ führt somit nicht zu einer Schwächung des Schutzes von Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern, sondern stellt wieder den gebotenen Gleichlauf zur UGP-RL her.

1. Privilegierung von Influencern gegenüber Presseunternehmen?

Der Kritik *Peifers*¹¹⁹, dass die Kommunikation von Influencern privilegiert sei, da nach seinem Verständnis „[einseitige] Mitteilungen, die nur lobend und prahlerisch über Produkte sprechen“ generell aus dem Anwendungsbereich des UWG herausgenommen würden,¹²⁰ ist Einiges zu entgegnen. Erstens wurde übersehen, dass der Gesetzgeber bei unentgeltlichen Erwähnungen anderer Unternehmen nur die geschäftliche Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens entfallen lassen wollte und auch das wohl nur aus Sorge, dass bei Bejahung einer Geschäftspraxis iSd UGP-RL der § 5a IV 2 UWG 2022 gegen die UGP-RL verstoßen könnte.¹²¹ Als geschäftliche Handlung zugunsten des erwähnten Unternehmens sind diese Beiträge auch gemäß der Gesetzesbegründung überprüfbar. Zweitens spricht gegen die Privilegierung des Influencer-Marketings gegenüber der Presse- und Rundfunkberichterstattung, dass durch den kritisierten § 5a IV 2 UWG 2022 im Gegenteil ein Gleichlauf hergestellt wird. Durch die Norm werden journalistische Beiträge genauso wie Beiträge von Influencern behandelt, indem es in beiden Fällen auf den Erhalt eines Entgelts ankommt. Ohne die Norm und nach der Rechtsprechung des BGH wäre nur beim Vorliegen von Telemedien (denn auf diese sind § 6 I TMG und § 22 I MStV anwendbar) auf ein Entgelterfordernis abzustellen.¹²²

Drittens ist die Problematik eine andere als die von *Peifer* dargestellte. *Peifer* schreibt: „Der zutreffende Kerngedanke der gesetzgeberischen Absicht liegt darin, dass der *user-generated content* in weiten Bereichen für die soziale Kommunikation unverzichtbar geworden ist.“¹²³ Der Grund, warum der Gesetzgeber so

¹¹⁸ Siehe dazu Kapitel 2.

¹¹⁹ *Peifer* GRUR 2021, 1453 (1460).

¹²⁰ Wohl auch jurisPK-Internetrecht/*A. Paschke*, Kapitel 4.5: Online-Marketing Rn. 187.11.

¹²¹ Siehe dazu Kapitel 7 B.

¹²² *Büscher* WRP 2022, 1 (7); siehe zur Anwendbarkeit der Norm auf Presseerzeugnisse siehe Kapitel 7 C. VII.

¹²³ *Peifer* GRUR 2021, 1453 (1460).

rasch tätig wurde, liegt aber vielmehr in dem Bedürfnis, einen sicheren Rechtsrahmen für Influencer schaffen zu wollen¹²⁴ und zu diesem Zweck klarzustellen, dass unentgeltliche Erwähnungen nicht als „kommerziell“ zu kennzeichnen sind.¹²⁵ Diesem Zweck wäre nicht gedient, wenn man mit *Peifer*¹²⁶ „auch weiterhin eine inhaltliche Prüfung eventuell überschießender Werbewirkung vornehmen können“ soll, sodass „[selbst] wenn der Influencer Kaufbelege vorlegen kann“, der Nachweis „dass die Mitteilung des Influencers darauf gerichtet ist, konkrete Kooperationen zu erlangen (wenn zB stets bestimmte Marken oder Produkte eines Unternehmens genannt werden)“ wohl doch zu einer Kennzeichnungspflicht führen solle, um eine „liberale Auslegung“ zu verhindern. Von der gleichen Prämisse ging wohl auch das OLG Köln aus, an dessen Entscheidung *Peifer* beteiligt war und das die Kennzeichnungspflicht auch auf das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens stützte, indem die Erkennbarkeit aus den Umständen nicht geprüft wurde.¹²⁷ Was die beiden Auffassungen eint, ist der Umstand, dass erkennbar nicht das Problem gesehen wird, das mit einer Überkennzeichnung einhergeht und dem es entgegenzuwirken gilt.¹²⁸

2. Identität zwischen Beworbenem und Zuwendendem

*Hauch*¹²⁹ kritisiert, dass auch dann kein kommerzieller Zweck nach § 5a IV 2 UWG 2022 vorliegt, „wenn der Influencer ein Produkt vom Unternehmen A [bewerbe] und vom Betreiber B, der die vom Influencer genutzte Social-Media-Plattform [betreibe], wegen der generierten Klickzahlung für das Posting entlohnt [werde]. Dies [überzeuge] nicht, wenn die Schutzbedürftigkeit

¹²⁴ BT-Drs. 19/27873, 22.

¹²⁵ BT-Drs. 19/27873, 34.

¹²⁶ *Peifer* GRUR 2021, 1453 (1460).

¹²⁷ Siehe dazu Kapitel 5 D. II.; vgl. dazu *Peifer* GRUR 2021, 1453 (1460) : „Bei genauer Betrachtung wird es darauf ankommen, ob der Influencer selbst Produkte, Rabattcodes oder Ähnliches anbietet, um eine geschäftliche Handlung dennoch annehmen zu können. Diese wäre dann aber nach § 5a IV 2 UWG nF nicht kennzeichnungspflichtig. Die Urteile des BGH vom 9.9.2021 erklären dies damit, dass ein solcher Account ohnehin als kommerziell wahrgenommen werden könne, eine etwas gewagte Annahme, zumal sie die Interpretation hierüber dem Tatrichter überlässt.“

¹²⁸ Vgl. *Obly* JZ 2022, 204 (205).

¹²⁹ *Hauch* GRUR-Prax 2021, 370 (372).

der Verbraucher [folge] nicht daraus, wer den Influencer für den Beitrag [entlohne], sondern daraus, dass er für den Beitrag entlohnt [werde].“ Die Forderung hätte zur Folge, dass alle monetarisierten YouTube-Videos von Influencern als „Werbung“ gekennzeichnet würden. Dass es dem Verbraucherschutz nicht zuträglich ist, wenn durch die Markierung aller Beiträge nicht mehr nachvollziehbar ist, welche Äußerungen (nicht Videos!) gegen Geld getätigt wurden, wurde bereits dargestellt.

3. Keine Kennzeichnung bei Aufmerksamkeitssteigerung

*Köhler*¹³⁰ kritisierte am Entwurf des BMJV,¹³¹ dass „die Steigerung der Followerzahl, um den eigenen Marktwert zu erhöhen, nicht ausreichend sein [solle], um in einem Post oder Tag kommerzielle Kommunikation zu sehen.“ Der angebrachte Hinweis, dass die Steigerung der Auflage von Printmedien ebenfalls keine kommerzielle Kommunikation darstelle, gehe fehl, „weil er nicht mit Art. 1 I lit. h AVMD-RL vereinbar [sei], wonach die Eigenwerbung gerade [ausreiche], um kommerzielle Kommunikation zu begründen.“¹³²

Wenn das BMJV tatsächlich geschrieben hätte, dass dann keine „kommerzielle Kommunikation“ vorliege, wäre das in der Tat kritikwürdig, da das UWG im Gegensatz zur AVMD-RL nicht den Begriff der „kommerziellen Kommunikation“ (sondern den des „kommerziellen Zwecks“) verwendet und eine Änderung des UWG diesbezüglich auch keine Änderung treffen könnte. Allerdings nutzte das BMJV diesen Begriff nicht.

Die weiteren Kritikpunkte vermögen ebenfalls nicht zu überzeugen. Es stimmt zwar, dass kommerzielle Kommunikation iSd AVMD-RL auch die Eigenwerbung umfasst. Und es ist auch vertretbar, Art. 9 I lit. a AVMD-RL¹³³ als *lex specialis* zu Art. 7 II UGP-RL zu verstehen.¹³⁴ Es stimmt aber nicht, dass der

¹³⁰ *M. Köhler* ZUM 2020, 294 (296).

¹³¹ *BMJV*, Regelungsvorschlag des BMJV zur Abgrenzung nichtkommerzieller Kommunikation zur Information und Meinungsbildung von geschäftlichen Handlungen, https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RefE/Regelungsvorschlag_Influencer.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (zuletzt abgerufen am: 22.08.2024); siehe dazu Kapitel 7 C. I.

¹³² *M. Köhler* ZUM 2020, 294 (296).

¹³³ Der von *Köhler* genannte Art. 1 I lit. h AVMD-RL kann keine Vorrangwirkung entfalten, da darin eine Definition und kein Tatbestand normiert wird.

¹³⁴ Vorzugswürdig wäre aber ein Nebeneinander, siehe Kapitel 6 D. II.

§ 5a VI UWG-E oder der tatsächlich erlassene § 5a IV 1, 2 UWG 2022 für die Kennzeichnungspflicht andere Regelungen aufstellt als die AVMD-RL oder ihre deutschen Umsetzungsnormen. Art. 9 I lit. a Hs. 1 AVMD-RL normiert, dass audiovisuelle kommerzielle Kommunikation leicht als solche zu erkennen sein muss. Es wird nicht verlangt, dass audiovisuelle kommerzielle Kommunikation, zu der auch Eigenwerbung gehört, gekennzeichnet werden muss. Die leichte Erkennbarkeit kann sich – ebenso wie schon im Rahmen des § 5a VI UWG 2015 – aus den Umständen ergeben. Auch aus dem § 22 I 1 MStV ergibt sich nichts anderes: Danach muss Werbung (§ 2 II Nr. 7 MStV) klar als solche erkennbar sein, ohne dass festgelegt wird, dass sich die Erkennbarkeit aus einer hinzuzufügenden Kennzeichnung ergeben muss. Es liegt folglich kein Widerspruch zur AVMD-RL vor.¹³⁵ Davon abgesehen wurde die Kennzeichnungspflicht einer geschäftlichen Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens – die vorliegt, wenn die Steigerung der eigenen Followerzahl bezweckt ist – auch schon vor der Gesetzesänderung mit Verweis auf die Erkennbarkeit aus den Umständen abgelehnt.¹³⁶

4. Kennzeichnung der geschäftlichen Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens?

*Schaub*¹³⁷ schreibt, dass der Gesetzgeber anders als der BGH nicht von der Erkennbarkeit aus den Umständen, sondern von einer Kennzeichnungspflicht ausgehe. Dabei wird übersehen, dass der Gesetzgeber in den fraglichen Fällen schon keine geschäftliche Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens annimmt,¹³⁸ sodass es schon an der Grundvoraussetzung für die Bejahung einer Kennzeichnungspflicht fehlt.

5. Wortlaut: Alternatives statt kumulatives Nichtvorliegen der Entgeltvarianten

Zuzustimmen ist *Büscher*¹³⁹ bezüglich der Kritik, dass es nach dem jetzigen Wortlaut der Bestimmung ausreicht, wenn entweder kein Entgelt erhalten oder

¹³⁵ Siehe zum möglichen Widerspruch zu Art. 9 I lit. a HS. 2 AVMD-RL Kapitel 8.

¹³⁶ Siehe dazu Kapitel 5 D. II.

¹³⁷ *Schaub* GRUR 2021, 1358 (1361) mit Verweis auf BT-Drs. 19/27873, 35.

¹³⁸ BT-Drs. 19/27873, 32.

¹³⁹ *Büscher* WRP 2022, 1 (6); so auch Ohly/Sosnitza/Sosnitza, § 5a UWG Rn. 61.

keine einem Entgelt ähnliche Gegenleistung erhalten oder beides nicht versprochen wurde. Grund ist, dass die Rechtsfolge darin liegt, dass der kommerzielle Zweck *nicht* vorliegt: „Ein kommerzieller Zweck liegt bei einer Handlung zugunsten eines fremden Unternehmens nicht vor, wenn der Handelnde kein Entgelt oder keine Gegenleistung für die Handlung von dem fremden Unternehmen erhält oder sich versprechen lässt.“ Durch die oder-Verknüpfungen reicht es scheinbar aus, dass eine Voraussetzung nicht vorliegt, damit die Rechtsfolge – der Entfall des kommerziellen Zwecks – eintritt.

Beabsichtigt war aber die Regelung, dass der kommerzielle Zweck erst dann nicht vorliegt, wenn weder ein Entgelt oder eine entgeltähnliche Gegenleistung erhalten noch versprochen wurde. Um das im Gesetz abzubilden, hätten die Varianten jeweils durch ein „und“ verknüpft werden müssen: „Ein kommerzieller Zweck liegt bei einer Handlung zugunsten eines fremden Unternehmens nicht vor, wenn der Handelnde kein Entgelt und keine ähnliche Gegenleistung für die Handlung von dem fremden Unternehmen erhält und sich auch nicht versprechen lässt.“

VII. Anwendbarkeit der §§ 5a IV 2, 3 UWG 2022 auf Presseerzeugnisse

Fraglich ist, ob eine teleologische Reduktion bei klassischen Presseerzeugnissen vorgegeben ist, da der Gesetzgeber eine Regelung dieser Sachverhalte wohl nicht treffen wollte.¹⁴⁰ Das ist schon deshalb abzulehnen, da die Richtlinie eine Regelung wie die getroffene vorgibt. Eine Begrenzung des überschießenden Anwendungsbereichs des § 5a VI UWG 2015 ist geboten unabhängig vom Medium und unabhängig davon, ob der Gesetzgeber dies beabsichtigte oder nicht. Dem steht die EuGH-Rechtsprechung nicht entgegen. Indem der EuGH im Fall RLvS/Stuttgarter Wochenblatt die Geeignetheit verneinte und dies damit begründete, dass es sich um ein kostenlos verteiltes Anzeigenblatt handelte, schloss er die Anwendbarkeit der UGP-RL nur für solche kostenlos verteilten Anzeigenblätter aus und nicht für sämtliche Presseerzeugnisse.¹⁴¹ Wie von *Glöckner* überzeugend dargestellt, gebietet die UGP-RL auch keine Ausnahme von redaktionellen Handlungen.¹⁴² Die besseren Argumente sprechen somit dafür, dass redaktionelle Handlungen unter dem Aspekt der Eigenförderung von

¹⁴⁰ Köhler/Bornkamm/Feddersen/H. Köhler, § 5a UWG Rn. 4.34.

¹⁴¹ Siehe dazu Kapitel 3 A. II. 1.

¹⁴² *Glöckner* WRP 2009, 1175 (1180 f.).

der UGP-RL erfasst werden und dementsprechend die Einschränkung, dass die Kennzeichnungspflichten, die die kommerzielle Kommunikation betreffen, abschließend geregelt werden, auch für Beiträge von Presseunternehmen gelten. Da der neue § 5a IV 2 UWG 2022 – unbeabsichtigt – eine Ausprägung dieses Grundsatzes ist, muss dieser auch auf Presseerzeugnisse angewandt werden. Die Antwort auf die Frage, ob eine teleologische Reduktion notwendig ist, hängt zudem maßgeblich davon ab, welche Meinung zu der bisherigen Rechtsprechung des BGH vertreten wird. Festzustellen ist zunächst, dass die Rechtsprechung zum werblichen Überschuss bei Presseerzeugnissen ohnehin vornehmlich dann zur Anwendung kam, wenn die Umstände den Erhalt einer Gegenleistung nahelegten oder eine solche tatsächlich geleistet wurde.¹⁴³

Verbleiben die Fälle, in denen der BGH entschieden hat, dass eine Kennzeichnung notwendig war, obwohl keine Gegenleistung genannt wurde. Diese Fälle zeichnen sich dadurch aus, dass entweder aus Pressemitteilungen von Unternehmen abgeschrieben wurde¹⁴⁴ oder dass Bestenlisten erstellt wurden, ohne dass die dafür hinzugezogenen Kriterien ausreichten, um davon ausgehen zu können, dass tatsächlich die besten 500 Anwälte aufgelistet wurden.¹⁴⁵ Der implizierte Vorwurf lag darin, dass das jeweilige Presseunternehmen die redaktionellen Standards nicht eingehalten hatte. Das wird schon aus dem Urteil hinreichend deutlich: Die wettbewerbsrechtliche Verantwortlichkeit der Presse liege in diesem wie auch in den Fällen der „redaktionellen Beiträge, die übermäßig anpreisende Werbeaussagen enthalten, [...] darin begründet, dass sie das Publikum darüber täuscht, journalistisch recherchiert zu haben, obschon sie beispielsweise lediglich die anpreisende Information des Werbenden oder positive Äußerungen eines Dritten ohne kritische Distanz in das Gewand eines redaktionellen Beitrags gekleidet hat“.¹⁴⁶

Was aber gemacht wurde, war, die Kennzeichnung nach dem UWG vorzuschreiben, der wiederum die Vollharmonisierung der UGP-RL im eröffneten Anwendungsbereich entgegensteht. Wird Anstoß genommen an der Arbeits-

¹⁴³ Siehe dazu Kapitel 4 C. II. 1.

¹⁴⁴ BGH GRUR 1993, 565 (565 f.) – Faltenglätter; BGH GRUR 1994, 819 (820) – Produktinformation II.

¹⁴⁵ BGH GRUR 1997, 914 (915) – Die Besten II.

¹⁴⁶ BGH GRUR 1997, 914 (915) – Die Besten II.

weise, sollte auch eine Kennzeichnung auf diese mangelhafte Arbeitsweise hinweisen und nicht auf eine Verbindung zu einem Unternehmen, die tatsächlich nicht besteht. Eine solche Kennzeichnung wäre auch eher geeignet, die Presseunternehmen davon abzuhalten, Presseerklärungen von Unternehmen abzuschreiben. Schließlich geht mit einer Kennzeichnung als „Anzeige“ jedenfalls insoweit die Reputation einher, dass impliziert wird, dass es Anzeigenkunden gibt, die das Presseunternehmen bezahlen, um in dessen Presseerzeugnis aufgeführt zu werden. Würde die Tatsache offengelegt, dass die zuständigen Redakteure sich nicht einmal die Arbeit gemacht haben, Pressemitteilungen kritisch zu überarbeiten, hätte das keinerlei Reputations- und damit auch größere Abschreckungswirkung.

Denkbar wäre etwa eine in den LPresseG zu normierende¹⁴⁷ Verpflichtung, die die Offenlegung der wortgleichen Übernahme von Pressemitteilungen vorschreibt, sofern kein Entgelt dafür gezahlt wurde. Ansonsten ist die Kennzeichnung als Anzeige vorgeschrieben, vgl. § 10 LPresseG RLP. Dafür könnte die Formulierung vorgeschrieben werden: „Der Inhalt dieses Artikels entspricht nicht den presserechtlichen Standards. Grund: [...]“. Als mögliche Gründe und auch als Hilfestellung, welche Handlungen zu unterlassen oder ansonsten zu kennzeichnen sind, könnte dem Paragraphen eine Auflistung von zu unterlassenden Handlungen hinzugefügt werden. Um die effektive Durchsetzung dieser Norm zu gewährleisten, sollte ein Verstoß nicht als Ordnungswidrigkeit eingestuft werden,¹⁴⁸ sondern von den Mitbewerbern vor den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden können. Das hätte den Vorteil, dass die Gerichte bei Vorliegen eines Entgelts nach dem UWG und dem LPresseG und dann, wenn kein Entgelt geleistet wurde, nach dem LPresseG vorgehen könnten. Der möglichen Kritik, dass das wohl kaum der passende Rechtsweg sein könne, kann entgegen gehalten werden, dass sich bisher auch keiner daran gestört hat, dass das oberste Zivilgericht die Nichteinhaltung von presserechtlichen Standards mit dem Mittel des Wettbewerbsrechts sanktioniert hat.

Die von *Feddersen*¹⁴⁹ aufgeworfene Frage, ob sich das nach § 5a IV 2 UWG 2022 vorausgesetzte Gegenleistungserfordernis mit der Rechtsprechung des BGH zum Vorliegen einer geschäftlichen Handlung bei werblichem Überschuss und

¹⁴⁷ Bspw. in § 6 LPresseG RLP.

¹⁴⁸ Vgl. § 21 IV LPresseG RLP.

¹⁴⁹ *Feddersen* WRP 2022, 789 (793).

trotz Fehlens einer Gegenleistung verträgt, ist wie folgt zu beantworten: Im Ergebnis nur dann, wenn der werbliche Überschuss bei Handlungen angenommen wird, für die ein Entgelt gezahlt wurde. Jedenfalls im Anwendungsbereich der UGP-RL und weil Presseerzeugnisse eben doch von dieser erfasst werden, ist die abschließende Regelung der Kennzeichnungspflichten¹⁵⁰ zu beachten. Die genannte BGH-Rechtsprechung sollte ebenso aufgegeben werden wie die, dass Presseerzeugnisse grundsätzlich keine geschäftlichen Handlungen darstellen.

D. § 5a IV 2, 3 UWG: Beweislast

In § 5a IV 3 UWG 2022 wird die Beweislast dem Handelnden zugewiesen: „Der Erhalt oder das Versprechen einer Gegenleistung wird vermutet, es sei denn der Handelnde macht glaubhaft, dass er eine solche nicht erhalten hat.“

I. Richtlinienkonformität

Es wurde bereits festgestellt, dass die durch den deutschen Gesetzgeber geschaffene Regelung dem entspricht, was die UGP-RL vorgibt. Aus diesem Grund könnte auch die UGP-RL dagegensprechen, die Beweislast umzukehren. Eine Parallele zu den anderen Informationsanforderungen widerspricht der neuen Regelung nicht. Es könnte zwar argumentiert werden, dass dann, wenn hinsichtlich des Vorliegens oder Nichtvorliegens der anderen wesentlichen Informationen den Kläger oder Antragssteller die Beweislast trifft, dies nicht beim Nachweis, dass eine Geschäftspraxis zugunsten eines fremden Unternehmens vorliegt, gegenteilig geregelt werden könne. Leider besteht hinsichtlich der anderen bspw. in § 5a I UWG 2022 und § 5b UWG 2022 normierten Informationsanforderungen keine Unsicherheit bezüglich des Vorliegens. Ob die anderen Informationen vorliegen oder nicht, ergibt sich mit Blick auf die geschäftliche Handlung. Umstritten könnte ggf. sein, ob eine Information wesentlich ist oder ob die wesentliche Information benötigt wird, um eine informierte geschäftliche Entscheidung treffen zu können. Beides sind keine Tatsachenfragen und somit der Beweiserhebung nicht zugänglich.¹⁵¹ Folglich kann die Behandlung der

¹⁵⁰ Siehe dazu Kapitel 2.

¹⁵¹ BeckOK ZPO/Bacher, § 284 ZPO Rn. 2, 4.

anderen Fälle keine Aussage darüber treffen, ob in unserem Fall die Beweislast umgekehrt werden darf.

In Art. 12 UGP-RL wird normiert, dass die Mitgliedstaaten den Gerichten oder Verwaltungsbehörden Befugnisse übertragen, die diese ermächtigen, „vom Gewerbetreibenden den Beweis der Richtigkeit von Tatsachenbehauptungen im Zusammenhang mit einer Geschäftspraxis zu verlangen, wenn ein solches Verlangen unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Gewerbetreibenden und anderer Verfahrensbeteiligter im Hinblick auf die Umstände des Einzelfalls angemessen erscheint.“

Wenn man davon ausginge, dass das Weglassen der Kennzeichnung die Tatsache behauptete, dass jeder verfolgte kommerzielle Zweck sich aus den Umständen ergebe, und wenn man davon ausginge, dass der Art. 12 UGP-RL vollharmonisierend sei und damit nicht nur das Mindestmaß, sondern auch das Höchstmaß an Transparenz regelte, das die Mitgliedstaaten von den Gewerbetreibenden verlangen könnten, ergäben sich folgende Probleme: Erstens werden durch den § 5a IV 3 UWG 2022 nicht die Gerichte ermächtigt, diese Umstände nachzufragen, sondern das Gesetz schreibt vor, dass die Gewerbetreibenden die Umstände offenlegen müssen. Zweitens lässt das Gesetz keinen Spielraum, um Rücksicht auf die Umstände des Einzelfalls zu nehmen. Drittens ist – wenn es auf die Umstände nicht ankommt – auch nicht feststellbar, ob das Verlangen angesichts der Umstände angemessen ist.

Angesichts dieser Folgeprobleme müssen die Prämissen in den Blick genommen werden. Dagegen, dass die Nichtkennzeichnung keine Tatsachenbehauptung sein muss, ließe sich noch vorbringen, dass dann, wenn Einschränkungen schon für Tatsachenbehauptungen gelten, diese Einschränkungen erst recht dann gelten müssen, wenn nicht aktiv etwas geäußert wurde. Die zweite Prämisse der vollharmonisierenden Vorgabe hält einem zweiten Blick jedoch nicht Stand. Im Erwägungsgrund 21 der UGP-RL wird erläutert, dass die Beweislast vom nationalen Recht bestimmt wird, dass aber die Gerichte und Verwaltungsbehörden in die Lage versetzt werden sollen, vom Gewerbetreibenden den Beweis für die Richtigkeit der von ihm behaupteten Tatsachen zu verlangen. Ursprünglich wollte die Kommission, dass der Gewerbetreibende die Beweislast für seine Behauptung trägt, ist aber damit gescheitert.¹⁵² Diese beiden Aspekte sprechen dagegen, aus dem Art. 12 UGP-RL zu schließen, dass eine Beweislastumkehr im

¹⁵² MüKo Lauterkeitsrecht/*Micklitz/Namysłowska*, Art. 12 UGP-RL Rn. 1 mwN.

vorliegenden Fall nicht möglich sein soll. Insgesamt dürfte die UGP-RL dieser Verteilung der Beweislast folglich nicht im Wege stehen.

II. Gesetzliche Vermutung und Glaubhaftmachung

Nach der Gesetzesbegründung dient die Vermutung des § 5a IV 3 UWG 2022 dazu, zu verhindern, „dass sich der oder die Handelnde durch das bloße Bestreiten des Erhalts einer Gegenleistung auf die Annahme berufen kann“.¹⁵³ Dass nicht das bloße Bestreiten ausreicht, hätte aber auch schon über das Instrument der sekundären Darlegungslast erreicht werden können. Die sekundäre Darlegungslast wird häufig beim Beweis negativer Tatsachen angewandt¹⁵⁴ und ergibt sich in den vorliegenden Fällen daraus, dass der Antragssteller bzw. Kläger keinen Einblick in die Beziehungen des Influencers zum erwähnten Unternehmen hat, während es dem Influencer ohne weiteres möglich und zumutbar ist, darüber Auskunft zu erteilen.¹⁵⁵ Diese Konstellation macht keine Umkehr der Beweislast notwendig; es reicht, wenn höhere Anforderungen an die Erklärungen des Influencers gestellt werden.¹⁵⁶

Insgesamt ist die Regelungskonzeption eher ungewöhnlich.¹⁵⁷ Da wird zum einen der Erhalt einer Gegenleistung gesetzlich vermutet. Gesetzliche Vermutungen zeichnen sich dadurch aus, dass die vermutete Tatsache für das Gericht feststeht und nicht mehr bewiesen werden muss, sodass für eine richterliche Beweiswürdigung kein Raum mehr besteht.¹⁵⁸ Es fehlt im Falle der gesetzlichen Vermutung die Beweisbedürftigkeit.¹⁵⁹ Gleichwohl ist in den meisten Fällen¹⁶⁰ nach § 292 S. 1 ZPO der Beweis des Gegenteils als Hauptbeweis¹⁶¹ nicht durch Gesetz ausgeschlossen und damit zulässig. Das heißt, dass der Influencer den

¹⁵³ BT-Drs. 19/27873, 35.

¹⁵⁴ *Poblmann*, ZPO, § 8 Rn. 342.

¹⁵⁵ KG GRUR 2019, 543 (Rn. 73) – Vreni Frost mit Verweis auf BGH GRUR 2007, 251 (Rn. 31) – Regenwaldprojekt II; BGH GRUR 2009, 502 (Rn. 17) – pcb; BGH GRUR 2009, 871 (Rn. 27) – Ohrclips.

¹⁵⁶ KG GRUR 2019, 543 (Rn. 76) – Vreni Frost mit Verweis auf BGH GRUR 2009, 502 (Rn. 17) – pcb.

¹⁵⁷ Ebenfalls kritisch *Steffensen*, Gütesiegel und Influencer, S. 306.

¹⁵⁸ MüKo ZPO/*Prütting*, § 292 ZPO Rn. 24 mwN.

¹⁵⁹ MüKo ZPO/*Prütting*, § 292 ZPO Rn. 24.

¹⁶⁰ MüKo ZPO/*Prütting*, § 292 ZPO Rn. 1.

¹⁶¹ MüKo ZPO/*Prütting*, § 292 ZPO Rn. 25.

vollen Beweis des Nichtvorliegens der vermuteten Tatsache führen müsste.¹⁶² Durch die gesetzliche Vermutung wird die Beweislast dergestalt verteilt, dass der Influencer zur vollen Überzeugung des Gerichtes das Gegenteil – dass kein Entgelt erhalten wurde – beweisen müsste.¹⁶³

Der Konjunktiv „müsste“ wurde gewählt, weil nun der zweite Aspekt des § 5a IV 3 UWG 2022 in den Blick genommen wird. Die gesetzliche Vermutung soll dann nicht greifen, wenn der Influencer iSd § 294 ZPO glaubhaft macht, dass er eine Gegenleistung nicht erhalten hat. Bei der Glaubhaftmachung wird das Beweismaß herabgesenkt.¹⁶⁴ Dann muss die Tatsache nicht zur vollen richterlichen Überzeugung nachgewiesen werden, sondern es reicht, wenn das Vorliegen der Tatsache überwiegend wahrscheinlich ist.¹⁶⁵

Es ist zu bezweifeln, dass die gewählte Regelungstechnik geeignet ist, dem Anliegen des Gesetzgebers Ausdruck zu verleihen. Anliegen des Gesetzgebers war, die Rechtssicherheit für Influencer zu erhöhen und zu diesem Zweck zu verhindern, dass Beiträge ohne Kennzeichnung als unlauter eingestuft werden, obwohl für diese keine Gegenleistung vom erwähnten Unternehmen erbracht wurde. Wenn der Erhalt der Gegenleistung vermutet wird, wird auch vom Vorliegen des kommerziellen Zwecks ausgegangen, der an den Erhalt einer Gegenleistung geknüpft ist. Die Konstruktion als gesetzliche Vermutung führt dazu, dass von diesen Umständen ausgegangen wird, ohne dass darüber Beweis erhoben werden muss. Erst wenn der Influencer den Beweis des Gegenteils antritt, wird die Beweiserhebung angeordnet. Mithilfe dieser Regelungstechnik wird die Ansicht vermittelt, dass Influencer nur in solch absoluten Ausnahmefällen aus freien Stücken und unbeeinflusst vom erwähnten Unternehmen dessen Produkte erwähnen, dass darüber nicht einmal der Beweis erhoben werden muss. Allein der Umstand, dass der Gesetzgeber sich dem Problem in relativ kurzer Zeit annahm, spricht genauso wie die zahlreichen Fälle, in denen eben keine Gegenleistung erbracht wurde, dagegen, dass der Gesetzgeber die durch die gesetzliche Vermutung vermittelte Ansicht teilt.

¹⁶² Vgl. MüKo ZPO/Prütting, § 292 ZPO Rn. 25.

¹⁶³ Vgl. MüKo ZPO/Prütting, § 284 ZPO Rn. 22.

¹⁶⁴ MüKo ZPO/Prütting, § 294 ZPO Rn. 24.

¹⁶⁵ MüKo ZPO/Prütting, § 294 ZPO Rn. 24.

Drittens ist nach der Gesetzesbegründung schon fraglich, ob der Gesetzgeber dem Influencer überhaupt die Beweislast aufbürden wollte. Die materielle Beweislast bestimmt, welcher Partei das Risiko des „non liquet“, der Unbeweisbarkeit der Tatsache zugewiesen wird.¹⁶⁶ Dieser materiellen Beweislast folgen die Beweisführungslast (die formelle Beweislast) und grundsätzlich auch die Darlegungslast.¹⁶⁷ In der Gesetzesbegründung steht: „Sofern eine Glaubhaftmachung erfolgt, entfällt die Vermutungswirkung und es obliegt nach den allgemeinen Grundsätzen der Klägerin oder dem Kläger, konkrete Tatsachen für das Vorliegen einer Gegenleistung vorzutragen und ggf. zu beweisen.“¹⁶⁸ Das heißt wohl, dass dann die Darlegungs- und Beweislast „wieder“ den Kläger treffen sollen.¹⁶⁹ Wenn man davon ausgeht, dass die Beweislast dem aufgetragen wird, der letztendlich das Risiko tragen soll, dass eine Tatsache nicht bewiesen werden kann, ist schwer vorstellbar, dass sie hin und her gespielt werden kann.

Auch mit dem Konzept der Glaubhaftmachung passt dieses Verständnis nicht zusammen. Mithilfe der Glaubhaftmachung wird die Beweisführung für die beweisbelastete Partei derart erleichtert, dass es ausreicht, wenn nachgewiesen werden kann, dass das Vorliegen der Tatsache überwiegend wahrscheinlich ist.¹⁷⁰ In unserem Fall muss also der Influencer Tatsachen vorbringen, aus denen sich ergibt, dass es wahrscheinlicher ist, dass er keine Gegenleistung erhalten hat als dass er eine erhalten hat. Diesem Vorbringen muss der Kläger nicht tatenlos zusehen. Der Kläger kann durch den Gegenbeweis verhindern, dass der Richter die durch den Influencer glaubhaft gemachte Tatsache zu Grunde legt.¹⁷¹ Für den Gegenbeweis ist ebenfalls die Glaubhaftmachung ausreichend.¹⁷² Wenn also der Kläger Umstände vorträgt, nach denen selbst in Anbetracht der vom Influencer vorgetragene Umstände sich ergibt, dass es wahrscheinlicher ist, dass der Influencer eine Gegenleistung erhalten hat als dass er keine erhalten hat, ist der vom Influencer behauptete Umstand nicht mehr glaubhaft gemacht. Folglich wird der Umstand nicht in der Entscheidung zugrunde gelegt, es sei denn, es

¹⁶⁶ Poblmann, ZPO, § 8 Rn. 352.

¹⁶⁷ Poblmann, ZPO, § 8 Rn. 341, 352.

¹⁶⁸ BT-Drs. 19/27873, 35.

¹⁶⁹ Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Frank, Anhang UWG 2022 § 5a Rn. 15.

¹⁷⁰ MüKo ZPO/Prütting, § 294 ZPO Rn. 24.

¹⁷¹ Vgl. Musielak/Voit/Huber, § 294 ZPO Rn. 2.

¹⁷² Musielak/Voit/Huber, § 294 ZPO Rn. 2.

gelingt dem Influencer, durch weiteres Vorbringen die Markierung auf der Wahrscheinlichkeitsskala wieder und dann dauerhaft zu seinen Gunsten zu verschieben.

Insofern ist überraschend, dass die Beweislast dem Influencer nicht nur durch die doppelte Verneinung des § 5a IV 2 UWG 2022 auferlegt wird, sondern darüber hinaus noch die gesetzliche Vermutung dieser Umstände festgelegt wurde. Gleichzeitig werden die Anforderungen an das Beweismaß durch die Glaubhaftmachung gesenkt. Das Vorgehen lässt sich mit jemandem vergleichen, der in seinem Automatikwagen dauerhaft das Gaspedal voll durchtritt, dafür aber nach kurzen Abschnitten eine Vollbremsung hinlegt. Derjenige könnte auch einfach den Fuß vom Gas nehmen oder das Gaspedal nicht ganz so weit durchdrücken, genauso wie es kongruenter gewesen wäre, wenn der Gesetzgeber dem Influencer nur die Beweislast für das Nichtvorliegen einer Gegenleistung übertragen hätte und das Beweismaß durch die Glaubhaftmachung abgesenkt hätte. Dem Anliegen, dass das bloße Bestreiten nicht ausreicht, hätte schon die Zuweisung einer sekundären Darlegungslast Genüge getan.

III. Gestaltung des § 5a IV 2, 3 UWG

*Schaub*¹⁷³ kritisiert, die Regelung sei weder regelungstechnisch noch logisch besonders gelungen und verweist auf die doppelte Verneinung in § 5a IV 2 UWG 2022 und auf die Vermutung der Entgeltlichkeit in § 5a IV 3 UWG 2022, sodass im Ergebnis doch ein kommerzieller Zweck vermutet würde. Die Kritik prangert einen vermeintlichen Widerspruch an, ist aber gänzlich unbegründet. Deutlich wird das an § 5a IV 2 UWG 2022 und an der Formulierung, die ohne doppelte Verneinung hätte gebildet werden können.

Der § 5a IV 2 UWG 2022 lautet:

„Ein kommerzieller Zweck liegt [...] nicht vor, wenn der Handelnde kein Entgelt [...] erhält [...].“

Ohne doppelte Verneinung lautete der Satz:

„Ein kommerzieller Zweck liegt [nur] vor, wenn der Handelnde ein Entgelt erhält.“

Das Vorliegen der Voraussetzungen einer Norm muss derjenige nachweisen, der sich auf diese Norm beruft. Nach dem § 5a IV 2 UWG 2022 entfällt der kommerzielle Zweck in dem Fall, dass kein Entgelt geleistet wurde. Der Influencer

¹⁷³ *Schaub* GRUR 2021, 1358 (1362).

muss sich auf diese Norm berufen und deren Voraussetzungen nachweisen. Das Vorliegen eines kommerziellen Zwecks wird folglich vermutet und diese Vermutung muss widerlegt werden.

Bei der Formulierung ohne doppelte Verneinung müsste derjenige, der die Unlauterkeit der fraglichen Handlung geltend macht, nicht nur die Voraussetzungen des § 5a IV 1 UWG 2022, sondern zusätzlich nachweisen, dass für die Handlung ein Entgelt geleistet wurde. Dann würde grundsätzlich davon ausgegangen, dass kein kommerzieller Zweck vorliegt.

Man kann folglich an der Regelung kritisieren, dass der Satz 3 Hs. 1 überflüssig ist: Wenn der kommerzielle Zweck vermutet wird und Voraussetzung für diesen ist, dass ein Entgelt erhalten wurde, muss auch der Erhalt eines Entgelts vermutet werden. Diese Vermutung ergibt sich folglich schon aus Satz 2. Man kann aber keinesfalls mit *Schaub*¹⁷⁴ einen Widerspruch zwischen den beiden Sätzen anprangern. Ein solcher liegt nicht vor.

*Hauch*¹⁷⁵ kritisiert, dass die Vermutungsregel „nur noch allgemein auf (irgendeine ‚Gegenleistung‘ [abstellte], also diese scheinbar weder ein Entgelt noch hierzu ähnlich sein [müsse]“ und dass dies inkonsistent wirke. Er schlägt vor, von „einer solchen Gegenleistung“ zu sprechen, um einen Bezug zum vorhergehenden Satz herzustellen. Diese Kritik überzeugt nicht. Der Bezug ist schon deshalb hinreichend deutlich, weil der Satz 3 direkt hinter dem Satz 2 steht. Zudem wird der Begriff der „Gegenleistung“ als Oberbegriff für „Entgelt oder sonstige Gegenleistung für die Handlung“ gewählt. Würde der Ausdruck „einer Gegenleistung“ ersetzt durch „einer solchen Gegenleistung“ wäre der Bezugspunkt im Gegenteil nicht mehr klar. Diese „solche Gegenleistung“ könnte auch die Gegenleistung sein, die im Satz davor ausdrücklich genannt wird: die einem Entgelt ähnliche Gegenleistung. Dann aber könnte die Frage aufgeworfen werden, ob die Beweislastumkehr nur den Nichterhalt einer entgeltähnlichen Gegenleistung erfasst und nicht den Nichterhalt eines Entgelts. Die vorgeschlagene Änderung wäre nicht nur keine Verbesserung, sondern könnte im Gegenteil selbst zu mehr Unsicherheiten führen. Der Vorschlag, den Begriff „[einem Entgelt] ähnliche Gegenleistung“ durch „geldwerte Gegenleistung“ zu ersetzen,¹⁷⁶ ist hingegen zu begrüßen.

¹⁷⁴ *Schaub* GRUR 2021, 1358 (1362).

¹⁷⁵ *Hauch* GRUR-Prax 2021, 370 (372).

¹⁷⁶ *Hauch* GRUR-Prax 2021, 370 (372).

IV. (Geringe) praktische Relevanz der Norm

Im Ergebnis dürfte diese Beweislastverteilung sich nicht auswirken.¹⁷⁷ Für die spezielleren Normen des TMG und des MStV gelten die allgemeinen Regelungen, sodass der Anspruchsteller das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen nachweisen muss, wobei ihm insofern geholfen wird, als dass bei Umständen, in die er keinen Einblick hat, dem Antragsgegner eine sekundäre Darlegungslast auferlegt wird.

Sollte der Umstand, ob für die Handlung ein Entgelt geleistet wurde oder nicht, abschließend nicht zur Überzeugung des Gerichts aufgeklärt werden können – was unwahrscheinlich erscheint, denn das erwähnte Unternehmen könnte ebenfalls befragt werden – und nähme man die Vermutungsregelung ernst, so würde die geänderte Beweislastverteilung zwar zu einer Unlauterkeit nach § 5a IV UWG 2022 führen. Dann stünde das Ergebnis aber im Widerspruch zu den Ergebnissen der spezielleren medienrechtlichen Normen, die das Risiko des non liquet unverändert dem Antragssteller zuweisen.

Eine analoge Anwendung der Vermutungsregelung aus § 5a IV 3 UWG 2022 auf das Vorliegen kommerzieller Kommunikation aus § 2 S. 1 Nr. 5 TMG ist vollkommen abwegig.¹⁷⁸ Durch den neuen § 1 II UWG 2022, der den Vorrang von § 6 I TMG und § 22 I MStV gesetzlich verankern soll, das Abstellen auf den Erhalt eines Entgelts in § 5a IV 2 UWG 2022 und die Gesetzesbegründung, dass nach Glaubhaftmachung die Vermutungswirkung entfallen soll und es dem Kläger nach allgemeinen Grundsätzen obliegen soll, konkrete Tatsachen für das Vorliegen einer Gegenleistung vorzutragen und zu beweisen,¹⁷⁹ werden zwei Anliegen des Gesetzgebers deutlich:

Erstens wollte der Gesetzgeber die UWG-Kennzeichnungspflicht der medienrechtlichen Kennzeichnungspflicht anpassen und nicht umgekehrt. Zweitens wollte der Gesetzgeber im Ergebnis an der Anwendung der allgemeinen Grundsätze nichts ändern. Dass letzteres nicht geglückt ist, spricht entscheidend dagegen, dem § 5a IV 3 UWG 2022 durch eine analoge Anwendung doch noch zu praktischer Relevanz zu verhelfen.

¹⁷⁷ So auch *Troge* GRUR-Prax 2022, 394 (394).

¹⁷⁸ Vgl. auch Köhler/Bornkamm/Fedderson/*H. Köhler*, § 5a UWG Rn. 4.97: „zweifelhaft, aber abzulehnen“.

¹⁷⁹ BT-Drs. 19/27873, 35.

Kapitel 8

Unentgeltliche Erwähnung von Produkten in YouTube-Videos

Die Diskussion, ob oder wann bei Beiträgen, in denen unentgeltlich und ohne Gegenleistung oder Vereinbarung ein Unternehmen erwähnt wird, eine Kennzeichnungspflicht besteht, droht, sich zu wiederholen. Die Kennzeichnungspflicht und Zulässigkeit von nutzergenerierten Videos richtet sich nach §§ 98 I, 8 III 1, 8 VII 1 MStV, die auf Art. 9 I lit. a AVMD-RL zurückgehen. In § 8 VII 1 MStV wird die Unzulässigkeit der Schleichwerbung normiert, deren Definition sich in § 2 II Nr. 9 MStV findet und die der in Art. 1 I lit. j AVMD-RL entspricht. Schleichwerbung ist danach „die Erwähnung oder Darstellung von Waren, Dienstleistungen, dem Namen, der Marke oder den Tätigkeiten eines Herstellers von Waren oder eines Erbringers von Dienstleistungen in Sendungen, wenn sie vom Mediendiensteanbieter absichtlich zu Werbezwecken vorgesehen ist und die Allgemeinheit über ihren eigentlichen Zweck irreführen kann. Eine Erwähnung oder Darstellung gilt insbesondere dann als beabsichtigt, wenn sie gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung erfolgt“. Nicht erforderlich ist die Entgeltlichkeit der Verbreitung.¹ Folglich besteht ein Unterschied zum Begriff der Werbung aus § 2 II 1 Nr. 8 MStV, die vorliegt, wenn eine Äußerung gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung in Rundfunk oder einem Telemedium aufgenommen wurde und deren Entsprechung sich in Form der audiovisuellen kommerziellen Kommunikation in Art. 1 lit. h AVMD-RL findet. Schleichwerbung liegt hingegen dem Wortlaut der Definitionen nach schon bei Werbeabsicht des Handelnden vor, die positiv festgestellt und an Indizien festgemacht werden muss.² *Nadi*³ will dementsprechend die Überlegun-

¹ BeckOK InfoMedienR/*Bornemann*, § 8 MStV Rn. 53.

² BeckOK InfoMedienR/*Bornemann*, § 8 MStV Rn. 55.

³ *Nadi*, Influencer-Marketing, S. 166.

gen zur geschäftlichen Handlung auf das Kriterium der Werbeabsicht übertragen. Auch hier soll die Werbeabsicht und damit die Kennzeichnungspflicht von einer Gesamtwürdigung der Umstände abhängig gemacht werden.

Es wurde gezeigt, dass durch die gebotene richtlinienkonforme Auslegung der UGP-RL es zu keiner Kennzeichnungspflicht kommt, wenn zwar eine geschäftliche Handlung vorliegt, nicht aber eine Geschäftspraxis iSd UGP-RL, da die Kennzeichnungspflichten insoweit abschließend geregelt wurden.⁴ Bei unentgeltlichen Handlungen wird das Tatbestandsmerkmal des Handelns im Auftrag wohl allenfalls in Ausnahmefällen erfüllt sein, sodass diese keine Kennzeichnungspflicht nach der UGP-RL und dementsprechend auch nicht nach dem UWG nach sich ziehen. Für die Frage, ob Videos, in denen unentgeltlich Unternehmen erwähnt werden, gekennzeichnet werden müssen, entfalten diese vorgenannten Ergebnisse keine Relevanz.

Grund ist, dass die UGP-RL statuiert, dass abweichende nationale Vorgaben, die nicht auf Gemeinschaftsrecht zurückgehen, unzulässig sind. Die Definition der Schleichwerbung und die an die anknüpfenden Kennzeichnungspflichten entspringen hingegen der AVMD-RL und damit Gemeinschaftsrecht. Gem. Art. 3 IV UGP-RL gehen im Falle einer Kollision Regelungen, die besondere Aspekte unlauterer Geschäftspraktiken regeln, den Bestimmungen der UGP-RL vor. Verlangt die UGP-RL ein Handeln im Auftrag und kann eine Schleichwerbung iSd AVMD-RL auch dann vorliegen, wenn keine Vereinbarung mit dem erwähnten Unternehmen besteht, können die Anwendungen der Normen zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Indem die AVMD-RL sich auf audiovisuelle Mediendienste bezieht, ist sie als *lex specialis* vorrangig vor den Normen der UGP-RL zu beachten.

A. EuGH-Rechtsprechung zu Schleichwerbung nicht übertragbar

Trotzdem muss der Einschätzung *Nadis*, dass es für die Beurteilung nach §§ 98 I, 8 VII 1 MStV nicht auf ein Handeln gegen Entgelt oder sonstiger Gegenleistung ankommen sollte, entschieden entgegengetreten werden. Wenn *Nadi* sich insofern auf EuGH-Rechtsprechung beruft,⁵ müssen diese und auch die geltende AVMD-RL in den Blick genommen werden.

⁴ Siehe dazu Kapitel 2.

⁵ *Nadi*, Influencer-Marketing, S. 165 Fn. 774.

Es stimmt zwar, dass die Definition der Schleichwerbung in Art. 1 I lit. j AVMD-RL nicht auf ein Entgelt oder eine sonstige Gegenleistung abstellt. Die in diesem Zusammenhang von *Bornemann*⁶ und *Nadi*⁷ zitierte EuGH-Rechtsprechung⁸ erging zur Fernsehrichtlinie (RL 89/552/EWG), die inzwischen aufgehoben wurde. Die Definition der Schleichwerbung in der Fernsehrichtlinie entspricht der Definition in der AVMD-RL, was für die Übertragbarkeit der Rechtsprechung spricht.

Allerdings ist die Norm, die auf die Schleichwerbung Bezug nimmt, eine andere. Art. 10 IV FernsehRL 1999 lautete in der im EuGH-Urteil relevanten Fassung: „Schleichwerbung und entsprechende Praktiken im Teleshopping sind verboten.“ Der EuGH hatte die Vorlagefrage zu beantworten, ob das Vorliegen eines Entgelts oder einer ähnlichen Gegenleistung erforderlich ist, um feststellen zu können, ob eine Werbeabsicht vorliegt.⁹ Mit Verweis auf den Wortlaut und den Zweck der FernsehRL 1999 verneinte der EuGH diese Frage. Worauf nicht eingegangen wurde, ist, inwiefern die Definition des Teleshoppings relevant war, die nach Art. 1 lit. f FernsehRL 1999 umfasste: „Sendungen direkter Angebote an die Öffentlichkeit für den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen [...] gegen Entgelt“. Vom EuGH wurde mit dem Zweck der RL argumentiert und dementsprechend im Vorlagefall von einem Verstoß ausgegangen, auch wenn nicht festgestellt wurde, ob für den Beitrag eine Gegenleistung erbracht wurde. Das war mit dem Wortlaut „Schleichwerbung [...] im Teleshopping [ist] verboten“ dann vereinbar, wenn Sendungen, für die zwar kein Entgelt gezahlt wurde, die aber die Voraussetzungen der Schleichwerbung erfüllen, unzulässig waren, wenn sie in zeitlichem Zusammenhang mit bezahlten Sendungen (Teleshopping) standen.

Zurück zur heutigen Rechtslage: In § 8 VII 1 MStV wird normiert: „Schleichwerbung und Themenplatzierung sowie entsprechende Praktiken sind unzulässig.“ Der Art. 9 I lit. a Hs. 2 AVMD-RL, auf den der § 8 VII 1 MStV zurückgeht, lautet: „audiovisuelle kommerzielle Kommunikation in Form von Schleichwerbung ist verboten.“

⁶ BeckOK InfoMedienR/*Bornemann*, § 8 MStV Rn. 53.

⁷ *Nadi*, Influencer-Marketing, S. 165 Fn. 774.

⁸ EuGH ZUM-RD 2011, 393 – ALTER CHANNEL.

⁹ EuGH ZUM-RD 2011, 393 (Rn. 18) – ALTER CHANNEL.

Auffällig ist, dass die Definition der AVMD-RL eine zusätzliche Voraussetzung enthält, damit die Sendung verboten ist: Die Schleichwerbung muss audiovisuelle kommerzielle Kommunikation darstellen. Anders als bei der Formulierung „Schleichwerbung im Teleshopping“ ist bei „audiovisueller kommerzieller Kommunikation in Form von Schleichwerbung“ keine andere Lesart möglich, als dass Schleichwerbung immer auch audiovisuelle kommerzielle Kommunikation darstellen muss. Gem. Art. 1 I lit. h AVMD-RL ist „audiovisuelle Kommunikation“ definiert als „Bilder mit oder ohne Ton, die der [...] Förderung des Absatzes von Waren [...] natürlicher oder juristischer Personen dienen; diese Bilder sind in einer Sendung oder einem nutzergenerierten Video gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung [...] beigefügt oder darin enthalten.“ Aus der AVMD-RL ergibt sich folglich, dass Schleichwerbung verboten ist, wenn sie als audiovisuelle Kommunikation gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung in eine Sendung oder ein nutzergeneriertes Video beigefügt wurde.

Gegen dieses Verständnis könnte allenfalls vorgebracht werden, dass in der AVMD-RL „Schleichwerbung in der audiovisuellen kommerziellen Kommunikation“ definiert wurde. Wenn die Definition bereits das Tatbestandsmerkmal aufgreift, könnte das für eine abschließende Definition sprechen. Naheliegender ist, dass der Zusatz „in der [...]“ der Abgrenzung zum Schleichwerbungs begriff in anderen Richtlinien dient. Hinzu kommt: Hätte der europäische Gesetzgeber das Vorliegen von der in Art. 1 I lit. j AVMD-RL definierten „Schleichwerbung in der audiovisuellen Kommunikation“ als einzige Voraussetzung für das Verbot normieren wollen, hätte er den Art. 9 I lit. a Hs. 2 AVMD-RL auch als „Schleichwerbung ist verboten“ formulieren können. Durch den Zusatz „in der audiovisuellen kommerziellen Kommunikation“ in der Definition wäre der Bezugspunkt ausreichend deutlich geworden. Indem der Gesetzgeber aber formulierte, dass audiovisuelle kommerzielle Kommunikation in Form von Schleichwerbung verboten sei, und beides definierte, legte er fest, dass nach der Richtlinie die Voraussetzungen beider Definitionen vorliegen müssen.

Der Zusatz in der Definition der Schleichwerbung in Art. 1 I lit. j S. 2 AVMD-RL, dass eine Erwähnung oder Darstellung insbesondere dann als beabsichtigt gilt, wenn sie gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung erfolgt, führt nicht zu einem anderen Ergebnis. Natürlich könnte sich auf den Standpunkt gestellt werden, dass es auch Ausnahmen vom Regelfall („insbesondere“) geben muss, sodass denkbar sein könnte, dass Schleichwerbung auch dann vorliegen könnte,

wenn kein Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung erbracht wurde. Das würde verkennen, dass der Zusatz sich nur auf die zusätzliche Voraussetzung bezieht, dass die Erwähnung „vom Mediendiensteanbieter absichtlich zu Werbezwecken vorgesehen“ sein muss.

Der Zusatz ist somit wie folgt zu verstehen: Wenn audiovisuelle kommerzielle Kommunikation vorliegt, also ein Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung dafür erbracht wurde, und der Erbringer des Entgelts in der Sendung dergestalt erwähnt wird, dass die Allgemeinheit über den Zweck der Erwähnung (= Werbung) irregeführt werden kann, soll das Verbot nach Art. 9 I lit. a Hs. 2 AVMD-RL nicht daran scheitern, dass die Gerichte die Absicht zu Werbezwecken verneinen. In diesem Fall, in dem ein Entgelt gezahlt wurde, gilt die Erwähnung nach Art. 1 I lit. j S. 2 AVMD-RL als beabsichtigt.

B. Mindestharmonisierung der AVMD-RL

Gem. Art. 4 I AVMD-RL können die Mitgliedsstaaten aber strengere Bestimmungen erlassen, sofern die Bestimmungen mit dem Unionsrecht im Einklang stehen. Wie bereits dargestellt, treten die allgemeineren Regelungen der UGP-RL hinter denen der AVMD-RL zurück, sodass es nicht zu einer Kollision kommen kann. Gleiches gilt für die E-Commerce-RL. Nach Art. 1 III E-Commerce-RL lässt sie Maßnahmen zur Verfolgung von Zielen unberührt, die wie die Regulierung von Inhalten und die audiovisuelle Politik im Interesse der Allgemeinheit liegen.¹⁰

Eine Einschränkung des Grundsatzes, dass Mitgliedsstaaten strengere Vorschriften erlassen können, findet sich in Erwägungsgrund 43 der AVMD-RL. Maßnahmen, die eine Einschränkung der freien Erbringung von Fernsehdiensten bedeuten, dürfen nur nach den in der Richtlinie festgelegten Bedingungen und Verfahren ergriffen werden. Wenn normiert wird, dass Schleichwerbung verboten ist, klingt das nach der Einschränkung der Erbringung von Dienstleistungen, da Schleichwerbung eben nicht mehr gesendet werden darf. Tatsächlich darf der gleiche Inhalt aber veröffentlicht werden, wenn die Allgemeinheit nicht

¹⁰ Erwägungsgrund 18 der AVMD-RL.

über den Werbezweck irreführt werden kann, weil der Inhalt als Werbung gekennzeichnet wurde. Dann liegt keine Schleichwerbung vor. Folglich beinhaltet der Erwägungsgrund 43 keine für uns relevante Einschränkung.

I. Allgemeiner Grundsatz: Kennzeichnungspflichten abschließend geregelt

Dann bleibt noch der Rückgriff auf die „allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts“, mit denen nach Erwägungsgrund 41 der AVMD-RL die strengeren Vorschriften in Einklang stehen müssen. Ein solcher allgemeiner Grundsatz könnte sich in Erwägungsgrund 15 der UGP-RL finden: dass Kennzeichnungspflichten durch den europäischen Gesetzgeber abschließend geregelt werden. Da aber die AVMD-RL auf das Herkunftslandprinzip verweist und mit der Mindestharmonisierung selbst im Anwendungsbereich der Richtlinie unterschiedliche nationale Regelungen einhergehen, ist es jedenfalls nicht zwingend, bei Kennzeichnungspflichten ein einheitliches Vorgehen zu fordern.

II. Grundsatz der Regelungssystematik

Ein weiterer Grundsatz, der verletzt worden sein könnte, ist weniger ein dezidiert unionsrechtlicher, sondern viel eher einer der Regelungssystematik. Wenn audiovisuelle kommerzielle Kommunikation als solche leicht zu erkennen und folglich gekennzeichnet werden muss und Schleichwerbung, die audiovisuelle kommerzielle Kommunikation darstellt, verboten ist, weil die Werbeabsicht nicht erkennbar ist, trifft die Kennzeichnungspflicht nur Inhalte, die audiovisuelle kommerzielle Kommunikation darstellen. Und damit nur solche, die gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung beigefügt sind.

Wenn Werbung, die gegen Entgelt oder ähnliche Gegenleistung erfolgt, gekennzeichnet werden muss und Schleichwerbung, deren Begriff weiter reicht als der der Werbung, unzulässig ist, dann trifft das härtere Schwert der Unzulässigkeit Inhalte, die nach dem MStV nicht einmal kennzeichnungspflichtig sind. Natürlich kann die Verurteilung als unzulässig durch geeignete Kennzeichnung abgewendet werden. Dann aber ist nicht nur Werbung kennzeichnungspflichtig, sondern auch Inhalte, denen nach den von *Nadi* übertragenen Kriterien eine Werbeabsicht unterstellt werden kann, die aber nicht gegen Entgelt oder ähnliche Gegenleistung erfolgen. Würde man diesen Widerspruch vermeiden wollen, sollte auch der Begriff der Werbung entsprechend angepasst werden.

Es ist fernliegend, dass Erwägungsgrund 43 der AVMD-RL diesen Grundsatz umfasst. Er kann aber als Argument angeführt werden, dass die Bundesländer als zuständiger nationaler Gesetzgeber wohl nicht die Kennzeichnungspflicht überschießend zur AVMD-RL umsetzen wollten. Noch wichtiger ist, dass sie es auch nicht sollten und – mit Blick auf ihre Gesetzgebungsbefugnis – auch nicht dürfen, wie im nächsten Abschnitt zu zeigen sein wird.

C. Regelungsgehalt ist Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung

Zwar könnten die Länder die AVMD-RL überschießend umsetzen und grundsätzlich damit auch in dem Fall eine Kennzeichnungspflicht begründen, in dem zwar kein Entgelt vorliegt, aber anhand von objektiven Umständen eine Werbeabsicht indiziert werden soll.¹¹ Ob davon Gebrauch gemacht wurde, erschließt sich mit Blick auf die Regelungen des TMG, für das der Bundesgesetzgeber zuständig ist.

Nutzergenerierte Videos, die auf Video-Sharing-Diensten hochgeladen werden, unterfallen nicht den in § 1 I 1 TMG genannten Ausnahmen, sodass sie Telemedien darstellen. Insbesondere handelt es sich mangels Linearität nicht um Rundfunk iSd § 2 I 1 MStV. In § 2 S. 1 Nr. 9 TMG ist audiovisuelle kommerzielle Kommunikation definiert als „jede Form der Kommunikation mit Bildern [...], die [...] einem nutzergenerierten Video gegen Entgelt oder gegen eine ähnliche Gegenleistung oder als Eigenwerbung beigefügt oder darin enthalten ist [...]“. Nach § 6 I Nr. 1 TMG müssen kommerzielle Kommunikationen klar als solche zu erkennen sein. Folglich umfasst die Kennzeichnungspflicht nach dem TMG nur solche nutzergenerierten Videos, für die ein Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung erbracht worden ist.

Wie bereits festgestellt, ist es wohl vertretbar, die Normen des MStV so zu verstehen, dass nach diesen eine Kennzeichnungspflicht zusätzlich auch für die Videos gelten soll, in denen zwar kein Entgelt gezahlt wurde, dem Ersteller aber aufgrund einer Gesamtwürdigung der Umstände eine Werbeabsicht unterstellt werden könnte. Die Gesetze könnten so ineinandergreifen, dass ausschließlich

¹¹ So *Nadi*, Influencer-Marketing, S. 166.

für nutzergenerierte Videos (und rundfunkähnliche Telemedien, § 74 S. 1 MStV) eine erweiterte Kennzeichnungspflicht bestünde, da nur für diese nach § 98 I MStV die für den Rundfunk geltenden §§ 8 III 1, 8 VII 1 MStV für anwendbar erklärt werden.

Dagegen spricht entscheidend, dass eine solche Regelung nicht von der Gesetzgebungskompetenz der Länder umfasst wäre. Die Regelungsbefugnis für den Inhalt der Sendungen kommt den Ländern im Rahmen ihrer Kulturkompetenz zu.¹² Aufgrund der konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes für das Recht der Wirtschaft (Art. 74 I Nr. 11 GG) erfolgt die Abgrenzung zwischen MStV und TMG dahingehend, dass den Ländern Gesetzgebungsbefugnis zukommt, wenn bei Kommunikationsinhalten der kulturelle Gehalt im Vordergrund steht.¹³ Sofern die Kommunikation vorrangig der wirtschaftlichen Betätigung dient, ist die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes einschlägig.¹⁴ Die Frage, ob ein Beitrag, für den ein Entgelt bezahlt wurde oder der aus anderen Gründen als werblich eingestuft werden könnte, kennzeichnungspflichtig ist, ist offensichtlich eine der Frage der wirtschaftlichen Betätigung und nicht eine des kulturellen Gehalts. Insbesondere der Umstand, dass der Bund in § 6 I TMG und § 5a IV 1 UWG 2022 Kennzeichnungspflichten regelt, spricht für die konkurrierende Gesetzgebung.

Allerdings enthält auch der MStV mit den §§ 8 III 1, 22 I 1 MStV Regelungen zu Kennzeichnungspflichten. Die Unterschiede zu dem genannten Problem sind folgende: Erstens trifft der Bund keine Regelungen über den Rundfunk; vom Begriff der Telemedien, auf die das TMG anwendbar ist, ist der Rundfunk ausdrücklich ausgenommen. Zweitens besteht im Rahmen des § 22 I MStV kein Widerspruch zu § 6 I TMG. Die Norm bezieht sich auf Werbung, die gem. § 2 II Nr. 7 MStV nur Äußerungen umfasst, die gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung in Rundfunk oder Telemedien aufgenommen sind. Es gibt für Telemedien im MStV keine dem § 8 VII 1 MStV entsprechende Norm, die ebenso falsch verstanden werden könnte.

Nur der Umstand, dass im MStV Kennzeichnungspflichten geregelt werden, kann keine Gesetzgebungskompetenz der Länder für weitergehende Kennzeichnungspflichten begründen.

¹² BeckOK InfoMedienR/*Martini*, § 1 MStV Rn. 4.

¹³ BeckOK InfoMedienR/*Martini*, § 1 MStV Rn. 6.

¹⁴ BeckOK InfoMedienR/*Martini*, § 1 MStV Rn. 6.

Selbst wenn man annähme, dass die Länder tatsächlich eine weitergehende Kennzeichnungspflicht statuieren wollten, und wenn man zusätzlich begründen könnte, dass sie dies aufgrund ihrer Kulturkompetenz auch dürften, würde diese Regelung trotzdem außer Betracht bleiben. Nach Art. 31 GG bricht Bundesrecht Landesrecht, wenn die kollidierenden Normen unvereinbare Rechtsfolgen vorsehen.¹⁵ Eine Norm im MStV, die für bestimmte Telemedien eine weitergehende Kennzeichnungspflicht enthielte, ist nicht vereinbar mit einer Norm, die als abschließende Regelung verstanden wird.

¹⁵ BeckOK InfoMedienR/*Martini*, § 1 MStV Rn. 20; zur Rechtsfolge Dürig/Herzog/Scholz/*Korioth*, Art. 31 GG Rn. 20.

Kapitel 9

Französisches Influencer-Gesetz

Am ersten Juni 2023 hat der französische Sénat seine Zustimmung zum in den Medien als „Influencer-Gesetz“ bezeichneten Gesetzesentwurf gegeben, der unter dem Namen „proposition de loi visant à encadrer l’influence commerciale et à lutter contre les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux“ (loi n° 2023-451) veröffentlicht wurde.¹ Im Gesetzesentwurf finden sich Bestimmungen, die bereits bestehende Gesetze modifizieren oder ergänzen, und solche, die unabhängig von anderen Gesetzen Sachverhalte im Zusammenhang mit Influencern regeln. Die darin aufgeführten Aspekte könnten bald auch Deutschland diskutiert werden, sodass die interessantesten Änderungen an dieser Stelle dargestellt werden:

A. Art. 1 loi n° 2023-451: Definition der kommerziellen Einflussnahme

In Art. 1 loi n° 2023-451 findet sich eine Definition der kommerziellen Einflussnahme („l’activité d’influence commerciale“), die die Elemente der hier vertretenen Influencer-Definition enthält: die Personen nutzen ihre Bekanntheit, um auf elektronischem Wege Inhalte zu veröffentlichen, mit denen gegen Entgelt für Waren, Dienstleistungen oder sonstiges geworben wird. Unklar ist, wie der Zusatz verstanden werden soll, dass „direkt oder indirekt“ geworben wird („pour communiquer [...] des contenus visant à faire la promotion directement ou indirectement de biens“). Denkbar wäre, dass damit auf die Voraussetzung rekuriert wird, dass Geschäftspraktiken iSd UGP-RL unmittelbar

¹ Gesetz abrufbar unter <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000047663185> (zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).

bar mit der Absatzförderung an Verbraucher zusammenhängen („en relation directe avec la promotion [...] aux consommateurs“). Dagegen spricht nicht nur, dass sich das Adverb „directement“ auf bewerben („faire la promotion“) und nicht auf einen Zusammenhang („en relation“) bezieht; eine unmittelbare Bewerbung ist etwas anderes als ein unmittelbarer Zusammenhang mit einer Bewerbung. Dagegen spricht auch, dass keine Verbraucher erwähnt werden. Die erwähnte Öffentlichkeit ist als Adressat der Inhalte, mit denen geworben wird, genannt, ohne dass der Absatz an die genannte Öffentlichkeit herausgestellt würde („pour communiquer au public“). Naheliegender ist, dass mit dem Verweis auf „indirekte“ Bewerbung auch subtilere Werbeformen erfasst werden sollen.

Interessant ist, dass der Sénat in erster Lesung das Erfordernis der Entgeltlichkeit („qui, à titre onéreux“) hinzufügte.² Die Ergänzung diene der Klarstellung und um die Auslegung des Begriffs der kommerziellen Einflussnahme zu erleichtern.³ Der Zusatz „à titre onéreux“ sei im Sinne des Art. 1107 du Code civil zu verstehen, sodass Sachleistungen, wirtschaftliche Vorteile und Vergütungen erfasst würden. Im Leitfadens des französischen Wirtschaftsministeriums wird dahingehend konkretisiert: „paiment, partenariat, pourcentage sur les ventes, produits gratuits, voyages, invitations“⁴

Dass die Personen ihren Bekanntheitsgrad im Publikum nutzen („mobilisent leur notoriété auprès de leur audience“) wurde in der ersten Lesung gestrichen, da „Bekanntheitsgrad“ (Mikro- und Nanoinfluencer?) und „Publikum“ (nur Followerschaft oder Gesamtzahl der Nutzer, die von Veröffentlichung erreicht würde?) schwierig auszulegen seien. Der gestrichene Abschnitt wurde später durch die *commission mixte paritaire* wieder eingefügt, ohne dass dafür eine Begründung abrufbar ist.

Der relevanteste Unterschied ist der, dass nicht nur natürliche Personen, sondern auch juristische Personen kommerzielle Einflussnahme betreiben können

² Zu den inhaltlichen Änderungen im Gesetzgebungsverfahren: *Sénat*, Influenceurs sur les réseaux sociaux (PPL) - La loi en construction, <https://www.senat.fr/tableau-historique/ppl22-489.html> (zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).

³ *Sénat*, Comptes rendus de la commission des affaires économiques, <https://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20230501/ecos.html> (Stand: 11.07.2024).

⁴ *Ministère de l'économie des finances et de la souveraineté industrielle et numérique*, Quels sont mes devoirs?, <https://www.economie.gouv.fr/influenceurs-quels-sont-mes-devoirs> (zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).

(„Les personnes physiques ou morales [...] exercent l’activité d’influence commerciale“). Auch wenn bisher in Deutschland die Problematik des Influencer-Marketings nur anhand von Beispielen natürlicher Personen diskutiert wurde, gibt es keinen Anpassungsbedarf, wenn eine juristische Person als Influencer auftreten sollte. Der § 2 I Nr. 2 UWG 2022 erfasst als geschäftliche Handlung jedes Verhalten einer „Person“, also das Verhalten von natürlichen oder juristischen Personen, wobei bei letzteren nach § 31 BGB das Verhalten ihrer Organe maßgeblich ist.⁵

B. Art. 2 loi n° 2023-451: Schutz von Kinder-Influencern

Im Art. L-7124-1 du Code du travail und im „loi n° 2020-1266 du 19 octobre 2020 visant à encadrer l’exploitation commerciale de l’image d’enfants de moins de seize ans sur les plateformes en ligne“⁶ wird der Begriff der Video-Sharing-Plattform ersetzt durch Online-Plattform iS des Art. 3 lit. i der VO (EU) 2022/2065. Bedeutend interessanter als diese Änderung ist der Inhalt der Normen, die geändert werden.

I. Code du travail

Nach L-7124-1 du Code du travail darf ein Kinder unter 16 Jahren ohne vorherige Genehmigung durch die Verwaltungsbehörde u.a. nicht bei einem Unternehmer eingestellt werden, dessen Tätigkeit darin besteht, audiovisuelle Aufnahmen mit einem Kind unter 16 Jahren als Protagonisten zu erstellen, um sie gewinnbringend über eine (in der jetzigen Fassung:) Video-Sharing-Plattform zu verbreiten.

II. Loi n° 2020-1266

Im Art. 3 du loi n° 2020-1266 wird festgelegt, dass die Verbreitung von Aufnahmen, in denen Protagonist ein Kind unter 16 Jahren ist, von den gesetzlichen

⁵ Köhler/Bornkamm/Feddersen/H. Köhler, § 2 UWG Rn. 2.13.

⁶ Abruflbar unter <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000042439054/2023-06-08/> (zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).

Vertretern bei der zuständigen Behörde angemeldet werden muss, wenn entweder die Anzahl der Aufnahmen oder deren monetärer Ertrag einen gewissen Schwellenwert überschreitet. Zudem werden von einer hierfür zuständigen Behörde den gesetzlichen Vertretern des Kindes Empfehlungen ausgesprochen, welche Modalitäten bei der Erstellung von Inhalten beachtet werden sollten (Uhrzeiten, Dauer, hygienische und sichere Bedingungen für die Durchführung der Videos), wie ein normaler Schulbesuch ermöglicht werden kann und es wird darüber aufgeklärt, welche – insb. psychologischen – Risiken mit der Verbreitung dieser Videos verbunden sind und welche finanziellen Verpflichtungen ihnen obliegen. Die finanziellen Verpflichtungen werden in Art. 3 III loi n° 2020-1266 genannt: Wenn die direkten oder indirekten Einkünfte aus den Inhalten, in denen das Kind unter 16 Jahren die Hauptrolle spielt, in einem bestimmten Zeitraum einen gewissen Schwellenwert überschreiten, müssen die überschüssigen Einkünfte unverzüglich an die *Caisse des dépôts et consignations* gezahlt werden und die Einkünfte werden bis zur Volljährigkeit des Kindes verwaltet. Nach Abs. 4 loi n° 2020-1266 trifft jeden Werbetreibenden, der eine Produktplatzierung in einem audiovisuellen Programm vornimmt, das über eine (nach bisheriger Rechtslage:) Video-Sharing-Plattform verbreitet wird und in dem ein Kind unter 16 Jahren die Hauptrolle spielt, die Verpflichtung, sich bei den gesetzlichen Vertretern zu erkundigen, ob der Schwellenwert aus Art. 3 III loi n° 2020-1266 überschritten wird, und falls ja, die überschüssigen Einträge bei der *Caisse des dépôts et consignations* einzuzahlen. Die Nichterfüllung der Einzahlungspflicht durch den Unternehmer (nicht aber die Nichterfüllung durch die gesetzlichen Vertreter) wird mit einer Geldstrafe iHv 3.750 Euro geahndet.

Nach Art. 4 du loi n° 2020-1266 müssen (nach bisheriger Regelung:) Video-Sharing-Plattformen die Nutzungsbedingungen insbesondere folgende Aufgaben erfüllen: Nutzer müssen über die geltenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften bezüglich der Verbreitung von Inhalten mit unter 16-jährigen Kindern und über die Risiken, die die Verbreitung solcher Inhalte hat, informiert werden. Minderjährige unter 16 Jahren sollen in Zusammenarbeit mit Kinderschutzorganisationen für die möglichen Folgen der Verbreitung dieser Inhalte für ihre Privatsphäre und ihre Psyche sensibilisiert werden und es sollen ihnen Möglichkeiten aufgezeigt werden, ihre Rechte, Würde und physische und psychische Unversehrtheit zu schützen. Es soll sichergestellt werden, dass audiovisuelle Inhalte mit Kindern unter 16 Jahren, die die Würde oder die körperliche

und psychische Unversehrtheit dieser Kinder verletzen, vermehrt gemeldet werden. Alle geeigneten Maßnahmen sind zu ergreifen, um zu verhindern, dass personenbezogene Daten von Minderjährigen, die von der Online-Plattform gesammelt werden, zu kommerziellen Zwecken genutzt werden. In Zusammenarbeit mit Kinderschutzorganisationen soll daran gearbeitet werden, dass Situationen, von denen Inhalte hergestellt und verbreitet werden, was die körperliche und psychische Unversehrtheit von unter 16-jährigen Kindern beeinträchtigen könnte, als kritische Situationen erkannt werden. Außerdem soll die Möglichkeit Minderjähriger, diese Inhalte zu löschen, vereinfacht werden und sie sollen in verständlichen Worten über dieses Recht aufgeklärt werden. Nach Art. 6 du loi n^o 2020-1266 ist für die Löschung der Inhalte die Zustimmung der gesetzlichen Vertreter nicht erforderlich.

III. Situation in Deutschland

Die Regelungen werden in der deutschen Literatur als „vorbildlich“ beurteilt;⁷ eine vertiefte Auseinandersetzung, welche Regelungen übernommen werden sollten, fehlt aber bisher. In Deutschland gibt es zwar ebenfalls Normen zur Beschränkung von Kinderarbeit. Das Problem liegt darin, dass die bestehenden Normen die neue Form der Kinderarbeit – Kinderinfluencer oder Kind von Influencern zu sein – teilweise nicht erfassen und dass die Behörden sich bisher noch nicht ausreichend ihrer Aufgabe bewusst sind, auch dieses Themenfeld zu überwachen.⁸ Noch schlimmer ist, dass auch das Bewusstsein in Deutschland noch nicht dafür geschärft ist, dass es problematisch ist, sein Kind in bestimmten Situationen zu filmen und diese Videos der breiten Öffentlichkeit zur Verfügung zu stellen.⁹ Die Meinungsbloggerin *Alicia Joe* hat einen erheblichen Beitrag¹⁰ dazu geleistet, dass das Problem überhaupt diskutiert wird, was zur Folge

⁷ *Lemmert*, Die Vermarktung des Kindes im Influencer-Marketing, S. 113; *Dannecker NZFam* 2020, 1093 (1094).

⁸ Ausführlich dazu *Lemmert*, Die Vermarktung des Kindes im Influencer-Marketing, S. 90 ff., 96 ff., 103.

⁹ Ausführlich zu den rechtlichen Rahmenbedingungen der Veröffentlichung von Bildern und Videos des eigenen Kindes durch Eltern *Dannecker*, Die Grenzen der elterlichen Sorge, S. 23 ff.

¹⁰ *Joe*, Kinderinfluencer: Zu jung, zu fame, zu freizügig?, https://www.youtube.com/watch?v=bK055_gAXdg (zuletzt abgerufen am: 22.08.2024); *Joe*, 10 Gründe

hat, dass YouTube-Nutzer Influencer auf ihre Verfehlungen diesbezüglich und die Gefährdung ihrer Kinder aufmerksam machten. Diese Art von Selbstregulierung ist angesichts der anderen Nutzer, die sich im Gegenteil (ggf. insb. problematische) Kinder-Inhalte wünschen und entsprechende Videos konsumieren, nicht ausreichend. Sollen Kinder wirklich vor den negativen Folgen dieser Zurschaustellung geschützt werden, ist eine Gesetzesinitiative, die auf Aufklärung über die Rechte und Pflichten baut, unerlässlich.¹¹

C. Art. 4 loi n° 2023-451

In Art. 4 loi n° 2023-451 des Influencer-Gesetzes werden Produkte und Dienstleistungen aufgezählt, die Personen, die die Tätigkeit der kommerziellen Beeinflussung ausüben, nicht bewerben dürfen. Dazu gehören u.a. therapeutische Behandlungen, Nikotin, exotische Tiere, gewisse Finanzdienstleistungen und Sportwetten. Werbung für Glücksspiele darf nur auf Online-Plattformen erfolgen, die die technische Möglichkeit bieten, alle Nutzer unter 18 Jahren vom Zugriff auf diese Inhalte auszuschließen. Verstöße gegen diese Bestimmungen werden mit bis zu zwei Jahren Haft oder einer Geldstrafe von bis zu 300.000 Euro geahndet; hinzu kommen können Sanktionen nach den Vorschriften anderer Gesetze. Zudem kann ein zeitweises oder sogar dauerhaftes Verbot verhängt werden, sich als Influencer zu betätigen.

D. Art. 5 loi n° 2023-451

Für die Zwecke dieser Arbeit ist besonders der Art. 5 I loi n° 2023-451 interessant. Danach muss die Förderung von Waren und Dienstleistungen durch Influencer mit den Worten „Publicité“ oder „Collaboration commerciale“ gekennzeichnet werden. Der Hinweis muss während der gesamten Werbung auf dem Bild oder Video in allen Formaten leicht erkennbar und gut lesbar sein. Sollte dieser Hinweis fehlen, liegt eine irreführende Geschäftspraxis durch Unterlassen iSd Art. L121-3 du code de la consommation vor, wobei genannte

FÜR Kinderfotos im Netz (logisch widerlegt), <https://www.youtube.com/watch?v=63uOBE8MBw> (zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).

¹¹ Vgl. auch *Gröhl*, ARP 2022, 374.

Norm den Art. 7 UGP-RL in französisches Recht implementiert. Im Leitfaden zum Influencer-Gesetz wird klargestellt, dass Veröffentlichungen, die lediglich dazu dienen, über ein Produkt zu informieren, ohne dass dafür der Erhalt einer Gegenleistung vereinbart wurde, nicht gekennzeichnet werden müssen.¹²

Das Problem, das sich in Deutschland stellte, dass auch unentgeltliche Erwähnungen als kennzeichnungspflichtig erachtet wurden, wurde in Frankreich – soweit ersichtlich – nicht diskutiert. Grund ist wohl, dass der Begriff der Geschäftspraxis iSd UGP-RL keinen Änderungen unterworfen wurde. Im Code de la consommation findet sich nicht einmal eine Definition der Geschäftspraxis; die Definition wird direkt der UGP-RL entnommen.

E. Art. 7 bis 9 loi n° 2023-451

In den Art. 7 bis 9 loi n° 2023-451 wird der Influencer-Agent (*agent d'influenceur*) definiert und es werden dessen Pflichten normiert. Insbesondere hat er dafür Sorge zu tragen, dass die Interessen des von ihm vertretenen Influencers gewahrt werden, Interessenskonflikte vermieden werden und dass die Tätigkeit des Influencers im Einklang mit dem Gesetz steht. Art. 8 I loi n° 2023-451 enthält Angaben, die ein Vertrag zwischen Influencer und Influencer-Agent enthalten muss und ein Schriftformerfordernis. Art. 8 III loi n° 2023-451 regelt die gesamtschuldnerische Haftung des Werbekunden, dessen Bevollmächtigten, des Influencers und des Influencers-Agenten für Schäden, die Dritten bei der Ausführung des zwischen ihnen geschlossenen Vertrages über kommerzielle Einflussnahme entstehen.

Sobald die Tätigkeit von Influencer, die keine Niederlassung in der EU haben, sich an ein im französischen Hoheitsgebiet ansässigen Publikum richtet, und sei es nur in untergeordneter Weise, muss in der EU eine Haftpflichtversicherung abgeschlossen werden, die berufliche Haftungsrisiken abdeckt, Art. 9 II loi n° 2023-451. Wenn diese nicht in der EU ansässigen Influencer sich *hauptsächlich* an ein Publikum richten, das auf französischem Hoheitsgebiet ansässig ist, müssen sie zusätzlich eine Person bestimmen, die die Konformität von Verträgen gewährleisten soll, die auf die kommerzielle Beeinflussung gerichtet

¹² *Ministère de l'économie des finances et de la souveraineté industrielle et numérique*, Quels sont mes devoirs?, <https://www.economie.gouv.fr/influenceurs-quels-sont-mes-devoirs> (zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).

sind, und die als Ansprechpartner für die Behörden zur Verfügung steht, Art. 9 I loi n° 2023-451. Solche Regelungen fehlen bisher in Deutschland, insb. die Verpflichtung zum Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung wäre aber mit Blick auf den neuen Art. 9 II 1 UWG 2022, der einen Schadensersatzanspruch von Verbrauchern normiert, sinnvoll.

Kapitel 10

Zusammenfassung in Thesen

1. Die früher herrschende Instanzrechtsprechung, dass auch bei unentgeltlichen Erwähnungen von Produkten durch Influencer ein Verstoß gegen § 5a VI UWG 2015 vorliegen kann, ist nicht mit der UGP-RL vereinbar. Grund ist, dass nach Erwägungsgrund 15 der UGP-RL allein die Informationsanforderungen als wesentlich angesehen werden, die durch das Gemeinschaftsrecht festgelegt werden. Zusätzliche Informationsanforderungen, die durch die Mitgliedsstaaten festgelegt werden, sind keine wesentlichen Informationen iSd Art. 7 V UGP-RL, der durch §§ 5a I, 5b IV UWG 2022 ins deutsche Recht umgesetzt wurde. Der Art. 7 II Hs. 2 UGP-RL, der in deutsches Recht nahezu wortgleich im § 5a VI UWG 2015 übernommen wurde und der die Kenntlichmachung des kommerziellen Zwecks einer Geschäftspraxis einfordert, ist eine Informationsanforderung in Bezug auf Werbung, kommerzieller Kommunikation und Marketing iSd Erwägungsgrundes 15 und auch iSd Art. 7 V UGP-RL. Da die geschäftliche Handlung des deutschen UWG im Vergleich zur Geschäftspraktik der UGP-RL überschießend umgesetzt wurde, ist der Anwendungsbereich des § 5a IV UWG 2015 weiter als die Vorgabe der UGP-RL. Die dadurch aufgestellten zusätzlichen nationalen Informationsanforderungen für Personen, die nicht im Namen oder Auftrag eines Gewerbetreibenden handeln, können keine wesentlichen Informationen iSd Art. 7 I UGP-RL darstellen. Wenn Influencer auch solche Beiträge zu Produkten als Werbung kennzeichnen sollen, die sie unentgeltlich und damit nicht im Auftrag des erwähnten Unternehmens verfasst haben, wird eine zusätzliche nationale Informationspflicht durchgesetzt, die zwar mit dem Wortlaut des UWG, nicht aber mit der UGP-RL vereinbar ist. Die überschießend umgesetzte geschäftliche Handlung sollte im Falle der Drittförderung, die nicht im Namen oder Auftrag des erwähnten Unternehmens erfolgt, an den Begriff der Geschäftspraktik angepasst werden und folglich in diesem Fall nicht mehr vorliegen.

Dieses Ergebnis ist maßgeblich von der Prämisse abhängig, dass für die Zwecke der Anwendung des Art. 7 II Hs. 2 UGP-RL im Fall der Fremdförderung die Voraussetzungen einer Geschäftspraxis vorliegen müssen, die durch einen Gewerbetreibenden iSd Art. 2 lit. b Alt. 2 UGP-RL vorgenommen wurde. Das heißt, dass dann, wenn kein Handeln im Namen oder Auftrag vorliegt, die Voraussetzungen eines Gewerbetreibenden iSd Art. 2 lit. b Alt. 2 UGP-RL ebenfalls nicht vorliegen und dann mangels maßgeblicher Geschäftspraktik der kommerzielle Zweck in Form der Fremdförderung nicht kenntlich gemacht werden muss. Sähe man dies anders, würde die UGP-RL vorgeben, dass unentgeltliche Handlungen bei Vorliegen eines unmittelbaren Zusammenhangs mit der Fremdförderung als Werbung zu kennzeichnen wären und es entstünde ein Widerspruch zur vollharmonisierenden E-Commerce-RL, nach der gem. Art. 2 lit. f E-Commerce-RL in solchen Fällen keine kommerzielle Kommunikation vorliegt, die nach Art. 6 lit. a E-Commerce-RL durch Kennzeichnung erkennbar gemacht werden müsste. Durch die im Falle einer Kollision vorrangige Anwendbarkeit der E-Commerce-RL (vgl. Art. 3 IV UGP-RL), hätten wir dann folgendes Ergebnis: Unentgeltliche Erwähnungen, die Dienste der Informationsgesellschaft iSd E-Commerce-RL darstellen, müssten nicht gekennzeichnet werden; unentgeltliche Erwähnungen, die keine Dienste der Informationsgesellschaft darstellen, hingegen schon. Eine anderslautende nationale Gesetzgebung (wie § 5a IV 2 UWG 2022) wäre nicht mit den abschließend festgelegten Informationspflichten der UGP-RL vereinbar.

2. Indem der deutsche Gesetzgeber den § 5a IV 2 UWG 2022 eingeführt hat, nach dem der kommerzielle Zweck und damit die Kennzeichnungspflicht entfällt, wenn die Förderung eines fremden Unternehmens nicht gegen Entgelt oder einer sonstigen Gegenleistung erfolgt ist, wird der Anwendungsbereich des § 5a IV 1 UWG 2022 wieder auf das von der UGP-RL vorgegebene Maß zurückgesetzt.

3. Jeder Beitrag eines Influencers auf sozialen Medien ist – unabhängig vom Inhalt – jedenfalls eine geschäftliche Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens. Eine Ausnahme für redaktionelle Äußerungen ist aus mehreren Gründen nicht geboten. Zum einen ist die Ausnahme nach der UGP-RL nicht vorgegeben. Die beispielhaft genannten für Investoren gedachten Mitteilungen wie Jahresberichte und Unternehmensprospekte sind nicht geeignet, die geschäftlichen

Entscheidungen von Verbrauchern in Bezug auf Produkte zu beeinflussen. Erwägungsgrund 7 rechtfertigt es nicht, jegliche Zielsetzung heranzuziehen, um den Anwendungsbereich der Richtlinie einzuschränken. Wenn man Handlungen von Presseunternehmen von vornherein aus dem Anwendungsbereich des UWG herausnimmt, können unbillige Ergebnisse nur durch hohen – und wie sich im BGH-Fall Emil-Grünbär-Klub zeigte: wenig überzeugenden – Argumentationsaufwand abgewendet werden. Besser ist es, den Grundrechten auf Ebene der Tatbestände Rechnung zu tragen. Die Praxis, redaktionelle Handlungen aus dem Anwendungsbereich des UWG herauszunehmen, ist nicht nur abzulehnen, sondern auch wegen der unterschiedlichen Bedeutung für die freiheitliche demokratische Grundordnung von Presse im Vergleich zu Influencern nicht auf das Influencer-Marketing übertragbar. Soweit mit Blick auf die Meinungsfreiheit verlangt wird, private Äußerungen aus dem Anwendungsbereich der UGP-RL auszunehmen, verkennt dies, dass schon kein Eingriff in das Grundrecht vorliegt. Die Einordnung als geschäftliche Handlung hat für sich genommen keine Auswirkung auf Art und Weise der Meinungsäußerung. Die einzige Ausnahme, die für öffentliche Influencer-Accounts in Betracht kommt, ist die, dass ansonsten ein Wertungswiderspruch in den Fällen vorliegen könnte, in denen keine geschäftliche Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens angenommen würde, wenn herkömmliche Unternehmen diese Handlung vorgenommen hätten. Bei politischen Aussagen wie etwa dem Video von *Rezo* („Die Zerstörung der CDU“) könnte deshalb eine Ausnahme geboten sein, wenn jedenfalls vergleichbare besondere Umstände vorlägen: *Rezo* hatte trotz hohem Produktionsaufwand bei Erstellung des Videos auf eine Monetarisierung – und damit auf Einnahmen im sechsstelligen Bereich – verzichtet. Die lauterkeitsrechtliche Rechtsprechung zu politischen Aussagen gebietet aber nicht zwingend eine Ausnahme. Von dieser sollte im Zeitalter des woken Kapitalismus wenn überhaupt nur sehr restriktiv Gebrauch gemacht werden.

4. Beiträge, in denen ein unaufgefordert zugesandtes Testprodukt positiv erwähnt wird, sind als geschäftliche Handlungen zugunsten eines fremden Unternehmens einzustufen und müssen als solche gekennzeichnet werden. Die Auffassung, dass von ausgewogener Produktdarstellung keine Beeinflussungsgefahr für Verbraucher ausgeht, ist abzulehnen. Studien zu zweiseitigen Werbebotschaften – also solche, die positive und negative Aspekte nennen – zeigen, dass Werbebotschaften so gestaltet werden können, dass sie trotz Nennung negativer

Aspekte ebenso wirksam sind wie einseitige Botschaften. Dass diese Erkenntnis zu Werbezwecken ausgenutzt werden kann, macht es notwendig, die jeweiligen Beiträge unter dem Aspekt der Fremdförderung lauterkeitsrechtlich überprüfen zu können.

5. Die Annahme einer geschäftlichen Handlung zugunsten eines fremden Unternehmens bei unentgeltlichen Handlungen von Influencern mit Verweis auf den werblichen Überschuss ist nicht mit empirischen Ergebnissen der Forschung zum *eWOM* in Einklang zu bringen. Nach der Rechtsprechung zum werblichen Überschuss liegt dann eine geschäftliche Handlung zugunsten des fremden Unternehmens vor, wenn die jeweilige Handlung nicht anders verstanden werden kann als so, dass die Handlung vorrangig der Förderung des fremden Unternehmens dient. Die unentgeltliche Erwähnung von Produkten im Internet durch Konsumenten – *electronic Word-of-Mouth*, elektronische Mund-zu-Mund-Propaganda, *eWOM* – ist vorrangig auf Produktbegeisterung, den Hang zur Selbstdarstellung und den Willen, anderen Konsumenten helfen zu wollen, zurückzuführen. Bei Influencern ist außerdem die Motivation wesentlich, das eigene Unternehmen mit Produktempfehlungen zu fördern, denn Follower folgen Influencern nicht, *obwohl* diese Produkte vorstellen, sondern *weil* sie es tun. Dass unentgeltliche Erwähnungen vorrangig der Förderung des fremden Unternehmens dienen, ist folglich fernliegend. Mit Blick auf die Studien zum *eWOM* wäre es konsequent, bei unentgeltlichen Erwähnungen den werblichen Überschuss und damit eine geschäftliche Handlung zugunsten des fremden Unternehmens mit der Begründung abzulehnen, die Erwähnung diene vorrangig der Förderung des eigenen Unternehmens. Das führte zwar zur Folge, dass die Unlauterkeit von unentgeltlichen Erwähnungen nach anderen Tatbeständen wie dem § 5a IV 1 UWG 2022 nur noch von Mitbewerbern des Influencers und nicht mehr von Mitbewerbern des erwähnten Unternehmens geltend gemacht werden könnten, außer man bejahte das Vorliegen der Voraussetzungen des weiten Mitbewerberbegriffs. Dieses Ergebnis wäre jedoch mit Blick auf die Probleme, die durch die überschießende Umsetzung bereits offenbar wurden und noch werden könnten, hinzunehmen.

6. Wie sich aus der EuGH-Entscheidung *Abcur* ergibt, wird die Anwendbarkeit der UGP-RL und deren Umsetzungsnormen nicht durch den Art. 3 IV UGP-RL ausgeschlossen und zwar auch dann nicht, wenn – wie in den vorliegenden

Fällen – das Umsetzungsgesetz des Art. 6 lit. a E-Commerce-RL einschlägig ist, der im Anhang zur UGP-RL genannt wird

7. Auch wenn das Kenntlichmachen des kommerziellen Zwecks eine wesentliche Information iSd Art. 7 I UGP-RL darstellt, muss in den Fällen des Influencer-Marketings nicht der § 5a III UWG, der auf den Art. 7 III UGP-RL zurückgeht, beachtet werden. Grund ist, dass die sozialen Medien keine nennenswerten Beschränkungen aufliegen.

8. Nach § 3 IV 1 UWG ist auf das Verständnis eines durchschnittlichen Angehörigen der Zielgruppe des Influencers abzustellen, wobei die Zielgruppe nur dann nach biologischen Merkmalen bestimmt werden sollte, wenn der dahingehende Zuschnitt der Followerschaft sich auf den Werbewert des Influencers auswirkt. Ansonsten sind in der Zielgruppe alle Nutzer zu verorten, die sich für das vom Influencer dargestellte Themengebiet interessieren. Da – mit Ausnahme des Alters – keine biologischen Merkmale oder Interessen denkbar sind, deren Inhaber bedeutend mehr oder weniger informiert, aufmerksam oder kritisch sind als der Durchschnittsverbraucher, entspricht das Verständnis des Durchschnittsangehörigen der Zielgruppe dem des Durchschnittsverbrauchers. Eine Ausnahme davon bilden Kinder und Jugendliche als Zielgruppe oder als solche, die von dem Verhalten ausschließlich beeinflusst werden. Anders als der Aufsatz von *Scherer* ggf. nahelegen könnte, sprechen aktuelle Studien dafür, dass bereits zwischen 12- bis 14-Jährigen und 15- bis 16-Jährigen ein erheblicher Unterschied dahingehend besteht, ob die Jugendlichen entsprechend des Wissens um das Vorliegen von Werbung und im Einklang ihrer Interessen (*Attitudinal Knowledge*) handeln können. Das könnte und sollte insofern berücksichtigt werden, als dass bei Werbekennzeichnungen von Werbung, die sich an Kinder und Jugendliche richtet, nicht nur auf das Vorliegen von Werbung, sondern auch auf die Werbeabsicht hingewiesen werden sollte.

9. Das Problem, dass die gleichen Indizien, die für das Vorliegen eines werblichen Überschusses sprechen, auch zur Erkennbarkeit aus den Umständen führen sollen, kann nur durch eine restriktive Annahme der Erkennbarkeit aus den Umständen gelöst werden. Insofern ist zwischen geschäftlichen Handlungen zugunsten des fremden Unternehmens und denen zugunsten des eigenen Unternehmens zu unterscheiden. Bei geschäftlichen Handlungen zugunsten des

fremden Unternehmens werden keine Werbetechniken genutzt, die so offensichtlich auf den kommerziellen Zweck der Fremdförderung hinweisen, dass die Werbekennzeichnung deswegen nicht notwendig wäre. Würde man das mit dem OLG Hamburg anders sehen, hätte man das Problem, dass die Erwägungen nicht nur in den Fällen unentgeltlicher Erwähnungen greifen würden, über die das Gericht zu entscheiden hatte, sondern auch in den Fällen, in denen für die Erwähnung bezahlt wurde. Wenn Influencer die Kennzeichnungspflicht bei bezahlten Beiträgen abschütteln könnten, indem sie das Lob ins Unermessliche steigern würden, würden Nutzer ebenfalls nicht zweifelsfrei erkennen können, bei welchen Beiträgen es sich um bezahlte Werbung handelt. Bei der geschäftlichen Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens ist wiederum zu differenzieren: Die Bewerbung des eigenen Unternehmens ist aus den Umständen erkennbar, wenn ersichtlich ist, dass es sich bei dem Handelnden um einen Influencer handelt. Sobald aber der Influencer konkrete eigene Produkte bewirbt, ergibt sich dieser kommerzielle Zweck der Eigenförderung nicht aus der Verifizierung des Profils, hohen Followerzahlen oder sonstigen Anhaltspunkten, die für die Influencereigenschaft sprechen. Ein solcher Beitrag ist dann entsprechend zu kennzeichnen.

10. Als Werbekennzeichnung reicht jedenfalls eine Kennzeichnung als „Werbung“ oder „Anzeige“ an erster Stelle unter dem Bild oder als dauerhafte Einblendung in einem Video aus. Von der Darstellung der Kennzeichnung als Hashtag ist – auch außerhalb einer Hashtag-Wolke – aus zwei Gründen abzuraten: Erstens fassen Hashtags in der Regel das zusammen, was auf dem Foto bereits erkennbar ist, was für den Durchschnittsnutzer einen guten Grund darstellt, sich die als Hashtags gestalteten Aussagen nicht durchzulesen. Zweitens wird es dem Durchschnittsnutzer durch die auffälligere Gestaltung der Hashtags auch vereinfacht, diese nicht wahrzunehmen. Wie die Studien zur *banner blindness* zeigen, helfen optische Hervorhebungen Verbrauchern, zu entscheiden, was diese sich gerade nicht durchlesen möchten.

11. Die (alleinige) Kennzeichnung mittels des *Branded Content Tools* von Instagram dürfte wohl dadurch ausreichen, dass sich der Text „Bezahlte Partnerschaft mit [...]“ von links nach rechts und zurück bewegt, wobei die restlichen Inhalte statisch bleiben. Gegen die Erkennbarkeit sprechen allerdings auch ei-

nige Aspekte: Erstens legen *Eye-Tracker*-Studien nahe, dass der Ort rechts oberhalb eines Beitrags, an dem sich die Kennzeichnung befindet, nicht ausreichend beachtet wird. Zweitens besteht für den Durchschnittsverbraucher keine Notwendigkeit zur Beachtung, da alternativ an dieser Stelle der Ort angegeben werden kann, an dem das Foto aufgenommen wurde. Dabei handelt es sich nicht um eine Information, die den durchschnittlichen, also wenig aufmerksamen Verbraucher beim Durchscrollen besonders interessieren würde. Drittens ziehen der Euphemismus „Bezahlte Partnerschaft mit“ und auch andere Euphemismen wie „Unterstützt durch“ oder „Zusammenarbeit mit“ nach der Camouflage-Theorie weniger Aufmerksamkeit auf sich als die eindeutige Kennzeichnung als „Werbung“ oder „Anzeige“. Das sollte insbesondere in sozialen Netzwerken gelten, in denen zwischenmenschliche Beziehungen ausgestellt werden und in denen Begriffe wie „Partnerschaft“, „Unterstützung“ und „Zusammenarbeit“ auch in anderen Konstellationen verwendet werden. Von der Nutzung von Dysphemismen („Propaganda“, „Indoktrination“, „Prostitution“) ist aus dem Grund abzuraten, dass sie wohl nicht als Werbekennzeichnungen verstanden würden.

12. Gegen kurze, englischsprachige oder generell andere Kennzeichnungen als „Werbung“ oder „Anzeige“ spricht entscheidend, dass letztere Begriffe sich etabliert haben und von Nutzern zweifelsfrei als Werbekennzeichnungen erkannt werden. Es gibt keinen Bedarf für Alternativen, die nicht gleich gut geeignet sind, auf den werblichen Charakter hinzuweisen.

13. Wenn – was abzulehnen ist – auch unentgeltliche Beiträge kennzeichnungspflichtig wären, wäre eine Kennzeichnung mit „Unbezahlte Werbung“ oder „Werbung weil Markennennung“ verständlich und auch der Transparenz zuträglich.

14. Die geschäftliche Entscheidung, zu der der Verbraucher durch fehlende Kennzeichnung veranlasst werden könnte, liegt im Anklicken eines Tap Tags oder einer sonstigen Verlinkung des beworbenen Unternehmens. Dadurch, dass die Nutzer bei fehlender Kennzeichnung dem Beitrag mehr Beachtung schenken und eine größere Bedeutung beimessen als einem als „Werbung“ gekennzeichneten Beitrag, führt die fehlende Kennzeichnung regelmäßig zur Bejahung der geschäftlichen Relevanz. Bei der Förderung des eigenen Unternehmens

kommt dem Tatbestandsmerkmal der geschäftlichen Relevanz eine besondere Bedeutung zu. Wenn aus einem Beitrag eines Influencers, in dem kein Produkt erwähnt wird, dessen Influencer-Eigenschaft und damit die Förderung des eigenen Unternehmens nicht erkennbar wird, besteht trotzdem keine Kennzeichnungspflicht, da nicht ersichtlich ist, zu welcher geschäftlichen Entscheidung Verbraucher dadurch veranlasst werden können. Die geschäftliche Relevanz liegt bei einer geschäftlichen Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens nur vor, wenn kumulativ zwei Voraussetzungen vorliegen: Der Influencer muss selbst ein Produkt an Verbraucher vertreiben und in dem fraglichen Beitrag muss dieses Produkt positiv erwähnt werden.

15. Auch wenn es für den BGH nicht bei der Prüfung des § 5a VI UWG 2015 darauf ankam, ob dem Influencer ein Entgelt gezahlt wurde, hätte es sich nach hier vertretener Auffassung angeboten, das Vorliegen eines Entgelts nach richtlinienkonformer Auslegung im Rahmen des § 5a VI UWG 2015 anzusprechen. In Anlehnung an die Rechtsprechung des KG hätte zwar der Antragssteller die Beweislast tragen müssen; diese Beweislast wäre aber durch eine sekundäre Darlegungslast des Influencers geschmälert worden.

16. Im Rahmen der geschäftlichen Handlung zugunsten des fremden Unternehmens wurden Aussagen des BGH vermehrt falsch verstanden. Es ist nicht zwischen der Verlinkung des Instagram-Auftritts eines Unternehmens und einer Verlinkung von dessen Homepage zu unterscheiden, sondern es wurde nur unterschieden zwischen der Verlinkung und der Angabe, wer das betreffende Produkt hergestellt hat, die sich aus der Verlinkung ergibt. Da Tap Tags – anhand derer diese Äußerungen getroffen wurden – zwingend eine Verlinkung enthalten, entfaltet die Differenzierung des BGH keine Auswirkungen.

17. Die Rechtsprechung des BGH, dass bei unentgeltlichen Erwähnungen eine Unlauterkeit nach § 5a VI UWG 2015 wegen des Vorrangs von § 6 I TMG ausscheidet, ist zu begrüßen. Statt über § 3a UWG sollten die Vorschriften aber über §§ 5a I, 5b IV UWG 2022 (§ 5a I, IV UWG 2015) zur Anwendung kommen. Zu begrüßen ist deshalb zudem die Abkehr der Anwendung über § 3a UWG in der BGH-Entscheidung Knuspermüsli II, auch wenn die Begründung dafür nicht überzeugt. Der Umstand, dass der neu eingeführte Verbraucherschadensersatz nur bei Unlauterkeit nach §§ 5a I, 5b IV UWG 2022, nicht

aber nach § 3a UWG 2022 zugestanden werden kann, spricht nur gegen die *alleinige* Anwendung des § 3a UWG 2022, nicht aber gegen das Nebeneinander von § 3a UWG 2022 und §§ 5a I, 5b IV UWG 2022, wie es der BGH oft betonte, aber selten praktizierte.

18. Mit *Glöckner* kann der vom BGH statuierte Vorrang des Medienrechts kritisiert werden. Die Gefahr, dass durch diese Aussage auch andere medienrechtliche Normen vorrangig angewendet werden, ist zwar durch die Anwendung über die §§ 5a I, 5b IV UWG 2022, die ausdrücklich auf die Aufzählung im Anhang II zur UGP-RL Bezug nehmen, zu vernachlässigen. Bedeutender ist, dass es eines Vorrangs nicht bedarf, weil die Normen sich nach der hier vertretenen Auffassung und aufgrund der notwendigen richtlinienkonformen Auslegung nicht widersprechen. Gleichwohl hat der BGH mit dem Vorrang des Medienrechts einen Weg gewählt, der weniger Anlass zu Kritik bietet als der von *Glöckner*, der vorschlägt, die Wertungen des zum Zeitpunkt der Entscheidungen noch nicht in Kraft getretenen § 5a IV 2 UWG 2022 bei der Anwendung des § 5a VI UWG 2015 zu berücksichtigen.

19. Zu begrüßen ist die Rechtsprechung des BGH, dass auch bei einer unentgeltlichen Erwähnung eines Produktes, das kostenlos zur Verfügung gestellt wurde, die Kennzeichnungspflicht greift.

20. Der Zweck des § 1 II UWG 2022 kann auch durch die Anwendung von § 3a UWG und §§ 5a I, 5b IV UWG 2022 erreicht werden. Einzig in den Fällen, in denen das UWG nicht angewendet werden darf, könnte dem § 1 II UWG 2022 ein darüber hinausgehender Anwendungsbereich in Form der Klarstellung verbleiben. In allen anderen Fällen ist der Begriff des „Vorrangs“ missverständlich, da im Falle der vom Gesetzgeber genannten Normen (§ 6 I TMG, § 22 I MStV) diese auch über das UWG zur Anwendung kommen. Nimmt man mit *Alexander* an, dass die über die §§ 3a UWG und §§ 5a I, 5b IV UWG 2022 anwendbaren Normen durch die Anwendung Teil des UWG werden und diesem nicht mehr vorgehen, lässt sich der Widerspruch auflösen. Dann aber verbleibt dem § 1 II UWG 2022 so gut wie kein Anwendungsbereich. Insgesamt spricht viel – wenn auch kein begründeter Vorwurf der Unionsrechtswidrigkeit – dafür, den § 1 II UWG 2022 ersatzlos zu streichen.

21. Die Ergänzung in der Definition der geschäftlichen Handlung, dass das Verhalten nicht nur „objektiv“, sondern auch „unmittelbar“ mit der Absatzförderung zusammenhängen soll, ist der Erklärungsnot geschuldet, in die sich der Gesetzgeber nach eigener Ansicht mit der Schaffung des § 5a IV 2 UWG 2022 hineinmanövrierte. Es sollte klargestellt werden, dass unentgeltliche Empfehlungen durch Influencer Handlungen ausschließlich zugunsten der fremden Unternehmen darstellten, die von der UGP-RL nicht erfasst würden, sodass insofern dem Gesetzgeber Gestaltungsspielraum zukomme. Dabei sind Handlungen von Influencern, welche selbst Produkte an Verbraucher vertreiben, Geschäftspraktiken iSd UGP-RL, sodass nach konsequenter Ansicht des Gesetzgebers der neue § 5a IV 2 UWG 2022 nur auf die Influencer angewendet werden dürfte, die keine eigenen Produkte an Verbraucher verkaufen. Da durch den neuen § 5a IV 2 UWG 2022 der Tatbestand der Vorschrift wieder auf das von der UGP-RL vorgegebene Maß zurückgestutzt wurde, ist ebenso wenig eine Differenzierung innerhalb der Normanwendung notwendig wie sich der Gesetzgeber in tatsächlicher Erklärungsnot befand.

22. Dem neuen § 5a IV UWG 2022 verbleibt in den Fällen des Influencer-Marketings – wenn man den durch den BGH statuierten Vorrang des Medienrechts ernst nimmt und daran festhält – kein großer eigener Anwendungsbereich. Sobald ein Beitrag eines Influencers ein Telemedium darstellt, was auf alle Beiträge in den sozialen Medien zutrifft, nicht aber auf die über den Messengerdienst Telegram veröffentlichten, müsste der nachrangige § 5a IV UWG 2022 gar nicht geprüft werden. Da bisher alle Diskussionen zum Influencer-Marketing im Rahmen des § 5a UWG 2015 geführt wurden und diese Norm vom BGH wie auch von den anderen Gerichten vorrangig angewendet wurde, bleibt zu erwarten, dass der neue § 5a IV UWG 2022 trotzdem relevant bleibt.

23. Das Tatbestandsmerkmal einer einem Entgelt ähnlichen Gegenleistung aus § 5a IV UWG 2022 lässt sich mit Blick auf die UGP-RL, die für die Fremdförderung ein Handeln im Namen oder Auftrag eines Gewerbetreibenden verlangt, folgendermaßen bestimmen: Wenn eine Art Vertrag zwischen Influencer und Unternehmen konstruiert werden kann, sollte unabhängig vom Wert der Leistung und ohne, dass es eines zeitlichen Zusammenhangs bedürfe, das Tatbestandsmerkmal bejaht werden.

24. Das Tatbestandsmerkmal „für die Handlung“ soll Beiträge von der Kennzeichnungspflicht ausschließen, die vollkommen unabhängig von einem Entgelt veröffentlicht wurden, das möglicherweise lange Zeit zuvor für einen anderen Beitrag gezahlt wurde. Problematisch ist, dass dem Wortlaut nach auch die Übererfüllung vertraglicher Pflichten (es werden beispielsweise vier statt drei Beiträge veröffentlicht) wie im Fall Vreni Frost des KG nicht kennzeichnungspflichtig ist. Da dies nicht gewollt sein kann, sollte nach dem Zweck der Vorschrift kein Beitrag von der Kennzeichnungspflicht ausgenommen werden dürfen, der anlässlich einer Entgeltzahlung veröffentlicht wurde.

25. Anders als von *Lettl* vertreten, besteht die Rechtsfolge des § 5a IV 2 UWG 2022 nicht darin, dass die geschäftliche Handlung zugunsten des fremden Unternehmens entfällt. Wenn der kommerzielle Zweck der geschäftlichen Handlung entfällt, muss nicht auch die geschäftliche Handlung entfallen. Dass es sich um zwei verschiedene Voraussetzungen handelt, kann entweder mit den abweichenden französischen und rumänischen Fassungen erklärt werden, die den „kommerziellen Zweck“ nicht der „Geschäftspraxis“, sondern dem „Unternehmer“ zuweisen. Alternativ kann dem kommerziellen Zweck auch im deutschen Umsetzungsgesetz eine eigenständige Bedeutung zukommen. Es kann aber nicht davon ausgegangen werden, dass durch den § 5a IV 2 UWG 2022 der Begriff der geschäftlichen Handlung modifiziert werden sollte, was sich dann auch auf alle anderen Unlauterkeitstatbestände auswirken würde.

26. Der § 5a IV 2 UWG 2022 sollte in Bezug auf Presseerzeugnisse nicht teleologisch reduziert werden, sondern auch diese erfassen. Die UGP-RL gebietet keine Ausnahme von redaktionellen Handlungen und gibt selbst die in § 5a IV 2 UWG 2022 formulierte Einschränkung vor. Der BGH hat in seiner Rechtsprechung zum werblichen Überschuss bei Presseerzeugnissen vor allem dann eine geschäftliche Handlung zugunsten des fremden Unternehmens (und als Konsequenz die Kennzeichnungspflicht) angenommen, wenn die Umstände den Erhalt einer Gegenleistung nahelegten oder eine solche tatsächlich geleistet wurde. Die anderen Fälle zeichnen sich dadurch aus, dass redaktionelle Standards nicht eingehalten wurden, weil entweder aus Pressemitteilungen von Unternehmen abgeschrieben wurde oder Bestenlisten erstellt wurden, ohne dass dafür geeignete Kriterien gewählt worden waren. Wenn aber nicht an einer

durch den Erhalt eines Entgelts indizierten Voreingenommenheit Anstoß genommen wird, sondern an einer mangelhaften Arbeitsweise, sollte durch die Kennzeichnung auch auf letzteres hingewiesen werden und nicht auf eine Verbindung zu einem Unternehmen, die tatsächlich nicht besteht. Möglich wäre das durch die Verankerung einer Kennzeichnungspflicht in den LPresseG.

27. Der – soweit ersichtlich – einzige Kritikpunkt an § 5a IV 2 UWG 2022, der verfährt, ist der von *Büscher* und *Sosnitzka*, dass durch die „oder“-Verknüpfung zwischen Erhalt eines Entgelts, Erhalt einer entgeltähnlichen Gegenleistung und Sich-versprechen-Lassen von Entgelt oder entgeltähnlichen Gegenleistung es dem Wortlaut nach ausreicht, wenn nur eine der Varianten vorliegt, um den kommerziellen Zweck entfallen zu lassen. Die „oder“-Verknüpfungen sollten folglich durch „und“-Verknüpfungen ersetzt werden.

28. Ungewöhnlich und überflüssig ist, dass nach dem § 5a IV 3 UWG 2022 eine gesetzliche Vermutung zugunsten des Vorliegens einer Gegenleistung greifen soll, sodass grundsätzlich der Influencer den vollen Beweis des Nichtvorliegens der vermuteten Tatsache tragen müsste. Gleichzeitig wird aber durch die Glaubhaftmachung das Beweismaß insoweit herabgesenkt, dass es ausreicht, wenn der Influencer Umstände vorbringt, die den Nichterhalt eines Entgelts überwiegend wahrscheinlich machen. Nach der Regelung (durch die gesetzliche Vermutung und die doppelte Verneinung) trifft die Beweislast – also das Risiko der Unbeweisbarkeit der Tatsache – den Influencer. Nach der Gesetzesbegründung soll aber dann, wenn der Influencer das Nichtvorliegen eines Entgelts glaubhaft gemacht hat, es nach den allgemeinen Regeln dem Kläger obliegen, konkrete Tatsachen für das Vorliegen der Gegenleistung vorzutragen und ggf. zu beweisen. Insgesamt hätte es dem Willen des Gesetzgebers wohl mehr entsprochen, wenn dem Influencer die sekundäre Darlegungslast auferlegt worden wäre. Letztlich wird die nicht geglückte Beweislastregelung durch den Vorrang medienechtlicher Vorschriften, auf die die allgemeinen Grundsätze anwendbar sind, wohl ohnehin nicht zur Anwendung kommen. Eine analoge Anwendung des § 5a IV 3 UWG 2022 auf § 6 I TMG und § 22 I MStV ist abwegig.

29. Im Rahmen der Kennzeichnungspflicht von nutzergenerierten Videos wird vertreten, dass es – wie nach früher vorherrschender Meinung zum § 5a VI UWG 2015 – auf eine Gesamtschau der Umstände und nicht auf den

Erhalt eines Entgelts ankommen soll. Gestützt wird dies auf die §§ 98 I, 8 III 1, 8 VII 1 MStV und darauf, dass es für die Annahme von Schleichwerbung nach der EuGH-Rechtsprechung nicht auf den Erhalt eines Entgelts ankomme. Dieser Ansicht ist eine Absage zu erteilen. Die EuGH-Rechtsprechung erging zur Fernsehrichtlinie, die zwar die gleiche Definition enthielt wie der geltende Art. 1 lit. j AVMD-RL. Allerdings sind die Verbotsnormen, die auf die Definition Bezug nehmen, unterschiedlich. Während die Fernsehrichtlinie normierte „Schleichwerbung und entsprechende Praktiken im Teleshopping sind verboten“, steht in Art. 9 I lit. a Hs. 2 AVMD-RL, auf den der § 8 VII 1 MStV zurückgeht: „audiovisuelle Kommunikation in Form von Schleichwerbung ist verboten“. Audiovisuelle Kommunikation liegt nach Art. 1 I lit. h AVMD-RL dann vor, wenn Bilder mit oder ohne Ton einer Sendung gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung beigefügt wurden. Nach der AVMD-RL setzt das Verbot folglich den Erhalt eines Entgelts oder einer ähnlichen Gegenleistung voraus. Der § 8 VII 1 MStV normiert: „Schleichwerbung und Themenplatzierung sowie entsprechende Praktiken sind unzulässig.“ Indem die Definition der Schleichwerbung aus der AVMD-RL übernommen, die weitere Voraussetzung, dass audiovisuelle Kommunikation vorliegen soll, aber nicht aufgegriffen wurde, reicht der Anwendungsbereich des MStV in diesem Fall scheinbar weiter als der der AVMD-RL. Das ist grundsätzlich möglich, denn die AVMD-RL wirkt nur mindestharmonisierend. Selbst wenn man aber annehmen würde, dass diese überschießende Umsetzung gewollt ist, so wäre die Regelung zur Werbung nicht von der Kulturkompetenz der Länder erfasst, sondern von der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Recht der Wirtschaft (Art. 74 I Nr. 11 GG). Von dieser Kompetenz hat der Bund im Rahmen der Kennzeichnungspflichten durch den Erlass des TMG und des UWG Gebrauch gemacht. Selbst wenn die Länder eine weitergehende Kennzeichnungspflicht hätten statuieren wollen, die bei nutzergenerierten Videos greifen würde, würde diese Regelung nach Art. 31 GG durch die für Telemedien als abschließend zu verstehenden Regelungen des TMG gebrochen werden.

Literaturverzeichnis

- Adjei, Mavis T./Noble, Stephanie M./Noble, Charles H.*, The influence of C2C communications in online brand communities on customer purchase behavior, *J. of the Acad. Mark. Sci.* 2010, 634–653.
- Abrens, Hans-Jürgen*, Influencer Marketing – Regulierungsrahmen und Konsequenzen seiner Anwendung (Teil 1), *GRUR* 2018, 1211–1218.
- Abrens, Sönke*, Die nichtkommerzielle Kommunikation von Influencern, Wie sollte die nichtkommerzielle Kommunikation von geschäftlichen Handlungen abgegrenzt werden?, *IPRB* 2020, 181–184.
- Alberts, Carolin Felicitas*, Die rechtliche Bewertung der Tätigkeit von Influencern unter besonderer Berücksichtigung werberechtlicher Problemstellung, (zugl. Diss. Marburg 2020), Baden-Baden 2020 (zitiert: *Alberts*, Influencer-Marketing).
- Albrecht, Florian*, "Faktenchecker" sollten Fakten checken!, Anm. zu OLG Karlsruhe, Urt. v. 14.07.2021 - 6 W 8/21, *jurisPR-ITR* 11/2022 Anm. 3.
- Alexander, Christian*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 07.03.2019 - I ZR 184/17, *GRUR-Prax* 2019, 289.
- Alexander, Christian*, Die Neufassung von § 5a UWG, *WRP* 2016, 139–146.
- Alexander, Christian*, Transparenz beim Influencer-Marketing - BGH-Rechtsprechung und UWG-Neuregelungen, *ZUM* 2022, 77–84.
- Alexander, Christian*, Überblick und Anmerkungen zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, *WRP* 2021, 136–145.
- Alexander, Christian*, Verbraucherschützende Informationspflichten des Unionsrechts und Rechtsbruch, *Festschrift für Karl-Heinz Fezer zum 70. Geburtstag*, München 2016, S. 901–914.
- Alexander, Christian*, Verhältnis des UWG nF zu spezialgesetzlichen Regelungen und individueller Schadensersatz für Verbraucher, *GRUR* 2021, 1445–1453.
- Allen, Michael*, Theory-led confirmation bias and experimental persona, *Research in Science & Technological Education* 2011, 107–127.
- Arbouw, Paula/Ballantine, Paul W./Ozanne, Lucie K.*, Sustainable brand image: an examination of ad–brand incongruence, *Marketing Intelligence & Plan* 2019, 513–526.
- Atkin, Charles/Block, Martin*, Effectiveness of Celebrity Endorsers, *JAR* 1983, 57–61.
- Audrezet, Alice/Kerviler, Gwarrlann de/Guidry Moulard, Julie*, *Authenticity under threat: When social media influencers need to go beyond self-presentation*, *Journal of Business Research* 2020, 557–569.
- Bakshy, Eytan/Hofman, Jake M./Mason, Winter A. ua*, Everyone's an influencer, in: *King, Irwin/Nejdl, Wolfgang/Li, Hang (Hrsg.)*, *WSDM - proceedings of the 4th ACM International Conference on Web Search and Data Mining*, February 9-12, 2011, Hong Kong, China, New York 2011, S. 65–74.

- Balog, Krisztian/Rijke, Maarten de/Weerkamp, Wouter*, Bloggers as experts, in: *Chua, Tat-Seng/Leong, Mun-Kew/Myaeng, Syung Hyon ua (Hrsg.)*, SIGIR '08 - 31st annual International ACM SIGIR Conference on Research and Development in Information Retrieval, July 20-24, 2008, Singapore, New York 2008, S. 753–754.
- Beck'scher Onlinekommentar zum Informations- und Medienrecht, hrsg. v. *Gersdorf, Hubertus/Paal, Boris P.*, 43. Ed., München Stand: 01.02.2024 (zitiert: BeckOK InfoMedienR/Bearbeiter).
- Beck'scher Online-Kommentar zum Grundgesetz, hrsg. v. *Epping, Volker/Hillgruber, Christian*, 57. Ed., München Stand: 15.01.2024 (zitiert: BeckOK GG/Bearbeiter).
- Beck'scher Online-Kommentar zum UWG, hrsg. v. *Fritzsche, Jörg/Münker, Rainer/Stollweck, Christoph*, 22. Ed., München Stand: 01.10.2023 (zitiert: BeckOK UWG/Bearbeiter).
- Beck'scher Online-Kommentar zur ZPO, hrsg. v. *Vorwerk, Volkert/Wolf, Christian*, 52. Ed., München Stand: 01.03.2024 (zitiert: BeckOK ZPO/Bearbeiter).
- Belanche, Daniel/Flavián, Carlos/Pérez-Rueda, Alfredo*, Understanding Interactive Online Advertising: Congruence and Product Involvement in Highly and Lowly Arousing, Skippable Video Ads, *Journal of Interactive Marketing* 2017, 75–88.
- Benway, Jan Panero*, Banner Blindness: The Irony of Attention Grabbing on the World Wide Web, *Proceedings of the Human Factors and Ergonomics Society 42nd Annual Meeting* 1998, 463–467.
- Berger, Charles/Calabrese, Richard*, Some Explorations in initial Interaction and beyond: toward a developmental Theory of interpersonal Communication, *Human Comm Res* 1975, 99–112.
- Berger, Jonab/Heath, Chip*, Where Consumers Diverge from Others: Identity Signaling and Product Domains, *J Consum Res* 2007, 121–134.
- Bergkvist, Lars/Zhou, Kris Qiang*, Celebrity endorsements: a literature review and research agenda, *International Journal of Advertising* 2016, 642–663.
- Berlo, David K./Lemert, James B./Mertz, Robert J.*, Dimensions for Evaluating the Acceptability of Message Sources, *Public Opinion Quarterly* 1969, 563–576.
- Bernd/Gijsman, Nerine/Bucher, Tamara ua*, Can I @handle it? The effects of sponsorship disclosure in TikTok influencer marketing videos with different product integration levels on adolescents' persuasion knowledge and brand outcomes, *Computers in Human Behavior* 2023, 107723.
- Birk, Axel*, UWG-Novelle 2022 – Klagerechte für Verbraucher!, *GRUR-Prax* 2020, 605–608.
- Bishop, Katie*, Who is paying \$30 for 'gamer girl' Belle Delphine's bath water?, *The Guardian* v. 12.07.2019 (abrufbar unter <https://www.theguardian.com/technology/2019/jul/12/belle-delphine-gamer-girl-instagram-selling-bath-wate>) (Stand: 12.07.2019, zuletzt abgerufen: 22.08.2024).
- BMDV*, Entwurf eines Gesetzes zur Durchführung der Verordnung (EU) 2022/2065 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Oktober 2022 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG sowie zur Durchführung der Verordnung (EU) 2019/1150 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermitt-

- lungsdiensten und zur Änderung weiterer Gesetze, https://bmdv.bund.de/SharedDocs/DE/Anlage/Gesetze/Gesetze-20/gesetz-durchfuehrung-verordnung-binnenmarkt-digitale-dienste.pdf?__blob=publicationFile (Stand: 01.08.2023, zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).
- BMJ*, Regelungsvorschlag des BMJV zur Abgrenzung nichtkommerzieller Kommunikation zur Information und Meinungsbildung von geschäftlichen Handlungen, https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RefE/Regelungsvorschlag_Influencer.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (Stand: 13.02.2023, zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).
- Boerman, Sophie C./Willemssen, Lotte M./van der Aa, Eva P.*, “This Post Is Sponsored”, *Journal of Interactive Marketing* 2017, 82–92.
- Böse, Matthias*, Influencer-Marketing, Die lauterkeitsrechtlichen Kennzeichnungspflichten von Werbebotschaften, *MDR* 2019, 769–774.
- Bourdieu, Pierre*, The Forms of Capital, in: Richardson, John G. (Hrsg.), *Handbook of Theory and Research for the Sociology of Education*, New York 1986.
- Branigan, Elizabeth/Mitsis, Ann*, Reach for Generation Y: using celebrity endorsement to communicate about nonprofit causes with young people in Australia, *Int. J. Nonprofit Volunt. Sect. Mark.* 2014, 314–321.
- Brooke-Taylor, Tim/Chapman, Graham/Cleese, John ua*, *How to Irritate People*, London 1968 (zitiert: *Brooke-Taylor/Chapman/Cleese/Feldman*, *How to Irritate People*).
- Brooks, Gillian/Drenten, Jenna/Piskorski, Mikolaj Jan*, Influencer Celebrity: How Social Media Influencers Acquire Celebrity Capital, *Journal of Advertising* 2021, 528–547.
- Brown, Duncan/Hayes, Nick*, *Influencer Marketing, Who really influences your customers?*, Amsterdam, Oxford 2008 (zitiert: *Brown/N. Hayes*, *Influencer Marketing*).
- Brtka, Roman/Witzmann, Markus*, Anm. zu BGH, Urt. v. 13.01.2022 - I ZR 35/21, *GRUR-Prax* 2022, 183.
- Bucher, Hans-Jürgen/Schumacher, Peter*, The relevance of attention for selecting news content. An eye-tracking study on attention patterns in the reception of print and online media, *Communications* 2006.
- Büscher, Wolfgang*, Das Regel-Ausnahme-Verhältnis und die sekundäre Darlegungslast bei der geschäftlichen Entscheidung des Verbrauchers, *WRP* 2019, 1249–1255.
- Büscher, Wolfgang*, Neue Unlauterkeitstatbestände und Sanktionen im Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht (Teil 1), *WRP* 2022, 1–9.
- Büscher, Wolfgang*, Neue Unlauterkeitstatbestände und Sanktionen im Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht (Teil 2), *WRP* 2022, 132–137.
- Cameron, Glen T.*, Does Publicity Outperform Advertising? An Experimental Test of the Third-Party Endorsement, *Journal of Public Relations Research* 1994, 185–207.
- Campbell, Colin/Grimm, Pamela E.*, The Challenges Native Advertising Poses: Exploring Potential Federal Trade Commission Responses and Identifying Research Needs, *Journal of Public Policy & Marketing* 2019, 110–123.
- Campbell, Margaret C./Mohr, Gina S./Verlegh, Pieter W.J.*, Can disclosures lead consumers to resist covert persuasion? The important roles of disclosure timing and type of response, *Journal of Consumer Psychology* 2013, 483–495.

- Carl, Walter J.*, The role of disclosure in organized word-of-mouth marketing programs, *Journal of Marketing Communications* 2008, 225–241.
- Carr, Caleb T./Hayes, Rebecca A.*, The Effect of Disclosure of Third-Party Influence on an Opinion Leader's Credibility and Electronic Word of Mouth in Two-Step Flow, *Journal of Interactive Advertising* 2014, 38–50.
- Carrillat, François A./d'Astous, Alain*, The sponsorship-advertising interface: is less better for sponsors?, *European Journal of Marketing* 2012, 562–574.
- Casaló, Luis V./Flavián, Carlos/Ibáñez-Sánchez, Sergio*, Influencers on Instagram: Antecedents and consequences of opinion leadership, *Journal of Business Research* 2020, 510–519.
- Chan, Kara/Prendergast, Gerard P.*, Social comparison, imitation of celebrity models and materialism among Chinese youth, *International Journal of Advertising* 2008, 799–826.
- Cheung, Christy M.K./Lee, Matthew K.O.*, Understanding the sustainability of a virtual community: model development and empirical test, *Journal of Information Science* 2009, 279–298.
- Childers, Courtney Carpenter/Lemon, Laura L./Hoy, Marica G.*, #Sponsored #Ad: Agency Perspective on Influencer Marketing Campaigns, *Journal of Current Issues & Research in Advertising* 2019, 258–274.
- Chu, Shu-Chuan/Kamal, Sara*, The Effect of Perceived Blogger Credibility and Argument Quality on Message Elaboration and Brand Attitudes, *Journal of Interactive Advertising* 2008, 26–37.
- Chu, Shu-Chuan/Kim, Yoojung*, Determinants of consumer engagement in electronic word-of-mouth (eWOM) in social networking sites, *International Journal of Advertising* 2011, 47–75.
- Chua, Tat-Seng/Leong, Mun-Kew/Myaeng, Syung Hyon ua (Hrsg.)*, SIGIR '08 - 31st annual International ACM SIGIR Conference on Research and Development in Information Retrieval, July 20–24, 2008, Singapore, New York 2008.
- Cialdini, Robert B.*, *Die Psychologie des Überzeugens, Wie Sie sich selbst und Ihren Mitmenschen auf die Schliche kommen*, Bern 2019 (zitiert: *Cialdini, Die Psychologie des Überzeugens*).
- Clark, Herbert H.*, Responding to Indirect Speech Acts, *Cognitive Psychology* 1979, 430–477.
- Colliander, Jonas/Dablén, Micael*, Following the Fashionable Friend: The Power of Social Media, *JAR* 2011, 313–320.
- Colliander, Jonas/Erlandsson, Susanna*, The blog and the bountiful: Exploring the effects of disguised product placement on blogs that are revealed by a third party, *Journal of Marketing Communications* 2015, 110–124.
- Cooley, Delonia/Parks-Yancy, Rochelle*, The Effect of Social Media on Perceived Information Credibility and Decision Making, *Journal of Internet Commerce* 2019, 249–269.
- Daft, Richard L./Lengel, Robert H.*, Organizational Information Requirements, Media Richness and Structural Design, *Management Science* 1986, 554–571.
- Dablén, Micael/Edenius, Mats*, When is Advertising Advertising? Comparing Responses to Non-Traditional and Traditional Advertising Media, *Journal of Current Issues & Research in Advertising* 2007, 33–42.

- Dannecker, Sophie*, Kurzer Ausblick nach Frankreich, Französisches Parlament verabschiedet Gesetz zum Schutz von Kinder-Influencern, NZFam 2020, 1093–1094.
- Dannecker, Sophie*, Die Grenzen der elterlichen Sorge bei der Veröffentlichung von Bildern und Videos des eigenen Kindes in sozialen Netzwerken und auf Video-Sharing-Plattformen, (zugl. Diss. Bonn 2024), Trier 2024 (zitiert: *Dannecker*, Die Grenzen der elterlichen Sorge).
- Darke, Peter R./Ritchie, Robin J.B.*, The Defensive Consumer: Advertising Deception, Defensive Processing, and Distrust, *Journal of Marketing Research* 2007, 114–127.
- Davison, W. Phillips*, The Third-Person Effect in Communication., *Public Opinion Quarterly* 1983, 1–15.
- Dhanesh, Ganga S./Dutbler, Gaele*, Relationship management through social media influencers: Effects of followers' awareness of paid endorsement, *Public Relations Review* 2019, 1–13.
- Dion, Karen/Berscheid, Ellen/Walster, Elaine*, What is beautiful is good, *Journal of Personality and Social Psychology* 1972, 285–290.
- Doorn/Lemon, Katherine N./Mittal, Vikas ua*, Customer Engagement Behavior: Theoretical Foundations and Research Directions, *Journal of Service Research* 2010, 253–266.
- Douglas, Morton*, Anm. zu OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 23.10.2019 - 6 W 68/19, GRUR-Prax 2019, 561.
- Dreyer, Stephan/Lampert, Claudia/Schulze, Anne*, Kinder und Onlinewerbung, Erscheinungsformen von Werbung im Internet, ihre Wahrnehmung durch Kinder und ihr regulatorischer Kontext, Leipzig 2014 (zitiert: *Dreyer/Lampert/Schulze*, Kinder und Onlinewerbung).
- Driscoll, Paul D./Salwen, Michael B.*, Self-Perceived Knowledge of the O.J. Simpson Trial: Third-Person Perception and Perceptions of Guilt, *Journalism & Mass Communication Quarterly* 1997, 541–556.
- Duchowski, Andrew T./Vertegaal, Roel/Senders, John W. (Hrsg.)*, ETRA 2002, New York 2002.
- Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz, Rupert (Hrsg.)*, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, München 103. EL Januar 2024 (zitiert: *Dürig/Herzog/Scholz/Bearbeiter*).
- Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz, Rupert (Hrsg.)*, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 4, München 103. EL Januar 2024 (zitiert: *Dürig/Herzog/Scholz/Bearbeiter*).
- Dwivedi, Abhishek/Johnson, Lester W.*, Trust–commitment as a mediator of the celebrity endorser–brand equity relationship in a service context, *Australasian Marketing Journal (AMJ)* 2013, 36–42.
- Eagly, Alice H./Chaiken, Shelly*, Cognitive Theories of Persuasion, in: *Berkowitz, Leonard (Hrsg.)*, *Advances in Experimental Social Psychology*, 1984, S. 267–359.
- Edvardsson, Bo/Tronvoll, Bård/Gruber, Thorsten*, Expanding understanding of service exchange and value co-creation: a social construction approach, *J. of the Acad. Mark. Sci.* 2011, 327–339.
- Eibenstein, Henrik*, Anm. zu LG Köln, Urt. v. 21.07.2020 - 33 I 138/19, ZVertriebsR 2020, 320–322.
- Eibenstein, Henrik/Schlereth, Erik*, Anmerkung zu OLG Hamburg, Urt. v. 02.07.2020 - 15 U 142/19, MMR 2020, 771–772.

- Eisenbeiss, Maik/Blechsmidt, Boris/Backhaus, Klaus ua*, "The (Real) World Is Not Enough:" Motivational Drivers and User Behavior in Virtual Worlds, *Journal of Interactive Marketing* 2012, 4–20.
- Eisend, Martin*, Explaining The Impact Of Scarcity Appeals In Advertising: The Mediating Role of Perceptions of Susceptibility, *Journal of Advertising* 2008, 33–40.
- Eisend, Martin*, Persuasion knowledge and third-person perceptions in advertising: the moderating effect of regulatory competence, *International Journal of Advertising* 2015, 54–69.
- Eisend, Martin*, Two-sided advertising: A meta-analysis, *International Journal of Research in Marketing* 2006, 187–198.
- Engels, Stefan*, AdBlocker auf dem Prüfstand, *GRUR-Prax* 2015, 338–340.
- Enke, Nadja/Borchers, Nils S.*, Social Media Influencers in Strategic Communication: A Conceptual Framework for Strategic Social Media Influencer Communication, *International Journal of Strategic Communication* 2019, 261–277.
- Eppendorf, Katharina Meyer zu*, Instagram: "Wir wollen den Menschen den Druck nehmen, perfekt zu sein", *Die Zeit* v. 06.10.2020 (abrufbar unter <https://www.zeit.de/digital/mobil/2020-10/instagram-justin-osofsky-coo-jubilaem-social-media-schoenhheitsideale> (Stand: 06.10.2020, zuletzt abgerufen am 22.08.2024).
- Erdogan, B. Zafer*, Celebrity Endorsement: A Literature Review, *Journal of Marketing Management* 1999, 291–314.
- Erz, Antonia/Heeris Christensen, Anna-Bertha*, Transforming Consumers Into Brands: Tracing Transformation Processes of the Practice of Blogging, *Journal of Interactive Marketing* 2018, 69–82.
- Escalas, Jennifer Edson/Bettman, James R.*, Connecting With Celebrities: How Consumers Appropriate Celebrity Meanings for a Sense of Belonging, *Journal of Advertising* 2017, 297–308.
- Esch, Franz-Rudolph/Stenger, Daniel/Krieger, Kai Harald*, Virale Markenkommunikation erfolgreich managen, in: *Schüller, Anne M./Schwarz, Thorsten (Hrsg.)*, Leitfaden WOM Marketing. Die neue Empfehlungsgesellschaft, Waghäusel 2010, S. 113–131.
- Europäische Kommission*, Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt - C/2021/9320, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A52021XC1229%2805%29> (Stand: 20.12.2023).
- Europäisches Parlament*, Bericht über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinien 84/450/EWG, 97/7/EG and 98/27/EG (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken) | A5-0188/2004, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-5-2004-0188_DE.html (Stand: 18.03.2004, zuletzt abgerufen am 22.08.2024).
- Eva Herman*, Telegram-Account, <https://t.me/s/EvaHermanOffiziell> (zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).

- Evans, Nathaniel J./Phua, Joe/Lim, Jay ua*, Disclosing Instagram Influencer Advertising: The Effects of Disclosure Language on Advertising Recognition, Attitudes, and Behavioral Intent, *Journal of Interactive Advertising* 2017, 138–149.
- Eyal, Keren/Rubin, Alan M.*, Viewer Aggression and Homophily, Identification, and Parasocial Relationships With Television Characters, *Journal of Broadcasting & Electronic Media* 2003, 77–98.
- Fang, Yu-Hui/Tang, Kwei/Li, Chia-Ying ua*, On electronic word-of-mouth diffusion in social networks: curiosity and influence, *International Journal of Advertising* 2018, 360–384.
- Faraday, Pete*, Visually Critiquing Web Pages, <http://facweb.cs.depaul.edu/cmiller/faraday/Faraday.htm> (zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).
- Fedderson, Jörn*, Neue Transparenzanforderungen im Onlinebereich: Online-Marktplätze - Verbraucherbewertungen - Influencer, *WRP* 2022, 789–794.
- Feick, Lawrence/Gierl, Heribert*, Skepticism about advertising: A comparison of East and West German consumers, *International Journal of Research in Marketing* 1996, 227–235.
- Fezer, Karl-Heinz*, Lebensmittelimitate, gentechnisch veränderte Produkte und CSR-Standards als Gegenstand des Informationsgebots im Sinne des Art. 7 UGP-RL, Lauterkeitsrechtliche Informationspflichten nach § 5a UWG zum Schutz vor irreführender Lebensmittelvermarktung, *WRP* 2010, 577–585.
- Fezer, Karl-Heinz/Büscher, Wolfgang/Obergfell, Eva Inés (Hrsg.)*, Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 3. Aufl., München 2016 (zitiert: *Fezer/Büscher/Obergfell/Bearbeiter*).
- Fink, Janet S./Cunningham, George B./Kensicki, Linda Jean*, Using Athletes as Endorsers to Sell Women's Sport: Attractiveness vs. Expertise, *Journal of Sport Management* 2004, 350–367.
- Fries, Peter*, Influencer-Marketing, Informationspflichten bei Werbung durch Meinungsführer in Social Media (zugl. Diss. Passau 2018), Wiesbaden 2019 (zitiert: *Fries, Influencer-Marketing*).
- Friestad, Marian/Wright, Peter*, The Persuasion Knowledge Model: How People Cope with Persuasion Attempts, *Journal of Consumer Research* 1994, 1–31.
- Fuchs, Thomas/Hahn, Caroline*, Erkennbarkeit und Kennzeichnung von Werbung im Internet, Rechtliche Einordnung und Vorschläge für Werbefragen in sozialen Medien, *MMR* 2016, 503–507.
- Gerecke, Martin*, Anm. zu KG, *Beschl. v. 11.10.2017 - 5 W 221/17*, *GRUR-Prax* 2018, 58.
- Gerecke, Martin*, Anm. zu LG Berlin, *Urt. v. 24.05.2018 - 52 O 101/18*, *GRUR-Prax* 2018, 363.
- Gerecke, Martin*, Kennzeichnung von werblichen Beiträgen im Online-Marketing, *GRUR* 2018, 153–159.
- Gersdorf, Hubertus*, Verbot presseähnlicher Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, *AfP* 2010.
- Gillin, Paul/Moore, Geoffrey A.*, The new influencers, A marketer's guide to the new social media, *Freson*, Ca 2009 (zitiert: *Gillin/Moore, The new influencers*).
- Glöckner, Jochen*, Ausgestaltung der Individualansprüche von Verbrauchern bei Lauterkeitsverstößen, *GRUR* 2021, 919–929.
- Glöckner, Jochen*, Der gegenständliche Anwendungsbereich des Lauterkeitsrechts nach der UWG-Novelle 2008, ein Paradigmenwechsel mit Folgen, *WRP* 2009, 1175–1188.

- Glöckner, Jochen*, Lauterkeitsrechtliche Schranken für Influencer in sozialen Medien, NJW 2021, 3427–3431.
- Göbel, Fabian/Meyer, Anton/Ramaseshan, B. ua*, Consumer responses to covert advertising in social media, *Mrketing Intelligence & Plan* 2017, 578–593.
- Goethals, George R./Reckman, Richard F.*, The perception of consistency in attitudes, *Journal of Experimental Social Psychology* 1973, 491–501.
- Goffman, Erving*, *The Presentation of Self in Everyday Life*, New York 1959 (zitiert: *Goffman, The Presentation of Self*).
- Golan, Guy J./Day, Anita G.*, The First-Person Effect and Its Behavioral Consequences: A New Trend in the Twenty-Five Year History of Third-Person Effect Research, *Mass Communication and Society* 2008, 539–556.
- Goldberg, Joseph H./Stimson, Mark J./Lewenstein, Marion ua*, Eye tracking in web search tasks, in: *Duchowski, Andrew T./Vertegaal, Roel/Senders, John W. (Hrsg.)*, *ETRA 2002*, New York 2002, S. 51.
- Goldman, William/Lewis, Philip*, Beautiful is good: Evidence that the physically attractive are more socially skillful, *Journal of Experimental Social Psychology* 1977, 125–130.
- Gong, Wanqi/Li, Xigen*, Engaging fans on microblog: the synthetic influence of parasocial interaction and source characteristics on celebrity endorsement, *Psychol. Mark.* 2017, 720–732.
- Gräbig, Johannes*, Anmerkung zu OLG München, Urt. v. 25.06.2020 - 29 U 2333/19, *MR-Int* 2020, 86–88.
- Grau, Alexander*, Der neue „woke“ Kapitalismus – „Keine Heuchelei, es ist viel schlimmer“, <https://www.swr.de/swr2/wissen/der-neue-woke-kapitalismus-keine-heuchelei-es-ist-viel-schlimmer-sw2-wissen-aula-2022-09-11-100.html> (Stand: 15.09.2022, zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).
- Grevisse, Maurice/Goosse, André*, *Le bon usage*, Grammaire française, 13. Aufl., Paris 1993 (zitiert: *Grevisse/Goosse, Le bon usage*).
- Gröhl, Stefanie*, Digitale Kinderarbeit – Ein blinder Fleck des Jugendarbeitsschutzgesetzes?, *ARP* 2022, 374–377.
- Großkommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Nebengesetzen*, hrsg. v. *Teplitzky, Otto/Peifer, Karl-Nikolaus/Leistner, Matthias*, Bd. 1, 2. Aufl., Berlin 2012 (zitiert: *GK-UWG/Bearbeiter*).
- Großkommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Nebengesetzen*, hrsg. v. *Teplitzky, Otto/Peifer, Karl-Nikolaus/Leistner, Matthias*, Bd. 2, 2. Aufl., Berlin 2013 (zitiert: *GK-UWG/Bearbeiter*).
- Gunther, Albert*, What We Think Others Think, *Communication Research* 1991, 355–372.
- Hamacher, Karl*, „GOOD NEWS II“: Hat der EuGH die Vollharmonisierung des Lauterkeitsrechtes in Teilbereichen abgeschafft?, *GRUR-Prax* 2014, 365–367.
- Hamburger Kommentar Gesamtes Medienrecht*, hrsg. v. *Paschke, Marian/Berlit, Wolfgang/Meyer, Klaus ua*, 4. Aufl., Baden-Baden 2020 (zitiert: *Hamburger Kommentar Ges Medienrecht/Bearbeiter*).

- Harte-Bavendamm, Henning/Henning-Bodewig, Frauke (Hrsg.)*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 5. Aufl., München 2021 (zitiert: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Bearbeiter).
- Hartmann, Patrick/Marcos, Aitor/Apaolaza, Vanessa*, Past, present, and future of research on corporate social responsibility advertising, *International Journal of Advertising* 2022, 1–9.
- Haseborg, Volker Ter*, Greenpeace gegen Nestlé: Wenn ein Netzwerk zur Waffe wird, *Hamburger Abendblatt* v. 8.8.2012 (abrufbar unter <https://www.abendblatt.de/kultur-live/article108535879/Greenpeace-gegen-Nestle-Wenn-ein-Netzwerk-zur-Waffe-wird.html>) (Stand: 25.03.2010, zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).
- Hauch, Alexander*, Influencer-Marketing – Änderungen im UWG, *GRUR-Prax* 2021, 370–373.
- Hearn, Alison*, Confessions of a Radical Eclectic: Reality Television, Self-Branding, Social Media, and Autonomist Marxism, *Journal of Communication Inquiry* 2011, 313–321.
- Hecker, Bernd/Müller, Hans-Friedrich*, Europäisches Verbraucherleitbild und Schutz vor irreführenden Geschäftspraktiken am Beispiel sog. „Internet-Kostenfallen“ aus lauterkeits- und betrugsstrafrechtlicher Sicht, *Zugleich Besprechung von BGH, Urt. v. 5.3.2014 – 2 StR 616/12, ZWH* 2014, 329–336.
- Heermann, Peter W./Schlingloff, Jochen (Hrsg.)*, Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 3. Aufl., München 2020 (zitiert: MüKo Lauterkeitsrecht/Bearbeiter).
- Heins, Markus/Lefeldt, Stefanie*, Medienstaatsvertrag: Journalistische Sorgfaltspflichten für Influencer*innen, *MMR* 2021, 126–130.
- Hennig-Thurau, Thorsten/Gwinner, Kevin P./Walsh, Gianfranco ua*, Electronic word-of-mouth via consumer-opinion platforms: What motivates consumers to articulate themselves on the Internet?, *Journal of Interactive Marketing* 2004, 38–52.
- Henning-Bodewig, Frauke*, Haften Privatpersonen nach dem UWG?, *GRUR* 2013, 26–32.
- Henning-Bodewig, Frauke*, Influencer-Marketing - der "Wilde Westen des Werbens"?, *WRP* 2017, 1415–1421.
- Ho, Jason Y.C./Dempsey, Melanie*, Viral marketing: Motivations to forward online content, *Journal of Business Research* 2010, 1000–1006.
- Hoche, Angelika*, Influencer Marketing - Update, *IPRB* 2019, 165–168.
- Horton, Donald/Wohl, R. Richard*, Mass Communication and Para-Social Interaction, *Observations on Intimacy at a Distance*, *Psychiatry* 1956, 215–229.
- House of Yas*, Was du aus deinen Instagram Insights lernen kannst, <https://houseofyas.de/content-planung/instagram-insights/> (zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).
- Howells, Geraint/Micklitz, Hans-Wolfgang/Wilhemsson, Thomas*, *European Fair Trading Law, The Unfair Commercial Practices Directive*, London 2006 (zitiert: *Howells/Micklitz/Wilhemsson*, *European Fair Trading Law*).
- Hsieh, Jung-Kuei/Hsieh, Yi-Ching/Tang, Yu-Chien*, Exploring the disseminating behaviors of eWOM marketing: persuasion in online video, *Electron Commer Res* 2012, 201–224.
- Hub, Jisu/Langtean, Rita*, Presumed Influence of DTC Prescription Drug Advertising: Do Experts and Novices Think Differently?, *Communication Research* 2007, 25–52.

- Hummel, Tassilo/Karon, Jan*, Telegram – Der Messengerdienst als rechtsfreier Raum, SWR2 v. 19.03.2021 (abrufbar unter <https://www.swr.de/swr2/wissen/telegram-der-messengerdienst-als-rechtsfreier-raum-sw2-wissen-2021-06-02-100.html>) (Stand: 15.12.2021, zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).
- Hung, Kineta*, Why Celebrity Sells: A Dual Entertainment Path Model of Brand Endorsement, *Journal of Advertising* 2014, 155–166.
- Hwang, Yoori/Jeong, Se-Hoon*, “This is a sponsored blog post, but all opinions are my own”: The effects of sponsorship disclosure on responses to sponsored blog posts, *Computers in Human Behavior* 2016, 528–535.
- Ilicic, Jasmina/Webster, Cynthia M.*, Being True to Oneself: Investigating Celebrity Brand Authenticity, *Psychol. Mark.* 2016, 410–420.
- Isaksen, Katja Jezkova/Roper, Stuart*, The impact of branding on low-income adolescents: A vicious cycle?, *Psychol. Mark.* 2008, 1063–1087.
- Jäger, Manuel*, Trennungs- und Kennzeichnungsgebot im Lauterkeits- und Medienrecht, (zugl. Diss. Jena 2016), Baden-Baden 2017 (zitiert: *Jäger*, Trennungs- und Kennzeichnungsgebot).
- Jensen Schau, Hope/Gilly, Mary C.*, We Are What We Post? Self-Presentation in Personal Web Space, *J Consum Res* 2003, 385–404.
- Jiang, Mengtian/McKay, Brigitte A./Richards, Jef I. ua*, Now You See Me, But You Don't Know: Consumer Processing of Native Advertisements in Online News Sites, *Journal of Interactive Advertising* 2017, 92–108.
- Jin, S. Venus/Muqaddam, Aziz/Ryu, Ebri*, Instafamous and social media influencer marketing, *Mrketing Intelligence & Plan* 2019, 567–579.
- Jin, Seung-A Annie/Phua, Joe*, Following Celebrities' Tweets About Brands: The Impact of Twitter-Based Electronic Word-of-Mouth on Consumers' Source Credibility Perception, Buying Intention, and Social Identification With Celebrities, *Journal of Advertising* 2014, 181–195.
- Joe, Alicia*, 10 Gründe FÜR Kinderfotos im Netz (logisch widerlegt), <https://www.youtube.com/watch?v=-63uOBE8MBw> (Stand: 22.01.2023, zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).
- Joe, Alicia*, Kinderinfluencer: Zu jung, zu fame, zu freizügig?, https://www.youtube.com/watch?v=bK055_gAXdg (Stand: 13.06.2021, zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).
- Johnson, Thomas J./Kaye, Barbara K.*, Wag the Blog: How Reliance on Traditional Media and the Internet Influence Credibility Perceptions of Weblogs Among Blog Users, *Journalism & Mass Communication Quarterly* 2004, 622–642.
- Juneja, Avneet*, Viral Marketing Through Social Media - All I Want For Xmas Is A PSP, <https://advertisingandsocialmedia.wordpress.com/2012/10/28/all-i-want-for-xmas-is-a-psp-3/> (Stand: 28.10.2012, zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).
- Jung, A-Reum/Heo, Jun*, Ad Disclosure vs. Ad Recognition: How Persuasion Knowledge Influences Native Advertising Evaluation, *Journal of Interactive Advertising* 2019, 1–14.
- Jüngels, Leonie*, Recht auf Credits, TikTok-Tänze als pantomimische Werke, *ZUM* 2022, 277–286.

- juris Praxiskommentar zum UWG, hrsg. v. *Seichter, Dirk*, 5. Aufl., Saarbrücken 2021 (zitiert: *jurisPK-UWG/Bearbeiter*).
- jurisPK-Internetrecht, hrsg. v. *Heckmann, Dirk/Paschke, Anne*, 7. Aufl., Saarbrücken 2021 (zitiert: *jurisPK-Internetrecht/Bearbeiter*).
- Kamins, Michael A.*, An Investigation into the “Match-up” Hypothesis in Celebrity Advertising: When Beauty May Be Only Skin Deep, *Journal of Advertising* 1990, 4–13.
- Kapitan, Sommer/Silvera, David*, From digital media influencers to celebrity endorsers: attributions drive endorser effectiveness., *Mark Lett* 2016, 553–567.
- Kaplan, Andreas M./Haenlein, Michael*, Users of the world, unite! The challenges and opportunities of Social Media, *Business Horizons* 2010, 59–68.
- Katona, Zsolt/Zubcsek, Peter Pal/Sarvary, Miklos*, Network Effects and Personal Influences: The Diffusion of an Online Social Network, *Journal of Marketing Research* 2011, 425–443.
- Katz, Elihu/Lazarsfeld, Paul F.*, *Personal Influence, The Part Played by People in the Flow of Mass Communications*, London 1964 (zitiert: *Katz/Lazarsfeld, Personal Influence*).
- Kay, Samantha/Mulcahy, Rory/Parkinson, Joy*, When less is more: the impact of macro and micro social media influencers’ disclosure, *Journal of Marketing Management* 2020, 248–278.
- Keel, Astrid/Natarajan, Rajan*, Celebrity Endorsements and Beyond: New Avenues for Celebrity Branding, *Psychol. Mark.* 2012, 690–703.
- Keller, Erhard*, Stellungnahme des Fachausschusses für Wettbewerbs- und Markenrecht der GRUR zum Referententwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, *GRUR* 2021, 456–461.
- Kelman, Herbert C.*, Compliance, identification, and internalization, three processes of attitude change, *Journal of Conflict Resolution* 1958, 51–60.
- Kelman, Herbert C.*, Interests, relationships, identities: three central issues for individuals and groups in negotiating their social environment, *Annu Rev Psychol* 2006, 1–26.
- Khamis, Susie/Ang, Lawrence/Welling, Raymond*, Self-branding, ‘micro-celebrity’ and the rise of Social Media Influencers, *Celebrity Studies* 2017, 191–208.
- Kietzmann, Jan H./Hermkens, Kristopher/McCarthy, Ian P. ua*, Social media? Get serious! Understanding the functional building blocks of social media, *Business Horizons* 2011, 241–251.
- Kim, Bong-Hyun/Pasadeos, Yorgo/Barban, Arnold*, On the Deceptive Effectiveness of Labeled and Unlabeled Advertorial Formats, *Mass Communication and Society* 2001, 265–281.
- Kim, Hyojin/Ko, Eunju/Kim, Juran*, SNS users’ para-social relationships with celebrities: social media effects on purchase intentions, *Journal of Global Scholars of Marketing Science* 2015, 279–294.
- Kim, Samuel Seongseop/Lee, Jinsoo/Prideaux, Bruce*, Effect of celebrity endorsement on tourists’ perception of corporate image, corporate credibility and corporate loyalty, *International Journal of Hospitality Management* 2014, 131–145.
- King, Irwin/Nejdl, Wolfgang/Li, Hang (Hrsg.)*, *WSDM - proceedings of the 4th ACM International Conference on Web Search and Data Mining*, February 9-12, 2011, Hong Kong, China, New York 2011.

- Klickermann, Paul H.*, Influencer-Marketing im Fokus des Kennzeichnungsgebots, „Native Advertising“ als innovative Werbeform für verändertes Nutzerverhalten – ein Rechtsprechungüberblick, MMR 2020, 150–155.
- Knoll, Johannes/Matthes, Jörg*, The effectiveness of celebrity endorsements: a meta-analysis, J. of the Acad. Mark. Sci. 2017, 55–75.
- Köberlein, Lilian*, Influencer-Marketing und Vertriebsrecht, ZVertriebsR 2020, 221–224.
- Köberlein, Lilian*, Kennzeichnungspflichten beim Influencer-Marketing: Die drei Influencer-Urteile des BGH, ZVertriebsR 2022, 102–108.
- Koch, Thomas*, GOOD NEWS aus Luxemburg?, Förderung fremden Wettbewerbs ist keine Geschäftspraktik, Festschrift für *Helmut Köbler* zum 70. Geburtstag, München 2014, S. 359–369.
- Köbler, Helmut*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 29.09.2016 - I ZR 160/15 - Servicepauschale, WRP 2017, 302–303.
- Köbler, Helmut*, UWG 2015: Neue Maßstäbe für Informationspflichten der Unternehmer, WRP 2017, 1–7.
- Köbler, Helmut/Bornkamm, Joachim (Hrsg.)*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 28. Aufl., München 2010 (zitiert: Köhler/Bornkamm/Bearbeiter).
- Köbler, Helmut/Bornkamm, Joachim (Hrsg.)*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 29. Aufl., München 2011 (zitiert: Köhler/Bornkamm/Bearbeiter).
- Köbler, Helmut/Bornkamm, Joachim (Hrsg.)*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 30. Aufl., München 2012 (zitiert: Köhler/Bornkamm/Bearbeiter).
- Köbler, Helmut/Bornkamm, Joachim (Hrsg.)*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 33. Aufl., München 2015 (zitiert: Köhler/Bornkamm/Bearbeiter).
- Köbler, Helmut/Bornkamm, Joachim/Feddersen, Jörn ua (Hrsg.)*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 40. Aufl., München 2022 (zitiert: Köhler/Bornkamm/Feddersen/Bearbeiter).
- Köbler, Helmut/Bornkamm, Joachim/Feddersen, Jörn ua (Hrsg.)*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 42. Aufl., München 2024 (zitiert: Köhler/Bornkamm/Feddersen/Bearbeiter).
- Köbler, Helmut/Lettl, Tobias*, Das geltende Lauterkeitsrecht, der Vorschlag für eine EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken und die UWG-Reform, WRP 2003, 1019–1057.
- Köbler, Markus*, #Alles Werbung? – Influencer im Strudel der Gesetzgebung, ZUM 2020, 294–296.
- Köbler, Markus*, #Steinstattbrot? - Influencer-Posts in der BGH-Rechtsprechung, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 09.09.2021 - I ZR 125/20 - Influencer II, ZUM-RD 2021, 689–693.
- Köbler, Samantha*, Influencer-Marketing: Kennzeichnungspflichten nach UWG, GRUR-Prax 2019, 343–345.
- Kozinets, Robert V./Valck, Kristine de/Wojnicki, Andrea C. ua*, Networked Narratives: Understanding Word-of-Mouth Marketing in Online Communities, Journal of Marketing 2010, 71–89.
- Kroeber-Riel, Werner/Gröppel-Klein, Andrea*, Konsumentenverhalten, 11. Aufl., München 2019 (zitiert: Kroeber-Riel/Gröppel-Klein, Konsumentenverhalten).
- Kuhn, Kerri-Ann L./Hume, Margee/Love, Anita*, Examining the Covert Nature of Product Placement: Implications for Public Policy, Journal of Promotion Management 2010, 59–79.

- Küster, Franziska/Eisend, Martin*, Time heals many wounds – explaining the immediate and delayed effects of message sidedness, *International Journal of Advertising* 2016, 664–681.
- Laoutoumai, Sebastian/Heins, Markus*, Anmerkung zu LG Hagen: Urt. v. 13.09.2017 - 23 O 30/17, *MMR* 2018, 106–109.
- Lau, Annika*, Lena Meyer-Landrut kooperiert mit H&M – und ihre Fans sind enttäuscht, *STERN.de* v. 26.4.2019 (abrufbar unter <https://www.stern.de/neon/wilde-welt/gesellschaft/lena-meyer-landrut-kooperiert-mit-h-m---und-ihre-fans-sind-enttaeuscht-8684134.html>) (Stand: 26.04.2019, zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).
- Lee, Joonghwa/Kim, Soojung/Ham, Chang-Dae*, A Double-Edged Sword? Predicting Consumers' Attitudes Toward and Sharing Intention of Native Advertising on Social Media, *American Behavioral Scientist* 2016, 1425–1441.
- Lee, Jung Eun/Watkins, Brandi*, YouTube vloggers' influence on consumer luxury brand perceptions and intentions, *Journal of Business Research* 2016, 5753–5760.
- Lee, Susanna S./Johnson, Benjamin K.*, Are they being authentic? The effects of self-disclosure and message sidedness on sponsored post effectiveness, *International Journal of Advertising* 2022, 30–53.
- Leeb, Christina-Maria*, Anm. zu BGH, Urt. v. 09.09.2021 - Influencer I, *RDi* 2021, 555–556.
- Leeb, Christina-Maria/Maisch, Marc*, Social-Media-Stars und -Sternchen im rechtsfreien Raum?, *ZUM* 2019, 29–40.
- Leeb, Christina-Maria/Seiter, Florian*, Rundfunklizenzpflicht für Streaming-Angebote?, *ZUM* 2017, 573–581.
- Lebr, Matthias*, Anm. zu BGH, Urt. v. 09.09.2021 - Influencer I, *GRUR-Prax* 2021, 643.
- Lemmert, Miriam*, Die Vermarktung des Kindes im Influencer-Marketing, *Kinderrechte in sozialen Netzwerken* (zugl. Diss. Bochum 2021), Baden-Baden 2022 (zitiert: *Lemmert*, Die Vermarktung des Kindes im Influencer-Marketing).
- Lettl, Tobias*, Die geschäftliche Relevanz nach §§ 3 Abs. 2, 3a, 4a Abs. 1, 5 Abs. 1 S. 1 und 5a Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 2 UWG (§§ 3, 3a, 4a Abs. 1, 5 Abs. 1 S. 1, 5a Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 2 UWG), *WRP* 2019, 1265–1275.
- Lettl, Tobias*, Die lauterkeitsrechtliche Beurteilung des sog. Influencer-Marketings, *WRP* 2021, 1384–1392.
- Lichtnecker, Florian*, Neues aus dem Social Media-Marketing, *MMR* 2018.
- Liljander, Veronica/Gummerus, Johanna/Söderlund, Magnus*, Young consumers' responses to suspected covert and overt blog marketing, *Internet Research* 2015, 610–632.
- Lin, Hsin-Chen/Bruning, Patrick F./Swarna, Hepsi*, Using online opinion leaders to promote the hedonic and utilitarian value of products and services, *Business Horizons* 2018, 431–442.
- Lingner Marketing GmbH*, Low-Involvement-Produkte - Marketing Glossar, <https://www.lingner.de/marketing-glossar/148-low-involvement-produkte> (zuletzt angerufen am: 22.08.2024).
- Lobe, Adrian*, Selbst Faktenprüfer produzieren Fake-News, *Neue Zürcher Zeitung* v. 19.11.2020 (abrufbar unter <https://www.nzz.ch/feuilleton/selbst-faktenpruefer-produzieren-fake-news-ld.1573295>) (Stand: 19.11.2020, zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).

- Lorenzon, Kristian/Russell, Cristel Antonia*, From apathy to ambivalence: How is persuasion knowledge reflected in consumers' comments about in-game advertising?, *Journal of Marketing Communications* 2012, 55–67.
- Lou, Chen/Tan, Sang-Sang/Chen, Xiaoyu*, Investigating Consumer Engagement with Influencer- vs. Brand-Promoted Ads: The Roles of Source and Disclosure, *Journal of Interactive Advertising* 2019, 169–186.
- Lou, Chen/Yuan, Shupe*, Influencer Marketing: How Message Value and Credibility Affect Consumer Trust of Branded Content on Social Media, *Journal of Interactive Advertising* 2019, 58–73.
- Lwin, May/Wirtz, Jochen/Williams, Jerome D.*, Consumer online privacy concerns and responses: a power–responsibility equilibrium perspective, *J. of the Acad. Mark. Sci.* 2007, 572–585.
- Maatz, Felix*, Influencer Marketing, Eine medien- und lauterkeitsrechtliche Analyse (zugl. Diss. Freiburg 2021), Baden-Baden 2021 (zitiert: *Maatz*, Influencer-Marketing).
- MacDonald, Pat*, Narcissism in the modern world, *Psychodynamic Practice* 2014, 144–153.
- Maier, Philipp*, Anm. zu OLG Karlsruhe, Urt. v. 09.09.2020 - 6 U 38/19, *jurisPR-WettbR* 20/2020 Anm. 5.
- Mallick, Rani/Weller, David*, "Authentisch, glaubwürdig, aber nicht privat", Ein Blick auf die aktuellen Entwicklungen im Influencer-Marketing, *WRP* 2018, 1289–1294.
- Mallick, Rani/Weller, David*, Aktuelle Entwicklungen im Influencer Marketing, Ein Blick aus der Praxis, *WRP* 2018, 155–161.
- Martínez-López, Francisco J./Anaya-Sánchez, Rafael/Fernández Giordano, Marisel* ua, Behind influencer marketing: key marketing decisions and their effects on followers' responses, *Journal of Marketing Management* 2020, 579–607.
- McCracken, Grant*, Who is the Celebrity Endorser? Cultural Foundations of the Endorsement Process, *J Consum Res* 1989, 310.
- McGlone, Matthew S./Beck, Gary/Pfiester, Abigail*, Contamination and Camouflage in Euphemisms, *Communication Monographs* 2006, 261–282.
- McGuire, William J.*, Attitudes and Attitude Change, in: *Lindzey, Gardner/Aronson, Elliot* (Hrsg.), *Handbook of Social Psychology. Volume II - Special Fields and Applications*, 3. Aufl., New York 1985, S. 233–346.
- McLeod, Douglas M./Eveland, William P./Nathanson, Amy I.*, Support for Censorship of Violent and Misogynic Rap Lyrics, *Communication Research* 1997, 153–174.
- Medienanstalt Hamburg/Schleswig-Holstein*, MA HSH geht gegen Schleichwerbung bei YouTube vor, <https://www.ma-hsh.de/infotehk/pressemitteilung/ma-hsh-geht-gegen-schleichwerbung-bei-youtube-vor.html> (Stand: 27.03.2017, zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).
- die medienanstalten*, Erläuterungen zur Werbesatzung, https://www.die-medienanstalten.de/fileadmin/user_upload/Rechtsgrundlagen/Satzungen_Geschaefts_Verfahrensordnungen/Werbesatzung_Erlaeuterungen.pdf (Stand: 17.02.2021, zuletzt abgerufen am 22.08.2024).

- die medienanstalten*, Werbekennzeichnung bei Online-Medien, <https://www.die-medienanstalten.de/service/merkblaetter-und-leitfaeden/leitfaden-werbekennzeichnung-bei-online-medien/> (Stand: 06.2024; zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).
- die medienanstalten*, Werberichtlinie/Fernsehen (außer Kraft), <https://medienanstalt-mv.de/media/law/53/attachment-1426250402.pdf> (Stand: 18.09.2012, zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).
- die medienanstalten*, Werbesatzung, <https://www.die-medienanstalten.de/service/rechtsgrundlagen/werbesatzung/> (Stand: 17.02.2021, zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).
- Meppelink, Corine S./Smit, Edith G./Fransen, Marieke L.* ua, "I was Right about Vaccination": Confirmation Bias and Health Literacy in Online Health Information Seeking, *J Health Commun* 2019, 129–140.
- Meta*, Faktenprüfung auf Facebook | Meta-Hilfereich für Unternehmen, <https://de-de.facebook.com/business/help/2593586717571940> (zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).
- Meta*, Mithilfe des Labels „Bezahlte Werbepartnerschaft“ organischen Branded Content auf Instagram markieren | Instagram-Hilfereich, <https://de-de.facebook.com/help/instagram/1109894795810258> (zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).
- Meyer-Blankenburg, Lukas/Hachmeister, Lutz*, Die SPIEGEL-Affäre 1962 – Meilenstein für die Pressefreiheit, <https://www.swr.de/swr2/wissen/die-spiegel-ffaere-1962-meilenstein-fuer-die-pressefreiheit-swr2-wissen-archivradio-2022-10-03-100.html> (Stand: 02.10.2022, zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).
- Miller, Dale T.*, Ego involvement and attributions for success and failure, *Journal of Personality and Social Psychology* 1976, 901–906.
- Ministère de l'économie des finances et de la souveraineté industrielle et numérique*, Quels sont mes devoirs?, <https://www.economie.gouv.fr/influenceurs-quels-sont-mes-devoirs> (zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).
- Minton, Elizabeth/Lee, Christopher/Orth, Ulrich* ua, Sustainable Marketing and Social Media, *Journal of Advertising* 2012, 69–84.
- Moench, Oliver*, Neue Begriffsbestimmung für regulierte Telekommunikationsdienste, *NVwZ* 2021, 1652–1657.
- Moses, Louis J./Baldwin, Dare A.*, What Can the Study of Cognitive Development Reveal About Children's Ability to Appreciate and Cope with Advertising?, *American Marketing Association* 2005, 186–201.
- Moulard, Julie Guidry/Garrity, Carolyn Popp/Rice, Dan Hamilton*, What Makes a Human Brand Authentic? Identifying the Antecedents of Celebrity Authenticity, *Psychol. Mark.* 2015, 173–186.
- Moulard, Julie Guidry/Rice, Dan Hamilton/Garrity, Carolyn Popp* ua, Artist Authenticity: How Artists' Passion and Commitment Shape Consumers' Perceptions and Behavioral Intentions across Genders, *Psychol. Mark.* 2014, 576–590.
- Mull, Helen K.*, The Effect of Repetition Upon the Enjoyment of Modern Music, *The Journal of Psychology* 1957, 155–162.
- Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang* (Hrsg.), *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz*, 21. Aufl., München 2024 (zitiert: Musielak/Voit/Bearbeiter).

- Nadi, Helmand*, Die rechtlichen Anforderungen an die Werbekennzeichnung im Influencer Marketing, (zug. Diss. Hamburg 2021), Baden-Baden 2021 (zitiert: *Nadi*, Influencer-Marketing).
- Nathanson, Amy I./Eveland Jr., William P./Park, Hee-Sun* ua, Perceived Media Influence and Efficacy as Predictors of Caregivers' Protective Behaviors, *Journal of Broadcasting & Electronic Media* 2002, 385–410.
- Nguyen-Kim, Mai Thi*, Rezo wissenschaftlich geprüft, <https://www.youtube.com/watch?v=tNZXy6hfvhM> (Stand: 24.05.2019, zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).
- Nielsen, Jakob*, F-Shaped Pattern For Reading Web Content (original eyetracking research), <https://www.nngroup.com/articles/f-shaped-pattern-reading-web-content-discovered/> (Stand: 16.04.2006, zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).
- Noort/Antheunis, Marjolijn L./Reijmersdal*, Social connections and the persuasiveness of viral campaigns in social network sites: Persuasive intent as the underlying mechanism, *Journal of Marketing Communications* 2012, 39–53.
- Oelffen, Sabine Friederike* von, § 5a UWG - Irreführung durch Unterlassen - Ein neuer Tatbestand im UWG, Köln 2012 (zitiert: *Oelffen*, § 5a UWG - Ein neuer Tatbestand).
- Ohly, Ansgar*, Anm. zu BGH, Urt. v. 09.09.2021 - I ZR 125/20 - Influencer II, *JZ* 2022, 204–208.
- Ohly, Ansgar/Sosnitza, Olaf* (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Preisangabenverordnung, 7. Aufl., München 2016 (zitiert: *Ohly/Sosnitza/Bearbeiter*).
- Ohly, Ansgar/Sosnitza, Olaf* (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Preisangabenverordnung, 8. Aufl., München 2023 (zitiert: *Ohly/Sosnitza/Bearbeiter*).
- Pashkevich, Max/Dorai-Raj, Sundar/Kellar, Melanie* ua, Empowering Online Advertisements by Empowering Viewers with the Right to Choose The Relative Effectiveness of Skippable Video Advertisements on YouTube, *JAR* 2012, 451–457.
- Paul, Justin/Bhakar, Shailja*, Does Celebrity Image Congruence Influences Brand Attitude and Purchase Intention?, *Journal of Promotion Management* 2018, 153–177.
- Peifer, Karl-Nikolaus*, Die neuen Transparenzregeln im UWG (Bewertungen, Rankings und Influencer), *GRUR* 2021, 1453–1461.
- Peifer, Karl-Nikolaus*, Vorrang medienrechtlicher vor lauterkeitsrechtlichen Kennzeichnungsvorschriften („Influencer II“), *jurisPR-WettbR* 10/2021 Anm. 4.
- Pernice, Kara*, F-Shaped Pattern of Reading on the Web: Misunderstood, But Still Relevant (Even on Mobile), <https://www.nngroup.com/articles/f-shaped-pattern-reading-web-content/> (Stand: 12.11.2017, zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).
- Perse, Elizabeth M./Rubin, Rebecca B.*, Attribution in Social and Parasocial Relationships, *Communication Research* 1989, 59–77.
- Peters, Kay/Chen, Yubo/Kaplan, Andreas M.* ua, Social Media Metrics — A Framework and Guidelines for Managing Social Media, *Journal of Interactive Marketing* 2013, 281–298.
- Petty, Richard E./Cacioppo, John T.*, The Elaboration Likelihood Model of Persuasion, in: *Berkowitz, Leonard* (Hrsg.), *Advances in Experimental Social Psychology*, 1986, S. 123–205.

- Petty, Ross D./Andrews, J. Craig*, Covert Marketing Unmasked: A Legal and Regulatory Guide for Practices that Mask Marketing Messages, *Journal of Public Policy & Marketing* 2008, 7–18.
- Peukert, Alexander*, Faktenchecks auf Facebook aus lauterkeitsrechtlicher Sicht, *WRP* 2020, 391–398.
- Pizzutti, Cristiane/Basso, Kenny/Albornoz, Manuela*, The effect of the discounted attribute importance in two-sided messages, *European Journal of Marketing* 2016, 1703–1725.
- Podszun, Rupprecht/Busch, Christoph/Henning-Bodewig, Frauke*, Behördliche Durchsetzung des Verbraucherrechts?, Darstellung und Systematisierung von Möglichkeiten und Defiziten der privaten Durchsetzung des Verbraucherschutzes sowie Einbeziehung der Kartellbehörden zu dessen Durchsetzung, https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Publikationen/Studien/behoerdliche-durchsetzung-des-verbraucherrechts.pdf?__blob=publicationFile&v=13 (Stand: 02.2018, zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).
- Pohlmann, Petra*, *Zivilprozessrecht*, 5. Aufl., München 2022 (zitiert: *Pohlmann*, ZPO).
- Postmes, T./Spears, R./Lea, M.*, The formation of group norms in computer-mediated communication, *Human Comm Res* 2000, 341–371.
- Postmes, Tom/Spears, Russel/Lea, Martin*, Breaching or Building Social Boundaries?, *Communication Research* 1998, 689–715.
- Pöyry, Essi/Pelkonen, Matilde/Naumanen, Emma* ua, A Call for Authenticity: Audience Responses to Social Media Influencer Endorsements in Strategic Communication, *International Journal of Strategic Communication* 2019, 336–351.
- Pradhan, Debasis/Durai Pandian, Israel/Setbi, Dbruv*, Celebrity endorsement: How celebrity–brand–user personality congruence affects brand attitude and purchase intention, *Journal of Marketing Communications* 2016, 456–473.
- Radtke, Tristan/Camen, Fabian-Philipp*, Des Wortlauts letzter Schluss? Für mehr Rechtssicherheit bei der Kennzeichnung kommerzieller Influencer-Beiträge, *WRP* 2020, 24–29.
- Rat der Europäischen Union*, Begründung des Rates zum Gemeinsamen Standpunkt des Rates im Hinblick auf den Erlass einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. /2004 des Europäischen Parlaments und des Rates ("Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken") - 11630/2/04 REV 2 ADD 1, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11630-2004-REV-2-ADD-1/de/pdf> (Stand: 15.11.2004, zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).
- Rat der Europäischen Union*, Gesetzgebungsakt betreffend den Gemeinsamen Standpunkt des Rates im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. /2004 des Europäischen Parlaments und des Rates

- (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken) - 1163/2/04, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11630-2004-REV-2/de/pdf> (Stand: 15.11.2004, zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).
- Raue, Benjamin*, Meinungsfreiheit in sozialen Netzwerken, JZ 2018, 961–970.
- Rauer, Nils/Kempff, Anna-Lena*, Detecting the influence, Die aktuelle Influencer-Rechtsprechung des BGH, WRP 2022, 16–23.
- Rauer, Nils/Kempff, Anna-Lena*, Influencer-Marketing, Rechtsprechung, Gesetzgebung und Vertragspraxis, WRP 2022, 817–825.
- Rauscher, Thomas/Krüger, Wolfgang* (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 1, 6. Aufl., München 2020 (zitiert: MüKo ZPO/Bearbeiter).
- Recht der elektronischen Medien*, 4. Aufl., München 2019 (zitiert: Spindler/Schuster/Bearbeiter).
- Reif, Pamela*, 10 MIN GORILLAZ - ABS + CARDIO / fun & energetic workout with Murdoc, <https://www.youtube.com/watch?v=jEyeJJK3nZg> (Stand: 27.02.2023, zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).
- Reif, Pamela*, 8 MIN FLOWING STRETCH - with LIVE Piano Music by Matteo Myderwyk, <https://www.youtube.com/watch?v=gGIXRpHCUMs&t=230s> (Stand: 04.02.2022, zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).
- Reijmersdal/Lammers, Nienke/Rozendaal, Esther* ua, Disclosing the persuasive nature of advergames: moderation effects of mood on brand responses via persuasion knowledge, International Journal of Advertising 2015, 70–84.
- Reijmersdal/van Dam, Sophia*, How Age and Disclosures of Sponsored Influencer Videos Affect Adolescents' Knowledge of Persuasion and Persuasion, J Youth Adolesc 2020, 1531–1544.
- Reimann, Ellen Pia*, Werbekennzeichnung ad absurdum? Eine empirische Untersuchung zum Stand der Werbekennzeichnung im Influencer-Marketing, UFITA 83 (2019), 428–465.
- Remmert, Frank R.*, Aktuelle Entwicklungen im Social Media-Recht, MMR 2018, 507–512.
- Rezo*, Die Zerstörung der CDU, <https://www.youtube.com/watch?v=4Y1lZQsyuSQ> (Stand: 18.05.2019, zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).
- Ridings, Catherine M./Gefen, David*, Virtual Community Attraction: Why People Hang Out Online, J Comput Mediat Commun 2004, JCMC10110.
- Rietschel, Antonie*, Merkel-Interview auf Youtube, Süddeutsche Zeitung v. 16.08.2017 (abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/politik/bundestagswahlkampf-im-internet-ja-machen-sie-denn-sonst-nur-selbstdarstellung-1.3629582>) (Stand: 16.08.2017, zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).
- Right to play*, Unsere Botschafter, <https://righttoplay.com/de/unsere-botschafter/fatima-moreira-de-melo/> (zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).
- Rosenthal, Benjamin/Brito, Eliane P.Z.*, How virtual brand community traces may increase fan engagement in brand pages, Business Horizons 2017, 375–384.
- Roth, Sandra P./Schmutz, Peter/Pauwels, Stefan L.* ua, Mental models for web objects: Where do users expect to find the most frequent objects in online shops, news portals, and company web pages?, Interacting with Computers 2010, 140–152.

- Rubin, Rebecca B./McHugh, Michael P.*, Development of parasocial interaction relationships, *Journal of Broadcasting & Electronic Media* 1987, 279–292.
- Ruess, Peter/Bredies, Loni*, Millionäre dank Millionen Follower: Rechtliche Bewertung der Entscheidungspraxis zum Influencer-Marketing, *WRP* 2020, 18–24.
- Rumbo, Joseph D.*, Consumer Resistance in a World of Advertising, *Psychol. Mark.* 2002, 127–148.
- Russell, Cristel Antonia/Rasolofoarison, Dina*, Uncovering the power of natural endorsements: a comparison with celebrity-endorsed advertising and product placements, *International Journal of Advertising* 2017, 761–778.
- Säcker, Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut* ua (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 1, 9. Aufl., München 2021 (zitiert: MüKo BGB/Bearbeiter).
- Sagatz, Kurt*, „VW, da weißte Bescheid“, *Tagesspiegel* v. 13.07.2020 (abrufbar unter <https://www.tagesspiegel.de/gesellschaft/medien/vw-da-weisste-bescheid/814930.html>) (Stand: 24.02.2007, zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).
- Santos, Ana Luisa/Barros, Filipa/Azevedo, António*, Matching-up celebrities' brands with products and social causes, *Jnl of Product & Brand Mgt* 2019, 242–255.
- Schaub, Renate*, Influencer und Lauterkeitsrecht de lege lata und de lege ferenda, *GRUR* 2021, 1358–1364.
- Scherer, Inge*, Rezeption kommerzieller Kommunikation in sozialen Netzwerken durch minderjährige Nutzer, *WRP* 2019, 277–283.
- Schleife, Felix*, Ökonomisches Potential und wettbewerbsrechtliche Grenzen des Influencer-Marketings in sozialen Medien, *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht* Heft 167 (Oktober 2019).
- Schmitt-Gaedke, Gernot*, Anm. zu OLG Frankfurt, Urt. v. 24.09.2016, 6 U 181/14, *WRP* 2016, 111–112.
- Schoene, Volker*, Anm. zu EuGH, Urt. v. 17.10.2013 - C-391/12 - RLVs Verlagsgesellschaft mbH/Stuttgarter Wochenblatt GmbH, *GRUR-Prax* 2013, 496.
- Schögel, Marcus/Dörr, Fabian/Herhausen, Dennis*, Kritische Erfolgsfaktoren von viralem Marketing, in: *Schüller, Anne M./Schwarz, Thorsten* (Hrsg.), *Leitfaden WOM Marketing. Die neue Empfehlungsgesellschaft*, Waghäusel 2010, S. 27–37.
- Schonhofen, Sven/Detmering, Friederike*, #AD #SPONSOREDBY #SCHLEICHWERBUNG - Die rechtlichen Voraussetzungen des Influencer-Marketings und ihre Umsetzung in der Praxis, *WRP* 2018, 1171–1177.
- Schouten, Alexander P./Janssen, Loes/Verspaget, Maegan*, Celebrity vs. Influencer endorsements in advertising: the role of identification, credibility, and Product-Endorser fit, *International Journal of Advertising* 2020, 258–281.
- Schwenke, Thomas*, Arbeiten mit und als "Corporate Influencer*in", Eine Büchse der Pandora mit Kennzeichnungs-, Impressums-, Datenschutz- und Haftungspflichten, *ITRB* 2020, 92–93.
- Seeger, Christof/Kost, Julia*, *Influencer Marketing*, 2. Aufl., Stuttgart 2020 (zitiert: *Seeger/Kost, Influencer Marketing*).

- Sénat*, Comptes rendus de la commission des affaires économiques, <https://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20230501/ecos.html> (Stand: 03.03.2023, zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).
- Sénat*, Influenceurs sur les réseaux sociaux (PPL) - La loi en construction, <https://www.senat.fr/tableau-historique/ppl22-489.html> (zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).
- Seraj, Mina*, We Create, We Connect, We Respect, Therefore We Are: Intellectual, Social, and Cultural Value in Online Communities, *Journal of Interactive Marketing* 2012, 209–222.
- Shan, Yan/Chen, Kuan-Ju/Lin, Jhib-Syuan*, When social media influencers endorse brands: the effects of self-influencer congruence, parasocial identification, and perceived endorser motive, *International Journal of Advertising* 2020, 590–610.
- Short, John*, *The Social Psychology of Telecommunication*, London 1976 (zitiert: *Short*, *Social Psychology of Telecommunication*).
- Sobotta, Christoph*, Mehrsprachigkeit als Herausforderung und Chance bei der Auslegung des Unionsrechts, *Praktische Anmerkungen aus der Perspektive des Kabinetts einer Generalanwältin*, ZERL 2015.
- Sobotka, Corinna/Czernik, Ilja*, Anmerkung zu OLG Celle, Urt. v. 08.06.2017 - 13 U 53/17, MMR 2017, 771–772.
- Spear, L. P.*, The adolescent brain and age-related behavioral manifestations, *Neuroscience & Biobehavioral Reviews* 2000, 417–463.
- Spoenle, Jan*, Anmerkung zu KG, Urt. v. 08.01.2019 - 5 U 83/18, jurisPR-ITR 2019, Anm. 2.
- Spoenle, Jan*, Anmerkung zu OLG Frankfurt, Beschl. v. 13.09.2019 - 6 W 35/19, jurisPR-ITR 18/2019 Anm. 2.
- Statista*, YouTube: hours of video uploaded every minute 2022, <https://www.statista.com/statistics/259477/hours-of-video-uploaded-to-youtube-every-minute/> (Stand: 11.04.2024, zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).
- Steffensen, Sophia*, Irreführendes Produktmarketing durch Gütesiegel und Influencer, Eine vergleichende Betrachtung des rechtlichen Schutzzrahmens von Deutschland und drei ausgewählten Mitgliedstaaten der Europäischen Union, Baden-Baden 2023 (zitiert: *Steffensen*, *Gütesiegel und Influencer*).
- Sterling, Greg*, Survey: Most consumers unaware that paid influencer posts are #ads, *Marketing Land* v. 26.10.2017 (abrufbar unter <https://marketingland.com/survey-consumers-unaware-paid-influencer-posts-ads-227021>) (Stand: 26.10.2017, zuletzt abgerufen am: 22.08.2024).
- Sternthal, Brian/Phillips, Lynn W./Dholakia, Ruby*, The Persuasive Effect of Source Credibility: A Situational Analysis, *Public Opinion Quarterly* 1978, 285.
- Stevens, Catherine/Latimer, Cyril*, Judgments of complexity and pleasingness in music: The effect of structure, Repetition, and training, *Australian Journal of Psychology* 1991, 17–22.
- Stubb, Carolina/Colliander, Jonas*, “This is not sponsored content” – The effects of impartiality disclosure and e-commerce landing pages on consumer responses to social media influencer posts, *Computers in Human Behavior* 2019, 210–222.
- Sundaram, D. S./Mitra, Kaushik/Webster, Cynthia*, Word-of-Mouth Communications: A Motivational Analysis, *Advances in Consumer Research* 1998, 527–531.

- Sung, Yongjun/Kim, Eunice/Choi, Sejung Marina*, #Me and brands: understanding brand-selfie posters on social media, *International Journal of Advertising* 2018, 14–28.
- Suwelack, Felix*, Schleichwerbung als Boombranche?, Geltung und Wirksamkeit werberechtlicher Grundsätze beim Influencer-Marketing, *MMR* 2017, 661–665.
- Sweetser, Kaye D./Abn, Sun Joo/Golan, Guy J.* ua, Native Advertising as a New Public Relations Tactic, *American Behavioral Scientist* 2016, 1442–1457.
- Tabellion, Jana*, Influencer Marketing, Zur Wirkung der Glaubwürdigkeit auf die Marke (zugl. Diss. Oestrich-Winkel 2018), Hamburg 2019 (zitiert: *Tabellion*, Influencer Marketing).
- Taeger, Jürgen*, Einwilligung von Kindern gegenüber Diensten der Informationsgesellschaft, Schutz von Kindern unter 16 Jahren durch Art. 8 DS-GVO vor Beeinträchtigungen im Netz, *ZD* 2021, 505–508.
- Thanert, Wolfgang*, Anmerkung zu KG, Beschl. v. 11.10.2017 - 5 W 221717 und OLG Celle, Urt. v. 08.06.2017 - 13 U 53/17, *VuR* 2018, 112–115.
- Theile, Gustav*, Die Schönen und das Geld, Influencer gehören für viele Deutsche zum Alltag. Für die Werbebranche handelt es sich um ein Milliardengeschäft, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* v. 14.09.2020, 22.
- Till, Brian D./Busler, Michael*, The Match-Up Hypothesis: Physical Attractiveness, Expertise, and the Role of Fit on Brand Attitude, Purchase Intent and Brand Beliefs, *Journal of Advertising* 2000, 1–13.
- Till, Brian D./Shimp, Terence A.*, Endorsers in Advertising: The Case of Negative Celebrity Information, *Journal of Advertising* 1998, 67–82.
- Timmermann, Daniel/Berndt, Bianca*, Werbekennzeichnungspflicht von Influencer-Kommunikation, Politischer Handlungsbedarf und kritische Analyse des Regelungsvorschlags des BMJV, *WRP* 2020, 996–1002.
- Toscani, Oliviero*, Die Werbung ist ein lächelndes Aas, Frankfurt am Main 1997 (zitiert: *Toscani*, Werbung ist ein lächelndes Aas).
- Troge, Thorsten*, Anm. zu OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 19.05.2022 - 6 U 56/21 - Kennzeichnung eines Influencer-Beitrags zu E-Books als Werbung, wenn diese kostenlos überlassen wurden, *GRUR-Prax* 2022, 394.
- Troge, Thorsten*, Herausforderung: Influencer-Marketing, *GRUR-Prax* 2018, 87–89.
- Unverzagt, Alexander/Gips, Claudia*, Handbuch PR-Recht, 2. Aufl., Wiesbaden 2018 (zitiert: *Unverzagt/Gips*, Handbuch PR-Recht).
- Uzunoglu, Ebru/Misci Kip, Sema*, Brand communication through digital influencers: Leveraging blogger engagement, *International Journal of Information Management* 2014, 592–602.
- van Vaerenbergh, Yves*, Consumer reactions to paid versus unpaid brand name placement in song lyrics, *Jnl of Product & Brand Mgt* 2017, 151–158.
- Vashisht, Devika/S. Pillai, Sreejesh*, Are you able to recall the brand? The impact of brand prominence, game involvement and persuasion knowledge in online – advergames, *Jnl of Product & Brand Mgt* 2017, 402–414.
- Veirman, Marijke de/Caubeerghe, Veroline/Hudders, Liselot*, Marketing through Instagram influencers: the impact of number of followers and product divergence on brand attitude, *International Journal of Advertising* 2017, 798–828.

- Vickery, Graham/Wunsch-Vincent, Sacha*, Participative Web and User-Created Content, Web 2.0, wikis and social networking, Paris 2007 (zitiert: *Vickery/Wunsch-Vincent*, Participative Web and User-Created Content).
- Voorveld, Hilde A. M./Noort/Muntinga, Daniël G.* ua, Engagement with Social Media and Social Media Advertising: The Differentiating Role of Platform Type, *Journal of Advertising* 2018, 38–54.
- Wagner, Bernd*, Anm. zu LG München I, Urt. v. 29.04.2019 - 4 HK O 14312/18, jurisPR-ITR 12/2019 Anm. 5.
- Walster, Elaine/Aronson, Vera/Abrahams, Darcy* ua, Importance of physical Attractiveness in Dating Behavior, *Journal of Personality and Social Psychology* 1966, 508–516.
- Wang, Sai/Kim, Ki Joon*, Consumer response to negative celebrity publicity: the effects of moral reasoning strategies and fan identification, *JPBM* 2019, 114–123.
- Wei, Mei-Ling/Fischer, Eileen/Main, Kelley J.*, An Examination of the Effects of Activating Persuasion Knowledge on Consumer Response to Brands Engaging in Covert Marketing, *Journal of Public Policy & Marketing* 2008, 34–44.
- Weiden, Henrike*, Neue Informationspflichten im Namen des Verbraucherschutzes, *NJW* 2021, 2233.
- Wiebe, Andreas/Kreutz, Oliver*, Native Advertising, Alter Wein in neuen Schläuchen? (Teil 2), *WRP* 2015, 1179–1187.
- Will, Stephanie*, Geplante Änderung im UWG - erforderlich oder überflüssig?, *UFITA* 2021, 137–164.
- Wills, Thomas A.*, Downward comparison principles in social psychology, *Psychological Bulletin* 1981, 245–271.
- Winter, Stephan/Krämer, Nicole C.*, Selecting Science Information in Web 2.0: How Source Cues, Message Sidedness, and Need for Cognition Influence Users' Exposure to Blog Posts, *J Comput Mediat Commun* 2012, 80–96.
- Wojdowski, Bartosz W./Evans, Nathaniel J.*, Going Native: Effects of Disclosure Position and Language on the Recognition and Evaluation of Online Native Advertising, *Journal of Advertising* 2016, 157–168.
- Wolny, Julia/Mueller, Claudia*, Analysis of fashion consumers' motives to engage in electronic word-of-mouth communication through social media platforms, *Journal of Marketing Management* 2013, 562–583.
- Woodroof, Parker J./Howie, Katharine M./Syrdal, Holly A.* ua, What's done in the dark will be brought to the light: effects of influencer transparency on product efficacy and purchase intentions, *JPBM* 2020, 675–688.
- Wright, Donald K./Hinson, Michelle D.*, How Blogs and Social Media are Changing Public Relations and the Way it is Practiced, *Public Relations Journal* 2008, 1–21.
- Wu, Mu/Huang, Yan/Li, Ruobing* ua, A Tale of Two Sources in Native Advertising, *American Behavioral Scientist* 2016, 1492–1509.
- Xiao, Min/Wang, Rang/Chan-Olmsted, Sylvia*, Factors affecting YouTube influencer marketing credibility: a heuristic-systematic model, *Journal of Media Business Studies* 2018, 188–213.

- Yang, Zhiyong/Freling, Traci/Sun, Sijie* ua, When do product crises hurt business? A meta-analytic investigation of negative publicity on consumer responses, *Journal of Business Research* 2022, 102–120.
- Youn, Seounmi/Faber, Ronald J./Shah, Dhavan V.*, Restricting gambling advertising and the third-person effect, *Psychol. Mark.* 2000, 633–649

Marina Blum

Transparenzanforderungen an das Influencer-Marketing

Die vorliegende Arbeit rundet die Diskussion um die Kennzeichnungspflicht von unentgeltlichen Erwähnungen durch Influencer ab, indem sie zeigt, dass schon das Unionsrecht eine solche Kennzeichnungspflicht ausschließt. Sie nutzt zudem Erkenntnisse aus Psychologie und Betriebswirtschaft, um juristische Argumente zu entwickeln und zu evaluieren.