

# Rechtliche Einblicke in das Influencer-Marketing

Prof. Dr. Christian Alexander, Jena\*

*Das Influencer-Marketing hat in jüngerer Zeit die Rechtsprechung, die Wissenschaft und den Gesetzgeber beschäftigt. Der folgende Beitrag gibt nach einer tatsächlichen Einordnung des Influencer-Marketings (unter A.) einen Einblick in die lauterkeitsrechtliche Rechtslage und möchte zugleich zeigen, wie das UWG funktioniert (unter B. bis D.).*

## A. Einordnung

Influencer-Marketing ist kein fest definierter Rechtsbegriff. Es handelt sich um die Bezeichnung eines tatsächlichen Geschehens.<sup>1</sup> Als Influencer werden üblicherweise Personen bezeichnet, die andere Menschen – typischerweise über internetbasierte Medien – beeinflussen. Eine für den IMCO-Ausschuss<sup>2</sup> des Europäischen Parlaments erstellte Studie definiert einen Influencer „as a content creator with a commercial intent, who builds trust and authenticity-based relations with their audience (mainly on social media platforms) and engages online with commercial actors through different business models for monetisation purposes“.<sup>3</sup> Als Plattform für Influencer besonders bedeutsam ist der zum Facebook-Mutterkonzern Meta gehörende Dienst Instagram, der sehr stark bildorientiert funktioniert. Influencer pflegen ihre Online-Präsenz durch Beiträge (Posts), die oft themenspezifisch sind und – tatsächlich oder vermeintlich – einen Einblick in das Leben und den gewöhnlichen oder ungewöhnlichen Alltag gewähren. Das Ziel der Influencer besteht darin, andere Nutzer des sozialen Netzwerkes als Follower (Nutzer, die das Influencer-Profil „abonnieren“ und diesem ständig folgen) zu gewinnen und zu erhalten.

Der besondere Reiz für die Follower, bei denen es sich häufig um Kinder, Jugendliche und junge Erwachsene handelt, besteht darin, dass sie online unmittelbar an den Erlebnissen des Influencers teilhaben. Es entsteht eine

virtuelle Nähe und Verbundenheit, die nochmals besonders gefördert wird, indem ein Influencer Themenschwerpunkte bildet, etwa in den Bereichen Ernährung, Mode, Lifestyle, Sport, Reisen, Finanzen<sup>4</sup> oder durch das Ansprechen sonstiger Interessen, z. B. an Aquariengestaltung.<sup>5</sup>

Die Follower sind nicht nur passive Konsumenten der Influencer-Beiträge, sondern haben über die sozialen Netzwerke die Möglichkeit, direkt mit den Influencern und anderen Followern zu interagieren, z. B. durch „Likes“, Kommentare, Direktnachrichten usw., was die Influencer wiederum oft fördern, etwa durch Aufforderungen zur Teilnahme an Gewinnspielen. Influencer und Follower bilden eine Art virtuelle Community, die ein Empfinden der Zugehörigkeit und des Zusammenhalts entstehen lassen kann. Innerhalb dieser Gemeinschaft nimmt der Influencer eine Vorbildfunktion ein.

Diese Vorbildrolle bildet den Schlüssel für das Verständnis des Influencer-Marketings. Indem Influencer Unternehmen und/oder deren Produkte vorstellen, empfehlen oder auch ablehnen, eröffnen sie einen speziellen Kommunikationskanal zu den Followern und damit zu potenziellen Kunden. Dem Influencer-Marketing kommt innerhalb der Marketingstrategien von Unternehmen aus mehreren Gründen eine zunehmende Bedeutung zu. Erstens vermindert das Influencer-Marketing die für Werbung typischen Streuverluste. Werbeinformationen, die sich – wie z. B. Werbeanzeigen, Werbeanzeigen oder Werbevideos – an die allgemeine Öffentlichkeit richten, erreichen in großem Umfang auch Personen, für die das beworbene Unternehmen oder Produkt nicht von Interesse ist. Demgegenüber kann das Influencer-Marketing sehr viel zielgenauer wirken, insbesondere dann, wenn Influencer spezielle Themen- und/oder Interessenprofile ansprechen. Zweitens ist es auf diese Weise möglich, auch sehr spezielle Zielgruppen zu erreichen, für die allgemeine Werbung kaum geeignet ist. Drittens sind die Werbebotschaften, die von einem Influencer ausgehen, bei den Adressaten oft wirksamer als allgemeine Werbung. Menschen begegnen den Werbeaussagen von Unternehmen erfahrungsgemäß mit Zurückhaltung und Skepsis. Sie wissen, dass solche Aussagen nicht unabhängig und neutral sind, sondern dem Ziel der Absatzförderung dienen und deswegen „gefärbt“ und euphemistisch sind. Demgegenüber wirkt die Aussage eines Influencers

\* Universitätsprofessor für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Medienrecht, Friedrich-Schiller-Universität Jena.

<sup>1</sup> Näher zum Folgenden: Alexander, ZUM 2022, 77 ff.; Reimann, UFITA 2019, 428 ff. sowie European Parliament, Study, The impact of influencers on advertising and consumer protection in the Single Market 2022, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/703350/IPOL\\_STU\(2022\)703350\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/703350/IPOL_STU(2022)703350_EN.pdf), Abruf v. 5.7.2022.

<sup>2</sup> IMCO = Internal Market and Consumer Protection.

<sup>3</sup> European Parliament, (Fn. 1), S. 15.

<sup>4</sup> Zu den sog. „Finfluencern“ (= Financial Influencern) siehe etwa Laoutoumai/Cobe, WRP 2022, 290 ff.

<sup>5</sup> Vgl. dazu OLG Frankfurt, MMR 2020, 43 (43).

authentisch und vertrauenswürdig. Die Äußerung wird als eine persönliche Empfehlung des Influencers als Vertrauensperson bzw. eines Vorbilds wahrgenommen, sodass der kommerzielle Zweck verblasst.

Gerade dieser zuletzt genannte Aspekt bildet den Ausgangspunkt für die mit dem Influencer-Marketing verbundenen Rechtsfragen. Die Rechtsordnung verlangt, dass kommerzielle Äußerungen als solche erkennbar (Erkennbarkeitsgrundsatz) und zudem von anderen Inhalten klar getrennt sind (Trennungsgrundsatz). Beide Grundsätze sind im Lauterkeitsrecht und – damit verknüpft – im Medienrecht verankert.

## B. Anwendbarkeit des UWG

Normadressaten des UWG sind Unternehmer (unter I.). Gegenstand der lauterkeitsrechtlichen Beurteilung sind geschäftliche Handlungen (unter II.).

### I. Influencer als Normadressaten des UWG

Gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG ist Unternehmer „jede natürliche oder juristische Person, die geschäftliche Handlungen im Rahmen ihrer gewerblichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit vornimmt und jede Person, die im Namen oder Auftrag einer solchen Person handelt“.

Influencer sind Unternehmer, wenn (und weil) sie selbstständig erwerbswirtschaftlich tätig sind, also ein Unternehmen betreiben. Das ist immer dann der Fall, wenn sie mit ihrer Influencer-Tätigkeit Einnahmen erzielen.<sup>6</sup> Dies können z. B. Vergütungen, Provisionen und sonstige Entgelte sein, unabhängig davon, von wem und auf welcher Grundlage solche Zuwendungen erfolgen. Auch der Absatz eigener Leistungen, wie z. B. Beratung, Coaching oder Ähnliches, durch den Influencer kann eine Unternehmereigenschaft (mit-)begründen.<sup>7</sup>

Für die Einordnung als Unternehmer kommt es nicht auf eine Gewinnerzielung, erreichte Umsätze, Followerzahlen, die Anzahl von Posts oder Ähnliches an. Ebenfalls ist nicht maßgeblich, ob die Influencer-Tätigkeit hauptberuflich oder nur nebenbei betrieben wird. Entscheidend ist eine objektive Betrachtung, nicht hingegen die „Selbstwahrnehmung“ durch den Influencer. Wer sein Privatleben in sozialen Netzwerken virtuell öffnet, um damit (auch) Einnahmen zu erzielen, wird lauterkeitsrechtlich zum Unternehmer.

## II. Geschäftliche Handlung

Das UWG findet Anwendung auf geschäftliche Handlungen. Es handelt sich um ein zentrales Merkmal des Lauter-

keitsrechts, das die Funktion hat, das UWG vom allgemeinen Deliktsrecht abzugrenzen.<sup>8</sup> Eine solche Abgrenzung ist insbesondere erforderlich im Verhältnis zu Handlungen, die keinen geschäftlichen Zwecken dienen, z. B. private Tätigkeiten oder die redaktionelle Berichterstattung.<sup>9</sup>

Eine geschäftliche Handlung ist gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG „jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen unmittelbar und objektiv zusammenhängt“. Beim Influencer-Marketing sind drei Fälle zu unterscheiden.

### 1. Erster Fall: Die Eigenförderung

Ein Influencer fördert durch seine Tätigkeit das eigene Unternehmen. Das Profil eines Influencers mit den darin veröffentlichten Beiträgen ist geeignet, dessen Bekanntheit zu steigern, Follower zu binden und die Zahl der Kommentare und „Likes“ von Followern zu erhöhen.<sup>10</sup> Dies fördert zum einen den Absatz eigener Leistungen, wenn der Influencer solche anbietet.<sup>11</sup> Zum anderen wird durch die Steigerung der Bekanntheit und Bindung von Followern das Interesse von Drittunternehmen an einem Influencer-Marketing in Kooperation mit dem Influencer geweckt, sodass dieser auf diese Weise Umsätze generieren kann. Auch durch die Steigerung ihres Werbewerts fördern Influencer ihr eigenes Unternehmen.<sup>12</sup> Die Einordnung als geschäftliche Handlung zur Förderung des eigenen Unternehmens ist unabhängig davon, ob in einem Profil (auch) redaktionelle Beiträge veröffentlicht werden. Denn die Veröffentlichung solcher redaktionellen Beiträge dient vorrangig dem Ziel, geschäftliche Entscheidungen von Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern in Bezug auf Produkte des eigenen Unternehmens zu beeinflussen.<sup>13</sup>

### 2. Zweiter Fall: Die Fremdförderung

Eine geschäftliche Handlung ist gegeben, wenn der Influencer ein fremdes Unternehmen fördert. Fremde Unternehmen können jegliche Drittunternehmen sein. In Betracht kommt diese Fremdförderung, wenn ein Influencer andere Unternehmen oder deren Waren und Dienstleistungen vor-

<sup>6</sup> BGHZ 231, 38 (Rn. 36) – Influencer I; *BGH*, GRUR 2022, 490 (Rn. 30) – Influencer III.

<sup>7</sup> BGHZ 231, 38 (Rn. 37) – Influencer I; *BGH*, GRUR 2022, 490 (Rn. 30) – Influencer III.

<sup>8</sup> *BGH*, GRUR 2013, 945 (Rn. 17) – Standardisierte Mandatsbearbeitung.

<sup>9</sup> *BGH*, GRUR 2014, 710 (Rn. 12) – Im Immobiliensumpf.

<sup>10</sup> BGHZ 231, 38 (Rn. 37) – Influencer I; vgl. auch *BGH*, GRUR 2022, 490 (Rn. 31 ff.) – Influencer III.

<sup>11</sup> BGHZ 231, 38 (Rn. 41) – Influencer I.

<sup>12</sup> BGHZ 231, 38 (Rn. 42) – Influencer I; *BGH*, GRUR 2022, 490 (Rn. 32 f.) – Influencer III.

<sup>13</sup> BGHZ 231, 38 (Rn. 42) – Influencer I.

stellt, empfiehlt usw.<sup>14</sup> Bei der Prüfung, ob der Internetauftritt von Influencern vorrangig der Förderung des Absatzes fremder Unternehmen oder anderen, insbesondere redaktionellen Zielen dient, ist das Informationsinteresse ihrer Follower zu berücksichtigen.<sup>15</sup> Diese interessieren sich nicht nur für die private Lebensgestaltung der Influencer, sondern auch dafür, welche Kleidungsstücke sie tragen oder welche anderen Produkte sie verwenden.<sup>16</sup> Allerdings kann allein aus dem Umstand, dass die Follower den Lebensstil der Influencer als Anregung für die eigene Lebensgestaltung verstehen und womöglich nachahmen, noch nicht darauf geschlossen werden, dass der Internetauftritt vorrangig der Förderung des Absatzes fremder Unternehmen dient.<sup>17</sup>

Einen wichtigen Anhaltspunkt für eine Fremdförderung bildet der Umstand, ob der Influencer für seine Tätigkeit ein Entgelt von dem Drittunternehmen erhält. Doch auch ohne ein solches Entgelt kann eine geschäftliche Handlung vorliegen.<sup>18</sup> In diesen Fällen ist allerdings eine Abgrenzung erforderlich, weil die Influencer-Beiträge eine Informationsfunktion haben und daher mit einer redaktionellen Berichterstattung vergleichbar sein können.

Die Rechtsprechung betont, dass die sozialen Medien im Allgemeinen und die Beiträge von Influencern im Besonderen gegenüber einem nicht unwesentlichen, insbesondere jüngeren Teil der Allgemeinheit eine Informations- und Unterhaltungsfunktion haben, die neben die der klassischen Medien getreten ist. Die Beiträge von Influencern können insbesondere mit denen klassischer Modezeitschriften oder anderer Special-Interest-Medien vergleichbar sein.<sup>19</sup> Der BGH überträgt in seinen Entscheidungen zum Influencer-Marketing die Grundsätze, die für die Abgrenzung von redaktioneller Berichterstattung und geschäftlichen Handlungen gelten, auf die Influencer.<sup>20</sup> Auch wenn ein klassisches Medienunternehmen für eine scheinbar redaktionelle Veröffentlichung keine Gegenleistung von einem fremden Unternehmen erhält, kann es sich dennoch um eine geschäftliche Handlung zugunsten dieses Unternehmens handeln, wenn der Beitrag nach seinem Gesamteindruck übertrieben werblich ist, also einen werblichen Überschuss enthält, so dass die Förderung fremden Wettbewerbs eine größere als nur eine notwendigerweise begleitende Rolle spielt.<sup>21</sup> Danach ist zu berücksichtigen, ob der Beitrag ohne jede kritische Distanz allein die Vorzüge in einer Weise lobend hervorhebt, die bei dem Verkehr den Eindruck erweckt, dass das Produkt oder die Dienst-

leistung vonseiten des Influencers geradezu anempfohlen werde, oder ob die fremden Produkte oder Dienstleistungen namentlich genannt und angepriesen werden und die Darstellung damit den Rahmen einer sachlich veranlassten Information verlässt.<sup>22</sup>

### 3. Dritter Fall: die kombinierte Eigen- und Fremdförderung

Eine geschäftliche Handlung ist gegeben, wenn der Influencer nach den zuvor genannten Kriterien sowohl das eigene Unternehmen als auch ein fremdes Unternehmen fördert. Dieser Fall ist praktisch am häufigsten.

## C. Unzulässigkeit und Unlauterkeit

Geschäftliche Handlungen können bereits aufgrund spezieller Regelungen unzulässig sein. Das gilt beispielsweise für die Tatbestände der sog. „Schwarzen Liste“ (Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG). Die dort aufgeführten geschäftlichen Handlungen sind gegenüber Verbrauchern<sup>23</sup> stets unzulässig (unter I.).

Darüber hinaus sind geschäftliche Handlungen gemäß § 3 Abs. 1 UWG unzulässig, wenn sie unlauter sind. Das Merkmal der Unlauterkeit wird konkretisiert durch die Regelbeispiele (§ 3a bis § 6 UWG) sowie bei geschäftlichen Handlungen gegenüber Verbrauchern durch die „Verbrauchergeneralklausel“ des § 3 Abs. 2 UWG. Beim Influencer-Marketing sind insbesondere Verstöße gegen spezielle Kennzeichnungspflichten (unter II.) sowie das allgemeine Kennzeichnungsgebot für kommerzielle Kommunikation (unter III.) denkbar.

### I. Verstoß gegen die „Schwarze Liste“

Verstöße gegen die Tatbestände der „Schwarzen Liste“ können beim Influencer-Marketing auftreten, doch sind diese Fälle in der Praxis eher selten.

Stets unzulässig ist gemäß Nr. 11 Anhang UWG „der vom Unternehmer finanzierte Einsatz redaktioneller Inhalte zu Zwecken der Verkaufsförderung, ohne dass sich dieser Zusammenhang aus dem Inhalt oder aus der Art der optischen oder akustischen Darstellung eindeutig ergibt“. Diese spezielle Regelung ist vor allem auf getarnte Werbeinhalte in „klassischen“ Medien (Printmedien, Rundfunk, journalistisch-redaktionelle Telemedien) zugeschnitten. Sie passt auf das Influencer-Marketing nur dann, wenn ein

<sup>14</sup> BGH, GRUR 2022, 490 (Rn. 35 ff.) – Influencer III.

<sup>15</sup> BGHZ 231, 38 (Rn. 57) – Influencer I.

<sup>16</sup> BGHZ 231, 38 (Rn. 57) – Influencer I.

<sup>17</sup> BGHZ 231, 38 (Rn. 57) – Influencer I.

<sup>18</sup> BGHZ 231, 38 (Rn. 52) – Influencer I; BGH, GRUR 2022, 490 (Rn. 35) – Influencer III.

<sup>19</sup> BGHZ 231, 38 (Rn. 58) – Influencer I.

<sup>20</sup> BGHZ 231, 38 (Rn. 59) – Influencer I; BGH, GRUR 2022, 490 (Rn. 36) – Influencer III.

<sup>21</sup> BGHZ 231, 38 (Rn. 60) – Influencer I; BGH, GRUR 2022, 490 (Rn. 36) – Influencer III.

<sup>22</sup> BGHZ 231, 38 (Rn. 60) – Influencer I; BGH, GRUR 2022, 490 (Rn. 36) – Influencer III.

<sup>23</sup> Für den Begriff des Verbrauchers verweist § 2 Abs. 2 UWG auf § 13 BGB.

redaktioneller Inhalt<sup>24</sup> des Influencers gegeben ist und ein Drittunternehmen den Beitrag nachgewiesen finanziert hat. Weiterhin stets unzulässig ist gemäß Nr. 22 Anhang UWG „die unwahre Angabe oder das Erwecken des unzutreffenden Eindrucks, der Unternehmer sei Verbraucher oder nicht für Zwecke seines Geschäfts, Handels, Gewerbes oder Berufs tätig“. Dieser Tatbestand kann z. B. einschlägig sein, wenn der Influencer in seinem Profil behauptet, kein Unternehmer zu sein.

Schließlich kommt Nr. 28 Anhang UWG in Betracht. Stets unzulässig ist danach „die in eine Werbung einbezogene unmittelbare Aufforderung an Kinder, selbst die beworbene Ware zu erwerben oder die beworbene Dienstleistung in Anspruch zu nehmen oder ihre Eltern oder andere Erwachsene dazu zu veranlassen“. Kinder sind nach überwiegender Ansicht Personen, die das vierzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet haben.<sup>25</sup> Für eine „unmittelbare Aufforderung“ ist es entscheidend, dass ein Kaufappell vorliegt. Dafür ist eine Ansprache in der grammatikalischen Form eines Imperativs zwar nicht unerlässlich, aber doch ausreichend.<sup>26</sup> Der BGH hat dies beispielsweise bejaht für Formulierungen wie „Schnapp Dir die günstige Gelegenheit und verpasse Deiner Rüstung & Waffen das gewisse ‚Etwas\*!‘“, die im Sinne von „Kauf Dir...“ oder „Hol Dir...“ zu verstehen sind.<sup>27</sup> Das bloße Vorstellen, Empfehlen oder (auch überschwängliche) Anpreisen von Waren oder Dienstleistungen durch einen Influencer reicht für einen Kaufappell noch nicht.

## II. Spezielle Kennzeichnungsgebote

Das UWG kann eine Zuwiderhandlung gegen spezialgesetzliche Kennzeichnungsverbote als unlautere Handlung erfassen. Spezialgesetzlichen Anforderungen gehen gemäß § 1 Abs. 2 UWG den allgemeinen Bestimmungen des UWG vor („lex specialis“-Grundsatz).

### 1. Kennzeichnungspflichten für Telemedien

Für Beiträge von Influencern in Telemedien, die einen kommerziellen Charakter aufweisen, gelten spezielle medienrechtliche Kennzeichnungspflichten.

Telemedien sind gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 TMG und § 2 Abs. 1 S. 3 MStV alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, soweit sie nicht Telekommunikationsdienste nach § 3 Nr. 61 TKG, telekommunikationsgestützte Dienste nach § 3 Nr. 63 TKG oder Rundfunk im Sinne

des MStV sind. Die Profile von Influencern auf Online-Plattformen, insbesondere in sozialen Netzen wie Instagram, sind den Telemedien zuzuordnen.<sup>28</sup> Die Influencer sind auch Anbieter dieser Dienste und damit die Normadressaten dieser speziellen Kennzeichnungspflichten.<sup>29</sup>

Gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG muss eine kommerzielle Kommunikation klar als solche zu erkennen sein. Eine kommerzielle Kommunikation ist gemäß § 2 S. 1 Nr. 5 TMG „jede Form der Kommunikation, die der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes von Waren, Dienstleistungen oder des Erscheinungsbildes eines Unternehmens, einer sonstigen Organisation oder einer natürlichen Person dient, die eine Tätigkeit im Handel, Gewerbe oder Handwerk oder einen freien Beruf ausübt“. Ausgenommen ist jedoch die Übermittlung der folgenden Angaben:

„a) Angaben, die unmittelbaren Zugang zur Tätigkeit des Unternehmens oder der Organisation oder Person ermöglichen, wie insbesondere ein Domain-Name oder eine Adresse der elektronischen Post,

b) 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; 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“.

Eine parallele Kennzeichnungspflicht ergibt sich aus § 22 Abs. 1 S. 1 MStV. Danach muss Werbung in Telemedien als solche klar erkennbar und vom übrigen Inhalt der Angebote eindeutig getrennt sein. Als Werbung in diesem Sinne gilt nach § 2 Abs. 2 Nr. 7 MStV „jede Äußerung, die der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes von Waren und Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, oder des Erscheinungsbildes natürlicher oder juristischer Personen, die einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachgehen, dient und gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung oder als Eigenwerbung im Rundfunk oder in einem Telemedium aufgenommen ist. Werbung ist insbesondere Rundfunkwerbung, Sponsoring, Teleshopping und Produktplatzierung“.

Bei beiden Pflichten ist zu beachten, dass eine Kennzeichnungspflicht für die kommerziellen Inhalte nur gilt, wenn der Influencer

- den Absatz eigener Waren oder Dienstleistungen fördert (Eigenförderung) und/oder
- den Absatz fremder Waren oder Dienstleistungen fördert und hierfür ein Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung erhält (entgeltliche Fremdförderung).

<sup>24</sup> Zu den Kriterien: *BGH*, GRUR 2014, 879 (Rn. 24) – GOOD NEWS II.

<sup>25</sup> *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Hrsg.), UWG, 40. Aufl. 2022, Anh. zu § 3 III Rn. 28.5; *Sosnitza*, in: Ohly/Sosnitza (Hrsg.), UWG, 7. Aufl. 2016, Anhang zu § 3 Abs. 3 Rn. 71; *Wille*, in: Büscher (Hrsg.), UWG, 2. Aufl. 2021, Anh. (zu § 3 Abs. 3) Nr. 28 Rn. 341.

<sup>26</sup> *BGH*, GRUR 2014, 298 (Rn. 20) – Runes of Magic.

<sup>27</sup> *BGH*, GRUR 2014, 298 (Rn. 20) – Runes of Magic.

<sup>28</sup> BGHZ 231, 38 (Rn. 104) – Influencer I; BGHZ 231, 87 (Rn. 49) – Influencer II.

<sup>29</sup> BGHZ 231, 38 (Rn. 105 ff.) – Influencer I; BGHZ 231, 87 (Rn. 50 ff.) – Influencer II.

Demgegenüber besteht keine spezialgesetzliche Kennzeichnungspflicht, wenn der Influencer (nur) den Absatz fremder Waren oder Dienstleistungen fördert, dafür aber kein Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung erhält (unentgeltliche Fremdförderung).

Wenn unter den genannten Voraussetzungen grundsätzlich eine Kennzeichnungspflicht besteht, dann kommt es weiter darauf an, ob die kommerzielle Kommunikation bzw. die Werbung als solche klar erkennbar ist. Eine besondere Kennzeichnung ist nicht erforderlich, wenn die Äußerung bereits so gestaltet wird, dass die angesprochenen Verbraucher den kommerziellen Charakter klar und eindeutig auf den ersten Blick erkennen können.<sup>30</sup> Ob dies der Fall ist, richtet sich nach dem Verständnis eines durchschnittlichen Verbrauchers bzw. eines durchschnittlichen Verbrauchers einer angesprochenen Zielgruppe (§ 3 Abs. 4 S. 1 UWG). Strengere Maßstäbe gelten bei besonders schutzbedürftigen Verbrauchergruppen (§ 3 Abs. 4 S. 2 UWG).

Ist die kommerzielle Kommunikation bzw. die Werbung nicht bereits als solche klar erkennbar, dann bedarf es eines besonderen Hinweises auf den kommerziellen Charakter. Dieser Hinweis muss so deutlich erfolgen, dass der kommerzielle Charakter aus der Sicht des durchschnittlich informierten, situationsadäquat aufmerksamen und verständigen Verbrauchers, der zur angesprochenen Gruppe gehört, auf den ersten Blick und zweifelsfrei hervortritt.<sup>31</sup> Praktisch kann dies durch optische Hervorhebungen und klare Texthinweise, wie z. B. „Anzeige“ oder „Werbung“, geschehen.<sup>32</sup> Dagegen genügt der bloße Hashtag „#ad“ nicht,<sup>33</sup> zumal dann, wenn dieser Hinweis in einer „Hashtagwolke“<sup>34</sup> untergeht.

## 2. Rechtsbruch

Die Verletzung von spezialgesetzlichen Bestimmungen kann gemäß § 3a UWG als Rechtsbruch unlauter sein. § 3a UWG hat die Funktion einer „Transformationsnorm“<sup>35</sup> zwischen dem UWG und der übrigen Rechtsordnung. Unlauter handelt danach, „wer einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln, und der Verstoß geeignet ist, die Interessen von Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern oder Mitbewerbern spürbar zu beeinträchtigen“.

Vorschriften, die besondere Informationsanforderungen stellen, können im Grundsatz Marktverhaltensregelungen im Sinne von § 3a UWG sein.<sup>36</sup> Allerdings beurteilt der

BGH nach seiner neuesten Rechtsprechung<sup>37</sup> die Verletzung einer Informationspflicht in Bezug auf kommerzielle Kommunikation gegenüber Verbrauchern nicht mehr nach § 3a UWG.<sup>38</sup> Hintergrund dieser Rechtsprechungsänderung ist, dass die Verletzung von Informationspflichten durch eine vollharmonisierende Bestimmung des Unionsrechts vorgegeben ist,<sup>39</sup> die von § 3a UWG abweichende Voraussetzungen aufweist. Anstelle eines Verstoßes gegen § 3a UWG ist eine Unlauterkeit gemäß § 5a Abs. 1 und § 5b Abs. 4 UWG zu prüfen.

## 3. Vorenthalten einer wesentlichen Information

Die Verletzung einer Informationspflicht in Bezug auf kommerzielle Kommunikation kann gemäß § 5a Abs. 1 UWG unlauter sein. Unlauter handelt danach, wer einen Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer irreführt, indem er ihm eine wesentliche Information vorenthält, (1.) die der Verbraucher oder der sonstige Marktteilnehmer nach den jeweiligen Umständen benötigt, um eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen, und (2.) deren Vorenthalten dazu geeignet ist, den Verbraucher oder den sonstigen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.

Das Tatbestandsmerkmal der Wesentlichkeit wird unter anderem durch § 5b Abs. 4 UWG präzisiert. Als wesentlich im Sinne des § 5a Abs. 1 UWG gelten „auch solche Informationen, die dem Verbraucher auf Grund unionsrechtlicher Verordnungen oder nach Rechtsvorschriften zur Umsetzung unionsrechtlicher Richtlinien für kommerzielle Kommunikation einschließlich Werbung und Marketing nicht vorenthalten werden dürfen“.

Diese Voraussetzungen sind bei § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG und § 22 Abs. 1 S. 1 MStV erfüllt, da die beiden Normen auf das Unionsrecht zurückgehen. § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG dient der Umsetzung von Art. 6 Buchst. a) Richtlinie 2000/31/EG (E-Commerce-Richtlinie) und § 22 Abs. 1 S. 1 MStV beruht auf Art. 9 Abs. 1 Buchst. a) Richtlinie 2010/13/EU (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste).

Die Nichterfüllung der gesetzlichen Vorgaben aus § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG und § 22 Abs. 1 S. 1 MStV ist als ein Vorenthalten im Sinne des § 5a Abs. 1 UWG anzusehen, weil dem Verbraucher dadurch die wesentliche Angabe verborgen bleibt, dass es sich bei dem Influencer-Beitrag um einen kommerziellen Inhalt handelt.

Diese Information benötigt der Verbraucher nach den Umständen, um eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen (§ 5a Abs. 1 Nr. 1 UWG). Eine geschäftliche

<sup>30</sup> BGHZ 231, 38 (Rn. 87) – Influencer I.

<sup>31</sup> BGHZ 231, 38 (Rn. 80) – Influencer I; BGH, GRUR 2022, 490 (Rn. 45) – Influencer III.

<sup>32</sup> Weitere Beispiele aus der Rechtsprechung bei *Terhaag/Schwarze*, Influencer-Marketing, 2021, § 2 Rn. 158 ff.

<sup>33</sup> *OLG Celle*, GRUR 2017, 1158 (Rn. 9 ff.).

<sup>34</sup> *Klickermann*, MMR 2020, 150 (153).

<sup>35</sup> *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitzer*, UWG, 7. Aufl. 2016, § 3a Rn. 1.

<sup>36</sup> *BGH*, GRUR 2016, 954 (Rn. 13) – Energieeffizienzklasse.

<sup>37</sup> *BGH*, GRUR 2022, 930 (1. Leitsatz und Rn. 16 ff.) – Knusper-Müslis II; vgl. auch *BGH*, GRUR-RS 2022, 15055 (Rn. 60) – Grundpreisangabe im Internet.

<sup>38</sup> Anders noch *BGH*, GRUR 2014, 576 (Rn. 15) – 2 Flaschen GRATIS.

<sup>39</sup> Art. 7 Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im Binnenmarkt.

Entscheidung ist gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG „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 entscheidet, tätig zu werden“. In den Influencer-Fällen geht es typischerweise um die geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers, ob er sich mit der vom Influencer beworbenen Ware oder Dienstleistung näher befassen möchte und hierfür z.B. einen Online-Shop des Unternehmens, ein Verkaufsportale oder ein Ladengeschäft aufsucht.<sup>40</sup> Es genügt bereits für eine geschäftliche Entscheidung, wenn sich der Verbraucher mit einem Klick auf die sog. „Tap Tags“ das Instagram-Profil des verlinkten Unternehmens anzeigen lässt.<sup>41</sup>

Das Vorenthalten der wesentlichen Information muss weiterhin dazu geeignet sein, den Verbraucher oder den sonstigen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte (§ 5a Abs. 1 Nr. 2 UWG). Man spricht von der geschäftlichen Relevanz des Verhaltens. Diese ist bei einer fehlenden Erkennbarkeit des kommerziellen Zwecks einer geschäftlichen Handlung schon deswegen gegeben, weil der Verbraucher einer geschäftlichen Handlung im Falle des Erkennens des kommerziellen Zwecks von vornherein kritischer gegenüber steht als einer sonstigen Aussage.<sup>42</sup> Den Unternehmer trifft die sekundäre Darlegungslast für Umstände, die gegen die Relevanz des Kennzeichnungsverstoßes sprechen.<sup>43</sup>

### III. Allgemeines Gebot der Kennzeichnung des kommerziellen Zwecks

Gemäß § 5a Abs. 4 S. 1 UWG handelt unlauter, „wer den kommerziellen Zweck einer geschäftlichen Handlung nicht kenntlich macht, sofern sich dieser nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt, und das Nichtkenntlichmachen geeignet ist, den Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte“.

§ 5a Abs. 4 S. 1 UWG ist eine allgemeine Ausformung der in § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG und § 22 Abs. 1 S. 1 MStV enthaltenen speziellen Kennzeichnungsgebote. Normadressaten sind nicht nur die Anbieter von Telemedien, sondern sämtliche Unternehmer. Die Anforderungen an eine ordnungs-

gemäße Kennzeichnung sind mit den telemedienrechtlichen Vorgaben sachlich deckungsgleich.<sup>44</sup>

Einschränkend legt § 5a Abs. 4 S. 2 UWG fest, dass ein kommerzieller Zweck bei einer Handlung zugunsten eines fremden Unternehmens nicht vorliegt, wenn der Handelnde kein Entgelt oder keine ähnliche Gegenleistung für die Handlung von dem fremden Unternehmen erhält oder sich versprechen lässt (Fall der unentgeltlichen Fremdförderung). Diese Wertung entspricht den oben angesprochenen Parallelregelungen im Medienrecht.<sup>45</sup> Ebenso wie im Medienrecht gilt jedoch, dass in dem praktisch häufigsten Fall der kombinierten Eigen- und Fremdförderung durch einen Influencer die Kennzeichnungspflicht nicht entfällt.<sup>46</sup>

Gemäß § 5a Abs. 4 S. 3 UWG werden der Erhalt oder das Versprechen einer Gegenleistung vermutet, es sei denn, der Influencer macht glaubhaft (vgl. § 294 ZPO), dass er eine solche nicht erhalten hat.

### D. Rechtsfolgen

Unzulässige geschäftliche Handlungen sind verboten und lösen die Ansprüche gemäß §§ 8-10 UWG aus. Nur unter speziellen Voraussetzungen und bei einem besonderen Bezug zum Binnenmarkt sind Bußgeldsanktionen möglich (§§ 5c, 19 UWG).

Der mit Abstand wichtigste Anspruch des UWG ist der Unterlassungsanspruch gemäß § 8 Abs. 1 UWG. Anspruchsberechtigt sind gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG Mitbewerber<sup>47</sup> (des Influencers und/oder der durch den Influencer geförderten Unternehmen), die Waren oder Dienstleistungen in nicht unerheblichem Maße und nicht nur gelegentlich vertreiben oder nachfragen, sowie die in Nr. 2-4 aufgeführten Organisationen und Verbände.

Außergerichtlich wird der Unterlassungsanspruch zumeist im Wege einer Abmahnung, die mit der Aufforderung zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung verbunden wird, durchgesetzt (§§ 13, 13a UWG). Bleibt dies erfolglos, dann kommt eine gerichtliche Rechtsdurchsetzung im Zivilverfahren in Betracht.

<sup>40</sup> BGHZ 231, 38 (Rn. 95) – Influencer I; *BGH*, GRUR 2022, 490 (Rn. 50) – Influencer III.

<sup>41</sup> BGHZ 231, 38 (Rn. 96) – Influencer I; *BGH*, GRUR 2022, 490 (Rn. 51) – Influencer III.

<sup>42</sup> BGHZ 231, 38 (Rn. 98) – Influencer I; *BGH*, GRUR 2022, 490 (Rn. 53) – Influencer III.

<sup>43</sup> BGHZ 231, 38 (Rn. 98) – Influencer I; *BGH*, GRUR 2022, 490 (Rn. 53) – Influencer III.

<sup>44</sup> BGHZ 231, 38 (Rn. 79 ff., 111 und 120) – Influencer I.

<sup>45</sup> Vgl. *Büschler*, WRP 2022, 1 (7).

<sup>46</sup> *Büschler*, (Fn. 45), 6.

<sup>47</sup> Definiert in § 2 Abs. 1 Nr. 4 UWG.