

Niklas Braun: Influencermarketing nach der UGP-Richtlinie, § 5a IV UWG und BGH

Der Autor ist Student der Rechtswissenschaften im 9. Fachsemester (Universität Bayreuth). Der Beitrag ist im Rahmen des studienbegleitenden Seminars im Immaterialgüterrecht bei Prof. Dr. Ruth Janal, LL.M. (Lehrstuhl Zivilrecht VIII – Bürgerliches Recht, Immaterialgüter- und Wirtschaftsrecht) entstanden. Der Autor ist studentische Hilfskraft bei A&O Shearman. Diese Arbeit steht nicht in Zusammenhang mit seiner dortigen Tätigkeit und repräsentiert ausschließlich seine persönlichen Ansichten.

A. Einleitung

„Vertrauen ist die Währung, in der gezahlt wird“¹, meinte Angela Merkel über das Bankensystem und hätte genauso gut Influencermarketing beschreiben können. Influencer*innen sind bekannte und einflussreiche Social-Media-Persönlichkeiten. Als Werbeträger*innen platzieren sie Kaufempfehlungen in ihren Posts und wirken – offenkundig oder verdeckt – auf das Konsumverhalten ihrer Follower*innen ein.²

Das Geheimnis ihrer Wirksamkeit? Subversion und Spezifität. Die Überzeugungskraft eines Werbeträgers hängt ab von seiner Expertise, Attraktivität und Vertrauenswürdigkeit.³ Influencer*innen brillieren in allen drei Kategorien: Als digitale Meinungsführer*innen strahlen sie Fachwissen aus und alternieren ihre perfekte Inszenierung allenfalls mit handverlesenen „candid moments“. Die Kaufempfehlungen dieser nahbaren Idole erreichen ihr Publikum wie Ratschläge von guten Freunden*innen und entziehen sich der üblichen Werbeskepsis.

Deshalb ordnen sich die unbedarften digitalen Freunde auch durch Abos und Likes freiwillig in Käufergruppen ein.⁴ Die hohe Zielgruppenspezifität und geringe Streuwirkung garantieren Influencerkampagnen einen hervorragenden ROI von 5,20–6,50 \$.⁵ Daher setzen bereits 85 % der Marketer*innen auf Influencer*innen und das hierauf allokierte Werbebudget pro Internetnutzer*in verdreifachte sich allein in den letzten fünf Jahren.⁶

Damit machen Influencer*innen Authentizität und persönliche Bindung zur kommerziellen Strategie. Vertrauen ist allerdings eine volatile Währung. Sobald Follower*innen die werblichen Intentionen enttarnen, drohen schnell Relevanzverlust, Shitstorms und Argwohn.⁷ Kennzeichnungspflichten für kommerzielle Influencerposts müssen daher eine delikate Balance wahren, denn der Schutz vor Manipulation riskiert zugleich das Geschäftsmodell eines ganzen Berufszweiges.

Seit 2017 beschäftigt dieses Dilemma auch die Rechtsprechung. Wettbewerbsverbände verklagen zumeist Influencer*innen wegen Schleichwerbung nach § 5a IV UWG.⁸ Die einstige Fallgruppe der Sittenwidrigkeitsgeneralklausel⁹ wurde 2004 erstmals zum eigenen Tatbestand¹⁰ und fügt sich in ein enges Geflecht aus europäischem und deutschem Lauterkeits- und Medienrecht.

Diese komplexe Regelungslage weckte schon bald Rufe nach höchstrichterlicher Klärung. Während anhängige Revisionen ein Grundsatzurteil des BGH in Kürze erwarten ließen, beschloss der Bundestag bereits weitreichende Änderungen des § 5a IV UWG.¹¹ Der BGH urteilte im Anschluss zwar noch zur alten Rechtslage, musste aber die bald in Kraft tretende Novelle bereits im Blick behalten.¹²

Das Ergebnis dieses juristischen Spagats ist auf seine jeweiligen Anknüpfungspunkte und deren Übertragbarkeit auf die neue Rechtslage zu prüfen. Nach Entzerrung der unions- und medienrechtlichen Gemengelage will die vorliegende Arbeit daher die Influencerrechtsprechung und UWG-Novelle synthetisieren, um den lauterkeitsrechtlichen Status quo des Influencermarketings zu erarbeiten. Im Fokus steht die

¹ BT-Plenarprotokoll 16/181, S. 19324.

² Glöckner, Lauterkeitsrechtliche Schranken für Influencer in sozialen Medien, NJW 2021, S. 3427, Rn. 3; Legaldefinitionen und Trennschärfe in Grenzfällen fehlt noch, vgl. Schaub, Influencer und Lauterkeitsrecht – de lege lata und de lege ferenda, GRUR 2021, S. 1358 (1359); Fries, Influencer Marketing, 2019, S. 5; Terhaag/Schwarz, Influencer-Marketing: Rechtshandbuch, 2021, S. 11.

³ Source Credibility Theory, vgl. Low/Chee/Zhou in The dynamics of Influencer Marketing, 2023, S. 63.

⁴ Maatz, Influencer Marketing, 2021, S. 33.

⁵ ROI = Return on Investment; Olmsted/Kim in The dynamics of Influencer Marketing (Fn. 3), S. 103.

⁶ Influencer Marketing Hub, State of Influencer Marketing 2024, S. 10 u. 13.

⁷ Maatz (Fn. 4), S. 42.

⁸ Will, Werbung durch Influencer, UFITA 1/2021, 137 (144); Schaub, GRUR 2021, S. 1358 (1361).

⁹ § 1 UWG a. F.; Vgl. nur BGH, GRUR 1995, 744 – Feuer, Eis & Dynamit I und OLG Braunschweig, BeckRS 2014, 5347, Rn. 30 (juris).

¹⁰ Erstmals § 4 Nr. 3 UWG (vgl. BT-Drs. 15/1487, S. 17); später § 5a VI bzw. § 5a IV.

¹¹ Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht (BGBl. I, S. 3505); BT-Drs. 19/27873, S. 2, 21f. u. 31ff.

¹² Ohly, Die ab 28.5.2022 geltenden Änderungen des UWG im Überblick, GRUR 2022, 763 (764); Schaub, Kennzeichnungspflichtige Gegenleistungen beim Influencer-Marketing, NJW 2022, S. 2510, Rn. 2.

Kennzeichnungspflicht von Influencer*innen nach § 5a IV UWG für Bildposts auf Instagram.¹³

Influencermarketing im Sinne dieser Arbeit beschreibt die Kooperation zwischen Influencer*innen und dritten Unternehmen, die ihr Unternehmen bzw. ihre Waren oder Dienstleistungen auf dem Influenceraccount zur Schau stellen wollen.¹⁴

B. UGP-Richtlinie und sonstiges Sekundärrecht im Influencermarketing

Angesichts der nationalen Turbulenzen überrascht ein Blick in das Unionsrecht: Die Kennzeichnung kommerzieller Zwecke ist seit 2005 von Art. 7 II Alt. 3 UGP-RL¹⁵ geregelt. Diese vollharmonisierende¹⁶ Norm sollte grundsätzlich keinen Raum lassen für mitgliedstaatliche Meinungsstreitigkeiten. Dies gilt aber nur, soweit ihr Anwendungsbereich tatsächlich eröffnet ist, d. h. insbesondere eine Geschäftspraktik vorliegt.

I. Förderung des eigenen Unternehmens

Die Geschäftspraktik i. S. d. Art. 2 lit. d) UGP-RL erfasst zunächst Verhaltensweisen eines Unternehmers, die unmittelbar mit der Förderung des Absatzes, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts an Verbraucher zusammenhängen.

1. Influencer als Unternehmer

Unternehmer i. S. d. Art. 2 lit. b) UGP-RL üben eine gewerbliche, handwerkliche oder selbstständige berufliche Tätigkeit aus. Als wettbewerbsrechtliches Gegenstück zum Verbraucher¹⁷ vertreiben sie selbstständig, planmäßig und auf eine gewisse Dauer angelegt ihre entgeltlichen Leistungen am Markt.¹⁸

Influencer*innen verkaufen regelmäßig Waren in ihren Online-Shops oder erbringen Dienstleistungen wie Coaching, Training oder Werbung für Dritte.¹⁹ Hierdurch werden ca. 78 % der Influencer*innen gewerblich tätig und sind Unternehmer.²⁰

¹³ Diese stellen den Schwerpunkt von Rspr. und Lit. dar (Kategorie 1 nach *Fries* (Fn. 2), S. 76); videozentrierte Influencer unterliegen abweichendem Medienrecht der AVMD-RL.

¹⁴ *Maatz* (Fn. 4), S. 107; *Fries* (Fn. 2), S. 4.

¹⁵ RL 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken.

¹⁶ *ErwGr.* 14 S. 5, 15 S. 3 UGP-RL; *Wutke*, Rechtsfragen des Influencer-Marketings, 2022, S. 99.

¹⁷ *EuGH*, GRUR 2013, 1159 – BKK Mobil, C-59/12, ECLI:EU:C:2013:634, Rn. 32 f.

¹⁸ Siehe *EuGH*, GRUR 2018, S. 1154 – Kamenova, C-105/17, ECLI:EU:C:2018:808, Rn. 38 und *Willems*, Influencer als Unternehmer, MMR 2018, S. 707 (708 f.) für Indizien der Gewerblichkeit.

¹⁹ *BGH*, GRUR 2021, S. 1400 (1405) – Influencer I, Rn. 36 f. m. w. N.; *Willems*, MMR 2018, S. 707 (708).

²⁰ *Kommission*, Ergebnisse einer Überprüfung („Sweep“) von Posts in den sozialen Medien,

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/de/ip_24_708/IP_24_708_DE.pdf [Stand: 7.9.2024], S. 1.

²¹ *Wutke* (Fn. 16), S. 102 f.

²² *BGH*, GRUR 2021, 1400 – Influencer I, Rn. 63; *Ohly*, GRUR 2022, 763 (765); *Alexander* in BeckOK UWG, 23. Auflage 2024, § 2 Rn. 52.

²³ *EuGH*, GRUR 2013, 1177 – RLvS, C-391/12, ECLI:EU:C:2013:669, Rn. 38; *BT-Drs.* 19/27873, S. 34; *BGH*, GRUR 2021, S. 1400 – Influencer I, Rn. 63.

2. Förderung von Absatz, Verkauf oder Lieferung an Verbraucher

Vertreiben Influencer*innen eigene Waren und Dienstleistungen an Verbraucher, fördern werbende Instagramposts diesen B2C-Absatz und stellen eine Geschäftspraxis dar.²¹

Im Influencermarketing bieten Influencer*innen jedoch Werbedienstleistungen für dritte Unternehmen an. Dem/Der Influencer*in fehlt damit eine eigene Leistung, deren Absatz sie gegenüber Verbrauchern fördern könnten. Werbedienstleistungen gehören somit dem B2B-Verhältnis an, stellen keine Geschäftspraxis dar und unterfallen grundsätzlich nicht der UGP-RL.²²

II. Förderung eines fremden Unternehmens

Mit der Kooperation will das dritte Unternehmen jedoch Geschäfte mit Instagramnutzer*innen anbahnen, die dem/der Influencer*in folgen. Diese sind regelmäßig Verbraucher, sodass Influencerposts den B2C-Absatz des dargestellten Unternehmens fördern. Solche Dreieckskonstellationen (sog. Fremdförderungen) erfasst die UGP-RL ihrem Wortlaut nach nur, wenn der/die Influencer*in im Auftrag oder Namen des Dritten handelt (Art. 2 lit. b) UGP-RL) und beide Beteiligte Unternehmer sind.²³

1. Influencer im Auftrag Dritter

Die UGP-RL enthält keine Definition für „Auftrag“, sodass die jeweiligen Sprachfassungen der Mitgliedstaaten von besonderer Bedeutung sind. Der deutsche Wortlaut erinnert zunächst an den Auftrag nach § 662 BGB. Die englischen und französischen Fassungen deuten mit „on behalf of“ bzw. „pour le compte de“ (im Auftrag/für Rechnung von) auf Konstellationen der mittelbaren Stellvertretung. Diese ist über § 675 BGB auch vom Auftragsrecht der §§ 662 ff. BGB

erfasst,²⁴ sodass der gemeinsame Nenner aller Sprachfassungen die mittelbare Stellvertretung ist. Dies entspräche auch dem Telos der Norm: wenn Verbraucher ausschließlich mit dem selbstständig handelnden Vertreter kontrahieren, soll dieser ebenso den Anforderungen der UGP-RL unterliegen wie der Vertretene.²⁵

Influencer*innen schließen jedoch (im Regelfall)²⁶ keine Verträge für Rechnung des beworbenen Unternehmens und handeln damit nicht in dessen Auftrag.

2. Influencer im Namen Dritter

Das Handeln im Namen eines Dritten (engl. „in the name of“/franz. „au nom de“) betrifft direkte Stellvertretung, die Influencer ebenso wenig anbieten.

3. Notwendigkeit der engen Auslegung?

Demnach unterfiele Influencermarketing nicht der UGP-RL, obgleich Influencer*innen gerade das Kaufverhalten von Verbrauchern beeinflussen sollen.

Diese enge Ansicht geht zurück auf ein Urteil des EuGH²⁷, der feststellte, dass die UGP-RL einer presserechtlichen Norm nicht entgegensteht, die Verlage zur Kennzeichnung von entgeltlichen Anzeigen zwingt, falls sie hierfür ein Entgelt von Dritten erlangt hatten. Der EuGH verneinte zwar die Anwendbarkeit der UGP-RL auf diese Dreieckskonstellation, betonte jedoch, dass sich seine Wertungen nur auf das spezielle Verhältnis zwischen zwei Verlagen beziehen und nur die verlegerische Tätigkeit als solche betreffen. Die besagte Norm erfasste ausschließlich die Pressefreiheit und nicht die Lauterkeit des Wettbewerbs.²⁸ Das Verhältnis von Verlag zu Verbrauchern blieb gänzlich offen. Es ist daher – entgegen den zahlreichen Bekundungen der Literatur und nationalen Rechtsprechung – nicht geklärt, ob die Fremdförderung prinzipiell in den Anwendungsbereich der UGP-RL fallen kann.²⁹

Vielmehr ist festzustellen, dass sämtliche Tatbestandsmerkmale der Geschäftspraxis gegeben sind. Diese erfordert nur die Handlung eines Unternehmers, die das Verbraucherverhalten beeinflusst und eine Absatzförderung bewirkt (Art. 2 lit. b, d)). Unternehmer müssen hierbei zwar im Rahmen „ihrer“ gewerblichen Tätigkeit handeln, aber nur den – und gerade nicht „ihren“ – Absatz fördern (Art. 2 lit. d)).³⁰ Indem Influencer*innen gewerblich ihre Werbedienstleistungen anbieten und Verbraucher zum Kauf beim Drittunternehmen anregen, sind die ermittelten Kriterien erfüllt, eine Geschäftspraxis gegeben und die UGP-RL anzuwenden.

Dem stünde auch der erforderliche Unmittelbarkeitszusammenhang zwischen Handlung und Absatzförderung nicht entgegen.³¹ Dieser grenzt lediglich die Beeinflussung geschäftlicher Entscheidungen bzw. die Verletzung von Verbraucherinteressen von sonstigen Zwecken ab (ErwGr. 6 S. 1, 7 S. 1). Für beide Kriterien macht es keinen Unterschied, zu wessen Gunsten der Verbraucher irreführt wird. Maßgeblich ist somit die Unmittelbarkeit zum Geschäftsabschluss mit dem Beworbenen, der sich sonst durch die Delegation einer Haftung entziehen könnte.³² Die UGP-RL will damit nur Handlungen ausschließen, die „lediglich“ Mitbewerber betreffen (ErwGr. 6 S. 3) und Verbraucher nicht schädigen.³³ Das Gegenteil trifft auf Influencer*innen zu.

Dennoch regelt die UGP-RL nur das Handeln im Auftrag oder Namen Dritter. Im Umkehrschluss leitet der EuGH ab, dass sonstige Konstellationen der Fremdförderung gerade nicht erfasst seien. Dies verkennt aber die unterschiedlichen Funktionen der Merkmale „im Namen oder Auftrag“ und der Fremdförderung. Letztere begründet nicht die Unternehmereigenschaft oder weitet Pflichten aus (anders B.II.1). Vielmehr stellt sie lediglich eine Modalität der B2C-Verhaltensweisen von Unternehmern dar, die auch Influencer*innen, wie gezeigt, vornehmen können. Auch die Kommission geht dementsprechend davon aus, dass Werbung auf Blogs zugunsten Dritter der UGP-RL unterfällt.³⁴ Letztlich ist eine vergleichbare Dreieckskonstellation auch in

²⁴ Bähr in MüKo UWG, 3. Auflage 2021, § 2 Rn. 17.

²⁵ Köhler in Köhler UWG, 42. Auflage 2024, § 2 Rn. 8.8; Sosnitzer in Ohly/Sosnitzer UWG, 6. Auflage 2024, § 2 Rn. 100.

²⁶ Höving, Das Vertriebsrecht und Social Media: (Wann) sind Influencer Handelsvertreter?, ZVertriebsR 2023, S. 158 (162 f.) für seltene Einordnung als Handelsvertreter bei Affiliate Link bei konkreter Vermittlung eines Einzelabschlusses.

²⁷ Siehe Fn. 23.

²⁸ EuGH, GRUR 2013, 1177 – RLvS, Rn. 16, 31.

²⁹ Alexander in BeckOK UWG (Rn. 22), § 2 Rn. 53.

³⁰ Fehlendes Possessivpronomen setzt sich in den anderen Sprachfassungen fort („his trade“/“sale or supply of a product“ bzw. „dans le cadre de son activité“/“la vente [...] d'un produit“).

³¹ A. A. Wuttke (Fn. 16), S. 101 f.

³² Namysłowska in MüKo UWG (Rn. 24), Art. 3 UGP-RL, Rn. 15.

³³ Ebd., Rn. 16; EuGH, GRUR 2011, S. 76 – Mediaprint, C-540/08, ECLI:EU:C:2010:660, Rn. 21.

³⁴ SEK [2009] 1666 vom 3.12.2009, zit. nach Alexander, Kommentar zu EuGH 17.10.2013, RLvS Verlagsgesellschaft/Stuttgarter Wochenblatt, WRP 2013, S. 1577 (1578), Rn. 9; später auch in Leitlinien der Kommission C526/2021/01, S. 98 explizit zu Influencer*innen.

Anhang I, Nr. 11 UGP-RL geregelt und somit nicht pauschal von der UGP-RL ausschließbar.

Die Freistellung des Influencermarketings von der UGP-RL kann demnach nicht überzeugen. Angezeigt wäre eine Vorlage an den EuGH³⁵, zu der sich der BGH in den Influencer-Urteilen nach der acte-clair/éclairé-Doktrin leider nicht veranlasst sah.³⁶

III. Sonstiges Sekundärrecht

Neben der UGP-RL enthält Art. 6 lit. a) eCommerce-RL weitere Kennzeichnungspflichten.³⁷ Sie finden Anwendung auf Dienste der Informationsgesellschaft³⁸, insbesondere die wirtschaftliche Nutzung des Internets gegen Entgelt.³⁹ Dieses Entgelt muss nicht direkt vom Nutzer des Dienstes (z. B. Instagramnutzer) entrichtet werden (vgl. ErwGr. 18 S. 4). Damit ist auch Werbung von Influencer*innen gegenüber Nutzern erfasst, die nur vom beworbenen Unternehmen oder Dritten (etwa die Plattform selbst) vergütet werden.⁴⁰ Der Begriff der kommerziellen Kommunikation (Art. 2 lit. f eCommerce-RL) überschreitet insoweit den Anwendungsbereich der UGP-RL und beinhaltet auch reine B2B-Konstellationen und die ausschließliche Fremdförderung.⁴¹

IV. Zwischenfazit: mitgliedstaatlicher Spielraum

Die UGP-RL betrifft Influencer*innen nach derzeit einhelliger, aber abzulehnender Ansicht nur, wenn sie eigene Waren oder Dienstleistungen an Verbraucher vertreiben. Im klassischen Influencermarketing ist sie mangels Anwendbarkeit auf Fremdförderungen keine Determinante.

Stattdessen greift Art. 6 lit. a) eCommerce-RL für alle Praktiken des Influencermarketings, weshalb die Mitgliedstaaten individuelle und strengere Vorschriften erlassen dürfen.

C. § 5a IV UWG und das nationale (Tele)Medienrecht

Die unionsrechtliche Trennung zwischen Eigen- und Fremdförderung setzt sich im nationalen Recht nicht fort. Vielmehr vereinen §§ 5a IV, 2 I Nr. 2 UWG beide Varianten.⁴² Die divergierenden unionsrechtlichen Hintergründe aus UGP- und eCommerce-RL zwingen allerdings zu einer gespaltenen Auslegung und riskieren Wertungswidersprüche bei kumulativer Anwendung.⁴³ Hinzu kommt konkurrierendes deutsches (Tele)Medienrecht:

I. Anwendbares Recht

Das Bereithalten eines Instagram-Profiles macht Influencer*innen regelmäßig zu Anbietern von Telemedien.⁴⁴ Für deren kommerzielle Kommunikation enthalten § 6 I 1 Telemediengesetz (TMG) und § 22 I 1 Medienstaatsvertrag (MStV)⁴⁵ besondere Kennzeichnungspflichten.

II. Konkurrenzkonzeptionen von BGH und Gesetzgeber

Für deren Zusammentreffen mit § 5a IV UWG bieten BGH (zur früheren Rechtslage) und die UWG-Novelle unterschiedliche Lösungsansätze.

Der Gesetzgeber will die Überschneidung von TMG, MStV und UWG mit § 1 II UWG lösen. Dieser setze Art. 3 IV UGP-RL um, der das Verhältnis der unionsrechtlich verankerten MStV und TMG zum UWG nun auch national regle.⁴⁶

Angesichts der eingeschränkten Anwendbarkeit der UGP-RL stützt sich der BGH nicht auf Art. 3 IV UGP-RL.⁴⁷ TMG und MStV seien vielmehr nach ihrem Sinn und Zweck und kraft nationalen Gesetzgeberwillens als abschließende bereichsspezifische Regelungen konzipiert. Das UWG

³⁵ *Schaub*, GRUR 2021, S. 1358 (1360); *Münker*, Influencer-Marketing – wer schafft nun Rechtssicherheit: der BGH oder der Gesetzgeber?, ZVertriebsR, 2021, S. 273 (274).

³⁶ *BGH*, GRUR 2021, 1400 – Influencer, Rn. 131; GRUR 2021, 1414 – Influencer II, Rn. 83.

³⁷ Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr; *Wutke* (Fn. 16), S. 97 f.; hingegen erfassen Art. 9 I lit. a), 1 I lit. h) AVMD-RL nur bewegte Bilder, vgl. *Maatz* (Fn. 4), S. 576.

³⁸ Art. 2 lit. a) eCommerce-RL i. V. m. Art. 1 Nr. 2 RL 98/48/EG.

³⁹ Zu § 2 S. 1 Nr. 1 TMG siehe *BGH*, GRUR 2021, S. 1414 (1419) – Influencer II, Rn. 51.

⁴⁰ Vgl. *EuGH*, GRUR 2017, S. 627 – Vanderborght, ECLI:EU:C:2017:335, C-339/15, Rn. 37; GRUR 2016, S. 1147 – McFadden, C-484/14, ECLI:EU:C:2016:689, Rn. 41 f.

⁴¹ Für kommerzielle Kommunikation im B2C-Bereich ist die Geschäftspraxis weiter, vgl. *BGH*, GRUR 2021, S. 1400 – Influencer I, Rn. 48.

⁴² BT-Drs. 18/4535, S. 16; *BGH*, GRUR 2021, S. 1400 – Influencer I, Rn. 70.

⁴³ *Schaub*, GRUR 2021, S. 1358 (1359).

⁴⁴ *BGH*, GRUR 2021, S. 1400 – Influencer I, Rn. 105 ff; *Alexander*; ZUM, 2022 S. 77 (82).

⁴⁵ Medienstaatsvertrag in der Fassung des Vierten Staatsvertrags zur Änderung medienrechtlicher Staatsverträge, in Kraft seit 1.1.2024; erfasst anders als AVMD-RL auch nichtbewegte Bilder.

⁴⁶ BT-Drs. 19/27873, S. 31 f.; kritisch mangels Umsetzungsbedarf *Alexander*, Grundlagen, Auslegung und Auswirkungen des § 1 II UWG n. F., WRP 2022, S. 394, Rn. 28 f.; *Rauer/Kempf*, WRP 2022, 817, Rn. 42 ff. sowie *Ohly*, GRUR 2022, S. 763 (764 f.).

⁴⁷ *BGH*, GRUR 2021, 1414 – Influencer II, Rn. 57.

integriere sie als Marktverhaltensnormen mittels §§ 5a, 5b IV UWG i. V. m. § 6 I Nr. 1 TMG⁴⁸ und § 3a UWG i. V. m. § 22 I 1 MStV⁴⁹. Eine Umgehung dieser spezielleren Tatbestände verbiete sich systematisch, sodass § 5a IV UWG im Einzelfall korrigierend auszulegen sei.⁵⁰

Der BGH sieht somit ein UWG-internes Konkurrenzproblem und greift zu dessen Lösung auf st. Rspr. zurück.⁵¹ Dieses lang etablierte Fundament machte die Einführung des § 1 II UWG (schon vor den klarstellenden Influencerurteilen) redundant. Obwohl §§ 3a, 5a UWG i. V. m. MStV/TMG weiterhin anwendbar bleiben sollen,⁵² erfasst § 1 II UWG nach seinem Wortlaut keine internen Konkurrenzen.⁵³ Die ohnehin redundante Novelle verfehlt also zusätzlich ihr ausgeschriebenes Ziel. Weiterhin bleibt die Unionsrechtskonformität höchst fraglich, wenn etwa nationalen Spezialregeln der Vorrang vor harmonisiertem Recht zugestanden wird.⁵⁴

Im Ergebnis räumen allerdings beide Ansätze dem spezielleren Recht den Vorrang ein und lassen das UWG im Grundsatz anwendbar.⁵⁵

III. Zwischenfazit: Relativierung von § 5a IV UWG

Obleich Art. 6 lit. a) eCommerce-RL nur mindestharmonisiert, erlangen die Umsetzungen in TMG und MStV kraft Gesetzgeberwillens einen abschließenden Charakter. Die dort enthaltenen besonderen Pflichten und Privilegierungen dürfen vom allgemeineren § 5a IV UWG nicht unterlaufen werden.

Im Ergebnis ist damit § 5a IV UWG auf das Influencermarketing anwendbar und nicht unionsrechtlich determiniert, aber national durch TMG und MStV eingeschränkt.⁵⁶

D. Kenntlichmachung der Förderung fremder Unternehmen

Influencer*innen kommerzialisieren ihre Reichweite, indem sie gegen Entgelt Aufmerksamkeit für kooperierende Unternehmen generieren. Verträge sehen i. d. R. ein Kontingent abstrakt umschriebener Posts vor, die sukzessive in den Instagramkanal eingestreut werden.⁵⁷ Meist zeigen Influencer*innen die beworbenen Waren (z. B. Kosmetika, Kleidung, Sportartikel, Technik) oder Dienstleistungen (etwa Hotels, Coaching oder Finanzprodukte) und taggen deren Anbieter*innen im Bild.⁵⁸

I. Geschäftliche Handlung (§ 2 I Nr. 2 Hs. 1 Alt. 1 UWG)

Ein solcher Post unterfällt nur dem Lauterkeitsrecht und dessen Kennzeichnungspflichten, wenn er objektiv-funktional und unmittelbar mit der Förderung des fremden Unternehmens zusammenhängt. Die vorrangige Verfolgung anderer Zwecke bei bloß reflexartiger Förderung eines Unternehmens stellt keine geschäftliche Handlung dar.⁵⁹ Zu differenzieren ist hierbei, ob der/die Influencer*in eine Gegenleistung für den einzelnen Post erhielt:

1. Posts mit Gegenleistung

Häufig erhalten Influencer*innen für ihre Posts Vergütungen, Provisionen, Reisen oder die kostenlose Überlassung von Produkten und Equipment.⁶⁰ Dies qualifiziert den Post in den Augen der Rspr. ohne Weiteres als fremdfördernde geschäftliche Handlung.⁶¹

Eine dogmatische Begründung ist damit allerdings nicht geliefert. Die vom BGH zitierten Instanzurteile⁶² verweisen allesamt auf dasselbe Urteil des OLG Celle.⁶³ Dieses

⁴⁸ Damals § 3a, vgl. *BGH*, GRUR 2021, S. 1414 – Influencer I, Rn. 72; über § 5a I a. F. (=§ 5a I, 5b IV n. F.) seit *BGH*, GRUR 2022, S. 930 – Knuspermüli II, Rn. 23 ff.

⁴⁹ *Ritlewski* in BeckOK UWG (Rn. 22), § 5a Rn. 198.

⁵⁰ *BGH*, GRUR 2021, S. 1414 – Influencer II, Rn. 58 ff. u. 71; *Alexander*, Transparenz beim Influencer-Marketing – BGH-Rechtsprechung und UWG-Neuregelungen, ZUM 2022, S. 77 (82).

⁵¹ *BGH*, GRUR 2021, S. 1414 – Influencer II, Rn. 59 m. w. N.; a. A. *Ohly*, GRUR 2022, S. 763 (764) vermutet Vorausschau des BGH auf Novelle aber verkennt st. Rspr.

⁵² BT-Drs. 19/27873, S. 32 f.

⁵³ *Alexander*, WRP 2022, S. 394, Rn. 9.

⁵⁴ Detailliert *Alexander*, WRP 2022, S. 394, Rn. 30 ff.; *Schaub*, GRUR 2021, S. 1358 (1363).

⁵⁵ *Alexander*, WRP 2022, S. 394, Rn. 65; *Schaub*, GRUR 2021, S. 1358 (1363); *Büscher*, Neue Unlauterkeitstatbestände und Sanktionen im Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht (Teil 1), WRP 2022, S. 1, Rn. 17 u. 20.

⁵⁶ *Wuttke* (Fn. 16), S. 257 u. 278.

⁵⁷ *Rauer/Kempf*, Influencer-Marketing - Rechtsprechung, Gesetzgebung und Vertragspraxis, WRP 2022, S. 817, Rn. 62.

⁵⁸ *Glöckner*, NJW 2021, S. 3427, Rn. 10.

⁵⁹ Etwa private, redaktionelle, weltanschauliche, wissenschaftliche Zwecke (vgl. BT-Drs. 16/10145, S. 21 und *BGH*, GRUR 2016, S. 710 – Im Immobiliensumpf, Rn. 12); *Alexander* in BeckOK UWG (Rn. 22), § 2 Rn. 140 ff.

⁶⁰ BT-Drs. 19/27873, S. 34.

⁶¹ *BGH*, GRUR 2021, S. 1400 – Influencer I, Rn. 50 m. w. N.

⁶² Ebd.

⁶³ *OLG Celle*, GRUR 2017, S. 1158 – Hashtag #ad, Rn. 7.

beschäftigte sich ausschließlich mit der geschäftlichen Handlung des werbenden Herstellers. Eine Aussage zu den Influencer*innen selbst trifft das Urteil jedoch nicht.⁶⁴ Dass eine Gegenleistung stets die Fremdförderung indiziere, lässt sich auch nicht dem bewusst negativ formulierten § 5a IV 2 UWG entnehmen.⁶⁵

Nötig ist stattdessen eine Gesamtbetrachtung:⁶⁶ mit Erwartung oder Erhalt einer Gegenleistung wechseln Influencer*innen von einfachen Plattformnutzer*innen auf die unternehmerische Marktseite. Sie ordnen sich der kommerziellen Strategie eines Dritten unter,⁶⁷ womit der Absatz des Dritten gleichzeitig im Influencerinteresse liegt. Der Wert der Gegenleistung ist hierfür nicht entscheidend, sodass schon Ohringe oder gar eBooks genügen sollen.⁶⁸

Diese Differenzierung schafft nötige Flexibilität für die Verneinung einer Fremdförderung, wenn Influencer*innen trotz Gegenleistung z. B. ein Produkt kritisieren dürfen oder große Freiräume bei der Darstellung haben.⁶⁹ Die beschriebene Unterordnung in die kommerzielle Strategie des Dritten ist dann regelmäßig schwach ausgeprägt, sodass Werbekennzeichnungen unangebracht erscheinen.

2. Posts ohne Gegenleistung nur bei werblichem Überschuss

Fehlt eine Gegenleistung gänzlich, spricht nach diesen Kriterien zunächst wenig für eine Fremdförderung. Häufiger sind solche Posts motiviert von echter Produktbegeisterung und dienen als Update oder Tipp für die Follower*innen.⁷⁰ Damit treten die Pressefreiheit des/der Influencer*in (Art. 5 I 2 GG) und das Informationsinteresse der Plattformnutzer*innen in den Vordergrund.⁷¹

Der BGH erkennt diese Informations- und Unterhaltungsfunktion der sozialen Medien. Die Abgrenzung der Absatzförderung von sonstigen Zielen erfolgt daher nach presserechtlichen Grundsätzen.⁷² Demzufolge liegt im Ausgangspunkt keine geschäftliche Handlung vor, außer der Beitrag enthält einen sogenannten werblichen Überschuss. Darstellungen wirken in diesem Sinne über das erforderliche Maß hinaus werblich, wenn sie keine kritische Distanz erkennen lassen, ein Produkt übertrieben anpreisen oder dieses direkt vermitteln.⁷³

Letzteres ergebe sich auf Instagram aus verlinkenden Tap-Tags. Diese erscheinen beim ersten Klick auf einen Bildbeitrag und leiten Nutzer beim zweiten Klick auf die Onlinepräsenz des markierten Unternehmens weiter.⁷⁴ Nur wenn die Verlinkung in erkennbarem Kontext zu Bild/Text und einem dortigen redaktionellen Inhalt steht, sei der Gesamteindruck nicht übertrieben werblich, sondern informativ und damit dem Lauterkeitsrecht entzogen.⁷⁵

Diese Abgrenzung trägt der Praxis der sozialen Medien allerdings kaum Rechnung. Eine direkte Vermittlung erscheint schon zweifelhaft, wenn die getaggte Seite⁷⁶ keine Kaufmöglichkeit bietet.⁷⁷ Genauso wenig leuchtet ein, weshalb die Erwähnung in der Bildunterschrift regelmäßig weniger werblich sein soll als ein Tap-Tag.⁷⁸ Schließlich enthält sie ebenso meistens einen Link und bedarf nicht einmal eines zweiten Klicks zur Weiterleitung.

II. Kenntlichmachung des kommerziellen Zwecks (§ 5a IV UWG)

Liegt nach diesen Grundsätzen eine geschäftliche Handlung zugunsten des markierten Unternehmens vor, müssen deren kommerzielle Zwecke für Plattformnutzer*innen erkennbar

⁶⁴ Dass beim auftraggebenden Unternehmen eine geschäftliche Handlung vorliegt, zwingt nicht zur Bejahung beim Handelnden, vgl. *Maatz* (Fn. 4), S. 443.

⁶⁵ A. A. *Lettl*, Die lauterkeitsrechtliche Beurteilung des sog. Influencer-Marketings, WRP 2021, S. 1384, Rn. 23ff.

⁶⁶ *Maatz* (Fn. 4), S. 454.

⁶⁷ *BGH*, GRUR 2015, S. 694 – Bezugsquellen für Bachblüten, Rn. 28.

⁶⁸ Vgl. *BGH*, GRUR 2022, 490 – Influencer III, Rn. 67; Ebd., Rn. 66 auch gegen Analogie zu Geringfügigkeitsschwelle aus § 2 II 2 Nr. 12 S. 2 MStV mangels planwidriger Regelungslücke.

⁶⁹ *Maatz* (Fn. 4), S. 464; *Fries* (Fn. 2), S. 119 u. 104; alternativ auf Ebene der Eignung (unten 0).

⁷⁰ *Köberlein*, Kennzeichnungspflichten beim Influencer-Marketing: Die drei Influencer-Urteile des BGH, ZVertriebsR 2022, S. 102 (103); *Ohly*, GRUR 2022, S. 763 (766).

⁷¹ Str. ob Tap-Tags oder nur Textteil; für Gesamtbeitrag wohl *BGH*, GRUR 2021, S. 1400 – Influencer I, Rn. 62 ff.; dagegen *Feddersen* in Köhler UWG (Rn. 25), § 5a Rn. 4.105 m. w. N. und *Will*, UFITA 1/2021, S. 155 da bloßer Deckmantel für Kommerz.

⁷² *BGH*, GRUR 2021, S. 1400 – Influencer I, Rn. 59; lehnt aber pauschale Verneinung ohne Entgelt trotz Art. 6 lit. a) eCommerce-RL ab, da diese nur eine Erscheinungsform der geschäftlichen Handlung sei (Rn. 48).

⁷³ *BGH*, GRUR 2021, S. 1400 – Influencer I, Rn. 61.

⁷⁴ Ebd., Rn. 67.

⁷⁵ Ebd., Rn. 60; *Brтка/Witzmann*, Der Einsatz von Influencer-Marketing in Social Media, GRURPrax 2021, S. 657 (658); zwingend angesichts *BVerfG*, GRUR 2012, S. 390 – AnyDVD II, Rn. 31 wonach Links die Funktion digitaler Fußnoten einnehmen.

⁷⁶ Unterscheidung zwischen Account/externer Website überzeugt nicht, v. A. nach Einführung einer Instagram-Shoppingoptio, vgl. *Maatz* (Fn. 4), S. 533; dafür *Glöckner*, NJW 2021, S. 3427, Rn. 21.

⁷⁷ *Köberlein*, ZVertriebsR, 2022, S. 102 (104); trotzdem dafür *BGH* GRUR 2015, S. 694 – Bezugsquellen für Bachblütenextrakt, Rn. 30; GRUR 2021, S. 1400 – Influencer I, Rn. 67.

⁷⁸ *Harder*, Informationspflichten von Influencern, ZfPC 2022, S. 178 (180).

sein. Influencer*innen sind zur ausdrücklichen Kennzeichnung verpflichtet, außer die kommerziellen Zwecke ergeben sich unmittelbar aus den Umständen (§ 5a IV 1 UWG). Eigen- und Fremdförderung müssen je separat erkennbar sein, damit Plattformnutzer*innen die wirtschaftliche Interessenlage kritisch einordnen können.⁷⁹

1. Identität von geschäftlicher Handlung und kommerziellem Zweck?

Zunächst stellt sich die Frage, ob zwischen der Absatzförderung einer geschäftlichen Handlung (§ 2 I Nr. 2 UWG) und dem kommerziellen Zweck (§ 5a IV UWG) getrennt werden muss. Vordefiniert ist der kommerzielle Zweck nach seinem Wortlaut und Regelungszusammenhang als Gegenteil ideeller Zwecke. Dasselbe gilt jedoch schon für den objektiv-funktionalen Zusammenhang der geschäftlichen Handlung (vgl. D.I). Beide Tatbestandsmerkmale haben insoweit einen gemeinsamen Grundgehalt und sind bei Vorrang ideeller Zwecke gleichermaßen zu verneinen.

Im Übrigen lässt der Wortlaut von § 5a IV 1 UWG Raum für Interpretation: der „*kommerzielle Zweck einer geschäftlichen Handlung*“ könnte diese erstens voraussetzen und auf ihr aufbauen oder zweitens ihr vollständig inhärent sein.

In letzterem Fall wäre der kommerzielle Zweck zwingendes Merkmal jeder geschäftlichen Handlung und könnte nicht verneint werden, ohne dass die geschäftliche Handlung entfiel.⁸⁰ Gegen eine solche Synchronität spricht, dass ausschließlich § 5a IV UWG den kommerziellen Zweck überhaupt erwähnt. Diese Positionierung suggeriert erstens eine inhaltliche Trennung von der geschäftlichen Handlung in § 2 I Nr. 2 UWG.⁸¹ Zweitens kommt die Norm nicht zur Anwendung bei der Prüfung sonstiger Tatbestände. Damit läge etwa bei derselben Werbemaßnahme eine geschäftliche Handlung hinsichtlich Irreführung (§ 5 UWG) und vergleichender Werbung (§ 6 UWG) vor, nicht aber für den Tatbestand des § 5a UWG. Schon die Scharniernorm § 3 I UWG setzt eine geschäftliche Handlung voraus. Die

Eröffnung in § 3 UWG, um es rückwirkend über § 5a IV UWG zu schließen, wäre aber widersprüchlich.⁸²

Folglich sind geschäftliche Handlung und kommerzieller Zweck systematisch zu trennen.

2. Inhalt des kommerziellen Zwecks

Was bleibt dann nach Bejahung der geschäftlichen Handlung auf der zweiten Ebene noch zu prüfen? Der kommerzielle Zweck i. S. d. § 5a IV UWG entstammt Art. 7 II UGP-RL.⁸³ Diese Ursprungsnorm ist subjektiver formuliert als Art. 2 lit. b) UGP-RL (die Herkunftsnorm der geschäftlichen Handlung).⁸⁴ Teils wird hieraus das zusätzliche Erfordernis einer Werbeabsicht für § 5a IV UWG abgeleitet.⁸⁵ Dem Lauterkeitsrecht sind subjektive Anforderungen für Unterlassungsansprüche aber fremd,⁸⁶ denn die Beeinträchtigung des Wettbewerbs hängt nicht von Verschulden ab. Der kommerzielle Zweck – und damit die Kennzeichnungspflicht – stünde sonst zur Disposition des Unternehmers, obwohl die negativen Auswirkungen auf Marktteilnehmer und die positive Förderung des Unternehmens nur von der objektiven Außenwirkung des Verhaltens bestimmt werden.⁸⁷ Letztlich könnten Gerichte die Werbeabsicht ohnehin nur durch Vermutungen⁸⁸ oder dieselben objektiven Indizien⁸⁹ feststellen, die auch schon der geschäftlichen Handlung zugrunde lagen.

Die Rspr. verzichtet daher mangels Entscheidungserheblichkeit auf eine detaillierte Subsumtion.⁹⁰ Diskrepanzen zwischen geschäftlicher Handlung und kommerziellem Zweck ergeben sich somit nur aufgrund der expliziten Anordnung in § 5a IV 2 UWG für die Fremdförderung.

Nach alledem ist der kommerzielle Zweck eine parallele Wertungsebene zur Handhabung von Kennzeichnungspflichten,⁹¹ bedarf aber keiner positiven Feststellung.

⁷⁹ BGH, GRUR 2021, S. 1400 – Influencer I, Rn. 92; a. A. Wuttke (Fn. 16), S. 193 f. genügt Erkennbarkeit eines (abstrakten) kommerziellen Zwecks für MStV und TMG, dasselbe müsse für § 5a gelten.

⁸⁰ Lettl, WRP 2021, S. 1384 (1387 f.) und implizit Ohly, GRUR 2022, S. 763 (766).

⁸¹ Alexander in BeckOK UWG (Rn. 22), § 2 Rn. 85.

⁸² Hauch, Influencer-Marketing – Änderungen im UWG, GRUR-Prax 2021, 370 (372); Alexander, ZUM 2022, S. 77 (84); so aber Feddersen in Köhler UWG, § 5a Rn. 4.102 u. 4.103.

⁸³ Obgleich de lege lata meist nicht anwendbar, vgl. 0.

⁸⁴ „Zweck“ statt „zusammenhängt“ in Art. 2 lit. d) UGP-RL, engl. „intent“, franz. „intention“ (vgl. BGH, GRUR 2021, S. 1400 – Influencer I, Rn. 72).

⁸⁵ Ebd., Rn. 76.

⁸⁶ Vgl. BT.-Drs. 16/10145, 20 f. zur Abschaffung des unionsrechtswidrigen Merkmals.

⁸⁷ Wuttke (Fn. 16), S. 258.

⁸⁸ LG Köln, GRUR-RS 2021, S. 38384, Rn. 22 (juris).

⁸⁹ OLG Köln, WRP 2021, S. 523 – Diana zur Löwen, Rn. 30 (juris).

⁹⁰ BGH, GRUR 2021, S. 1400 – Influencer I, Rn. 77.

⁹¹ Glöckner, NJW 2021, S. 3427 (3428).

3. Einschränkung durch § 5a IV 2, 3 UWG

Geschäftliche Handlungen verfolgen gem. § 5a IV 2 UWG nicht den kommerziellen Zweck, ein fremdes Unternehmen zu fördern, wenn dieses dem/der Influencer*in kein Entgelt oder ähnliche Gegenleistung gewährte oder versprach. Folglich bliebe der unentgeltliche Post von Kennzeichnungspflichten befreit. Die 2022 in Kraft getretene Privilegierung soll Influencer*innen in dieser Hinsicht Printmedien gleichstellen, denen ein entsprechender Freiraum in st. Rspr. zugestanden wird.⁹²

a) Anwendungsbereich

Der RefE beschränkte § 5a IV 2, 3 UWG noch auf rein fremdfördernde Handlungen.⁹³ Dies kommt praktisch allerdings nur in Betracht, wenn ein*e Influencer*in nicht selbst Unternehmer ist. In diesem Fall bieten sie i. d. R. aber auch keine Werbedienstleistungen an, sodass der Gesetzgeber den Anwendungsbereich schlussendlich auf die Fremdförderungskomponente einer doppelbegünstigenden Handlung erweitern musste.

Die in Betracht kommenden Gegenleistungen sollen – in Gleichlauf zu TMG und MStV – weit auszulegen sein und „auch Provisionen, Produkte, [...] Pressereisen, Stellung von Ausrüstung oder Kostenübernahmen“ umfassen.⁹⁴ Sie müssen weder in Synallagma noch unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang zum Post stehen und können auch von vorübergehender Natur sein.⁹⁵ Die bloße Erwartung oder Hoffnung auf eine Gegenleistung genügt jedenfalls nach dem klaren Wortlaut nicht mehr.⁹⁶

b) Wirkung

§ 5a IV 2 UWG bewirkt ein – sonst nicht denkbare (vgl. D.II.2) – Auseinanderfallen von geschäftlicher Handlung und kommerziellem Zweck. Dies wird relevant, wenn etwa bei werblichem Überschuss zwar eine geschäftliche Handlung zugunsten des Dritten vorliegt, mangels Gegenleistung aber ein

dahin gehender kommerzieller Zweck an § 5a IV 2 UWG scheitert.⁹⁷

Meist liegt gleichzeitig eine geschäftliche Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens des/der Influencer*in vor, die von der Freistellung in § 5a IV 2 UWG nicht erfasst wird. Diese bleibt – im Grundsatz – weiterhin kennzeichnungspflichtig. Dennoch läuft die Privilegierung nicht leer,⁹⁸ da die Selbstförderung regelmäßig aus den Umständen erkennbar sein wird. Im Zusammenspiel mit § 5a IV 2 UWG ist dann der gegenleistungsfreie Beitrag als Ganzes kennzeichnungsfrei.

c) Unionsrechtswidrigkeit?

Problematisch erscheint aber die Vereinbarkeit des § 5a IV 2 UWG mit dem Unionsrecht: die Fremdförderung unterliegt zwar nicht der UGP-RL (vgl. B.II), ist aber am Mindestniveau der eCommerce-RL zu messen.⁹⁹ Deren Art. 6 lit. a), 2 lit. f) betrachtet die Gegenleistung lediglich als einen von mehreren Faktoren zur Bewertung, ob ein Post unabhängig erfolgte und damit kennzeichnungsfrei wäre.¹⁰⁰

§ 5a IV 2 UWG verneint hingegen pauschal die Kennzeichnungspflicht bei fehlender Gegenleistung. Dies missachtet alle sonstigen denkbaren Abhängigkeiten¹⁰¹ und unterschreitet das gebotene Mindestniveau. Kooperieren Influencer*innen bspw. mit dem markierten Unternehmen, sind sie auch ohne Leistung eines konkreten Entgelts nicht „unabhängig“ i. S. d. Art. 2 lit. f) eCommerce-RL¹⁰² und bleiben nach der Richtlinie kennzeichnungspflichtig.

Der Anwendungsvorrang des Unionsrechts zwänge grds. zur Nichtanwendung der Privilegierung. Allerdings greifen – in deren Anwendungsbereich – die vorrangigen § 6 I TMG und § 22 I 1 MStV. Sie enthalten keine entsprechende Privilegierung, dürfen insoweit nicht durch § 5a IV 2 UWG unterlaufen werden (vgl. C.III) und sorgen zumindest im Ergebnis für eine richtlinienkonforme Rechtslage.¹⁰³

Der Wortlaut des § 5a IV 2 UWG suggeriert Influencer*innen damit eine falsche Rechtslage. Diese Fehlinformation – ausgerechnet im Irreführungstatbestand des UWG – dürfte

⁹² BT-Drs. 19/27873, S. 35.

⁹³ *BMJV*, Entwurf Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht vom 04.11.2020, S. 6.

⁹⁴ BT-Drs. 19/27873, S. 34; BGH übernimmt EuGH-Judikatur zu Nr. 11 Anhang I (vgl. *BGH*, GRUR 2022, S. 490, Rn. 63; *EuGH*, GRUR 2021, S. 1312 – *GRAZIA StyleNights*, C-371/20, ECLI:EU:C:2021:674, Rn. 29).

⁹⁵ BT-Drs. 19/27873, S. 35; problematische Rückwirkung *Hauch*, GRURPrax 2021, S. 370 (372) bei Entgeltzahlung/-versprechen erst nach Post.

⁹⁶ A. A. früher noch *Fries* (Fn. 2), S. 105 durch Fremdförderung bei Anbahnungsabsicht für Kooperation.

⁹⁷ *Ritkowski* in BeckOK UWG (Rn. 22), § 5a Rn. 215.

⁹⁸ A. A. *Hauch*, GRURPrax S. 2021, 370 (371); *Sosnitza* in Ohly/Sosnitza UWG (Fn. 25), § 5a Rn. 60.

⁹⁹ Siehe B.III, IV; kritisch aber *Köhler*, #Alles Werbung? – Influencer im Strudel der Gesetzgebung, ZUM 2020, S. 294 (296).

¹⁰⁰ Vgl. *BGH*, GRUR 2022, S. 490 – Influencer III, Rn. 74 f.

¹⁰¹ *Wutke* (Fn. 16), S. 260.

¹⁰² *BGH*, GRUR 2021, S. 1414 – Influencer II, Rn. 76.

¹⁰³ Für Korrektur von §§ 2, 6 TMG siehe *BGH*, GRUR 2022, S. 490 – Influencer III, Rn. 61 ff.

mehr Verwirrung als Rechtssicherheit bewirken und bedarf dringend einer Korrektur. Nachdem der BGH dieses Ergebnis auch schon vor der Novelle erreichte, betreffen die Neuerungen primär Verhaltensweisen außerhalb von Telemedien (insb. klassische Presseerzeugnisse). Ähnlich wie § 1 II (siehe C.II) verfehlt auch § 5a IV 2 UWG die eigentlich anvisierten Influencer*innen.¹⁰⁴

d) Umkehr von Darlegungs- und Beweislast

Kennzeichnungspflichten stehen und fallen also mit der Gegenleistung. Deren Nachweis gestaltet sich in der Praxis allerdings schwierig, denn Influencer*innen möchten kaum ihre eigene Pflichtwidrigkeit belegen, indem sie Geldflüsse und Verträge offenlegen. In Verfügungsverfahren konnten Gerichte sich auf eine überwiegende Wahrscheinlichkeit zurückziehen.¹⁰⁵ In Hauptsacheverfahren blieben allenfalls objektive Begleitumstände und sekundäre Darlegungslasten.

§ 5a IV 3 UWG soll Influencer*innen nun in die Defensive treiben, indem der Erhalt eines Entgelts hinsichtlich § 5a IV 2 UWG vermutet wird.¹⁰⁶ Beklagte können zu ihrer Entlastung glaubhaft machen, das fremde Unternehmen habe ihnen keine Gegenleistung gewährt oder versprochen. Denkbar sei eine entsprechende Bestätigung des Unternehmens, die Vorlage von Quittungen (die den Erwerb aus eigener Tasche belegen) oder die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung (§ 294 I 1 ZPO).¹⁰⁷ Einfaches Bestreiten reicht hingegen nicht mehr aus.¹⁰⁸

Genügen Influencer*innen dieser Darlegungslast, entfällt die Vermutungswirkung des § 5a IV 3 UWG. Der Nachweis obliegt dann nach allgemeinen Grundsätzen wieder dem Anspruchsteller,¹⁰⁹ was ihm mangels Einblicks in die Interna zwischen Influencer*in und Drittunternehmen regelmäßig misslingen wird. Diese prozessuale Zwickmühle ist typischer Anwendungsfall einer sekundären Darlegungslast. Es ist aber zweifelhaft, ob hierfür noch Raum bleibt neben

§ 5a IV 3 UWG,¹¹⁰ da die Norm schon die sekundäre Darlegungslast der früheren Instanzrechtsprechung aufgreift.¹¹¹

Kritiker halten eine Beweislastumkehr für negative Tatsachen¹¹² und eine bloße Glaubhaftmachung zur Ausräumung von Vermutungen (auch) im Strengbeweisverfahren¹¹³ für einen Systembruch. Influencer*innen dürften auch erhebliche Schwierigkeiten haben, von Unternehmen ein Negativattest zu erhalten, mit denen sie keinerlei geschäftliche Verbindungen unterhalten. Zweifelhaft sei weiterhin die Eignung einer Quittung, sämtliche in Betracht kommenden Gegenleistungen zuverlässig auszuräumen.¹¹⁴ Dass § 5a IV 3 UWG eine Verschlechterung für Influencer*innen herbeiführt, widerspreche auch dem Ziel, sie zu entlasten.¹¹⁵ Dies dürfte aber letztlich ein nötiges Gegengewicht zur Privilegierung aus S. 2 darstellen.

Erneut wird § 5a IV 3 UWG aber durch die vorrangigen Tatbestände aus TMG und MStV relativiert, die nicht der Vermutungswirkung unterliegen. Die Norm bleibt insoweit dem Motto „gut gemeint ist nicht immer gut gemacht“ der § 1 II und § 5a IV 2 UWG treu (siehe C.II und D.II.3.c)).

4. Anforderungen an die Erkennbarkeit

Kommerzielle Zwecke müssen sich auf den ersten Blick und zweifelsfrei ergeben, ohne dass es einer analysierenden Betrachtung bedürfe.¹¹⁶ Eine ausdrückliche Kennzeichnung ist nur entbehrlich, falls sich der Zweck unmittelbar aus den objektiven Umständen ergibt.¹¹⁷

Maßgeblich hierfür sind die durchschnittlichen Plattformnutzer*innen des angesprochenen Verkehrskreises i. S. d. § 3 IV 1 UWG. Obgleich Instagram ein überdurchschnittlich junges Publikum anspricht, scheitert eine

¹⁰⁴ Büscher, WRP 2022, S. 1, Rn. 49 f.

¹⁰⁵ Vgl. nur *KG Berlin*, GRUR-RR 2018, S. 155, Rn. 9.

¹⁰⁶ BT-Drs. 19/27873, S. 35; nicht jedoch für den vollharmonisierten § 3 III UWG i. V. m. Anhang I Nr. 11, vgl. *Schaub*, GRUR 2021, S. 1358 (1362); *Ohly* GRUR 2022, S. 763 (766) erwägt analoge Anwendung auf Medienrecht oder als allgemeinen Sphärenedanken; gegen Letzteres *Fedderson* in Köhler UWG (Rn. 25), § 5a Rn. 4.97.

¹⁰⁷ BT-Drs. 19/27873, S. 35.

¹⁰⁸ Ebd.; *Pfeifer*, Die neuen Transparenzregeln im UWG (Bewertungen, Rankings und Influencer), GRUR 2021, S. 1453 (1459).

¹⁰⁹ BT-Drs. 19/27873, S. 35.

¹¹⁰ Implizit dafür BT-Drs. 19/27873, S. 35 „obliegt [...] Klägerin [...] Tatsachen [...] vorzutragen“.

¹¹¹ *KG Berlin*, GRUR 2019, S. 543, Rn. 73; *Will*, UFITA 1/2021, S. 159.

¹¹² *Hauch*, GRURPrax 2021, S. 370 (372); *Alexander*, ZUM 2022, S. 77 (84); *Pfeifer*, GRUR 2021, S. 1453 (1459) kritisiert, dass Berufung auf Grundrecht selbst bewiesen werden muss.

¹¹³ *Harder*, ZfPC 2022, S. 178 (181).

¹¹⁴ *Alexander*, ZUM 2022, S. 77 (84).

¹¹⁵ *Ohly*, GRUR 2022, S. 763 (766); *Schaub*, NJW 2022, S. 2510, Rn. 12.

¹¹⁶ *BGH*, GRUR 2021, S. 1400 – Influencer I, Rn. 80 u. 87 f.; folgt GRUR 2013, S. 644 – Preisrätselgewinnauslobung V, Rn. 21.

¹¹⁷ *Ebd.*; kritisch gegen Ausnahme mangels unionsrechtlicher Legitimation *Wutke* (Fn. 16), S. 171 f.

weitere Eingrenzung nach § 3 IV 2 UWG daran, dass nicht „nur“ Jugendliche die Plattform nutzen.¹¹⁸

Inhaltlich entsprechen sich die Anforderungen von § 5a IV UWG, § 6 I Nr. 1 TMG und § 22 I 1 MStV.¹¹⁹ Auch die (ausschließlich anwendbare) eCommerce-RL (vgl. B.IV) fordert lediglich, dass der kommerzielle Zweck „klar [...] zu erkennen ist“ und lässt damit Raum für eine Entbehrlichkeit bei hinreichend klaren objektiven Umständen.¹²⁰

a) Keine Erkennbarkeit aus den Umständen

Instagramnutzer*innen wissen zwar, dass Influencer*innen ihre Accounts regelmäßig gewerblich betreiben,¹²¹ können aber hieraus nicht ableiten, welche einzelnen Posts zusätzlich die Förderung dritter Unternehmen bezwecken.¹²²

b) Individuelle Kennzeichnung der Posts

Dementsprechend bedarf es einer ausdrücklichen Kennzeichnung. Zur akkuraten Bewertung der individuellen Posts darf sich diese nicht in einer globalen Kennzeichnung des gesamten Profils erschöpfen.¹²³ Vielmehr bedarf es einer Markierung des individuellen Posts mit geläufigen Begriffen wie „Werbung“ oder „Anzeige“ an prominenter Stelle.¹²⁴ Alle gängigen Plattformen stellen gem. § 6 III TMG eine entsprechende In-App-Kennzeichnungsfunktion bereit, z. B. den Instagrambanner „bezahlte Partnerschaft mit ...“.¹²⁵

5. Geschäftliche Relevanz

Ist der kommerzielle Zweck weder aus den Umständen erkennbar noch gekennzeichnet, so muss die Unterlassung zur Hervorrufung einer geschäftlichen Entscheidung geeignet sein (§§ 5a IV 1, 2 I Nr. 1 UWG).

Dieser weit auszulegende Begriff erfasst sämtliche Entscheidungen über den Abschluss eines Geschäfts sowie deren unmittelbar vorgelagerte Stufen.¹²⁶ Bereits das Betreten eines Geschäfts genüge.¹²⁷ Dessen digitales Äquivalent sei das Öffnen einer Website,¹²⁸ was auf Instagram mit dem zweiten Klick auf den Tap-Tag erfolgt.¹²⁹ Ergibt sich der werbliche Überschuss aus anderen Gründen als aus Tap-Tags, dürfte auf das manuelle Aufsuchen der Herstellerwebsite abzustellen sein.

Die fehlende Kennzeichnung beraubt Instagramnutzer*innen – egal ob Verbraucher oder sonstige Marktteilnehmer – ihres natürlichen Misstrauens gegenüber Werbung. Damit sei die Eignung zur Hervorrufung einer geschäftlichen Entscheidung indiziert,¹³⁰ solange Influencer*innen im Rahmen ihrer sekundären Darlegungslast nicht das Gegenteil darlegen.¹³¹ Das Vorbringen, Nutzer*innen wüssten stets um die kommerzielle Tätigkeit von Influencer*innen, genügt dem BGH jedoch nicht.¹³²

III. Zwischenfazit: Kennzeichnung jedes Posts bei Gegenleistung

Im Ergebnis handeln Influencer*innen nur bei werblichem Überschuss oder Erhalt einer Gegenleistung geschäftlich zugunsten des fremden Unternehmens. Einer Kennzeichnung bedarf es nach § 5a IV UWG nur in letzterem Fall.

E. Kenntlichmachung der Förderung des eigenen Unternehmens

Dieselben Posts können gleichzeitig auch das eigene Unternehmen der Influencer*innen fördern, falls sie ein solches nach B.I.1 betreiben.¹³³

¹¹⁸ BGH, GRUR 2021, S. 1400 – Influencer I, Rn. 80; GRUR 2021, S. 1414 – Influencer II, Rn. 45; ausführlich *Nadi*, Die Erkennbarkeit des kommerziellen Hintergrunds eines Influencer-Beitrags, WRP 2021, S. 586, Rn. 8 ff.; *Schaub*, GRUR 2021, S. 1358 (1361) stimmt de lege lata zu, sieht aber Nachbesserungsbedarf.

¹¹⁹ BGH, GRUR 2021, S. 1400 – Influencer I, Rn. 111 u. 120; *Maatz* (Fn. 4), S. 605f; *Fries* (Fn. 2), S. 106.

¹²⁰ BGH, GRUR 2021, S. 1414 – Influencer II, Rn. 78 f.; a. A. nur *Wutke* (Fn. 16), S. 171.

¹²¹ OLG Frankfurt, GRUR-RR 2022, S. 443, Rn. 69.

¹²² BGH, GRUR 2021, S. 1400 – Influencer I, Rn. 90; *Köberlein*, ZVertriebsR 2022, S. 102 (106).

¹²³ *Schaub*, GRUR 2021, S. 1358 (1362); Ausnahme lt. *Wutke* (Fn. 16), S. 186 ff. falls ausschließlich zu wirtschaftlichen Zwecken bei Unterhaltung eines separaten privaten Accounts, auch angedeutet von BGH, GRUR 2021, S. 1400 – Influencer I, Rn. 90.

¹²⁴ Vgl. BGH, GRUR 2014, S. 879 – GOOD NEWS II, Rn. 29 f.

¹²⁵ *Wutke* (Fn. 16), S. 275; Umsetzung von Art 28b III Ua 3 AVMD-RL (*Pries* in BeckOK InfoMedienR, 43. Auflage 2024, § 6 TMG, Rn. 22a) da Instagram als Videohostingplattform AVMD-RL unterfällt, vgl. Fn. 37.

¹²⁶ Im B2C-Bereich aus richtlinienkonformer Auslegung, vgl. *Maatz* (Fn. 4), S. 658 und *Alexander* in BeckOK UWG (Rn. 22), § 2 Rn. 24.

¹²⁷ *EuGH*, GRUR 2014, S. 196 – Trento Sviluppo, C-281/12, ECLI:EU:C:2013:859, Rn. 35 ff.

¹²⁸ BGH, GRUR 2017, S. 1269 – MeinPaket.de II, Rn. 19.

¹²⁹ BGH, GRUR 2021, S. 1400 – Influencer I, Rn. 96.

¹³⁰ Ebd., Rn. 98.

¹³¹ BGH, GRUR 2021, S. 1400 – Influencer I, Rn. 98; *Schaub*, GRUR S. 1358 (1359).

¹³² Ebd., Rn. 100; *Schaub*, GRUR 2021, S. 1358 (1362) sieht dies als Vorgänger von § 5a IV 3.

¹³³ UGP- und UWG-Begriffe decken sich, vgl. *Alexander* in BeckOK UWG (Rn. 22), § 2 Rn. 351.

I. Geschäftliche Handlung (§ 2 I Nr. 2 Hs. 1 Alt. 2 UWG)

Eine Vermutung, dass förderungsg geeignete Handlungen eines Unternehmers stets eine geschäftliche Handlung darstellen, besteht nicht mehr.¹³⁴ Heranzuziehen sind stattdessen die Einzelfallkriterien aus D.I.

1. Posts mit Gegenleistung

Erhalten Influencer*innen eine Gegenleistung für ihre Beiträge (vgl. D.I.1), verleiht bereits dieses wirtschaftliche Eigeninteresse dem Post einen kommerziellen Gesamteindruck und qualifiziert ihn als selbstfördernde geschäftliche Handlung.¹³⁵

Damit enthalten entgeltliche Posts von Influencer*innen neben der Fremdförderung (vgl. D.I.1) auch stets eine Eigenförderung.¹³⁶

2. Posts ohne Gegenleistung

Nichtbezahlte Posts generieren zwar keine unmittelbare Gegenleistung, steigern aber Follower und Likes des Accounts sowie dessen Anzeigenfrequenz im Algorithmus. Diese erhöhte Reichweite hebt den Werbewert des/der Influencer*in für spätere Marketingdeals. Weiterhin balancieren Influencer*innen hierdurch ihre ersichtlich werbenden Tätigkeiten mit vermeintlich privaten Inhalten, um ihre Authentizität zu erhalten. Damit werden einzelne redaktionelle/private Posts im Rahmen des Profilbetriebs zum bloßen Mosaikstein einer kommerziellen Strategie und sind gleichfalls geschäftliche Handlungen.¹³⁷

3. Keine Neuerung durch UWG-Novelle

Seit 2022 muss der Absatzförderungszusammenhang zur Bejahung einer geschäftlichen Handlung zusätzlich „unmittelbar“ sein (§ 2 I Nr. 2 n. F.). Im Anwendungsbereich

der UGP-RL ergab sich dies zuvor schon aus richtlinienkonformer Auslegung des objektiven Zusammenhangs.¹³⁸ Mögliche Neuerungen erfassen daher allenfalls den B2B-Bereich oder die Förderung fremden Absatzes.¹³⁹

Die Gesetzgebungsmaterialien werden überwiegend so verstanden, dass Posts zur eigenen Bekanntheitssteigerung (E.I.2) nicht mehr unter § 2 I Nr. 2 UWG fallen sollen.¹⁴⁰ Systematisch wäre dann aber – mangels Eröffnung des UWG – die Einfügung von § 5a IV 2 UWG redundant.¹⁴¹ Auch die Freistellung aller unentgeltlichen Manipulationstaktiken kann kaum vom Gesetzgeber gewollt sein.¹⁴² Diese Lesart würde weiterhin in § 2 I Nr. 2 UWG eingreifen und auch die Selbstförderung betreffen, was dem Gesetzgeber wegen der dort geltenden UGP-RL untersagt ist.¹⁴³

Naheliegender ist, dass die maßgebliche Textstelle der Drucksache („kein unmittelbarer Zusammenhang [...] wenn eine Influencerin [...] lediglich ihre oder seine eigene Bekanntheit fördert“)¹⁴⁴ nur die Fremdförderungskomponente einer geschäftlichen Handlung betrifft. Gegenleistungen sind auch hier maßgebliche Indizien (D.I.1). Der Gesetzgeber wollte klarstellen, dass die bloße Erwartung der Influencer*innen, durch die Kooperation auch selbst bekannter zu werden, keine Gegenleistung des Dritten i. S. d. § 5a IV 2 UWG darstellt. So formuliert es dieselbe Drucksache auch an anderer Stelle.¹⁴⁵ Die Eigenförderung der Influencer*innen durch Bekanntheitssteigerung bleibt hiervon unbetroffen.

II. Kenntlichmachung des kommerziellen Zwecks (§ 5a IV UWG)

Mangels Anwendbarkeit des § 5a IV 2 UWG führt eine geschäftliche Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens stets zur Bejahung eines dahingehenden kommerziellen Zwecks (vgl. D.II.2).¹⁴⁶ Auch dieser muss für Plattformnutzer*innen objektiv erkennbar sein.

¹³⁴ BGH, GRUR 2021, S. 1400 – Influencer I, Rn. 32; GRUR 2015, 694 – Bezugsquellen für Bachblütenextrakt, Rn. 28.

¹³⁵ BGH, GRUR 2021, S. 1400 – Influencer I, Rn. 38; Brtka/Witzmann, GRUR-Prax 2021, S. 657.

¹³⁶ Schaub, GRUR 2021, S. 1358 (1360).

¹³⁷ BGH, GRUR 2021, S. 1400 – Influencer I, Rn. 42 u. 44; GRUR 2022, S. 490 – Influencer III, Rn. 34; kritisch Alexander, ZUM 2022, S. 77 (78) und Hauch, GRURPrax 2021, S. 370 (372 f.) wegen Rückwirkung; auch Maatz (Fn. 4), S. 501 wegen Presseähnlichkeit.

¹³⁸ Rauer/Kempf, WRP 2022, S. 817 (822); laut BGH auch außerhalb wegen Gesetzgeberwillen zur Einheitlichkeit, vgl. GRUR 2013, S. 945 – Standardisierte Mandatsbearbeitung, Rn. 19.

¹³⁹ Schaub, NJW 2022, S. 2510, Rn. 3; Rauer/Kempf, WRP 2022, S. 817, Rn. 44.

¹⁴⁰ Kritisch Rauer/Kempf, WRP 2022, S. 817 (822 f.) und Schaub, GRUR 2021, S. 1358 (1361).

¹⁴¹ Alexander, Überblick und Anmerkungen zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, WRP 2021, S. 136, Rn. 48; Pfeifer, GRUR 2021, S. 1453 (1460).

¹⁴² Ebd., vermutet Unmittelbarkeit fortan nur, falls Influencer*in eigene Leistungen anbieten.

¹⁴³ Büscher, WRP 2022, S. 1, Rn. 7.

¹⁴⁴ BT-Drs. 19/27873, S. 32.

¹⁴⁵ Ebd., S. 34 „bloße Steigerung der eigenen Bekanntheit [...] kann hingegen nicht als Gegenleistung gewertet werden.“

¹⁴⁶ BGH, GRUR 2021, S. 1414 – Influencer II, Rn 30.

1. Regelmäßige Erkennbarkeit aus den Umständen?

Der Zweck der Selbstförderung ergibt sich für Betrachter*innen i. d. R. unmittelbar aus der Professionalität des Profilbetriebs.¹⁴⁷ Indizien sind hochqualitative Bildbeiträge, bestimmte Hashtags, die öffentliche Zugänglichkeit oder Verifikation des Influencerprofils, blaue Haken oder Business-Accounts und hohe Follower-/Like-/Kommentarzahlen, die eine Interaktion mit tatsächlichen Freunden*innen ausgeschlossen erscheinen lassen.¹⁴⁸

Anders als bei der Fremdförderung (D.II.4.a) ist also das Profil in seiner Gesamtheit maßgeblich. Dass sich die Selbstförderung sowohl aus reiner Imagepflege als auch aus Gegenleistungen Dritter ergeben kann (vgl. E.I.1 und E.I.2), schade der Erkennbarkeit nicht, da Plattformnutzer*innen diese Vermischung kennen.¹⁴⁹ Mit anderen Worten: Jeder Influencerpost ist offensichtlich eine Selbstförderung, aber nicht immer auch eine Fremdförderung. Erstere können Betrachter daher auch ohne Kenntnis einer konkreten Gegenleistung stets korrekt einschätzen.

Diese Abgrenzungskriterien sind zu unscharf. Insbesondere die nahbaren und kostengünstigen Micro-Influencer*innen sind bei Unternehmen beliebt.¹⁵⁰ Sie unterfallen aber mangels hoher Followerzahlen oder Budget für professionelle Inszenierung i. d. R. nicht den obigen Anforderungen an die Erkennbarkeit. Dies verpflichtet sie zur pauschalen Kennzeichnung ihrer Posts und benachteiligt sie gegenüber Macro-Influencer*innen. Nötig sind daher belastbare Richtlinien und Kennzahlen.¹⁵¹

Auch die Faktengrundlage des BGH weckt Zweifel. Der Instagram-Algorithmus zeigt Inhalte von öffentlichen Profilen nicht nur Follower*innen an, sondern auch in den „Feeds“ von Nicht-Follower*innen.¹⁵² Diese sehen den Beitrag, ohne zuvor das Profil in seiner Gesamtheit, Aufmachung oder Followerzahl wahrgenommen zu haben. Die Erkennbarkeit anhand der obigen Indizien kann sich für diese Nutzer*innen frühestens nach einem Klick auf das Profil ergeben, aber nicht auf den nötigen ersten Blick.¹⁵³ Die Feed-Anzeige ist quantitativ signifikant und prägt den durchschnittlichen Adressaten im

Sinne des § 3 IV 1 UWG. Die Erkennbarkeit ergibt sich für ihn – entgegen BGH und Literatur – nicht aus dem Profil.

2. Explizite Kennzeichnung

Wie Influencer*innen die Eigenförderung bei unentgeltlichen Beiträgen kennzeichnen müssen, hat der BGH noch nicht entschieden. Die Markierung als „Werbung“ dürfte allenfalls Verwirrung bei Verbrauchern stiften und den Begriff verwässern.¹⁵⁴ Das Anprangern aller privater Inhalte als „kommerziell“ riskiert auch eine Verletzung der Meinungsfreiheit.¹⁵⁵ Die Kennzeichnung als „kommerzielles Profil“ hilft in den obigen Konstellationen nur, wenn sie auch im Feed bzw. jedem Post erscheint und nicht nur die Accountseite schmückt.

3. Geschäftliche Relevanz

Ohne Vertrieb von B2C-Leistungen des/der Influencer*in fehlt es an einem Rechtsgeschäft, zu dem Verbraucher veranlasst werden könnten.¹⁵⁶ Hier ist der erweiterte Anwendungsbereich des § 5a IV UWG von besonderer Bedeutung, der auch geschäftliche Entscheidungen sonstiger Marktteilnehmer umfasst.¹⁵⁷ Unternehmen könnten mangels Kennzeichnung auf dem Profil meinen, der/die Influencer*in sei noch nicht anderweitig als Werbeträger*in tätig. Diese authentischen und werblich unverbrauchten Influencer*innen sind von besonders hohem Wert, sodass die Unterlassung geeignet ist, bei Unternehmern das Interesse an einem Marketingvertrag mit dem/der Influencer*in hervorzurufen.

III. Zwischenfazit: weitgehende Pflichten, einfache Erfüllung

Posts von gewerbetreibenden Influencer*innen fördern immer ihr eigenes Unternehmen, bedürfen aber nach der BGH-Rspr. regelmäßig keiner Kennzeichnung.

¹⁴⁷ So auch *Rauer/Kempf*, WRP 2022, S. 817, Rn. 20; *Schaub*, GRUR 2021, S. 1358 (1361); a. A. nur *LG Köln*, GRUR-RS 2021, S. 38384, Rn. 30 (juris).

¹⁴⁸ *BGH*, GRUR 2021, S. 1414 – Influencer II, Rn. 37 u. 43; *Nadi*, WRP 2021, S. 586, Rn. 23 ff. u. 33.

¹⁴⁹ Schon *OLG Hamburg*, GRUR-RS 2020, S. 18139, Rn. 56; *Wutke*, S. 251 sieht dies als Kompensation für Abstellen auf Gesamtprofil bei geschäftlicher Handlung.

¹⁵⁰ *Influencer Marketing Hub*, The State of Influencer Marketing 2024, <https://influencermarketinghub.com/influencer-marketing-benchmark-report> [Stand: 7.9.2024], S. 22.

¹⁵¹ *Rauer/Kempf*, WRP 2022, S. 817, Rn. 21.

¹⁵² *Köberlein*, ZVertriebsR 2022, S. 102 (107); *Harder*, ZfPC 2022, S. 178 (182).

¹⁵³ BGH diskutiert dies nur für die seltenen gezielten Aufrufe durch nichtregistrierte Nutzer, die zahlenmäßig irrelevant sind, vgl. *BGH*, GRUR 2021, S. 1414 – Influencer II, Rn. 49.

¹⁵⁴ *Wutke* (Fn. 16), S. 186.

¹⁵⁵ BT-Drs. 19/27873, S 35 mit Verweis auf *KG Berlin*, WRP 2019, S. 339 – Vreni Frost, Rn 67.

¹⁵⁶ Zur Problematik der UGP-RL vgl. B.I.2.

¹⁵⁷ BT-Drs. 19/27873, S. 34; *Fedderson* in Köhler UWG (Rn. 25), § 5a Rn. 4.9.

F. Ausblick auf das Digitale-Dienste-Gesetz

Am 22.3.2024 beschloss der Bundestag zur Umsetzung des Digital Services Act (DSA)¹⁵⁸ das Digitale-Dienste-Gesetz (DDG)¹⁵⁹. Mit dessen Inkrafttreten¹⁶⁰ gehen §§ 5, 6 TMG wortlautgleich in §§ 5, 6 DDG über. Allerdings fehlt dem neuen Definitionsapparat ein Pendant zur kommerziellen Kommunikation des § 2 S. 1 Nr. 5 TMG. Der ersatzlose Wegfall würde Bildposts¹⁶¹ von Influencer*innen gänzlich aus den Kennzeichnungspflichten des DDG entlassen. Dieses paradoxe Ergebnis lässt sich auf mehrere Weisen deuten:

Einerseits könnte der Gesetzgeber Bildposts bewusst vom DDG ausklammern, da §§ 22 S. 1, 2 II Nr. 7 MStV sie de lege lata bereits erfasst.¹⁶² Der Umsetzungsort von Art. 6 lit. a) eCommerce-RL ist dem Gesetzgeber nicht vorgegeben, sodass einer Verlagerung nichts entgegenstünde. Eine Regelung im MStV widerspräche aber dem expliziten Anliegen, das Internetrecht fortan im DDG zu kodifizieren.¹⁶³ Auch die Übernahme des (nun definitionslosen) § 6 I DDG wäre in diesem Fall redundant.

Näher liegt daher ein Redaktionsversehen. Bis zu seiner Korrektur steht § 6 I DDG mangels Definition im luftleeren Raum und ist hilfsweise mit den Begriffsbestimmungen aus § 2 I Nr. 5 TMG oder Art. 2 lit. f) eCommerce-RL zu supplementieren.

Dennoch wäre ein solcher Abbau der Redundanzen begrüßenswert. Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Medienrecht ist äußerst umstritten und zwingt praktisch zu Parallelgesetzgebung von Bund und Ländern.¹⁶⁴ Der Wegfall des bundesrechtlichen TMG zugunsten des (zwischen den Bundesländern geschlossenen) MStV wäre also systematisch verkraftbar.

Inhaltlich würden damit zahlreiche Konflikte gelöst: der MStV verzichtet auf den unklaren und wertungsbedürftigen Begriff „unabhängig“ aus § 2 S. 1 Nr. 5 TMG. Er stellt stattdessen – in Gleichlauf mit § 5a IV UWG – auf den objektiven Erhalt einer

Gegenleistung ab und erfasst explizit auch die bloße Eigenwerbung.

§ 22 I 1 MStV ist also mit § 5a IV UWG deutlich kompatibel als § 6 TMG/DDG.¹⁶⁵ Konkurrenzprobleme würden damit weiter nivelliert. § 5a IV UWG könnte endlich ohne weitreichende Relativierungen angewendet werden und seinem Wortlaut tatsächlich entsprechen. Dies fördert echte Rechtssicherheit.

G. Schlussbetrachtung: Viele (Irr)Wege führen nach Rom

Zusammengefasst folgen die Kennzeichnungspflichten für Influencer*innen dem Prinzip „Cui bono“ (lat. „Wem nützt es?“). Um sich gegen Manipulationen zu wehren, müssen Plattformnutzer*innen wissen, zu wessen Gunsten ihr wirtschaftliches Verhalten gelenkt werden soll. Kernfrage ist damit: Wer wendet sein Vermögen auf, um mich zu überzeugen? Das Lauterkeitsrecht setzt dies mit der Anknüpfung an die Gegenleistung zwischen Influencer*in und Drittunternehmen überzeugend um.

Neben § 6 I TMG und § 22 I 1 MStV tritt § 5a IV UWG zurück, was ihn zu einem ungeeigneten Hebel für substanzielle Rechtsänderungen macht. Dessen (vor)eilige Novelle wirkt daher noch bizarrer. Letztlich wurde die Vereinheitlichungsfunktion der BGH-Revision¹⁶⁶ wohl Opfer von Tatendrang angesichts der endenden Legislaturperiode.¹⁶⁷ Wegen eines aktuellen „Hot Topic“ in die zentralen Stellschrauben des UWG einzugreifen,¹⁶⁸ führt jedoch primär zu Kollateralschäden. Die angestrebte Rechtssicherheit für die Betroffenen schaffte die UWG-Novelle jedenfalls nicht.

Europaweit markieren immer noch nur 20 % der Influencer*innen ihre kommerziellen Posts.¹⁶⁹ Deutsche Gerichte mussten sich allerdings seit den BGH-Urteilen nur vier Mal mit Influencer*innen beschäftigen.¹⁷⁰ Damit scheinen

¹⁵⁸ VO (EU) Nr. 2022/2065 lässt die Art. 6 eCommerce-RL unberührt (Art. 2 III, 3 lit. w) DSA) und postuliert ausschließlich Plattformpflichten, anzuwenden ab 17.2.2024.

¹⁵⁹ Vgl. BT-Drs. 20/10031; BGBl. I, Nr. 149.

¹⁶⁰ Folgetag der Verkündung, vgl. Art. 37 II BT-Drs. 20/10031.

¹⁶¹ Bewegtbilder werden hingegen von § 1 IV Nr. 7 DDG erfasst.

¹⁶² Wutke (Fn. 16), S. 156 f.

¹⁶³ Vgl. BT-Drs. 20/10031, S. 1.

¹⁶⁴ Wutke (Fn. 16), S. 128; Köhler spricht gar von „Regelungswettbewerb“ (ZUM 2020, S. 294 (294 f.)).

¹⁶⁵ Deshalb befürwortend Köhler, ZUM 2020, S. 294 (296).

¹⁶⁶ Will, UFITA 1/2021, S. 152; Köhler, ZUM 2020, S. 294 (295).

¹⁶⁷ Rosenow/Staiger, Entstehungsgeschichte, Zweck und wesentlicher Inhalt des Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, GRUR 2022, S. 773 (774).

¹⁶⁸ Münker, ZVertriebsR 2021, S. 273.

¹⁶⁹ Kommission (Fn. 20), S. 1.

¹⁷⁰ Veröffentlicht werden in Deutschland nur 0,5 % der Urteile, soweit ersichtlich: LG Köln, GRUR-RS 2021, S. 38384; LG Köln, GRUR-RS 2021, S. 41057; LG Düsseldorf, MD 2022, MD 2022, S. 590; OLG Frankfurt, GRUR-RR 2022, S. 443.

die grundlegenden Fragen des Influencermarketings jedenfalls für Deutschland geklärt zu sein.¹⁷¹

Dies gilt freilich nur, solange EuGH und BGH an ihrer restriktiven Auslegung der UGP-RL festhalten. Der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss hält eine harmonisierte Vorgehensweise ohnehin für unabdingbar.¹⁷² Künftige influencer-spezifische Unionsrechtsakte könnten

daher das lauterkeitsrechtliche System neu austarieren und gerade gefundene Balancen erschüttern.

Um die Modeikone Coco Chanel zu zitieren: „*Eleganz ist Verweigerung*“¹⁷³. Ein wenig gesetzgeberische Zurückhaltung gibt der altbewährten Dogmatik den Raum, auch aktuelle Fragen zu lösen. Influencermarketing ist nämlich kein neuartiges Problem des Lauterkeitsrechts, sondern ein altes Phänomen in neuem Gewand.

¹⁷¹ Feddersen in Köhler UWG (Rn. 25), § 5a Rn. 4.91.

¹⁷² EWSA, Stellungnahme 2023/C 349/15, S 1.

¹⁷³ <https://www.zitate.eu/autor/coco-chanel-zitate/165582> [Stand: 7.9.2024].