

Diplomarbeit

zur Erlangung des Grades
eines Magisters der Rechtswissenschaften
an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der
Karl-Franzens-Universität Graz
über das Thema

Kennzeichnungspflicht von Werbeeinhalten in digitalen Kommunikationsmedien zum Schutz des Verbrauchers

Eine vergleichende Analyse der Rechtsprechung zum
„*Influencer Marketing*“ in Österreich und Deutschland

eingereicht bei
Univ.-Prof. MMag. Dr. Tomislav Borić
Institut für Unternehmensrecht
und Internationales Wirtschaftsrecht

von
Tobias Weidinger
01608199

Graz, im Juli 2020



Ehrenwörtliche Erklärung

Ich erkläre ehrenwörtlich, dass ich die vorliegende Arbeit selbstständig und ohne fremde Hilfe verfasst, andere als die angegebenen Quellen nicht benutzt und die den Quellen wörtlich oder inhaltlich entnommenen Stellen als solche kenntlich gemacht habe.

Die Arbeit wurde bisher in gleicher oder ähnlicher Form keiner anderen inländischen oder ausländischen Prüfungsbehörde vorgelegt und auch noch nicht veröffentlicht. Die vorliegende Fassung entspricht der eingereichten elektronischen Version.

Graz, Juli 2020

Tobias Weidinger

Vorwort

Die vorliegende Diplomarbeit wurde im Juli 2020 an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Karl-Franzens-Universität Graz zur Erlangung des akademischen Grades eines Magisters der Rechtswissenschaften eingereicht. Die nachfolgenden Ausführungen beruhen auf der Rechtslage zum Stichtag 20.05.2020. Des Weiteren wurden Literatur und Judikatur berücksichtigt, die bis zu vorgenanntem Zeitpunkt veröffentlicht wurden.

Mein Dank gilt zunächst meinem Betreuer Univ.-Prof. MMag. Dr. Tomislav Borić, der sich stets die Zeit genommen hat, mich bei Unklarheiten bei der Ausarbeitung der vorliegenden Diplomarbeit zu unterstützen sowie Mag.^a Viola Pansi, die durch ihre hilfreichen Ratschläge zur erfolgreichen Fertigstellung der Diplomarbeit beigetragen hat.

Mein Dank gilt ebenso meiner Familie und meinen Freunden, die mir bei der Erstellung der Diplomarbeit beratend zur Seite standen und mein Studium der Rechtswissenschaften stets unterstützt haben.

Abschließend möchte ich mich herzlichst bei Dr. Andreas Koman sowie der Internet Privatstiftung Austria (IPA) bedanken, welche die vorliegende Diplomarbeit mit einem Stipendium im Rahmen des Projektes „Netidee“ gefördert und finanziell unterstützt haben.

Graz, Juli 2020

Tobias Weidinger



Gendergerechte Sprache

In vorliegender Diplomarbeit wird auf die gleichzeitige Nennung der männlichen und weiblichen Sprachform aus Gründen der Lesbarkeit verzichtet. Das Abstellen auf die männliche Form soll hierbei geschlechterunabhängig verstanden werden. Nach Möglichkeit kommen geschlechterneutrale Formulierungen zur Anwendung.

Abkürzungsverzeichnis

aA	andere Ansicht
AK	Arbeiterkammer
AMD-G	Audiovisuelle Mediendienste-Gesetz (AUT)
Anm	Anmerkung
AVMD-RL	Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste (EU)
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz (AUT)
B2B	Business to Business
B2C	Business to Consumer
BGH	Bundesgerichtshof (DE)
BMJV	Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz (DE)
BVDW	Bundesverband Digitale Wirtschaft (DE)
bzw	beziehungsweise
DIHK	Deutscher Industrie- und Handelskammertag (DE)
dMStV	Medienstaatsvertrag (DE)
dRStV	Rundfunkstaatsvertrag (DE)
dTMG	Telemediengesetz (DE)
dUWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (DE)
E	Entscheidung/en
E-Commerce-RL	Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr (EU)
ECG	E-Commerce-Gesetz (AUT)
EMRK	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
ErwGr	Erwägungsgrund
etc	et cetera
eV	eingetragener Verein (DE)
hA	herrschende Ansicht

idR	in der Regel
iHv	in Höhe von
iSd	im Sinne des/der
iSv	im Sinne von
iZm	im Zusammenhang mit
KG	Kammergericht (DE)
KOG	KommAustria-Gesetz
KommAustria	Kommunikationsbehörde Austria
maW	mit anderen Worten
MedienG	Mediengesetz (AUT)
LG	Landesgericht (AUT) bzw Landgericht (DE)
Lit	Literatur
OLG	Oberlandesgericht (AUT/DE)
RegE	Regierungsentwurf (DE)
RL	Richtlinie (EU)
Rsp	Rechtsprechung
sog	sogenannt/e
StGG	Staatsgrundgesetz 1867 (AUT)
stRsp	ständige Rechtsprechung
ua	unter anderem
UGP-RL	Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (EU)
uU	unter Umständen
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (AUT)
VKI	Verein für Konsumenteninformation (AUT)
VO	Verordnung (EU)
VStG	Verwaltungsstrafgesetz (AUT)
VSW	Verband sozialer Wettbewerb eV (DE)
VZBV	Verbraucherzentrale Bundesverband eV (DE)
zB	zum Beispiel

Inhaltsverzeichnis

Ehrenwörtliche Erklärung	I
Vorwort	II
Gendergerechte Sprache.....	III
Abkürzungsverzeichnis	IV
1 Einleitung	1
1.1 Allgemeines und Abgrenzung des Forschungsgebietes	1
1.2 Begriffsdefinition „ <i>Influencer Marketing</i> “.....	3
1.3 Verbraucherschutz vor verdeckter Werbung.....	4
2 Kennzeichnungspflicht von Werbeeinhalten in Österreich	7
2.1 Allgemeines zur Kennzeichnungspflicht von Werbung in Österreich.....	7
2.2 Medienrechtliche Kennzeichnungspflicht nach § 26 MedienG	7
2.2.1 Allgemeines zu § 26 MedienG.....	7
2.2.2 Ausnahmefall Gefälligkeitsberichterstattung	11
2.2.3 Erfüllung der Kennzeichnungspflicht	13
2.2.4 Sanktionen bei einer Verletzung der Kennzeichnungspflicht	16
2.2.5 Kritische Auseinandersetzung.....	17
2.3 Transparenzpflicht des § 6 ECG	19
2.3.1 Allgemeines zu § 6 ECG	19
2.3.2 Kennzeichnung nach § 6 ECG	21
2.3.3 Sanktionen bei einer Verletzung der Transparenzpflicht.....	22
2.3.4 Kritische Auseinandersetzung.....	22
2.4 Kennzeichnungspflicht nach § 31 AMD-G.....	23
2.4.1 Allgemeines zur Kennzeichnungspflicht von audiovisueller Werbung	23
2.4.2 Sanktionen bei einer Verletzung der Kennzeichnungspflicht	25
2.4.3 Kritische Auseinandersetzung.....	26
2.5 Lauterkeitsrechtliche Kennzeichnungspflicht nach UWG.....	27
2.5.1 Einführung zur Kennzeichnungspflicht von Werbung nach UWG	27

2.5.2	Verbraucherleitbild des UWG.....	30
2.5.3	Als Information getarnte Werbung iSd Z 11 des Anhangs zu § 2 Abs 2 UWG ..	31
2.5.4	Irreführende Unterlassung nach § 2 UWG.....	32
2.5.5	Rechtsbruchtatbestand des § 1 UWG.....	34
2.5.6	Sanktionen bei einer Verletzung der Kennzeichnungspflicht	36
2.5.7	Kritische Auseinandersetzung.....	38
3	Kennzeichnungspflicht von Werbeinhalten in Deutschland	40
3.1	Allgemeines zur Kennzeichnungspflicht von Werbung in Deutschland.....	40
3.2	Medienrechtliche Kennzeichnungspflicht nach § 58 dRStV	40
3.2.1	Allgemeines zu § 58 dRStV	40
3.2.2	Kennzeichnungsgebot des § 58 Abs 1 dRStV	41
3.2.3	Fernsehähnliche Telemedien iSd § 58 Abs 3 dRStV	44
3.2.4	Sanktionen bei einer Verletzung der Kennzeichnungspflicht	45
3.2.5	Kritische Auseinandersetzung.....	46
3.2.6	Änderungen durch Annahme des Medienstaatsvertrages	47
3.3	Besondere Informationspflichten nach § 6 dTMG.....	48
3.3.1	Allgemeines zu § 6 dTMG	48
3.3.2	Sanktionen bei einer Verletzung der besonderen Informationspflichten	50
3.3.3	Kritische Auseinandersetzung.....	50
3.4	Lauterkeitsrechtliche Kennzeichnungspflicht nach dUWG.....	51
3.4.1	Einführung zur Kennzeichnungspflicht nach dUWG	51
3.4.2	Verbraucherleitbild des dUWG.....	56
3.4.3	Als Information getarnte Werbung iSd Z 11 des Anhangs zum dUWG.....	57
3.4.4	Irreführung durch Unterlassung nach § 5a Abs 6 dUWG.....	60
3.4.5	Rechtsbruchtatbestand des § 3a dUWG	62
3.4.6	Sanktionen bei einer Verletzung der Kennzeichnungspflicht	64
3.4.7	Kritische Auseinandersetzung.....	66
3.5	Erfüllung der Kennzeichnungspflicht in der Praxis	67

3.5.1	Zulässige Maßnahmen zur Werbekennzeichnung.....	67
3.5.2	Deutsche Judikatur zur Erfüllung der Kennzeichnungspflicht.....	70
3.5.3	Kritische Auseinandersetzung.....	72
3.6	Gesetzesvorschlag vom 13.02.2020 zur Abänderung des § 5a dUWG	73
3.6.1	Gesetzesvorschlag zur Abänderung von § 5a dUWG	73
3.6.2	Kritische Stellungnahmen zum Gesetzesvorschlag.....	74
3.6.3	Kritische Auseinandersetzung.....	75
4	Rechtsvergleich zwischen Österreich und Deutschland.....	77
4.1	Unionsrechtliche Grundlagen der Kennzeichnungspflicht.....	77
4.2	Gegenüberstellung von § 6 ECG und § 6 dTMG bzw § 58 Abs 1 dRStV.....	78
4.3	Gegenüberstellung von § 31 AMD-G und § 58 Abs 3 dRStV.....	79
4.4	Vergleich der lauterkeitsrechtlichen Bestimmungen	79
4.4.1	Z 11 des Anhangs zu UWG/dUWG	79
4.4.2	Irreführung durch Unterlassung (§ 2 Abs 4 UWG bzw § 5a Abs 6 dUWG)	80
4.4.3	Rechtsbruchtatbestand des § 1 UWG bzw § 3a dUWG.....	81
4.5	Gegenüberstellung zur Erfüllung der Kennzeichnungspflicht	82
4.6	Übertragbarkeit der deutschen Rsp auf Österreich	84
5	Abschließende Würdigung und Ausblick	86
	Literaturverzeichnis.....	89
	Verzeichnis der Online-Quellen.....	99
	Rechtsquellenverzeichnis	101
	Judikaturverzeichnis.....	103

1 Einleitung

1.1 Allgemeines und Abgrenzung des Forschungsgebietes

Im selben Ausmaß, wie früher Prominente aus Film oder Fernsehen der Garant für eine erfolgreiche Marketingstrategie waren, werden heute sog *Influencer* in sozialen Medien zu Werbezwecken tätig.¹ Hierbei handelt es sich um digitale Meinungsführer, die durch eine persönliche Herangehensweise vermeintliche Einblicke in ihr Privatleben geben und eine Beziehung zu ihrer Fangemeinde – sog *Follower* – aufbauen.² Die Grenzen zwischen redaktioneller Meinungsäußerung und entgeltlicher Werbung sind gerade in diesem Bereich fließend³, wodurch *Influencer* regelmäßig mit Werbeinhalten nicht nur rechtliche Graubereiche betreten, sondern in zahlreichen Fällen gegen geltendes Recht verstoßen.⁴

Influencer bewegen sich nicht im rechtsfreien Raum, sondern sind konkreten und eindeutigen Regelungen unterworfen.⁵ Die bestehenden Bestimmungen zur Kennzeichnung von kommerziellen Inhalten sind in Österreich – sowie in Deutschland⁶ – idR unabhängig von ihrer Form auch im Internet anwendbar.⁷ Das medienrechtliche Trennungsgebot von werbenden und redaktionellen Inhalten ist hierbei nicht nur an mehreren Stellen gesetzlich verankert, sondern auch von Vertretern der Werbewirtschaft⁸ standesrechtlich anerkannt und gefordert.⁹

Hinsichtlich der Kennzeichnungspflicht von Werbeinhalten kommen in Österreich diverse Regelungen parallel¹⁰ zur Anwendung: In § 6 E-Commerce-Gesetz¹¹ (ECG) wird etwa ausdrücklich geregelt, dass entgeltliche Kommunikation – respektive Werbeinhalte – als solche zweifelsfrei zu erkennen sein müssen. Eine ähnliche Regelung ist in § 26 Mediengesetz¹²

¹ *Kreutzer/Rumler/Wille-Baumkauff*, B2B-Online-Marketing und Social Media² (2020) 362.

² *DeGES*, Quick Guide Influencer Marketing (2018) 15.

³ *Anderl/Seling*, Social Media - Rechtssicherheit im Unternehmen, *ecolex* 2018/6, 535 (536).

⁴ Siehe etwa OLG Frankfurt a. M. 28.06.2019, 6 W 35/19, GRUR-Prax 2019, 400 (*Gerecke*); LG Hamburg 28.03.2019, 403 HKO 127/18; OLG Braunschweig 08.01.2019, 2 U 89/18, GRUR-Prax 2019/8, 191 (*Vonau*); KG Berlin 27.07.2018, 5 W 149/18; KG Berlin 11.10.2017, 5 W 221/17, GRUR-Prax 2018/2, 58 (*Gerecke*).

⁵ *Fuchs/Hahn*, Was sind die medienrechtlichen Rahmenbedingungen des Influencer-Marketings? Kennzeichnung, Jugendschutz und Aufsicht, in Jahnke (Hrsg.), *Influencer Marketing* (2018) 161 (173).

⁶ *Klickermann*, Influencer-Marketing im Fokus des Kennzeichnungsgebots. "Native Advertising" als innovative Werbeform für verändertes Nutzerverhalten - ein Rechtsprechungsüberblick, *MMR* 2020/3, 150 (150).

⁷ *Resinger*, Social Media Marketing, *ecolex* 2010/9, 827 (827 f).

⁸ Wie etwa *PR-Ethik-Rat*, Kodex des Österreichischen Ethik-Rats für Public Relations² <prethikrat.at/wordpress_dev/wp-content/uploads/Kodex_Digitale_Kommunikation_2_Auflage.pdf> (20.05.2020).

⁹ *Branahl*, Medienrecht⁸ (2019) 321.

¹⁰ *Wiltshchek*, *UWG*⁴ (2019) 136.

¹¹ Bundesgesetz, mit dem bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs geregelt werden (E-Commerce-Gesetz - ECG), BGBl I 152/2001 idF I 34/2015.

¹² Bundesgesetz vom 12. Juni 1981 über die Presse und andere publizistische Medien (Mediengesetz – MediengG), BGBl 314/1981 idF I 32/2018.

(MedienG) vorgesehen. Im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb¹³ (UWG) finden sich Regelungen zur Kennzeichnung von Werbeinhalten insbesondere in Z 11 des Anhangs zum UWG, § 2 Abs 4 UWG („irreführende Unterlassung“) und § 1 UWG („Fallgruppe Rechtsbruch“).

In Deutschland folgen auch digitale Kommunikationsmittel dem Telemediengesetz¹⁴ (dTMG), dem Rundfunkstaatsvertrag¹⁵ (dRStV) sowie dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb¹⁶ (dUWG).¹⁷ Nach *Gerecke* scheinen diese Bestimmungen jedoch bei der Anwendung auf neue Werbeformen nicht immer passend, sondern vielmehr in einigen Bereichen technisch überholt, weswegen die Spezifika digitaler Kommunikationsmedien bei der Rechtsanwendung berücksichtigt werden müssen.¹⁸

In der vorliegenden Diplomarbeit sollen die Spezialvorschriften für die Bereiche „Sponsoring“ und „Produktplatzierung“ ausgenommen werden. Beide Begriffe sind von Werbung zu unterscheiden: Sponsoring bezeichnet direkte und indirekte Finanzierungsbeiträge, um Personen, Namen, Marken etc zu fördern. Produktplatzierungen sind eine Form der Unterbringung von Produkten zu Werbezwecken in Programminhalten. Die Abgrenzung zur Werbung erfolgt hierbei idR danach, ob dem Produkt eine Nebenrolle zukommt oder es zentraler Bestandteil des Beitrages ist.¹⁹

Des Weiteren liegt der Fokus der Forschungstätigkeit aufgrund des begrenzten Umfangs der vorliegenden Diplomarbeit auf Werbeinhalten, die in der Form von Text oder Abbildungen in digitalen Kommunikationsmedien veröffentlicht werden. Der Bereich der Werbung in Videoinhalten wird ebenso behandelt, auf die Spezifika dieser Veröffentlichungsform – insbesondere auf die Qualifikation als „audiovisueller Mediendienst“ für § 31 Audiovisuelle Mediendienste-Gesetz²⁰ (AMD-G) bzw „fernsehähnliches Telemedium“ für § 58 Abs 3 dRStV – kann jedoch nicht im Detail eingegangen werden.

¹³ Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 – UWG, BGBl 448/1984 idF I 104/2019.

¹⁴ Telemediengesetz vom 26. Februar 2007 (TMG), BGBl I 179/2007 idF I 1066/2019.

¹⁵ Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien (Rundfunkstaatsvertrag - RStV) vom 31. August 1991 idF des 22. RÄStV.

¹⁶ Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 3. Juli 2004 (UWG), BGBl I 1414/2004 idF I 466/2019.

¹⁷ *Lichtnecker*, Neues aus dem Social Media-Marketing. Aktuelle wettbewerbs-, urheber- und markenrechtliche Problemstellungen, MMR 2018/8, 512 (516); *Meinen/Gerecke*, Kennzeichnung und Transparenz in der Zusammenarbeit mit Influencern, in Schach/Lommatsch (Hrsg), *Influencer Relations* (2018) 265 (266).

¹⁸ *Gerecke*, Kennzeichnung von werblichen Beiträgen im Online-Marketing, GRUR 2018/2, 153 (153).

¹⁹ *Zurth/Pless*, #transparenz: Die Kennzeichnung nutzergenerierter Werbung in sozialen Netzwerken unter der neuen AVMD-Richtlinie - Teil 2, ZUM 2019/6, 457 (461).

²⁰ Bundesgesetz über audiovisuelle Mediendienste (Audiovisuelle Mediendienste-Gesetz – AMD-G), BGBl I 84/2001 idF 86/2015.

1.2 Begriffsdefinition „Influencer Marketing“

Unter *Influencer Marketing* wird die Werbestrategie verstanden, prominente Personen, die insbesondere in sozialen Medien hohe Bekanntheit genießen, als Markenbotschafter zu nutzen²¹, über diesen Weg Produkte oder Dienstleistungen persönlich empfehlen zu lassen²² oder den *Influencer* in sonstiger Weise als Werbeträger heranzuziehen.²³ Der *Influencer* dient hierbei als eine Art „Vertrauensperson“, die andere am Privatleben teilhaben lässt und dadurch Glaubwürdigkeit und Authentizität vermittelt.²⁴ Es scheint regelmäßig so, als würden *Influencer* aus eigener Erfahrung zu bestimmten Produkten raten. Direkte Produktwerbung, die auch als solche sofort erkennbar ist, wird in sozialen Netzwerken eher selten betrieben.²⁵ Eine gewichtige Rolle spielen hierbei die soziale Plattform *Instagram*, auf der Abbildungen und kurze Videoausschnitte veröffentlicht werden können²⁶ sowie *Facebook* und das Videoportal *YouTube*.²⁷

In sozialen Netzwerken ist es *Influencern* möglich, in täglichem Austausch mit ihren Fans zu stehen, tagesaktuelle Themen zu besprechen und zum Meinungsaustausch anzuregen.²⁸ Der Austausch auf Augenhöhe zwischen Meinungsführer und *Followern* steht hierbei im Vordergrund.²⁹ Durch die direkte Interaktion und persönliche Ansprache des *Influencers* mit dessen Fangemeinde wird Glaubwürdigkeit vermittelt³⁰ sowie eine Form von Vertrauensverhältnis aufgebaut.³¹ Außerdem ist es *Influencern* möglich, durch ihren individuellen Auftritt in sozialen Medien eine vermeintlich private Sphäre zu schaffen, die eine erhöhte

²¹ Kleber, *Influencer werden Markenbotschafter der Sozialversicherung*, *SozSi* 2019/1, 10 (10); Klickermann, *MMR* 2020/3, 150 (150); Nirschl/Steinberg, *Einstieg in das Influencer Marketing* (2018) 11.

²² Laoutoumai/Dahmen, *Influencer Marketing - Neue Stars, alte Pflichten?!*, *K&R* 2017/1, 29 (30).

²³ Handig, *Wenn "Influencer" zum Beruf wird, stellt sich ua die berufsrechtliche Frage*, *ecolex* 2019/6, 547 (547).

²⁴ Anderl/Seling, *ecolex* 2018/6, 535 (535); Woods, *#Sponsored: The Emergence of Influencer Marketing*, 15 <https://trace.tennessee.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3010&context=utk_chanhonoproj> (20.05.2020).

²⁵ Bundesverband *Digitale Wirtschaft*, *Neue Formen im Content Marketing*, 5 <<https://www.bvdw.org/themen/publikationen/detail/artikel/whitepaper-neue-formen-im-content-marketing/>> (20.05.2020).

²⁶ Judt/Klausegger, *Was ist eigentlich ... Instagram Marketing?*, *ÖBA* 2019/10, 739 (739); Nirschl/Steinberg, *Einstieg in das Influencer Marketing*, 21.

²⁷ Judt/Klausegger, *Was ist eigentlich ... Influencer Marketing?*, *ÖBA* 2020/4, 262 (262).

²⁸ Kollmann, *E-Business*⁷ (2019) 398.

²⁹ Kreuzer/Rumler/Wille-Baumkauff, *B2B-Online-Marketing und Social Media*², 238.

³⁰ Ahrens, *Influencer Marketing - Regulierungsrahmen und Konsequenzen seiner Anwendung* (Teil 1), *GRUR* 2018/12, 1211 (1212); Lommatzsch, *Begriffsklärung: Influencer Marketing vs Influencer Relations*, in Schach/Lommatzsch (Hrsg), *Influencer Relations* (2018) 23 (24).

³¹ Lammenett, *Praxiswissen Online-Marketing*⁷ (2019) 142 f; Klickermann, *MMR* 2020/3, 150 (150).

Identifikation des Zielpublikums mit dem *Influencer* zur Folge hat³² und durch die Echtzeit-Kommunikation des Internets schnell auf aktuelle Entwicklungen zu reagieren.³³

Durch sog *Hashtags* werden Beiträge in sozialen Netzwerken mithilfe des Sonderzeichens Raute³⁴ (#) mit Schlagwörtern versehen, um im Suchmechanismus der Plattformen höher gereiht zu werden und mehr Nutzer zu erreichen.³⁵ Diese spielen insbesondere bei der Form der Kennzeichnung von Werbung eine gewichtige Rolle (siehe dazu etwa Kapitel 3.5).

Beispielhaft für eine Werbung mittels *Influencer* Marketing sind etwa die Platzierung von Produkten in veröffentlichten Bildern oder die Hervorhebung von Urlaubsdestinationen oder bestimmten Örtlichkeiten wie Hotels oder Restaurants. Häufig werden die beworbenen Unternehmen zusätzlich mittels *Hashtag* hervorgehoben, um die gewünschte Werbewirkung bestmöglich zu erzielen.³⁶

1.3 Verbraucherschutz vor verdeckter Werbung

Klassische Werbemittel haben auch im Jahr 2020 weiterhin ihren Markt. Der durchschnittliche Verbraucher wird jedoch anspruchsvoller und sieht Aussagen von Werbeinhalten mit einer gewissen Skepsis. Personen, die vor einer Kaufentscheidung stehen, haben nur wenig Vertrauen in Werbung und orientieren sich vielmehr an der Meinung anderer Kunden.³⁷ Die Verlagerung von Werbung von Rundfunk und Presse hin zu Internetdiensten hat einerseits Kostengründe und ermöglicht andererseits eine gezielte Ansprache der tatsächlich relevanten Werbegruppe.³⁸

Bei direkter Werbung, die als solche sofort erkennbar ist – wie zB Bannerwerbung bei Online-Zeitungen – muss ein weiterer Aspekt der Online-Werbung beachtet werden: Der Werblocker. Dabei handelt es sich um ein technisches Werkzeug, das werbliche Inhalte auf Webseiten verändert oder entfernt. Dadurch kommt es häufig vor, dass reguläre Werbeanzeigen dem Nutzer gar nicht mehr angezeigt werden³⁹ und Unternehmen versuchen, obige Technologie zu umgehen und Werbung daher nativ in Beiträgen in sozialen Netzwerken

³² Zurth/Pless, #transparenz: Die Kennzeichnung nutzergenerierter Werbung in sozialen Netzwerken unter der neuen AVMD-Richtlinie - Teil 1, ZUM 2019/5, 414 (415).

³³ Kreuzer/Rumler/Wille-Baumkauff, B2B-Online-Marketing und Social Media², 238.

³⁴ Bettendorfer, Instagram-Journalismus. Ein Leitfaden für Redaktionen und freie Journalisten (2019) 12.

³⁵ Judt/Klausegger, ÖBA 2019/10, 739 (739).

³⁶ Lichtnecker, MMR 2018/8, 512 (515).

³⁷ Feiler/Schmitt, Influencer Marketing und das medienrechtliche Trennungsgebot, in Staudegger/Thiele (Hrsg), Jahrbuch Geistiges Eigentum 2019 (2019) 255 (256).

³⁸ Peifer, Influencer Marketing - Rechtlicher Rahmen und Regulierungsbedürfnis (Teil 2), GRUR 2018/12, 1218 (1218).

³⁹ Kreuzer/Rumler/Wille-Baumkauff, B2B-Online-Marketing und Social Media², 176.

einzubetten⁴⁰, wodurch die Grenzen zwischen Werbung und inhaltlichem Beitrag verwischt werden.⁴¹

Einen speziellen Problembereich stellt in diesem Zusammenhang das sog „*Native Advertising*“ dar.⁴² Darunter wird eine entgeltliche Werbeform verstanden, bei der die Werbeinhalte in der Aufmachung und dem Design von redaktionellen Inhalten dargestellt werden. Dadurch kann beim Endverbraucher der Eindruck entstehen, dass es sich nicht um Werbung, sondern um einen objektiven Beitrag handelt.⁴³ Jedoch müssen auch bei einer nativen Einbindung von Werbung Kennzeichnungspflichten beachtet werden. Dies kann etwa durch die Begriffe „Anzeige“ oder „Werbung“ erfolgen.⁴⁴ Der Werbeadressat muss somit Werbung als solche erkennen können und sich dadurch der Werbeabsicht und der damit einhergehenden Subjektivität einer Aussage bewusst sein.⁴⁵

Verschleierte Werbeinhalte stellen insbesondere bei *Influencern* ein konkretes Problem dar, da diese von ihrem Zielpublikum als vertrauenswürdige Informationsquelle wahrgenommen⁴⁶ und deren Produktrezensionen häufig als persönliche Empfehlung anstatt bezahlter Werbung erfasst werden.⁴⁷ *Influencer* verlieren durch die Werbekennzeichnung jedoch erheblich an Glaubwürdigkeit gegenüber ihrer Fangemeinde, insbesondere dann, wenn regelmäßig Werbeinhalte über deren Profile veröffentlicht werden.⁴⁸ Gleichsam ist jedoch auch das Verständnis für versteckte Werbeinhalte in sozialen Netzwerken gering und hat häufig einen spürbaren Verlust von Vertrauen in vermeintlich unabhängige Produktrezensionen zur Folge.⁴⁹ Dadurch sind *Influencer* regelmäßig dazu verleitet, Werbeinhalte als solche gar nicht oder unzureichend zu kennzeichnen.⁵⁰

Nach einer Studie der Europäischen Kommission zum Thema „*Social Media Marketing*“ glauben Verbraucher idR dazu imstande zu sein, Werbung in sozialen Netzwerken zu erkennen. Die Ergebnisse der Studie beweisen jedoch genau das Gegenteil, denn sämtliche

⁴⁰ *Klickermann*, MMR 2020/3, 150 (150).

⁴¹ *Schmid*, Digitalisierung und zukünftige Medienordnung: Medienpolitische Perspektive - Kontrolle der Plattformen als Medien, ZUM 2019/3, 226 (227).

⁴² *Ahrens*, GRUR 2018/12, 1211 (1211).

⁴³ *Hümpfner/Appel*, Native Advertising: Werbung, die nicht als solche erkannt werden will, in Appel (Hrsg), Die Psychologie des Postfaktischen: Über Fake News, „Lügenpresse“, Clickbait & Co (2020) 59 (59 f).

⁴⁴ *H. Köhler* in Köhler/Bornkamm/Feddersen (Hrsg), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG³⁸ § 5a Rz 7.80a (2020).

⁴⁵ *Dreyer/Frank* in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Hrsg), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)⁴ § 5a Rz 253 (2016).

⁴⁶ *Kollmann*, E-Business⁷, 397 f.

⁴⁷ *Riefa/Clausen*, Towards Fairness in Digital Influencer's Marketing Practices, EuCML 2019/8, 64 (64).

⁴⁸ *Kollmann*, E-Business⁷, 403.

⁴⁹ *Peifer*, GRUR 2018/12, 1218 (1220).

⁵⁰ *Prohaska-Marchried/Pölzl*, Influencer & Social Media - Best Practices, Compliance Praxis 2019/1, 26 (27).

Teilnehmer waren nicht in der Lage, einzelne Beispiele von verdeckter Werbung in sozialen Netzwerken zielsicher zu erkennen.⁵¹ Insbesondere einem jungen Zielpublikum fällt es schwer, gesponserte Inhalte als solche zu identifizieren.⁵² Bei gekennzeichneten Werbeinhalten stellt der Verbraucher die Objektivität des Werbenden in Frage und ist sich der Absicht der Aussagen bewusst, wodurch er sich idR der unlauteren Beeinflussung durch Werbeinhalte entziehen kann.⁵³

Eines der Hauptprobleme der Wettbewerbshüter ist es in der Praxis festzustellen, welche Beiträge von *Influencern* als Werbeinhalte einzustufen sind und danach zu beweisen, dass für diese bezahlt wurde oder eine anderweitige wirtschaftliche Verbindung mit dem assoziierten Unternehmen besteht.⁵⁴ Vor 2017 wurde häufig keinerlei Kennzeichnung von Werbemaßnahmen vorgenommen, erst die umfangreichen deutschen Gerichtsentscheidungen führten im Laufe jenes Jahres dazu, dass deutschsprachige *Influencer* ihre Beiträge als Werbung kennzeichneten⁵⁵ und Verstöße gegen das Trennungsgebot von redaktionellen und werblichen Inhalten nun – zumindest in Deutschland – verfolgt werden.⁵⁶

Die vorliegende Diplomarbeit wird in diesem Zusammenhang die Frage beantworten, ob die deutsche Rsp zum *Influencer Marketing* auch in Österreich umsetzbar wäre. Hierfür wird zunächst die österreichische Rechtslage zur Kennzeichnungspflicht bei Werbeinhalten dargestellt. Im Anschluss folgt die deutsche Rechtslage einschließlich der wichtigsten Gerichtsurteile hinsichtlich *Influencer Marketing*. Das vierte Kapitel stellt eine rechtsvergleichende Darstellung der kennzeichnungsrechtlichen Bestimmungen beider Länder dar. Im finalen Abschnitt der Diplomarbeit erfolgen eine abschließende Würdigung und ein Ausblick.

⁵¹ Europäische Kommission, Behavioural Study on Advertising and Marketing Practices in Online Social Media, 34 <ec.europa.eu/info/sites/info/files/osm-final-report_en.pdf> (20.05.2020).

⁵² Schmid, ZUM 2019/3, 226 (227); maW Bogus, Produktplatzierungen auf YouTube: Eine Untersuchung zu werberechtlichen Rahmenbedingungen und der Wahrnehmung von Produktplatzierungen, in Schach/Lommatzsch (Hrsg), *Influencer Relations* (2018) 89 (91).

⁵³ Gerecke, GRUR 2018/2, 153 (154).

⁵⁴ Riefa/Clausen, EuCML 2019/8, 64 (65).

⁵⁵ Leeb/Maisch, Social-Media-Stars und -Sternchen im rechtsfreien Raum, ZUM 2019/1, 29 (30).

⁵⁶ Troge, Herausforderung: Influencer-Marketing, GRUR-Prax 2018/4, 87 (87).

2 Kennzeichnungspflicht von Werbeinhalten in Österreich

2.1 Allgemeines zur Kennzeichnungspflicht von Werbung in Österreich

In Österreich gilt ein sog Kennzeichnungs- und Trennungsgebot: Werbliche Inhalte und redaktionelle Beiträge sind demnach zu trennen oder als Werbung zu kennzeichnen.⁵⁷ Diesbezügliche Regelungen finden sich insbesondere in den Spezialvorschriften des § 26 MedienG für sämtliche Medien mit redaktionellen Inhalten sowie in § 6 ECG für Telemedien.⁵⁸ Bei Videoangeboten im Internet müssen die Regelungen des § 31 AMD-G herangezogen werden, wenn sich der Anbieter als „audiovisueller Mediendienst“ qualifiziert.⁵⁹

Neben den spezialgesetzlichen Vorschriften wird jedoch insbesondere das österreichische Lauterkeitsrecht zur Beurteilung von verschleierte Werbeinhalten bei *Influencer* Marketing herangezogen werden. Für den Bereich des *Influencer* Marketings kann hierbei auf drei grundlegende Normen zurückgegriffen werden: Z 11 des Anhangs zu § 2 Abs 2 UWG (als Information getarnte Werbung), § 2 Abs 4 UWG (irreführende Unterlassung) sowie § 1 UWG (Fallgruppe Rechtsbruch).⁶⁰

In den folgenden Unterkapiteln werden zunächst die sondergesetzlichen Bestimmungen analysiert, um dann auf den lauterkeitsrechtlichen Aspekt der Werbekennzeichnung einzugehen. Der Fokus der vorliegenden Diplomarbeit wird hierbei insbesondere auf der Kernbestimmung des § 26 MedienG sowie dem österreichischen Lauterkeitsrecht liegen.

2.2 Medienrechtliche Kennzeichnungspflicht nach § 26 MedienG

2.2.1 Allgemeines zu § 26 MedienG

§ 26 MedienG normiert das medienrechtliche Trennungsgebot⁶¹, wonach Beiträge, deren Veröffentlichung auf entgeltlicher Basis erfolgt, als „Anzeige, entgeltliche Einschaltung oder Werbung“ gekennzeichnet werden müssen.⁶² Durch die Kennzeichnung soll verhindert werden, dass das Publikum durch einen vermeintlich redaktionellen Inhalt, der allerdings gegen Entgelt erfolgt, getäuscht wird.⁶³

⁵⁷ *Anderl/Seling*, *ecolex* 2018/6, 535 (535).

⁵⁸ *Noha*, Neue spezifische Formen der Internetwerbung – Keyword Advertising im weiteren Sinn und rechtliche Grenzen, in Feiler/Raschhofer (Hrsg), *Innovation und internationale Rechtspraxis* (2009) 589 (592).

⁵⁹ *Raffling/Wittmann*, Werbung in sozialen Netzwerken, *MR* 2017/4, 163 (166).

⁶⁰ *Kubat*, Kennzeichnungspflicht im Influencer-Marketing, *ÖBl* 2020/3, 8 (14 f).

⁶¹ *Prohaska-Marchried/Pölzl*, *Compliance Praxis* 2019/1, 26 (26).

⁶² § 26 MedienG.

⁶³ *Feiler/Schmitt* in *Staudegger/Thiele*, *Jahrbuch Geistiges Eigentum* 2019, 255 (259).

Damit der Anwendungsbereich des MedienG eröffnet wird, muss zunächst der Tatbestand des „periodischen Mediums“ bzw des „periodischen elektronischen Mediums“ erfüllt sein. Bei einem Medium iSd MedienG handelt es sich um ein Mittel, das „zur Verbreitung von Mitteilungen oder Darbietungen mit gedanklichem Inhalt in Wort, Schrift, Ton oder Bild an einen größeren Personenkreis im Wege der Massenherstellung oder Massenverbreitung“⁶⁴ dient.

Ein „größerer Personenkreis“ liegt dann vor, wenn die durch die Verbreitung erreichte Personenmenge unbegrenzt oder zumindest nicht bloß unerheblich ist. Ausgeschlossen ist daher jede Form der individuellen Kommunikation. Die Verbreitung muss jedoch ebenso nicht an die Allgemeinheit gerichtet sein.⁶⁵

Die Qualifikation eines *Social-Media*-Profils als „Medium“ dürfte jedoch in der Praxis keine Probleme bereiten, da nach *Staudegger* grundsätzlich festgehalten werden kann, dass alle frei zugänglichen Websites mit publizistischer Ausrichtung das Tatbestandsmerkmal des „Mediums“ erfüllen.⁶⁶ Dies gilt nach *Raffling/Wittmann* auch entsprechend für soziale Netzwerke wie *Instagram* oder *Facebook*.⁶⁷

Im Fall von Beiträgen in sozialen Medien kann anstelle des Begriffs der „periodischen Medien“ auf den Begriff des „periodischen elektronischen Mediums“ zurückgegriffen werden, welcher in § 1 Abs 1 Z 5a MedienG legaldefiniert ist.⁶⁸ Demnach handelt es sich um „ein Medium, das auf elektronischem Weg [...] abrufbar ist (Website) oder wenigstens vier Mal im Kalenderjahr in vergleichbarer Gestaltung verbreitet wird [...]“.⁶⁹ Aufgrund der mit der Tätigkeit von *Influencern* verbundenen häufigen Veröffentlichung neuer Inhalte⁷⁰, wird das Tatbestandselement der „Regelmäßigkeit“ in der Praxis keine Probleme bereiten. Diese Beurteilung erfolgt insbesondere auch unter dem Gesichtspunkt, dass *in praxi* keine Klarheit hinsichtlich der Interpretation jenes Tatbestandselements herrscht.⁷¹

Zuletzt stellt sich nach *Kubat* in sozialen Medien insbesondere die Frage nach der Verbreitung. Unter diesen Begriff fallen demnach jedenfalls jene Profile in sozialen Netzwerken, die ohne Restriktionen auf einen unbestimmten Adressatenkreis ausgerichtet und somit

⁶⁴ § 1 Abs 1 Z 1 MedienG.

⁶⁵ *Koukal* in Berka/Heindl/Höhne/Koukal (Hrsg), Mediengesetz: Praxiskommentar⁴ § 1 Rz 10 (2019).

⁶⁶ *Staudegger*, Haftungsprivilegierung des Hostproviders oder Medieninhaberschaft – tertium non datur, ALJ 2015/1, 42 (45 f).

⁶⁷ *Raffling/Wittmann*, MR 2017/4, 163 (163 f).

⁶⁸ *Koukal* in Mediengesetz⁴ § 1 Rz 24a.

⁶⁹ § 1 Abs 1 Z 5a MedienG.

⁷⁰ *Kubat*, ÖBl 2020/3, 8 (9).

⁷¹ *Rabl*, Recht smart 1.09: The Amtsschimmel strikes back (even on teddy bears)!, *ecolex* 2019/9, 762 (763).

grundsätzlich frei zugänglich sind.⁷² Jedoch könnte auch eine Begrenzung durch entgeltlichen Zugang zum Profil des *Influencers* den Begriff der Verbreitung erfüllen, wenn der Personenkreis willkürlich ist und nicht durch bestehende besondere Beziehungen zwischen Sender und Empfänger – wie etwa durch ein Freundschaftsverhältnis – eingeschränkt wird.⁷³

Zusammenfassend kann hierzu festgehalten werden, dass der Anwendungsbereich des MedienG für Profile von *Influencern* in sozialen Medien idR eröffnet ist. Diese erfüllen regelmäßig das Tatbestandselement des periodischen elektronischen Mediums und erreichen durch die digitale Verbreitung einen großen Personenkreis. In der Folge gilt es nun *in concreto* zu prüfen, ob auch der Anwendungsbereich des § 26 MedienG eröffnet wird.

Damit der Rechtsunterworfenen auch tatsächlich nach § 26 MedienG zur Kennzeichnung von Werbung verpflichtet ist, muss das Kriterium der „Entgeltlichkeit“ erfüllt werden. Eine inhaltliche Beeinflussung des Beitrages ist nicht erforderlich.⁷⁴ Von dem Begriff der Entgeltlichkeit umfasst sind nach den erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage neben der Bezahlung des Werbeinhalts auch sonstige Vermögensvorteile, die für die Veröffentlichung des Beitrages gewährt werden.⁷⁵

Wird *de facto* ein Entgelt geleistet, so kommt es auf eine etwaige inhaltliche Einflussnahme nicht an. Die Veröffentlichung ist dann jedenfalls als Werbeinhalt zu kennzeichnen, auch wenn sie unter alleiniger redaktioneller Verantwortung des Journalisten steht und damit unabhängig erfolgt.⁷⁶ Einer genaueren Betrachtung bedarf das Tatbestandselement der „sonstigen Vermögensvorteile“. Damit die Entgeltlichkeit im Zusammenhang mit jenem Auffangkriterium bejaht werden kann, muss zunächst eine synallagmatische Verknüpfung zwischen dem Vermögensvorteil und der Veröffentlichung des Beitrages vorliegen.⁷⁷ Es muss daher eine unmittelbare Beziehung zwischen dem Werbeinhalt und dem Entgelt bestehen.⁷⁸

Eine vertragliche Gestaltung derart, dass ein Universalauftrag erteilt wird, wodurch das Entgelt keinem konkreten Beitrag zugeordnet werden kann, verhindert jedoch nicht die Anwendbarkeit des § 26 MedienG.⁷⁹ Des Weiteren kann die Kennzeichnungspflicht nach der Rsp des OGH⁸⁰ nicht durch eine bestimmte Bezeichnung des Entgelts – wie etwa

⁷² Kubat, ÖBl 2020/3, 8 (10).

⁷³ Koukal in Mediengesetz⁴ § 1 Rz 7.

⁷⁴ Koukal in Berka/Heindl/Höhne/Koukal (Hrsg), Mediengesetz: Praxiskommentar⁴ § 26 Rz 1 (2019).

⁷⁵ ErlRV 2 BlgNR XV. GP, 39.

⁷⁶ Koukal in Mediengesetz⁴ § 26 Rz 1.

⁷⁷ Rami in Höpfel/Ratz (Hrsg), Wiener Kommentar zum StGB² § 26 MedienG Rz 2 (Stand 01.09.2019).

⁷⁸ RIS-Justiz RS0114362.

⁷⁹ OGH 13.06.2017, 4 Ob 98/17s, ÖBl-LS 2017/26, 279 (Hinger) = ecolex 2017/488, 1181 (Hirsch).

⁸⁰ RIS-Justiz RS0067740.

„Druckkostenzuschuss“ –unterlaufen werden, auch wenn diese den Eindruck erweckt, dass es sich um eine Form der mittelbaren Entgeltlichkeit handeln würde.

Falls eine synallagmatische Verknüpfung besteht, ist in der Praxis anschließend eine Einzelfallbetrachtung regelmäßig unabdinglich, um das Kriterium der Entgeltlichkeit zweifelsfrei beantworten zu können.⁸¹ Im Hinblick auf die Werbepraktiken in sozialen Netzwerken fallen nach *Kubat* hierunter insbesondere die kostenlose Zurverfügungstellung von Produkten des Werbepartners oder Einladungen zu Veranstaltungen mit Kostenübernahme bzw zumindest -ersparnis.⁸² *Feiler/Schmitt* bezeichnen die undifferenzierte Bejahung der Entgeltlichkeit bei der Gewährung von kostenlosen Produktproben im Gegensatz zu *Kubat* zumindest als zweifelhaft. Der entgeltliche Charakter sei auch bei der Zurverfügungstellung von Produkten insbesondere dann abzusprechen, wenn der *Influencer* nur einmalige Produktproben erhält sowie keine Vereinbarung damit einhergeht, ob oder wie der *Influencer* darüber berichtet.⁸³ Wenn der *Influencer* das Produkt nach der Erstellung einer (unentgeltlichen) Rezension wieder zeitnahe retournieren muss, so wird idR eine Entgeltlichkeit verneint werden können.⁸⁴

Ausgenommen von der Verpflichtung zur Kennzeichnung sind jene Werbeinhalte, bei welchen aus der Art und Weise der Veröffentlichung bzw deren Aufmachung⁸⁵ klar und zweifelsfrei geschlossen werden kann, dass es sich um einen entgeltlichen Inhalt handelt.⁸⁶ Begründet wird dies vom OGH damit, dass die vom Gesetzgeber befürchtete Irreführung dann nicht zu befürchten ist.⁸⁷

Nach der stRsp des OGH⁸⁸ ist für die Beurteilung des Kriteriums der „Erkennbarkeit“ auf die Sachkunde, Erfahrung und Aufmerksamkeit eines durchschnittlichen Mitglieds⁸⁹ des angesprochenen Publikums abzustellen. Für die Erkennbarkeit des Werbeinhaltes soll des Weiteren nach der Rsp⁹⁰ nicht die Einschätzung vor der Wahrnehmung des entgeltlichen Beitrages relevant sein, sondern auf eine *ex-post*-Beurteilung abgestellt werden. Ein Inhalt, der zunächst für den Leser redaktioneller Natur zu sein scheint, aber dessen werblicher Charakter nach dem Lesen offensichtlich ist, muss daher nicht entsprechend gekennzeichnet

⁸¹ *Prohaska-Marchried/Pözl*, Compliance Praxis 2019/1, 26 (27).

⁸² *Kubat*, ÖBl 2020/3, 8 (10).

⁸³ *Feiler/Schmitt* in Staudegger/Thiele, Jahrbuch Geistiges Eigentum 2019, 255 (262 f).

⁸⁴ *Anderl/Seling*, *ecolex* 2018/6, 535 (536).

⁸⁵ RIS-Justiz RS0067589.

⁸⁶ *Kubat*, ÖBl 2020/3, 8 (10).

⁸⁷ RIS-Justiz RS0067702.

⁸⁸ Etwa OGH 12.06.1996, 3 Ob 2169/96h; OGH 08.06.1993, 4 Ob 56/93; OGH 28.05.1992, 4 Ob 74/91.

⁸⁹ RIS-Justiz RS0067650.

⁹⁰ Etwa OGH 14.07.2009, 4 Ob 62/09k, ÖJZ EvBl 2009/156, 1062 (*EvBl-Redaktion*) = *ecolex* 2010/22, 67 (*Schumacher*); OGH 28.05.1992, 4 Ob 74/91.

werden. Der Werbecharakter muss jedoch so eindeutig hervorgehen, dass keine Täuschungseignung zu befürchten ist, es wird dementsprechend ein strenger Maßstab angelegt.⁹¹ Für die Beurteilung, ob die Kennzeichnung des Werbeinhaltes entfallen kann, muss wiederum immer auf die besonderen Umstände des Einzelfalles abgestellt werden.⁹²

Des Weiteren muss beachtet werden, dass rein redaktionelle Anpreisungen von Produkten oder Dienstleistungen, die auf eine eigene Einschätzung des Journalisten zurückgehen und nicht gegen Entgelt erfolgen, einen Ausdruck der verfassungsrechtlich garantierten Meinungsäußerungsfreiheit des Art 10 EMRK⁹³ (*Anm: bzw Art 13 StGG*⁹⁴) darstellen und dementsprechend nicht unter § 26 MedienG fallen.⁹⁵

2.2.2 Ausnahmefall Gefälligkeitsberichterstattung

Eine vom OGH⁹⁶ entwickelte Ausnahme von der Kennzeichnungspflicht stellt die sog „Gefälligkeitsberichterstattung“ dar, für die kein Entgelt geleistet wird. Die Motive für die Berichterstattung können unterschiedlicher Natur sein. Kritisch sollten jedoch redaktionelle Beiträge betrachtet werden, die in einem Naheverhältnis zu einer bezahlten Werbeanzeige stehen.⁹⁷ Nicht kennzeichnungspflichtig sind nach dem OGH redaktionelle Zugaben, mit denen ein hiervon getrenntes Inserat durch einen redaktionellen Beitrag unterstützt wird.⁹⁸ Der OGH kommt damit zu dem Schluss, dass unentgeltliche werbliche Zugaben weder eine Kennzeichnungspflicht iSd § 26 MedienG auslösen noch gegen § 1 UWG verstoßen. Nach dem Höchstgericht hätte der Kläger nachweisen müssen, dass das Inserat mit dem werblichen Begleitartikel als entgeltliche Gesamtleistung vereinbart wurde.⁹⁹

Nach *Raffling/Wittmann* ermöglicht diese E des OGH Umgehungsmöglichkeiten der Kennzeichnungspflicht, da ohne Nachweis der Entgeltlichkeit oftmals der Unterschied zwischen einem Gefälligkeitsartikel und einer bezahlten Anzeige nicht bewiesen werden kann.¹⁰⁰ Insbesondere muss beachtet werden, dass der OGH hinsichtlich des synallagmatischen

⁹¹ *Feiler/Schmitt* in Staudegger/Thiele, Jahrbuch Geistiges Eigentum 2019, 255 (263 f).

⁹² OGH 27.07.2017, 4 Ob 127/17f; OGH 14.07.2009, 4 Ob 62/09k; OGH 08.07.2008, 4 Ob 113/08h, *ecolex* 2008/417, 1140 (*Schumacher*) = MR 2008, 261 (*Burgstaller*) = ÖBf 2009/21, 116 (*Gamerith*).

⁹³ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl 210/1958 idF III 139/2018.

⁹⁴ Staatsgrundgesetz vom 21. Dezember 1867 über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder, RGBl 142/1867 idF 684/1988.

⁹⁵ *Raffling/Wittmann*, MR 2017/4, 163 (165).

⁹⁶ OGH 26.09.2016, 4 Ob 60/16a, MR 2016/288 (*Warzilek*) = *ecolex* 2017/70, 147 (*Tonninger*) = ÖBf 2017/25, 88 (*Wiltschek*).

⁹⁷ *Kubat*, ÖBf 2020/3, 8 (10).

⁹⁸ *Swoboda*, Onlinewerbung im Lichte des E-Commerce (Teil II), ZIIR 2017/2, 150 (151).

⁹⁹ *Warzilek*, Werbungskennzeichnung - Gratiszeitungen, MR 2016/6, 288 (292).

¹⁰⁰ *Raffling/Wittmann*, MR 2017/4, 163 (165).

Verhältnisses zwischen Entgeltlichkeit und Anzeige auf die zugrundeliegende Vereinbarung abstellt und die Kennzeichnungspflicht daher der Disposition der Parteien überlässt.¹⁰¹ Außerdem führt der OGH aus, dass der Leser heutzutage wesentlich aufgeschlossener hinsichtlich der werblichen Tendenz journalistischer Inhalte sei und jene Inhalte auch erkenne. Daher sei von einem geringen Schutzbedürfnis des Medienkonsumenten auszugehen.¹⁰²

Aufgrund der engen Auslegung des Kriteriums der Entgeltlichkeit des § 26 MedienG durch den OGH wurde dessen Entscheidung in der Lit kritisiert: *Tonninger* bezeichnet die E des OGH als „nicht lebensnah“ und führt an, dass die Gefälligkeitsberichterstattung in den vom Höchstgericht behandelten Fällen im Zusammenhang mit einem – unmittelbar anliegenden – Inserat seines Erachtens jedenfalls entsprechend ersichtlich gemacht werden müsste. Der OGH würde mit seiner E einem grundsätzlich fragwürdigen Geschäftsmodell Legitimierung verschaffen, er müsse vielmehr die für den Nutzer erkennbare Objektivität von der Art und dem Ruf des Mediums abhängig machen.¹⁰³

Warzilek (*Anm: Geschäftsführer des Österreichischen Presserates*) bezeichnet die Ausführungen des OGH zur Schutzbedürftigkeit des Medienkonsumenten als „problematisch“, da der Leser sich nach wie vor erwartet, dass es bei einem redaktionellen Bericht zu keiner Einflussnahme auf den Autor von außen kommt. Des Weiteren wird auf die Rsp des VwGH¹⁰⁴ zu Schleichwerbung in Fernsehen und Radio verwiesen, wonach bei der Beurteilung des Kriteriums der „Entgeltlichkeit“ von einem objektiven Maßstab und dem Verkehrsgebrauch auszugehen ist, anstelle eines *de facto* geleisteten Entgelts.¹⁰⁵

Wiltsek führt an, dass der OGH¹⁰⁶ bereits im Zusammenhang mit Gratis-Zeitungen geurteilt hat, dass es dort durchaus üblich sei, redaktionelle Inhalte und Anzeigen nicht zu trennen und auch in redaktionellen Beiträgen die Vorzüge von Waren oder Dienstleistungen hervorzuheben. Gleichsam hätte der OGH jedoch auch im Sinne seiner Rsp zu redaktionellen Zugaben¹⁰⁷ zu dem Schluss kommen können, dass Gefälligkeitswerbung wie redaktionell getarnte Wirtschaftswerbung gegen den Offenkundigkeits- und den Wahrheitsgrundsatz des

¹⁰¹ *Kubat*, ÖBI 2020/3, 8 (10).

¹⁰² *Warzilek*, MR 2016/6, 288 (294).

¹⁰³ *Tonninger*, Gefälligkeitsberichterstattung in Gratiszeitung, *ecolex* 2017/2, 147 (148).

¹⁰⁴ VwGH 21.10.2011, 2009/03/0172; VwGH 27.01.2006, 2004/04/0114, MR 2006, 116 (*Wittmann*) = *ecolex* 2006/195, 439 (*Primosch*) = MR 2007, 285 (*Wittmann*).

¹⁰⁵ *Warzilek*, MR 2016/6, 288 (293 f).

¹⁰⁶ OGH 12.06.1996, 3 Ob 2169/96h.

¹⁰⁷ OGH 29.09.1992, 4 Ob 60/92.

Lauterkeitsrechts verstößt. Der Beweis der „Entgeltlichkeit“ sei nach dem Autor unter dem Gesichtspunkt der aktuellen E des OGH jedenfalls nur schwer möglich.¹⁰⁸

Anderl/Seling stimmen obigen kritischen Meinungen vollinhaltlich zu mit der Begründung, dass gerade dem medienrechtlichen Trennungsgebot eine tragende Rolle im fairen Wettbewerb zukomme, insbesondere auch im Online-Bereich. Die resignierende E des OGH sei der falsche Weg.¹⁰⁹ *Kubat* führt an, dass eine objektive Betrachtungsweise des Kriteriums der „Entgeltlichkeit“ notwendig wäre, um den Transparenzgedanken des § 26 MedienG nicht auszuhöhlen. Diesfalls könnte bei einem entsprechenden Missverhältnis zwischen werblichen und redaktionellen Inhalten von einer kennzeichnungspflichtigen Gesamtleistung ausgegangen werden.¹¹⁰

Der österreichische PR-Ethik-Rat hat ebenso zu obiger Entscheidung des OGH Stellung bezogen: Er bezeichnet das Urteil aus zahlreichen Gründen für verfehlt und behauptet unter anderem, dass dieses Koppelungsgeschäfte und eine damit verbundene Täuschung der Leser ermögliche. Des Weiteren würde der OGH keine Unterscheidung zwischen der subjektiven Meinung eines Journalisten und der gekauften Berichterstattung treffen, was dazu führe, dass unethische Geschäftspraktiken legitimiert würden.¹¹¹

2.2.3 Erfüllung der Kennzeichnungspflicht

Wenn § 26 MedienG zur Anwendung kommt, muss für den Nutzer zweifelsfrei erkennbar sein, dass es sich bei einem Beitrag um einen entgeltlichen Werbeinhalt handelt. Zur Kennzeichnung sind jedenfalls die in § 26 MedienG verwendeten Begriffe „Anzeige“, „entgeltliche Einschaltung“ und „Werbung“ zulässig. Die ältere Lit¹¹² hat diese Aufzählung noch als taxativ angesehen, nach nunmehr stRsp¹¹³ handelt es sich hierbei jedoch vielmehr um eine demonstrative Aufzählung.

Es sind daher auch anderweitige Formen der Kennzeichnung von Werbeinhalten zulässig, solange diese hinreichend auf die Entgeltlichkeit des Beitrages hinweisen.¹¹⁴ Die Begriffe

¹⁰⁸ *Wiltschek*, Unentgeltliche redaktionell gestaltete Anzeigen, ÖBl 2017/2, 88 (90).

¹⁰⁹ *Anderl/Seling*, *ecolex* 2018/6, 535 (FN 12).

¹¹⁰ *Kubat*, ÖBl 2020/3, 8 (10).

¹¹¹ *PR-Ethik-Rat*, OGH-Urteil leistet Koppelungsgeschäften und damit Lesertäuschung Vorschub und unterminiert die zentrale Korrektivrolle der Medien, 1 <prethikrat.at/wp-content/uploads/2016/11/Presseinfo_PR-Ethikrat_OGH-Urteil_2016-11-15.pdf> (20.05.2020).

¹¹² Etwa *Litzka/Wittmann*, Werbungs-Kennzeichnung (§ 26 MedienG), MR 1983/3, 4 (4); *Hartmann/Rieder*, Kommentar zum MedienG (1985) 164.

¹¹³ RIS-Justiz RS0067589.

¹¹⁴ *Feiler/Schmitt* in *Staudegger/Thiele*, Jahrbuch Geistiges Eigentum 2019, 255 (266).

müssen jedoch für das konkrete Publikum denselben Erklärungswert aufweisen, wie die vom Gesetz vorgesehenen Begriffe.¹¹⁵

Der OGH hat sich in der Vergangenheit bereits mit dem Begriff „Promotion“ befasst und diesen iZm einem Zeitungsbeitrag für unzulässig erklärt, um den werblichen Charakter im angesprochenen Verkehrskreis ausreichend zu kennzeichnen.¹¹⁶ Im damaligen Sachverhalt richtete sich der Beitrag jedoch an den ländlichen Raum und ältere Leser. So merkt *Schumacher* an, dass der Begründung des OGH zu entnehmen sei, dass die Beurteilung der Verwendung des Begriffs „Promotion“ zur Kennzeichnung von Werbeinhalten mit einer jüngeren, urbanen Leserschaft anders ausfallen könnte.¹¹⁷

Nach *Feiler/Schmitt* darf nicht automatisch davon ausgegangen werden, dass Begriffe wie „Promotion“ stets unzulässig sind. Vielmehr ist auf die Umstände des Einzelfalls – und hierbei insbesondere auf das betroffene Publikum – abzustellen, um die Aussagekräftigkeit des Begriffes zu beurteilen. Die Autoren gehen sogar so weit, dass die verwendeten Begriffe des § 26 MedienG uU bei einem jüngeren Publikum für eine Werbekennzeichnung nicht ausreichen.¹¹⁸

Kubat widerspricht dieser Ansicht und meint, dass jedenfalls davon auszugehen ist, dass die in § 26 MedienG vom Gesetzgeber verwendeten Begriffe auch im Internet ausreichend sein müssen. Auch das Wort „Promotion“ sei uU in Beiträgen in sozialen Medien zur Kennzeichnung von Entgeltlichkeit geeignet, da hier ein überwiegend junger Personenkreis angesprochen wird, der über grundlegende Englischkenntnisse verfügt und an konkrete anglophile Begriffsbezeichnungen gewöhnt ist.¹¹⁹

Rabl geht noch einen Schritt weiter und bezeichnet die Begriffe „*sponsored post*“ und „*sponsored Beitrag*“ als sichere Form der Kennzeichnung. Bei den Begriffen „*spon*, „*sponsored*, „*ad*“ oder „*advertising*“ sei wiederum auf die Sprachfähigkeiten der konkreten Teilnehmer sozialer Medien abzustellen.¹²⁰ Aufgrund der Kürze des Wortes „*ad*“ wird jedoch selbst bei einem Durchschnittsnutzer, der gewisse anglophile Begriffe versteht, fraglich sein, ob die Kennzeichnungswirkung ausreichend erfüllt wird.¹²¹ Nach *Feiler/Schmitt* sei bei der Verwendung von Abkürzungen wie „*spon*“ ebenso Vorsicht geboten, da ungeachtet des

¹¹⁵ RIS-Justiz RS0125121.

¹¹⁶ OGH 14.07.2009, 4 Ob 62/09k.

¹¹⁷ *Schumacher*, Kennzeichnung entgeltlicher Veröffentlichungen, *ecolex* 2010/1, 67 (68).

¹¹⁸ *Feiler/Schmitt* in *Staudegger/Thiele*, *Jahrbuch Geistiges Eigentum* 2019, 255 (266).

¹¹⁹ *Kubat*, *ÖB* 2020/3, 8 (15).

¹²⁰ *Rabl*, *ecolex* 2019/9, 762 (763).

¹²¹ *Kubat*, *ÖB* 2020/3, 8 (15).

Publikums nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Warnung als solche sofort verstanden und uU missinterpretiert wird.¹²²

Der österreichische PR-Ethik-Rat empfahl in der ersten Auflage seines Kodex zur Ethik in der digitalen Kommunikation neben den Begriffe des § 26 MedienG auch noch die Begriffe „bezahlte Kooperation, *sponsored post* und *sponsored Beitrag*“. ¹²³ In der revidierten zweiten Version des Kodex wird nur mehr auf die ausdrücklichen Begriffe des § 26 MedienG verwiesen und empfohlen, auch das zu bewerbende Produkt oder Unternehmen zu nennen. ¹²⁴

Zu Größe und Platzierung der Kennzeichnung finden sich im Gesetz keine konkreten Vorgaben¹²⁵, Werbebeiträge sollten jedoch bereits zu Beginn des Textes an einer prominenten Stelle einen Hinweis enthalten, dass es sich um entgeltliche Kommunikation handelt, um eine zweifelsfreie Kennzeichnung zu gewährleisten.¹²⁶ Hilfreich ist jedenfalls eine Unterlegung in Warnfarben, sodass sich die Kennzeichnung vom restlichen Inhalt abhebt. Insbesondere kann die Kombination aus visueller Gestaltung und gebräuchlichen Abkürzungen eine zulässige Form der Kennzeichnung darstellen, auch wenn der Kennzeichnungsbegriff alleine nicht ausreichen würde.¹²⁷

Die Auslegung des Gesetzes lässt nach einer E des OGH¹²⁸ ebenso zu, dass oftmals erst nach dem Lesen des Beitrages die Begriffe zur Erfüllung der Kennzeichnungspflicht wahrgenommen werden. Die Platzierung in kleingedruckten Textpassagen reicht jedoch idR nicht aus, um einen entgeltlichen Beitrag zu kennzeichnen.¹²⁹

Nach *Dichlberger* reicht beim Beispiel „Google-Suchmaschine“ etwa die farbliche Unterlegung sowie Abtrennung mittels senkrechter Linie in Verbindung mit der Verwendung des Begriffes „Anzeige“ jedenfalls aus, um eine Verwechslungsgefahr zwischen Suchtrefferliste und Werbeinhalt auszuschließen.¹³⁰

Kooperationen mit Werbetreibenden werden oftmals inmitten zahlreicher *Hashtags* verschleiert und mit Begriffen wie „*sponsored*“ oder „*ad*“ gekennzeichnet.¹³¹ Die Verwendung

¹²² *Feiler/Schmitt* in Staudegger/Thiele, Jahrbuch Geistiges Eigentum 2019, 255 (267).

¹²³ *PR-Ethik-Rat*, Kodex des Österreichischen Ethik-Rats für Public Relations, 5 <prethikrat.at/wp-content/uploads/2016/09/Kodex-Digitale-Kommunikation_PR-Ethik-Rat.pdf> (20.05.2020).

¹²⁴ *PR-Ethik-Rat*, Kodex des Österreichischen Ethik-Rats für Public Relations², 4.

¹²⁵ *Raffling/Wittmann*, MR 2017/4, 163 (165).

¹²⁶ *Prohaska-Marchried/Pözl*, Compliance Praxis 2019/1, 26 (28).

¹²⁷ *Feiler/Schmitt* in Staudegger/Thiele, Jahrbuch Geistiges Eigentum 2019, 255 (268).

¹²⁸ OGH 12.10.1993, 4 Ob 124/93.

¹²⁹ OGH 21.01.2003, 4 Ob 284/02x, AnwBl 2003, 492 (*Schmidt*).

¹³⁰ *Dichlberger*, Markenrechtliche Risiken bei Keyword-Advertising, *ecolex* 2008/11, 1032 (1034).

¹³¹ *Raffling/Wittmann*, MR 2017/4, 163 (165).

mehrerer *Hashtags* kann zu einer Verschleierung des werblichen Inhalt und damit verbunden zu einer unzureichenden Kennzeichnung führen.¹³² Insbesondere kann nicht davon ausgegangen werden, dass ein Nutzer des angesprochenen Personenkreises sämtliche Suchwörter zur Kenntnis nimmt.¹³³

Aufgrund der Vielzahl an möglichen Gestaltungen kann eine bestimmte Form der Kennzeichnung nicht vorgeschrieben werden, weswegen auch hier eine Einzelfallbetrachtung unerlässlich ist.¹³⁴ Die Problematik der Erfüllung der Kennzeichnungspflicht in der Praxis wurde in den vergangenen Jahren insbesondere von der deutschen Rsp¹³⁵ und Lit¹³⁶ aufgegriffen und ausführlich behandelt.¹³⁷ Dementsprechend sei auf Kapitel 3.5 (Erfüllung der Kennzeichnungspflicht in Deutschland) und Kapitel 4 (Rechtsvergleich zwischen Österreich und Deutschland) verwiesen.

2.2.4 Sanktionen bei einer Verletzung der Kennzeichnungspflicht

Nachfolgend stellt sich die Frage, wer für eine Verletzung von § 26 MedienG zur Verantwortung gezogen werden kann: Die Verantwortung für die Einhaltung der Bestimmung des § 26 MedienG kommt dem Medieninhaber, der die Letztverantwortung über die bereitgestellten Inhalte trägt, zu.¹³⁸ Beim Medieninhaber handelt es sich nach § 1 Abs 1 Z 8 MedienG um jenen, der die inhaltliche Gestaltung des elektronischen Mediums besorgt und dessen Abrufbarkeit bzw Verbreitung veranlasst. Wenn sich eine Website aus mehreren selbstständigen Untereinheiten zusammensetzt, so ist nach der Judikatur¹³⁹ derjenige Medieninhaber, der für den Inhalt der Unterseite letztverantwortlich ist, solange dieser Umstand auf der Website erkennbar ist. So ist nach der Rsp des OGH¹⁴⁰ etwa der Betreiber einer *Facebook*-Seite als Letztverantwortlicher anzusehen. Der *Influencer* trägt somit als Profilinhaber idR die Verantwortung für die Kennzeichnung von Werbung iSd § 26 MedienG.¹⁴¹

§ 51 MedienG legt fest, dass § 26 MedienG auch auf jene ausländischen Medien zur Anwendung kommt, die im Inland verbreitet, empfangen oder abgerufen (Z 1) werden können und der Verletzte oder Betroffene zum Zeitpunkt der Verbreitung Österreicher war oder

¹³² *Feiler/Schmitt* in Staudegger/Thiele, Jahrbuch Geistiges Eigentum 2019, 255 (267).

¹³³ *Kubat*, ÖBl 2020/3, 8 (15).

¹³⁴ OGH 28.09.1993, 4 Ob 93/93.

¹³⁵ Etwa OLG Frankfurt a. M. 28.06.2019, 6 W 35/19; LG Hamburg 28.03.2019, 403 HKO 127/18; OLG Braunschweig 08.01.2019, 2 U 89/18; KG Berlin 27.07.2018, 5 W 149/18; KG Berlin 11.10.2017, 5 W 221/17.

¹³⁶ Etwa *Gerecke*, GRUR 2018/2, 153; *Lichtmecker*, MMR 2018/8, 512; *Troge*, GRUR-Prax 2018/4, 87.

¹³⁷ *Kubat*, ÖBl 2020/3, 8 (15).

¹³⁸ *Raffling/Wittmann*, MR 2017/4, 163 (164).

¹³⁹ RIS-Justiz RS0125859.

¹⁴⁰ OGH 25.05.2016, 15 Ns 35/16i.

¹⁴¹ *Raffling/Wittmann*, MR 2017/4, 163 (164).

seinen Wohnsitz bzw ständigen Aufenthalt im Inland hatte oder auf anderweitige Weise österreichische Interessen (Z 2) oder bestimmte Rechtsgüter (Z 3) verletzt wurden. Für die Anwendbarkeit des § 51 MedienG müssen obige Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein.¹⁴²

Ausländische Medieninhaber unterliegen dem medienrechtlichen Trennungsgebot daher nur dann, wenn der Schwerpunkt ihrer Verbreitung im Inland liegt.¹⁴³ Eine Schwerpunktfestlegung wäre nach *Feiler/Schmitt* insbesondere dann standhaft, wenn eine *.at-Domain* verwendet wird und ausschließlich deutschsprachige Inhalte abgerufen werden können.¹⁴⁴

Die Verletzung von § 26 MedienG kann eine Verwaltungsstrafe zur Folge haben, die sich direkt aus dem MedienG ergibt. Nach § 27 Abs 1 Z 2 MedienG handelt es sich bei der Verletzung der Kennzeichnungspflicht des § 26 MedienG um eine Verwaltungsübertretung, die mit einer Geldstrafe iHv bis zu € 20.000.- zu bestrafen ist. Die Verfolgung der Verwaltungsübertretung erfolgt von Amts wegen und pönalisiert neben dem vorsätzlichen auch den fahrlässigen Verstoß gegen § 26 MedienG.¹⁴⁵ Für die Zuständigkeit der Behörde ist der Sitz des Medienunternehmens bzw subsidiär der Verlagsort heranzuziehen.¹⁴⁶

2.2.5 Kritische Auseinandersetzung

Durch die Rsp des OGH¹⁴⁷ zur sog „Gefälligkeitsberichterstattung“ schwächt das Höchstgericht die Stellung des Verbrauchers, da diese, der Meinung des PR-Ethik-Rates¹⁴⁸ sowie von *Raffling/Wittmann*¹⁴⁹ folgend, zu Umgehungsgeschäften führen und dementsprechend als Anwendungslücke ausgenutzt werden wird. Der OGH behauptet unter anderem, dass der durchschnittliche Rezipient Werbeinhalte als solche erkennt. Dies mag eventuell auf klassische Werbung in Presseerzeugnissen zutreffen, auf soziale Medien kann dieser Grundsatz jedoch nicht umgelegt werden. Dies belegt etwa die zuvor zitierte Studie der Europäischen Kommission¹⁵⁰, in der festgestellt wurde, dass Nutzer idR nicht in der Lage sind, Werbeinhalte in sozialen Medien zu erkennen.

¹⁴² *Rami* in Höpfl/Ratz (Hrsg), Wiener Kommentar zum StGB² § 51 MedienG Rz 2/1 (Stand 01.09.2019).

¹⁴³ *Prohaska-Marchried/Pözl*, Compliance Praxis 2019/1, 26 (27).

¹⁴⁴ *Feiler/Schmitt* in Staudegger/Thiele, Jahrbuch Geistiges Eigentum 2019, 255 (269).

¹⁴⁵ *Koukal* in Berka/Heindl/Höhne/Koukal (Hrsg), Mediengesetz: Praxiskommentar⁴ § 27 Rz 1 (2019).

¹⁴⁶ *Raffling/Wittmann*, MR 2017/4, 163 (164).

¹⁴⁷ OGH 26.09.2016, 4 Ob 60/16a.

¹⁴⁸ *PR-Ethik-Rat*, OGH-Urteil leistet Koppelungsgeschäften und damit Lesertäuschung Vorschub und unterminiert die zentrale Korrektivrolle der Medien, 1.

¹⁴⁹ *Raffling/Wittmann*, MR 2017/4, 163 (165).

¹⁵⁰ *Europäische Kommission*, Behavioural Study on Advertising and Marketing Practices in Online Social Media, 34.

Die enge räumliche Verbindung zwischen bezahltem Werbeinhalt und redaktionellem Inhalt mit werblichem Überschuss sollte vielmehr ein starkes Indiz dafür sein, dass auch letztgenannter Beitrag als Werbung zu kennzeichnen ist. In sozialen Netzwerken könnte diese wie folgt ausgestaltet sein: Ein Inserat wird von einem *Influencer* als Werbung veröffentlicht, in dem das Produkt angepriesen wird. Separat hiervon gestaltet der *Influencer* einen Beitrag, der sich dem Produkt sachlich widmet, etwa in der Form einer Produktrezension. Meines Erachtens ist in solchen Fällen die wirtschaftliche Verbindung zwischen Hersteller und *Influencer* jedenfalls aufzudecken. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Meinung des *Influencers* völlig unabhängig abgegeben wird, da eine negative Produktrezension konkrete Auswirkungen auf zukünftige Geschäftsbeziehungen haben wird.

Die in § 26 MedienG verwendeten Kennzeichnungsbegriffe „Anzeige“, „Werbung“ sowie „entgeltliche Einschaltung“ sind jedenfalls zur Kennzeichnung von Werbeinhalten geeignet. Meiner Meinung nach kann jedoch durchaus davon ausgegangen werden, dass der Durchschnittsverbraucher in sozialen Medien über grundlegende Englischkenntnisse verfügt, die ausreichend sind, um den Begriff „*advertisement*“ als Kennzeichnungsbegriff zu erfassen.

Die Verwendung anderer Begriffe als jene, die in § 26 MedienG (demonstrativ) aufgezählt sind, ist meines Erachtens jedenfalls zulässig. Es sollte jedoch ein strenger Maßstab bei der Verwendung sonstiger Begriffe angelegt werden, da diese in sozialen Medien häufig eine möglichst uneindeutige Kennzeichnung zum Ziel haben.

Die Kennzeichnung eines entgeltlichen Beitrages durch die Nutzung von mehreren Schlüsselwörtern, die mit zahlreichen *Hashtags* versehen werden, wird in Anbetracht der Rsp des OGH¹⁵¹ zur Kennzeichnung von Werbeinhalten in „unauffälligem Kleindruck“ regelmäßig nicht ausreichen, um den Zweck der Kennzeichnungspflicht zu verwirklichen und den Konsumenten über die Entgeltlichkeit eines Beitrags zu informieren.

¹⁵¹ OGH 21.01.2003, 4 Ob 284/02x.

2.3 Transparenzpflicht des § 6 ECG

2.3.1 Allgemeines zu § 6 ECG

Das ECG normiert in § 6 ECG im Rahmen eines Transparenzgebotes eine Pflicht zur Offenlegung von kommerzieller Kommunikation.¹⁵² Mit § 6 ECG wird Art 6 RL 2000/31/EG¹⁵³ (in Folge E-Commerce-RL 2000/31/EG) in die nationale Rechtsordnung umgesetzt. Die Norm verfolgt einerseits den Schutz von Verbraucherinteressen sowie andererseits auch das Anliegen, den lauterer Geschäftsverkehr zu sichern.¹⁵⁴ Materiell-rechtlich ähnelt § 6 ECG den nahe verwandten Bestimmungen des § 26 MedienG und des § 31 AMD-G (siehe hierzu Kapitel 2.4), er geht jedoch über deren Kennzeichnungspflichten hinaus, da neben der Aufdeckung des kommerziellen Charakters eines Beitrages ebenso eine Offenlegung des Auftraggebers zu erfolgen hat.¹⁵⁵

Ein Diensteanbieter hat zunächst nach § 6 Abs 1 ECG dafür zu sorgen, dass „eine kommerzielle Kommunikation, die Bestandteil eines Dienstes der Informationsgesellschaft ist oder einen solchen Dienst darstellt“ klar und eindeutig als solche erkennbar ist.¹⁵⁶

Der Begriff der „kommerziellen Kommunikation“ ist in § 3 Z 6 ECG legaldefiniert. Z 6 entspricht hierbei Art 2 lit f E-Commerce-RL 2000/31/EG.¹⁵⁷ Unter „entgeltlicher Kommunikation“ sind Werbung und sonstige Kommunikationsformen zu verstehen, die der – mittelbaren oder unmittelbaren¹⁵⁸ – Förderung des Absatzes von Dienstleistungen, Waren oder des Erscheinungsbildes eines Unternehmens dienen.¹⁵⁹ Der Begriff ist jedenfalls weit auszulegen und umfasst daher auch Inhalte in sozialen Medien.¹⁶⁰ Unabhängige und unentgeltliche Angaben über Dienstleistungen, Waren oder Unternehmen sind *expressis verbis* von dem Begriff der „kommerziellen Kommunikation“ ausgenommen.¹⁶¹ Darunter fallen insbesondere sachliche Tests und rein deskriptive Beschreibungen.¹⁶² Ebenso ausgenommen sind

¹⁵² Kogelmann, E-Commerce-Gesetz, in Deixler-Hübner/Kolba (Hrsg), Handbuch Verbraucherrecht (2015) 351 (355).

¹⁵³ Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr), Abl L 2000/178, 1.

¹⁵⁴ Laga/Seherschön/Ciresa, E-Commerce-Gesetz (2007) 31.

¹⁵⁵ Kubat, ÖBl 2020/3, 8 (12).

¹⁵⁶ § 6 Abs 1 ECG.

¹⁵⁷ ErlRV 817 BlgNR XXI. GP, 19.

¹⁵⁸ Ciresa in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar Band 5a⁴ § 6 ECG Rz 5 (2015).

¹⁵⁹ Zankl, E-Commerce-Gesetz² (2016) § 6 ECG Rz 115.

¹⁶⁰ Feiler/Schmitt in Staudegger/Thiele, Jahrbuch Geistiges Eigentum 2019, 255 (260).

¹⁶¹ § 3 Z 6 lit b ECG.

¹⁶² Kubat, ÖBl 2020/3, 8 (12).

reine Verlinkungen von Unternehmen oder die Veröffentlichung deren elektronischen Kontaktdaten.¹⁶³

Der Begriff der „Dienste der Informationsgesellschaft“ ist gleichsam in § 3 ECG legaldefiniert. Es handelt sich demnach um einen „*in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz auf individuellen Abruf des Empfängers*“ bereitgestellten Dienst.¹⁶⁴ Exemplarisch für einen Dienst der Informationsgesellschaft nennt der Gesetzgeber in § 3 Z 1 ECG unter anderem den Online-Vertrieb von Waren und Dienstleistungen sowie die Online-Werbung.

Das Kriterium der „Entgeltlichkeit“ eines Dienstes der Informationsgesellschaft wurde dem EuGH aufgrund von Auslegungsschwierigkeiten des Art 6 E-Commerce-RL 2000/31/EG bereits zur Vorabentscheidung vorgelegt.¹⁶⁵ Entscheidend ist nach der E des EuGH¹⁶⁶ nicht der Inhalt der Leistung, sondern der mit dieser angestrebte wirtschaftliche Erfolg sowie Ertragsabsicht bei der Erbringung des Dienstes der Informationsgesellschaft. Dieses Element wird dementsprechend weit verstanden und umfasst neben Eigenwerbung auch Drittfinanzierungen¹⁶⁷ und Umwegrentabilitäten.¹⁶⁸ Die mittelbare Verfolgung eines kommerziellen Zwecks ist somit ausreichend.¹⁶⁹

Das Element des individuellen Abrufs wird nach der stRsp des OGH¹⁷⁰ dann erfüllt, wenn die Datenübertragung „*im Weg einer bidirektionalen Punkt-zu-Punkt-Verbindung erfolgt*“. Dies bedeutet, dass es dem Nutzer möglich sein muss, den Inhalt des Dienstes interaktiv nach seinen individuellen Bedürfnissen abrufen zu können.¹⁷¹ Diese Eigenschaft fehlt insbesondere klassischen Fernseh- und Rundfunksendern, wird jedoch von Internetdiensten wie etwa *Video-on-demand* regelmäßig erfüllt.¹⁷² Die individuelle Abrufbarkeit trifft daher auf *YouTube*-Kanäle und Plattformen wie *Instagram* oder *Facebook* zu. Der Nutzer hat dort die Möglichkeit, Inhalte von *Influencern* individuell und zumeist zeitlich unbegrenzt zu konsumieren.¹⁷³

§ 6 ECG ist nach *Feiler/Schmitt* unabhängig von der konkreten Form der Werbeinhalte anwendbar, weswegen auch *Influencer*-Inhalte der Transparenzpflicht unterliegen. Es handle

¹⁶³ § 3 Z 6 lit a ECG.

¹⁶⁴ § 3 Z 1 ECG.

¹⁶⁵ *Ciresa* in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar Band 5a⁴ § 3 ECG Rz 6 (2015).

¹⁶⁶ EuGH 04.10.1991, C-159/90 (Society for the Protection of Unborn Children Ireland/Grogan).

¹⁶⁷ *Kubat*, ÖBI 2020/3, 8 (12).

¹⁶⁸ *Ciresa* in ABGB: Praxiskommentar Band 5a⁴ § 3 ECG Rz 6.

¹⁶⁹ *Raffling/Wittmann*, MR 2017/4, 163 (166).

¹⁷⁰ RIS-Justiz RS0118400.

¹⁷¹ *Ciresa* in ABGB: Praxiskommentar Band 5a⁴ § 3 ECG Rz 15.

¹⁷² *Zankl* in E-Commerce-Gesetz² § 3 Rz 68.

¹⁷³ *Kubat*, ÖBI 2020/3, 8 (12).

sich bei dem Angebot von *Influencern* in sozialen Netzwerken jedenfalls um Dienste der Informationsgesellschaft, deren Beiträge bei entgeltlichem Charakter den Anforderungen des Kriteriums der „kommerziellen Kommunikation“ entsprechen.¹⁷⁴ Der entgeltliche Charakter wird nach *Kubat* bei *Influencern* ebenso regelmäßig zu bejahen sein, da diese durch die Schaltung von Werbung oder die sonstige Kooperation mit Unternehmen Entgelt lukrieren.¹⁷⁵

Thiele bejaht vergleichsweise hinsichtlich eines Profils beim Kurznachrichtendienst *Twitter* ebenso das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals des „Dienstes der Informationsgesellschaft“ und damit auch die Anwendbarkeit des § 6 ECG.¹⁷⁶

Neben der Kennzeichnung der kommerziellen Kommunikation muss nach § 6 Abs 1 ECG zusätzlich der Auftraggeber genannt werden. Dies muss allerdings nicht im vollem Umfang des § 5 ECG (Anschrift, Firmenbuchnummer etc¹⁷⁷) erfolgen, ausreichend ist nach *Swoboda* bereits der vollständige Name bzw die Firma des Auftraggebers¹⁷⁸, was wiederum nach dem Gesetzgeber auch auf elektronischem Weg erfolgen kann.¹⁷⁹ Eine Kennzeichnung des Auftraggebers kann daher laut *Noha* etwa auch durch eine Verlinkung erfolgen.¹⁸⁰

2.3.2 Kennzeichnung nach § 6 ECG

Der österreichische Gesetzgeber lehnt die Kennzeichnungspflicht des § 6 ECG in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage an die Regelung § 26 MedienG an. Hierbei sei insbesondere an das Trennungsgebot von Werbung und redaktionellen Inhalten zu denken. Als Beispiele für die Werbekennzeichnung werden die Begriffe „Anzeige“, „Werbung“ und „gesponsert von ...“ genannt, wobei es sich hierbei um keine abschließende Aufzählung handelt.¹⁸¹ Dementsprechend sei auf die Ausführungen in Kapitel 2.2.3 verwiesen.

Nach *Swoboda* ist eine kommerzielle Kommunikation dann klar und eindeutig erkennbar, wenn sie sich von den restlichen Inhalten des Diensteanbieters abhebt. Eine Abgrenzung kann hierbei sowohl grafisch erfolgen oder aber etwa durch eine Werbekennzeichnung iSd § 26 MedienG mit den Begriffen „Anzeige“ oder „Werbung“.¹⁸² Hinsichtlich der

¹⁷⁴ *Feiler/Schmitt* in Staudegger/Thiele, Jahrbuch Geistiges Eigentum 2019, 255 (260).

¹⁷⁵ *Kubat*, ÖBl 2020/3, 8 (12).

¹⁷⁶ *Thiele*, Persönlichkeitsschutz in Neuen Medien - Facebook, Google & Co, AnwBl 2013/1, 11 (13).

¹⁷⁷ § 5 Abs 1 ECG.

¹⁷⁸ *Swoboda*, Onlinewerbung im Lichte des E-Commerce - ein Überblick, ZIIR 2016/2, 159 (161).

¹⁷⁹ ErlRV 817 BlgNR XXI. GP, 23.

¹⁸⁰ *Noha* in Feiler/Raschhofer, Innovation und internationale Rechtspraxis, 589 (592).

¹⁸¹ ErlRV 817 BlgNR XXI. GP, 23.

¹⁸² *Swoboda*, ZIIR 2016/2, 159 (161).

Erkennbarkeit ist erneut auf den durchschnittlich informierten Internetnutzer abzustellen und dementsprechend eine Einzelfallbetrachtung heranzuziehen.¹⁸³

2.3.3 Sanktionen bei einer Verletzung der Transparenzpflicht

Verantwortlich für die Einhaltung der Informationspflichten des § 6 ECG ist der Diensteanbieter, der die kommerziellen Inhalte bereitstellt und dafür einen Vermögensvorteil erhält.¹⁸⁴ Sekundär hat jedoch auch jener Unternehmer, bei dem die Werbung erscheint, dafür zu sorgen, dass diese klar und deutlich vom redaktionellen Inhalt getrennt wird.¹⁸⁵

Ein Diensteanbieter, der gegen den Transparenzgrundsatz des § 6 ECG verstößt, kann nach § 26 Abs 1 Z 2 ECG mit einer Geldstrafe iHv bis zu € 3.000.- bestraft werden.¹⁸⁶ Es handelt sich hierbei um eine Verwaltungsübertretung, weswegen die Bestimmungen des VStG¹⁸⁷ herangezogen werden, wenn dem keine speziellere Norm entgegensteht. Zur Strafbarkeit ist bereits fahrlässiges Verhalten ausreichend.¹⁸⁸

Des Weiteren begeht ein Diensteanbieter, der seinen Informationspflichten nach § 6 ECG nicht nachkommt, eine Rechtsverletzung, die dazu geeignet ist, den Tatbestand einer unlauteren Geschäftspraktik iSd § 1 Abs 1 Z 1 UWG zu verwirklichen. Zeitgleich wird dadurch idR ebenso der Tatbestand einer irreführenden Geschäftspraktik iSd § 2 UWG erfüllt.¹⁸⁹ Für detaillierte Ausführungen hierzu siehe Kapitel 2.5.

Für die Einhaltung der Verpflichtungen aus § 6 ECG ist jedenfalls der Diensteanbieter verantwortlich, der die Werbung veröffentlicht hat.¹⁹⁰ In sozialen Medien ist somit der *Influencer* für die Kennzeichnungspflicht verantwortlich.

2.3.4 Kritische Auseinandersetzung

§ 6 ECG erweitert den Anwendungsbereich des medienrechtlichen Erkennbarkeits- und Trennungsgebotes auf jene Fälle, bei denen kein redaktioneller Inhalt vorliegt. Durch dessen lauterkeitsrechtliche Anwendung über den Rechtsbruchtatbestand des § 1 UWG führt dies

¹⁸³ Prandstätter, Das wettbewerbsrechtliche Transparenzgebot aus der Sicht junger Verbraucher, wbl 2016/6, 309 (312).

¹⁸⁴ Ciresa in ABGB: Praxiskommentar Band 5a⁴ § 6 ECG Rz 7.

¹⁸⁵ Handig, Informationspflicht für Betreiber von Websites, SWK 2002/10, 19 (21).

¹⁸⁶ § 26 Abs 1 Z 2 ECG.

¹⁸⁷ Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG), BGBl 52/1991 idF I 58/2018.

¹⁸⁸ Zankl in E-Commerce-Gesetz² § 26 ECG Rz 469.

¹⁸⁹ Ciresa in ABGB: Praxiskommentar Band 5a⁴ § 6 ECG Rz 21 f.

¹⁹⁰ Laga/Sehrschön/Ciresa, E-Commerce-Gesetz, 32.

zu einer nicht zu unterschätzenden Erweiterung des Verbraucherschutzes vor verschleierte Werbemaßnahmen.

Hinsichtlich der Erfüllung der Kennzeichnungspflicht des § 6 ECG wird in den erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage¹⁹¹ zwar auf § 26 MedienG verwiesen, jedoch gleichsam eine Kennzeichnung durch die Phrase „gesponsert von ...“ als zulässig erachtet. Daraus lässt sich meines Erachtens ablesen, dass dem Gesetzgeber der unterschiedliche Rezipient in Telemedien im Vergleich zu den – ursprünglich erfassten – Presseerzeugnissen des § 26 MedienG durchaus bekannt ist. Daraus lässt sich jedoch nicht ohne Weiteres ableiten, dass der Gesetzgeber auch das englischsprachige Pendant „sponsored“ für zulässig hält. Dieser Begriff ist jedoch meines Erachtens in sozialen Medien dennoch ausreichend, um den kommerziellen Zweck eines Beitrages zu kennzeichnen, da der durchschnittliche Nutzer über Grundkenntnisse der englischen Sprache verfügt (siehe hierzu Ausführungen in Kapitel 2.2.5).

2.4 Kennzeichnungspflicht nach § 31 AMD-G

2.4.1 Allgemeines zur Kennzeichnungspflicht von audiovisueller Werbung

Das AMD-G beruht auf der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste¹⁹² (in Folge: AVMD-RL 2010/13/EU), deren Ziel die Schaffung von Grundvorschriften für Fernsehprogramme oder auf Abruf bereitgestellte audiovisuelle Mediendienste zur Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen auf europäischer Ebene ist.¹⁹³ Die erste Fassung der AVMD-RL 2010/13/EU wurde inzwischen durch eine Änderungs-RL¹⁹⁴ an die (digitalen) Marktverhältnisse angepasst¹⁹⁵, welche gemäß deren Art 2 bis 19.09.2020 in das innerstaatliche Recht umzusetzen ist. Aufgrund des begrenzten Umfangs der vorliegenden Diplomarbeit soll jedoch auf die Bestimmungen des § 31 AMD-G sowie des deutschen Pendantes in § 58 Abs 3 dRStV nur überblicksweise eingegangen werden.

¹⁹¹ ErlRV 817 BlgNR XXI. GP, 23.

¹⁹² Richtlinie 2010/13/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 10. März 2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste), ABIL 2010/95, 1.

¹⁹³ ErwGr 21 RL 2010/13/EU.

¹⁹⁴ Richtlinie (EU) 2018/1808 des europäischen Parlaments und des Rates vom 14. November 2018 zur Änderung der Richtlinie 2010/13/EU zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste) im Hinblick auf sich verändernde Marktgegebenheiten, ABIL 2018/303, 69.

¹⁹⁵ Prohaska-Marchried/Pözl, Compliance Praxis 2019/1, 26 (28).

Damit *Influencer* unter den Anwendungsbereich des AMD-G fallen, müssen sie als Anbieter eines „audiovisuellen Mediendienstes“ tätig werden.¹⁹⁶ Ein audiovisueller Mediendienst ist in § 2 Z 3 AMD-G als Dienstleistung legaldefiniert, die „unter der redaktionellen Verantwortung eines Mediendiensteanbieters, deren Hauptzweck die Bereitstellung von Sendungen zur Information, Unterhaltung oder Bildung der allgemeinen Öffentlichkeit über elektronische Kommunikationsnetze“ ist.¹⁹⁷ Es handelt sich hierbei um die wesentlichen Elemente, die für die Anwendbarkeit des AMD-G erfüllt sein müssen.¹⁹⁸

Fraglich ist bisher, ob das Betreiben eines *YouTube*-Kanals unter den Begriff des audiovisuellen Mediendienstes zu subsumieren ist.¹⁹⁹ Mit dieser Frage hat sich der EuGH in einer E²⁰⁰ befasst und – für den konkreten Einzelfall – ausgesprochen, dass der Begriff des „audiovisuellen Mediendienstes“ weder einen Videokanal auf *YouTube*, auf dem Internetnutzer Werbevideos abrufen können, noch eines dieser Videos für sich genommen erfasst. Dies wird insbesondere damit begründet, dass bei reinen Werbevideos keine „Sendung“ zur Information, Bildung oder Unterhaltung iSd AVMD-RL 2010/13/EU vorliegt.

Kogler bezweifelt jedoch die über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung der E des EuGH, da diese – insbesondere unter Bedachtnahme auf die 2018 erfolgte Änderung der AVMD-RL 2010/13/EU – nicht verallgemeinerungsfähig sei.²⁰¹ Nach *Handig* werden in der Praxis die Anzahl der veröffentlichten Videos und Fernsehähnlichkeit für die Beurteilung von Werbeauftritten hinsichtlich der Einstufung als „audiovisueller Mediendienst“ erheblich sein.²⁰²

Nach *Prohaska-Marchried/Pölzl* kann jedoch davon ausgegangen werden, dass die Unsicherheit bezüglich der Anwendung der AVMD-RL 2010/13/EU auf Videoangebote in sozialen Medien durch deren Novellierung obsolet ist, da die Neuerung nun auch „nutzergenerierte Inhalte“ umfasst.²⁰³ Auch *Feiler/Schmitt* stellen fest, dass durch die Änderungen der AVMD-RL 2010/13/EU hinsichtlich „nutzergenerierter Inhalte“ die Bedeutung des AMD-G für *Influencer* Marketing steigen wird.²⁰⁴

¹⁹⁶ *Kubat*, ÖBI 2020/3, 8 (11).

¹⁹⁷ § 2 Z 3 AMD-G.

¹⁹⁸ *Kogler*, Online-Medien und ausgewählte Fragen der Umsetzung der audiovisuellen Mediendiensterichtlinie, in Berka/Grabenwarter/Holoubek (Hrsg.), Medien im Web (2009) 9 (12).

¹⁹⁹ *Raffling/Wittmann*, MR 2017/4, 163 (166).

²⁰⁰ EuGH 21.02.2018, C-132/17 (Peugeot Deutschland GmbH/Deutsche Umwelthilfe e.V.), MR 2018, 139 (*Kogler*) = jusIT 2018/36, 90 (*Thiele*) = LMK 2018, 405143 (*Hoeren*).

²⁰¹ *Kogler*, Begriff "audiovisueller Mediendienst" - Werbevideos auf Youtube, MR 2018/3, 139 (143).

²⁰² *Handig*, *ecolex* 2019/6, 547 (548).

²⁰³ *Prohaska-Marchried/Pölzl*, Compliance Praxis 2019/1, 26 (28).

²⁰⁴ *Feiler/Schmitt* in Staudegger/Thiele, Jahrbuch Geistiges Eigentum 2019, 255 (261).

Wenn der Begriff des „audiovisuellen Mediendienstes“ erfüllt ist, so muss für eine Pflicht zur Werbekennzeichnung zusätzlich der Begriff der „audiovisuellen kommerziellen Kommunikation“ erfüllt werden. Darunter sind Beiträge zu verstehen, die der Mediendiensteanbieter entweder gegen Entgelt erbringt oder der Bewerbung seiner eigenen Produkte dient. Entscheidend ist demnach – auch für das *Influencer Marketing* – erneut der Begriff der „Entgeltlichkeit“.²⁰⁵

Nach der Begriffsdefinition des EuGH ist unter Entgeltlichkeit eine wirtschaftliche Gegenleistung für einen Werbebeitrag zu verstehen.²⁰⁶ Die Gegenleistung muss jedoch nicht zwingend in Geld bestehen, weswegen der Begriff des Entgelts sehr weit auszulegen ist. Entgeltlichkeit liegt etwa auch in jenen Fällen vor, in denen für die Werbeleistung ein Gratis Eintritt oder Freigetränke gewährt werden.²⁰⁷ Ohne unmittelbare Gegenleistung kann ebenso Entgeltlichkeit vorliegen, wenn der Werbebeitrag zwar unentgeltlich zur Verfügung gestellt wird, jedoch durch Werbeeinnahmen²⁰⁸ finanziert wird.²⁰⁹ Im Gegensatz zur Regelung des § 26 MedienG unterfallen demnach auch jene Beiträge einer Kennzeichnungspflicht, die aus reiner Gefälligkeit veröffentlicht werden.²¹⁰

Wenn der Anwendungsbereich des AMD-G eröffnet wird, so normiert § 31 Abs 1 AMD-G, dass audiovisuelle kommerzielle Kommunikation als solche leicht zu erkennen sein muss. Nach den erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage ergibt sich hieraus ein allgemeines Erkennbarkeitsgebot für Werbeinhalte.²¹¹ Diese kann sich sowohl aus der Ausgestaltung des Beitrages als auch durch ausdrückliche Kennzeichnung ergeben.²¹²

2.4.2 Sanktionen bei einer Verletzung der Kennzeichnungspflicht

Nach § 64 Abs 2 AMD-G stellt eine Verletzung des § 31 AMD-G eine Verwaltungsübertretung dar, die mit einer Geldstrafe iHv bis zu € 8.000.- zu bestrafen ist. Nach § 64 Abs 4 AMD-G liegt eine Verwaltungsübertretung hingegen nicht vor, wenn die Tat in

²⁰⁵ Kubat, ÖBf 2020/3, 8 (11).

²⁰⁶ Etwa EuGH 12.07.2001, C-157/99 (Smits und Peerbooms), ZAS 2001/22, 183 (*Urlesberger*) = SozSi 2001, 624 (*Felix*); EuGH 27.09.1988, C-263/86 (Humbel und Edel).

²⁰⁷ Leitner, *Influencer-Videos im Lichte des AMD-G*, ÖJZ 2019/23-24, 1053 (1056).

²⁰⁸ zB durch vorgeschaltete Werbung wie auf der Plattform *YouTube*.

²⁰⁹ Leitner, ÖJZ 2019/23-24, 1053 (1056).

²¹⁰ Kubat, ÖBf 2020/3, 8 (11).

²¹¹ ErlRV 611 BlgNR XXIV. GP, 74.

²¹² BVwG 10.07.2019, W234 2219106-1.

die Zuständigkeit der Strafgerichte fällt oder in einer anderen Verwaltungsstrafbestimmung mit strengerer Strafe bedroht ist. Es handelt sich somit um einen Fall der Subsidiarität.²¹³

Nach § 64 Abs 5 AMD-G ist die Verwaltungsstrafe des Abs 2 von der Regulierungsbehörde zu verhängen. Diese ist nach § 66 AMD-G die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria), die die Einhaltung des AMD-G zu kontrollieren hat. Sie ist als Regulierungsbehörde in ihrem Zuständigkeitsbereich gem Art 20 Abs 2 Z 5a B-VG²¹⁴ iVm § 6 KOG²¹⁵ auf verfassungsrechtlicher Ebene weisungsfrei gestellt. Die KommAustria prüft im Zuge von sogenannten „Werbebeobachtungen“ regelmäßig mittels Stichproben die Einhaltung der relevanten Gesetzesbestimmungen durch die Rechtsunterworfenen.²¹⁶ Die KommAustria wird bei Verletzungen des AMD-G sowohl von Amts wegen als auch aufgrund von Beschwerden tätig.²¹⁷

Zu beachten ist, dass es im Falle von Kollisionen zu einer Vorrangstellung der Bestimmung des § 31 AMD-G kommt, da diese als *lex specialis* den allgemeineren Bestimmungen des § 26 MedienG und des § 6 ECG vorgeht. Da der Anwendungsbereich des AMD-G jedoch auf Fernsehsendungen und audiovisuelle Abrufdienste beschränkt ist, ist Werbung in Text und Abbildungen nicht nach den Bestimmungen des AMD-G zu beurteilen.²¹⁸

2.4.3 Kritische Auseinandersetzung

Die Qualifizierung eines *YouTube*-Kanals als „audiovisueller Mediendienst“ ist zwar derzeit nur in seltenen Fällen anzunehmen, durch die Erweiterung des Anwendungsbereiches der AVMD-RL 2010/13/EU auf „nutzergenerierte Inhalte“ wird die Bestimmung des § 31 AMD-G jedoch wohl an Bedeutung gewinnen.

Insbesondere bei Kollisionen der §§ 26 MedienG, 6 ECG und 31 AMD-G iVm dem Rechtsbruchtatbestand des § 1 UWG wird der Kennzeichnungsvorschrift des AMD-G als *lex specialis* regelmäßig der Vorrang einzuräumen sein. Die Umsetzung der Änderung der AVMD-RL 2010/13/EU und die damit einhergehende Novellierung des AMD-G durch den österreichischen Gesetzgeber bleibt noch abzuwarten. Die Auswirkungen auf die

²¹³ Allram/Grafl, Glücksspielwerbung in den Massenmedien. Eine Untersuchung aus verwaltungsstraf- und rundfunkrechtlicher Sicht, ÖJZ 2017/4, 155 (161).

²¹⁴ Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG), BGBl I/1930 idF I 24/2020.

²¹⁵ Bundesgesetz über die Einrichtung einer Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria-Gesetz – KOG), BGBl I 32/2001 idF I 24/2020.

²¹⁶ Leitner, ÖJZ 2019/23-24, 1053 (1055).

²¹⁷ § 61 Abs 1 AMD-G.

²¹⁸ Leitner, ÖJZ 2019/23-24, 1053 (1055).

Kennzeichnungspflicht in der Praxis dürften meines Erachtens jedoch gering sein, da sich die Vorschriften zur Kennzeichnungspflicht inhaltlich sehr nahe stehen.

2.5 Lauterkeitsrechtliche Kennzeichnungspflicht nach UWG

2.5.1 Einführung zur Kennzeichnungspflicht von Werbung nach UWG

Der Schutzzweck des UWG umfasste bei seinem Inkrafttreten im Jahr 1923 den reinen Mitbewerberschutz. Der dadurch effektiv entstandene Schutz der Marktgegenseite wurde damals als „Reflexwirkung“ angesehen.²¹⁹ Inzwischen ist allgemein anerkannt, dass das Wettbewerbsrecht auf einer Schutzzwecktrias beruht: Durch das UWG sollen gleichermaßen die Interessen der Mitbewerber, der Verbraucher sowie der Allgemeinheit geschützt werden.²²⁰

Teile des UWG beruhen auf der europäischen Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken²²¹ (in Folge: UGP-RL 2005/29/EG). Diese stellt auf eine Vollharmonisierung der Vorschriften der Mitgliedstaaten über unlautere Geschäftspraktiken im B2C-Bereich ab. Die Bestimmungen der UGP-RL 2005/29/EG wurden durch UWG-Novelle 2007²²² in das österreichische Recht umgesetzt.²²³

Für den Bereich der Werbekennzeichnung im Rahmen von *Influencer* Marketing können die Bestimmungen der Z 11 des Anhangs zu § 2 Abs 2 UWG („als Information getarnte Werbung“), § 2 Abs 4 UWG („irreführende Unterlassung“) sowie der Rechtsbruchtatbestand des § 1 UWG herangezogen werden.²²⁴ Unter welche der besagten Normen ein Sachverhalt zu subsumieren ist, hängt vom Vorbringen der klagenden Partei ab: Wenn sich etwa auf den Verstoß gegen eine allgemeine Rechtsnorm – wie etwa § 26 MedienG – gestützt wird, so ist die Fallgruppe Rechtsbruch des § 1 UWG einschlägig.²²⁵ Die genannten Anspruchsgrundlagen schließen sich untereinander jedoch nicht aus.²²⁶

Die Anwendung des UWG hängt zunächst von der Tatsache ab, ob das konkrete Verhalten im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken der Verkaufsförderung erfolgt.²²⁷ Hierzu zählt nach

²¹⁹ Krutzler, Schadenersatz im Lauterkeitsrecht (2015) 9 f.

²²⁰ Wiebe, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht⁴ (2018) 304.

²²¹ Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr von Unternehmern gegenüber Verbrauchern, ABl L 2005/149, 22.

²²² UWG-Novelle 2007, BGBl I Nr 79/2007.

²²³ Seidelberger, UWG-Novelle 2015 – die Umsetzung der UGP-RL in bereits „vier Akten“, in Staudegger/Thiele (Hrsg), Geistiges Eigentum Jahrbuch 2016 (2016) 261 (263).

²²⁴ Kubat, ÖBl 2020/3, 8 (14 f).

²²⁵ Aderl/Apppl in Wiebe/Kodek (Hrsg), UWG² Anhang zu § 2 Rz 115 (Stand 01.12.2016).

²²⁶ Aderl/Apppl in Wiebe/Kodek (Hrsg), UWG² § 2 Rz 481 (Stand 01.12.2016).

²²⁷ Feiler/Schmitt in Staudegger/Thiele, Jahrbuch Geistiges Eigentum 2019, 255 (270).

der Rsp des OGH²²⁸ jede auf Erwerb gerichtete Tätigkeit, wenn sie über eine amtliche oder eine rein private Tätigkeit hinausgeht. Gewinnabsicht ist zur Erfüllung dieses Tatbestandsmerkmals nicht erforderlich, weswegen auch gemeinnützige Organisationen dem Lauterkeitsrecht unterliegen.²²⁹ Ein Handeln im geschäftlichen Verkehr liegt dann vor, wenn das Verhalten aus objektiver Sicht dazu geeignet ist, den eigenen oder einen fremden Erwerb zu fördern und keine andere Zielsetzung überwiegt.²³⁰ Nach *Feiler/Schmitt* muss im Bereich des *Influencer* Marketings beachtet werden, dass jegliche Beiträge von *Influencern* zumindest der Förderung des eigenen Fortkommens dienen, da diese mit steigender *Follower*-Anzahl auch höhere Einnahmen lukrieren können. Dieser Meinung folgend ist bei bekannten *Influencern* wohl stets von einer Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken der Verkaufsförderung auszugehen.²³¹

Des Weiteren stellen die „große“ (§ 1 UWG) und die beiden „kleinen“ Generalklauseln (§§ 1a, 2 UWG) sowie die Tatbestände des Anhangs zu § 2 Abs 2 UWG auf den Begriff der „Geschäftspraktik“ ab.²³² Die Geschäftspraktik ist in § 1 Abs 4 Z 2 UWG legaldefiniert: Es handelt sich um ein weites Tatbestandsmerkmal, da sowohl Handlungen und Unterlassungen als auch sonstige Verhaltensweisen einschließlich Werbemaßnahmen *ex lege* erfasst sind, die unmittelbar mit der „Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung des Produktes zusammenhängen“.²³³ Die Voraussetzung der Unmittelbarkeit der Geschäftspraktik ist hierbei weit zu verstehen und nicht allzu streng auszulegen.²³⁴ So fällt im Ergebnis etwa auch Imagewerbung unter das Tatbestandsmerkmal der „unmittelbaren Absatzförderung“.²³⁵

Die Größe des angesprochenen Personenkreises spielt keine Rolle für das Vorliegen einer „Geschäftspraktik“ iSd § 1 Abs 4 Z 2 UWG. So kann etwa auch eine einmalige Angabe gegenüber einem einzigen Verbraucher dieses Tatbestandselement erfüllen.²³⁶

Die allgemeinen Regeln des Lauterkeitsrechts kommen beim Vorliegen einer nicht nur rein privaten Handlung auch in sozialen Netzwerken zur Anwendung.²³⁷ Im Bereich des *Influencer* Marketings ist der Anwendungsbereich des UWG daher regelmäßig eröffnet. Es ist

²²⁸ Etwa OGH 18.08.2004, 4 Ob 123/04y, ÖBl 2005/5, 29 (*Gamerith*).

²²⁹ *Wiebe*, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht⁴, 307; maW *Wiltschek/Horak* in *Wiltschek/Horak* (Hrsg), UWG^{8,02} § 1 E 135 f (Stand 01.03.2019).

²³⁰ *Wiltschek/Horak* in UWG^{8,02} § 1 E 133; *Wiebe*, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht⁴, 308.

²³¹ *Feiler/Schmitt* in *Staudegger/Thiele*, Jahrbuch Geistiges Eigentum 2019, 255 (270).

²³² *Heidinger ua* in *Wiebe/Kodek* (Hrsg), UWG² § 1 Rz 34 (Stand 01.02.2020).

²³³ § 1 Abs 4 Z 2 UWG.

²³⁴ *Kulka*, Das Fingieren von (größerer) Beliebtheit eines Unternehmens im Wettbewerbsrecht, *ecolex* 2012/2, 148 (149).

²³⁵ *Heidinger ua* in UWG² § 1 Rz 43.

²³⁶ *Heidinger ua* in UWG² § 1 Rz 41.

²³⁷ *Gramma/Seling*, Social Media Marketing und UWG, *ZIIR* 2015/3, 253 (253).

jedoch zu beachten, dass eine reine Präsentation von Produkten im Sinne einer unabhängigen Produktrezension nicht dazu führen darf, dass der Anwendungsbereich des UWG eröffnet wird. Erst beim Hinzutreten zusätzlicher Umstände – wie einer Kooperation mit dem Unternehmen oder unsachlichen Werbeaussagen – wird von einer Handlung auszugehen sein, die lauterkeitsrechtlich zu beurteilen ist.²³⁸

Wenn der Anwendungsbereich des UWG eröffnet ist, so stellt sich die Frage nach der Reihenfolge der Normprüfung, insbesondere aufgrund des speziellen Aufbaus des UWG: Dieses beinhaltet in der „großen“ Generalklausel (§ 1 UWG) ein umfassendes Verbot von unlauteren Handlungen. In den „kleinen“ Generalklauseln werden in § 1a UWG aggressive und in § 2 UWG irreführende Geschäftspraktiken geregelt. Des Weiteren enthält das UWG zahlreiche Sondertatbestände, wie etwa die unlautere Herabsetzung eines Unternehmens (§ 7 UWG) oder den Missbrauch von Unternehmenskennzeichen (§ 9 UWG).²³⁹

Dieser spezielle Aufbau des UWG bedingt eine konkrete Prüfungsreihenfolge²⁴⁰: Bei der Prüfung der gesetzlichen Bestimmungen des UWG ist zunächst zu untersuchen, ob ein geschäftliches Verhalten einen Tatbestand des Anhangs zu § 2 Abs 2 UWG erfüllt und somit unter die in der UGP-RL 2005/29/EG normierte „Schwarze Liste“ fällt.²⁴¹ Ist dies zu verneinen, so ist zu prüfen, ob eine Geschäftspraktik unter einen Sondertatbestand – wie etwa der §§ 7 oder 9 UWG – zu subsumieren ist, da jene Normen als *leges speciales* der Generalklausel des UWG vorgehen.²⁴² Erfüllt der Sachverhalt keinen Tatbestand des Anhangs zu § 2 Abs 2 UWG, so ist das geschäftliche Verhalten zunächst anhand der „kleinen“ Generalklauseln (§§ 1a und 2 UWG) und dann anhand der „großen“ Generalklausel (§ 1 UWG) zu prüfen.²⁴³

In den folgenden Unterkapiteln wird zunächst ein Überblick über das Verbraucherleitbild des UWG gegeben, um dann die relevanten Rechtsvorschriften für die Werbekennzeichnungspflicht bei *Influencer Marketing* anhand obiger Prüfungsreihenfolge zu analysieren. Zunächst wird daher auf die Spezialnorm der Z 11 des Anhangs zu § 2 Abs 2 UWG sowie deren Auffangnorm in § 2 Abs 4 UWG eingegangen, um schlussendlich den Rechtsbruchtatbestand der Generalklausel des § 1 UWG zu prüfen.

²³⁸ Kubat, ÖBI 2020/3, 8 (13).

²³⁹ Wiebe, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht⁴, 304.

²⁴⁰ Hinsichtlich der Prüfungsreihenfolge aA: Wiebe, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht⁴, 304 f.

²⁴¹ Kulka, *ecolex* 2012/2, 148 (149); Anderl/Appl in UWG² § 2 Rz 31.

²⁴² Anderl/Appl in UWG² § 2 Rz 32.

²⁴³ Wiebe, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht⁴, 305.

2.5.2 Verbraucherleitbild des UWG

In zahlreichen Rechtsfragen, die sich im Zusammenhang mit dem UWG stellen, wird für die Beurteilung der Täuschungseignung, der Relevanz sowie der Spürbarkeit einer Handlung auf den Begriff des „Durchschnittsverbrauchers“ abgestellt.²⁴⁴ Der Begriff des Verbrauchers wird in Art 2 lit a UGP-RL 2005/29/EG legaldefiniert als eine natürliche Person, die im Wettbewerb zu Zwecken handelt, die keiner beruflichen, gewerblichen oder handwerklichen Tätigkeit zuzurechnen sind.

Auf eine Legaldefinition des „Durchschnittsverbrauchers“ wurde sowohl im österreichischen UWG als auch in der europäischen UGP-RL 2005/29/EG verzichtet. Dies soll eine weitere Entwicklung des maßgeblichen Verbraucherleitbildes ermöglichen.²⁴⁵ Der Begriff wird jedoch in ErwGr 18 der UGP-RL 2005/29/EG definiert, wonach die Richtlinie den Durchschnittsverbraucher *„der angemessen gut unterrichtet und angemessen aufmerksam und kritisch ist, unter Berücksichtigung sozialer, kultureller und sprachlicher Faktoren“* als Maßstab heranzieht. ErwGr 18 der UGP-RL 2005/29/EG gibt damit die Begriffsdefinition wieder, die der EuGH durch richterliche Rechtsfortbildung²⁴⁶ entwickelt hat.²⁴⁷

Diese Definition unterscheidet sich kaum von jener, die der OGH bereits vor der UWG-Novelle 2007 entworfen hatte. Der OGH geht daher in stRsp²⁴⁸ davon aus, dass sich am österreichischen Leitbild des „Durchschnittsverbrauchers“ durch die Novelle nichts geändert hat.

Wenn sich eine Geschäftspraktik an einen konkreten Personenkreis wendet, so wird ein durchschnittliches Gruppenmitglied als Beurteilungsmaßstab herangezogen.²⁴⁹ Wenn sich eine Geschäftspraktik an verschiedene, identifizierbare Gruppen richtet, so liegt bereits dann ein Verstoß gegen die Bestimmungen des UWG vor, wenn auch nur eine dieser Gruppen in die Irre geführt wird.²⁵⁰ Wenn sich eine Werbemaßnahme an eine besonders schutzbedürftige Personengruppe wie zB Kinder richtet, so ist ein besonderer Schutzmaßstab anzulegen, da deren geschäftliche Unerfahrenheit berücksichtigt werden muss. Dies erfolgt einerseits über das Instrument des „Durchschnittsverbrauchers“ der jeweiligen angesprochenen

²⁴⁴ Wiebe, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht⁴, 311.

²⁴⁵ Heidinger ua in UWG² § 1 Rz 60.

²⁴⁶ Etwa EuGH 12.05.2011, C-122/10 (Ving Sverige), GRUR-Prax 2011, 243 (Strauß) = RRa 2012, 40 (Fangerow).

²⁴⁷ Wiltschek in UWG⁴ § 1 Rz 9; Wiebe, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht⁴, 311.

²⁴⁸ RIS-Justiz RS0114366.

²⁴⁹ Prandstätter, wbl 2016/6, 309 (309).

²⁵⁰ Wiltschek in UWG⁴ § 1 Rz 17.

Personengruppe, an die sich die Werbemaßnahme richtet und andererseits über spezielle Schutzmechanismen, wie das Verbot von direkten Kaufaufforderungen an Kinder iSd Z 28 des Anhangs zu § 2 Abs 2 UWG.²⁵¹ Jener Tatbestand des Anhangs zu § 2 Abs 2 UWG sei jedoch nur am Rande erwähnt und spielt keine bedeutende Rolle bezüglich der lauterkeitsrechtlichen Kennzeichnungspflicht beim *Influencer Marketing*.

2.5.3 Als Information getarnte Werbung iSd Z 11 des Anhangs zu § 2 Abs 2 UWG

In der Z 11 des Anhangs zu § 2 Abs 2 UWG findet sich das Verbot, redaktionelle Inhalte gegen Entgelt in Medien zu Zwecken der Verkaufsförderung einzusetzen, ohne dass dies dem Verbraucher gegenüber erkenntlich gemacht wird.²⁵² Das Ziel der Z 11 des Anhangs ist daher die Untersagung der Vermischung von redaktionellem Inhalt und entgeltlicher Werbeeinschaltung.²⁵³ Der OGH hielt zu Z 11 des Anhangs ausdrücklich fest, dass die Norm in ihrem Kern dieselben Ge- und Verbote enthalte wie § 26 MedienG.²⁵⁴ Allerdings gilt es zu beachten, dass der Adressat des § 26 MedienG der Inhaber des Mediums ist, während Z 11 den werbenden Unternehmer erfasst, dessen Produktabsatz durch die Werbemaßnahme gefördert werden soll.²⁵⁵

Ein redaktioneller Inhalt ist dann anzunehmen, wenn nach seiner Aufmachung ein vorgeblich neutraler Beitrag vorliegt, der von einem scheinbar objektiven Verfasser stammt. Dies ist am Maßstab des angesprochenen Verkehrskreises zu beurteilen.²⁵⁶ Hinsichtlich des Vorliegens eines redaktionellen Inhalts wird in sozialen Medien auf die jeweilige Plattform abzustellen sein. Während in *Blogs* und *YouTube*-Kanälen häufig eine journalistische Aufbereitung der Inhalte erfolgt, wird dies bei Plattformen wie *Instagram* aufgrund des beschränkten Platzes nur selten zu bejahen sein.²⁵⁷

Damit Z 11 des Anhangs zum UWG zur Anwendung gelangt, muss ein redaktioneller Inhalt entgeltlich und zu Zwecken der Verkaufsförderung erfolgen. Beide Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen, die reine verkaufsfördernde Eigenschaft eines Beitrages reicht somit nicht aus. Umfasst ist nur unmittelbare Entgeltlichkeit, weswegen ein entsprechend strenger Maßstab anzusetzen ist.²⁵⁸ Eine Bezahlung in Geld ist jedoch nicht erforderlich,

²⁵¹ *Hofmarcher*, Internet of Things - Wenn (Gebrauchs-)Gegenstände werben, *ecolex* 2017/2, 101 (104).

²⁵² *Kulka*, *ecolex* 2012/2, 148 (149).

²⁵³ *Anderl/Appl* in *UWG*² Anhang zu § 2 Rz 117.

²⁵⁴ OGH 26.09.2016, 4 Ob 60/16a.

²⁵⁵ *Müller*, *UWG kompakt*² (2019) 54.

²⁵⁶ *Grana/Seling*, *ZIIR* 2015/3, 253 (254).

²⁵⁷ *Kubat*, *ÖBl* 2020/3, 8 (14).

²⁵⁸ *Anderl/Appl* in *UWG*² Anhang zu § 2 Rz 122 f.

weswegen auch die Gewährung sonstiger Vermögensvorteile einen Verstoß gegen Z 11 begründen kann.²⁵⁹ Durch die Notwendigkeit der unmittelbaren Entgeltlichkeit ist deren Beweis *in praxi* nur schwer zu erbringen. Erschwerend kommt die Rsp des OGH²⁶⁰ zur Gefälligkeitsberichterstattung hinzu, wodurch ein indirektes Austauschverhältnis nicht unter den Begriff der „Entgeltlichkeit“ zu subsumieren ist.²⁶¹

Das Tatbestandselement „zu Zwecken der Verkaufsförderung“ ist sehr weit auszulegen und umfasst jegliche verkaufsfördernden Beiträge über ein Unternehmen, ohne dass auf ein konkretes Produkt eingegangen werden muss.²⁶² Des Weiteren müssen im Bereich des Anhangs zu § 2 Abs 2 UWG Erheblichkeit und Relevanz des unlauteren Verhaltens des Marktteilnehmers nicht geprüft werden, weswegen ein Verstoß gegen Z 11 – bei der Erfüllung der sonstigen Tatbestandsmerkmale – stets einen Wettbewerbsverstoß darstellt.²⁶³

Z 11 des Anhangs stellt auf keine konkrete Werbeform ab und ist daher – wie auch schon § 26 MedienG – unabhängig von der Art der Kommunikation anwendbar. Es spielt daher keine Rolle, ob es sich bei der Werbung um Text handelt oder ob diese in ein Videoangebot eingebettet ist.²⁶⁴ Hinsichtlich der Form der Kennzeichnung ist auf die Ausführungen zu § 26 MedienG und § 6 ECG zu verweisen. Die Kennzeichnung muss klar erkennbar und dementsprechend eindeutig erfolgen. Sie kann jedoch unterbleiben, wenn der werbliche Charakter aus dem Inhalt des Beitrages zweifellos hervorgeht.²⁶⁵ Hierfür ist im Einzelfall auf die kognitiven Eigenschaften des jeweils angesprochenen Verkehrskreises abzustellen.²⁶⁶

2.5.4 Irreführende Unterlassung nach § 2 UWG

Wenn nicht sämtliche Tatbestandsmerkmale der Z 11 des Anhangs zu § 2 Abs 2 UWG vorliegen, so kann auf § 2 UWG als *lex generalis* zurückgegriffen werden.²⁶⁷ In § 2 Abs 4 UWG wird der Tatbestand der Irreführung durch Unterlassung normiert, der für eine Verletzung der Werbekennzeichnungspflicht herangezogen werden kann.²⁶⁸ Relevant ist in diesem Zusammenhang insbesondere, dass § 2 Abs 4 UWG – entgegen dem Spezialtatbestand der Z 11

²⁵⁹ Kraft/Steinmair, UWG-Praxiskommentar² Anhang zu § 2 Rz 34 (2020); Kubat, ÖBl 2020/3, 8 (14).

²⁶⁰ OGH 26.09.2016, 4 Ob 60/16a.

²⁶¹ Müller, UWG kompakt², 54.

²⁶² Kraft/Steinmair in UWG-Praxiskommentar² Anhang zu § 2 Rz 35.

²⁶³ Wiebe, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht⁴, 316.

²⁶⁴ Feiler/Schmitt in Staudegger/Thiele, Jahrbuch Geistiges Eigentum 2019, 255 (259).

²⁶⁵ Aderl/Appel in UWG² Anhang zu § 2 Rz 127 ff.

²⁶⁶ Kraft/Steinmair in UWG-Praxiskommentar² Anhang zu § 2 Rz 36.

²⁶⁷ Raffling/Wittmann, MR 2017/4, 163 (167); Kubat, ÖBl 2020/3, 8 (14).

²⁶⁸ Aderl/Appel in UWG² § 2 Rz 501.

des Anhangs – insbesondere auch jene Fälle von Irreführung durch unterlassener Aufklärung umfasst, die keinen redaktionellen Inhalt aufweisen oder bei denen die unmittelbare Entgeltlichkeit des Beitrages nicht nachgewiesen werden kann.²⁶⁹

Bei der Anwendung von § 2 Abs 4 UWG ist zu beachten, dass sich der österreichische Gesetzgeber für eine umfassende Geltung des § 2 UWG entschieden hat. Die Norm ist daher auch außerhalb des Anwendungsbereiches der UGP-RL 2005/29/EG auf den B2B-Bereich anzuwenden.²⁷⁰ § 2 UWG stellt auf den Begriff der „Angabe“ ab, worunter Äußerungen mit objektiv feststellbarem und somit einer Überprüfung zugänglichem Inhalt verstanden werden.²⁷¹ Im Anwendungsbereich der Irreführung durch Unterlassung – wie etwa bei fehlender Werbekennzeichnung – ist jener Begriff jedoch überholt und kommt dementsprechend auf § 2 Abs 4 UWG nicht zur Anwendung.²⁷²

Nach § 2 Abs 4 UWG ist eine Geschäftspraktik irreführend, wenn wesentliche Informationen nicht vermittelt werden, die für eine informierte geschäftliche Entscheidung benötigt werden. Dies liegt auch dann vor, wenn der kommerzielle Zweck einer Geschäftspraktik iSd § 2 Abs 4 Z 2 UWG nicht kenntlich gemacht wird.²⁷³ Der Begriff des „kommerziellen Zwecks“ ist hierbei weit zu verstehen und verlangt nicht zwingend Entgeltlichkeit. Vielmehr kann ein Beitrag bereits dann unter § 2 Abs 4 UWG subsumiert werden, wenn das objektive Erscheinungsbild des Beitrages werbliche Ausmaße annimmt.²⁷⁴

Bei der irreführenden Unterlassung iSd § 2 Abs 4 UWG liegt idR ein Verstoß gegen den lauterkeitsrechtlichen Offenkundigkeits- und Wahrheitsgrundsatz vor.²⁷⁵ Eine Offenlegung des kommerziellen Zwecks eines Beitrages ist allerdings nicht erforderlich, wenn sich dieser bereits unmittelbar aus den Umständen ergibt.²⁷⁶ Eine unlautere Tarnung von Werbeinhalten ist dementsprechend gegeben, wenn für den durchschnittlichen Werbeadressaten die Tatsache nicht erkennbar ist, dass es sich um kommerzielle Werbung handelt und es ihm dementsprechend nicht möglich ist, den Aussagewert des Beitrages zu beurteilen.²⁷⁷ Hierbei wird

²⁶⁹ Kubat, ÖBI 2020/3, 8 (14).

²⁷⁰ Müller, UWG kompakt², 38; maW Wiltschek/Horak in Wiltschek/Horak, UWG^{8.02} § 2 E 1 f (Stand 01.03.2019).

²⁷¹ Müller, UWG kompakt², 39; Wiltschek/Horak in UWG^{8.02} § 2 E 40; Anderl/Appl in UWG² § 2 Rz 114.

²⁷² Wiebe, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht⁴, 381.

²⁷³ Miklau/Deutsch, Werbung & Recht² (2015) 22; maW Müller, UWG kompakt², 46.

²⁷⁴ Kubat, ÖBI 2020/3, 8 (14).

²⁷⁵ Wiebe, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht⁴, 383; Anderl/Appl in UWG² § 2 Rz 503.

²⁷⁶ Anderl/Appl in UWG² § 2 Rz 502; Kubat, ÖBI 2020/3, 8 (14).

²⁷⁷ Hofmarcher, ecolx 2017/2, 101 (103); Wiebe, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht⁴, 383.

es nach *Raffling/Wittmann* allerdings auch darauf ankommen, ob der Rezipient im konkreten Sachverhalt mit dem Werbeinhalt rechnen durfte.²⁷⁸

Die Täuschungseignung einer geschäftlichen Handlung wird bei der Unterlassung unwiderleglich vermutet. Zu beachten ist jedoch, dass jedenfalls eine Relevanzprüfung durchzuführen ist.²⁷⁹ Eine Geschäftspraxis ist demnach irreführend iSd § 2 Abs 4 UWG, wenn sie in Bezug auf das konkrete Produkt zur Täuschung geeignet ist oder unmittelbar unwahre Tatsachen verbreitet und der Durchschnittsverbraucher dadurch zu einer geschäftlichen Handlung veranlasst wird.²⁸⁰ § 2 Abs 4 UWG kann ebenso durch einen reinen „Anlockeffekt“ erfüllt werden, wenn der Verbraucher etwa durch die irreführende Unterlassung zum Betreten eines Geschäftes gebracht wird.²⁸¹

Der OGH bejaht die Relevanz der Irreführung bereits dann, wenn der Verbraucher dadurch veranlasst wird, sich im Detail mit einem Angebot eines Unternehmers zu befassen²⁸² und ein innerer Zusammenhang zwischen der Interaktion des Verbrauchers und der irreführenden Handlung besteht.²⁸³ Hierbei ist auf den durchschnittlich informierten und aufmerksamen Rezipienten des angesprochenen Verkehrskreises abzustellen.²⁸⁴ Im Bereich des *Influencer* Marketings wird die Relevanz idR keine Probleme bereiten, da dem Beitrag des *Influencers* durch die unterlassene Kennzeichnung ein erhöhtes Maß an Glaubwürdigkeit entgegengebracht wird und es daher leicht zu unreflektierten Kaufentscheidungen des Verbrauchers kommen kann.²⁸⁵

2.5.5 Rechtsbruchtatbestand des § 1 UWG

Die Generalklausel des § 1 UWG dient als grundlegende Ordnungsvorschrift des Wettbewerbsrechts. Die Bestimmung verbietet sowohl unlautere Geschäftspraktiken als auch sonstige unlautere Handlungen.²⁸⁶ Die „große“ Generalklausel dient hierbei als Auffangnorm²⁸⁷, weil der Gesetzgeber *de facto* nicht jegliches unlauteres Handeln im Einzelnen berücksichtigen konnte.²⁸⁸ Der Begriff der Unlauterkeit einer Geschäftspraktik ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, dessen Konkretisierung weitgehend durch Rsp erreicht wird. Hierbei wird die

²⁷⁸ *Raffling/Wittmann*, MR 2017/4, 163 (167).

²⁷⁹ *Wiebe*, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht⁴, 382.

²⁸⁰ *Grana/Seling*, ZIIR 2015/3, 253 (254); *Anderl/Apl* in UWG² § 2 Rz 480.

²⁸¹ *Müller*, UWG kompakt², 46.

²⁸² RIS-Justiz RS0078296.

²⁸³ RIS-Justiz RS0078202.

²⁸⁴ *Kraft/Steinmair* in UWG-Praxiskommentar² § 2 Rz 15.

²⁸⁵ *Kubat*, ÖBf 2020/3, 8 (14).

²⁸⁶ *Wiebe*, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht⁴, 315.

²⁸⁷ *Kraft/Steinmair* in UWG-Praxiskommentar² § 1 Rz 1.

²⁸⁸ *Wiebe*, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht⁴, 315.

Anwendung von § 1 UWG durch die von Lit und Rsp gebildeten Fallgruppen erleichtert, die typische Unlauterkeitsmerkmale unter einem Überbegriff gliedern.²⁸⁹

Für den Fall der Kennzeichnungspflicht von Werbemaßnahmen kann hierbei auf den Rechtsbruchtatbestand des § 1 UWG Rückgriff genommen werden.²⁹⁰ Diesem liegt der Gedanke zu Grunde, dass sich niemand durch die Verletzung allgemeiner oder vertraglicher Bestimmungen gegenüber seinen gesetzestreuen Mitbewerbern einen Wettbewerbsvorteil verschaffen soll.²⁹¹ Der Rechtsbruchtatbestand hat die Durchsetzung gleicher Rahmenbedingungen für ein Tätigwerden im Markt zum Ziel, weswegen die Norm grundsätzlich eher in den B2B-Bereich fällt.²⁹²

Die Verletzung gesetzlicher Vorschriften muss dazu geeignet sein, den Wettbewerb zum Nachteil eines gesetzestreu agierenden Marktteilnehmers nicht nur unerheblich zu beeinflussen.²⁹³ Die verletzte Gesetzesbestimmung muss somit keinen unmittelbar wettbewerbsregelnden Charakter haben, damit die Generalklausel des § 1 UWG zur Anwendung kommt.²⁹⁴ Bei der Prüfung von Rechtsverletzungen wird nach *Müller* jedoch dennoch unterschieden, ob die verletzte Norm einen lauterkeitsrechtlichen Charakter hat oder ob dem nicht der Fall ist.²⁹⁵ Beim Vorliegen des zweiten Falles wird zusätzlich geprüft, ob die Rechtsmeinung des Beklagten zumindest mit guten Gründen vertretbar ist²⁹⁶, was nach objektiven Kriterien zu prüfen ist.²⁹⁷ Es kann von den Marktteilnehmern jedoch nicht verlangt werden, dass bei Auslegungsschwierigkeiten stets die nachteiligste Auslegung einer Norm zu wählen ist.²⁹⁸ Bei einer spezifisch lauterkeitsrechtlichen Norm wird die Vertretbarkeit einer Rechtsansicht nach *Müller* nicht geprüft.²⁹⁹

Als zusätzliche Anwendungsvoraussetzung muss eine Erheblichkeitsschwelle überschritten werden. Die unlauteren Geschäftspraktiken iSd § 1 UWG müssen dementsprechend geeignet sein, den Wettbewerb oder das Verbraucherverhalten zu beeinflussen.³⁰⁰ Die Eignung zur

²⁸⁹ *Wiebe*, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht⁴, 318 f.

²⁹⁰ *Kubat*, ÖBl 2020/3, 8 (15).

²⁹¹ *Kraft/Steinmair* in UWG-Praxiskommentar² § 1 Rz 56; *Wiebe*, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht⁴, 341.

²⁹² *Wiebe*, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht⁴, 341.

²⁹³ OGH 21.12.2017, 4 Ob 231/17z, ÖBl 2018/72, 235 (*Gramma*) = ecolex 2018/362, 843 (*Tonninger*); OGH 20.05.2008, 4 Ob 37/08g, ecolex 2008/382, 1035 (*Horak*) = ÖBl 2009/4, 27 (*Seidelberger*).

²⁹⁴ *Wiltschek/Horak* in UWG^{8.02} § 1 E 446.

²⁹⁵ *Müller*, UWG kompakt², 14.

²⁹⁶ *Müller*, UWG kompakt², 14; maW *Heidinger ua* in UWG² § 1 Rz 860.

²⁹⁷ *Frauenberger*, Vertretbarkeit und Normgeltung. Ein Beitrag zur Fallgruppe Rechtsbruch, ÖBl 2016/4, 152 (152); *Wiebe*, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht⁴, 344.

²⁹⁸ *Kraft/Steinmair* in UWG-Praxiskommentar² § 1 Rz 42; *Wiltschek/Horak* in UWG^{8.02} § 1 E 476.

²⁹⁹ *Wiltschek/Horak* in UWG^{8.02} § 1 E 366.

³⁰⁰ *Wiebe*, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht⁴, 316.

nicht bloß unerheblichen Wettbewerbsbeeinflussung reicht hierfür aus.³⁰¹ An der Verfolgung von Bagatellfällen besteht kein schutzwürdiges Interesse, weswegen jene Sachverhalte, die die Erheblichkeitsschwelle nicht übersteigen, vom Anwendungsbereich der Generalklausel ausgenommen sind.³⁰²

Für die Erheblichkeitsschwelle ist zwischen B2B- und B2C-Rechtsgeschäften zu unterscheiden.³⁰³ Im B2C-Bereich ist die Erheblichkeitsschwelle überschritten, wenn sich das Verhalten des Unternehmers dazu eignet, eine Beeinflussung des Durchschnittsverbrauchers zu erreichen.³⁰⁴ Nach der Rsp des OGH³⁰⁵ reicht es bereits aus, wenn das wirtschaftliche Verhalten eines einzigen Verbrauchers spürbar beeinflusst wird. Im B2B-Bereich muss eine gewisse Mindestintensität der Beeinträchtigung der Marktverhältnisse vorliegen³⁰⁶, wofür nach den erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage der UWG-Novelle 2007 von dem Prinzip der Spürbarkeit auszugehen ist³⁰⁷, also von einer tatsächlichen Auswirkung auf den Markt.³⁰⁸

Im Bereich des *Influencer* Marketings werden insbesondere die zuvor geprüften Rechtsnormen für die Anwendung des Rechtsbruchtatbestandes in Frage kommen, somit § 26 MedienG³⁰⁹, § 6 ECG sowie § 31 AMD-G. Die Verletzung von Informationspflichten stellt hierbei ein Musterbeispiel für die Verwirklichung des Rechtsbruchtatbestandes dar.³¹⁰

2.5.6 Sanktionen bei einer Verletzung der Kennzeichnungspflicht

Aus § 1 Abs 1 UWG ergibt sich, dass als Rechtsfolge beim Vorliegen einer unlauteren Geschäftspraktik ein Unterlassungsanspruch sowie bei Verschulden ein Schadenersatzanspruch geltend gemacht werden kann. § 2 UWG enthält keine eigene Rechtsfolgenanordnung, aus § 1 Abs 3 UWG ergibt sich jedoch, dass irreführende Geschäftspraktiken unter den Begriff der „unlauteren Geschäftspraktiken“ fallen und dementsprechend aus einer Verletzung des § 2 UWG dieselben Ansprüche abgeleitet werden können.³¹¹ In beiden Fällen wäre im Sinne

³⁰¹ *Wiltschek/Horak* in UWG^{8.02} § 1 E 380.

³⁰² *Heidinger ua* in UWG² § 1 Rz 127.

³⁰³ *Wiebe*, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht⁴, 316.

³⁰⁴ *Kraft/Steinmair* in UWG-Praxiskommentar² § 1 Rz 38; maW *Wiltschek/Horak* in UWG^{8.02} § 1 E 387.

³⁰⁵ OGH 08.04.2008, 4 Ob 245/07v, MR 2008, 162 (*Korn*) = *ecolex* 2008/240, 653 (*Tonninger*) = ÖBl 2008/67, 330 (*Gamerith*).

³⁰⁶ *Kraft/Steinmair* in UWG-Praxiskommentar² § 1 Rz 32.

³⁰⁷ ErlRV 144 BlgNR XXIII. GP, 3.

³⁰⁸ *Wiltschek/Horak* in UWG^{8.02} § 1 E 446; maW *Kubat*, ÖBl 2020/3, 8 (15).

³⁰⁹ So etwa bereits bei OGH 08.07.2008, 4 Ob 113/08h; OGH 12.07.2006, 4 Ob 95/06h.

³¹⁰ *Kubat*, ÖBl 2020/3, 8 (15).

³¹¹ *Kraft/Steinmair* in UWG-Praxiskommentar² § 2 Rz 98.

des § 24 UWG ebenso die Erwirkung einer einstweiligen Verfügung möglich, um die Unterlassungsansprüche zwischenzeitig zu sichern.³¹²

Influencer Marketing zeichnet sich insbesondere dadurch aus, dass eine Vielzahl von wirtschaftlichen Akteuren an der Gestaltung von Inhalten mitwirkt. Neben dem *Influencer* und dem beworbenen Unternehmen sind häufig auch Werbeagenturen involviert. Des Weiteren werden durch die Werbemaßnahme eine Vielzahl von Verbrauchern erreicht, weswegen sich im Bereich des Lauterkeitsrechts die Frage nach der Aktiv- und Passivlegitimation stellt.³¹³ Die Unterscheidung zwischen Rechtsbruch nach § 1 UWG und irreführender Werbung iSd § 2 UWG ist insbesondere hinsichtlich der Aktivlegitimation des Vereins für Konsumentinformationen (VKI) von Relevanz.³¹⁴ Diese kommt dem VKI gemäß § 14 Abs 2 UWG nur im Fall der irreführenden Geschäftspraktiken des § 2 UWG zu, nicht jedoch bei der Fallgruppe Rechtsbruch.

Der Anspruch auf Schadenersatz wird in § 16 UWG geregelt und umfasst den Ersatz des positiven Schadens sowie den Gewinnentgang.³¹⁵ Dies ist auch bereits bei leichter Fahrlässigkeit möglich³¹⁶, ohne Verschulden des Schädigers ist der Schadenersatzanspruch jedoch ausgeschlossen.³¹⁷

Verstöße gegen die Kennzeichnungspflicht des § 26 MedienG begründen nach stRsp des OGH³¹⁸ zugleich auch einen Wettbewerbsverstoß iSd § 1 UWG sowie nach Z 11 des Anhangs zum UWG.³¹⁹ Bei einem auf § 26 MedienG aufbauenden Rechtsbruch muss jedoch der territoriale Anwendungsbereich des MedienG beachtet werden, wonach der Schwerpunkt der Verbreitung des Beitrages im Inland zu erfolgen hat. Im Gegensatz dazu kommt die Z 11 des Anhangs zum UWG bei jeder im Inland spürbaren Auswirkung auf die geschäftliche Verbraucherentscheidung zur Anwendung.³²⁰ Des Weiteren ist zu beachten, dass die Verletzung der sondergesetzlichen Kennzeichnungsgebote ebenso eine parallele Anwendung des Irreführungstatbestandes ermöglicht.³²¹

³¹² *Kodek/Leupold* in Wiebe/Kodek (Hrsg), UWG² § 24 Rz 1 (Stand 01.12.2016).

³¹³ *Grana/Seling*, ZIIR 2015/3, 253 (259 f).

³¹⁴ *Feiler/Schmitt* in Staudegger/Thiele, Jahrbuch Geistiges Eigentum 2019, 255 (269).

³¹⁵ § 16 Abs 1 UWG.

³¹⁶ *Kodek/Leupold* in Wiebe/Kodek (Hrsg), UWG² § 16 Rz 41 (Stand 01.12.2016).

³¹⁷ *Kraft/Steinmair* in UWG-Praxiskommentar² § 16 Rz 36.

³¹⁸ RIS-Justiz RS0067750.

³¹⁹ OGH 15.12.2008, 4 Ob 221/08.

³²⁰ *Feiler/Schmitt* in Staudegger/Thiele, Jahrbuch Geistiges Eigentum 2019, 255 (269).

³²¹ *Anderl/Appl* in UWG² § 2 Rz 481.

Die auf Z 11 des Anhangs zum UWG gestützten Ansprüche können sowohl gegen den *Influencer* als auch gegen das beworbene Unternehmen durchgesetzt werden, da die bezahlten Inhalte sowohl der Förderung der Reichweite des *Influencers* als auch der Förderung des beworbenen Unternehmens dienen.³²² In erster Linie haftet zwar der *Influencer*, danach kann jedoch auch der werbende Unternehmer zur Haftung herangezogen werden.³²³

2.5.7 Kritische Auseinandersetzung

Die Begriffe der „Handlung im geschäftlichen Verkehr“ bzw der „Geschäftspraktik“ besitzen einen weiten Anwendungsbereich. *Influencer* unterfallen daher regelmäßig den Bestimmungen des UWG, da diese – insbesondere aufgrund ihrer hohen *Follower*-Anzahl – nicht rein privat tätig sind und idR durch ihre Beiträge Einnahmen oder sonstige Vermögensvorteile lukrieren. Die reine Anwendbarkeit des UWG impliziert noch nicht, dass das Verhalten des *Influencers* unlauter ist, weswegen dieses Grundtatbestandselement meines Erachtens – und der Ansicht von *Feiler/Schmitt*³²⁴ folgend – bei *Influencer* Marketing und der damit verbundenen Reichweite nahezu immer zu bejahen ist.

Das Verbraucherleitbild des UWG wurde bisher noch nicht auf *Influencer* Marketing angewandt, allerdings wird der OGH vermutlich eine gewisse Nähe zur deutschen Rsp (siehe hierzu insbesondere Kapitel 3.5) suchen. Hierbei müssen jedoch meiner Meinung nach zwei Kriterien beachtet werden: Einerseits handelt es sich beim Durchschnittsverbraucher in sozialen Medien idR um eine junge Person, die eine gewisse Sprachaffinität aufweist und mit der Technologie aufgewachsen ist. Andererseits kann das junge Alter des Durchschnittsverbrauchers dazu führen, dass ein besonderer Schutzmaßstab aufgrund von Minderjährigkeit und geschäftlicher Unerfahrenheit angewendet werden muss.

Im Bereich des *Influencer* Marketings muss des Weiteren auch bei Z 11 des Anhangs differenziert werden: Wie *Kubat*³²⁵ bereits richtig festgestellt hat, kann ein redaktioneller Inhalt insbesondere in *Blogs* und *YouTube*-Kanälen vorliegen, da hier häufig eine gewisse redaktionelle Organisation vorherrscht. Beiträge auf der Plattform *Instagram* werden idR keinen redaktionellen Inhalt darstellen. Dies liegt meines Erachtens jedoch nicht nur an der Kürze der Inhalte, sondern auch an der Erwartungshaltung der Nutzer, die dort idR nicht von einem objektiv-neutralen Verfasser ausgehen.

³²² *Feiler/Schmitt* in Staudegger/Thiele, Jahrbuch Geistiges Eigentum 2019, 255 (269).

³²³ *Prohaska-Marchried/Pözl*, Compliance Praxis 2019/1, 26 (27).

³²⁴ *Feiler/Schmitt* in Staudegger/Thiele, Jahrbuch Geistiges Eigentum 2019, 255 (270).

³²⁵ *Kubat*, ÖBI 2020/3, 8 (14).

§ 2 Abs 4 UWG spielt im Bereich des *Influencer* Marketings eine bedeutende Rolle, da bei einer Verneinung des redaktionellen Inhaltes auf diese Vorschrift zurückgegriffen werden kann. Des Weiteren muss der Beweis der Entgeltlichkeit nicht erbracht werden, was *in praxi* wohl den wesentlichen Vorzug der Norm zu Z 11 des Anhangs darstellt. Meines Erachtens muss für die Beurteilung der Unlauterkeit einer Werbeverschleierung in sozialen Medien auf diese Norm zurückgegriffen werden, um zu einem Ergebnis zu gelangen, das dem hohen Verbraucherschutzstandard in Österreich gerecht wird.

Der Rechtsbruchtatbestand des § 1 UWG wurde vom OGH bisher zwar noch nicht auf *Influencer* Marketing angewandt. Im Vergleich zu den hierfür in Frage kommenden Normen zeichnet sich jedoch ab, dass anstatt § 26 MedienG wohl besser auf § 6 ECG zurückgegriffen werden sollte: § 6 ECG verlangt keinen redaktionellen Inhalt und hat einen großen Anwendungsbereich durch die weite Auslegung des Kriteriums der „kommerziellen Kommunikation“.

3 Kennzeichnungspflicht von Werbeinhalten in Deutschland

3.1 Allgemeines zur Kennzeichnungspflicht von Werbung in Deutschland

Die werberechtlichen Kennzeichnungspflichten stellen auch in Deutschland eine Ausprägung des medienrechtlichen Trennungsgebotes dar. Sie finden sich sowohl in einschlägigen Spezialgesetzen wie dem dTMG und dem dRStV als auch im deutschen Lauterkeitsrecht.³²⁶

Ein strenger Maßstab an die Kennzeichnungspflicht ist dann anzusetzen, wenn der angesprochene Personenkreis den konkreten Beitrag als unabhängige oder neutrale Stellungnahme ansehen muss. Hierbei ist insbesondere der Tatbestand der „redaktionell getarnten Werbung“ der Z 11 des Anhangs zum dUWG angesprochen.³²⁷

Die Vorschriften zur Werbekennzeichnung kommen hierbei grundsätzlich nebeneinander zur Anwendung, wobei im Bereich des Lauterkeitsrechts zu beachten ist, dass § 5a Abs 6 dUWG subsidiär zu Z 11 des Anhangs zum dUWG ist.³²⁸ Der Fokus der Kennzeichnungspflicht von Werbeinhalten ist auch in Deutschland auf das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb zu legen, da die Rsp³²⁹ die unzureichende Kennzeichnung von Werbung durch *Influencer* primär anhand von § 5a Abs 6 dUWG löst.³³⁰

In den folgenden Unterkapiteln werden zunächst erneut die sondergesetzlichen Bestimmungen behandelt, um dann auf das deutsche Lauterkeitsrecht einzugehen. Der Fokus wird hierbei auf den Bestimmungen des § 58 Abs 1 dRStV sowie dem deutschen Lauterkeitsrecht liegen.

3.2 Medienrechtliche Kennzeichnungspflicht nach § 58 dRStV

3.2.1 Allgemeines zu § 58 dRStV

§ 58 dRStV dient der Umsetzung der AVMD-RL 2010/13/EU über audiovisuelle Mediendienste, welche wegen der in Deutschland geltenden Länderzuständigkeit für den kulturellen Inhalt von Rundfunksendungen (Kulturkompetenz) mittels eines Staatsvertrages umgesetzt

³²⁶ Fries, *Influencer Marketing* (2018) 99.

³²⁷ Hetmank, *Internetrecht* (2016) 97.

³²⁸ Gerecke, GRUR 2018/2, 153 (154).

³²⁹ Etwa OLG Frankfurt a. M. 28.06.2019, 6 W 35/19; LG Hamburg 28.03.2019, 403 HKO 127/18; OLG Braunschweig 08.01.2019, 2 U 89/18; KG Berlin 27.07.2018, 5 W 149/18; KG Berlin 11.10.2017, 5 W 221/17.

³³⁰ Zurth/Pless, ZUM 2019/5, 414 (418 f).

wurde.³³¹ Das Ziel des dRStV liegt darin, eine Einflussnahme dritter Parteien auf redaktionelle Inhalte zu verhindern und dadurch die Rezipienten des Beitrages vor verschleierter Werbung zu schützen.³³²

Im Bereich des dRStV gilt das Prinzip der abgestuften Regelungsdichte.³³³ Demnach unterliegen digitale Inhalte weniger strengen Rechtsvorschriften als lineare Fernsehinhalte. Von großer Relevanz ist in diesem Zusammenhang die Unterscheidung zwischen „einfachen“ Telemedien iSd § 58 Abs 1 dRStV und „fernsehähnlichen Telemedien“ iSd § 58 Abs 3 dRStV, da hiermit unterschiedliche Kennzeichnungsvorschriften einhergehen.³³⁴

3.2.2 Kennzeichnungsgebot des § 58 Abs 1 dRStV

Nach § 58 Abs 1 dRStV müssen Werbeinhalte in Telemedien als solche klar und eindeutig erkennbar sein. Mit der Bestimmung wird ein medienrechtliches Erkennbarkeits- und Trennungsgebot normiert.³³⁵ Das Trennungsgebot setzt voraus, dass neben der eigentlichen Werbung auch noch andere Inhalte, wie Suchergebnisse oder redaktionelle Inhalte, vorhanden sind.³³⁶

Der Begriff der „Telemedien“ ergibt sich insbesondere aus der Negativdefinition³³⁷ des § 2 Abs 1 S 3 dRStV, wonach Telemedien „*alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, soweit sie nicht Telekommunikationsdienste [...] sind, die ganz in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen oder telekommunikationsgestützte Dienste [...] oder Rundfunk [...]*“ sind. Die positiven Merkmale der Definition sind die elektronische Übertragung sowie das Vorliegen eines „Informations- oder Kommunikationsdienstes“.³³⁸ Als Beispiel für den Begriff der „Telemedien“ werden von *Schley* Onlineangebote von Waren oder Dienstleistungen, Internet-Suchmaschinen und die kommerzielle Verbreitung von Information über elektronische Post genannt.³³⁹ Des Weiteren ist unerheblich, ob redaktionelle Inhalte aufbereitet werden oder ob der Beitrag der Unterhaltung,

³³¹ *Ahrens*, GRUR 2018/12, 1211 (1215); *Martini* in Gersdorf/Paal (Hrsg), BeckOK Informations- und Medienrecht²⁷ § 1 RStV Rz 4 (Stand 01.08.2019).

³³² *Klickermann*, MMR 2020/3, 150 (150); *maW Fiedler* in Gersdorf/Paal (Hrsg), BeckOK Informations- und Medienrecht²⁷ § 58 RStV Rz 2 (Stand 01.02.2020); *maW Smid* in Spindler/Schuster (Hrsg), Recht der elektronischen Medien⁴ § 58 RStV Rz 1 (2019).

³³³ *Klickermann*, MMR 2020/3, 150 (154).

³³⁴ *Heins*, Anwendbarkeit rundfunkrechtlicher (Werbe-)Vorschriften auf Online-Videos. Fernsehähnliche Telemedien nach neuem MStV und AVMD-Richtlinie, MMR 2018/12, 794 (794).

³³⁵ *Smid* in Recht der elektronischen Medien⁴ § 58 RStV Rz 5.

³³⁶ *Fiedler* in BeckOK Informations- und Medienrecht²⁷ § 58 RStV Rz 4.

³³⁷ *Martini* in Gersdorf/Paal (Hrsg), BeckOK Informations- und Medienrecht²⁷ § 2 RStV Rz 10 (Stand 01.11.2019); *Holznapel* in Spindler/Schuster (Hrsg), Recht der elektronischen Medien⁴ § 2 RStV Rz 41 (2019).

³³⁸ *Schulz* in Binder/Vesting (Hrsg), Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht⁴ § 2 RStV Rz 61 (2018).

³³⁹ *Schley*, Das lauterkeitsrechtliche Trennungsgebot im Internet (2018) 20.

Bildung oder Information dient.³⁴⁰ Profile in sozialen Medien fallen idR unter diese Definition und werden daher vom Anwendungsbereich des dRStV erfasst.³⁴¹

Der Rundfunkstaatsvertrag definiert in § 2 Abs 2 Z 7 dRStV einen einheitlichen Werbebegriff, der zentraler Anknüpfungspunkt für die Kennzeichnungspflicht nach § 58 dRStV ist.³⁴² Dieser entspricht der Definition des Art 1 Abs 1 lit i AVMD-RL 2010/13/EU³⁴³ und setzt eine unternehmerische Tätigkeit durch eine natürliche oder juristische Person aufgrund einer Gegenleistung oder in der Form von Eigenwerbung mit Absatzförderungsabsicht voraus.³⁴⁴ Der Begriff umfasst somit sämtliche Formen von Werbung, unabhängig von dem Kommunikationsmedium³⁴⁵ und überschneidet sich mit dem Begriff der „geschäftlichen Handlung“ iSv § 2 Abs 1 Z 1 dUWG, ist jedoch nicht deckungsgleich mit jenem Tatbestandsmerkmal.³⁴⁶

Der Entgeltbegriff ist hierbei weit auszulegen und umfasst auch Sachleistungen sowie geldwerte Gegenleistungen jeder Art.³⁴⁷ Der Werbebegriff des dRStV schließt die Kennzeichnungspflicht jedoch aus, wenn der *Influencer* das Produkt selbst bezahlt und in seiner Rezension sowohl Vor- als auch etwaige Nachteile präsentiert, ohne hierfür von dem beworbenen Unternehmen Vergünstigungen zu erhalten.³⁴⁸ Wenn ein *Influencer* keinerlei Gegenleistung erhält, so bleibt als letzte Anwendungsmöglichkeit das Vorliegen von Eigenwerbung.³⁴⁹ Der Zweck der Einbeziehung von Eigenwerbung ist darin zu sehen, dass solche Konstellationen erfasst werden, bei denen ein Entgeltfluss nicht zu erwarten ist.³⁵⁰ Denkbar wäre nach *Zurth/Pless* in diesem Zusammenhang etwa, dass Produktrezensionen für die Bewerbung eigener, kostenpflichtiger Produkte verwendet werden.³⁵¹

Neben der objektiven Werbewirkung einer Aussage muss auch Absatzförderungsabsicht vorliegen.³⁵² Erfasst wird somit nur klassische Wirtschaftswerbung für Waren oder

³⁴⁰ *Zurth/Pless*, ZUM 2019/6, 457 (457).

³⁴¹ *Suwelack*, Schleichwerbung als Boombranche? Geltung und Wirksamkeit werberechtlicher Grundsätze beim Influencer-Marketing, MMR 2017/10, 661 (662); *Klickermann*, MMR 2020/3, 150 (151).

³⁴² *Fries*, Influencer Marketing, 110; *Zurth/Pless*, ZUM 2019/6, 457 (464).

³⁴³ *Martini* in BeckOK Informations- und Medienrecht²⁷ § 2 RStV Rz 30; *Holznapel* in Recht der elektronischen Medien⁴ § 2 RStV Rz 61; *Zurth/Pless*, ZUM 2019/6, 457 (458).

³⁴⁴ *Gerecke*, GRUR 2018/2, 153 (154 f); maW *Klickermann*, MMR 2020/3, 150 (151); *Fries*, Influencer Marketing, 108.

³⁴⁵ *Borsch*, Der angemäße Influencer - Markenpiraterie 2.0, MMR 2018/3, 127 (128).

³⁴⁶ *Ahrens*, GRUR 2018/12, 1211 (1216).

³⁴⁷ *Schulz* in Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht⁴ § 2 RStV Rz 91; *Holznapel* in Recht der elektronischen Medien⁴ § 2 RStV Rz 64.

³⁴⁸ *Zurth/Pless*, ZUM 2019/6, 457 (458).

³⁴⁹ *Martini* in BeckOK Informations- und Medienrecht²⁷ § 2 RStV Rz 30; *Gerecke*, GRUR 2018/2, 153 (154).

³⁵⁰ *Schulz* in Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht⁴ § 2 RStV Rz 98.

³⁵¹ *Zurth/Pless*, ZUM 2019/6, 457 (458).

³⁵² *Martini* in BeckOK Informations- und Medienrecht²⁷ § 2 RStV Rz 30.

Dienstleistungen von Unternehmen.³⁵³ Sie fehlt insbesondere jenem *Influencer*, der sich aus rein redaktionellen bzw. publizistischen Zwecken mit einem Produkt beschäftigt.³⁵⁴ Medienrechtlich ist hierfür einzig entscheidend, ob der Beitrag die sachliche Ebene verlässt und etwa durch die Nennung von Preisen oder Bezugsquellen werbende Elemente beinhaltet.³⁵⁵ In diesem Fall wird von einem sog. „werblichen Überschuss“ gesprochen.³⁵⁶ Die Entgeltlichkeit des Beitrages ist hierbei ein starkes Indiz für das Vorliegen von Absatzförderungsabsicht.³⁵⁷

Die Kennzeichnungspflicht für entgeltliche Werbeinhalte entfällt, wenn aus den konkreten Umständen des Einzelfalles hervorgeht, dass es sich zweifelsfrei um einen werbenden Beitrag handelt.³⁵⁸ Die Aufklärung über den Werbecharakter wäre dann bloße Formsache³⁵⁹, wie dies etwa bei einem Werbebanner der Fall ist.³⁶⁰ Hinsichtlich der Offensichtlichkeit einer Werbemaßnahme ist auf den Gesamteindruck aus der Perspektive eines Durchschnittsverbrauchers (zu diesem Begriff siehe Kapitel 3.4.2) abzustellen.³⁶¹ Offensichtlichkeit kann nach *Ladeur* insbesondere dann angenommen werden, wenn Unternehmen auf ihrer eigenen Website ihre Produkte präsentieren.³⁶² Dies kann jedoch nicht ohne weitere Prüfung auf Werbung von *Influencern* für eigene Produkte umgelegt werden, da diese in sozialen Medien häufig als Privatpersonen auftreten und nicht offensichtlich unternehmerisch tätig sind.³⁶³

Auf welche Art und Weise eine Kennzeichnung zu erfolgen hat, wird durch die Vorschrift des § 58 Abs 1 dRStV nicht festgelegt.³⁶⁴ Hierfür sei auf die normübergreifenden Ausführungen in Kapitel 3.5 verwiesen.

³⁵³ *Schulz* in Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht⁴ § 2 RStV Rz 92; *Holznapel* in Recht der elektronischen Medien⁴ § 2 RStV Rz 62.

³⁵⁴ *Ahrens*, GRUR 2018/12, 1211 (1216); maW *Holznapel* in Recht der elektronischen Medien⁴ § 2 RStV Rz 63.

³⁵⁵ *Zurth/Pless*, ZUM 2019/6, 457 (458); maW *Schulz* in Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht⁴ § 2 RStV Rz 94.

³⁵⁶ *Smid* in Recht der elektronischen Medien⁴ § 58 RStV Rz 9.

³⁵⁷ *Holznapel* in Recht der elektronischen Medien⁴ § 2 RStV Rz 63.

³⁵⁸ *Smid* in Recht der elektronischen Medien⁴ § 58 RStV Rz 11.

³⁵⁹ *Zurth/Pless*, ZUM 2019/6, 457 (459).

³⁶⁰ *Fiedler* in BeckOK Informations- und Medienrecht²⁷ § 58 RStV Rz 8; *Ladeur* in Binder/Vesting (Hrsg.), Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht⁴ § 58 RStV Rz 2 (2018).

³⁶¹ *Klickermann*, MMR 2020/3, 150 (152).

³⁶² *Ladeur* in Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht⁴ § 58 RStV Rz 3.

³⁶³ *Suwelack*, MMR 2017/10, 661 (661).

³⁶⁴ *Smid* in Recht der elektronischen Medien⁴ § 58 RStV Rz 11.

3.2.3 Fernsehähnliche Telemedien iSd § 58 Abs 3 dRStV

Der Rundfunkstaatsvertrag enthält in § 58 Abs 3 dRStV Bestimmungen, die ausschließlich auf „fernsehähnliche Telemedien“ anzuwenden sind.³⁶⁵ Dementsprechend kommt jene Bestimmung grundsätzlich nur auf audiovisuelle Medien zur Anwendung, Texte oder Bilder sind dagegen unter § 58 Abs 1 dRStV zu subsumieren.³⁶⁶ Der Begriff der „fernsehähnlichen Telemedien“ ist im Sinne eines „audiovisuellen Mediendienstes auf Abruf“ der AVMD-RL 2010/13/EU zu interpretieren, bei dem der Nutzer nach freiem Belieben zu jedem Zeitpunkt auf einen Katalog aus Inhalten des Anbieters zugreifen kann. Dies betrifft primär Videoblogger, die ihre Videos in ihrem Kanal veröffentlichen, wie dies etwa bei der Videoplattform *YouTube* üblich ist.³⁶⁷

Kurze Videosequenzen, wie diese bei den Plattformen *Instagram* und *Snapchat* veröffentlicht werden, sind nach *Troge*³⁶⁸ und *Fiedler*³⁶⁹ nicht ausreichend, um ein „fernsehähnliches Telemedium“ zu begründen. Dies sehen *Martini*³⁷⁰ und *Fries*³⁷¹ sowie der EuGH³⁷² anders, wonach die Dauer von Videos kein Kriterium für die Fernsehähnlichkeit darstellt. Welche Formen der Telemedien tatsächlich unter den Begriff „fernsehähnliche Telemedien“ zu subsumieren sind, ist demnach noch nicht abschließend geklärt.³⁷³

Zur Auslegung wird die AVMD-RL 2010/13/EU herangezogen, auf die § 58 Abs 3 dRStV zurückgeht.³⁷⁴ Der BGH hat bereits ausgesprochen, dass Kanäle auf der Plattform *YouTube* nicht *per se* als „fernsehähnliche Telemedien“ einzustufen sind.³⁷⁵ Wenn jedoch ein *Influencer* auf *YouTube* einen Kanal betreibt, der nach einem gewissen redaktionellen Konzept geführt wird, kann dieser nach *Gerecke* durchaus unter den Begriff der „fernsehähnlichen Telemedien“ subsumiert werden.³⁷⁶ Der EuGH³⁷⁷ hat hierzu bereits eine E zur Auslegung

³⁶⁵ *Fiedler* in BeckOK Informations- und Medienrecht²⁷ § 58 RStV Rz 17.

³⁶⁶ *Zurth/Pless*, ZUM 2019/6, 457 (463); *Fiedler* in BeckOK Informations- und Medienrecht²⁷ § 58 RStV Rz 18.

³⁶⁷ *Troge*, GRUR-Prax 2018/4, 87 (87); *Fuchs/Hahn* in Jahnke, Influencer Marketing, 161 (164); maW *Klickermann*, MMR 2020/3, 150 (151).

³⁶⁸ *Troge*, GRUR-Prax 2018/4, 87 (87).

³⁶⁹ *Fiedler* in BeckOK Informations- und Medienrecht²⁷ § 58 RStV Rz 23.

³⁷⁰ *Martini* in BeckOK Informations- und Medienrecht²⁷ § 2 RStV Rz 29b.

³⁷¹ *Fries*, Influencer Marketing, 84.

³⁷² EuGH 21.10.2015, C-347/14 (New Media Online), jusIT 2016/3, 10 (*Thiele*) = ÖJZ 2016/10, 92 (*Lehofer*) = ZIIR 2016, 111 (*Zykan*) = JZ 2016, 145 (*Spindler*) = K&R 2015, 790 (*Klein*).

³⁷³ *Gerecke*, GRUR 2018/2, 153 (154).

³⁷⁴ *Gerecke*, GRUR 2018/2, 153 (154).

³⁷⁵ BGH 12.01.2017, I ZR 117/15.

³⁷⁶ *Gerecke*, GRUR 2018/2, 153 (154).

³⁷⁷ EuGH 21.02.2018, C-132/17.

der AVMD-RL 2010/13/EU getroffen, deren Anwendung allerdings wohl kaum über den Einzelfall hinausgeht (siehe dazu bereits Kapitel 2.4.1).

Für jene Telemedien, die unter § 58 Abs 3 dRStV zu subsumieren sind, kommen die ansonsten nur für den Rundfunk geltenden Bestimmungen der §§ 7, 8 dRStV zur Anwendung.³⁷⁸ Diese sehen unter anderem ein generelles Verbot der Irreführung, das rundfunkrechtliche Trennungsgebot sowie Regelungen zu Produktplatzierungen vor.³⁷⁹

Auch hinsichtlich des deutschen Begriffes der „fernsehnlichen Telemedien“ sei auf die Änderung der AVMD-RL 2010/13/EU des Jahres 2018 verwiesen, die bis 19.09.2020 in das nationale Recht umzusetzen ist³⁸⁰, wodurch nunmals auch nutzergenerierte Inhalte unter den Begriff des „audiovisuellen Mediendienstes“ fallen. Statische Bilder bleiben jedoch weiterhin vom Anwendungsbereich der AVMD-RL 2010/13/EU ausgeschlossen.³⁸¹

3.2.4 Sanktionen bei einer Verletzung der Kennzeichnungspflicht

Für die Einhaltung der Bestimmungen des § 58 dRStV sowie des § 6 dTMG ist gemäß § 59 Abs 2 dRStV eine nach Landesrecht bestimmte Aufsichtsbehörde zuständig.³⁸² Hierzu wurde in 13 deutschen Bundesländern die jeweilige Medienanstalt berufen, in Niedersachsen, Rheinland-Pfalz und Sachsen sind spezielle Behörden zuständig.³⁸³

Bei einem Verstoß gegen die Kennzeichnungsvorschrift des § 58 dRStV erfolgt idR zunächst ein schriftlicher Hinweis auf den Verstoß und die Aufforderung zu einer Stellungnahme. Wird dem nicht nachgekommen, so trifft die Aufsichtsbehörde Maßnahmen, die zur Beseitigung des Verstoßes erforderlich sind.³⁸⁴ Dies könnte in der Form von Untersagungsverpflichtungen oder Sperrungsanordnungen erfolgen.³⁸⁵ Hierbei gilt es jedoch zu beachten, dass jene Aufsichtsmaßnahmen grundsätzlich nach § 59 Abs 5 dRStV unzulässig sind, wenn Dritte den Rechtsweg – wie etwa nach dem dUWG – beschreiten können, außer die Aufsichtsmaßnahmen sind aus Gründen des Gemeinwohls geboten.³⁸⁶ Außerdem muss bei der

³⁷⁸ Troge, GRUR-Prax 2018/4, 87 (87); Klickermann, MMR 2020/3, 150 (152); Fuchs/Hahn in Jahnke, Influencer Marketing, 161 (165).

³⁷⁹ Fiedler in BeckOK Informations- und Medienrecht²⁷ § 58 RStV Rz 35.

³⁸⁰ Klickermann, MMR 2020/3, 150 (151).

³⁸¹ Zurth/Pless, ZUM 2019/5, 414 (416).

³⁸² Volkmann in Spindler/Schuster (Hrsg), Recht der elektronischen Medien⁴ § 59 RStV Rz 25 (2019); Suwelack, MMR 2017/10, 661 (664).

³⁸³ Fuchs/Hahn in Jahnke, Influencer Marketing, 161 (169).

³⁸⁴ Fuchs/Hahn in Jahnke, Influencer Marketing, 161 (169).

³⁸⁵ Leeb/Maisch, ZUM 2019/1, 29 (31); Volkmann in Recht der elektronischen Medien⁴ § 59 RStV Rz 34.

³⁸⁶ § 59 Abs 5 dRStV.

Etablierung behördlicher Maßnahmen immer das Verhältnismäßigkeitsprinzip beachtet werden.³⁸⁷

Aufsichtsrechtliche Maßnahmen gegen das beworbene Unternehmen sind nur dann möglich, wenn der *Influencer* mit dessen Wissen und Willen tätig wird. Ein „angemaßter“ *Influencer*, der ohne vertragliche Verbindung mit dem Unternehmen für dessen Produkte wirbt und hierbei gegen Bestimmungen des dRStV verstößt, löst daher keine Konsequenzen für das beworbene Unternehmen aus.³⁸⁸ Öffentlich-rechtliche Sanktionen der Bestimmungen des dRStV werden das beworbene Unternehmen allerdings idR nicht treffen.³⁸⁹ Für eine unmittelbare Haftung müsste das Unternehmen den alleinigen Gestaltungsspielraum für sich beanspruchen.³⁹⁰

Sofern das Kommunikationsmedium des *Influencers* als „fernsehähnliche Telemediendienstleistung“ qualifiziert werden kann, drohen empfindliche Geldstrafen nach §§ 59 Abs 3 iVm 49 dRStV, die von der zuständigen Behörde bis zu einer Höhe von € 500.000.- angesetzt werden können.³⁹¹ Auf „einfache“ Telemedien findet § 49 dRStV keine Anwendung, weswegen etwa bei werberechtlichen Verstößen auf der Plattform *Instagram* keinerlei Bußgelder drohen.³⁹²

Bei einer Verletzung des § 58 dRStV wird regelmäßig auch ein Verstoß gegen § 3a dUWG (Rechtsbruch) vorliegen, da hierdurch idR ein unlauterer Wettbewerbsvorsprung erreicht wird.³⁹³ Hierfür sei auf die Ausführungen in Kapitel 3.4.5 verwiesen.

3.2.5 Kritische Auseinandersetzung

§ 58 Abs 1 dRStV normiert in seinen Grundzügen ein medienrechtliches Kennzeichnungsgebot, das meines Erachtens jedenfalls eingehalten werden kann. Wenn ein werblicher Beitrag veröffentlicht wird, so sollte ebenso eine etwaige wirtschaftliche Verbindung mit dem beworbenen Unternehmen aufgedeckt werden, um dem Verbraucher eine informierte Geschäftsentscheidung zu ermöglichen.

³⁸⁷ *Volkman* in *Recht der elektronischen Medien*⁴ § 59 RStV Rz 35; *Fiedler* in *Gersdorf/Paal* (Hrsg.), *BeckOK Informations- und Medienrecht*²⁷ § 59 RStV Rz 20 (Stand 01.02.2020).

³⁸⁸ *Borsch*, *MMR* 2018/3, 127 (128).

³⁸⁹ *Leeb/Maisch*, *ZUM* 2019/1, 29 (31).

³⁹⁰ *Zurth/Pless*, *ZUM* 2019/5, 414 (423).

³⁹¹ § 49 Abs 1 Z 20 dRStV; *Fuchs/Hahn* in *Jahnke, Influencer Marketing*, 161 (169).

³⁹² *Suwelack*, *MMR* 2017/10, 661 (664).

³⁹³ *Smid* in *Recht der elektronischen Medien*⁴ § 58 RStV Rz 27; *Ladueur* in *Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht*⁴ § 58 RStV Rz 5c.

Der weite Entgeltbegriff des § 58 Abs 1 dRStV ist hierbei meines Erachtens hilfreich, um auch die Zurverfügungstellung von kostenlosen Produktproben zu erfassen. Die Erweiterung des Entgeltbegriffs auf den Bereich der Eigenwerbung ist aus meiner Perspektive gerade im Bereich des *Influencer* Marketings unumgänglich, da gerade bei *Influencern* nur in den seltensten Fällen eindeutig hervorgeht, dass diese im Rahmen eines Unternehmens Beiträge veröffentlichen. Hierbei ist auch die Ausnahme der „Offensichtlichkeit des kommerziellen Zwecks“ anzusprechen, die in sozialen Medien häufig nicht erfüllt werden wird. Allein aus der hohen Zahl der *Follower* des *Influencers* können meines Erachtens zwar Rückschlüsse auf eine etwaige unternehmerische Tätigkeit geschlossen werden, der Durchschnittsverbraucher wird daran jedoch nur in Ausnahmefällen zweifelsfrei den kommerziellen Charakter von Beiträgen erkennen können.

3.2.6 Änderungen durch Annahme des Medienstaatsvertrages

Die Änderungen der AVMD-RL 2010/13/EU werden in Deutschland durch den neuen Medienstaatsvertrag³⁹⁴ (dMStV) umgesetzt, der bereits im Dezember 2019 von der Ministerpräsidentenkonferenz der Länder beschlossen wurde und den dRStV ersetzen soll.³⁹⁵ Der dMStV soll nun rechtzeitig zum Ablauf der Umsetzungsfrist der geänderten AVMD-RL 2010/13/EU bis Ende September 2020 in Kraft treten.³⁹⁶ Allerdings beschäftigt sich derzeit die EU-Kommission mit dem deutschen Medienstaatsvertrag, da dieser vermeintlich gegen die E-Commerce-RL 2000/31/EG verstößt. Dies soll jedoch kein Verfahrenshindernis für Abschluss und Inkrafttreten des dMStV darstellen.³⁹⁷

Durch den Medienstaatsvertrag wurde die Bestimmung des § 58 Abs 1 dRStV nicht verändert, diese befindet sich nun in § 22 Abs 1 dMStV. Zusätzlich wurde eingeführt, dass auf politische, weltanschauliche oder religiöse Werbung in angemessener Weise hingewiesen werden muss.³⁹⁸ In § 74 dMStV findet sich eine zusätzliche Vorschrift für Werbung in sog „rundfunkähnlichen Telemedien“. Es handelt sich hierbei um ein Telemedium mit Inhalten, die nach ihrer Gestaltung oder Form hörfunk- oder fernsehähnlich sind. Diese treffen dieselben Pflichten wie zuvor die „fernsehähnlichen Telemedien“ iSd § 58 Abs 3 dRStV.³⁹⁹

³⁹⁴ Siehe § 3 Abs 2 Z 13 dMStV.

³⁹⁵ *Liesem*, Neulandvermessung – Die Regulierung von Medienintermediären im neuen Medienstaatsvertrag, ZUM 2020/5, 377 (377).

³⁹⁶ *Henrich*, Medienstaatsvertrag: Neue Regeln für digitale Plattformen, MMR-Aktuell 2020, 424303 (424303).

³⁹⁷ *MMR-Aktuell-Redaktion*, EU-Kommission veröffentlicht Stellungnahme zum MStV, MMR-Aktuell 2020, 428972 (428972).

³⁹⁸ § 22 Abs 1 dMStV.

³⁹⁹ § 74 dMStV.

Durch die Änderung des dRStV zum dMStV ändert sich hinsichtlich der Kennzeichnungspflicht von *Influencer Marketing* im Wesentlichen nur der Anwendungsbereich: In Zukunft werden – wie bereits in Kapitel 2.4.1 ausgeführt – auch „nutzergenerierte Inhalte“ von der Bestimmung erfasst, wodurch Inhalte in *YouTube*-Kanälen in Zukunft idR unter die spezialgesetzliche Norm des dMStV fallen werden.⁴⁰⁰ Die werberechtlichen Kennzeichnungspflichten wurden wiederum nahezu unverändert übernommen, weswegen wohl nicht davon auszugehen ist, dass sich die materielle Rechtslage durch den dMStV in diesem Bereich ändern wird.

3.3 Besondere Informationspflichten nach § 6 dTMG

3.3.1 Allgemeines zu § 6 dTMG

Das medienrechtliche Trennungsverbot ist für Telemedien neben § 58 dRStV zusätzlich auch in § 6 dTMG normiert. Die Bestimmung ist nahezu wortgleich mit Art 6 E-Commerce-RL 2000/31/EG, welcher der Bestimmung zu Grunde liegt.⁴⁰¹ Dies erklärt gleichsam die Nähe zur österreichischen Bestimmung des § 6 ECG, deren Grundlage ebenso Art 6 E-Commerce-RL 2000/31/EG darstellt.⁴⁰²

Nach § 6 Abs 1 Z 1 dTMG muss kommerzielle Kommunikation als solche eindeutig zu erkennen sowie nach § 6 Abs 1 Z 2 dTMG zusätzlich der Auftraggeber klar identifizierbar sein. Um den Anwendungsbereich des § 6 dTMG zu eröffnen, muss auf den Begriff des „Diensteanbieters“ abgestellt werden.⁴⁰³ Dies ist ein Schlüsselbegriff des dTMG, der den Adressatenkreis der telemedienrechtlichen Verpflichtungen abgrenzt.⁴⁰⁴ Bei einem Diensteanbieter handelt es sich gem § 2 Z 1 dTMG um natürliche oder juristische Personen, die Telemedien zur Nutzung bereithalten oder zugänglich machen.

Unter dem Begriff der „Telemedien“ sind nach § 1 Abs 1 dTMG dem Grunde nach alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste zu verstehen. Der Begriff des Telemediums des dTMG entspricht jenem des dRStV⁴⁰⁵, weswegen auf die diesbezüglichen Ausführungen in Kapitel 3.2.2 verwiesen wird. Hierunter fallen neben

⁴⁰⁰ Heins, MMR 2018/12, 794 (796).

⁴⁰¹ Schley, Das lauterkeitsrechtliche Trennungsgebot im Internet, 21; Micklitz/Schirnbacher in Spindler/Schuster (Hrsg), Recht der elektronischen Medien⁴ § 6 TMG Rz 1 (2019).

⁴⁰² Laga/Seherschön/Ciresa, E-Commerce-Gesetz, 31.

⁴⁰³ Fuchs/Hahn in Jahnke, Influencer Marketing, 161 (164).

⁴⁰⁴ Martini in Gersdorf/Paal (Hrsg), BeckOK Informations- und Medienrecht²⁷ § 2 TMG Rz 4 (Stand 01.08.2019).

⁴⁰⁵ Martini in BeckOK Informations- und Medienrecht²⁷ § 2 RStV Rz 10.

Internetsuchmaschinen auch soziale Netzwerke wie *Twitter*, *Instagram* und *YouTube*⁴⁰⁶, solange deren Nutzung nicht nur privaten Zwecken dient.⁴⁰⁷ Da *Influencer* idR Einfluss auf die Inhalte ihrer Profile in sozialen Medien ausüben können, sind sie als Diensteanbieter von Telemedien iSd § 2 Z 1 dTMG zu qualifizieren.⁴⁰⁸

Der Begriff der „kommerziellen Kommunikation“ geht über jenen der „Werbung“ hinaus. Umfasst werden sämtliche Formen der Werbung sowie der Selbstdarstellung und der Imagepflege.⁴⁰⁹ Eine mittelbare Förderung genügt hierbei bereits.⁴¹⁰ Dadurch geht der Begriff der „kommerziellen Kommunikation“ zwar über den Werbebegriff iSd § 58 dRStV hinaus⁴¹¹, praxisrelevante Unterschiede ergeben sich hieraus nach *Suwelack* im Bereich des *Influencer* Marketings jedoch nicht.⁴¹² Das Tatbestandselement der „kommerziellen Kommunikation“ wird beim *Influencer* Marketing jedenfalls dann zu bejahen sein, wenn Entgeltlichkeit vorliegt oder ein anderweitiger Vermögensvorteil gewährt wird. Die Entgeltlichkeit ist demnach ein starker Indikator für die Erfüllung dieses Tatbestandsmerkmals.⁴¹³

Nach § 2 Z 5 dTMG fallen Angaben zu Waren oder Dienstleistungen nicht unter die Kennzeichnungspflicht des § 6 dTMG, wenn diese unabhängig und ohne finanzielle Gegenleistung erfolgen.⁴¹⁴ Hierbei handelt es sich um kumulative Voraussetzungen, die beide vorliegen müssen, um die Kennzeichnungspflicht entfallen zu lassen.⁴¹⁵

Die kommerzielle Kommunikation hat des Weiteren im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit zu erfolgen. Diese entspricht dem lauterkeitsrechtlichen „Handeln im geschäftlichen Verkehr“ bzw. „zu Zwecken des Wettbewerbs“ und ist dementsprechend weit auszulegen.⁴¹⁶ Hierfür sei auf die diesbezüglichen Ausführungen in Kapitel 3.4.1 verwiesen.

Unter dem Begriff der „klaren Erkennbarkeit der kommerziellen Kommunikation“ versteht der Gesetzgeber nach dessen Begründungen, dass der kommerzielle Charakter des

⁴⁰⁶ *Leeb/Maisch*, ZUM 2019/1, 29 (30).

⁴⁰⁷ *Ricke* in Spindler/Schuster (Hrsg), Recht der elektronischen Medien⁴ § 2 TMG Rz 2 (2019).

⁴⁰⁸ *Fuchs/Hahn* in Jahnke, Influencer Marketing, 161 (164).

⁴⁰⁹ *Gerecke*, GRUR 2018/2, 153 (155); maW *Ricke* in Recht der elektronischen Medien⁴ § 2 TMG Rz 14.

⁴¹⁰ *Martini* in BeckOK Informations- und Medienrecht²⁷ § 2 TMG Rz 27; *Scherer*, Rezeption kommerzieller Kommunikation in sozialen Netzwerken durch minderjährige Nutzer, WRP 2019/3, 277 (282).

⁴¹¹ *Fuchs/Hahn* in Jahnke, Influencer Marketing, 161 (165).

⁴¹² *Suwelack*, MMR 2017/10, 661 (663).

⁴¹³ *Fries*, Influencer Marketing, 106 f; maW *Meinen/Gerecke* in Schach/Lommatzsch, Influencer Relations, 265 (269).

⁴¹⁴ *Fries*, Influencer Marketing, 106; *Ricke* in Recht der elektronischen Medien⁴ § 2 TMG Rz 16; *Martini* in BeckOK Informations- und Medienrecht²⁷ § 2 TMG Rz 29.

⁴¹⁵ *Gerecke*, GRUR 2018/2, 153 (155).

⁴¹⁶ *Gerecke*, GRUR 2018/2, 153 (155); maW *Ricke* in Recht der elektronischen Medien⁴ § 2 TMG Rz 14.

Werbeinhalten sich zweifellos von anderen Inhalten abhebt.⁴¹⁷ Dies kann insbesondere durch eine optische Trennung oder eine eindeutige Kennzeichnung erfolgen.⁴¹⁸ Hierbei ist nach den Grundsätzen des Wettbewerbs- und Medienrechts vorzugehen⁴¹⁹ und auf die normübergreifenden Ausführungen in Kapitel 3.5 zu verweisen.

Nach § 6 Abs 1 dTMG muss der Auftraggeber klar identifizierbar sein. Hierfür reicht aus, dass der Name des Unternehmens genannt oder ein Unternehmenskennzeichen abgebildet wird.⁴²⁰ Ein Zugang zu diesen Informationen mittels Verlinkung reicht hierfür aus.⁴²¹

3.3.2 Sanktionen bei einer Verletzung der besonderen Informationspflichten

Die Bestimmung des § 6 Abs 1 dTMG ist nicht bußgeldbewährt⁴²², stellt jedoch eine Marktverhaltensregel dar, deren Verletzung nach § 3a dUWG einen Wettbewerbsverstoß darstellen kann (siehe hierzu Kapitel 3.4.5).⁴²³ Nach § 6 Abs 3 dTMG berühren die Kennzeichnungspflichten des § 6 dTMG *expressis verbis* nicht die Vorschriften des dUWG.⁴²⁴ Des Weiteren findet § 6 dTMG parallel zu § 58 Abs 1 dRStV Anwendung.⁴²⁵

In der Begründung des deutschen Gesetzgebers stellt dieser klar, dass § 6 dTMG nur deklaratorische Funktion zukommt, da der Regelungsgehalt bereits vollständig mit § 5a dUWG verbindlich normiert sei.⁴²⁶ Im Unterschied zu § 5a Abs 6 dUWG verlangt § 6 dTMG jedoch keine Relevanz der unternehmerischen Tätigkeit: Die Kennzeichnungspflicht nach § 6 dTMG ist demnach jedenfalls auch dann verletzt, wenn die Verschleierung des kommerziellen Zweckes nicht ursächlich für eine Kaufentscheidung des Verbrauchers ist.⁴²⁷

3.3.3 Kritische Auseinandersetzung

§ 6 dTMG stellt meines Erachtens eine gute Ergänzung des medienrechtlichen Kennzeichnungsgebotes dar. Die Vorschrift hat aufgrund der weiten Definition der „kommerziellen Kommunikation“ durchaus ihre Bestandsberechtigung, da im Gegensatz zu § 58 Abs 1 dRStV auch unentgeltliche Inhalte erfasst werden. Dadurch stellt § 6 dTMG

⁴¹⁷ RegE BT-Drs 14/6098, 22; Pries in Gersdorf/Paal (Hrsg), BeckOK Informations- und Medienrecht²⁷ § 6 TMG Rz 4 (Stand 01.02.2020).

⁴¹⁸ Fries, Influencer Marketing, 113.

⁴¹⁹ Micklitz/Schirnbacher in Recht der elektronischen Medien⁴ § 6 TMG Rz 20 f.

⁴²⁰ Pries in BeckOK Informations- und Medienrecht²⁷ § 6 TMG Rz 5.

⁴²¹ Micklitz/Schirnbacher in Recht der elektronischen Medien⁴ § 6 TMG Rz 61 f.

⁴²² Micklitz/Schirnbacher in Recht der elektronischen Medien⁴ § 6 TMG Rz 121.

⁴²³ Gerecke, GRUR 2018/2, 153 (159).

⁴²⁴ § 6 Abs 3 dTMG.

⁴²⁵ Fuchs/Hahn in Jahnke, Influencer Marketing, 161 (165).

⁴²⁶ RegE BT-Drs 14/6098, 22; Micklitz/Schirnbacher in Recht der elektronischen Medien⁴ § 6 TMG Rz 9.

⁴²⁷ Peifer, GRUR 2018/12, 1218 (1222).

einen Auffangtatbestand für jene Ausnahmefälle dar, bei denen keine Gegenleistung gewährt wird, aber dennoch ein Abhängigkeitsverhältnis besteht. Die Kennzeichnungspflicht aus § 6 dTMG ist zwar sanktionslos, jedoch mittelbar über den Rechtsbruchtatbestand des § 3a dUWG durchsetzbar, wodurch sie als Ergänzung zu § 58 dRStV durchaus Anwendung finden kann.

§ 6 dTMG sieht neben der Kennzeichnung auch noch die Angabe des Auftraggebers vor. Die Anforderungen an diese Kenntlichmachung sind sehr gering, da bereits die Verlinkung auf die Website oder etwa das *Instagram*-Konto des Unternehmens ausreicht. Die niedrigen Anforderungen an die Angabe des Auftraggebers ist meines Erachtens richtig, da eine Identifikationsmöglichkeit die Rechte des Verbrauchers wahrt sowie dessen freie Entscheidung sichert, ohne die Rechte des Werbenden bzw des Beworbenen zu stark einzuschränken.

3.4 Lauterkeitsrechtliche Kennzeichnungspflicht nach dUWG

3.4.1 Einführung zur Kennzeichnungspflicht nach dUWG

Das lauterkeitsrechtliche Kennzeichnungsgebot gilt medienübergreifend für sämtliche Formen von *Influencer* Marketing und hat dementsprechend den weitesten Anwendungsbereich.⁴²⁸ Für die Werbekennzeichnungspflicht im Rahmen von *Influencer* Marketing können die Bestimmungen der Z 11 des Anhangs zum dUWG („als Information getarnte Werbung“), § 5a Abs 6 dUWG („Kenntlichmachung des kommerziellen Zwecks“) sowie der Rechtsbruchtatbestand des § 3a dUWG herangezogen werden.⁴²⁹

Damit das dUWG zur Anwendung kommen kann, muss zunächst eine geschäftliche Handlung iSd § 2 Abs 1 Z 1 dUWG vorliegen.⁴³⁰ Beim Begriff der „geschäftlichen Handlung“ handelt es sich um den Zentralbegriff des dUWG, der dazu dient, den sachlichen Anwendungsbereich des dUWG vom allgemeinen Deliktsrecht abzugrenzen. Nur bei Vorliegen einer geschäftlichen Handlung kommt demnach das deutsche Lauterkeitsrecht zur Anwendung.⁴³¹ Die geschäftliche Handlung kann hierbei sowohl in einem positiven Tun als auch

⁴²⁸ *Fries*, *Influencer Marketing*, 116.

⁴²⁹ *Böse*, *Influencer-Marketing. Die lauterkeitsrechtlichen Kennzeichnungspflichten von Werbebotschaften*, MDR 2019/13, 769 (770).

⁴³⁰ *Zurth/Pless*, ZUM 2019/6, 457 (457); *Fries*, *Influencer Marketing*, 101.

⁴³¹ *H. Köhler* in *Köhler/Bornkamm/Feddersen* (Hrsg), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG*³⁸ § 2 Rz 3 (2020); *Bähr* in *Heermann/Schlingloff* (Hrsg), *Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht (UWG)* Band 1³ § 2 Rz 7 (2020); *maW Fezer* in *Fezer/Büscher/Obergfell* (Hrsg), *Lauterkeitsrecht. Kommentar zum UWG* Band 1³ § 2 Rz 4 (2016).

in einer Unterlassung bestehen.⁴³² Eine geschäftliche Handlung setzt jedoch nicht voraus, dass der Handelnde selbst Unternehmer ist, sondern schließt auch Tätigkeiten von Privatpersonen zugunsten von Unternehmen ein.⁴³³ Erfasst werden daher sowohl Handlungen zugunsten des eigenen als auch eines fremden Unternehmens.⁴³⁴

In diesem Zusammenhang gilt es festzustellen, ob der jeweilige *Influencer* selbst als Unternehmer iSd § 2 Abs 1 Z 6 dUWG einzustufen ist.⁴³⁵ Dies ist insbesondere deswegen von Bedeutung, weil die deutsche Judikatur⁴³⁶ der Ansicht folgt, dass ein unternehmerisch tätiger *Influencer* zumindest sein eigenes Unternehmen fördern will. Zu denken wäre hierbei etwa an Imagepflege oder eine Vergrößerung der Reichweite.⁴³⁷

Die Unternehmereigenschaft iSd dUWG liegt bei natürlichen sowie juristischen Personen vor, die geschäftliche Handlungen im Rahmen ihrer Berufs-, Handwerks- oder Gewerbeausübung vornehmen sowie bei jenen Personen, die im Auftrag oder im Namen einer solchen Person handeln.⁴³⁸ Der Begriff des Unternehmens bzw des Unternehmers ist nach der Ansicht des EuGH⁴³⁹ zur UGP-RL 2005/29/EG weit auszulegen, um den Verbraucher zu schützen. Hierbei wird auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise abgestellt, die nicht auf die Rechtsform, sondern die konkrete Position im Wettbewerb abstellt.⁴⁴⁰ Nach der Definition des BGH⁴⁴¹ ist unternehmerisches Handeln jede „auf gewisse Dauer angelegte, selbstständige wirtschaftliche Betätigung, die darauf gerichtet ist, Waren oder Dienstleistungen gegen Entgelt zu vertreiben“.

⁴³² Fezer in Lauterkeitsrecht³ § 2 UWG Rz 34; Bähr in MK UWG Band 1³ § 2 Rz 33; Micklitz/Schirnbacher in Spindler/Schuster (Hrsg), Recht der elektronischen Medien⁴ § 2 UWG Rz 5 (2019); Sosnitzer in Ohly/Sosnitzer (Hrsg), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb⁷ § 2 UWG Rz 8 (2016).

⁴³³ H. Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen (Hrsg), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG³⁸ § 3a Rz 1.51 (2020).

⁴³⁴ Leeb/Maisch, ZUM 2019/1, 29 (33); Gerecke, GRUR 2018/2, 153 (155); Fries, Influencer Marketing, 102; Sekara, Welche weiteren rechtlichen Aspekte gibt es im Influencer-Marketing?, in Jahnke (Hrsg), Influencer Marketing (2018) 176 (179); Micklitz/Schirnbacher in Recht der elektronischen Medien⁴ § 2 UWG Rz 11.

⁴³⁵ Willems, Influencer als Unternehmer. Überlegungen zu § 2 Abs 1 Nr 6 UWG und §§ 14, 112 BGB, MMR 2018/11, 707 (707).

⁴³⁶ Etwa LG Karlsruhe 21.03.2019, 13 O 38/18; KG Berlin 08.01.2019, 5 U 83/18.

⁴³⁷ Böse, MDR 2019/13, 769 (770); Keller in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Hrsg), UWG⁴ § 2 Rz 27 (2016).

⁴³⁸ § 2 Abs 1 Z 6 dUWG.

⁴³⁹ EuGH 03.10.2013, C-59/12 (Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs), ÖJZ 2013/128, 1105 (Brenn) = MR 2013, 298 (Heidinger) = ecolex 2014/33, 62 (Hofmarcher) = ASoK 2014, 122 (Karl) = wbl 2016, 774 (Mosler) = LMK 2013, 353251 (Kainer) = GRUR-Prax 2013, 450 (Nowak-Over).

⁴⁴⁰ H. Köhler in UWG³⁸ § 2 Rz 21.

⁴⁴¹ BGH 04.12.2008, I ZR 3/06.

Wenn der *Influencer* als Unternehmer iSd dUWG einzustufen ist, darf nach Böse⁴⁴² sowie Micklitz/Namysłowska⁴⁴³ daraus jedoch noch nicht abgeleitet werden, dass jeder Beitrag des *Influencers* eine geschäftliche Handlung darstellt. Dies würde dazu führen, dass die Warnfunktion der Werbekennzeichnung möglicherweise verloren gehen würde.⁴⁴⁴ Vielmehr wird in der Rsp differenziert: Der BGH unterscheidet, ob ein Beitrag weltanschauliche, wissenschaftliche, kulturelle oder redaktionelle Inhalte aufweist, die in keinem funktionalen Zusammenhang mit einer Absatzförderung stehen, wodurch auch die Einstufung als geschäftliche Handlung entfällt.⁴⁴⁵ Das KG Berlin unterscheidet danach, ob der Schwerpunkt des Beitrages in einer Meinungsäußerung liegt oder der Darstellung eines Unternehmens bzw dessen Produkte dient.⁴⁴⁶ Das LG Berlin bejahte die (widerlegliche) Vermutung der geschäftlichen Handlung bei unternehmerisch tätigen *Influencern*.⁴⁴⁷ Diese Vermutung führt dazu, dass der Gegenbeweis geführt werden muss, was somit effektiv zu einer Beweislastumkehr führt.⁴⁴⁸

So wurde etwa bei einem Beitrag einer *Influencerin* eine Verlinkung auf die Website eines Produktherstellers als geschäftliche Handlung iSd § 2 Abs 1 Z 1 dUWG qualifiziert. Die Förderung des Absatzes wurde im konkreten Fall so begründet, dass der Beitrag den Absatz der dargestellten Produkte steigert und das Image des Herstellers fördert.⁴⁴⁹ Nach dem KG Berlin ist die Verlinkung auf den unternehmerischen *Instagram*-Konto der Angabe der Unternehmenswebsite gleichzuhalten.⁴⁵⁰ Daran ändert auch der Hinweis, dass das Produkt selbst bezahlt wurde und die Verlinkung nur „informativ“ zu verstehen sei, nichts.⁴⁵¹ Im Gegensatz dazu stellt die schlichte Erwähnung von Individuen⁴⁵², etwa von Personen des öffentlichen Lebens, kein absatzförderndes Verhalten dar.⁴⁵³

Eine geschäftliche Handlung liegt beim *Influencer Marketing* des Weiteren jedenfalls dann vor, wenn der Beitrag des *Influencers* bezahlt⁴⁵⁴ oder sonstige Vermögensvorteile gewährt

⁴⁴² Böse, MDR 2019/13, 769 (770).

⁴⁴³ Micklitz/Namysłowska in Spindler/Schuster (Hrsg), Recht der elektronischen Medien⁴ § 5a UWG Rz 75 (2019).

⁴⁴⁴ Vonau, Werbekennzeichnung von Instagram-Beiträgen, GRUR-Prax 2019/8, 191 (191).

⁴⁴⁵ BGH 31.03.2016, I ZR 160/14, LMK 2016, 608 (Berlit) = GRUR-Prax 2016, 290 (Himmelsbach) = K&R 2016, 495 (Huff).

⁴⁴⁶ KG Berlin 08.01.2019, 5 U 83/18.

⁴⁴⁷ LG Berlin 03.05.2018, 15 O 250/17.

⁴⁴⁸ Willems, MMR 2018/11, 707 (709).

⁴⁴⁹ LG Karlsruhe 21.03.2019, 13 O 38/18.

⁴⁵⁰ KG Berlin 27.07.2018, 5 W 149/18.

⁴⁵¹ H. Köhler in UWG³⁸ § 5a Rz 7.80a.

⁴⁵² Dies wird in sozialen Netzwerken häufig auch als „Taggen“ bezeichnet.

⁴⁵³ Leeb/Maisch, ZUM 2019/1, 29 (33); maW Sekara in Jahnke, Influencer Marketing, 176 (180).

⁴⁵⁴ Scherer, WRP 2019/3, 277 (279); Klickermann, MMR 2020/3, 150 (154); Gerecke, GRUR 2018/2, 153 (156).

wurden.⁴⁵⁵ Der Nichterhalt eines Entgelts führt nach der deutschen Judikatur jedoch nicht zum sofortigen Ausschluss einer geschäftlichen Handlung.⁴⁵⁶ Hinsichtlich sonstiger Vermögensvorteile ist des Weiteren zu differenzieren: Es ist auf eine Gesamtschau der Umstände des Einzelfalls⁴⁵⁷ abzustellen, woraus sich ergibt, ob ein Beitrag objektiv der Förderung des Absatzes eines Produktes dient.⁴⁵⁸

Schwieriger einzuordnen ist jener Fall, in dem der *Influencer* über ein Produkt berichtet, das ihm zur Verfügung gestellt wurde, jedoch ohne Einflussnahme des Unternehmers auf das Ergebnis des gewünschten „Produkttests“. Ein Vermögensvorteil wird in jenen Fällen bereits zu bejahen sein.⁴⁵⁹ Bei einer negativen Berichterstattung scheidet jedoch die Absatzförderung aus, weswegen der *Influencer* dementsprechend keinen Hinweis auf die kostenlose Zurverfügungstellung des Produktes veröffentlichen muss.⁴⁶⁰ Bei einer positiven Berichterstattung kann die Absatzförderung nach *Fries* idR auch ohne Werbeabsicht bejaht werden.⁴⁶¹

Strittig ist bisher jedoch, ob bei der unentgeltlichen Überlassung geringe Produktwerte ausreichen: *Scherer* meint dazu, dass zu beachten ist, dass selbst die kostenlose Überlassung bei sehr niedrigen Produktwerten für die Absatzförderungsabsicht ausreichen muss, da *Influencer* häufig selbst ein sehr junges Alter und damit einhergehend eingeschränkte finanzielle Möglichkeiten haben.⁴⁶² Nach *Gerecke* und *Micklitz/Namysłowska* ist darauf abzustellen, ob die Rezension des Testprodukts mit geringem Geldwert unabhängig und somit ohne Vorgaben des Unternehmens erfolgt. Ein Indiz für einen unabhängigen Produkttest wäre etwa die Analyse des Produktes mit einer Darstellung von Vor- sowie Nachteilen.⁴⁶³

Als weitere Voraussetzung muss die geschäftliche Handlung objektiv der Absatzförderung dienen.⁴⁶⁴ Eine objektive Eignung zur Absatzförderung ist hierbei ausreichend, um das Tatbestandsmerkmal zu erfüllen.⁴⁶⁵ Unerheblich ist hierbei, ob es zu einer tatsächlichen

⁴⁵⁵ *Schröder*, Schleichwerbung in sozialen Medien, MMR 2018, 245 (246); *Suwelack*, MMR 2017/10, 661 (663); *Sekara* in Jahnke, Influencer Marketing, 176 (178).

⁴⁵⁶ So etwa LG Karlsruhe 21.03.2019, 13 O 38/18; OLG Braunschweig 08.01.2019, 2 U 89/18.

⁴⁵⁷ *Willems*, MMR 2018/11, 707 (708).

⁴⁵⁸ *Gerecke*, GRUR 2018/2, 153 (156).

⁴⁵⁹ *Suwelack*, MMR 2017/10, 661 (663).

⁴⁶⁰ *Gerecke*, GRUR 2018/2, 153 (157).

⁴⁶¹ *Fries*, Influencer Marketing, 107.

⁴⁶² *Scherer*, WRP 2019/3, 277 (279).

⁴⁶³ *Gerecke*, GRUR 2018/2, 153 (157); *Micklitz/Namysłowska* in Recht der elektronischen Medien⁴ § 5a UWG Rz 75.

⁴⁶⁴ *Gerecke*, GRUR 2018/2, 153 (156); *Fries*, Influencer Marketing, 102; *Micklitz/Schirmbacher* in Recht der elektronischen Medien⁴ § 2 UWG Rz 1.

⁴⁶⁵ *S. Köhler*, Influencer-Marketing: Kennzeichnungspflichten nach UWG, GRUR-Prax 2019/15, 343 (343).

Förderung des Absatzes kommt⁴⁶⁶, wichtig ist jedoch, dass das Verhalten nach außen tritt und Marktbezug aufweist.⁴⁶⁷ Gleichbedeutung mit der Absatzförderung ist nach dem BGH⁴⁶⁸ die Gewinnung, Erhaltung oder Erweiterung des Kundenstammes. Ein objektiver Zusammenhang zwischen geschäftlicher Handlung und Absatzförderung ist vor allem im Bereich der Werbung gegeben⁴⁶⁹, weswegen dieses Tatbestandselement beim *Influencer* Marketing keine Probleme bereitet.

Von Bedeutung ist im Zusammenhang mit der objektiven Eignung zur Absatzförderung insbesondere die Unzulässigkeit von unbezahlten „Zugaben“ im Sinne einer Erwähnung eines Werbepartners im redaktionellen Bereich eines Mediums, ohne diesen Umstand entsprechend zu kennzeichnen. Derartige Äußerungen im redaktionellen Teil sind nur dann zulässig und legitim, wenn sie durch ein öffentliches Informationsinteresse gedeckt sind.⁴⁷⁰ In Österreich wäre hierunter wohl die Ausnahme der Kennzeichnungspflicht im Rahmen der „Gefälligkeitswerbung“ zu verstehen (siehe Kapitel 2.2.2).

Rein privates Handeln stellt keine geschäftliche Handlung dar, worunter der private Lebensbereich eines Einzelnen verstanden wird, der sich außerhalb einer Berufs- oder Erwerbsausübung befindet.⁴⁷¹ Wenn der Private jedoch im Namen oder Auftrag eines Unternehmens handelt, so ist er – unabhängig von dem Erhalt von Entgelt – stets geschäftlich tätig, wenn er hierbei eine selbstständige berufliche Tätigkeit ausübt.⁴⁷² Das LG Karlsruhe hat diesbezüglich ausgeführt, dass *Influencer* mit einem öffentlichen Profil in sozialen Netzwerken nicht rein privat tätig sind, sondern vielmehr ein geschäftlicher Auftritt vorliegt.⁴⁷³ Auch das LG Osnabrück stellte fest, dass eine Nutzung eines sozialen Mediums zu privaten Zwecken bei einem *Influencer* mit etwa 66.000 *Followern* ausgeschlossen sei.⁴⁷⁴ Das LG München hat wiederum bei einer *Influencerin* festgestellt, dass diese auf eine Kennzeichnung verzichten könne, da durch die große Anzahl ihrer *Follower* ihr gewerbliches Handeln für das angesprochene Publikum zweifellos erkennbar sei.⁴⁷⁵

⁴⁶⁶ H. Köhler in UWG³⁸ § 2 Rz 37.

⁴⁶⁷ Micklitz/Schirnbacher in Recht der elektronischen Medien⁴ § 2 UWG Rz 18 f.

⁴⁶⁸ BGH 20.02.1986, I ZR 149/83.

⁴⁶⁹ Bähr in MK UWG Band 1³ § 2 Rz 121.

⁴⁷⁰ Branahl, Medienrecht⁸, 331 f; Heermann in Heermann/Schlingloff (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht (UWG) Band 1³ § 5a Rz 765 ff (2020).

⁴⁷¹ S. Köhler, GRUR-Prax 2019/15, 343 (344); Gerecke, GRUR 2018/2, 153 (155); Fries, Influencer Marketing, 102.

⁴⁷² H. Köhler in UWG³⁸ § 2 Rz 62.

⁴⁷³ LG Karlsruhe 21.03.2019, 13 O 38/18.

⁴⁷⁴ LG Osnabrück 12.06.2018, 14 O 135/18.

⁴⁷⁵ LG München 29.04.2019, 4 HK O 14312/18, GRUR-RR 2019, 332 (Zurth/Pless) = WRP 2019, 931 (Nadi).

Wenn der Anwendungsbereich des dUWG eröffnet ist, so kommen – wie anfänglich bereits erwähnt – insbesondere drei Bestimmungen hinsichtlich der ausbleibenden Kennzeichnung von Werbeinhalten bei *Influencer* Marketing in Betracht: Z 11 des Anhangs zum dUWG statuiert das Verbot der als Information getarnten Werbung, § 5a Abs 6 dUWG umfasst die Irreführung durch unterbliebene Kenntlichmachung des kommerziellen Zwecks einer geschäftlichen Handlung und § 3a dUWG sanktioniert den Verstoß gegen eine allgemeine Norm (sog Rechtsbruch).⁴⁷⁶

Vor dem Hintergrund der unterschiedlichen Anwendungsvoraussetzungen der Normen bietet sich nach *Dreyer/Frank* folgende Reihenfolge zur Überprüfung eines lauterkeitsrechtlichen Verstoßes gegen die Kennzeichnungspflicht an: Stets muss geprüft werden, ob eine geschäftliche Handlung iSd § 2 Abs 1 Z 1 dUWG vorliegt. Wenn sich ein Verstoß gegen den Adressaten eines strengeren, medienrechtlichen Kennzeichnungsverstoßes richtet, so ist diese spezialgesetzliche Regelung über den Rechtsbruchtatbestand des § 3a dUWG zu prüfen. Anschließend müssen die Spezialnorm der Z 11 des Anhangs sowie danach § 5a Abs 6 dUWG geprüft werden.⁴⁷⁷

Die in der vorliegenden Diplomarbeit angewandte Reihenfolge orientiert sich an der deutschen Rechtsprechung. Diese greift für *Influencer* Marketing insbesondere auf § 5a Abs 6 dUWG zurück.⁴⁷⁸ Da Z 11 des Anhangs zum dUWG hierzu jedoch eine *lex specialis* darstellt, sei diese zuerst behandelt.⁴⁷⁹ Erst im Anschluss an die Analyse von § 5a Abs 6 dUWG wird – entgegen der von *Dreyer/Frank*⁴⁸⁰ empfohlenen Prüfungsreihenfolge – auf den Rechtsbruchtatbestand des § 3a dUWG eingegangen, da dieser von der Rsp für *Influencer* Marketing bisher nicht herangezogen wurde.

3.4.2 Verbraucherleitbild des dUWG

Bei der Bewertung eines lauterkeitsrechtlichen Sachverhaltes muss nach § 3 Abs 4 S 1 dUWG auf den durchschnittlichen Verbraucher als Maßstab abgestellt werden. Es wird somit ein angemessen informierter, kritischer und aufmerksamer Verbraucher

⁴⁷⁶ Böse, MDR 2019/13, 769 (769 f)

⁴⁷⁷ *Dreyer/Frank* in UWG⁴ § 5a Rz 276.

⁴⁷⁸ So etwa OLG Frankfurt a. M. 28.06.2019, 6 W 35/19; LG Hamburg 28.03.2019, 403 HKO 127/18; OLG Braunschweig 08.01.2019, 2 U 89/18; KG Berlin 27.07.2018, 5 W 149/18; KG Berlin 11.10.2017, 5 W 221/17.

⁴⁷⁹ Gerecke, GRUR 2018/2, 153 (156).

⁴⁸⁰ *Dreyer/Frank* in UWG⁴ § 5a Rz 276.

herangezogen.⁴⁸¹ Wenn sich eine Handlung nur an eine bestimmte Gruppe von Verbrauchern richtet, so ist ein durchschnittliches Mitglied jener Gruppe für die Beurteilung zu nutzen.⁴⁸²

Nach § 3 Abs 4 S 2 dUWG wird des Weiteren ein erhöhter Schutzmaßstab herangezogen, wenn geschäftliche Handlungen eines Unternehmers vorhersehbar das Verhalten einer besonders schutzbedürftigen Personengruppe beeinflussen sollen. Ob der erhöhte Schutzmaßstab bei *Influencer Marketing* zur Anwendung gelangen soll, wurde bisher noch nicht final entschieden.⁴⁸³ Bei der Beurteilung dieser Frage muss insbesondere berücksichtigt werden, dass die Affinität zu *Influencern* in der Altersgruppe zwischen 14- und 29-Jährigen unverhältnismäßig hoch ist und aus dieser Gruppe ein spürbarer Anteil Produkte kauft, die von *Influencern* beworben werden.⁴⁸⁴ Das Alter spielt ebenso einen erheblichen Einfluss darauf, ob der Rezipient einen entgeltlichen Werbeinhalt erkennt.⁴⁸⁵

Der BGH hat zu § 3 Abs 4 dUWG ausgesprochen, dass eine Prüfung nach dem strengen Schutzmaßstab dann erforderlich ist, wenn die geschäftliche Handlung voraussichtlich und vorhersehbar das Verhalten einer besonders schutzbedürftigen Gruppe von Verbrauchern beeinflusst.⁴⁸⁶ Nach *Scherer* folgt daraus für das *Influencer Marketing*, dass der erhöhte Schutzmaßstab des § 3 Abs 4 dUWG etwa dann zur Anwendung kommt, wenn im Speziellen Minderjährige durch einen Beitrag beeinflusst werden sollen.⁴⁸⁷

3.4.3 Als Information getarnte Werbung iSd Z 11 des Anhangs zum dUWG

Nach der Z 11 des Anhangs zum dUWG liegt eine unzulässige geschäftliche Handlung iSd § 3 Abs 3 dUWG dann vor, wenn redaktionelle Inhalte, die vom Unternehmer finanziert wurden, zur Verkaufsförderung genutzt werden, ohne dass sich der werbliche Inhalt aus dem Zusammenhang oder aus dessen Darstellung zweifelsfrei ergibt.⁴⁸⁸ Die Vorschrift gilt für sämtliche Medienformen und damit auch für digitale Inhalte⁴⁸⁹, spielte in der Judikatur zum *Influencer Marketing* jedoch bisher keine bedeutende Rolle.⁴⁹⁰

⁴⁸¹ *Obergfell* in Fezer/Büscher/Obergfell (Hrsg), Lauterkeitsrecht. Kommentar zum UWG Band 2³ § 5a Rz 94 (2016).

⁴⁸² *Schley*, Das lauterkeitsrechtliche Trennungsgebot im Internet, 25; *Dreyer/Frank* in UWG⁴ § 5a Rz 267.

⁴⁸³ *Scherer*, WRP 2019/3, 277 (279).

⁴⁸⁴ *Peifer*, GRUR 2018/12, 1218 (1220).

⁴⁸⁵ *Bogus* in Schach/Lommatzsch, Influencer Relations, 89 (103).

⁴⁸⁶ BGH 12.12.2013, I ZR 192/12, GRUR-Prax 2014, 285 (*Ruess*) = EWiR 2014, 533 (*Gaugenrieder/Eileen*) = K&R 2014, 526 (*Laoutoumai/Terhaag*).

⁴⁸⁷ *Scherer*, WRP 2019/3, 277 (280).

⁴⁸⁸ § 3 Abs 3 iVm Z 11 des Anhangs zum dUWG.

⁴⁸⁹ *Sosnitza* in Ohly/Sosnitza (Hrsg), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb⁷ Z 11 des Anhangs Rz 31 (2016).

⁴⁹⁰ *Böse*, MDR 2019/13, 769 (772).

Z 11 des Anhangs zum dUWG entstammt der „Schwarzen Liste“ der UGP-RL 2005/29/EG, weswegen es sich um ein *per-se*-Verbot handelt, bei dem keine Relevanzprüfung erforderlich ist.⁴⁹¹ Es wird daher nicht geprüft, ob das unlautere Verhalten den Verbraucher zu einer Handlung veranlasst hat, die er sonst nicht getroffen hätte.⁴⁹² Des Weiteren handelt es sich um einen Sonderfall von Irreführung durch Unterlassung⁴⁹³, weswegen Z 11 des Anhangs zum dUWG die allgemeinere Bestimmung des § 5a Abs 6 dUWG verdrängt.⁴⁹⁴

Grundvoraussetzung für die Anwendbarkeit von Z 11 des Anhangs zum dUWG ist das Vorliegen eines redaktionellen Inhalts.⁴⁹⁵ Dieser liegt vor, wenn ein Beitrag aus der Perspektive des Durchschnittsverbrauchers als objektiv-neutrale Berichterstattung des Medienunternehmens bzw des *Influencers* erscheint.⁴⁹⁶ Zum Schutz des Verbrauchers bedarf es in diesem Zusammenhang eines strengeren Maßstabes, da dieser redaktionellen Inhalten idR unkritischer gegenübersteht als unmittelbarer Wirtschaftswerbung.⁴⁹⁷

Redaktionelle Inhalte werden in sozialen Netzwerken etwa dann anzunehmen sein, wenn in *YouTube*-Kanälen häufig längere Videobeiträge zu aktuellen Themen veröffentlicht werden und der *Influencer* hierbei eine gewisse redaktionelle Aufsicht einnimmt.⁴⁹⁸ Dementsprechend kann auf Plattformen wie *Instagram*, wo zweifelsfrei die veröffentlichte Fotografie im Mittelpunkt steht, wohl idR nicht von redaktionellen Inhalten ausgegangen werden.⁴⁹⁹ Das OLG München hat jedoch bereits festgestellt, dass der Tatbestand der Z 11 des Anhangs zum dUWG durchaus auch von digitalen Publikationen erfüllt werden kann.⁵⁰⁰ Der BGH setzt hierfür voraus, dass eine – zumindest vermeintlich – neutrale Berichterstattung durch einen Medienunternehmer erfolgt.⁵⁰¹ Bisher wurde dementsprechend für die Erfüllung der Z 11 des Anhangs zum dUWG gefordert, dass eine organisierte Medientätigkeit im Sinne

⁴⁹¹ Hoeren in Fezer/Büscher/Obergfell (Hrsg), Lauterkeitsrecht. Kommentar zum UWG Band 2³ Z 11 des Anhangs Rz 4 (2016).

⁴⁹² Gerecke, GRUR 2018/2, 153 (155); Fries, Influencer Marketing, 126.

⁴⁹³ Schley, Das lauterkeitsrechtliche Trennungsgebot im Internet, 29.

⁴⁹⁴ Gerecke, GRUR 2018/2, 153 (156).

⁴⁹⁵ Micklitz/Schirnbacher in Schindler/Schuster (Hrsg), Recht der elektronischen Medien⁴ § 3 UWG Rz 86 (2019); Frank in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Hrsg), UWG⁴ Z 11 des Anhangs Rz 21 (2016).

⁴⁹⁶ Hetmank, Internetrecht, 98; Gerecke, GRUR 2018/2, 153 (156); Fries, Influencer Marketing, 127; maW Micklitz/Schirnbacher in Recht der elektronischen Medien⁴ § 3 UWG Rz 85.

⁴⁹⁷ Ahrens, GRUR 2018/12, 1211 (1213).

⁴⁹⁸ Scherer, WRP 2019/3, 277 (280).

⁴⁹⁹ Ahrens, GRUR 2018/12, 1211 (1213 f).

⁵⁰⁰ OLG München 27.03.2014, 6 U 3183/13.

⁵⁰¹ BGH 06.02.2014, I ZR 2/11 (Good News II), GRUR-Prax 2014, 389 (Von Becker) = EWiR 2014, 795 (Lober).

einer Redaktion vorliegt. Ein Teil der Lit plädiert jedoch inzwischen dafür, den Anwendungsbereich auch auf einzelne *Influencer* auszuweiten.⁵⁰²

Das Tatbestandselement des „Einsatzes zu Zwecken der Verkaufsförderung“ ist dann erfüllt, wenn der Beitrag zumindest mittelbar zur Förderung des Absatzes von Waren oder Dienstleistungen dient.⁵⁰³ Dieses ist weit auszulegen und kann bereits durch die Nennung von Produkten eines Unternehmens erfüllt sein.⁵⁰⁴ Dies geht insbesondere aus der englischen („*to promote a product*“) sowie der französischen Fassung („*pour faire la promotion d'un produit*“) der UGP-RL 2005/29/EG hervor.⁵⁰⁵

Im Unterschied zu § 5a Abs 6 dUWG muss für den Tatbestand der Z 11 des Anhangs der Beitrag durch das beworbene Unternehmen nachweislich finanziert worden sein. Hierunter fallen neben der unmittelbaren Bezahlung ebenso Zuwendungen von sonstigen Vermögensvorteilen.⁵⁰⁶ Hierfür würde die kostenfreie Überlassung von rezensierten Produkten ausreichen.⁵⁰⁷ Jedenfalls muss die Gegenleistung dem Veröffentlichenden – in diesem Fall dem *Influencer* – zukommen, andernfalls ist dieses Tatbestandselement nicht erfüllt.⁵⁰⁸

Als Indiz für eine Finanzierung durch einen Unternehmer kann etwa eine gleichzeitig geschaltete Werbeanzeige herangezogen werden.⁵⁰⁹ Wenn der Nachweis der Finanzierung jedoch nicht glückt, so ist idR § 5a Abs 6 dUWG als Auffangnorm anwendbar, wo kein Nachweis einer Gegenleistung erbracht werden muss.⁵¹⁰

Der Tatbestand der Z 11 des Anhangs zum dUWG ist nicht erfüllt, wenn für den Durchschnittsverbraucher ersichtlich ist, dass es sich bei dem Beitrag um einen werblichen Inhalt

⁵⁰² So etwa *Gerecke*, GRUR 2018/2, 153 (156); *Sekara* in Jahnke, *Influencer Marketing*, 176 (184); aA *Alexander* in Heermann/Schlingloff (Hrsg), *Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht (UWG)* Band 1³ Z 11 des Anhangs Rz 25 (2020); aA *H. Köhler* in Köhler/Bornkamm/Feddersen (Hrsg), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG*³⁸ Z 11 des Anhangs Rz 11.2 (2020).

⁵⁰³ *Scherer*, WRP 2019/3, 277 (280); *Micklitz/Schirnbacher* in *Recht der elektronischen Medien*⁴ § 3 UWG Rz 90.

⁵⁰⁴ *Micklitz/Schirnbacher* in *Recht der elektronischen Medien*⁴ § 3 UWG Rz 90; maW *Sosnitza* in *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*⁷ Z 11 des Anhangs Rz 33.

⁵⁰⁵ *Frank* in *UWG*⁴ Z 11 des Anhangs Rz 22; *Alexander* in *UWG* Band 1³ Z 11 des Anhangs Rz 28.

⁵⁰⁶ *Gerecke*, GRUR 2018/2, 153 (156); *Fries*, *Influencer Marketing*, 128; *Alexander* in *MK UWG* Band 1³ Z 11 des Anhangs Rz 30 f; *H. Köhler* in *UWG*³⁸ Z 11 des Anhangs Rz 11.4.

⁵⁰⁷ *Scherer*, WRP 2019/3, 277 (280).

⁵⁰⁸ *Micklitz/Schirnbacher* in *Recht der elektronischen Medien*⁴ § 3 UWG Rz 88.

⁵⁰⁹ *Hoeren* in *Lauterkeitsrecht*³ Z 11 des Anhangs Rz 3b; aA *Frank* in *UWG*⁴ Z 11 des Anhangs Rz 23.

⁵¹⁰ *Micklitz/Schirnbacher* in *Recht der elektronischen Medien*⁴ § 3 UWG Rz 89; maW *Hoeren* in *Lauterkeitsrecht*³ Z 11 des Anhangs Rz 4.

handelt, ansonsten muss der Beitrag gekennzeichnet werden.⁵¹¹ Zu Art und Weise der Kennzeichnung ist auf die normübergreifenden Ausführungen in Kapitel 3.5 zu verweisen.

3.4.4 Irreführung durch Unterlassung nach § 5a Abs 6 dUWG

Die deutsche Judikatur stellt bei Fragen der Kennzeichnungspflicht von Werbeinhalten in sozialen Netzwerken primär auf den Tatbestand des § 5a Abs 6 dUWG ab.⁵¹² Nach der Bestimmung des § 5a Abs 6 dUWG muss der kommerzielle Zweck einer geschäftlichen Handlung kenntlich gemacht werden. Es handelt sich hierbei um eine Auffangnorm zu Z 11 des Anhangs zum dUWG, weswegen diese – wie obig bereits erwähnt – vorrangig zu prüfen ist.⁵¹³ Die Anforderungen sind bei § 5a Abs 6 dUWG geringer, da keine Finanzierung durch das beworbene Unternehmen sowie kein Einsatz redaktioneller Inhalte erforderlich ist.⁵¹⁴ Diese Beweiserleichterung ist auch der Grund, warum auf § 5a Abs 6 dUWG in der Praxis häufiger zurückgegriffen wird.⁵¹⁵

Damit ein Verhalten iSd § 5a Abs 6 dUWG als unlauter qualifiziert werden kann, muss neben einer geschäftlichen Handlung ebenso ein kommerzieller Zweck vorliegen, welcher bereits definitionsgemäß in dem Begriff der „geschäftlichen Handlung“ iSd § 2 Abs 1 Z 1 dUWG enthalten ist.⁵¹⁶ Es muss hervorgehen, dass der Unternehmer gerade nicht privat, sondern professionell tätig ist.⁵¹⁷ Der Tatbestand ist entsprechend weit auszulegen und umfasst beispielsweise auch Imagewerbung.⁵¹⁸

Das Tatbestandselement der „Nichtkenntlichmachung“ ist dann erfüllt, wenn für den durchschnittlichen Rezipienten der kommerzielle Zweck eines Beitrages nicht eindeutig und klar vor dessen geschäftlicher Tätigkeit erkennbar ist.⁵¹⁹ Durch die Berücksichtigung des durchschnittlichen Empfängers kann die Beurteilung je nach angesprochener Zielgruppe unterschiedlich ausfallen.⁵²⁰ Die Verletzung der Bestimmungen des § 58 dRStV und des

⁵¹¹ *Micklitz/Schirmbacher* in *Recht der elektronischen Medien*⁴ § 3 UWG Rz 91; *maW Sosnitza* in *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*⁷ Z 11 des Anhangs Rz 35.

⁵¹² So etwa OLG Frankfurt a. M. 28.06.2019, 6 W 35/19; LG Hamburg 28.03.2019, 403 HKO 127/18; OLG Braunschweig 08.01.2019, 2 U 89/18; KG Berlin 27.07.2018, 5 W 149/18; KG Berlin 11.10.2017, 5 W 221/17.

⁵¹³ *Obergfell* in *Lauterkeitsrecht*³ § 5a UWG Rz 26.

⁵¹⁴ *Gerecke*, GRUR 2018/2, 153 (156); *maW Dreyer/Frank* in *UWG*⁴ § 5a Rz 243.

⁵¹⁵ *Böse*, MDR 2019/13, 769 (772); *Fries*, *Influencer Marketing*, 128.

⁵¹⁶ *H. Köhler* in *UGB*³⁸ § 5a Rz 7.23.

⁵¹⁷ *Obergfell* in *Lauterkeitsrecht*³ § 5a UWG Rz 111.

⁵¹⁸ *Dreyer/Frank* in *UWG*⁴ § 5a Rz 257 f.

⁵¹⁹ *Schröder*, MMR 2018, 245 (246); *Böse*, MDR 2019/13, 769 (770); *Fries*, *Influencer Marketing*, 115; *Hetmank*, *Internetrecht*, 97; *Dreyer/Frank* in *UWG*⁴ § 5a Rz 264; *H. Köhler* in *UGB*³⁸ § 5a Rz 7.24.

⁵²⁰ *Micklitz/Namysłowska* in *Recht der elektronischen Medien*⁴ § 5a UWG Rz 52.

§ 6 dTMG stellen jedenfalls ein Indiz dafür dar, dass das Tatbestandsmerkmal der „unzureichenden Kenntlichmachung“ des § 5a Abs 6 dUWG erfüllt ist.⁵²¹

Der Zeitpunkt der Kenntlichmachung des kommerziellen Zwecks einer geschäftlichen Handlung ist so zu wählen, dass dieser für den Verbraucher spätestens zu dem Zeitpunkt erkennbar ist, in dem er eine geschäftliche Entscheidung treffen möchte.⁵²² Art und Weise der Kennzeichnung bleiben grundsätzlich dem Werbenden überlassen⁵²³, allerdings haben sich in Judikatur und Lit hierfür gewisse Grundsätze herausgebildet, die in Kapitel 3.5 normübergreifend erläutert werden.

Eine Kennzeichnung iSd § 5a Abs 6 dUWG ist – wie schon bei Z 11 des Anhangs zum dUWG⁵²⁴ – nicht erforderlich, wenn sich der kommerzielle Zweck „bereits unmittelbar aus den Umständen ergibt“.⁵²⁵ Dies entspricht zwar der deutschen Fassung von Art 7 Abs 2 UGP-RL 2005/29/EG, ist nach Köhler jedoch zu eng übersetzt: Der europäische Gesetzgeber habe vielmehr nach der englischen („if not already apparent from the context“) bzw der französischen Fassung („que celle-ci ne ressort pas déjà du contexte“) gemeint, dass es ausreiche, wenn sich der kommerzielle Zweck aus dem Zusammenhang ergibt.⁵²⁶

Die Judikatur des BGH zu § 5a Abs 6 dUWG ist enger: So muss es dem Verbraucher möglich sein, auf den ersten Blick und zweifellos erkennen zu können, dass ein kommerzieller Zweck vorliegt.⁵²⁷ Nicht ausreichend ist in diesem Zusammenhang, wenn der durchschnittliche Rezipient eines Beitrages dessen kommerziellen Zweck erst nach einer analysierenden Lektüre des Beitrages erkennt.⁵²⁸ Das LG Karlsruhe führte hierzu an, dass die Zielgruppe von *Influencern* häufig Kinder sind, weswegen ein besonderes Schutzmaß – insbesondere hinsichtlich der Erkennbarkeit von Werbung – zur Anwendung kommen muss.⁵²⁹ Das LG München I ging wiederum in eine andere Richtung: Bei besonders bekannten Profilen von *Influencern* in sozialen Netzwerken könne auf eine Kennzeichnung vollständig verzichtet werden, weil sich der kommerzielle Zweck bereits aus den Umständen ergibt. Das Gericht begründete

⁵²¹ Dreyer/Frank in UWG⁴ § 5a Rz 251.

⁵²² H. Köhler in UWG³⁸ § 5a Rz 7.26; Heermann in MK UWG Band 1³ § 5a Rz 716.

⁵²³ H. Köhler in UWG³⁸ § 5a Rz 7.27.

⁵²⁴ Micklitz/Schirnbacher in Recht der elektronischen Medien⁴ § 3 UWG Rz 91; maW Sosnitza in Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb⁷ Z 11 des Anhangs Rz 35.

⁵²⁵ § 5a Abs 6 dUWG.

⁵²⁶ H. Köhler in UWG³⁸ § 5a Rz 7.25.

⁵²⁷ BGH 31.10.2012, I ZR 205/11 (Preisrätselgewinnauslobung V), GRUR-Prax 2013/8, 181 (Jacobs).

⁵²⁸ Böse, MDR 2019/13, 769 (771); Dreyer/Frank in UWG⁴ § 5a Rz 265.

⁵²⁹ LG Karlsruhe 21.03.2019, 13 O 38/18.

dies ua damit, dass die betroffene *Influencerin* nicht mit sämtlichen ihrer 400.000 *Follower* persönlich befreundet sein kann.⁵³⁰

§ 5a Abs 6 dUWG verlangt zusätzlich, dass der Nutzer durch die ausbleibende Kennzeichnung zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst wird, die er sonst nicht getroffen hätte.⁵³¹ Die Verletzung der Kennzeichnungspflicht muss somit ursächlich für eine etwaige Kaufentscheidung sein⁵³², ansonsten wäre die Tarnung des werblichen Inhaltes für die Zwecke des § 5a Abs 6 dUWG irrelevant.⁵³³ Nach der Rsp⁵³⁴ genügt für die Qualifikation als geschäftliche Entscheidung bereits der Besuch der angegebenen Website des Herstellers, weshalb jenes Tatbestandselement wohl sehr weit auszulegen ist. Nach *Micklitz/Namysłowska* kommt *Influencern* ein hohes Maß an Vertrauen von ihrer Fangruppe zu, weswegen regelmäßig davon auszugehen ist, dass das Verhalten des *Influencers* Einfluss auf deren geschäftliche Handlungen zeitigt und die Relevanzprüfung daher idR positiv ausfallen wird.⁵³⁵

3.4.5 Rechtsbruchtatbestand des § 3a dUWG

Nach § 3a dUWG handelt unlauter, wer gegen eine gesetzliche Norm verstößt, die zur Regelung des Marktes bestimmt ist und dadurch die Interessen von Verbrauchern, Mitbewerbern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar beeinträchtigt.⁵³⁶ Da der Rechtsbruchtatbestand in der deutschen Rsp hinsichtlich *Influencer Marketing* bisher nicht herangezogen wurde, sei an dieser Stelle nur oberflächlich auf ihn eingegangen.

Der Tatbestand des Rechtsbruchs setzt eine geschäftliche Handlung iSd § 2 Abs 1 Z 1 dUWG voraus (siehe hierzu Kapitel 3.4.1).⁵³⁷ Bei der verletzten Rechtsnorm muss es sich um eine vom deutschen Gesetzgeber erlassene Norm oder um primäres bzw sekundäres Unionsrecht

⁵³⁰ LG München I 29.04.2019, 4 HK O 14312/18.

⁵³¹ *Arnold*, Wirtschaftswerbung und die Meinungsfreiheit des Grundgesetzes (2018) 133; *Ahrens*, GRUR 2018/12, 1211 (1213); *Micklitz/Namysłowska* in Recht der elektronischen Medien⁴ § 5a UWG Rz 53; *Dreyer/Frank* in UWG⁴ § 5a Rz 273.

⁵³² *Scherer*, WRP 2019/3, 277 (280); *H. Köhler* in UWG³⁸ § 5a Rz 7.28.

⁵³³ *Ahrens*, GRUR 2018/12, 1211 (1213); *Micklitz/Namysłowska* in Recht der elektronischen Medien⁴ § 5a UWG Rz 53.

⁵³⁴ LG Berlin 24.05.2018, 52 O 101/18, GRUR-Prax 2018, 363 (*Gerecke*); KG Berlin 11.10.2017, 5 W 221/17.

⁵³⁵ *Micklitz/Namysłowska* in Recht der elektronischen Medien⁴ § 5a UWG Rz 75.

⁵³⁶ § 3a dUWG.

⁵³⁷ *Micklitz/Schirmbacher* in Spindler/Schuster (Hrsg), Recht der elektronischen Medien⁴ § 3a UWG Rz 4 (2019); *Ohly* in Ohly/Sosnitzer (Hrsg), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb⁷ § 3a UWG Rz 26 (2016); *H. Köhler* in UWG³⁸ § 3a Rz 1.51; *Schaffert* in Heermann/Schlingloff (Hrsg), Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht (UWG) Band 1³ § 3a Rz 48 (2020).

handeln.⁵³⁸ Die Norm muss des Weiteren das Verhalten am Markt regeln.⁵³⁹ Dieses Tatbestandselement liegt idR immer dann vor, wenn durch eine Norm Maßnahmen zur Absatzregelung oder zum Verhalten bei der Durchführung oder beim Abschluss von Verträgen geregelt werden sollen.⁵⁴⁰ Über den Rechtsbruchtatbestand greifen somit spezialgesetzliche Vorschriften auch im Bereich des dUWG, um den Wettbewerb vor Verzerrungen zu schützen.⁵⁴¹ Der Tatbestand der marktverhaltensbezogenen Norm muss jedoch vollständig erfüllt sein, damit diese über § 3a dUWG angewandt werden kann.⁵⁴² Subjektive Voraussetzungen über jene des Spezialtatbestandes hinaus müssen für § 3a dUWG nicht vorliegen.⁵⁴³

Als gesetzliche Vorschriften hinsichtlich der Kennzeichnungspflicht von Werbung greifen die obig genannten Paragraphen, *in concreto* § 6 dTMG und § 58 dRStV.⁵⁴⁴ Es handelt sich bei beiden Normen um Marktverhaltensregelungen, die den Anwendungsbereich des Rechtsbruchtatbestandes nach § 3a dUWG eröffnen.⁵⁴⁵ Da die UGP-RL 2005/29/EG eine Vollharmonisierung unlauterer Geschäftspraktiken im B2C-Bereich vorsieht, erkennt die stRsp des BGH eine Bestimmung der innerstaatlichen Rechtsordnung jedoch nur dann als gesetzliche Vorschrift iSd § 3a dUWG an, wenn diese eine unionsrechtliche Grundlage besitzt.⁵⁴⁶

Die Verletzung einer Marktverhaltensnorm ist nur dann als unlauter anzusehen, wenn der Verstoß dazu geeignet ist, die Interessen von Verbrauchern, Mitbewerbern oder anderweitigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen.⁵⁴⁷ Hierbei wird nur auf die Eignung zur Interessensbeeinträchtigung abgestellt, es muss somit zu keinen tatsächlichen Beeinträchtigungen kommen.⁵⁴⁸ Bei ausbleibender Spürbarkeit besteht kein Interesse der Allgemeinheit,

⁵³⁸ *Micklitz/Schirnbacher* in Recht der elektronischen Medien⁴ § 3a UWG Rz 5; *H. Köhler* in UWG³⁸ § 3a Rz 1.52.

⁵³⁹ *Ohly* in Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb⁷ § 3a UWG Rz 14; *H. Köhler* in UWG³⁸ § 3a Rz 1.61; *Von Jagov* in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Hrsg), UWG⁴ § 3a Rz 22 (2016).

⁵⁴⁰ *H. Köhler* in UWG³⁸ § 3a Rz 1.51; *maW Von Jagov* in UWG⁴ § 3a Rz 22.

⁵⁴¹ *Suwelack*, MMR 2017/10, 661 (664).

⁵⁴² *Micklitz/Schirnbacher* in Recht der elektronischen Medien⁴ § 3a UWG Rz 12; *Ohly* in Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb⁷ § 3a UWG Rz 27.

⁵⁴³ *Von Jagov* in UWG⁴ § 3a Rz 36; *Götting/Hetmank* in Fezer/Büscher/Obergfell (Hrsg), Lauterkeitsrecht. Kommentar zum UWG Band 2³ § 3a Rz 166 (2016).

⁵⁴⁴ *Micklitz/Namysłowska* in Recht der elektronischen Medien⁴ § 5a UWG Rz 75; *Dreyer/Frank* in UWG⁴ § 5a Rz 251; *Von Jagov* in UWG⁴ § 3a Rz 113 ff.

⁵⁴⁵ *Gerecke*, GRUR 2018/2, 153 (159); *Alexander* in MK UWG Band 1³ Z 11 des Anhangs Rz 13.

⁵⁴⁶ BGH 07.05.2015, I ZR 158/14, GRUR-Prax 2015, 490 (*Hilger*); BGH 29.04.2010, I ZR 23/08 (Costa del Sol), GRUR-Prax 2010, 299 (*Schmidt-Hern*); BGH 22.04.2009, I ZR 216/06 (Internet-Videorecorder), NJW 2009, 3511 (*Rössel*) = MMR 2009, 620 (*Brisch/Laue*) = CR 2009, 598 (*Lüghausen*).

⁵⁴⁷ *Micklitz/Schirnbacher* in Recht der elektronischen Medien⁴ § 3a UWG Rz 14; *Ohly* in Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb⁷ § 3a UWG Rz 21; *H. Köhler* in UWG³⁸ § 3a Rz 1.94; *Von Jagov* in UWG⁴ § 3a Rz 37.

⁵⁴⁸ *H. Köhler* in UWG³⁸ § 3a Rz 1.97; *Micklitz/Schirnbacher* in Recht der elektronischen Medien⁴ § 3a UWG Rz 15.

einen Verstoß gegen geltendes Recht zu verfolgen.⁵⁴⁹ Die Spürbarkeit ermittelt sich hierbei nach dem Schutzzweck der jeweiligen Marktverhaltensnorm. Diese ist immer dann zu bejahen, wenn die Beeinträchtigung nicht nur theoretisch möglich, sondern tatsächlich mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit eintreten kann.⁵⁵⁰ *In praxi* kommt dieses Tatbestandselement nicht zum Einsatz, wodurch im Ergebnis jeder Verstoß gegen eine Marktverhaltensregelung unlauter ist.⁵⁵¹

3.4.6 Sanktionen bei einer Verletzung der Kennzeichnungspflicht

Als unmittelbar kommunizierende Kontoinhaber sind *Influencer* bei Verstößen gegen das Kennzeichnungsgebot des deutschen Wettbewerbsrecht möglichen Ansprüchen auf Beseitigung, Schadenersatz, Unterlassung und der Möglichkeit der Gewinnabschöpfung ausgesetzt.⁵⁵²

Je nach Ausgestaltung der vertraglichen Vereinbarung zwischen *Influencer* und beworbenem Unternehmen kann es dazu kommen, dass diese nebeneinander Täter bzw unmittelbarer Täter und bloß Teilnehmer einer unlauteren Handlung als Verstoß gegen das dUWG sein können. Die haftungsrechtliche Einordnung richtet sich insbesondere danach, ob dem *Influencer* Vorgaben zur Darstellung der beworbenen Produkte gemacht werden. Je mehr Vorgaben des Unternehmens zu beachten sind, desto eher ist die Täterstellung des Unternehmens anzunehmen.⁵⁵³

Unabhängig vom Innenverhältnis sind sowohl der *Influencer* als auch das betroffene Unternehmen nach außen für den Wettbewerbsverstoß verantwortlich.⁵⁵⁴ Primär verantwortlich für Verletzungen des Lauterkeitsrechts ist jedoch der *Influencer*, der die geschäftliche Handlung getätigt hat.⁵⁵⁵ Dies kann – wie bereits angeführt – zu Ansprüchen auf Unterlassung, Beseitigung, Gewinnabschöpfung sowie Schadenersatz führen.⁵⁵⁶ Das Unternehmen haftet hierbei entweder direkt als Werbender oder nach den Grundsätzen der Beauftragtenhaftung des § 8 Abs 2 dUWG.⁵⁵⁷ Als unterste Schwelle der Haftung nach dem deutschen Lauterkeitsrecht ist die Duldung zu betrachten. Diese liegt dann vor, wenn das beworbene

⁵⁴⁹ H. Köhler in UWG³⁸ § 3a Rz 1.96 f.

⁵⁵⁰ Micklitz/Schirmbacher in Recht der elektronischen Medien⁴ § 3a UWG Rz 15.

⁵⁵¹ Ohly in Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb⁷ § 3a UWG Rz 21.

⁵⁵² Leeb/Maisch, ZUM 2019/1, 29 (31); maW Fries, Influencer Marketing, 197.

⁵⁵³ S. Köhler, GRUR-Prax 2019/15, 343 (345).

⁵⁵⁴ S. Köhler, GRUR-Prax 2019/15, 343 (345).

⁵⁵⁵ Sekara in Jahnke, Influencer Marketing, 176 (179); maW Fries, Influencer Marketing, 197.

⁵⁵⁶ Böse, MDR 2019/13, 769 (772); Suwelack, MMR 2017/10, 661 (664); Sekara in Jahnke, Influencer Marketing, 176 (181); Bornkamm in Köhler/Bornkamm/Feddersen (Hrsg), UWG³⁸ § 8 Rz 1.1 (2020).

⁵⁵⁷ Troge, GRUR-Prax 2018/4, 87 (89).

Unternehmen zwar keine vertragliche Verbindung mit dem *Influencer* hat, dessen Verhalten jedoch zumindest duldet.⁵⁵⁸ Eine Haftung kann neben *Influencer* und Unternehmen ebenso die Agentur treffen, die das Werbegeschäft vermittelt.⁵⁵⁹

Aktiv klagslegitimiert sind die in § 8 Abs 3 dUWG genannten Anspruchsberechtigten, darunter fallen Mitbewerber, rechtsfähige Verbände mit gewissen Zielsetzungen sowie gesetzliche Interessensvertretungen. Diese können iSd § 8 Abs 1 dUWG Unterlassung oder Beseitigung begehren. *In praxi* kommt es häufig dazu, dass weniger Mitbewerber gegen Verletzungen der Kennzeichnungspflicht vorgehen als Verbände und Vereine, die sich dem Verbraucherschutz verpflichtet haben.⁵⁶⁰ So wurde etwa die deutsche Rsp zur Kennzeichnungspflicht bei *Influencer* Marketing durch Klagen des Verbandes sozialer Wettbewerb (VSW) eingeleitet.⁵⁶¹

Hinsichtlich Z 11 des Anhangs zum dUWG gilt es zu beachten, dass das Verbot sich nach der Auffassung des EuGH⁵⁶² nur gegen das Unternehmen richtet und nicht gegen den Veröffentlichenden. Die Anwendung der Z 11 des Anhangs zum dUWG auf *Influencer* Marketing wird jedoch nach *Köhler* derzeit als unzulässig betrachtet⁵⁶³, weswegen sich eine Haftungsfrage in diesem Bereich *in praxi* nicht stellt.

Die Sanktionen des dUWG sind parallel zu den öffentlich-rechtlichen Sanktionen des dRStV anzuwenden.⁵⁶⁴ Ein Verstoß gegen § 58 dRStV wird nach *Köhler* von § 5a Abs 6 dUWG erfasst.⁵⁶⁵ Bei der Anwendung des § 5a Abs 6 dUWG auf kennzeichnungspflichtiges Werbeverhalten von *Influencern* in Videobeiträgen wird jedoch nach *Zurth/Pless* von der Judikatur der Umstand ignoriert, dass audiovisuelle Medien unter das spezialgesetzliche Medienrecht und damit unter § 58 Abs 3 dRStV zu subsumieren sind. Nach der angeführten Meinung wird diese Unterscheidung wohl in naher Zukunft notwendig sein, da mit der Novelle der AVMD-RL 2010/13/EU und deren Anwendungserweiterung eine Subsumierung unter § 5a Abs 6 dUWG nicht mehr problemlos möglich sein wird.⁵⁶⁶

⁵⁵⁸ *Borsch*, MMR 2018/3, 127 (128).

⁵⁵⁹ *Micklitz/Namysłowska* in *Recht der elektronischen Medien*⁴ § 5a UWG Rz 75; *Suwelack*, MMR 2017/10, 661 (664); *Meinen/Gerecke* in *Schach/Lommatzsch, Influencer Relations*, 265 (268).

⁵⁶⁰ *Gerecke*, GRUR 2018/2, 153 (159); *Meinen/Gerecke* in *Schach/Lommatzsch, Influencer Relations*, 265 (268).

⁵⁶¹ *Bogus* in *Schach/Lommatzsch, Influencer Relations*, 89 (93).

⁵⁶² EuGH 17.10.2013, C-391/12 (RLvS Verlagsgesellschaft mbH/Stuttgarter Wochenblatt GmbH), GRUR-Prax 2013, 469 (*Schoene*) = WRP 2013, 1575 (*Alexander*).

⁵⁶³ *H. Köhler* in *UWG*³⁸ Z 11 des Anhangs Rz 11.2.

⁵⁶⁴ *Sekara* in *Jahnke, Influencer Marketing*, 176 (179).

⁵⁶⁵ *H. Köhler* in *UWG*³⁸ § 5a Rz 7.18.

⁵⁶⁶ *Zurth/Pless*, ZUM 2019/5, 414 (422).

Die parallele Anwendung von § 3a und § 5a dUWG wird kritisch gesehen. In den Fällen irreführender Unterlassung wird § 5a dUWG aufgrund dessen unionsrechtlicher Grundlage zu bevorzugen sein.⁵⁶⁷ Wenn ein Rückgriff auf § 3a dUWG als zulässig erachtet wird, so muss jedoch beachtet werden, dass dadurch die Vorgaben des Art 7 UGP-RL 2005/29/EG, der mit § 5a dUWG umgesetzt wurde, nicht unterlaufen werden.⁵⁶⁸ *Heermann* spricht sich wiederum für eine parallele Anwendbarkeit der beiden Vorschriften aus.⁵⁶⁹

3.4.7 Kritische Auseinandersetzung

Das dUWG stellt auch in Deutschland die wichtigste Rechtsquelle für die Beurteilung von Verstößen gegen werberechtliche Kennzeichnungspflichten dar. Der Tatbestand der „geschäftlichen Handlung“ ist weit genug, um idR auch *Influencer* in den Anwendungsbereich des dUWG einzuschließen. Die hohe Anzahl der *Follower* eines *Influencers* lassen meines Erachtens darauf schließen, dass jedenfalls kein privates Handeln in sozialen Netzwerken vorliegt, trotz der vermeintlichen Einblicke in das Privatleben des *Influencers*.

Das LG München I⁵⁷⁰ stellte – meines Erachtens völlig korrekt – fest, dass ein *Influencer* nicht mit 400.000 persönlichen Kontakten kommuniziert, sondern geschäftliche Handlungen tätigt. Aus dieser Tatsache jedoch auf die Offensichtlichkeit des kommerziellen Zweckes zu schließen, verkennt meiner Meinung nach die Tätigkeit von *Influencern*. Diese werden in sozialen Netzwerken nur in seltenen Fällen offensichtlich als Unternehmer tätig, weswegen die Kennzeichnungspflicht bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen keinesfalls „automatisch“ aufgrund der hohen Anzahl von *Followern* entfallen darf.

Wie *Micklitz/Namysłowska*⁵⁷¹ richtig feststellen, muss bei der Beurteilung der Relevanz einer geschäftlichen Handlung jedenfalls festgehalten werden, dass *Influencern* ein besonders großes Vertrauen zukommt. Dies ist meiner Meinung nach insbesondere deswegen von Bedeutung, da die Zielgruppe von *Influencern* häufig Minderjährige sind, welche die werblichen Hintergründe eines Beitrages ohne Kennzeichnung wohl nur in seltenen Fällen erkennen können. Aus diesem Grund ist ein strenger Maßstab nicht nur wünschenswert, sondern erforderlich, um den gesetzlichen Anforderungen an die Erkennbarkeit kommerzieller Kommunikation zu entsprechen.

⁵⁶⁷ *Micklitz/Namysłowska* in Recht der elektronischen Medien⁴ § 5a UWG Rz 8.

⁵⁶⁸ *Dreyer/Frank* in UWG⁴ § 5a Rz 14.

⁵⁶⁹ *Heermann* in MK UWG Band 1³ § 5a UWG Rz 694.

⁵⁷⁰ LG München I 29.04.2019, 4 HK O 14312/18.

⁵⁷¹ *Micklitz/Namysłowska* in Recht der elektronischen Medien⁴ § 5a UWG Rz 75.

3.5 Erfüllung der Kennzeichnungspflicht in der Praxis

3.5.1 Zulässige Maßnahmen zur Werbekennzeichnung

Wie die klare Erkennbarkeit von kommerziellen Werbeinhalten bzw die eindeutige Trennung von werblichen und redaktionellen Inhalten zu erfolgen hat, wird durch die Bestimmungen der §§ 6 dTMG, 58 dRStV, Z 11 des Anhangs zum dUWG oder § 5a Abs 6 dUWG nicht normiert.⁵⁷² Durch deutsche Lit und Rsp wurden jedoch gewisse Grundsätze zur Werbekennzeichnung entwickelt, die in diesem Kapitel normübergreifend dargestellt werden.

Die Kennzeichnung der Werbung hat sich an der jeweiligen Eigenart des Mediums sowie an dem Durchschnittsempfänger zu orientieren.⁵⁷³ Dieser muss ohne Zweifel erkennen können, dass es sich bei einem Beitrag um Werbeinhalte handelt.⁵⁷⁴ Auf die Werbekennzeichnung kann nur verzichtet werden, wenn aus der Gestaltung oder dem Inhalt des Werbebeitrages eindeutig hervorgeht, dass es sich um werbliche Kommunikation handelt.⁵⁷⁵ Dies gilt etwa beim öffentlichen Auftritt von Unternehmen, da der durchschnittliche Internetnutzer erkennt, dass es sich um kommerzielle Inhalte handelt.⁵⁷⁶

Die derzeitige Praxis in sozialen Netzwerken ist jene, dass bereits bei der Nennung von Unternehmen – auch ohne vertragliche Rechtsbeziehung – regelmäßig eine Werbekennzeichnung erfolgt, auch wenn keine wirtschaftliche Verbindung zwischen dem Unternehmen und dem *Influencer* besteht.⁵⁷⁷ Diese Vorgehensweise ist inzwischen weit verbreitet und wurde insbesondere durch ein Urteil des LG Berlin⁵⁷⁸ ausgelöst.⁵⁷⁹ Die Gefahr einer Abmahnung wird dadurch zwar stark verringert, allerdings entsteht der unrichtige Eindruck, dass Werbeinhalte vorliegen, was nach *Böse* zumindest fragwürdig ist, da beim Betrachter erneut ein falscher Eindruck entstehen kann.⁵⁸⁰

Häufig nehmen *Influencer* einen Hinweis darauf, dass das vorliegende Profil Werbung enthalten kann, in die Kurzbeschreibung ihres Kontos in sozialen Medien auf. Dies reicht

⁵⁷² *Fuchs/Hahn* in Jahnke, *Influencer Marketing*, 161 (165).

⁵⁷³ *H. Köhler* in UWG³⁸ § 5a Rz 7.24; *Fuchs/Hahn* in Jahnke, *Influencer Marketing*, 161 (165); *Sekara* in Jahnke, *Influencer Marketing*, 176 (187).

⁵⁷⁴ *Schröder*, MMR 2018, 245 (246); *Klickermann*, MMR 2020/3, 150 (153); *Micklitz/Schirnbacher* in *Recht der elektronischen Medien*⁴ § 6 TMG Rz 47; *Obergfell* in *Lauterkeitsrecht*³ § 5a UWG Rz 112.

⁵⁷⁵ *Kollmann*, *E-Business*⁷, 404; *Fuchs/Hahn* in Jahnke, *Influencer Marketing*, 161 (165).

⁵⁷⁶ *Gerecke*, GRUR 2018/2, 153 (158).

⁵⁷⁷ *Weiden*, BMJV will Rechtssicherheit für Influencer, GRUR 2020/4, 361 (362).

⁵⁷⁸ LG Berlin 24.05.2018, 52 O 101/18.

⁵⁷⁹ *Fries*, *Influencer Marketing*, 198.

⁵⁸⁰ *Böse*, MDR 2019/13, 769 (773).

jedoch nicht aus, um einzelne Werbeinhalte ausreichend zu kennzeichnen.⁵⁸¹ Die deutsche Wettbewerbszentrale begründet dies in einem Leitfaden betreffend die Werbekennzeichnung mit dem Argument, dass Beiträge des *Influencers* auch ohne eine Gesamtansicht des Profils angesehen werden können.⁵⁸² In gedruckten Medien wird ein Hinweis auf entgeltliche Anzeigen im Impressum ebenso für unzulässig bzw für die Kennzeichnung unzureichend erachtet.⁵⁸³ Der Kodex des deutschen Presserates sieht *expressis verbis* eine Verpflichtung zur Kennzeichnung von Werbung vor.⁵⁸⁴ Demnach sind bezahlte Veröffentlichungen so zu gestalten, dass sie für die Leserschaft als Werbung zu erkennen sind. Die Abgrenzung vom redaktionellen Teil kann jedoch sowohl durch Gestaltung als auch durch Kennzeichnung erfolgen.⁵⁸⁵

Eine manuelle Kennzeichnung in der Form einer Bildunterschrift oder einer Videoeinblendung ist geeignet, den Werbeinhalt als solchen zu kennzeichnen, solange der Text leicht erkennbar ist.⁵⁸⁶ Auf eine Kennzeichnung inmitten einer sog *Hashtag*-Wolke, in der zahlreiche Schlagwörter aneinandergereiht werden, sollte jedoch aus Gründen der zweifelsfreien Erkennbarkeit verzichtet werden.⁵⁸⁷ Die Verwendung eines *Hashtags* ist nicht schädlich, da dieser die Erkennbarkeit erleichtert und der Aussagegehalt der Kennzeichnung damit verstärkt wird.⁵⁸⁸ Die Kennzeichnung sollte bei der Verwendung mehrerer Schlagwörter jedoch an erster Stelle stehen⁵⁸⁹ bzw oberhalb oder zu Beginn des Textes.⁵⁹⁰ Eine Kennzeichnung am Ende des Beitrages reicht nach *Köhler* nicht aus, um Werbeinhalte entsprechend zu kennzeichnen.⁵⁹¹

Troge empfiehlt, lediglich die eindeutigen Begriffe „Werbung“ oder „Anzeige“ zu verwenden und rät von den gängigen Kennzeichnungen mittels „#ad“ und „#sponsoredby“ ab.⁵⁹² Auch *Lichtnecker* rät zur Verwendung der Begriffe „Werbung“ oder „Anzeige“ und fügt hinzu, dass häufig verwendete Begriffe wie „Reklame“, „#spons“ oder „#supportedby“

⁵⁸¹ *Leeb/Maisch*, ZUM 2019/1, 29 (35); *Böse*, MDR 2019/13, 769 (773).

⁵⁸² *Wettbewerbszentrale*, Leitfaden zur Kennzeichnung von Werbung auf Instagram, 13 <wettbewerbszentrale.de/media/getlivedoc.aspx?id=35905> (20.05.2020).

⁵⁸³ *Branahl*, Medienrecht⁸, 324.

⁵⁸⁴ *Hümpfner/Appel* in *Appel*, Die Psychologie des Postfaktischen: Über Fake News, „Lügenpresse“, Clickbait & Co, 59 (62).

⁵⁸⁵ *Deutscher Presserat*, Publizistische Grundsätze (Pressekodex), 6 <presserat.de/files/presserat/dokumente/download/Pressekodex2017light_web.pdf> (20.05.2020).

⁵⁸⁶ *Zurth/Pless*, ZUM 2019/6, 457 (465).

⁵⁸⁷ *Leeb/Maisch*, ZUM 2019/1, 29 (35); *Zurth/Pless*, ZUM 2019/6, 457 (465).

⁵⁸⁸ *Klickermann*, MMR 2020/3, 150 (153); *Lichtnecker*, MMR 2018/8, 512 (515).

⁵⁸⁹ *Troge*, GRUR-Prax 2018/4, 87 (89); *Scherer*, WRP 2019/3, 277 (280).

⁵⁹⁰ *Gerecke*, GRUR 2018/2, 153 (158).

⁵⁹¹ *H. Köhler* in UWG³⁸ § 5a Rz 7.80a.

⁵⁹² *Troge*, GRUR-Prax 2018/4, 87 (89).

letztlich weniger auf eine zweifelsfreie Kennzeichnung von Werbeinhalten abzielen, als darauf, eine eindeutige Formulierung zu vermeiden und den Beitrag möglichst authentisch wirken zu lassen.⁵⁹³ Bei einem rein englischsprachigen Beitrag wird jedoch idR auch die Bezeichnung „*advertisement*“ ausreichen.⁵⁹⁴ Nach *Fries* sollten die Begriffe „Werbung“ und „Anzeige“ als Maßstab herangezogen werden, um die Aussagekraft anderer Kennzeichnungsbegriffe zu beurteilen.⁵⁹⁵

Grundsätzlich unschädlich ist die Verwendung von Zusätzen wie etwa „Anzeige, da Markennennung“ oder „Anzeige, da Verlinkung“.⁵⁹⁶ Hierbei sollte jedoch darauf geachtet werden, dass der Zweck der Kennzeichnung nicht unterlaufen wird und der Durchschnittsverbraucher weiterhin zweifelsfrei erkennen kann, ob es sich um entgeltliche Kommunikation handelt.⁵⁹⁷

Jedenfalls zu beachten ist, dass die Kennzeichnung so erfolgt, dass keine weiteren Maßnahmen des Nutzers erforderlich sind, um diese zu erfassen.⁵⁹⁸ So ist etwa auf der Plattform *Instagram* neben der Abbildung nur ein Text von drei Zeilen sichtbar.⁵⁹⁹ Die Kenntnisnahme der restlichen Bildunterschrift erfordert die Benutzung der Schaltfläche „mehr“, was in Deutschland unzureichend ist.⁶⁰⁰

Zulässig ist ebenso die Kennzeichnung in der veröffentlichten Fotografie. Hierbei muss jedoch auf die richtige Platzierung, Schriftgröße und Farbe geachtet werden, damit die Kennzeichnung auch gut erkennbar ist. In der Praxis kommt es auf der Plattform *Instagram* häufig dazu, dass die Schriftgröße viel zu klein gewählt wird und im Endeffekt keine wirksame Kennzeichnung vorliegt.⁶⁰¹

Eine Kumulation mehrerer Kennzeichnungsarten ist nicht erforderlich. Allerdings gilt es nach *Zurth/Pless* zu beachten, dass nur ein mündlicher Hinweis in einem Videoinhalt nicht ausreichend ist, um Werbung als solche zu kennzeichnen, da eine Wiedergabe auch ohne

⁵⁹³ *Lichtnecker*, MMR 2018/8, 512 (516).

⁵⁹⁴ *Kreutzer/Rumler/Wille-Baumkauff*, B2B-Online-Marketing und Social Media², 362; aA *Scherer*, WRP 2019/3, 277 (280).

⁵⁹⁵ *Fries*, Influencer Marketing, 188.

⁵⁹⁶ *Leeb/Maisch*, ZUM 2019/1, 29 (35).

⁵⁹⁷ *Böse*, MDR 2019/13, 769 (773).

⁵⁹⁸ *Klickermann*, MMR 2020/3, 150 (153).

⁵⁹⁹ *Leeb/Maisch*, ZUM 2019/1, 29 (35).

⁶⁰⁰ *Lichtnecker*, MMR 2018/8, 512 (514); *Suwelack*, MMR 2017/10, 661 (662).

⁶⁰¹ *Leeb/Maisch*, ZUM 2019/1, 29 (35).

Ton möglich ist. Ein rein akustisches Signal wäre daher beispielsweise nur iZm Radioinhalten als Form der Werbekennzeichnung ausreichend.⁶⁰²

3.5.2 Deutsche Judikatur zur Erfüllung der Kennzeichnungspflicht

Der BGH hat sich bisher noch nicht mit der Kennzeichnungspflicht von Werbeinhalten in sozialen Netzwerken befasst.⁶⁰³ Allerdings hat er bereits in einer E ausgesprochen, dass der Hinweis „*sponsored by ...*“ nicht ausreicht, um zweifelsfrei auf die Entgeltlichkeit eines Beitrages hinzuweisen.⁶⁰⁴ Im konkreten Sachverhalt handelte es sich allerdings um Printwerbung, weswegen auf einen anderen Durchschnittsverbraucher abgestellt wurde, als dies bei einem Beitrag in sozialen Medien erforderlich wäre.⁶⁰⁵

Das Landgericht München I entschied bereits im Jahr 2015, dass eine Kennzeichnung mittels „*sponsored*“ oder „*sponsored by ...*“ auch im Internet nicht ausreiche, da es dem durchschnittlich aufmerksamen Verbraucher nicht eindeutig vermittelt, dass es sich um Werbeinhalte handelt. Insbesondere die Verwendung englischer Sprache sei im konkreten Fall als Mittel zur Kennzeichnung unzulässig.⁶⁰⁶ Dieser Ansicht widersprechen *Micklitz/Namysłowska*, wonach von einem Nutzer in sozialen Medien durchaus die Kenntnis englischer Kennzeichnungsbegriffe wie „*sponsored*“ erwartet werden kann und dieser hierdurch den kommerziellen Zweck eines Beitrages erkennt.⁶⁰⁷

Nach dem Oberlandesgericht Celle reichte der Hinweis mittels „*#ad*“ neben mehreren anderen Schlagwörtern nicht aus, um den Werbecharakter eines Beitrages zweifelsfrei auf den ersten Blick erkennbar zu machen.⁶⁰⁸ Die E richtete sich gegen das beworbene Unternehmen und bezeichnete den *Influencer* im Unterlassungstenor als Privatperson.⁶⁰⁹ Offengelassen wurde, ob der Begriff „*#ad*“ als Abkürzung für das englische Wort „*advertisement*“ für die Kennzeichnung von Werbung in sozialen Medien grundsätzlich geeignet wäre.⁶¹⁰ Die Zulässigkeit der Abkürzung wird jedoch von einem – wohl überwiegenden – Teil der deutschen

⁶⁰² Zurth/Pless, ZUM 2019/6, 457 (465).

⁶⁰³ Kreuzer/Rumler/Wille-Baumkauff, B2B-Online-Marketing und Social Media², 363.

⁶⁰⁴ BGH 06.02.2014, I ZR 2/11.

⁶⁰⁵ Remmert, Aktuelle Entwicklungen im Social Media-Recht. Überblick der relevanten Themen aus Unternehmenssicht, MMR 2018/8, 507 (511).

⁶⁰⁶ LG München I 31.07.2015, 4 HK O 21172/14.

⁶⁰⁷ Micklitz/Namysłowska in Recht der elektronischen Medien⁴ § 5a UWG Rz 52.

⁶⁰⁸ OLG Celle 08.06.2017, 13 U 53/17, GRUR-Prax 2017, 446 (Gerecke) = GWR 2017, 435 (Skerendi) = MMR 2017, 769 (Czernik/Sobottka).

⁶⁰⁹ Ahrens, GRUR 2018/12, 1211 (1212).

⁶¹⁰ Remmert, MMR 2018/8, 507 (511).

Lit abgelehnt, insbesondere aufgrund der Kürze des Begriffs.⁶¹¹ Eine gemeinsame Arbeitsgruppe der Landesmedienanstalten hatte den Begriff zuvor noch als zulässig erachtet, um Werbung ausreichend zu kennzeichnen.⁶¹² Inzwischen wird von den Medienanstalten zu den eindeutigen Begriffen „Werbung“ und „Anzeige“ geraten.⁶¹³

Das LG Hagen stellte ebenso eine Verschleierung von Werbeinhalten in mehreren Beiträgen einer *Influencerin* auf der Plattform *Instagram* fest.⁶¹⁴ Die Produktnamen wurden im vorliegenden Fall mittels „@“ und „#“ hinzugefügt, woraus nach der Ansicht des Gerichts nicht hervorgeht, dass es sich um Werbeinhalte handelt.⁶¹⁵ Aufgrund des zu großen Teilen minderjährigen Adressatenkreises der *Influencerin* müsse außerdem ein strenger Maßstab hinsichtlich der Erkennbarkeit der Werbung angelegt werden.⁶¹⁶

Das KG Berlin (*Anm: Oberlandesgericht von Berlin*) entschied in einem ähnlich gelagerten Fall hinsichtlich einer österreichischen *Influencerin* auf der Plattform *Instagram*, dass ein Verweis auf eine Herstellerseite für die Annahme von Werbeinhalten spricht. Des Weiteren wurde festgestellt, dass die Kennzeichnung in der Form von „#ad“ und „#sponsoredby“ in Anlehnung an obige E des BGH⁶¹⁷ und des OLG Celle⁶¹⁸ unzureichend sei.⁶¹⁹ Dadurch übernahm das KG Berlin die Rechtsansicht des BGH hinsichtlich der Unzulässigkeit der Kennzeichnung mittels „#sponsoredby“ in Printmedien auch für Werbeinhalte in sozialen Medien.⁶²⁰

Die Rechtsansicht des KG Berlin wird in der deutschen Literatur nur bedingt geteilt. So sehen *Gerecke*⁶²¹ und *Lichtnecker*⁶²² die Kennzeichnung mittels „#sponsoredby“ in der maßgeblichen Zielgruppe als zulässig bzw vertretbar an, um den kommerziellen Zweck eines Beitrages zu kennzeichnen. Auch die Landesmedienanstalten haben zuvor die Kennzeichnung in dieser Form als zulässig erachtet.⁶²³

⁶¹¹ So etwa *Gerecke*, GRUR 2018/2, 153 (159); *Böse*, MDR 2019/13, 769 (773); *Fries*, *Influencer Marketing*, 191.

⁶¹² *Meinen/Gerecke* in Schach/Lommatzsch, *Influencer Relations*, 265 (271).

⁶¹³ *Direktorenkonferenz der Landesmedienanstalten*, Leitfaden der Medienanstalten zur Werbekennzeichnung bei Social-Media-Angeboten, 2 <die-medienanstalten.de/fileadmin/user_upload/Rechtsgrundlagen/Richtlinien_Leitfaeden/Leitfaden_Medienanstalten_Werbekennzeichnung_Social_Media.pdf> (20.05.2020).

⁶¹⁴ LG Hagen 13.09.2017, 23 O 30/17, GRUR-Prax 2017, 541 (*Vonau*).

⁶¹⁵ *Troge*, GRUR-Prax 2018/4, 87 (89).

⁶¹⁶ *Schley*, *Das lauterkeitsrechtliche Trennungsgebot im Internet*, 172.

⁶¹⁷ BGH 06.02.2014, I ZR 2/11.

⁶¹⁸ OLG Celle 08.06.2017, 13 U 53/17.

⁶¹⁹ KG Berlin 11.10.2017, 5 W 221/17.

⁶²⁰ *Troge*, GRUR-Prax 2018/4, 87 (88).

⁶²¹ *Gerecke*, GRUR 2018/2, 153 (158).

⁶²² *Lichtnecker*, MMR 2018/8, 512 (516).

⁶²³ *Meinen/Gerecke* in Schach/Lommatzsch, *Influencer Relations*, 265 (271).

Das LG Heilbronn hat festgestellt, dass die Kennzeichnung von Werbung durch *Influencer* mittels des Begriffs „#ad“ nicht ausreicht, um den kommerziellen Zweck der Handlung zweifelsfrei erkennbar zu machen. Das Gericht führte aus, dass dies auch dann gelte, wenn ein zunehmender Teil der Nutzer von sozialen Medien den Begriff als Werbehinweis versteht. Für den Durchschnittsnutzer der Plattform *Instagram* konnte das Gericht jedoch nicht feststellen, dass die Kennzeichnung mit „#ad“ ausreicht, um den kommerziellen Charakter zweifelsfrei offenzulegen.⁶²⁴

Das LG Itzehoe hat festgestellt, dass eine Verpflichtung zur Kennzeichnung von Werbung nicht besteht, wenn der *Influencer* keine vertragliche Beziehung mit dem beworbenen Unternehmen hat und dieses auch nicht in dem Beitrag verlinkt.⁶²⁵

Das OLG Frankfurt a. M. stellte fest, dass die Empfehlung eines *Influencers* für ein Produkt jedenfalls dann eine verdeckte Werbemaßnahme darstelle, wenn dieser sich hauptberuflich in jenem Geschäftsbereich betätigt, zu dem das Produkt zu zählen ist und er geschäftliche Beziehungen zu den Unternehmen unterhält, deren Produkte er empfiehlt.⁶²⁶ In einer weiteren Entscheidung stellte das OLG Frankfurt a. M. fest, dass Beiträge von *Influencern* dann als Werbung zu kennzeichnen sind, wenn darin Waren oder Dienstleistungen präsentiert werden. Im vorliegenden Sachverhalt stellte eine bekannte *Influencerin* mehrere Produkte vor und bedankte sich unter zwei Beiträgen bei den Herstellern für Reiseeinladungen.⁶²⁷

Eine einheitliche deutsche Rechtsprechungslinie ist derzeit augenscheinlich noch nicht erkennbar. Dies könnte sich jedoch demnächst ändern: So wurde gegen eine Entscheidung des OLG Braunschweig⁶²⁸ zur Kennzeichnungspflicht bei unentgeltlichen Markennennungen durch eine *Influencerin* Revision eingelegt. Der BGH⁶²⁹ wird sich somit demnächst erstmals mit dem Spezialbereich des *Influencer* Marketings befassen.

3.5.3 Kritische Auseinandersetzung

Die deutsche Judikatur zur Kennzeichnungspflicht von Werbeinhalten verfolgt meines Erachtens in vielen Bereichen das richtige Ziel, der durchschnittliche Verbraucher in sozialen Medien wird jedoch meines Erachtens unrichtig beurteilt. Es handelt sich um eine zu großen Teilen junge und sprachaffine Zielgruppe, denen meiner Meinung nach zumindest ein

⁶²⁴ LG Heilbronn 08.05.2018, 21 O 14/18.

⁶²⁵ LG Itzehoe 23.11.2018, 3 O 151/18.

⁶²⁶ OLG Frankfurt a. M. 28.06.2019, 6 W 35/19.

⁶²⁷ OLG Frankfurt a. M. 23.10.2019, 6 W 68/19, GRUR-Prax 2019, 561 (*Douglas*).

⁶²⁸ OLG Braunschweig 13.05.2020, 2 U 78/19.

⁶²⁹ Anm: Derzeit noch kein Aktenzeichen verfügbar.

grundlegendes Verständnis der englischen Sprache zugesprochen werden kann. Im Bereich des *Influencer* Marketings können daher meines Erachtens auch englischsprachige Begriffe zur Kennzeichnung von Werbung ausreichen. Hierbei sei naturgemäß auf die Inhalte des jeweiligen Kontos in sozialen Medien abzustellen: Während bei Technologie-Bloggern wohl von einem hohen Englischverständnis des Durchschnittsverbrauchers auszugehen ist, so kann sich dies etwa bei *Influencern*, die Kinderspielzeug rezensieren, anders gestalten.

Von der Zulässigkeit englischsprachiger Begriffe unterscheidet sich jedoch die Zulässigkeit von Abkürzungen derselben. Begriffe wie „ad“ oder „spons“ sind meines Erachtens keinesfalls ausreichend, um eine zweifelsfreie Kennzeichnung von Werbung zu erreichen. Selbst wenn der Begriff „ad“ bei einem Teil der Nutzer von sozialen Netzwerken inzwischen als Werbehinweis bekannt ist, so kann insbesondere aufgrund der Kürze des Begriffs in Zusammenhang mit einem Beitrag, der ansonsten in deutscher Sprache verfasst ist, nicht darauf geschlossen werden, dass der kommerzielle Zweck dadurch zweifelsfrei offenbart wird.

Wie *Lichtnecker* korrekt feststellt, zielt die Verwendung anderer Bezeichnungen als „Werbung“ oder „Anzeige“ in sozialen Medien regelmäßig darauf ab, eine eindeutige Formulierung zu vermeiden und möglichst authentisch zu erscheinen.⁶³⁰ Daher ist meines Erachtens bei der Verwendung anderer Begriffe ein strenger Maßstab anzulegen, um den Verbraucher effektiv zu schützen. Ansonsten wäre zu den eindeutigen Begriffen „Werbung“ und „Anzeige“ zu raten, da diese jedenfalls auf den kommerziellen Charakter eines Beitrages hinzuweisen vermögen.

3.6 Gesetzesvorschlag vom 13.02.2020 zur Abänderung des § 5a dUWG

3.6.1 Gesetzesvorschlag zur Abänderung von § 5a dUWG

Das Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz (BMJV) hat einen Regelungsvorschlag veröffentlicht, der der Klärung des lauterkeitsrechtlichen Kennzeichnungsgebotes des § 5a Abs 6 dUWG dienen soll. Bis zum 13.03.2020 war die Einreichung von Stellungnahmen möglich.⁶³¹

Die Ergänzung des § 5a Abs 6 dUWG soll wie folgt formuliert werden:

„Ein kommerzieller Zweck einer geschäftlichen Handlung ist in der Regel nicht anzunehmen, wenn diese vorrangig der Information und

⁶³⁰ *Lichtnecker*, MMR 2018/8, 512 (516).

⁶³¹ *Weiden*, GRUR 2020/4, 361 (361).

*Meinungsbildung dient und für diese kein Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung gewährt wurde.*⁶³²

Das BMJV führt in seinen Erläuterungen zur Gesetzesänderung aus, dass hierdurch jene Beiträge von *Influencern* ausgenommen werden sollen, die „*vorrangig der Information und Meinungsbildung dienen* [...]“.⁶³³ Dieses Kriterium soll etwa in jenen Fällen zur Anwendung kommen, bei denen ein *Influencer* mit dem Beitrag sein eigenes Profil „schärfen“ möchte.⁶³⁴ Angesprochen sei mit dieser Formulierung wohl der Bereich der Imagewerbung.

Nach dem Regelungsvorschlag des BMJV muss die Unentgeltlichkeit vom *Influencer* selbst nachgewiesen werden. Dies könne etwa durch eine Bestätigung des – vermeintlich beworbenen – Unternehmens erfolgen. Das Tatbestandselement, ob ein Beitrag vorrangig der Information und Meinungsbildung dient, ist dagegen nach objektiven Kriterien zu bestimmen und bei der Beurteilung darauf abzustellen, ob eine sachliche Darstellung bzw eine persönliche Stellungnahme im Vordergrund steht.⁶³⁵

Das BMJV hat des Weiteren schon im Regelungsvorschlag angegeben, dass die UGP-RL 2005/29/EG einen Platz für nationale Klarstellungen nicht vorsieht, weswegen die deutsche Bundesregierung mit der EU-Kommission das Gespräch sucht und den Gesetzesentwurf mit ihr abzustimmen gedenkt.⁶³⁶

3.6.2 Kritische Stellungnahmen zum Gesetzesvorschlag

Der Bundesverband der Verbraucherzentrale (VZBV) steht dem Regelungsvorschlag kritisch gegenüber und spricht keine Empfehlung zur Umsetzung aus. Der Vorschlag birgt aus der Perspektive des VZBV das Risiko, Schleichwerbung unangemessen zu legalisieren, ohne hierbei die Rechtssicherheit für *Influencer* zu erhöhen. Insbesondere sei die Formulierung, dass für den Beitrag des *Influencers* „*kein Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung*“

⁶³² *BMJV*, Regelungsvorschlag des BMJV zur Abgrenzung nichtkommerzieller Kommunikation zur Information und Meinungsbildung von geschäftlichen Handlungen, 2 <[bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/Regelungsvorschlag_Influencer.pdf?__blob=publicationFile&v=1](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/Regelungsvorschlag_Influencer.pdf?__blob=publicationFile&v=1)> (20.05.2020).

⁶³³ *BMJV*, Regelungsvorschlag des BMJV zur Abgrenzung nichtkommerzieller Kommunikation zur Information und Meinungsbildung von geschäftlichen Handlungen, 2.

⁶³⁴ *Weiden*, GRUR 2020/4, 361 (362).

⁶³⁵ *BMJV*, Regelungsvorschlag des BMJV zur Abgrenzung nichtkommerzieller Kommunikation zur Information und Meinungsbildung von geschäftlichen Handlungen, 2.

⁶³⁶ *BMJV*, Regelungsvorschlag des BMJV zur Abgrenzung nichtkommerzieller Kommunikation zur Information und Meinungsbildung von geschäftlichen Handlungen, 2.

gewährt wurde, zu eng und könne zu Umgehungsgeschäften führen. Außerdem sei der Begriff der „ähnlichen Gegenleistung“ erneut von der Auslegung durch die Rsp abhängig.⁶³⁷

Nach dem Bundesverband Digitale Wirtschaft (BVDW) ist der Regelungsvorschlag nicht dazu geeignet, die Rechtsunsicherheit zu beseitigen. Es müssten vielmehr Kriterien geschaffen werden, wann der lauterkeitsrechtliche Begriff der „geschäftlichen Handlung“ erfüllt wird.⁶³⁸

Der deutsche Industrie- und Handelskammertag (DIHK) hält eine Regelung zur Schaffung von Rechtssicherheit für sinnvoll, hierfür sei der Regelungsvorschlag des BMJV jedoch ungeeignet. Neben Ausführungen zur Notwendigkeit des Vorschlages und zum europarechtlichen Spielraum der Regelung wird angemerkt, dass eine branchenexklusive Sonderregelung für *Influencer* nicht angestrebt werden darf. Inhaltlich sei die Verwendung einer hohen Anzahl von unbestimmten Rechtsbegriffen zu kritisieren, die zu weiteren abweichenden Einzelfallentscheidungen führen würden.⁶³⁹

3.6.3 Kritische Auseinandersetzung

Der Regelungsvorschlag des deutschen Gesetzgebers ist grundsätzlich zu begrüßen, führt allerdings meines Erachtens nicht zu der gewünschten Klarstellung. Durch die Aufnahme des Passus „*eine geschäftliche Handlung [...] ist in der Regel nicht anzunehmen*“ wird der Anwendungsbereich von § 5a Abs 6 dUWG wohl nicht eingeschränkt. Durch die Formulierung könnten die Fälle der Imageförderung wohl weiterhin unter § 5a Abs 6 dUWG einzuordnen sein, selbst wenn keine Entgeltlichkeit beim konkreten Beitrag vorlag. Gerade diese Unterscheidung zwischen lauterkeitsrechtlich-relevanter Gegenleistung und der Förderung des Unternehmens des *Influencers* gilt es erneut durch die Rechtsprechung auszulegen. Insbesondere im *Influencer* Marketing verwischen die Grenzen zwischen Werbeinhalt und Beitrag, weswegen meines Erachtens vielmehr auf eine Einzelfallbetrachtung abzustellen ist, die nur durch die Rsp erfolgen kann.

⁶³⁷ Verbraucherzentrale Bundesverband, Regulierung von Influencer-Marketing, 1f <vzbv.de/sites/default/files/downloads/2020/03/16/20-03-10_vzbv_stn_influencerregelung.pdf> (20.05.2020).

⁶³⁸ Bundesverband Digitale Wirtschaft, Stellungnahme des Bundesverbands Digitale Wirtschaft (BVDW) e.V. zum Regelungsvorschlag des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) zur Abgrenzung nichtkommerzieller Kommunikation zur Information und Meinungsbildung von geschäftlichen Handlungen, 2 <bvdw.org/fileadmin/bvdw/upload/publikationen/full-service-digitalagentur/BVDW-Stellungnahme_Influencer-Marketing_20_03_19.pdf> (20.05.2020).

⁶³⁹ Deutscher Industrie- und Handelskammertag, DIHK-Stellungnahme zum Regelungsvorschlag zum Influencer-Marketing, 1ff <dihk.de/resource/blob/19692/3cf6d62db80c999931460c20a8febd6/dihk-stellungnahme-influencer-marketing-data.pdf> (20.05.2020).

Des Weiteren ist es meiner Meinung nach nicht zielführend, wenn § 5a Abs 6 dUWG inso- weit eingeschränkt wird, als in Zukunft auf das Kriterium der „Entgeltlichkeit“ abgestellt werden soll. Wie die österreichische Rsp⁶⁴⁰ zur „Gefälligkeitsberichterstattung“ zeigt, kann ein enger Begriff der Entgeltlichkeit dazu führen, dass unerwünschte Umgehungs- oder Be- gleithandlungen legitimiert werden. Dadurch könnte ein hoher Verbraucherschutz, der Sinn und Zweck der deutschen Norm des § 5a Abs 6 dUWG darstellt, uU nicht mehr gewährleistet werden.

Die Passage *„vorrangig der Information und Meinungsbildung dient“* ist ebenso stark aus- legungsbedürftig. Insbesondere stellt sich die Frage, ab wann diese Vorrangigkeit gegeben ist bzw wo die Grenze zwischen freier Meinungsbildung und Werbeinhalt zu ziehen ist. Eine Vorrangigkeit der Information und Meinungsbildung ist wohl dann zu verneinen, wenn ein Beitrag werblichen Überschuss beinhaltet, wie dies etwa bei direkten Kaufaufforderungen der Fall wäre. Von Vorteil ist, dass der deutsche Gesetzgeber auf eine Formulierung setzt, die eine kumulative Voraussetzung der Kriterien „Unentgeltlichkeit“ und „Vorrangigkeit der Information und Meinungsbildung“ bedingt. Dadurch kann uU ein höheres Schutzniveau gewährleistet werden.

Wie sich zeigt, ist der Regelungsvorschlag des BMJV stark auslegungsbedürftig. Ob er tat- sächlich die notwendige Klarstellung erreicht, ist derzeit offen. Meines Erachtens bietet die vorgeschlagene Neuregelung jedoch keine passende Grundlage für eine abgeänderte Recht- sprechungslinie. Des Weiteren stellt sich die Frage, ob eine Einschränkung des § 5a Abs 6 dUWG von der UGP-RL 2005/29/EG gedeckt ist. Meiner Meinung nach kann davon nicht ausgegangen werden, da der Regelungsvorschlag durch das Kriterium der „Ent- geltlichkeit“ eine zu starke Einschränkung vornimmt und dies der Vollharmonisierung der UGP-RL 2005/29/EG widerspricht.

⁶⁴⁰ OGH 26.09.2016, 4 Ob 60/16a.

4 Rechtsvergleich zwischen Österreich und Deutschland

4.1 Unionsrechtliche Grundlagen der Kennzeichnungspflicht

Die UGP-RL 2005/29/EG ist, wie bereits dargestellt, die wesentlichste gemeinschaftsrechtliche Rechtsquelle des Lauterkeitsrechts. Ziel der UGP-RL 2005/29/EG ist eine Angleichung der wettbewerbsrechtlichen Vorschriften der Mitgliedstaaten im B2C-Bereich im Sinne einer Vollharmonisierung. Dementsprechend dürfen die Mitgliedstaaten das Schutzniveau der RL weder über- noch unterschreiten.⁶⁴¹ Der Anwendungsbereich der UGP-RL 2005/29/EG umfasst jedoch einzig den B2C-Bereich, was bei der Rechtsanwendung zu berücksichtigen ist.⁶⁴² Kraft der Vorrangwirkung des primären und sekundären Unionsrechts besteht des Weiteren sowohl in Österreich⁶⁴³ als auch in Deutschland⁶⁴⁴ innerhalb des Anwendungsbereichs der UGP-RL 2005/29/EG eine Verpflichtung zur richtlinienkonformen Interpretation, die bei der Auslegung der nationalen Umsetzungsnormen heranzuziehen ist.

Durch die gemeinsame europäische Grundlage der Normen des UWG und des dUWG unterscheidet sich die Rechtslage zur Kennzeichnungspflicht von Werbeinhalten im Bereich des *Influencer* Marketings in Österreich und Deutschland nur in ihren Feinheiten. Die Informationspflichten des Unternehmers gegenüber dem Verbraucher werden hierbei von der UGP-RL 2005/29/EG abschließend geregelt und zielen ausschließlich auf den Schutz des Verbrauchers ab.⁶⁴⁵

Hinsichtlich der Kennzeichnungspflicht von Werbeinhalten sind, neben der UGP-RL 2005/29/EG, zwei weitere unionsrechtliche Grundlagen von Bedeutung: § 6 ECG und § 6 dTMG beruhen auf Art 6 E-Commerce-RL 2000/31/EG, womit das Ziel verfolgt wird, Verbraucherinteressen zu schützen und einen lautereren Wettbewerb zu sichern.⁶⁴⁶ Für audiovisuelle Werbeinhalte ist außerdem die AVMD-RL 2010/13/EU zu beachten, deren Ziel die Schaffung einheitlicher Grundvorschriften für Fernsehprogramme und auf Abruf bereitgestellte audiovisuelle Mediendienste darstellt.⁶⁴⁷

Die österreichische Judikatur wurde bisher zwar noch nicht mit dem Spezialbereich des *Influencer* Marketings befasst, allerdings zeichnet sich im Rechtsvergleich zu Deutschland ab,

⁶⁴¹ Wiebe, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht⁴, 305 f.

⁶⁴² Wiltschek/Horak in UWG^{8.02} § 1 E 81.

⁶⁴³ Wiebe, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht⁴, 306.

⁶⁴⁴ Alexander in MK UWG Band 1³ § 5a Rz 21.

⁶⁴⁵ Micklitz/Namysłowska in Recht der elektronischen Medien⁴ § 5a UWG Rz 2.

⁶⁴⁶ Laga/Sehrschön/Ciresa, E-Commerce-Gesetz, 31.

⁶⁴⁷ ErwGr 21 AVMD-RL 2010/13/EU.

dass insbesondere die zur Beurteilung von verschleierte Werbung herangezogene Rechtsnorm eine andere ist: Während in Deutschland zur Beurteilung von verschleierten Werbemaßnahmen beim *Influencer Marketing* § 5a Abs 6 dUWG („Irreführung durch Unterlassung“) herangezogen wird⁶⁴⁸, wird in Österreich – allerdings betreffend Presseerzeugnisse – über § 26 MedienG auf den Rechtsbruchtatbestand des § 1 UWG abgestellt.

In den folgenden Unterkapiteln werden die entsprechenden österreichischen und deutschen Normen gegenübergestellt, um Abweichungen zu identifizieren, die zu einer differierenden Beurteilung der Werbekennzeichnung bei *Influencer Marketing* führen könnten. Anschließend wird erläutert, ob die deutsche Rsp auch nach der österreichischen Rechtslage möglich wäre. In den folgenden Kapiteln erfolgt hierbei gleichsam eine rechtliche Bewertung des *Influencer Marketings* anhand der – zuvor bereits erläuterten – österreichischen Rechtslage.

4.2 Gegenüberstellung von § 6 ECG und § 6 dTMG bzw § 58 Abs 1 dRStV

§ 6 ECG und § 6 dTMG gehen – wie bereits erwähnt – beide auf die gleiche europäische Grundlage⁶⁴⁹ zurück, weswegen sie materiellrechtlich denselben Inhalt aufweisen. § 6 ECG ist bußgeldbewährt, § 6 dTMG wiederum nicht. Die beiden Normen werden hinsichtlich *Influencer Marketing* jedoch primär über den jeweiligen Rechtsbruchtatbestand des UWG bzw dUWG zur Anwendung kommen, die Verhängung eines Bußgeldes ist daher in diesem Fall eher sekundärer Natur.

Beide Vorschriften lassen eine mittelbare Förderung des Waren- oder Dienstleistungsabsatzes sowie der Imagepflege für die Erfüllung des jeweiligen Tatbestandes genügen, wodurch ihr Anwendungsbereich im Vergleich zu Z 11 des Anhangs zum UWG/dUWG weiter ist. Des Weiteren ist kein redaktioneller Inhalt erforderlich, um den jeweiligen Tatbestand zu erfüllen.

§ 58 Abs 1 dRStV normiert gleichsam wie § 6 dTMG und § 6 ECG ein Erkennbarkeits- und Trennungsgebot für Telemedien. Der Begriff der „Telemedien“ ist hierbei in beiden Rechtsordnungen im Wesentlichen derselbe. Die Veröffentlichung von Beiträgen eines *Influencers* über dessen Profil in sozialen Medien erfüllt dadurch in beiden Ländern zweifellos den Begriff des „Telemediums“, weswegen die Transparenzpflichten dieser Vorschriften im Bereich des *Influencer Marketings* jedenfalls zu beachten sind.

⁶⁴⁸ So etwa OLG Frankfurt a. M. 28.06.2019, 6 W 35/19; LG Hamburg 28.03.2019, 403 HKO 127/18; OLG Braunschweig 08.01.2019, 2 U 89/18; KG Berlin 27.07.2018, 5 W 149/18; KG Berlin 11.10.2017, 5 W 221/17.

⁶⁴⁹ Siehe Art 6 E-Commerce-RL 2000/31/EG.

4.3 Gegenüberstellung von § 31 AMD-G und § 58 Abs 3 dRStV

Die Bestimmungen der §§ 31 AMD-G und 58 Abs 3 dRStV beruhen gleichsam auf der europäischen AVMD-RL 2010/13/EU und sehen materiellrechtlich dieselben Regelungen vor. Insbesondere muss festgehalten werden, dass der Begriff des „fernsehähnlichen Telemediums“ richtlinienkonform anhand der Definition des „audiovisuellen Mediendienstes“ auszulegen ist.⁶⁵⁰ Der österreichische Gesetzgeber hat jenen Begriff direkt aus der AVMD-RL 2010/13/EU übernommen.⁶⁵¹

Sowohl in Österreich⁶⁵² als auch in Deutschland⁶⁵³ ist fraglich, ob ein *YouTube*-Kanal unter den Begriff des „audiovisuellen Mediendienstes“ fällt. Der EuGH⁶⁵⁴ hat diese Frage nur für den Einzelfall beantwortet, weswegen wohl auch in den Mitgliedstaaten auf eine Einzelfallbetrachtung abzustellen ist. Durch die Umsetzung der abgeänderten AVMD-RL 2010/13/EU wird diese Rechtsunsicherheit jedoch enden, da in Zukunft auch sog „nutzergenerierte Inhalte“ in deren Anwendungsbereich fallen.⁶⁵⁵ Dies wird insbesondere auf *Influencer* Marketing zutreffen.

4.4 Vergleich der lauterkeitsrechtlichen Bestimmungen

4.4.1 Z 11 des Anhangs zu UWG/dUWG

Der Anhang zu UWG und dUWG entstammt der UGP-RL 2005/29/EG, weswegen beide Vorschriften der Z 11 dieselbe Grundlage besitzen und richtlinienkonform auszulegen sind.⁶⁵⁶ Die deutsche Fassung der Z 11 unterscheidet sich zwar in der Satzstellung von der Norm der Z 11 des österreichischen UWG und der UGP-RL 2005/29/EG, besitzt jedoch den gleichen Inhalt: Beide Vorschriften verlangen als Voraussetzungen sowohl Entgeltlichkeit als auch redaktionelle Inhalte.

In Deutschland sind die unlauteren Geschäftspraktiken des Anhangs jedoch nur gegenüber Verbrauchern jedenfalls unzulässig, in Österreich kommen die Verbote ebenso auf den B2B-Bereich zur Anwendung, solange das Verbot nicht explizit auf Verbraucher abstellt.⁶⁵⁷

⁶⁵⁰ Gerecke, GRUR 2018/2, 153 (154); Troge, GRUR-Prax 2018/4, 87 (87).

⁶⁵¹ § 2 Z 3 AMD-G.

⁶⁵² Raffling/Wittmann, MR 2017/4, 163 (166).

⁶⁵³ BGH 12.01.2017, I ZR 117/15.

⁶⁵⁴ EuGH 21.02.2018, C-132/17.

⁶⁵⁵ Prohaska-Marchried/Pözl, Compliance Praxis 2019/1, 26 (28).

⁶⁵⁶ Siehe etwa OGH 11.08.2015, 4 Ob 107/15m, ecolex 2015/467, 1072 (Woller) = ÖB1 2015/56, 267 (Graf).

⁶⁵⁷ Seidelberger, UWG in Österreich und Deutschland, in Greipl/Münker (Hrsg), 100 Jahre Wettbewerbszentrale (2012) 183 (193).

Im Zusammenhang mit Z 11 des Anhangs zum UWG ist auch die spezialgesetzliche Norm des § 26 MedienG zu nennen: Der OGH stellte bereits fest, dass § 26 MedienG im Kern dieselben Ge- und Verbote wie Z 11 des Anhangs zum UWG enthalte und deshalb von der UGP-RL 2005/29/EG als gedeckt anzusehen sei.⁶⁵⁸ Eine kumulative Prüfung beider Rechtsnormen ist nach der Ansicht des OGH nicht erforderlich.⁶⁵⁹ Auf die Bestimmung des § 26 MedienG wird daher im Rechtsvergleich nicht gesondert eingegangen.

Der wesentliche Unterschied zwischen der österreichischen und der deutschen Fassung von Z 11 des Anhangs stellt die Definition des „redaktionellen Inhaltes“ dar. In Deutschland sind die Anforderungen an dieses Tatbestandselement weit höher, da auf eine organisierte Medientätigkeit im Sinne einer Redaktion abgestellt wird.⁶⁶⁰ In Österreich reicht für die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals aus, dass der Inhalt des Beitrages von einem – zumindest vermeintlich – objektiven Verfasser stammt.⁶⁶¹

Derzeit wird daher in Deutschland die Anwendbarkeit der Z 11 des Anhangs zum dUWG auf *Influencer Marketing* verneint, da idR keine organisierte Medientätigkeit im Sinne einer Redaktion vorliegt.⁶⁶² In Österreich wird von der Lit⁶⁶³ zum *Influencer Marketing* teilweise die Meinung vertreten, dass etwa bei *YouTube*-Kanälen durchaus redaktioneller Inhalt vorliegen kann, wenn dieser entsprechend aufbereitet wird.

Ein weiterer wichtiger Unterschied zwischen deutscher und österreichischer Rsp zu Z 11 des Anhangs zu UWG/dUWG besteht darin, dass die deutsche Rsp die gleichzeitige Schaltung einer Werbeanzeige neben einem redaktionellen Inhalt als starkes Indiz dafür heranzieht, dass das beworbene Unternehmen ebenso für den redaktionellen Inhalt bezahlt hat.⁶⁶⁴ In Österreich würde dies unter den Begriff der „Gefälligkeitsberichterstattung“ fallen und der OGH dementsprechend Entgeltlichkeit verneinen.⁶⁶⁵

4.4.2 Irreführung durch Unterlassung (§ 2 Abs 4 UWG bzw § 5a Abs 6 dUWG)

Vorbild für die Bestimmungen des § 2 Abs 4 UWG⁶⁶⁶ und des § 5a Abs 6 dUWG⁶⁶⁷ ist Art 7 UGP-RL 2005/29/EG, der *expressis verbis* die Irreführung durch Unterlassung

⁶⁵⁸ OGH 26.09.2016, 4 Ob 60/16a; OGH 14.07.2009, 4 Ob 62/09k.

⁶⁵⁹ OGH 14.07.2009, 4 Ob 62/09k.

⁶⁶⁰ H. Köhler in UWG³⁸ Z 11 des Anhangs Rz 11.2.

⁶⁶¹ Grama/Seling, ZIIR 2015/3, 253 (254).

⁶⁶² Gerecke, GRUR 2018/2, 153 (156); Sekara in Jahnke, *Influencer Marketing*, 176 (184).

⁶⁶³ So etwa von Kubat, ÖBl 2020/2, 8 (14).

⁶⁶⁴ Hoeren in *Lauterkeitsrecht*³ Z 11 des Anhangs Rz 3b.

⁶⁶⁵ OGH 26.09.2016, 4 Ob 60/16a.

⁶⁶⁶ Anderl/Appf in UWG² § 2 Rz 499.

⁶⁶⁷ Dreyer in UWG⁴ § 5a Rz 1.

normiert. Die Bestimmungen zu irreführenden Geschäftspraktiken unterscheiden sich nur anhand ihrer Formulierungen, ansonsten ist die materielle Rechtslage nach *Seidelberger* dieselbe.⁶⁶⁸ Aufgrund der Nähe der Bestimmungen stellt sich insbesondere die Frage, ob die österreichische Judikatur für den Spezialbereich des *Influencer* Marketings ebenso auf den Irreführungstatbestand zurückgreifen könnte.

Inhaltlich stellen sowohl § 2 Abs 4 UWG als auch § 5a Abs 6 dUWG nicht zwingend auf das Kriterium der „Entgeltlichkeit“ ab. Des Weiteren muss kein redaktioneller Inhalt vorliegen, um den jeweiligen Tatbestand zu erfüllen. Diese Beweiserleichterung ist gleichsam der Grund, warum in Deutschland auf § 5a Abs 6 dUWG *in praxi* häufiger zurückgegriffen wird.⁶⁶⁹

Der kommerzielle Zweck einer Handlung ist nach *Köhler* bereits im deutschen Begriff der „geschäftlichen Handlung“ enthalten.⁶⁷⁰ Es muss daher hervorgehen, dass der *Influencer* nicht privat, sondern professionell tätig wird.⁶⁷¹ In Österreich ist der kommerzielle Zweck einer Geschäftspraktik dann zu bejahen, wenn das objektive Erscheinungsbild eines Beitrages werbliche Ausmaße annimmt. Dies wäre bei einer Produktvorstellung durch einen *Influencer* wohl nur dann nicht erfüllt, wenn sich dieser unabhängig und sachlich mit dem Produkt auseinandersetzt.⁶⁷² Hierbei muss jedoch jedenfalls beachtet werden, dass jegliche Betätigung von *Influencern* in sozialen Netzwerken zumindest deren eigenen Fortkommen dient.⁶⁷³ Ob hierbei bereits von einem kommerziellen Zweck einer Geschäftspraktik auszugehen ist, muss durch die österreichische Rsp geklärt werden. Aufgrund derselben materiellrechtlichen Inhalte der Vorschriften steht einer Anwendung des § 2 Abs 4 UWG auf den Spezialbereich des *Influencer* Marketings jedoch nichts entgegen.

4.4.3 Rechtsbruchtatbestand des § 1 UWG bzw § 3a dUWG

Die UGP-RL 2005/29/EG beinhaltet keinen Rechtsbruchtatbestand iSv § 3a dUWG bzw § 1 UWG. In ihrem begrenzten Anwendungsbereich wird jedoch eine Vollharmonisierung für den B2C-Bereich vorgesehen.⁶⁷⁴ Gegenüber Verbrauchern stellt sich somit die Anwendungsmöglichkeit der Normen: Die deutsche stRsp⁶⁷⁵ erkennt einen Verstoß gegen

⁶⁶⁸ *Seidelberger* in Greipl/Münker (Hrsg), 100 Jahre Wettbewerbszentrale (2012) 183 (190).

⁶⁶⁹ *Böse*, MDR 2019/13, 769 (772); *Fries*, *Influencer Marketing*, 128.

⁶⁷⁰ *H. Köhler* in UWG³⁸ § 5a UWG Rz 7.23.

⁶⁷¹ *Obergfell* in *Lauterkeitsrecht*³ § 5a UWG Rz 111.

⁶⁷² *Kubat*, ÖBI 2020/3, 8 (13 f).

⁶⁷³ *Feiler/Schmitt* in *Staudegger/Thiele*, *Jahrbuch Geistiges Eigentum* 2019, 255 (270).

⁶⁷⁴ *Von Jagov* in UWG⁴ § 3a Rz 1; *Schaffert* in MK UWG Band 1³ § 3a Rz 17.

⁶⁷⁵ BGH 07.05.2015, I ZR 158/14; BGH 29.04.2010, I ZR 23/08; BGH 22.04.2009, I ZR 216/06.

§ 3a dUWG zum Schutz von Verbraucherinteressen nur dann an, wenn die verletzte Regelung eine unionsrechtliche Grundlage besitzt.⁶⁷⁶ Köhler plädiert jedoch für eine Erweiterung dieses Anwendungsbereiches: § 3a dUWG solle auch auf nationale Marktverhaltensregelungen anzuwenden sein, die im Einklang mit dem primären und sekundären Unionsrecht stehen.⁶⁷⁷

Damit § 3a dUWG angewendet werden kann, muss die verletzte Norm das Marktverhalten regeln.⁶⁷⁸ In Österreich kam der OGH⁶⁷⁹ zu dem Schluss, dass es für eine Beschränkung des Rechtsbruchtatbestandes des § 1 UWG auf marktverhaltensregelnde Normen keinen hinreichenden Grund gibt.⁶⁸⁰ Dementsprechend ist in Österreich nicht der Regelungsgegenstand der Norm relevant, sondern vielmehr auf die tatsächlichen Auswirkungen auf den Markt abzustellen.⁶⁸¹ Die Unterscheidung zwischen marktverhaltensregelnden und sonstigen Normen spielt im Bereich der Werbekennzeichnung von *Influencer* Marketing jedoch keine wesentliche Rolle, da die deutschen spezialgesetzlichen Normen als Marktverhaltensnormen qualifiziert werden und demnach über § 3a dUWG Eingang in das dUWG finden.⁶⁸²

Wie *Zurth/Pless* zur deutschen Rechtslage formulierten, muss durch die Änderung der AVMD-RL 2010/13/EU in Zukunft in Deutschland anstatt § 5a Abs 6 dUWG der Rechtsbruchtatbestand des § 3a dUWG herangezogen werden, um Werbemaßnahmen bei audiovisuellem *Influencer* Marketing iSd § 58 Abs 3 dRSStV zu beurteilen.⁶⁸³ Dies wird durch die Änderung der AVMD-RL 2010/13/EU bedingt, die nun auch auf sog „nutzergenerierte Inhalte“ abstellt.⁶⁸⁴ Die Änderung der Rechtslage wird auch in Österreich die Auswirkung haben, dass audiovisuelle Medieninhalte von *Influencern* nach § 31 AMD-G als *lex specialis* zu beurteilen sind und dementsprechend primär auf den Rechtsbruchtatbestand des § 1 UWG abgestellt werden muss.⁶⁸⁵

4.5 Gegenüberstellung zur Erfüllung der Kennzeichnungspflicht

Die deutsche Judikatur zum *Influencer* Marketing hat sich bereits ausführlich mit der Verwendung diverser Kennzeichnungsbegriffe befasst (siehe hierzu die Ausführungen in

⁶⁷⁶ H. Köhler in UWG³⁸ § 3a Rz 1.8.

⁶⁷⁷ H. Köhler in UWG³⁸ § 3a Rz 1.9.

⁶⁷⁸ Micklitz/Schirmbacher in Recht der elektronischen Medien⁴ § 3a UWG Rz 7.

⁶⁷⁹ OGH 11.03.2008, 4 Ob 225/07b.

⁶⁸⁰ Wiltschek/Horak in UWG^{8.02} § 1 E 446.

⁶⁸¹ Götting/Hetmank in Lauterkeitsrecht³ § 3a UWG Rz 12b.

⁶⁸² Gerecke, GRUR 2018/2, 153 (159).

⁶⁸³ Zurth/Pless, ZUM 2019/5, 414 (419 f).

⁶⁸⁴ Prohaska-Marchried/Pölzl, Compliance Praxis 2019/1, 26 (28).

⁶⁸⁵ Feiler/Schmitt in Staudegger/Thiele, Jahrbuch Geistiges Eigentum 2019, 255 (261).

Kapitel 3.5). Hierbei fällt sofort auf, dass englischsprachige Begriffe derzeit als unzulässig betrachtet werden, um den kommerziellen Zweck eines Beitrages für den deutschen Durchschnittsverbraucher zweifelsfrei erkenntlich zu machen. So wurden bereits die Begriffe „sponsored“ und „ad“ als unzulässig angesehen.⁶⁸⁶

An dieser Stelle ist erneut zu betonen, dass konkrete Anhaltspunkte zur Erfüllung der Kennzeichnungspflicht bei *Influencer* Marketing in Österreich fehlen, da die österreichischen Gerichte bisher noch nicht mit der Kennzeichnungspflicht von werblichen Inhalten im Rahmen von *Influencer* Marketing befasst wurden. Ein wesentlicher Unterschied zur deutschen Rechtslage und Rsp könnte sich jedoch aus den erläuternden Bemerkungen⁶⁸⁷ des österreichischen Gesetzgebers zu § 6 ECG ergeben, worin die Phrase „gesponsert von ...“ als zulässiges Beispiel zur Kennzeichnung von Werbeinhalten aufgezählt wird.

Hinsichtlich der Platzierung der Kennzeichnung ist derzeit zwischen deutscher und österreichischer Rsp zu unterscheiden: § 26 MedienG lässt nach einer E des OGH⁶⁸⁸ zu, dass oftmals erst nach dem Lesen eines Beitrages die Begriffe zur Erfüllung der Kennzeichnungspflicht wahrgenommen werden. Im Gegensatz dazu ist eine Kennzeichnung am Ende eines Beitrages in Deutschland nicht ausreichend, um den kommerziellen Zweck eines Beitrages entsprechend hervorzuheben.⁶⁸⁹ Auf Plattformen wie *Instagram* sollte hierfür beachtet werden, dass neben der veröffentlichten Abbildung nur drei Textzeilen zu sehen sind.⁶⁹⁰ Die Kenntnisnahme der restlichen Bildunterschrift bedarf einer zusätzlichen Maßnahme des Nutzers durch die Benutzung der Schaltfläche „mehr“.⁶⁹¹ Eine Kennzeichnung in diesem „versteckten“ Bereich würde vermutlich auch nach obig zitierter E des OGH nicht ausreichen, um den kommerziellen Zweck einer geschäftlichen Handlung erkenntlich zu machen. Diverse Plattformen haben inzwischen auf die Missstände bei der Kennzeichnung von Werbeinhalten reagiert und neue Funktionen eingeführt.⁶⁹² Auf der Videoplattform *YouTube* ist es möglich, am Anfang des Videos einen Schriftzug mit „Enthält bezahlte Promotion“ einzublenden.⁶⁹³ Auf der Plattform *Instagram* ist es möglich, Beiträge mit dem Schriftzug „Bezahlte Partnerschaft mit ... (Name des Unternehmens)“ zu kennzeichnen.⁶⁹⁴ Diese Form der

⁶⁸⁶ Etwa bei LG Heilbronn 08.05.2018, 21 O 14/18; KG Berlin 11.10.2017, 5 W 221/17.

⁶⁸⁷ ErlRV 817 BlgNR XXI. GP, 23.

⁶⁸⁸ OGH 12.10.1993, 4 Ob 124/93.

⁶⁸⁹ H. Köhler in UWG³⁸ § 5a Rz 7.80a.

⁶⁹⁰ Leeb/Maisch, ZUM 2019/1, 29 (35).

⁶⁹¹ Lichtnecker, MMR 2018/8, 512 (514); Suwelack, MMR 2017/10, 661 (662).

⁶⁹² Zurth/Pless, ZUM 2019/6, 457 (464).

⁶⁹³ <support.google.com/youtube/answer/154235?hl=de> (20.05.2020).

⁶⁹⁴ <business.instagram.com/a/brandedcontentexpansion?locale=de_DE> (20.05.2020).

Werbekennzeichnung wird in Deutschland von den Landesmedienanstalten jedoch als unzureichend angesehen.⁶⁹⁵

In beiden Ländern empfiehlt es sich bisher, die Begriffe „Anzeige“ und „Werbung“ zu nutzen. Dadurch kann jedenfalls sichergestellt werden, dass der kommerzielle Zweck des Beitrages im Rahmen von *Influencer* Marketing zweifellos offengelegt wird. In Österreich kann zusätzlich der Begriff der „entgeltlichen Einschaltung“ verwendet werden, da dieser in § 26 MedienG *expressis verbis* genannt wird.⁶⁹⁶ Anderweitige Begriffe sind zwar in beiden Ländern zulässig, müssen jedoch mit Bedacht gewählt werden, um weiterhin eine zweifelsfreie Erkennbarkeit des kommerziellen Inhaltes zu ermöglichen.

4.6 Übertragbarkeit der deutschen Rsp auf Österreich

Durch die gemeinsame europäische Grundlage unterscheidet sich die Rechtslage zur Kennzeichnungspflicht von Werbung in Deutschland und Österreich – wie gerade dargestellt – nur marginal. Der wesentliche Unterschied zwischen der Rechtsanwendungspraxis der deutschen und österreichischen Gerichte ist hierbei jener, dass die deutsche Rsp auf § 5a Abs 6 dUWG zurückgreift, der die Irreführung durch Unterlassung des Art 7 Abs 2 UGP-RL 2005/29/EG normiert. Die österreichische Rsp löst Konflikte im Bereich der Werbekennzeichnung mit dem Rechtsbruchtatbestand des § 1 UWG iVm § 26 MedienG, wodurch insbesondere auf den medienrechtlichen Begriff der (unmittelbaren) „Entgeltlichkeit“ als Anwendungsvoraussetzung abgestellt wird. Dieses Kriterium muss im Anwendungsbereich von § 2 Abs 4 UWG nicht erfüllt werden, weswegen auf diesen Tatbestand zurückgegriffen werden kann, wenn das Kriterium der „Entgeltlichkeit“ – oder auch jenes der „redaktionellen Inhalte“ – nicht erfüllt wird oder zumindest nicht bewiesen werden kann.

Ein grundlegender Unterschied ist in der Rechtsprechungspraxis von OGH und BGH hinsichtlich „Gefälligkeitsberichterstattung“ zu verorten. Die Rsp des OGH⁶⁹⁷ zu § 26 MedienG geht – wie bereits ausführlich dargelegt – davon aus, dass ein unentgeltlicher Beitrag mit „werblichem Überschuss“ nicht kennzeichnungspflichtig ist, selbst wenn dieser aus Gefälligkeit erfolgt und in räumlicher Nähe zu einem bezahlten Werbebeitrag platziert ist. Der BGH⁶⁹⁸ judiziert wiederum, dass auch bei Gefälligkeitsberichterstattung eine Kennzeichnung vorgenommen werden muss, wenn redaktionelle und werbliche Inhalte miteinander

⁶⁹⁵ Leeb/Maisch, ZUM 2019/1, 29 (36).

⁶⁹⁶ § 26 MedienG.

⁶⁹⁷ OGH 26.09.2016, 4 Ob 60/16a.

⁶⁹⁸ BGH 31.10.2012, I ZR 205/11.

vermischt werden. Dies entspricht nach *Kubat* insbesondere auch dem *Telos* der Vorschrift des § 2 Abs 4 UWG, wonach der Verbraucher nicht zu einer geschäftlichen Entscheidung verleitet werden soll, die er ansonsten nicht getroffen hätte.⁶⁹⁹

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass eine ähnliche Rechtsprechungslinie wie in Deutschland auch in Österreich denkbar wäre. Die materielle Rechtslage beider Länder weicht aufgrund der gemeinsamen europäischen Grundlage der UGP-RL 2005/29/EG kaum voneinander ab. Damit ähnliche Entscheidungen hinsichtlich Imagewerbung sowie der kommerziellen Reichweitensteigerung von *Influencern* auch in Österreich möglich sind, muss jedoch auf andere Normen zurückgegriffen werden, als dies bisher für Presseerzeugnisse der Fall war. Hierfür bietet sich insbesondere die Norm des § 2 Abs 4 UWG an, da deren Pendant des § 5a Abs 6 dUWG in Deutschland bereits zur Beurteilung von Werbeinhalten bei *Influencer Marketing* herangezogen wird.

⁶⁹⁹ *Kubat*, ÖBI 2020/3, 8 (14).

5 Abschließende Würdigung und Ausblick

Influencer Marketing ist durch den bestehenden Rechtsrahmen hinsichtlich der Kennzeichnung von Werbeinhalten beschränkt. In zahlreichen Situationen lässt sich die Rechtsordnung ohne Schwierigkeiten auch auf das Verhalten von *Influencern* in sozialen Medien anwenden, auch wenn gewisse Grundsätze, wie etwa die Form der Werbekennzeichnung im Internet, bisher vom österreichischen Gesetzgeber nicht eindeutig definiert wurden. Insbesondere die hohe Glaubwürdigkeit von *Influencern*, die diese bei einer vergleichsweise jungen Zielgruppe genießen, führt dazu, dass verschleierte Werbebeiträge konkrete Auswirkungen auf das Zielpublikum haben und eine Beeinflussung des Verbrauchers idR zu bejahen ist.

Hinsichtlich einzelner Rechtsnormen sei auf die „kritischen Auseinandersetzungen“ in den jeweiligen Unterkapiteln verwiesen. Zusammenfassend kann jedoch festgehalten werden, dass sich insbesondere die Norm des § 2 Abs 4 UWG zur Beurteilung von *Influencer* Marketing in Österreich eignet, da weder Entgeltlichkeit noch redaktionelle Inhalte vorliegen müssen. § 6 ECG iVm dem Rechtsbruchtatbestand des § 1 UWG bietet sich ebenso zur Beurteilung von *Influencer* Marketing an, da gleichfalls kein redaktioneller Inhalt vorliegen muss und der Anwendungsbereich der „kommerziellen Kommunikation“ weit auszulegen ist. Die Anwendung von Z 11 des Anhangs zu § 2 Abs 2 UWG auf *Influencer* Marketing wird regelmäßig an der Erfüllung des Kriteriums der „redaktionellen Inhalte“ scheitern.

§ 31 AMD-G ist derzeit für Inhalte von *Influencern* nicht praxisrelevant, da nur in den seltensten Fällen das Kriterium des „audiovisuellen Mediendienstes“ durch ein Profil in Videoportalen wie *YouTube* erfüllt wird. Dies wird sich jedoch voraussichtlich durch die 2018 ergangene Novelle der AVMD-RL 2010/13/EU verändern, die deren Anwendungsbereich auf „nutzergenerierte Inhalte“ erweitert. Nach der Umsetzung der Richtlinienänderung werden jene Inhalte wohl nach § 31 AMD-G als *lex specialis* beurteilt und dementsprechend über den Rechtsbruchtatbestand des § 1 UWG zur Anwendung kommen müssen.

Die Anwendbarkeit des § 26 MedienG wird regelmäßig ausscheiden, da bei *Influencer* Marketing in sozialen Medien wie *Instagram* oder *Twitter* – insbesondere aufgrund der Kürze der Beiträge – nur selten ein redaktioneller Inhalt zu bejahen ist. § 26 MedienG kann jedoch zumindest zur Beurteilung von Kennzeichnungsbegriffen herangezogen werden: Zwar wird im Lauterkeitsrecht auf das Verständnis des Durchschnittsverbrauchers abgestellt, jedoch wird davon auszugehen sein, dass die Kennzeichnungsbegriffe des § 26 MedienG auch im UWG jedenfalls zulässig sind, um den kommerziellen Zweck eines Beitrages zu kennzeichnen. Für den Anwendungsbereich des § 2 Abs 4 UWG können jene Begriffe zwar keine

zwingende Wirkung entfalten, die richterliche Beurteilung wird wohl dennoch gerade bei den Begriffen „Werbung“, „Anzeige“ und „entgeltliche Einschaltung“ eine zweifelsfreie Kennzeichnung von Werbeeinhalten annehmen.

Im Bereich des *Influencer* Marketings kann meines Erachtens des Weiteren durchaus davon ausgegangen werden, dass der Durchschnittsverbraucher über grundlegende Englischkenntnisse verfügt. Dementsprechend können meiner Meinung nach auch englischsprachige Begriffe wie „*advertisement*“ zur zweifelsfreien Kennzeichnung von Werbeeinhalten herangezogen werden. Hierbei muss jedoch insbesondere auf die Bekanntheit des Begriffes abgestellt werden, um dessen Kennzeichnungswirkung zu beurteilen. Außerdem sind die erläuternden Bemerkungen⁷⁰⁰ des österreichischen Gesetzgebers zu § 6 ECG zu beachten, in denen die Phrase „gesponsert von ...“ als beispielhafte Form der Werbekennzeichnung aufgezählt wird.

Der OGH wird seine Rechtsprechungslinie zum Begriff „Promotion“ und zum Ausnahmefall der „Gefälligkeitsberichterstattung“ in sozialen Medien aus meiner Perspektive nicht aufrecht erhalten können. Die Judikatur zur „Gefälligkeitsberichterstattung“ zeigt meiner Meinung nach auf, dass der OGH hinsichtlich der Werbekennzeichnung in Tageszeitungen und durch die richterliche Rechtsfortbildung auch in sonstigen Medien einen Weg beschreitet, der aus der Perspektive der Verbraucher in eine schädliche Richtung geht und dem *Telos* des UWG widerspricht. In sozialen Medien muss vielmehr bedacht werden, dass neue Werbeformen binnen kurzer Zeit eingeführt und adaptiert werden. Strenge Anforderungen an die Umsetzung der Werbekennzeichnungspflicht sind meiner Meinung nach unumgänglich, um die freie Entscheidung des Verbrauchers zu bewahren und ihn vor verschleierte Werbemaßnahmen zu schützen. Hierbei darf jedoch nicht die Verantwortung der beworbenen Unternehmen außer Acht gelassen werden. Diese profitieren von verschleierte Werbemaßnahmen durch eine erhöhte Absatzförderung. Aus der Sicht der beworbenen Unternehmen empfiehlt es sich, mit dem *Influencer* vertraglich konkrete Kennzeichnungspflichten zu vereinbaren.⁷⁰¹

Derzeit besteht meines Erachtens kein Handlungsbedarf des österreichischen Gesetzgebers im Bereich der Kennzeichnungspflicht von Werbeeinhalten, insbesondere aufgrund der inhaltsnahen Umsetzung der UGP-RL 2005/29/EG mit den jeweiligen Bestimmungen des UWG. *De lege lata* hat der österreichische Gesetzgeber aufgrund der Vollharmonisierung

⁷⁰⁰ ErlRV 817 BlgNR XXI. GP, 23.

⁷⁰¹ *Lammenett*, Praxiswissen Online-Marketing⁷, 169 f.

des lauterkeitsrechtlichen Verbraucherschutzes wohl keine Gestaltungsmöglichkeiten, um den Bereich des *Influencer* Marketings im Detail zu regulieren. *De lege ferenda* wäre meiner Meinung nach eine europäische Verordnung notwendig, um das Ziel der Vollharmonisierung des lauterkeitsrechtlichen Verbraucherschutzes in den Mitgliedstaaten konsequent zu erreichen und die derzeitigen Bestimmungen an technologische sowie gesellschaftliche Entwicklungen anzupassen.

Der Spezialbereich des *Influencer* Marketings zeigt deutlich, dass bestehende Rechtsnormen der Kennzeichnungspflicht von Werbeinhalten auch auf neue Kommunikationstechnologien angewandt werden können. Die bestehende Judikatur kann jedoch nicht vollständig auf neue Technologien übertragen werden, regelmäßig hat vielmehr eine Einzelfallbetrachtung oder die Entwicklung neuer Rechtsprechungsgrundsätze zu erfolgen. Dem Trend zur Verschleierung von Werbeinhalten in digitalen Kommunikationsmedien kann nur begegnet werden, wenn bestehende Beurteilungsmaßstäbe konsequent angewandt werden.

Zusammenfassend ist daher der kommerzielle Zweck von Beiträgen auch in sozialen Medien idR zu kennzeichnen, insbesondere dann, wenn eine wirtschaftliche Nähe zum behandelten Unternehmen besteht. Eine ähnliche Rsp wie in Deutschland kann durchaus auch in Österreich erwartet werden, da die materielle Rechtslage aufgrund der gemeinsamen unionsrechtlichen Grundlagen mit UGP-RL 2005/29/EG, AVMD-RL 2010/13/EU und E-Commerce-RL 2000/31/EG nur minimal voneinander abweicht.

Literaturverzeichnis

Monografien

Arnold Timo, Wirtschaftswerbung und die Meinungsfreiheit des Grundgesetzes (Springer Verlag 2018)

Bettendorfer Selina, Instagram-Journalismus. Ein Leitfaden für Redaktionen und freie Journalisten (Springer Verlag 2019)

Branahl Udo, Medienrecht⁸ (Springer Verlag 2019)

Deges Frank, Quick Guide Influencer Marketing (Springer Verlag 2018)

Fries Peter, Influencer Marketing (Springer Verlag 2018)

Hetmank Sven, Internetrecht (Springer Verlag 2016)

Kollmann Tobias, E-Business⁷ (Springer Verlag 2019)

Kreutzer Ralf T./Rumler Andrea/Wille-Baumkauff Benjamin, B2B-Online-Marketing und Social Media² (Springer Verlag 2020)

Krutzler Tatjana, Schadenersatz im Lauterkeitsrecht (Verlag Österreich 2015)

Lammenett Erwin, Praxiswissen Online-Marketing⁷ (Springer Verlag 2019)

Miklau Rosemarie/Deutsch Markus, Werbung & Recht² (Manz Verlag Wien 2015)

Müller Walter, UWG kompakt² (Linde Verlag 2019)

Nirschl Marco/Steinberg Laurina, Einstieg in das Influencer Marketing (Springer Verlag 2018)

Schley Enno, Das lauterkeitsrechtliche Trennungsgebot im Internet (Herbert Utz Verlag 2018)

Wiebe Andreas, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht⁴ (Facultas 2018)

Kommentare

Berka Walter/Heindl Lucie/Höhne Thomas/Koukal Alexander (Hrsg.), Mediengesetz: Praxiskommentar⁴ (LexisNexis Verlag 2019)

Binder Reinhart/Vesting Thomas (Hrsg.), Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht⁴ (C.H. Beck Verlag 2018)

Fezer Karl-Heinz/Büscher Wolfgang/Obergfell Eva Ines (Hrsg.), *Lauterkeitsrecht. Kommentar zum UWG Band 1*³ (C.H. Beck Verlag 2016)

Fezer Karl-Heinz/Büscher Wolfgang/Obergfell Eva Ines (Hrsg.), *Lauterkeitsrecht. Kommentar zum UWG Band 2*³ (C.H. Beck Verlag 2016)

Gersdorf Hubertus/Paal Boris P. (Hrsg.), *BeckOK Informations- und Medienrecht*²⁷ (C.H. Beck Verlag Stand 01.02.2016)

Harte-Bavendamm Henning/Henning-Bodewig Frauke (Hrsg.), *UWG*⁴ (C.H. Beck Verlag 2016)

Hartmann Rudolf/Rieder Sepp, *Kommentar zum MedienG* (Manz Verlag 1985)

Heermann Peter W./Schlingloff Jochen (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht (UWG) Band 1*³ (C.H. Beck Verlag 2020)

Höpfl Frank/Ratz Eckart (Hrsg.), *WK*² *StGB* (Manz Verlag Stand 01.11.2019)

Köhler Helmut/Bornkamm Joachim/Feddersen Jörn (Hrsg.), *UWG*³⁸ (C.H. Beck Verlag 2020)

Kraft Rainer/Steinmair Boris, *UWG - Praxiskommentar*² (LexisNexis Verlag 2020)

Laga Gerhard/Seherschön Ulrike/Ciresa Meinhard, *E-Commerce-Gesetz* (LexisNexis Verlag 2007)

Ohly Ansgar/Sosnitza Olaf (Hrsg.), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*⁷ (C.H. Beck Verlag 2016)

Schwimann Michael/Kodek Georg E. (Hrsg.), *ABGB Praxiskommentar*⁴ (LexisNexis Verlag 2015)

Spindler Gerald/Schuster Fabian (Hrsg.), *Recht der elektronischen Medien*⁴ (C.H. Beck Verlag 2019)

Wiebe Andreas/Kodek Georg E. (Hrsg.), *UWG*² (Manz Verlag Stand 01.02.2020)

Wiltschek Lothar, *UWG*⁴ (Manz Verlag Wien 2019)

Wiltschek Lothar/Horak Michael (Hrsg.), *UWG*^{8.02} (Manz Verlag Stand 01.03.2019)

Zankl Wolfgang, *E-Commerce-Gesetz*² (LexisNexis Verlag 2016)

Beiträge in Kommentaren

Alexander Christian in Heermann/Schlingloff (Hrsg), Z 11 des Anhangs (C.H. Beck Verlag 2020)

Anderl Axel/Appl Clemens in Wiebe/Kodek (Hrsg), § 2 UWG (Manz Verlag Stand 01.12.2016)

Anderl Axel/Appl Clemens in Wiebe/Kodek (Hrsg), Anhang zu § 2 UWG (Manz Verlag Stand 01.12.2016)

Bähr Peter in Heermann/Schlingloff (Hrsg), § 2 UWG (C.H. Beck Verlag 2020)

Bornkamm Joachim in Köhler/Bornkamm/Feddersen (Hrsg), § 8 UWG (C.H. Beck Verlag 2020)

Ciresa Meinhard in Schwimann/Kodek (Hrsg), § 3 ECG (LexisNexis Verlag 2015)

Ciresa Meinhard in Schwimann/Kodek (Hrsg), § 6 ECG (LexisNexis Verlag 2015)

Dreyer Gunda/Frank Christian in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Hrsg), § 5a UWG (C.H. Beck Verlag 2016)

Fezer Karl-Heinz in Fezer/Büscher/Obergfell (Hrsg), § 2 UWG (C.H. Beck Verlag 2016)

Fiedler Christoph in Gersdorf/Paal (Hrsg), § 58 RStV (C.H. Beck Verlag Stand 01.02.2020)

Fiedler Christoph in Gersdorf/Paal (Hrsg), § 59 RStV (C.H. Beck Verlag Stand 01.02.2020)

Frank Christian in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Hrsg), Z 11 des Anhangs (C.H. Beck Verlag 2016)

Götting Horst-Peter/Hetmank Sven in Fezer/Büscher/Obergfell (Hrsg), § 3a UWG (C.H. Beck Verlag 2016)

Heermann Peter W. in Heermann/Schlingloff (Hrsg), § 5a UWG (C.H. Beck Verlag 2020)

Heidinger Roman ua in Wiebe/Kodek (Hrsg), § 1 UWG (Manz Verlag Stand 01.02.2020)

Hoeren Thomas in Fezer/Büscher/Obergfell (Hrsg), Z 11 des Anhangs (C.H. Beck Verlag 2016)

Holznapel Bernd in Spindler/Schuster (Hrsg), § 2 RStV (C.H. Beck Verlag 2019)

Keller Erhard in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Hrsg), § 2 UWG (C.H. Beck Verlag 2016)

Kodek Georg E./Leupold Petra in Wiebe/Kodek (Hrsg), § 16 UWG (Manz Verlag Stand 01.12.2016)

Kodek Georg E./Leupold Petra in Wiebe/Kodek (Hrsg), § 24 UWG (Manz Verlag Stand 01.12.2016)

Köhler Helmut in Köhler/Bornkamm/Feddersen (Hrsg), § 2 UWG (C.H. Beck Verlag 2020)

Köhler Helmut in Köhler/Bornkamm/Feddersen (Hrsg), § 3a UWG (C.H. Beck Verlag 2020)

Köhler Helmut in Köhler/Bornkamm/Feddersen (Hrsg), § 5a UWG (C.H. Beck Verlag 2020)

Köhler Helmut in Köhler/Bornkamm/Feddersen (Hrsg), Z 11 des Anhangs (C.H. Beck Verlag 2020)

Koukal Alexander in Berka/Heindl/Höhne/Koukal (Hrsg), § 1 MedienG (LexisNexis Verlag 2019)

Koukal Alexander in Berka/Heindl/Höhne/Koukal (Hrsg), § 26 MedienG (LexisNexis Verlag 2019)

Koukal Alexander in Berka/Heindl/Höhne/Koukal (Hrsg), § 27 MedienG (LexisNexis Verlag 2019)

Ladeur Karl-Heinz in Binder/Vesting (Hrsg), § 58 RStV (C.H. Beck Verlag 2018)

Martini Mario in Gersdorf/Paal (Hrsg), § 1 RStV (C.H. Beck Verlag Stand 01.08.2019)

Martini Mario in Gersdorf/Paal (Hrsg), § 2 RStV (C.H. Beck Verlag Stand 01.11.2019)

Martini Mario in Gersdorf/Paal (Hrsg), § 2 TMG (C.H. Beck Verlag Stand 01.08.2019)

Micklitz Hans W./Namysłowska Monika in Spindler/Schuster (Hrsg), § 5a UWG (C.H. Beck Verlag 2019)

Micklitz Hans W./Schirnbacher Martin in Spindler/Schuster (Hrsg), § 2 UWG (C.H. Beck Verlag 2019)

Micklitz Hans W./Schirnbacher Martin in Spindler/Schuster (Hrsg), § 3 UWG (C.H. Beck Verlag 2019)

Micklitz Hans W./Schirnbacher Martin in Spindler/Schuster (Hrsg), § 3a UWG (C.H. Beck Verlag 2019)

Micklitz Hans W./Schirnbacher Martin in Spindler/Schuster (Hrsg), § 6 TMG (C.H. Beck Verlag 2019)

Obergfell Eva Ines in Fezer/Büscher/Obergfell (Hrsg), § 5a UWG (C.H. Beck Verlag 2016)

Ohly Ansgar in Ohly/Sosnitza (Hrsg), § 3a UWG (C.H. Beck Verlag 2016)

Pries Thorsten in Gersdorf/Paal (Hrsg), § 6 TMG (C.H. Beck Verlag Stand 01.02.2020)

Rami Michael in Höpfl/Ratz (Hrsg), § 26 MedienG (Manz Verlag Stand 01.09.2019)

Rami Michael in Höpfl/Ratz (Hrsg), § 51 MedienG (Manz Verlag Stand 01.09.2019)

Ricke Thorsten in Spindler/Schuster (Hrsg), § 2 TMG (C.H. Beck Verlag 2019)

Schaffert Wolfgang in Heermann/Schlingloff (Hrsg), § 3a UWG (C.H. Beck Verlag 2020)

Schulz Wolfgang in Binder/Vesting (Hrsg), § 2 RStV (C.H. Beck Verlag 2018)

Smid Jörg F. in Spindler/Schuster (Hrsg), § 58 RStV (C.H. Beck Verlag 2019)

Sosnitza Olaf in Ohly/Sosnitza (Hrsg), § 2 UWG (C.H. Beck Verlag 2016)

Sosnitza Olaf in Ohly/Sosnitza (Hrsg), Z 11 des Anhangs (C.H. Beck Verlag 2016)

Volkmann Christian in Spindler/Schuster (Hrsg), § 59 RStV (C.H. Beck Verlag 2019)

Von Jagov Carl in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Hrsg), § 3a UWG (C.H. Beck Verlag 2016)

Sammelbände

Appel Markus (Hrsg.), Die Psychologie des Postfaktischen: Über Fake News, „Lügenpresse“, Clickbait & Co (Springer Verlag 2020)

Baumgartner Gerhard (Hrsg.), Jahrbuch Öffentliches Recht 2013 (NWV 2013)

Berka Walter/Grabenwarter Christoph/Holoubek Michael (Hrsg.), Medien im Web (Manz Verlag 2009)

Deixler-Hübner Astrid/Kolba Peter (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht (LexisNexis Verlag 2015)

Feiler Lukas/Raschhofer Maximilian (Hrsg.), Innovation und internationale Rechtspraxis (Facultas 2009)

Greipl Erich/Münker Reiner (Hrsg.), 100 Jahre Wettbewerbszentrale (Deutscher Fachverlag 2012)

Jahnke Marlies (Hrsg.), Influencer Marketing (Springer Verlag 2018)

Schach Annika/Lommatzsch Timo (Hrsg.), Influencer Relations (Springer Verlag 2018)

Staudegger Elisabeth/Thiele Clemens (Hrsg.), Jahrbuch Geistiges Eigentum 2016 (NWV 2016)

Staudegger Elisabeth/Thiele Clemens (Hrsg.), Jahrbuch Geistiges Eigentum 2019 (NWV 2019)

Beiträge in Sammelbänden

Bogus Carina, Produktplatzierungen auf YouTube: Eine Untersuchung zu werberechtlichen Rahmenbedingungen und der Wahrnehmung von Produktplatzierungen, in Schach/Lommatzsch (Hrsg.), Influencer Relations (Springer Verlag 2018) 89

Feiler Lukas/Schmitt Thomas Rainer, Influencer Marketing und das medienrechtliche Trennungsgebot, in Staudegger/Thiele (Hrsg.), Jahrbuch Geistiges Eigentum 2019 (NWV 2019) 255

Fuchs Thomas/Hahn Caroline, Was sind die medienrechtlichen Rahmenbedingungen des Influencer-Marketings? Kennzeichnung, Jugendschutz und Aufsicht, in Marlies Jahnke (Hrsg.), Influencer Marketing (Springer Verlag 2018) 161

Hümpfner Deborah/Appel Markus, Native Advertising: Werbung, die nicht als solche erkannt werden will, in Appel (Hrsg.), Die Psychologie des Postfaktischen: Über Fake News, „Lügenpresse“, Clickbait & Co (Springer Verlag 2020) 59

Kogelmann Joachim, E-Commerce-Gesetz, in Deixler-Hübner/Kolba (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht (LexisNexis Verlag 2015) 351

Kogler Michael R., Online-Medien und ausgewählte Fragen der Umsetzung der audiovisuellen Mediendiensterichtlinie, in Berka/Grabenwarter/Holoubek (Hrsg.), Medien im Web (Manz Verlag 2009) 9

Lommatzsch Timo, Begriffsklärung: Influencer Marketing vs Influencer Relations, in Schach/Lommatzsch (Hrsg.), Influencer Relations (Springer Verlag 2018) 23

Meinen Djure/Gerecke Martin, Kennzeichnung und Transparenz in der Zusammenarbeit mit Influencern, in Schach/Lommatzsch (Hrsg.), *Influencer Relations* (Springer Verlag 2018) 265

Noha Birgit, Neue spezifische Formen der Internetwerbung – Keyword Advertising im weiteren Sinn und rechtliche Grenzen, in Feiler/Raschhofer (Hrsg.), *Innovation und internationale Rechtspraxis* (Facultas 2009) 589

Seidelberger Hannes, UWG-Novelle 2015 – die Umsetzung der UGP-RL in bereits „vier Akten“, in Staudegger/Thiele (Hrsg.), *Geistiges Eigentum Jahrbuch 2016* (NWV 2016) 261

Seidelberger Hannes, UWG in Österreich und Deutschland, in Greipl/Münker (Hrsg.), *100 Jahre Wettbewerbszentrale* (Deutscher Fachverlag 2012) 183

Sekara Monika, Welche weiteren rechtlichen Aspekte gibt es im Influencer-Marketing?, in Marlies Jahnke (Hrsg.), *Influencer Marketing* (Springer Verlag 2018) 176

Zeitschriftenaufsätze

Ahrens Hans-Jürgen, Influencer Marketing - Regulierungsrahmen und Konsequenzen seiner Anwendung (Teil 1), *GRUR* 2018/12, 1211

Allram Katrin/Grafl Hannah, Glücksspielwerbung in den Massenmedien. Eine Untersuchung aus verwaltungsstraf- und rundfunkrechtlicher Sicht, *ÖJZ* 2017/4, 155

Anderl Axel/Seling Andreas, Social Media - Rechtssicherheit im Unternehmen, *ecolex* 2018/6, 535

Borsch Uwe, Der angemäÙte Influencer - Markenpiraterie 2.0, *MMR* 2018/3, 127

Böse Matthias, Influencer-Marketing. Die lauterkeitsrechtlichen Kennzeichnungspflichten von Werbebotschaften, *MDR* 2019/13, 769

Dichlberger Elke, Markenrechtliche Risiken bei Keyword-Advertising, *ecolex* 2008/11, 1032

Frauenberger Andreas, Vertretbarkeit und Normgeltung. Ein Beitrag zur Fallgruppe Rechtsbruch, *ÖBl* 2016/4, 152

Gerecke Martin, Kennzeichnung von werblichen Beiträgen im Online-Marketing, *GRUR* 2018/2, 153

- Grama Martina/Seling Andreas*, Social Media Marketing und UWG, ZIIR 2015/3, 253
- Handig Christian*, Informationspflicht für Betreiber von Websites, SWK 2002/10, 19
- Handig Christian*, Wenn „Influencer“ zum Beruf wird, stellt sich ua die berufsrechtliche Frage, ecolex 2019/6, 547
- Heins Markus*, Anwendbarkeit rundfunkrechtlicher (Werbe-)Vorschriften auf Online-Videos. Fernsehähnliche Telemedien nach neuem MStV und AVMD-Richtlinie, MMR 2018/12, 794
- Henrich Jan*, Medienstaatsvertrag: Neue Regeln für digitale Plattformen, MMR-Aktuell 2020, 424303
- Hofmarcher Dominik*, Internet of Things - Wenn (Gebrauchs-)Gegenstände werben, ecolex 2017/2, 101
- Judt Ewald/Klausegger Claudia*, Was ist eigentlich ... Instagram Marketing?, ÖBA 2019/10, 739
- Judt Ewald/Klausegger Claudia*, Was ist eigentlich ... Influencer Marketing?, ÖBA 2020/4, 262
- Kleber Astrid*, Influencer werden Markenbotschafter der Sozialversicherung, SozSi 2019/1, 10
- Klickermann Paul*, Influencer-Marketing im Fokus des Kennzeichnungsgebots. „Native Advertising“ als innovative Werbeform für verändertes Nutzerverhalten - ein Rechtsprechungsüberblick, MMR 2020/3, 150
- Kogler*, Begriff „audiovisueller Mediendienst“ - Werbevideos auf Youtube, MR 2018/3, 139
- Köhler Samantha*, Influencer-Marketing: Kennzeichnungspflichten nach UWG, GRUR-Prax 2019/15, 343
- Kubat Adrian*, Kennzeichnungspflicht im Influencer-Marketing, ÖBf 2020/3, 8
- Kulka Andreas*, Das Fingieren von (größerer) Beliebtheit eines Unternehmens im Wettbewerbsrecht, ecolex 2012/2, 148
- Laoutoumai Sebastian/Dahmen Anna*, Influencer Marketing - Neue Stars, alte Pflichten?!, K&R 2017/1, 29

Leeb Christina-Maria/Maisch Marc, Social-Media-Stars und -Sternchen im rechtsfreien Raum, ZUM 2019/1, 29

Leitner Marlene, Influencer-Videos im Lichte des AMD-G, ÖJZ 2019/23-24, 1053

Lichtnecker Florian, Neues aus dem Social Media-Marketing. Aktuelle wettbewerbs-, urheber- und markenrechtliche Problemstellungen, MMR 2018/8, 512

Liesem Kerstin, Neulandvermessung – Die Regulierung von Medienintermediären im neuen Medienstaatsvertrag, ZUM 2020/5, 377

Litzka Gerhard/Wittmann Heinz, Werbungs-Kennzeichnung (§ 26 MedienG), MR 1983/3, 4

Peifer Karl-Nikolaus, Influencer Marketing - Rechtlicher Rahmen und Regulierungsbedürfnis (Teil 2), GRUR 2018/12, 1218

Prandstätter Barbara, Das wettbewerbsrechtliche Transparenzgebot aus der Sicht junger Verbraucher, wbl 2016/6, 309

Prohaska-Marchried Martin/Pölzl Jürgen, Influencer & Social Media - Best Practices, Compliance Praxis 2019/1, 26

Rabl Thomas, Recht smart 1.09: The Amtsschimmel strikes back (even on teddy bears)!, ecolex 2019/9, 762

Raffling Philip/Wittmann Heinz, Werbung in sozialen Netzwerken, MR 2017/4, 163

MMR-Aktuell-Redaktion, EU-Kommission veröffentlicht Stellungnahme zum MStV, MMR-Aktuell 2020, 428972

Remmert Frank R., Aktuelle Entwicklungen im Social Media-Recht. Überblick der relevanten Themen aus Unternehmenssicht, MMR 2018/8, 507

Resinger Elias, Social Media Marketing, ecolex 2010/9, 827

Riefa Christine/Clausen Laura, Towards Fairness in Digital Influencer's Marketing Practices, EuCML 2019/8, 64

Scherer Inge, Rezeption kommerzieller Kommunikation in sozialen Netzwerken durch minderjährige Nutzer, WRP 2019/3, 277

Schmid Tobias, Digitalisierung und zukünftige Medienordnung: Medienpolitische Perspektive - Kontrolle der Plattformen als Medien, ZUM 2019/3, 226

- Schröder Markus*, Schleichwerbung in sozialen Medien, MMR 2018, 245
- Schumacher Christian*, Kennzeichnung entgeltlicher Veröffentlichungen, *ecolex* 2010/1, 67
- Staudegger Elisabeth*, Haftungsprivilegierung des Hostproviders oder Medieninhaberschaft – tertium non datur, ALJ 2015/1, 42
- Suwelack Felix*, Schleichwerbung als Boombranche? Geltung und Wirksamkeit werberechtlicher Grundsätze beim Influencer-Marketing, MMR 2017/10, 661
- Swoboda Lukas-Sebastian*, Onlinewerbung im Lichte des E-Commerce - ein Überblick, ZIIR 2016/2, 159
- Swoboda Lukas-Sebastian*, Onlinewerbung im Lichte des E-Commerce (Teil II), ZIIR 2017/2, 150
- Thiele Clemens*, Persönlichkeitsschutz in Neuen Medien - Facebook, Google & Co, AnwBl 2013/1, 11
- Tonninger Bernhard*, Gefälligkeitsberichterstattung in Gratiszeitung, *ecolex* 2017/2, 147
- Troge Thorsten*, Herausforderung: Influencer-Marketing, GRUR-Prax 2018/4, 87
- Vonau Eva*, Werbekennzeichnung von Instagram-Beiträgen, GRUR-Prax 2019/8, 191
- Warzilek Alexander*, Werbungskennzeichnung - Gratiszeitungen, MR 2016/6, 288
- Weiden Henrike*, BMJV will Rechtssicherheit für Influencer, GRUR 2020/4, 361
- Willems Constantin*, Influencer als Unternehmer. Überlegungen zu § 2 Abs 1 Nr 6 UWG und §§ 14, 112 BGB, MMR 2018/11, 707
- Wiltschek Lothar*, Unentgeltliche redaktionell gestaltete Anzeigen, ÖBl 2017/2, 88
- Zurth Patrick/Pless Viola*, #transparenz: Die Kennzeichnung nutzergenerierter Werbung in sozialen Netzwerken unter der neuen AVMD-Richtlinie - Teil 1, ZUM 2019/5, 414
- Zurth Patrick/Pless Viola*, #transparenz: Die Kennzeichnung nutzergenerierter Werbung in sozialen Netzwerken unter der neuen AVMD-Richtlinie - Teil 2, ZUM 2019/6, 457

Verzeichnis der Online-Quellen

zuletzt abgerufen am 20.05.2020

<support.google.com/youtube/answer/154235?hl=de>

<business.instagram.com/a/brandedcontentexpansion?locale=de_DE>

BMJV, Regelungsvorschlag des BMJV zur Abgrenzung nichtkommerzieller Kommunikation zur Information und Meinungsbildung von geschäftlichen Handlungen <[bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/Regelungsvorschlag_Influencer.pdf?__blob=publicationFile&v=1](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/Regelungsvorschlag_Influencer.pdf?__blob=publicationFile&v=1)>

Bundesverband Digitale Wirtschaft, Neue Formen im Content Marketing <<https://www.bvdw.org/themen/publikationen/detail/artikel/whitepaper-neue-formen-im-content-marketing/>>

Bundesverband Digitale Wirtschaft, Stellungnahme des Bundesverbands Digitale Wirtschaft (BVDW) e.V. zum Regelungsvorschlag des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) zur Abgrenzung nichtkommerzieller Kommunikation zur Information und Meinungsbildung von geschäftlichen Handlungen <[bvdw.org/fileadmin/bvdw/upload/publikationen/full-service-digitalagentur/BVDW-Stellungnahme_Influencer-Marketing_20_03_19.pdf](https://www.bvdw.org/fileadmin/bvdw/upload/publikationen/full-service-digitalagentur/BVDW-Stellungnahme_Influencer-Marketing_20_03_19.pdf)>

Deutscher Industrie- und Handelskammertag, DIHK-Stellungnahme zum Regelungsvorschlag zum Influencer-Marketing <[dihk.de/resource/blob/19692/3cf6d62db80c999931460c20a8feb-dfc/dihk-stellungnahme-influencer-marketing-data.pdf](https://www.dihk.de/resource/blob/19692/3cf6d62db80c999931460c20a8feb-dfc/dihk-stellungnahme-influencer-marketing-data.pdf)>

Deutscher Presserat, Publizistische Grundsätze (Pressekodex) <[presserat.de/files/presserat/dokumente/download/Pressekodex2017light_web.pdf](https://www.presserat.de/files/presserat/dokumente/download/Pressekodex2017light_web.pdf)>

Direktorenkonferenz der Landesmedienanstalten, Leitfaden der Medienanstalten zur Werbekennzeichnung bei Social-Media-Angeboten <[die-medienanstalten.de/fileadmin/user_upload/Rechtsgrundlagen/Richtlinien_Leitfaeden/Leitfaden_Medienanstalten_Werbekennzeichnung_Social_Media.pdf](https://www.die-medienanstalten.de/fileadmin/user_upload/Rechtsgrundlagen/Richtlinien_Leitfaeden/Leitfaden_Medienanstalten_Werbekennzeichnung_Social_Media.pdf)>

Europäische Kommission, Behavioural Study on Advertising and Marketing Practices in Online Social Media <ec.europa.eu/info/sites/info/files/osm-final-report_en.pdf>

PR-Ethik-Rat, Kodex des Österreichischen Ethik-Rats für Public Relations <prethikrat.at/wp-content/uploads/2016/09/Kodex-Digitale-Kommunikation_PR-Ethik-Rat.pdf>

PR-Ethik-Rat, Kodex des Österreichischen Ethik-Rats für Public Relations² <prethikrat.at/wordpress_dev/wp-content/uploads/Kodex_Digitale_Kommunikation_2_Auflage.pdf>

PR-Ethik-Rat, OGH-Urteil leistet Koppelungsgeschäften und damit Lesertäuschung Vorschub und unterminiert die zentrale Korrektivrolle der Medien <prethikrat.at/wp-content/uploads/2016/11/Presseinfo_PR-Ethikrat_OGH-Urteil_2016-11-15.pdf>

Verbraucherzentrale Bundesverband, Regulierung von Influencer-Marketing <vzbv.de/sites/default/files/downloads/2020/03/16/20-03-10_vzbv_stn_influencerregelung.pdf>

Wettbewerbszentrale, Leitfaden zur Kennzeichnung von Werbung auf Instagram <wettbewerbszentrale.de/media/getlivedoc.aspx?id=35905>

Woods Steven, #Sponsored: The Emergence of Influencer Marketing <https://trace.tennessee.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3010&context=utk_chanhonoproj>

Rechtsquellenverzeichnis

Österreichische Rechtsquellen

Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 – UWG, BGBl 448/1984 idF I 104/2019

Bundesgesetz über audiovisuelle Mediendienste (Audiovisuelle Mediendienste-Gesetz – AMD-G), BGBl I 84/2001 idF 86/2015

Bundesgesetz über die Einrichtung einer Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria-Gesetz – KOG), BGBl I 32/2001 idF I 24/2020

Bundesgesetz vom 12. Juni 1981 über die Presse und andere publizistische Medien (Medienengesetz – MedienG), BGBl 314/1981 idF I 32/2018

Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG), BGBl 1/1930 idF I 24/2020

Bundesgesetz, mit dem bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs geregelt werden (E-Commerce-Gesetz - ECG), BGBl I 152/2001 idF I 34/2015

Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl 210/1958 idF III 139/2018

Staatsgrundgesetz vom 21. Dezember 1867 über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder, RGBl 142/1867 idF 684/1988

Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG), BGBl 52/1991 idF I 58/2018

Deutsche Rechtsquellen

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 3. Juli 2004 (UWG), BGBl I 1414/2004 idF I 466/2019

Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien (Rundfunkstaatsvertrag - RStV) vom 31. August 1991 idF des 22. RÄStV

Telemediengesetz vom 26. Februar 2007 (TMG), BGBl I 179/2007 idF I 1066/2019

Unionsrechtliche Rechtsquellen

Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr), Abl L 2000/178, 1

Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr von Unternehmern gegenüber Verbrauchern, ABI L 2005/149, 22

Richtlinie 2010/13/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 10. März 2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste), ABI L 2010/95, 1

Richtlinie (EU) 2018/1808 des europäischen Parlaments und des Rates vom 14. November 2018 zur Änderung der Richtlinie 2010/13/EU zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste) im Hinblick auf sich verändernde Marktgegebenheiten, ABI L 2018/303, 69

Gesetzesmaterialien

ErlRV 817 BlgNR XXI. GP

ErlRV 2 BlgNR XV. GP

ErlRV 611 BlgNR XXIV. GP

ErlRV 144 BlgNR XXIII. GP

RegE BT-Drs 14/6098

Judikaturverzeichnis

Österreichische Judikatur

OGH 21.12.2017, 4 Ob 231/17z, ÖB1 2018/72, 235 (*Gramma*) = ecolex 2018/362, 843 (*Tonninger*)

OGH 27.07.2017, 4 Ob 127/17f

OGH 13.06.2017, 4 Ob 98/17s, ÖB1-LS 2017/26, 279 (*Hinger*) = ecolex 2017/488, 1181 (*Hirsch*)

OGH 26.09.2016, 4 Ob 60/16a, MR 2016/288 (*Warzilek*) = ecolex 2017/70, 147 (*Tonninger*) = ÖB1 2017/25, 88 (*Wiltschek*)

OGH 25.05.2016, 15 Ns 35/16i

OGH 11.08.2015, 4 Ob 107/15m, ecolex 2015/467, 1072 (*Woller*) = ÖB1 2015/56, 267 (*Graf*)

OGH 14.07.2009, 4 Ob 62/09k, ÖJZ EvB1 2009/156, 1062 (*EvBl-Redaktion*) = ecolex 2010/22, 67 (*Schumacher*)

OGH 15.12.2008, 4 Ob 221/08s

OGH 08.07.2008, 4 Ob 113/08h, ecolex 2008/417, 1140 (*Schumacher*) = MR 2008, 261 (*Burgstaller*) = ÖB1 2009/21, 116 (*Gamerith*)

OGH 20.05.2008, 4 Ob 37/08g, ecolex 2008/382, 1035 (*Horak*) = ÖB1 2009/4, 27 (*Seidelberger*)

OGH 08.04.2008, 4 Ob 245/07v, MR 2008, 162 (*Korn*) = ecolex 2008/240, 653 (*Tonninger*) = ÖB1 2008/67, 330 (*Gamerith*)

OGH 12.07.2006, 4 Ob 95/06h

OGH 18.08.2004, 4 Ob 123/04y, ÖB1 2005/5, 29 (*Gamerith*)

OGH 21.01.2003, 4 Ob 284/02x, AnwB1 2003, 492 (*Schmidt*)

OGH 12.06.1996, 3 Ob 2169/96h

OGH 12.10.1993, 4 Ob 124/93

OGH 28.09.1993, 4 Ob 93/93

OGH 08.06.1993, 4 Ob 56/93

OGH 29.09.1992, 4 Ob 60/92

OGH 28.05.1992, 4 Ob 74/91

VwGH 21. 10. 2011, 2009/03/0172

VwGH 27.01.2006, 2004/04/0114, MR 2006, 116 (*Wittmann*) = ecolex 2006/195, 439 (*Pri-
mosch*) = MR 2007, 285 (*Wittmann*)

BVwG 10.07.2019, W234 2219106-1

RIS-Justiz RS0067589

RIS-Justiz RS0067650

RIS-Justiz RS0067702

RIS-Justiz RS0067740

RIS-Justiz RS0067750

RIS-Justiz RS0078202

RIS-Justiz RS0078296

RIS-Justiz RS0114362

RIS-Justiz RS0114366

RIS-Justiz RS0118400

RIS-Justiz RS0125121

RIS-Justiz RS0125859

Deutsche Judikatur

BGH 12.01.2017, I ZR 117/15

BGH 31.03.2016, I ZR 160/14, LMK 2016, 608 (Berlit) = GRUR-Prax 2016, 290 (*Himmelsbach*) = K&R 2016, 495 (*Huff*)

BGH 07.05.2015, I ZR 158/14, GRUR-Prax 2015, 490 (*Hilger*)

BGH 06.02.2014, I ZR 2/11 (Good News II), GRUR-Prax 2014, 389 (*Von Becker*) = EWiR 2014, 795 (*Lober*)

BGH 12.12.2013, I ZR 192/12, GRUR-Prax 2014, 285 (*Ruess*) = EWiR 2014, 533 (*Gaugenrieder/Eileen*) = K&R 2014, 526 (*Laoutoumai/Terhaag*)

BGH 31.10.2012, I ZR 205/11 (Preisrätselgewinnauslobung V), GRUR-Prax 2013/8, 181 (*Jacobs*)

BGH 29.04.2010, I ZR 23/08 (Costa del Sol), GRUR-Prax 2010, 299 (*Schmidt-Hern*)

BGH 22.04.2009, I ZR 216/06 (Internet-Videorecorder), NJW 2009, 3511 (*Rössel*) = MMR 2009, 620 (*Brisch/Laue*) = CR 2009, 598 (*Lüghausen*)

BGH 04.12.2008, I ZR 3/06

BGH 20.02.1986, I ZR 149/83

OLG Braunschweig 13.05.2020, 2 U 78/19

OLG Frankfurt a. M. 23.10.2019, 6 W 68/19, GRUR-Prax 2019, 561 (*Douglas*)

OLG Frankfurt a. M. 28.06.2019, 6 W 35/19, GRUR-Prax 2019, 400 (*Gerecke*)

OLG Braunschweig 08.01.2019, 2 U 89/18, GRUR-Prax 2019/8, 191 (*Vonau*)

OLG Celle 08.06.2017, 13 U 53/17, GRUR-Prax 2017, 446 (*Gerecke*) = GWR 2017, 435 (*Skerendi*) = MMR 2017, 769 (*Czernik/Sobotka*)

OLG München 27.03.2014, 6 U 3183/13

KG Berlin 08.01.2019, 5 U 83/18

KG Berlin 27.07.2018, 5 W 149/18

KG Berlin 11.10.2017, 5 W 221/17, GRUR-Prax 2018/2, 58 (*Gerecke*)

LG München 29.04.2019, 4 HK O 14312/18, GRUR-RR 2019, 332 (*Zurth/Pless*) = WRP 2019, 931 (*Nadi*)

LG Hamburg 28.03.2019, 403 HKO 127/18

LG Karlsruhe 21.03.2019, 13 O 38/18

LG Itzehoe 23.11.2018, 3 O 151/18

LG Osnabrück 12.06.2018, 14 O 135/18

LG Berlin 24.05.2018, 52 O 101/18, GRUR-Prax 2018, 363 (*Gerecke*)

LG Heilbronn 08.05.2018, 21 O 14/18

LG Berlin 03.05.2018, 15 O 250/17

LG Hagen 13.09.2017, 23 O 30/17, GRUR-Prax 2017, 541 (*Vonau*)

LG München I 31.07.2015, 4 HK O 21172/14

Unionsrechtliche Judikatur

EuGH 21.02.2018, C-132/17 (Peugeot Deutschland GmbH/Deutsche Umwelthilfe e.V.), MR 2018, 139 (*Kogler*) = jusIT 2018/36, 90 (*Thiele*) = LMK 2018, 405143 (*Hoeren*)

EuGH 21.10.2015, C-347/14 (New Media Online), jusIT 2016/3, 10 (*Thiele*) = ÖJZ 2016/10, 92 (*Lehofer*) = ZIIR 2016, 111 (*Zykan*) = JZ 2016, 145 (*Spindler*) = K&R 2015, 790 (*Klein*)

EuGH 17.10.2013, C-391/12 (RLvS Verlagsgesellschaft mbH/Stuttgarter Wochenblatt GmbH), GRUR-Prax 2013, 469 (*Schoene*) = WRP 2013, 1575 (*Alexander*)

EuGH 03.10.2013, C-59/12 (Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs), ÖJZ 2013/128, 1105 (*Brenn*) = MR 2013, 298 (*Heidinger*) = ecolex 2014/33, 62 (*Hofmarcher*) = ASoK 2014, 122 (*Karl*) = wbl 2016, 774 (*Mosler*) = LMK 2013, 353251 (*Kainer*) = GRUR-Prax 2013, 450 (*Nowak-Over*)

EuGH 12.05.2011, C-122/10 (Ving Sverige), GRUR-Prax 2011, 243 (*Strauß*) = RRa 2012, 40 (*Fangerow*)

EuGH 12.07.2001, C-157/99 (Smits und Peerbooms), ZAS 2001/22, 183 (*Urlesberger*) = SozSi 2001, 624 (*Felix*)

EuGH 04.10.1991, C-159/90 (Society for the Protection of Unborn Children Ireland/Grogan)

EuGH 27.09.1988, C-263/86 (Humbel und Edel)