

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1

Einführung	19
A. Hintergrund und Problemstellung	19
I. Influencer Marketing als „neue“ Art der Werbung	20
1. Faktisches Bedürfnis für das Influencer Marketing zwecks Bewerbung von Produkten/Dienstleistungen	21
2. Rechtlicher Rahmen des Influencer Marketings im Lauterkeits- und Medienrecht	23
II. Wesen, Inhalt und rechtliche Grenzen des Influencer Marketings	23
1. Das „Ob“ und das „Wie“ der Werbung	24
2. Das „Womit“ der Werbung	24
III. Wirtschaftliche Relevanz des Influencer Marketings	24
IV. Soziale wie ethische Gefahren, rechtliche Risiken und mögliche Verantwortlichkeit beim Influencer Marketing	25
V. Aktualität der rechtlichen Verantwortlichkeit im Rahmen des Influencer Marketings in der Bundesrepublik Deutschland	26
1. Entwicklungen in der Rechtsprechung	26
2. Entwicklungen in der Gesetzgebung	27
VI. Bewegung gen künftige Verantwortlichkeit im Rahmen des Influencer Marketings?	27
B. Gang der Darstellung	27

Kapitel 2

Einordnung der Begrifflichkeiten und ethische Verantwortlichkeit im Rahmen des Influencer Marketings	28
A. Ethische Verantwortlichkeit im Rahmen des Influencer Marketings	28
I. Das Influencer Marketing als „neue“ Art der Werbung auf Plattformen im World Wide Web	28
1. Der Begriff der „Werbung“	28
a) Werbung im Sinne des Lauterkeitsrechts	29
b) Werbung im Sinne des Medienrechts	32
c) Zwischenergebnis	34

2. Zwischenergebnis	35
3. Influencer, Unternehmen und Nutzer im Rahmen von Werbung im World Wide Web	35
a) Der Begriff des „Influencers“ und die Bedeutung vom „Influencer Marketing“	35
aa) Begriff, Bedeutung und Tätigkeit des „Influencers“ im Allgemeinen	35
bb) Die „Nischentätigkeit“ des Influencers im Speziellen	37
cc) Die Einordnung des Influencers anhand der Followerschaft	37
dd) Das „Influencer Marketing“	38
b) Zwischengeschaltete Agenturen und deren Rolle im Rahmen des Influencer Marketings	41
c) Zu bewerbende Unternehmen und deren Rolle im Rahmen des Influencer Marketings	41
d) Die Plattformen und deren Rolle im Rahmen des Influencer Marketings	42
e) Plattformnutzer als Abnehmer des Influencer Marketings	44
4. Zwischenergebnis	45
II. Ethische Verantwortlichkeit im Rahmen des Influencer Marketings	45
1. Ethische Grundsätze im Recht	46
2. Ethische Grundsätze im Rahmen des Influencer Marketings	56
3. Sozialethische Gefahren im Rahmen des Influencer Marketings	59
a) Ethik betreffend Soziale Medien in der Nutzung	59
b) Ethik betreffend die Digitalisierung bzw. künftige Ausrichtung gen Meta-verse	61
c) Ethik betreffend Minderjährige	62
d) Ethik betreffend Erkennbarkeit von Werbung	64
e) Ethik betreffend die Bewerbung medizinischer Produkte wie Dienstleistungen	66
f) Ethik betreffend die Bewerbung von Alkohol	67
4. Bedeutung von Ethik im Recht und im Rahmen des Influencer Marketings	69
III. Zwischenergebnis	69
B. Zwischenergebnis	70

Kapitel 3

Rechtlicher Rahmen betreffend die Verantwortlichkeit im Rahmen des Influencer Marketings und dessen Folgen	71
A. Rechtlicher Rahmen betreffend die Verantwortlichkeit im Rahmen des Influencer Marketings	71
I. Bedeutung der rechtlichen Verantwortlichkeit als „Haftung“	71
1. Zu wählender rechtlicher Rahmen: Umfang der „Haftung“	72
a) „Haftung“ im lauterkeits- bzw. medienrechtlichen Sinne	72
b) Die lauterkeitsrechtliche Haftung im Generellen	73
aa) Das Haftungsprinzip nach §§ 8 ff. UWG	74
bb) Das Sanktionsprinzip nach §§ 14, 15 HWG	74
c) Die medienrechtliche Haftung im Generellen	75
aa) Das Sanktionsprinzip nach §§ 7, 11 TMG	75
bb) Das Sanktionsprinzip nach §§ 109, 115 MStV bzw. § 20 JMStV	75
d) Zwischenergebnis	76
2. Haftungsadressaten	76
a) Der Influencer in der Haftung	76
b) Zwischengeschaltete Agenturen in der Haftung	77
c) Zu bewerbende Unternehmen in der Haftung	79
d) Die Plattform als Intermediär in der Haftung	80
3. Verfassungsgemäße Grenzen der Haftung: Der Grundrechtsschutz als Wertungsgröße	83
a) Ausgangspunkt: Schutzzweck hinreichender Informiertheit und Grundrechtsschutz der Werbeabnehmer	84
b) Grundrechtsschutz der Werbenden gemäß Art. 5 GG	85
aa) Schutz durch Meinungsfreiheit	86
bb) Schutz durch Pressefreiheit	87
cc) Schutz durch Rundfunkfreiheit	89
c) Grundrechtsschutz der Werbenden gemäß Art. 12 GG	90
d) Rechtfertigung unter Abwägung von Grundrechtspositionen	91
4. Zwischenergebnis	91
II. Zwischenergebnis	92
B. Folgen des divergierenden Haftungssystems als rechtlicher Rahmen des Influencer Marketings	92

Kapitel 4

Rechtliche Verantwortlichkeit im Rahmen des Influencer Marketings	93
A. Die rechtliche Verantwortlichkeit im Rahmen des Influencer Marketings	93

I.	Die lauterkeitsrechtliche Verantwortlichkeit des Influencers	93
1.	Lauterkeitsrechtlicher Anwendungsbereich	94
a)	Anwendungsbereich und Schutzzweck des UWG	94
b)	Anwendungsbereich und Schutzzweck des HWG	95
c)	Zwischenergebnis	96
2.	Vorliegen eines Verbotstatbestandes nach UWG?	96
a)	Ausgangspunkt: § 5a Abs. 6 UWG a.F.	97
aa)	Geschäftliche Handlung des Influencers	98
(1)	Verhalten zugunsten des eigenen Unternehmens	100
(a)	Influencer als „Unternehmer“ i. S. d. UWG	100
(b)	Absatzförderung eigener Produkte wie Dienstleistungen	101
(c)	Schaffung und Steigerung der „Influencer-Marke“	102
(d)	Zwischenergebnis	105
(2)	Verhalten zugunsten eines fremden – zu bewerbenden – Unterneh- mens	105
(a)	Absatzförderung zugunsten eines fremden – zu bewerbenden – Unternehmens gegen Entgelt oder ähnliche Gegenleistung	105
(b)	Absatzförderung zugunsten eines fremden – zu bewerbenden – Unternehmens ohne entsprechende Gegenleistung	107
(aa)	Handlung des Influencers aus eigener Initiative als ge- schäftliche Handlung	107
(bb)	Ausschließlich informative bzw. meinungsbildende Zielset- zung	110
(cc)	Handlungsweisen zu vorrangig anderen Zielen als der Ab- satzförderung	113
(dd)	Sonderfall: Elektronischer Verweis via Link, „Tap Tag“, „Tag“ oder „Hashtag“	115
(ee)	Zwischenergebnis	117
(c)	Zwischenergebnis	118
(3)	Zwischenergebnis	118
bb)	Zwischenergebnis	118
cc)	Nichtkenntlichmachung des kommerziellen Zwecks der geschäftlichen Handlung	119
dd)	Zwischenergebnis	124
ee)	Kommerzieller Zweck ausnahmsweise unmittelbar aus den Umständen erkennbar	125
ff)	Geschäftliche Relevanz	131
gg)	Zwischenergebnis	133
b)	§ 5a Abs. 4 UWG n.F.	133
aa)	Hintergrund: Ratio der Novellierung des § 5a UWG	133

bb) Neuerungen im Rahmen des § 5a Abs. 4 UWG n.F.	134
(1) Voraussetzungen des § 5a Abs. 4 Satz 1 UWG n.F. (vormals § 5a Abs. 6 UWG a.F.)	134
(2) Neuerung des § 5a Abs. 4 Satz 2 UWG n.F.	134
(3) Neuerung des § 5a Abs. 4 Satz 3 UWG n.F.	135
cc) Bewertung der Neuerungen im Rahmen des § 5a Abs. 4 UWG n.F. ..	135
c) § 3 Abs. 3 UWG (Verstöße gegen die „Schwarze Liste“)	139
aa) In Verbindung mit Nr. 11 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG	139
(1) Geschäftliche Handlung des Influencers	140
(2) Einsatz redaktioneller Inhalte zum Zwecke der Verkaufsförderung	140
(3) Finanzierung durch den Unternehmer	141
(4) Fehlende eindeutige Erkennbarkeit der finanzierten Verkaufsförderung („Tarnung“)	142
bb) In Verbindung mit Nr. 22 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG	143
(1) Irreführung durch das Auftreten als Verbraucher	144
(2) Irreführung bei Tätigwerden „nicht für Zwecke seines Geschäfts, Handels, Gewerbes oder Berufs“	145
cc) In Verbindung mit Nr. 28 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG („Womit“) ..	145
d) § 5 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 3 UWG	148
e) § 5a Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 UWG i. V.m. § 5b Abs. 4 UWG	150
f) § 3a UWG	152
g) Zwischenergebnis	153
3. Verstoß gegen heilmittelwerberechtliche Vorgaben?	153
a) § 3 HWG	154
b) § 11 HWG	156
aa) Verbot der Schleichwerbung (§ 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9 HWG)	157
bb) Verbot der Prominenten-Werbung (§ 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HWG) („Womit“)	159
(1) „Mega-Influencer“ und „Makro-Influencer“	161
(2) „Mikro-Influencer“ und „Nano-Influencer“	162
(3) Zwischenergebnis	163
cc) Verbot der Werbung gegenüber Kindern (§ 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 12 HWG) („Womit“)	164
dd) Sonderfall: Bewerbung operativer plastisch-chirurgischer Eingriffe (§ 11 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 und Nr. 2 HWG) („Womit“)	165
ee) Zwischenergebnis	166
c) Zwischenergebnis	166
4. Zwischenergebnis: Rechtsfolgen gemäß §§ 8 ff. UWG bzw. §§ 14, 15 HWG („Haftung“)	166

II.	Die medienrechtliche Verantwortlichkeit des Influencers	167
1.	Medienrechtlicher Anwendungsbereich	169
a)	Anwendungsbereich und Schutzzweck des TMG	170
b)	Anwendungsbereich und Schutzzweck des MStV bzw. JMStV	173
2.	Verstoß gegen § 6 TMG?	176
a)	Vorliegen einer kommerziellen Kommunikation	176
b)	Klare Erkennbarkeit der kommerziellen Kommunikation	178
c)	Zwischenergebnis	180
3.	Verstoß gegen Vorgaben des MStV bzw. JMStV?	181
a)	§ 22 Abs. 1 Satz 1 MStV	181
aa)	Vorliegen einer Werbung	182
bb)	Klare Erkennbarkeit und eindeutige Trennung der Werbung	184
cc)	Zwischenergebnis	185
b)	§ 8 Abs. 3 MStV	185
c)	§ 8 Abs. 5 MStV	187
d)	§ 8 Abs. 7 MStV	189
aa)	Verstoß gegen § 8 Abs. 7 Satz 1 Var. 1 MStV	189
	(1) Einbindungshandlung („Erwähnung oder Darstellung (...) in Sen-	
	dungen“)	190
	(2) Werbeabsicht	190
	(3) Irreführungspotenzial	194
	(4) Zwischenergebnis	195
bb)	Verstoß gegen § 8 Abs. 7 Satz 2 bis Satz 5 MStV	195
cc)	Zwischenergebnis	199
e)	§ 10 MStV	199
f)	§ 74 MStV bzw. § 98 MStV in Verbindung mit §§ 8 ff. MStV	201
g)	§ 6 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 2 JMStV („Womit“)	203
h)	Sonderfall: Bewerbung von Alkohol (§ 8 Abs. 10 MStV bzw. § 6 Abs. 5	
	Satz 1 JMStV) („Womit“)	205
aa)	Inhaltliche Grenze des § 8 Abs. 10 MStV	205
bb)	Inhaltliche Grenze des § 6 Abs. 5 Satz 1 JMStV	206
i)	Zwischenergebnis	207
4.	Zwischenergebnis: Rechtsfolgen gemäß § 11 TMG bzw. §§ 109, 115 MStV	
	und § 20 JMStV („Haftung“)	207
III.	Die rechtliche Verantwortlichkeit des Influencers aus Sicht höchstrichterlicher	
	Judikatur der Bundesrepublik Deutschland	208
1.	Ausgangspunkt: Divergierende Rechtsprechung in den Jahren 2017–2021 ..	208
a)	Rechtsprechung zugunsten der Influencer	209
b)	Rechtsprechung zulasten der Influencer	210
c)	Bewertung und Zwischenergebnis	211

2. Rechtsklarheit durch die BGH-Judikatur?	212
a) Inhalt der höchstrichterlichen Entscheidungen	212
aa) Judikate aus September 2021	213
bb) Judikate aus Januar 2022	216
b) Einzelfallcharakter der Judikate: Das „Tap Tagging“	217
c) (Keine) Notwendigkeit einer Vorlage an den EuGH?	217
d) Bedeutung der Entscheidungen für weitere Modalitäten des Influencer Marketings	218
e) Bewertung	218
3. Zwischenergebnis	222
4. Bewertung und Vergleich der höchstrichterlichen Judikatur im Verhältnis zu § 5a Abs. 4 UWG n.F.	224
5. Verhältnis zu weiteren lauterkeits- wie medienrechtlichen Vorgaben	224
6. Änderungsbedarf des gesamten Rechtsrahmens vs. Schaffung von Rechtssicherheit durch höchstrichterliche Judikatur?	225
7. Zwischenergebnis	226
IV. Die Verantwortlichkeit der zwischengeschalteten Agentur	226
V. Die Verantwortlichkeit der zu bewerbenden Unternehmen	226
VI. Die Verantwortlichkeit der Plattform als Intermediär	227
1. Lauterkeitsrechtliche Intermediärhaftung	227
a) Geschäftliche Handlung der Plattform	227
b) Lauterkeitsrechtliche Zuwiderhandlung	227
c) Zwischenergebnis	229
2. Medienrechtliche Haftung der Plattform	229
VII. Verfassungsgemäßheit der rechtlichen Verantwortlichkeit im Rahmen des Influencer Marketings	230
B. Zwischenergebnis	234

Kapitel 5

Ausblick: Künftige Verantwortlichkeit im Rahmen des Influencer Marketings und Vergleich zur rechtspolitischen Entwicklung innerhalb wie außerhalb der EU 236

A. Die künftige Verantwortlichkeit im Rahmen des Influencer Marketings: <i>De lege ferenda</i> ?	236
I. Die nationale Lösung: Modell der gesetzgeberischen Vereinheitlichung lauterkeits- und medienrechtlicher Vorgaben	236
1. Notwendiges „lex influencer“?	237
2. Novellierung der einschlägigen nationalen Vorgaben?	237
3. Nationale Gesetzgebungskompetenz?	238

- 4. Zwischenergebnis 239
- II. Die unionsrechtliche Lösung: Novellierung der EU-Vorgaben zur Gewährleistung eines unionsweiten „*level-playing-fields*“ 239
 - 1. Novellierung unionsrechtlich maßgebender Vorgaben 240
 - 2. Ausblick auf Vorgaben im Digital Services Act 243
 - 3. Zwischenergebnis 244
- III. Mittelweg: Rechtssprechungsgrundsätze als Auslegungs- und Wertungshilfen im Rahmen bestehender nationaler Vorgaben 245
- B. Gesetzgeberische Entwicklung zum sozialetischen Einfluss des Influencer Marketings innerhalb wie außerhalb der EU 245
 - I. Beispiel Frankreich 245
 - 1. Das nationale „Influencer-Gesetz“ 246
 - 2. Vorbild für die Bundesrepublik Deutschland? 246
 - II. Beispiel Norwegen 247
 - 1. Gesetz zur Kennzeichnungspflicht bei erfolgter Bildbearbeitung („Retusche“) durch Influencer 247
 - 2. Vorbild für die Bundesrepublik Deutschland? 247
 - III. Zwischenergebnis 248
- C. Konformität von ethischer wie rechtlicher Verantwortlichkeit im Rahmen des Influencer Marketings? 248

Kapitel 6

- Zusammenfassung und Thesen** 252
 - A. Zusammenfassung 252
 - B. Thesen 256
- Literaturverzeichnis** 259
- Sachwortverzeichnis** 272