

Helmand Nadi

Die rechtlichen Anforderungen an die Werbekennzeichnung im Influencer Marketing



Nomos

**Schriften zum geistigen Eigentum
und zum Wettbewerbsrecht**

Herausgegeben von

**Prof. Dr. Christian Berger, Universität Leipzig
Prof. Dr. Horst-Peter Götting, Techn. Universität Dresden**

Band 132

Helmand Nadi

Die rechtlichen Anforderungen an die Werbekennzeichnung im Influencer Marketing



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

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

Zugl.: Hamburg, Univ., Diss., 2021

ISBN 978-3-8487-8546-9 (Print)

ISBN 978-3-7489-2907-9 (ePDF)

1. Auflage 2022

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg im Wintersemester 2021/2022 als Dissertation angenommen. Die einschlägige Rechtsprechung und Literatur konnte bis Juni 2021 berücksichtigt werden. Die im September 2021 ergangenen Entscheidungen des BGH zum Influencer Marketing wurden vor Drucklegung in der gebotenen Kürze eingearbeitet.

Zunächst gilt mein herzlicher Dank meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. *Peter Mankowski*, der mich von Beginn an engagiert mit Rat und Anregungen unterstützte. Er ermöglichte mir nicht nur alle erforderlichen wissenschaftlichen und zeitlichen Freiheiten, sondern auch verschiedene Veröffentlichungen in wettbewerbsrechtlichen Fachzeitschriften. Zudem bedanke ich mich bei Herrn Prof. Dr. *Reinhard Bork* für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Für die Aufnahme in diese Schriftenreihe danke ich den Herausgebern Herrn Prof. Dr. *Christian Berger* und Herrn Prof. Dr. *Horst-Peter Götting*, LL.M.

Weiterhin möchte ich mich bei meiner Schwester *Sahar Nadi* bedanken, die diese Arbeit korrektur gelesen und mir wertvolle Anregungen aus ihrer journalistischen Perspektive gegeben hat.

Mein größter Dank gilt meiner Familie: Meinen Geschwistern *Jania*, *Arzo* und *Sahar*, die mich in jeder Phase dieser Arbeit emotional unterstützt haben und auch in schwierigen Zeiten immer für mich da sind; meinem Schwager *Tarek Azizy*, der mich maßgeblich dazu ermutigt hat, eine juristische Laufbahn einzuschlagen; meiner Mutter *Nadera Nadi* für ihre endlose Liebe und bedingungslose Aufopferung; sowie meinem Vater, *Mohammad-Omar Nadi*, der in jeder Hinsicht stets mein Vorbild sein und mich immer in meinem Herzen begleiten wird. Insbesondere ihm ist diese Arbeit gewidmet.

Hamburg, im Dezember 2021

Helmand Nadi

Inhaltsverzeichnis

1. Teil: Einleitung	19
2. Teil: Einführung in das Influencer Marketing	26
A. Grundlagen und Einordnung	26
I. Begriff	26
1. Influencer Marketing	26
2. Abgrenzung zu Influencer Relations	27
II. Entstehung und Entwicklung	28
1. Das Prinzip Meinungsmacher	28
2. Die Bedeutung der sozialen Medien	30
a) Begriffsbestimmung	30
b) Kommunikation und Interaktion im Zeitalter der Sozialen Medien	31
3. Die Geburt des Influencer Marketings	32
III. Zwecke und Ziele	33
IV. Einordnung und Abgrenzung	36
1. Social Media Marketing	36
2. Content Marketing und Native Advertising	37
3. Empfehlungsmarketing	39
B. Funktionsweise des Influencer Marketings	40
I. Der Einfluss von Influencern auf das Konsumentenverhalten	40
1. Das Prinzip der Beeinflussung	40
a) Reziprozität	40
b) Sympathie	41
c) Autorität	42
d) Soziale Bewährtheit	42
e) Bindung und Konsistenz	43
f) Knappheit	44
2. Die Rolle des Influencers im Kaufentscheidungsprozess	44
a) Die Bedeutung von Empfehlungen	44
b) Die Wirkung der Erkennbarkeit von Werbung	46
II. Die Charakteristika der Influencer	48
1. Eigenschaften und Motivation	48

Inhaltsverzeichnis

2. Typisierung	49
a) Multiplikatoren und Meinungsführer	49
aa) Multiplikatoren	50
bb) Meinungsführer	50
b) Reichweite	51
c) Themenspektrum, soziodemografische Merkmale und gesellschaftlicher Status	52
III. Die wichtigsten Influencer-Kanäle	53
1. Blogs	53
2. Facebook	55
3. Instagram	56
4. YouTube	58
5. Sonstige	60
IV. Beteiligte Parteien	62
C. Chancen und Risiken des Influencer Marketings	64
3. Teil: Die rechtlichen Grundlagen	67
A. Die getarnte Werbung	67
I. Der Begriff der Werbung	68
II. Getarnte Werbung im Influencer Marketing	69
III. Erscheinungsformen der getarnten Werbung	70
1. Presse	71
2. Rundfunk	72
3. Kinofilme	72
4. Internet	73
B. Das Trennungs- und Kennzeichnungsgebot als werberechtliches Grundprinzip	74
I. Regulierung durch Trennung und Kennzeichnung	74
II. Rechtsgrundlagen	76
1. Völkerrecht	76
2. Europäisches Sekundärrecht	76
3. Nationales Recht	77
III. Schutzzweck	78
1. Trennungsgebot	78
a) Schutz der Unabhängigkeit der Medien	79
b) Schutz des Rezipienten	81
c) Schutz des Wettbewerbs	82
2. Kennzeichnungsgebot	83
3. Eingeschränkte Bedeutung für das Influencer Marketing?	84

4. Zusammenfassung	86
IV. Verfassungsrechtliches Spannungsfeld	87
1. Der Schutz von Werbung und Medien im Grundgesetz	88
a) Medienfreiheiten	88
aa) Presse-, Rundfunk- und Filmfreiheit	88
bb) Internetmedienfreiheit?	91
cc) Werberegulierung als Ausgestaltung oder Schranke	92
(1) Einordnung des Trennungs- und Kennzeichnungsgebots	93
(2) Übertragbarkeit auf andere Medienfreiheiten	95
dd) Verfassungsmäßigkeit des Trennungs- und Kennzeichnungsgebots	96
(1) Verfassungsrechtlicher Maßstab ausgestaltender und beschränkender Regelungen	96
(2) Verhältnismäßigkeit des Trennungs- und Kennzeichnungsgebots	98
(a) Geeignetheit	98
(b) Erforderlichkeit	99
(c) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne	99
b) Meinungsfreiheit	101
c) Kunstfreiheit	102
d) Berufsfreiheit	104
2. Der Schutz des Rezipienten im Grundgesetz	105
a) Informationsfreiheit	105
b) Allgemeines Persönlichkeitsrecht	106
3. Zusammenfassung	107
4. Teil: Der Rechtsrahmen des Medien- und Lauterkeitsrechts	109
A. Influencer Marketing im Medienrecht	109
I. Europäischer Rechtsrahmen	109
1. Die Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste	110
a) Entwicklungsgeschichte	110
b) Anwendungsbereich	112
aa) Erweiterung auf nutzergenerierte Videos	112
(1) Bisherige Rechtslage	113
(2) Neue Rechtslage	114
bb) Verantwortlichkeit von Video-Sharing-Plattform-Anbietern	116

Inhaltsverzeichnis

c) Kennzeichnungspflicht des Art. 9 Abs. 1 AVMD-RL	116
d) Zusammenfassung	117
2. Die Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr	118
II. Rundfunkrecht	119
1. Der staatsvertragliche Rundfunkbegriff	120
2. Anwendbarkeit auf die sozialen Medien	121
a) Grundsätzliche Einordnung	121
b) Ausnahme: Livestreaming	122
c) Ergebnis	127
III. Telemedienrecht	128
1. Der Begriff der Telemedien	128
2. Abgeschwächte Regulierung von Telemedien	130
3. Kennzeichnungspflicht des § 22 Abs. 1 MStV	131
a) Der telemedienrechtliche Begriff der Werbung	132
b) Keine Werbung bei redaktioneller Berichterstattung	132
aa) Wirtschafts- und Informationsfunktion der Medien	132
bb) Übertragbarkeit auf Influencer	134
(1) Erforderlichkeit einer redaktionellen Gestaltung	134
(2) Relevanz des Inhalts	136
(3) Relevanz des Mediums	137
(4) Sicht eines durchschnittlichen Rezipienten im Einzelfall	138
c) Influencer-Beiträge als Werbung	139
aa) Unternehmensbezogene Äußerung	139
(1) Merkmale unternehmerischen Handelns	140
(2) Influencer als Unternehmer	141
(a) Die Wahrnehmung der Allgemeinheit	142
(b) Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalls	144
bb) Entgeltlichkeit	146
(1) Vergütung oder ähnliche Gegenleistung	147
(2) Eigenwerbung	148
(3) Aufmerksamkeitssteigerung als Entgelt?	149
cc) Absatzförderungsabsicht	151
(1) Förderung des eigenen Absatzes	151
(a) Vermarktung eigener Produkte und Dienstleistungen	152

(b) Vermarktung des Images und Steigerung der Reichweite	153
(2) Förderung fremden Absatzes	154
(a) Vergütung des Influencers	155
(b) Kostenloses Bereitstellen von Produkten	155
d) Zusammenfassung	158
4. Kennzeichnungspflichten des § 74 Satz 1 und § 98 Abs. 1 i.V.m. § 8 MStV	158
a) Begriff des rundfunkähnlichen Telemediums	159
b) Begriff des Video-Sharing-Dienstes	160
c) Verbot der Schleichwerbung	160
aa) Konkretisierung des Trennungs- und Kennzeichnungsgebots	161
bb) Der Begriff der Schleichwerbung	161
cc) Einbindung von Waren, Dienstleistungen, Marken etc.	162
dd) Werbeabsicht	162
(1) Entgeltlichkeit der Erwähnung oder Darstellung	164
(2) Selbst erworbene Produkte	165
(a) Der Fall <i>Vreni Frost</i>	166
(b) Beweislastfrage	167
(c) Die Bedeutung der Verlinkung eines fremden Unternehmens	169
(aa) Grundsätzliche Zulässigkeit von Hyperlinks	170
(bb) Verlinkung im Influencer Marketing	171
(d) Keine Werbeabsicht bei redaktionellen Beiträgen	172
(aa) Verlinkung immer absatzfördernd?	174
(bb) Verfehlung des Zwecks des Kennzeichnungsgebots	176
(cc) Zusammenfassung	179
ee) Die Gefahr der Irreführung der Allgemeinheit	180
d) Produktplatzierung	181
aa) Begriff der Produktplatzierung	182
bb) Abgrenzung	182
cc) Auswirkungen der Neufassung der AVMD-RL	183
(1) Verändertes Regel-Ausnahme-Verhältnis und Erfassung nutzergenerierter Videos	184

Inhaltsverzeichnis

(2) Anpassungen im nationalen Recht	185
dd) Kennzeichnungspflicht einer zulässigen Produktplatzierung	186
(1) Entgeltlichkeit	186
(2) Keine Anregung zu Kauf, Miete oder Pacht	188
ee) Zusammenfassung	189
e) Sponsoring	190
aa) Anwendungsbereich	190
bb) Erscheinungsform im Influencer Marketing	191
cc) Vorgaben des § 10 MStV	191
f) Dauerwerbesendung	193
5. Kennzeichnungspflicht des § 6 Abs. 1 TMG	194
a) Verhältnis zu den Vorschriften des MStV	194
b) Kommerzielle Kommunikation	195
B. Influencer Marketing im Lauterkeitsrecht	196
I. Europäischer Rechtsrahmen	197
II. Verhältnis zu den medienrechtlichen Vorschriften	198
1. Vorgaben des Unionsrechts	199
2. Anwendungsvorrang des Medienrechts	201
3. Zulässigkeit strengerer lauterkeitsrechtlicher Maßstäbe	202
III. Vorliegen einer geschäftlichen Handlung	205
1. Begriffsentwicklung	205
2. Voraussetzungen	207
a) Verhalten einer Person	207
aa) Erfasste Personen	207
bb) Positives Tun oder Unterlassen	207
(1) Kommerzielle Kommunikation	208
(2) Werbung und Marketing	208
cc) Anknüpfungspunkte im Influencer Marketing	210
(1) Influencer	210
(2) Unternehmen	211
(3) Agenturen	214
b) Unternehmensbezug des Verhaltens	214
c) Objektiver Zusammenhang mit der Absatzförderung	216
aa) Kein Entgelt erforderlich	217
bb) Fehlen eines objektiven Zusammenhangs bei nichtgeschäftlichen Zielen	218
d) Verhalten vor, bei oder nach Geschäftsabschluss	219
IV. Unlauterkeitstatbestände	220
1. Systematik der Vorschriften	220

2. Verstoß gegen die „Schwarze Liste“	222
a) Nr. 11 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG	222
aa) Redaktioneller Inhalt zum Zweck der Verkaufsförderung	223
bb) Finanzierung durch den Unternehmer	224
cc) Keine eindeutige Erkennbarkeit des Werbecharakters	225
b) Nr. 28 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG	226
aa) Nutzung des Internets durch Minderjährige	226
(1) Nutzung sozialer Netzwerke	226
(2) Wahrnehmung von Influencern	228
(3) Zusammenfassung	229
bb) Normzweck	229
cc) Anwendbarkeit der Vorschrift	230
dd) Begriff des Kindes	232
ee) Unmittelbare Aufforderung zum Erwerb einer Ware oder zur Inanspruchnahme einer Leistung	233
(1) Abgrenzung zur Aufforderung zum Kauf	234
(2) Unmittelbarer Kaufappell	235
3. Vorenthalten wesentlicher Informationen - § 5a Abs. 2, Abs. 4 UWG	236
4. Rechtsbruch - § 3a UWG	238
5. Nichtkenntlichmachung des kommerziellen Zwecks - § 5a Abs. 6 UWG	240
a) Voraussetzungen	241
b) Fallgruppen	242
6. Allgemeines Irreführungsverbot - § 5 Abs. 1 UWG	243
a) Vorgetäuschte Meinung des Influencers	244
b) Kauf von Likes, Views oder Followern	246
C. Die Influencer-Entscheidungen des BGH vom 09. September 2021	248
I. Einordnung als geschäftliche Handlung	248
II. Vorrang medienrechtlicher Vorschriften	250

Inhaltsverzeichnis

5. Teil: Die rechtsübergreifenden Probleme	252
A. Die Erkennbarkeit des kommerziellen Hintergrunds aus den Umständen	252
I. Grundsätzlicher Beurteilungsmaßstab	253
1. Verbraucherleitbild	253
a) Merkmale des Verbraucherleitbilds	254
aa) Durchschnittlicher Wissensstand	255
bb) Angemessene Aufmerksamkeit	255
cc) Angemessene Verständigkeit	257
b) Internetspezifisches Verbraucherleitbild?	258
c) Rechtsübergreifende Anwendbarkeit des Verbraucherleitbilds	260
2. Erwartungshaltung des Social Media-Nutzers	260
II. Maßgebliche Umstände im Influencer Marketing	263
1. Erkennbarkeit aufgrund des Inhalts	264
2. Erkennbarkeit aufgrund der Darstellung	265
a) Qualität und Aufmachung des Beitrags	265
b) Begleitende Hashtags	266
c) Verifizierung des Accounts	267
d) Anzahl der Follower	268
e) Öffentlich zugängliches Profil	269
3. Ergebnis	270
III. Die Influencer-Entscheidungen des BGH vom 09. September 2021	271
B. Anforderungen an die Kennzeichnung des Beitrags	272
I. Wortlaut der Kennzeichnung	273
1. Englischsprachige Hinweise	273
2. #ad und #sponsoredby	274
3. Weitere Beispiele	277
4. Plattformeneigene Kennzeichnungsmöglichkeiten	279
5. Zusammenfassung	281
II. Standort der Kennzeichnung	281
1. Instagram und Facebook	281
a) Genereller Hinweis in der eigenen Biografie	282
b) Hinweis in der Bild- oder Videounterschrift	283
c) Hinweis unmittelbar im Bild bzw. Video	285
2. YouTube	286
III. Zeitpunkt der Kennzeichnung	287

C. Rechtsfolgen fehlender oder fehlerhafter Kennzeichnung	288
I. Rechtsfolgen medienrechtlicher Verstöße	290
1. Aufsicht	290
2. Untersagung oder Sperrung des Beitrags	291
3. Bußgeld	292
II. Rechtsfolgen lauterkeitsrechtlicher Verstöße	293
1. Erweiterte Aktivlegitimation	294
2. Erweiterte Passivlegitimation	294
a) Haftung des Influencers	295
b) Haftung des beworbenen Unternehmens	295
aa) Haftung für eigenes Verhalten	295
bb) Haftung für fremdes Verhalten	298
c) Haftung der Agentur	298
6. Teil: Zusammenfassung und Ausblick	300
Literaturverzeichnis	311

