

Anton (Hrsg.)

Liber Discipulorum für Michael Martinek



Liber Discipulorum
für
Michael Martinek

herausgegeben

von

Michael Anton

juris GmbH Saarbrücken 2021

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:

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

ISBN: 978-3-86330-355-6

© 2021 juris GmbH, Am Römerkastell 11, 66121 Saarbrücken, www.juris.de

Portrait: Madeleine Monalisa Martinek

Umschlaggestaltung: HDW Werbeagentur GmbH, Saarbrücken

Satz: Datagroup Int. Srl, Timisoara

Druck: Krüger Druck + Verlag, Merzig

Prolog
-
Michael Martinek. Unser Denkmal.

VON MICHAEL ANTON

I. Von Michael Martinek

Lieber Professor Martinek,
lieber Michael!

Wer nach zwei „guten“ juristischen Staatsexamen – nicht eine, sondern – zwei Doktorarbeiten schreibt (Dr. iur. und Dr. rer. publ.) und sich im Alter von nur 35 Jahren habilitiert, ist ein universitärer Senkrechtstarter und herausragender Rechtswissenschaftler.

Wessen juristisches Schaffen und Wirken international mit vier Ehrendokortiteln

(2002 von der Zhongnan University of Economics and Law in Wuhan, China; 2007 von der Université de Lille 2 – Droit et Santé in Lille, Frankreich; 2009 von der Universität Craiova, Rumänien; 2013 von der Universität Warschau, Polen)

und zwei Honorarprofessuren

(2006 von der University of Johannesburg, Südafrika, zunächst als Honorary Professor of Law und im Jahre 2015 als Distinguished Visiting Professor; 2016 von der Zhongnan University of Economics and Law in Wuhan, China, zunächst als Honorary Professor of Law und seit 2017 als WEN LAN-Professor)

gewürdigt wird, ist ein Star unter den Jura-Professorinnen und Professoren.

Wenn – wohlgermerkt – derselbe Hochschullehrer darüber hinaus 150 Schülerinnen und Schüler zu Doktorinnen und Doktoren promoviert und zusätzlich acht erfolgreiche Habilitationen betreut hat, wobei fünf der Schüler inzwischen ihrerseits privat- und wirtschaftsrechtliche Lehrstühle begleiten (vier davon in Deutschland, einer in China), dann ist man der „*King of Swing*“ einer jeden Fakultät im In- und Ausland (um die seinen Schülerinnen und Schülern einschlägig bekannte Terminologie des Jubilars aufzugreifen).

Wer es zudem schafft, das Herz seiner liebevollen Ehefrau Margarethe Martinek, „geborene Albus“ (um weiter in der einschlägigen Terminologie zu bleiben), zu erobern und wer als Vater zwei wundervolle Töchter Madeleine Monalisa und Monique Marylou – ihrerseits Spitzenjuristinnen – in der Verwirklichung ihres eigenen Lebenswegs begleitet, der ist ... ein Denkmal!

Michael Martinek. Unser Denkmal.

Wir, das sind Deine – bislang – 150 Doktorinnen und Doktoren, eine Habilitandin und 7 Habilitanden. Dein erster Schüler hat sich am 7. Juli 1989 promoviert, Dein bislang letzter am 17.12.2020. Insgesamt 46 Doktorinnen und 104 Doktoren aus 20 Ländern hast Du in rund 34 Jahren Deines Wirkens als Hochschullehrer betreut – weitere stehen kurz vor dem Abschluss ihrer Dissertation. Jede und jeder von uns ist dankbar, glücklich und stolz, Deine Schülerin und Dein Schüler zu sein.

II. Der Geltungsbereich des Denkmalschutzrechts

Für uns Schülerinnen und Schüler ist Dein Denkmal-Dasein womöglich mit einer gewissen Bürde verbunden. Was fangen wir mit unserem akademischen Lehrer als „Denkmal“ Sinnvolles an? Hält unsere Denkmal-Hypothese der juristischen Überprüfung stand? Die erhofften Antworten finden wir wenig überraschend im Denkmalschutzrecht.

1. Der örtliche Anwendungsbereich

Wir fragen uns zunächst, welches der 16 Landes-Denkmalschutzgesetze anwendbar ist. Ist Michael Martinek etwa ein „saarländisches Denkmal“ im Sinne des Saarländischen Denkmalschutzgesetzes vom 13. Juni 2018?

Auf den ersten Blick: Wohl kaum! Geboren am 5. Oktober 1950 in Büderich hast Du Deine Kindheit und Schulzeit im Großraum Düsseldorf verbracht. Nach dem Abitur im Frühjahr 1969 hast Du bis 1971 eine Lehre als Speditionskaufmann (Fachrichtung Import-/Export-Spedition) im Unternehmen Deines Vaters in Nordrhein-Westfalen absolviert. Doch schon in der Ausbildung hast Du London, Birmingham, Paris und Mailand bereist. Auch während Deines im Wintersemester 1971/72 begonnenen Studiums der Rechtswissenschaften und der antiken Philosophie an der Freien Universität Berlin hast Du Europa und die Vereinigten Staaten von Amerika bereist. Deine Referendarzeit hast Du von Juni 1977 bis Dezember 1979 in Hamburg, am British Institute of International and Comparative Law in London und an der Hochschule für Verwaltungswissenschaften in Speyer verbracht. In der

Zeit von September 1981 bis Juni 1982 hast Du den Grad eines Master of Comparative Jurisprudence an der School of Law der New York University erworben.

Deine Internationalität hat mit der Hochschullehrertätigkeit jedoch erst richtig Fahrt aufgenommen: Seit den 1990er Jahren nimmst Du regelmäßig mehrwöchige, zuweilen mehrmonatige Gastprofessuren an der University of Johannesburg in Südafrika und an der Zhongnan - South Central University of Economics and Law in Wuhan in Zentralchina wahr. Enge freundschaftliche Beziehungen unterhältst Du zudem zur Université de Lille in Frankreich, zur Warwick University School of Law in England, zur Universität Craiova in Rumänien, zur Universität Warschau in Polen und zu vielen weiteren Universitäten in zahlreichen Ländern verschiedener Kontinente.

Dein Ausbildungsweg und universitärer Werdegang sprechen prima facie gegen die Einordnung von Michael Martinek als deutsches, geschweige denn saarländisches Denkmal - der Status als UNESCO Weltkulturerbe scheint näher liegend.

Auch wenn es Dir - womöglich - auf den ersten Blick nicht gefallen mag: Trotz Deiner Internationalität bist Du - formal-juristisch - ohne jeden Zweifel ein „saarländisches Denkmal“: Denn seit dem Wintersemester 1986/87 warst Du bis Ende März 2019 als Universitätsprofessor mit Deinem Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Rechtsvergleichung und Internationales Privatrecht an der Universität des Saarlandes tätig. Die Familie Martinek ist inzwischen seit vielen Jahrzehnten im saarländischen Köllerbach heimisch, auch wenn Deine Töchter inzwischen Ihrerseits kosmopolitisch ihrem Vater naheifern: Südafrika und China stellen für Madeleine Monalisa und Südafrika und Rom für Monique Marylou bedeutsame Stationen im Ausland dar.

Trotz Deiner Rufe an die Universitäten Erlangen-Nürnberg Ende des Jahres 1990 und Freiburg im Breisgau Ende des Jahres 1993 bist Du der Saarbrücker Universität und dem Saarland treu geblieben. Eine denkmalrechtlich zulässige „professorale Translozierung“ - das Denkmal wird genauestens dokumentiert, zerlegt und an neuer Wirkungsstätte originalgetreu wieder installiert - konnte glücklicherweise aus Sicht der Universität des Saarlandes und der Fakultät abgewendet werden. Deine Schülerinnen und Schüler haben Dich mit einem Fackellauf zum Bleiben überredet. Du hast beide Rufe abgelehnt.

So wie archäologische Objekte nur im Kontext ihres Fundortes die eigentliche wissenschaftliche Bedeutung behalten, so wie Kunst- und Kulturgüter eine

rechtlich schützenswerte Verbindung zu einer Region, Nation oder Person entwickeln und so wie sakrale Objekte vornehmlich am Ort ihrer Verehrung und Anbetung ihre eigentliche Wirkungskraft entfalten, so ist auch zwischen Dir und Deinen Saarbrücker Studierenden, Deinem Lehrstuhl und den Lehrstuhl-Mitarbeiterinnen und -Mitarbeitern und den Saarbrücker Kolleginnen und Kollegen innerhalb und außerhalb der Fakultät eine intrinsische Verbindung entstanden. Ab dem Wintersemester 1991/92 hast Du die Direktion des Instituts für Europäisches Recht an der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität des Saarlandes übernommen und seit 1993 den dort angesiedelten einjährigen LL.M.-Studiengang für ausländische Juristinnen und Juristen verantwortet.

Michael Martineks berufliche und persönliche Verflechtungen mit der Saarbrücker Universität und dem Saarland sind die entscheidenden Parameter für eine rechtliche Anbindung an das saarländische Denkmalschutzrecht. Dieses enge Band bleibt selbst dann erhalten, wenn Du Dich auf Reisen befindest oder aber wenn sich die Martineks im wunderschönen Tessin in Cavigliano – Eurer zweiten Heimat – aufhalten. Die relevante innere Verbindung des Denkmals zu seinem bestimmungsgemäßen und prägenden Werk- und Wirkungskreis, dem Saarland, bleibt bei einer zeitweiligen Lockerung von Rechts wegen erhalten. Damit unterfälltst Du dem örtlichen Anwendungsbereich des saarländischen Landesdenkmalschutzrechts.

2. Der sachliche Anwendungsbereich

Dem Schutz des § 2 des Saarländischen Denkmalschutzgesetzes unterfallen nur Denkmäler, *„an deren Erhalt aus geschichtlichen Gründen, insbesondere künstlerischen, wissenschaftlichen oder städtebaulichen Gründen, ein öffentliches Interesse besteht“*.

Deine „wissenschaftliche Bedeutung“ ist offenkundig und bedarf nur einer kleinen, aber gehaltvollen Ergänzung: Bei den zahlreichen Dir verliehenen Ehrendoktor- und Honorarprofessorenwürden blieben Deine rund 30 Bücher (darunter einige „Standardwerke“ in mehreren Auflagen) und Deine mehr als 300 Aufsätze und Beiträge gewiss nicht unberücksichtigt. Hinzu kommen wir, Deine 150 Doktorinnen und Doktoren, eine Habilitandin und 7 Habilitanden. Dabei darf nicht unerwähnt bleiben, dass 20 ausländische Studierende erfolgreich ihre Promotion bei Dir abgeschlossen haben. Sie stammen aus folgenden Ländern: Bulgarien, China, Frankreich, Georgien, Ghana, Großbritannien, Italien, Japan, Kamerun, Polen, Portugal, Rumänien, Südafrika, Syrien und Türkei. Angesichts dieser akademischen Schaffenskraft erübrigen sich weitere Ausführungen zur wissenschaftlichen Bedeutung und der daraus folgenden Denkmalwürdigkeit des Jubilars.

Die zum Schutz erforderliche „Denkmalwürdigkeit“ lässt sich zudem an der „künstlerischen Bedeutung“ des Jubilars festmachen. Wer sich wie Michael Martinek gleichzeitig der Literatur und Musik, insbesondere dem Akkordeon- und Klavierspiel, der Jazz-Musik und den italienischen Sprachstudien widmet, wer die Welt bereist und an den Universitäten auf allen Kontinenten der Welt Freunde trifft, ist selbst ein Künstler im Leben. Das Bild des „Lebenskünstlers Michael Martinek“ verfestigt sich jedem, der Dich mit Deinem Panther Kallista, einem britischen Roadster, mit Flieger-Lederhaube samt -Brille und wehendem weißen Lehrstuhl-Schal hat fahren sehen.

Das ist längst noch nicht alles: Den Studentinnen und Studenten ebenso wie Kolleginnen und Kollegen an der Universität des Saarlandes ist wohlbekannt, dass sich Michael Martinek der Gärtnerei, insbesondere aber der Imkerei und Bienenzucht widmet. Als *invitatio ad offerendum* bietet „die Hobby-Imkerei Michael Martinek aus dem schönen saarländischen Köllertal ... Erstklassigen Frühtracht- und Sommerblütenhonig“ zum Sonderpreis von zuletzt „nur noch 4,50 € (einschl. 0,50 € Glas-Pfand) in Originalgläsern des Deutschen Imkerbundes mit Qualitätsgewähr und Namensaufdruck des Imkers und Bienenzüchters Michael Martinek“ am Lehrstuhl an. Das unschlagbare und schnell ausverkaufte Angebot wird mit der Belehrung beworben, dass diese Aktion „nach traditionellem deutschem Universitätsrecht als Nahrungs- und Genussmittelhandel des persönlichen Bedarfs unter den Angehörigen der Gemeinschaft der Lehrenden und Lernenden zulässig“ ist. Die Einnahmen aus Honigverkäufen kamen der Universität bzw. der Lehrstuhlausstattung zugute. Passend dazu hat Herr Dr. Satish Sule, heute Legal Officer in der Generaldirektion Human Resources and Security der Europäischen Kommission in Brüssel, eine (um in Deiner Terminologie zu bleiben) „spektakuläre“ Lehrstuhl-Biene“ gezeichnet. Sie war für Jahrzehnte Dein Lehrstuhl-Maskottchen und ziert noch immer Deine Emeritus-Webseite: Smarter, leicht verschmitzter Blick, wegweisende Geste, markante Fliege und Paragrafen-Zeichen als Rauch aus der von Dir geliebten Pfeife. Die perfekte Martinek-Biene!

Dabei bist Du – im positiven Sinn – kein Rechtswissenschaftler, der die normative Fortentwicklung des gesellschaftlichen Zusammenlebens und des wirtschaftsrechtlichen Gefüges allein und ausschließlich aus der Bibliothek betreibt. Trotz aller Verpflichtungen bleiben der Jubilar und seine Ehefrau Margarete Martinek mit ihren Freundinnen und Freunden, Kolleginnen und Kollegen sowie Schülerinnen und Schülern „in bestem Kontakt“. Ihr wisst, wie „bombastisch“ das Leben sein kann (um weiter in der einschlägigen Terminologie des Jubilars fortzufahren). Wer so viel arbeitet und wirkt wie unsere beiden Ehrengäste, darf am Ende des Tages auch ein Gläschen Wein oder zwei oder gar drei „hinter die Binsen kippen“ und „über Gott und die Welt, unter



© Satish Sule

besonderer Berücksichtigung der Welt“ philosophieren (dass ich mir weiter die einschlägige Terminologie des Jubilars zu eigen mache, ist an dieser Stelle offensichtlich nicht gesondert auszuweisen).

Jedenfalls: An der „Denkmalwürdigkeit“ des Jubilars auch aus künstlerischen Interessen bestehen keinerlei Zweifel. Die Beispiele lassen erahnen, was die Studentinnen und Studenten in Deinem Hörsaal in echt erlebten: Den Hochschullehrer und Lebenskünstler Michael Martinek umgibt die von *Walter Benjamin* in seinem 1935 erschienen Essay „*Das Kunstwerk im Zeitalter seiner technischen Reproduzierbarkeit*“ beschriebene „Aura“. Diese Auszeichnung wird nur wenigen Jura-Professorinnen und Professoren zuteil. Benjamins Aura eines Kunstwerks wird durch die Kriterien Unnahbarkeit, Echtheit und Einmaligkeit geprägt. Echtheit und Einmaligkeit beschreiben Dich perfekt, lieber Michael, nicht aber das Merkmal der „Unnahbarkeit“. Du hast für jede Schülerin, Studentin, Lehrstuhl-Mitarbeiterin und Kollegin und für jeden Schüler, Studenten, Lehrstuhl-Mitarbeiter und Kollegen stets und immer ein offenes Ohr. Wir durften von Dir lernen: Es geht im Leben doch nicht um Sachen, sondern immer um Menschen. Dafür sind wir Dir dankbar.

Dass das saarländische und deutsche Denkmalschutzrecht generell nur „*Sachen aus zurückliegenden und abgeschlossenen Epochen*“ (so ausdrücklich § 2 Abs. 1 S. 1 Saarl. Denkmalschutzgesetz) schützt, mag an dieser Stelle allenfalls als Randnotiz Erwähnung finden. Der Jubilar ist gewiss keine Sache und erst recht nicht aus einer zurückliegenden oder gar abgeschlossenen Epoche. Das Gegenteil ist der Fall: Michael Martinek nimmt gerade erst volle Fahrt als Rechtsanwalt im deutschen und internationalen Beratermarkt sowie als Schiedsrichter auf. Zu kleinkariert, gar engstirnig muten die Landesdenkmalschutzgesetze mit diesen beiden einschränkenden Tatbestandsmerkmalen der „Denkmalfähigkeit“ an. Diese Einschränkungen sind bei der „professoralen Denkmalfähigkeit“ evident verfehlt und können uns Schülerinnen und Schüler nicht überzeugen. Michael Martinek zeigt, dass der Denkmalschutz in diesem Ausnahmetatbestand zu Unrecht auf „Sachen“ im Sinne des § 90 BGB reduziert wird und Denkmäler der Gegenwart zu Unrecht aus dem Anwendungs- und Schutzbereich ausgenommen werden. Die Landesgesetzgeber haben offensichtlich nicht an „unser“ Denkmal Michael Martinek gedacht. Hätten sie Michael Martinek gekannt, hätte der Gesetzgeber gewiss einen Sonder-Ausnahmetatbestand geschaffen. Wie dem auch sei: Der Schutz- und Pflegeauftrag des in den Landesverfassungen normierten Denkmalschutzrechtes muss jedenfalls auf die Landesdenkmalschutzgesetze durchschlagen und die Regularien finden für lebende professorale Denkmäler wie Michael Martinek zumindest analoge Anwendung.

Letztlich bestehen auch an einer zulässigen „Denkmalart“ keinerlei Zweifel. Gewiss werden wir den Jubilar nur schwerlich als Bau- oder Bodendenkmal klassifizieren. Michael Martinek ist vielmehr das typische „bewegliche Kulturdenkmal“ nach § 2 Abs. 1 S. 3 des Saarländischen Denkmalschutzgesetzes. Das Tatbestandsmerkmal der „Beweglichkeit“ kann ohne großen Begründungsaufwand bejaht werden. Der Jubilar treibt seit Jahrzehnten regelmäßig Sport: Er geht Joggen, fährt Fahrrad (bis heute ohne elektrische Unterstützung), geht regelmäßig schwimmen und sauniert, wandert und absolviert seit Beginn der Corona-Pandemie zusätzlich ein ausgeklügeltes Gymnastik-Programm. Wer seit Jahren erfolgreich an Ostern in voller Klettermontur und ausgerüstet mit Steigeisen den 2456 Meter hohe Psiloritis in Kreta besteigt, ohne sich von Geröll, Eis, Schnee und Sonne vom Weg an die Spitze abbringen zu lassen, ist – „selbstredend“ (um in der einschlägigen Terminologie des Jubilars zu bleiben) – beweglich.

Ohne weitere Vertiefung bleibt in diesem Prolog auch der denkmalrechtlich relevante „Erhaltungszustand“ des Jubilars. Rechtsprechung und Schrifttum sind sich einig, dass die Schutzwürdigkeit eines Denkmals weder vom konkreten Erhaltungszustand noch von der Möglichkeit der dauerhaften Erhaltung abhängt. Ohnehin steht außer Frage: Der Jubilar erfreut sich Gott sei Dank eines besten Erhaltungszustands.

3. Der familiäre Ensemble-Schutz

Dass ein Denkmal selbst dem Schutz des Denkmalrechts unterfällt, überrascht kaum. Auch wenn das Saarländische Denkmalschutzgesetz – anders als zum Beispiel die Regularien in Sachsen und Baden-Württemberg – das Schutzprogramm nicht ausdrücklich auf schützenswerte Gesamtheiten ausdehnt, ist im deutschen Denkmalrecht der einheitliche Schutz von zusammenhängenden Einheiten, Denkmal-Zubehör und Ensembles generell anerkannt. Es verwundert deshalb kaum, dass das Denkmal Michael Martinek seinen vollen Schutzzumfang erst als Gesamt-Ensemble und „Denkmalandschaft“ zusammen mit seiner liebevollen Ehefrau Margarethe Martinek, geborene Albus, und seinen zwei Töchtern Madeleine Monalisa und Monique Marylou erfährt. Diese konstituieren nicht nur den Umfang des denkmalrechtlichen Schutzes als Gesamtkunstwerk, sondern unterfallen damit selbst dem Schutzschirm des Denkmalschutzrechts.

III. Die Rechtsfolgen

Steht der Anwendungsbereich des Denkmalschutzrechts fest, richtet sich der Blick auf die Rechtsfolgen. Leiten wir als Schülerinnen und Schüler aus dem

Martinekschen Denkmal-Status womöglich eigene Rechte ab? Oder treffen uns vielmehr Pflichten, um deren Erfüllung wir uns sorgen sollten?

Grobe Leitlinien definiert Artikel 34 der Saarländischen Landesverfassung: „Die Denkmäler ... genießen den Schutz und die Pflege des Staates. Die Teilnahme an den Kulturgütern ist allen Schichten des Volkes zu ermöglichen.“ Daran anknüpfend formuliert § 1 Abs. 1 des Saarländischen Denkmalschutzgesetzes: „Kulturdenkmäler sind als Zeugnisse menschlicher Geschichte und örtlicher Eigenart zu schützen, zu pflegen, sinnvoll zu nutzen und wissenschaftlich zu erforschen. Sie sollen der Öffentlichkeit im Rahmen des Zumutbaren zugänglich gemacht werden.“ Daraus lassen sich zwei wesentliche Grundsätze ableiten, die wir – als Deine Schülerinnen und Schüler – beachten wollen.

1. Teilhaberechte

Als eigene Rechtsposition beanspruchen wir Schülerinnen und Schüler das in der Saarländischen Landesverfassung und im Denkmalschutzgesetz normierte Teilnahme- und Teilhaberecht an unserem Denkmal Michael Martinek. Lieber Michael, sei Dir versichert, wir werden auch in der Zukunft rege davon Gebrauch machen und die Grenzen des Zumutbaren zur Teilhabe an Deinem Wirken und Werken weiter ausloten. Wir sind Dir sehr dankbar, dass jede und jeder von uns bei Dir in allen Lebenslagen ein offenes Ohr finden durfte. Dass Du uns gefördert und unterstützt hast, ist ein Privileg, auf das wir stolz sind.

2. Pflege und Schutz des Denkmals

Jedes Denkmal hat das Recht, dauernd und fortwährend Zuwendung, Vorsorge und Pflege zu erhalten. Wir waren zunächst ein wenig unschlüssig, wie wir diesem unspezifischen Pflichtenprogramm wohl am besten nachkommen. Leider gibt uns das Saarländische Denkmalschutzgesetz kaum konkrete Hilfestellung. Klar schien uns, dass nach § 7 S. 1 des Saarländischen Denkmalschutzgesetzes ein Denkmal nicht ohne Weiteres zerstört, beseitigt, verändert oder an einen anderen Ort verbracht werden darf. Allein „Instandsetzungsarbeiten“ sind nach § 7 S. 2 des Saarländischen Denkmalschutzgesetzes wohl ohne Weiteres zulässig. Hierunter mag man die Lehrstuhl-typische Kuchen-Versorgung anlässlich der montäglichen jour fix von 13 bis 14 Uhr subsumieren. Nach Emeritierung fehlt uns jedoch ein wenig die Phantasie, wie wir dieser Instandsetzungs-Aufgabe Dir gegenüber angemessen Rechnung tragen Wir verfolgen diesen Weg deshalb heute nicht gesondert weiter.

Im Hinterkopf verhaftet uns der Schutz des § 31 des Saarländischen Denkmalschutzgesetzes im Katastrophenfall. Jedoch schien uns das im Gesetz formu-

lierte Regelbeispiel des Schutzes von Denkmälern bei bewaffneten Konflikten zu abstrakt, um hieraus konkrete Handlungspflichten für uns abzuleiten.

Schließlich brachte uns auch eine Recherche in der einschlägigen Rechtsprechung und im Schrifttum kaum praktikable Ansätze: So formuliert zum Beispiel das Standardwerk von Martin/Krautzberger, Denkmalschutz und Denkmalpflege, in Teil I., VI., sub 2. eine „Checkliste“ zur Erhaltung, Vorsorge und Pflege von Denkmälern. Erster Punkt in dieser Checkliste ist der „Schädlingsbefall am Altbau“. Uns wurde schnell klar: Die Liste scheint für Baudenkmäler einen nicht zu unterschätzenden Nutzen aufzuweisen, sie ist jedoch terminologisch wie inhaltlich nicht für das professorale, lebende Denkmal geeignet.

Aus diesem Grund haben Deine Schülerinnen und Schüler überlegt, wie wir unser Denkmal Michael Martinek am besten pfleglich behandeln und schützen. Uns wurde schnell klar, dass es hierfür als Ausdruck unserer tiefen Dankbarkeit (*erstens*) eines angemessenen Geschenkes bedarf, das wir (*zweitens*) zu Ehren unseres akademischen Lehrers bei einer standesgemäßen Feier im Kreise seiner Schülerinnen und Schüler überreichen.

IV. Ergebnis

Das Produkt unserer Überlegungen überreichen wir Dir nun voller Stolz: Das „*Liber Discipulorum für Michael Martinek*“. Diese Schülerinnen- und Schüler-Festgabe und der heutige Festakt konnten nur dank der großzügigen Unterstützung der juris GmbH und des unermüdlichen Einsatzes unserer Lektorin Frau Katharina Klier entstehen. Der juris GmbH und Frau Katharina Klier gebührt unser großer Dank.

Thematisch haben wir uns überlegt, dass Deine Schülerinnen und Schüler ihre „alten“ Forschungsthemen wieder aufgreifen, den Bogen in die heutige Zeit spannen und darstellen, wie sich die Sach- und Rechtslage seit Abschluss ihrer Untersuchungen entwickelt hat. Passend hat deshalb auch dieser Prolog an meine von Dir betreuten Forschungen zum Kulturgüter- und Denkmalschutzrecht angeknüpft. Der Beitrag nimmt für sich in Anspruch, dass praktisch keine der hier und heute geäußerten denkmalrechtlichen Wertungen vor den Gerichten Bestand hätte. Er nimmt aber – viel wichtiger – für sich in Anspruch, dass wir Dir von Herzen Danke für all Deine Unterstützung sagen. Als Zeichen unserer Dankbarkeit und unserer Verbundenheit zu Dir und Deiner Familie und aus Freude über das gemeinsam Erlebte überreichen wir Dir nun unsere Schülerinnen- und Schüler-Festgabe zu Ehren von Professor Michael Martinek. Unserem Denkmal.

Inhaltsverzeichnis

LISA BECKER Zwang zur Schiedsklausel im Verband? Das historische Beispiel des Rheinisch-Westfälischen Kohlsyndikats	1
BERND STEFFEN BERTELMANN Betrachtungen zum europäischen Privatrechtssystem am Beispiel neuerer EuGH-Rechtsprechung im Bereich digitaler Dienstleistungen	17
ROUVEN F. BODENHEIMER Allgemeine Geschäftsbedingungen im Unternehmensverkehr im englischen und deutschen Recht	39
THEOPHILUS EDWIN COLEMAN Reflecting on the Applicability and Impact of the Fourth Republican Constitution of Ghana on the Concept of Contractual Freedom and Autonomy	53
ANCA DAVID Die Einwilligung in Telefonwerbung nach europäischem Datenschutzrecht	71
ANNE JULIA DOLL Kaufe heute, bezahle morgen? Vom Finanzierungsgeschäft zur Vollstreckungsabwehrklage	85
ZEYNEP DÖNMEZ Das Widerrufsrecht bei Fernabsatzverträgen im türkischen und deutschen Recht	93
HERMANN FALK EU-weite Spendenpraxis liberalisieren! Eine juristische Polemik in Krisenzeiten	103
NINO GAGUA Das Versicherungswesen der Sowjetunion.....	109
PHILIPP GERGEN Marktinfrastuktur im Wandel – Zur Regulierung von OTC-Derivaten durch EMIR.....	121

STEFAN HABERMEIER Zur Offenlegung eines Fremdbezugs bei Vermögensverschiebungen im Mehrpersonenverhältnis	139
ANNA HAHN Franchising in der Corona-Krise – Zur Pflicht des Franchisenehmers zur Fortzahlung der Franchisegebühren.....	145
SILKE HANS Mediaagenturen und ihre (neuen) Geschäftsmodelle	159
JOCHEN HELL SE-Mantelverwendung als mitbestimmungsrechtliches Gestaltungsinstrument.....	175
PHILIPP HUJO What’s up America? Neuere Rechtsprechung zum Marktmachtmissbrauch in den Vereinigten Staaten von Amerika	193
AXEL JÄGER Die persönliche Gesellschafterhaftung in der werdenden GmbH – Eine Bestandsaufnahme nach 27 Jahren	201
GE JIANG The Chinese IP Enforcement Problem Revisited.....	219
MARTIN KIENZLER Das Berufsrecht der Rechtsanwälte im (digitalen) Zeitwandel	241
ANNABELLA KOLLING Das Prinzip der Firmenwahrheit heute: „praktiziert“, „studiert“, „promoviert“?.....	257
NORMAN KONECNY Der Verordnungsentwurf über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht – vom Scheitern und Nichtscheitern eines Leuchtturmprojekts	269
MATTHIAS KÜHN Zur Rechtzeitigkeit einer vergaberechtlichen Rüge.....	281
CAROLIN KÜHNE Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte im deutschen und italienischen Recht – Reloaded 2.0 2.0 – Vertrauen ist gut, Blockchain ist besser!	293

FABIENNE KUTSCHER-PUIS Kommissionsagenturverträge im Vertriebsrecht – eine summarische Untersuchung -	317
CHRISTOPH LAFONTAINE Die Ermittlung des ausländischen Rechts im deutschen Zivilprozess	329
MARC LAUKEMANN Werbung und Programm im Zeitalter der vollständigen Kommerzialisierung am Beispiel der Influencer Werbung	343
MATTHIAS MALZER Das Recht der Vertragsverbände und Vertragssysteme – Stand und neuere Entwicklung.....	377
MADELEINE MARTINEK Schiedsverfahren vor ausländischen Schiedsinstitutionen in China	401
MONIQUE MARTINEK The relationship between the Holy See and the EU	413
KARL MARXEN Die abstrakte Bankgarantie im Wirtschaftsverkehr – Grundprinzipien und rechtsvergleichende Bemerkungen zu aktuellen internationalen Entwicklungen.....	427
MICHAEL H. MEISSNER Vom Persönlichkeitsschutz juristischer Personen zum Verbandssanktionengesetz: Fortschreitende Individualität im Unternehmensrecht	441
JULIA MÜLLER Die Koordinations- und Kooperationsvorschriften der Europäischen Insolvenzverordnung unter dem Blickwinkel der Aussetzung der Insolvenzantragspflicht aufgrund der Corona-Pandemie.....	459
JOËL B. MÜNCH Der Anspruch des Automobilzulieferers auf Ersatz des Amortisationsschadens	465
SYBILLE NEUMANN Neues zum Recht am eigenen Bild.....	483
SEBASTIAN OMLOR / MELANIE SPIES Gegenwart und digitale Zukunft der GmbH-Gesellschafterliste	493

TORSTEN PETERS The Laws of Cricket – A short introduction for the German lawyer	511
MARC PFEFFER Judicus in ordinem redigere competenter	543
DANIEL PROTZ Mezzanine Strukturen in der Covid-19-Krise – Ein Blick auf die Haftungsfreistellungen in den KfW-Sonderprogrammen unter CRR-Gesichtspunkten	561
MATHIAS QUECK Der Nießbrauch am Anteil einer offenen Handelsgesellschaft – ein weiterhin ungelöstes Rechtsinstitut?	573
IONUT RADULETU Sustainable/green finance developments in the European Union and in China	577
FRANK RÖHLING Die fusionskontrollrechtliche Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Kommission und den mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden im Lichte des Subsidiaritätsprinzips – ein Update	591
STEFAN RÖHRBORN Das Bienenvolk – eine arbeitsrechtliche Betrachtungsweise	607
MAX JAKOB RÖSCH Die insolvenzrechtliche Sonderbehandlung der Gesellschafterfremdfinanzierung: Rückschau und aktuelle Entwicklungen.....	623
HENDRIK SCHÄFER Der Aufsichtsrat und Insiderinformationen nach der MAR	641
BIRGIT SCHMEYER Die Entwicklung des europäischen Franchisings aus EU-kartellrechtlicher Sicht.....	655
STEFAN STORK Die Entwicklung der Unternehmensmobilität in Europa auf Grundlage der Niederlassungsfreiheit	671

SVEN C. STUMM Die Entwicklung der Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt)....	685
TOBIAS STUPPI Neues zur vorzeitigen Beendigung von Immobilien- Verbraucherdarlehensverträgen.....	703
THOMAS TEGEN Reden ist Silber – Schweigen ist Gold – Vorvertragliche Äußerungen beim Immobilienkauf	717
SUSANNE TEICHMANIS Einige Gedanken zur Geschwisterlichkeit als Rechtsprinzip.....	729
CONSTANÇA URBANO DE SOUSA Anspruchseinbürgerung von ausländischen Einwanderern im deutschen und portugiesischen Staatsangehörigkeitsrecht: ein kurzer Beitrag.....	735
MONIKA VOLKERS Compliance Defence – Was lange währt, wird endlich ...?.....	745
STEPHAN WACHS „Flucht aus der kartellrechtlichen Bußgeldverantwortung“ – (nahezu) zehn Jahre weiter	761
STEFAN WEILAND Die Gleichbehandlung von Gläubigern in der Insolvenz – Ein fortwährend bröckelnder Grundsatz	773
ANJA WISCHERMANN Über die Unwucht in der Umsatzsteuer – Anmerkungen aus der Praxis.....	789



Werbung und Programm im Zeitalter der vollständigen Kommerzialisierung am Beispiel der Influencer Werbung

MARC LAUKEMANN*

I. Einleitung

„Hallo Ihr Lieben, ich habe eine neue Produktempfehlung und eine tolle Info für Euch: es gibt einen Rabatt Code!“. Äußerungen wie diese sind mittlerweile Alltag in einschlägigen sozialen Netzwerken wie Instagram, Facebook oder auch auf der Videoplattform YouTube. Die Rollenverteilung dabei ist klar: Gesendet werden diese Inhalte von sog. Influencern, empfangen von ihren Followern bzw. privaten Social Media Nutzern. Regelmäßig wird dabei das entsprechende Produkt in die Kamera gehalten und auf die jeweilige Marke verwiesen. Neben einer solchen direkten Produktwerbung finden sich auch zahlreiche Empfehlungen eingebunden in einen vermeintlich privaten Kontext. Beispielsweise wird zunächst davon berichtet, wie kurz doch die Nacht gewesen sei und dass es nun an Motivation für den anstehenden Tag fehle. Nach einer kurzen Umfrage unter den Followern, wie diese in den Tag starten, wird sodann die Lösung für das vermeintliche Problem präsentiert. „Nach einem frisch aufgebrühten Kaffee von [Marke] kommt die Energie wie von selbst“. Solche Beiträge bzw. Videos werden von bis zu tausenden Nutzern wahrgenommen. Teils wird regelrecht darauf gewartet, bis eine neue Produktreview, Empfehlung oder auch „Geheimtipps“ veröffentlicht werden. Diese neuen Formen der medialen Darstellung von Informationen und Werbeinhalten in sozialen Netzwerken stellen die medien- und lauterkeitsrechtliche Beurteilung vor neue Herausforderungen.

II. Problemstellung

Bereits Anfang des Jahrtausends hat sich der Verfasser in seiner vom Jubilar betreuten Doktorarbeit mit neuen Werbeformen im Fernsehen beschäftigt und kam dabei zu dem Ergebnis, dass die strikte Differenzierung nach werblichen und programmlichen Inhalten im Zeitalter einer Aufmerksamkeitsökonomie und zunehmender neuer Mischformen immer weiter verschwimmt. Eine Trennung von Werbung und Programm sei deshalb

* Der Verfasser dankt Frau Dipl.-Juristin Vanessa Förster, München, für die Unterstützung bei der Erstellung des Skriptes und Herrn Rechtsanwalt Friedrich Bernreuther, München, für wertvolles Feedback.

außerhalb von Nachrichten und Informationssendungen kaum noch zu rechtfertigen.¹

20 Jahre später treten sogenannte Influencer auf den Plan, die aufgrund ihrer starken Präsenz und ihres hohen Ansehens in sozialen Netzwerken immer wichtiger für die Werbe- und Vermarktungsindustrie werden. Dabei sieht sich diese Form der Werbung aber auch zunehmend in der Kritik, da sie von vielen als unzulässige Schleichwerbung angesehen wird.

Entsprechend hat die juristische Diskussion über die Zulässigkeit und Grenzen des Einsatzes dieser Werbeform in den letzten Jahren deutlich an Fahrt aufgenommen.² Zahlreiche gerichtliche Entscheidungen waren die Folge.³ Doch auch unter den Gerichten herrscht Uneinigkeit, sodass diese bisher nichts zur gewünschten Rechtsklarheit beisteuern konnten.⁴ Entsprechend zu erwarten ist nun der Standpunkt des BGH, welcher ab dem 29.07.2021 in drei Fällen (Cathy Hummels, BGH – I ZR 126/20; Leonie Hanne, BGH – I ZR 125/20 und Luisa Maxime Huss, BGH – I ZR 90/20) zu klären hat, ob Influencer ihre Beiträge als Werbung kennzeichnen müssen. Dabei hat er auch zu entscheiden, ob die geltenden wettbewerbsrechtlichen Vorschriften entsprechend der Richtlinie 2005/29/EG angewendet werden können. Ist dies nicht der Fall, müsste das Verfahren ausgesetzt und zunächst dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt werden.

Auch der Gesetzgeber hat sich dem Phänomen der Influencer Werbung angenommen und plant eine Ergänzung des Wettbewerbsrechts.⁵ Daneben ent-

¹ Laukemann, Fernsehwerbung im Programm – Die zunehmende Kommerzialisierung des Fernsehprogramms im Zeitalter einer Ökonomisierung der Aufmerksamkeit als verfassungs-, wettbewerbs- und rundfunkrechtliches Problem, 2002.

² Siehe etwa Timmermann/Berndt, Werbekennzeichnungspflicht von Influencer-Kommunikation, WRP 2020, 996 ff.; Bruhn in: Gloy/Loschelder/Danckwerts, Wettbewerbsrecht, § 95a Rn. 31; Holznagel/Hartmann in: Hoeren/Sieber/Holznagel, Multimedia-Recht, Teil 3, Rn. 213 ff.; Köhler in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 5a UWG Rn. 7.80a; M. Köhler, #Alles Werbung? – Sind Influencer-Posts redaktionell getarnte Werbung? – Anmerkung zu KG v. 08.01.2019 – 5 U 83/18 – ZUM-RD 2019, 141 ff.; Siara, MMR 2020, 523 ff.; Jaworski/Kraetzig, GRUR-Prax 2020, 302; Lindloff/Fromm, MMR 2011, 359 ff.

³ Zu nennen etwa OLG Köln v. 19.02.2021 – 6 U 103/20 (nrk) – GRUR-RR 2021, 167; OLG Koblenz v. 16.12.2020 – 9 U 595/20 – juris (rechtshängig beim BGH – I ZR 9/21); KG v. 08.01.2019 – 5 U 83/18 – BeckRS 2019, 410; OLG Braunschweig v. 08.01.2019 – 2 U 89/18 – BeckRS 2019, 2925; KG v. 27.07.2018 – 5 W 149/18 – BeckRS 2018, 23293; KG v. 11.10.2017 – 5 W 221/17 – BeckRS 2017, 133162.

⁴ Klickermann, MMR 2020, 150, 153.

⁵ Regelungsvorschlag des BMJV abrufbar unter https://bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/Regelungsvorschlag_Influencer.pdf?__blob=publicationFile&v=1 sowie Regierungsentwurf abrufbar unter [RegE_Staerkung_Verbraucherschutz_Wettbewerbs-_und_Gewerberecht.pdf](https://www.bmwi.de/SharedDocs/Regierungsentwurf/Regierungsentwurf_RegE_Staerkung_Verbraucherschutz_Wettbewerbs-_und_Gewerberecht.pdf?__blob=publicationFile&v=1) (bmjv.de) (abgerufen am 29.06.2021. Dieses Abrufdatum gilt auch für alle weitere Internetadressen, es sei denn, es ist ein gesondertes Datum vermerkt).

hält der zum 01.01.2021 in Kraft getretene Staatsvertrag zur Modernisierung der Medienordnung in Deutschland (Medienstaatsvertrag, MStV) wichtige Regelungen, die für die Bewertung der Zulässigkeit von Influencer Beiträgen von Relevanz sein können.

Alles in allem handelt es sich um eine wunderbare Mischung von interdisziplinären Fragestellungen aus dem Bereichen Betriebswirtschaft (Marketing, Psychologie), Technik und Recht, bei der letztere – wie der Jubilar vor nicht allzu langer Zeit zutreffend bemerkte – als „autonome Wissenschaftsdisziplin“ aufgerufen ist, vom Marketing, der Psychologie und der Technik sich Hilfestellungen geben zu lassen.⁶

III. Das Phänomen der Influencer Werbung

Für eine fundierte Betrachtung des Problemfelds sollte sich zunächst dem gewidmet werden, was die Grundlage der rechtlichen Diskussion darstellt, dem Phänomen der Influencer Werbung.

Die amerikanische Influencer Marketing Plattform The Shelf hat die Bedeutung von Influencer Marketing in ihrem Blog als eine Art *New King of Content* herausgehoben.⁷ Von einer neuen Art des Product Placements ist die Rede, das schon nach Meinung der Werbetreibenden aufgrund seiner Begrifflichkeit nichts mehr mit Werbung zu tun haben sollte und deshalb von diesen das Prädikat „besonders wertvoll“ ausgestellt bekam. Trotz der „hippen“ Verpackung darf im Rahmen der rechtlichen Betrachtung nicht vergessen werden, dass Influencer Marketing ein klassisches Werbeinstrument darstellt, das seine Wirkung gerade daraus erzielt, dass sein Werbecharakter nicht offensichtlich erkennbar ist.

1. Der Begriff „Influencer“

Influencer sind Personen, die aufgrund ihres Auftritts in den Sozialen Medien wie Instagram, Facebook oder YouTube einen nicht unerheblichen Bekanntheitsgrad erlangt haben. Dabei kann es sich zum einen um Persönlichkeiten handeln, die bereits abseits der Social Media Welt eine gewisse Prominenz erlangt haben, zum anderen aber auch um vormals unbekannte Gesichter, die erst durch ihre Social Media Präsenz Aufmerksamkeit gewinnen konn-

⁶ Martinek, jM 2018, 447 ff.

⁷ Abrufbar unter <https://www.theshelf.com/the-blog/what-is-influencer-marketing>. (zuletzt abgerufen am 29.06.2021).

ten.⁸ Gemein ist beiden Gruppen, dass sie regelmäßig eine große Zahl an Followern generieren und über eine immense Reichweite verfügen.⁹ Ähnlich wie bei der traditionellen Werbung mit Testimonials wird diese sodann genutzt, um die Bekanntheit bestimmter Marken voranzutreiben.¹⁰ Häufig dürfen die Influencer nach erfolgreicher Platzierung die Produkte behalten oder erhalten eine Vergütung, welche sich oft nach der Anzahl der erreichten „Likes“ richtet.

2. Neue Dimension des Marketings

Die Vermarktung mittels Influencer erfolgt dergestalt, dass Produktneuheiten oder Unternehmensbotschaften digital mit wenig Aufwand an einen großen Empfängerkreis kommuniziert und die Werbeadressaten dadurch beeinflusst bzw. influenziert werden.¹¹ Entscheidende Ressource des Influencer Marketings ist damit die Reichweite des Influencers. Dieser adressiert regelmäßig einen bestimmten Personenkreis, indem er sich als „Experte“ auf bestimmte Interessengebiete konzentriert, wie beispielsweise Fitness, Kosmetik oder Gaming.¹²

Ganz neu ist diese Form des Marketings aber nicht. Schon früher gab es Produktplatzierungen mit Testimonials in Fernsehserien oder Werbespots, jedoch war die Dimension eine ganz andere.¹³ Die neuen sozialen Plattformen, wie Instagram, Facebook, Snapchat und Twitter bieten den Unternehmen ganz neue Möglichkeiten, insbesondere was die Reichweite, Flexibilität und Kreativität der Werbung angeht. Zudem ist diese Art der Werbung wesentlich günstiger als selbst einen langen, aufwendigen Clip zu drehen.¹⁴ Genutzt wird sog. nutzergenerierter Content. Dieser liegt vor, wenn Influencer auf sozialen Netzwerken wie Youtube oder Instagram Videos oder Bilder mit be-

⁸ Köberlein, ZVertriebsR 2020, 221; Köhler in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 5a UWG, Rn. 7.80a.

⁹ Jaworski/Kraetzig, GRUR-Prax 2020, 302; Zurth/Pless, ZUM 2019, 414; Holznagel/Hartmann in: Hoeren/Sieber/Holznagel, Multimedia-Recht, Teil 3, Rn. 212.

¹⁰ Lettmann, GRUR 2018, 1206, 1208; Zurth/Pless, ZUM 2019, 414, 415; zum Begriff des Influencers bereits Cialdini in: Influence: Science and Practice (Die Psychologie des Überzeugens), 2007.

¹¹ Klickermann, MMR 2020, 150; Heins, MMR 2018, 794, 796; Bruhn in: Gloy/Loschelder/Danckwerts, Wettbewerbsrecht, § 95a Rn. 31.

¹² Holznagel/Hartmann in: Hoeren/Sieber/Holznagel, Multimedia-Recht, Teil 3, Rn. 212; Bruhn in: Gloy/Loschelder/Danckwerts, Wettbewerbsrecht, § 59a Rn. 31.

¹³ Laukemann, Fernsehwerbung im Programm – Die zunehmende Kommerzialisierung des Fernsehprogramms im Zeitalter einer Ökonomisierung der Aufmerksamkeit als verfassungs-, wettbewerbs- und rundfunkrechtliches Problem, 2002, S. 17 ff.

¹⁴ Peifer, GRUR 2018, 1218.

stimmten Produkten, die entweder beiläufig erwähnt oder direkt präsentiert werden¹⁵, hochladen.¹⁶

Insbesondere ist der Unterschied darin zu sehen, dass zwischen Influencer und Follower eine „besondere“ Beziehung aufgebaut wird. Charakteristisch ist für Influencer nämlich auch, dass sie nicht selten Einblicke in ihr „Privatleben“ gewähren, um so in vermeintlich privater Atmosphäre Vertrauen zwischen ihnen und ihren Followern herzustellen.¹⁷ Sinn und Zweck des Ganzen ist, für diese glaubwürdiger zu erscheinen, sodass Produktempfehlungen als eine Art „freundschaftlicher Rat“ wahrgenommen werden.¹⁸ Besonders beliebt bei Unternehmen sind deshalb sogenannte Micro- und Mid-Influencer, welche „lediglich“ zwischen 10.000 und 500.000 Follower haben, wodurch authentischere Inhalte gepostet werden können und eine engere Beziehung zu den Followern besteht, als dies bei sogenannten Mega- oder All-Star Influencern (ab 501.000 Followern) der Fall ist.¹⁹

Vor dem Hintergrund, dass Kunden sich häufig vor dem Kauf eines Produkts eine Meinung bei anderen einholen, wissen Unternehmen gerade diese Bindung zwischen Influencern und deren Followern zu nutzen und gewinnen diese für die digitale Präsentation ihrer Marken und Produkte.²⁰ Das Augenmerk der Follower liegt dabei mehr auf der (vermeintlich) eigenen Erfahrung und dem persönlichen Dafürhalten des Influencers bzw. dessen Bekanntheitsgrad und weniger auf dem Produkt bzw. der Marke selbst. Die dazugehörigen Beiträge in den sozialen Netzwerken werden „geliked“, geteilt oder kommentiert, was wiederum zu einem Anstieg der Follower Zahlen der Influencer führt und einen positiven Effekt auf die enthaltenen

¹⁵ Für die Einbindung der Namen von Produkten oder Unternehmen haben sich vier Vorgehensweisen etabliert: Die häufigsten Varianten sind die Nennung in Hashtags (#) als Schlagworte, weiterhin sind die Verknüpfung mit dem offiziellen Unternehmensaccounts mit dem @-Zeichen verbreitet. Weniger typisch ist das Weiterleiten des Betrachters mittels Hyperlinks auf eine externe Seite oder die Einbindung mittels sogenannter Affiliate-Links, bei denen der Influencer für jeden Klick oder Kauf durch einen Follower eine Provision erhält.

¹⁶ Zurth/Pless, ZUM 2019, 414.

¹⁷ Holznapel/Hartmann in: Hoeren/Sieber/Holznapel, Multimedia-Recht, Teil 3, Rn. 212; Köhler in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 5a Rn. 7.80a.

¹⁸ Zurth/Pless, ZUM 2019, 414 f.; Reinholz/Schirmbacher, K&R 2017, 753, 755.

¹⁹ Pastor, Alles #WERBUNG? Warum es für Influencer so wichtig ist, die Kennzeichnungspflicht zu beachten, 2020, S. 10.

²⁰ Hintergrund ist, dass das Vertrauen in Freunde und Familie am größten ist, was sich laut Forbes Magazin auch bei den Produktempfehlungen widerspiegelt (92 %), siehe dazu <https://www.forbes.com/sites/kimberlywhitler/2014/07/17/why-word-of-mouth-marketing-is-the-most-important-social-media/#1336ffe654a8>; eine anschauliche Darstellung hinsichtlich der einzelnen „Werbeformen“ ist auf <https://www.theshelf.com/the-blog/what-is-influencer-marketing-abrufbar>.

Marken bzw. Produkte der Unternehmen mit sich bringt.²¹ Letztlich können die Unternehmen ihren Nutzen aus dem Vertrauen der Follower in „ihre“ Influencer ziehen.

IV. Ausgangslage: Unterlassene Kennzeichnung

1. Praktisches Problem

Ein Blick in die Praxis gibt Antwort darauf, worin in dieser Form des Marketings ein Problem gesehen werden kann. Die vorgestellte Art der Zusammenarbeit zwischen Influencer und Werbenden wird regelmäßig nicht gegenüber den Followern kommuniziert. Mit einer Kennzeichnung der Beiträge als Werbung könnte der Schein einer persönlichen Empfehlung wohl kaum aufrechterhalten werden und würde der vom Influencer vermittelten besonderen Beziehung zu seinen Followern zuwiderlaufen.²² Denn wer ein Produkt nicht aus Überzeugung und Sympathie empfiehlt, sondern aus Berechnung, ist weit weniger glaubwürdig, sondern vielmehr „gekauft“.²³ Bezeichnet wird das Influencer Marketing deshalb auch als „sehr erfolgreiche neue Erscheinungsform der Schleichwerbung“.²⁴

Die unterlassene Kennzeichnung als Werbebeitrag führte zu einer regelrechten Abmahnwelle, mit der sich Influencer konfrontiert sahen. Insbesondere der Verband Sozialer Wettbewerb sah sich in der Pflicht, gegen die fehlende Kenntlichmachung von Werbe-Posts gerichtlich vorzugehen.²⁵

2. OLG München, Urt. v. 25.06.2020 – 29 U 2333/19 – Cathy Hummels

Die Debatte um unzulässige Schleichwerbung bei Influencer Werbung wurde sodann in besonderer Weise durch eine Entscheidung des Oberlandes-

²¹ Bruhn in: Gloy/Loschelder/Danckwerts, Wettbewerbsrecht, § 59a Rn. 31; Holznagel/Hartmann in: Hoeren/Sieber/Holznagel, Multimedia-Recht, Teil 3, Rn. 212.

²² Holznagel/Hartmann in: Hoeren/Sieber/Holznagel, Multimedia-Recht, Teil 3, Rn. 212.

²³ Köhler in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, § 5a Rn. 7.4; Klickermann, MMR 2020, 150; Zurth/Pless, ZUM 2019, 414, 415.

²⁴ Köhler in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, § 5a Rn. 7.80a.

²⁵ Siehe z.B. Die Welt v. 16.02.2019 „Die Abmahn-Masche des Verbands Sozialer Wettbewerb“ (im Internet unter: <https://www.welt.de/icon/partnerschaft/article188777277/Gegen-Influencer-Die-Abmahn-Masche-des-Verbands-Sozialer-Wettbewerb.html>); Horizont v. 22.07.2018 „Influencer Marketing – Das steckt hinter der Abmahnwelle des Verbands Sozialer Wettbewerb“ (im Internet unter <https://www.horizont.net/marketing/nachrichten/influencer-marketing-das-steckt-hinter-der-abmahnwelle-des-verbands-sozialer-wettbewerb-168472>).

Werbung und Programm im Zeitalter der vollständigen Kommerzialisierung am Beispiel der ...
gericht München bereichert, die letztlich auch Anlass für den vorliegenden Festschriftbeitrag gab.²⁶

Im Ausgangsfall klagte die Ehefrau eines bekannten Fußballnationalspielers, Cathy Hummels. Mit mittlerweile rund 600.000 Followern auf Instagram ist auch sie gefragt bei diversen Marken, beispielsweise hat sie Werbeverträge mit mehreren Modefirmen. Nach eigener Aussage würde Frau Hummels solche Beiträge, für welche sie von den Unternehmen eine Vergütung erhält, entsprechend als „bezahlte Partnerschaft“ kenntlich machen. Dass sie dies bei mehreren Posts unterlassen hatte, nahm der Kläger als Anlass, um das Vorgehen von Frau Hummels gerichtlich überprüfen zu lassen. Die Influencerin rechtfertigte sich damit, dass sie für die streitgegenständlichen Beiträge gerade keine Gegenleistung erhalten habe.

3. Bewertung

Das Urteil des OLG München ist in verschiedenerlei Hinsicht spannend und bedarf einer näheren Auseinandersetzung.

a) Zur Anwendbarkeit des Trennungsgebotes

Zum einen hat sich das Gericht im Bereich der Influencer Tätigkeiten in den sozialen Medien mit dem Trennungsgebot befasst. Dieses ist verfassungsrechtlich Teil der objektiv-rechtlichen Garantie der Rundfunkfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG²⁷ und findet sich etwa in medienrechtlichen Spezialvorschriften, wie etwa im Rundfunkrecht i.R.d. § 8 Abs. 3 Satz 1 MStV (vormals § 7 Abs. 3 Satz 3 RStV). Danach ist bei Inhalten stets zwischen redaktionellen und werblichen Komponenten zu differenzieren, um so den Eindruck einer freien, umfassenden und wahrheitsgemäßen Berichterstattung insbesondere im Rundfunk zu gewährleisten.²⁸

²⁶ OLG München v. 25.06.2020 – 29 U 2333/19 – GRUR 2020, 1096 – Blauer Plüschelofant; Vorinstanz LG München I v. 29.04.2019 – 4 HK O 14312/18.

²⁷ *Ladeur* in: Binder/Vesting, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, § 7 RStV Rn. 4; *Kachabia*, Das Gebot der Trennung von Werbung und redaktionellem Inhalt in den Medien, abrufbar unter <https://law-journal.de/archiv/jahrgang-2015/heft-1/das-gebot-der-trennung-von-werbung-und-redaktionellem-inhalt-in-den-medien/>; *Laukemann*, Fernsehwerbung im Programm – Die zunehmende Kommerzialisierung des Fernsehprogramms im Zeitalter einer Ökonomisierung der Aufmerksamkeit als verfassungs-, wettbewerbs- und rundfunkrechtliches Problem, 2002, S. 55 f.

²⁸ *Kachabia*, Das Gebot der Trennung von Werbung und redaktionellem Inhalt in den Medien, abrufbar unter <https://law-journal.de/archiv/jahrgang-2015/heft-1/das-gebot-der-trennung-von-werbung-und-redaktionellem-inhalt-in-den-medien/>; BVerfG v. 22.02.1994 – 1 BvL 30/88 (Ergangen auf Vorlagebeschluss des VGH München) – NJW 1994, 1942, 1943.

Im vorliegenden Fall hat das Gericht am Trennungsgebot festgehalten.

Konkret hat es das Vertaggen und Verlinken der von Frau Hummels verwendeten Produkte und Marken dem redaktionellen Teil ihrer Posts auf Instagram zugeordnet. Begründet wurde dies damit, dass den Streitgegenständlichen Posts ein Informationsinteresse immanent sei und kein Unterschied zu Beiträgen in Modezeitschriften bestünde. Vielmehr käme die Influencerin „mit ihren Posts dem Informationsinteresse ihrer Follower nach, die sich nicht nur dafür interessieren, was diese in ihrem Leben gerade tut, sondern auch – und möglicherweise sogar besonders – dafür, welche Produkte diese trägt und verwendet.“²⁹ Weiter heißt es: „Die Informationen zu den von ihr verwendeten Produkten, inklusive der angebrachten Tags und Links, gehören somit genauso wie die Informationen zu ihren Erlebnissen und Eindrücken zum ‚redaktionellen‘ Teil ihrer Posts. Insofern unterscheiden sie sich nicht von redaktionellen Beiträgen beispielsweise in Modezeitschriften, in denen auch Produkte dargestellt und beschrieben werden.“³⁰

Schon der Vergleich der Social Media Tätigkeiten von Frau Hummels mit einer solchen Zeitschrift erscheint jedoch mehr als zweifelhaft. Fraglich ist, ob diese denselben strengen Anforderungen hinsichtlich Form und Inhalt unterliegen, wie es sich aus zahlreichen Vorschriften, wie etwa dem MStV (bisher RStV), dem deutschen Pressecodex³¹ oder allgemeinen publizistischen Merkmalen entnehmen lässt. In Zeiten, in welchen grundsätzlich jedermann die Möglichkeit hat, über das Internet in den sozialen Netzwerken Informationen jedweder Art zu senden, nimmt zwar die Dichte an Inhalten zu, entsprechen jedoch die allermeisten gerade nicht den journalistischen Grundsätzen, die sich aus dem Rundfunkrecht ergeben. Entsprechendes soll auch für Frau Hummels gelten, welche bekanntermaßen als Werbefigur auf Instagram tätig ist und gerade nicht den Fokus auf eine objektive Informationsvermittlung legt. Widersprüchlich ist in diesem Zusammenhang auch, dass das Gericht selbst davon ausging, dass Frau Hummels sich durch die Posts für Werbeverträge interessanter machen wollte. Auch wäre es typisch für die Medienbranche, dass diese von Werbeeinnahmen abhängig sei und Beiträge entsprechend gestalten würde. Insoweit ist die Entscheidung inkonsequent, indem sie letztlich doch den Zusammenhang zum werbenden Charakter herstellt, zu dem sie vormalig mit der Einstufung als redaktioneller Beitrag Abstand zu nehmen versuchte.

²⁹ OLG München v. 25.06.2020 – 29 U 2333/19 – GRUR 2020, 1096 – Blauer Plüschelafant, Rn. 29.

³⁰ OLG München v. 25.06.2020 – 29 U 2333/19 – GRUR 2020, 1096 – Blauer Plüschelafant, Rn. 29.

³¹ Abrufbar unter <https://www.presserat.de/pressekodex.html>.

b) *Zum Kennzeichnungsgebot und zum Verbot von Schleichwerbung*

Ebenso hat sich das OLG mit der Thematik der Kennzeichnung von Werbung und der Schleichwerbung als Modus des allgemeinen Trennungsgebots³² näher befasst. Nach dem Kennzeichnungsgebot ist Werbung stets als solche kenntlich zu machen.³³ Schleichwerbung liegt dann vor, wenn ein Beitrag den Anschein erweckt, neutral zu sein, er tatsächlich aber wirtschaftliche Zwecke verfolgt und diese Motivation dahinter vom Verbraucher nicht erkannt werden kann.³⁴ Durch das Nichtkenntlichmachen wird der Verbraucher letztlich über die Werbeabsicht getäuscht. Gesetzliche Regelungen hierzu finden sich etwa in § 8 Abs. 7 MStV, § 6 TMG sowie in § 5a UWG.

Insbesondere unter Zugrundelegung des § 5a Abs. 6 UWG stellte das Gericht zunächst fest, dass keine geschäftliche Handlung i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG vorlag: „Das allgemeine Interesse, sich durch Publikationen für Werbeverträge interessant zu machen, reicht nicht aus, um einen objektiven Zusammenhang zwischen den Publikationen und der Absatzförderung anzunehmen“. Nehme man dennoch an, dass Frau Hummels aus kommerziellen Zwecken handelte, wäre dies jedoch aufgrund der Gesamtumstände ohne weiteres erkennbar gewesen. Bereits aus dem Vorliegen eines öffentlichen Profils mit blauem Haken und der hohen Anzahl an Followern könne dies geschlossen werden. Der kommerzielle Zweck, der darin zu sehen ist, dass die Posts „auch der Wertsteigerung des Images der Beklagten dienen und damit dieser für bereits bestehende und künftige ‚bezahlte Partnerschaften‘ Vorteile bringen“, wäre für einen Durchschnittsverbraucher auf den ersten Blick erkennbar gewesen. Die Absatzförderung sei letztlich bloßer Reflex der Selbstdarstellung der Beklagten. Auch an dieser Stelle zeigt sich eine gewisse Inkonsequenz der richterlichen Entscheidung. Im Kern bestätigt es, dass die Darstellung der eigenen Person Frau Hummels durchaus den Zweck verfolgte, für weitere Werbedeals attraktiv zu sein, somit gerade ein Kommerzialisierungsgedanke dahinterstand. Aus dem Urteil würde sich sodann folgern lassen, dass es einer Kenntlichmachung dann nicht bedarf, wenn der Anbieter selbst die Programmhoheit besitzt, somit Werbung in eigener Sache betreibt, und dies auf den ersten Blick erkennbar ist.

³² *Kachabia*, Das Gebot der Trennung von Werbung und redaktionellem Inhalt in den Medien, abrufbar unter <https://law-journal.de/archiv/jahrgang-2015/heft-1/das-gebot-der-trennung-von-werbung-und-redaktionellem-inhalt-in-den-medien/>.

³³ Dem Trennungs- und Kennzeichnungsgebot kommt jeweils eine eigenständige Bedeutung zu; siehe dazu *Döpfkens* in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 7 RStV Rn. 29; VG München v. 08.11.2018 – M 17 K 17.1664 – BeckRS 2018, 35180.

³⁴ Vgl. hierzu auch die übersichtliche Darstellung von *Schwenke*, Risiken der Schleichwerbung, 2017 im Internet abrufbar (zuletzt am 29.06.2021 unter https://allfacebook.de/wp-content/uploads/2017/04/allfacebook_schwenke_schleichwerbung_whitepaper.pdf).

V. Werbung und Programm im Bereich der Influencer Werbung

Bereits vor 20 Jahren stellte der Verfasser fest, dass Werbung und Programm selbst im Rundfunk keine strikten Gegensätze mehr³⁵ sind und sich eine Trennung außerhalb von Nachrichten und Informationssendungen wegen der zunehmenden Vermischung programmlicher und werblicher Komponenten kaum noch rechtfertigen ließe³⁶. Das Trennungsgebot fungiere hier vielmehr als Irreführungsschutz, durch den die Verbraucher in ihrer Erwartung der Inanspruchnahme redaktionell journalistischer Inhalte geschützt werden müssen.³⁷ Vor diesem Hintergrund bietet die o.g. Entscheidung des OLG München das Einfallstor für eine aktualisierte Betrachtung im Zeitalter einer weitgehenden vollständigen Kommerzialisierung vieler Lebensbereiche. Zentral geht es um die in Literatur und Rechtsprechung heiß diskutierte Frage, ob für Influencer eine Kennzeichnungspflicht für Werbebeiträge in den sozialen Netzwerken besteht oder nicht.

Im Ergebnis soll dargestellt werden, dass Werbung auch dann als solche zu klassifizieren ist, wenn sie redaktionelle Anteile oder neben der Absatzförderung zusätzliche Informationen enthält. Das soll zumindest soweit gelten, soweit kein erkennbar journalistisch-redaktioneller Ansatz verfolgt wird. Zumindest kann die Sinnhaftigkeit eines Trennungsgebotes für Informationen und Beiträge mit guten Gründen in Frage gestellt werden, wenn Influencer auf den typischen Kommunikationskanälen wie Facebook, YouTube oder Instagram veröffentlichen. Denn ohne gesonderte Kennzeichnung und periodischen Sendeplan mit klarem journalistisch-redaktionellen Angebot wird kein Verbraucher annehmen, dass es sich hierbei um unabhängige Beiträge der Influencer handelt.

Für eine solche Sichtweise spricht auch, dass der EuGH³⁸ bereits klargestellt hat, dass Videos eines Unternehmens mit rein kommerziellem Charakter, wie z.B. Werbevideos auf einem eigenen YouTube-Kanal, vom Geltungsbereich der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste (RL 2010/13/EU, AVMD-RL) ausgeschlossen sind. Zur Begründung führt er an, dass diese Vi-

³⁵ Laukemann, Fernsehwerbung im Programm – Die zunehmende Kommerzialisierung des Fernsehprogramms im Zeitalter einer Ökonomisierung der Aufmerksamkeit als verfassungs-, wettbewerbs- und rundfunkrechtliches Problem, 2002, S. 138 ff.

³⁶ Laukemann, Fernsehwerbung im Programm – Die zunehmende Kommerzialisierung des Fernsehprogramms im Zeitalter einer Ökonomisierung der Aufmerksamkeit als verfassungs-, wettbewerbs- und rundfunkrechtliches Problem, 2002, S. 296 ff.

³⁷ Laukemann, Fernsehwerbung im Programm – Die zunehmende Kommerzialisierung des Fernsehprogramms im Zeitalter einer Ökonomisierung der Aufmerksamkeit als verfassungs-, wettbewerbs- und rundfunkrechtliches Problem, 2002, S. 302 ff.

³⁸ EuGH v. 21.2.2018 – C-132/17 – ZUM 2018, 358 Rn. 21 ff. – Peugeot Deutschland.

deos als Ganzes dem Hauptzweck der Werbung dienen und eine Aufteilung der Bilder innerhalb eines Videos insofern gekünstelt wäre.³⁹ Der BGH ist dem gefolgt.⁴⁰

Vor dem Hintergrund, dass für eine Kennzeichnungspflicht grundsätzlich die Vorschriften des MStV (vormals RStV), UWG und TMG in Betracht kommen⁴¹, wird sich zur Klärung der dargestellten Problematik im Folgenden sowohl mit den medienrechtlichen Bestimmungen als auch mit lauterkeitsrechtlichen Vorschriften befasst, wobei der Schwerpunkt auf dem MStV sowie dem UWG liegen soll.

1. Medienrechtlicher Ansatz – MStV

Aus dem Medienrecht bedarf im Wesentlichen der MStV einer näheren Betrachtung hinsichtlich der dortigen Bestimmungen zum Trennungs- und Kennzeichnungsgebot sowie zum Verbot der Schleichwerbung. Jener hat den RStV als nationale Regelung zur AVMD-RL zum 01.09.2020 abgelöst und die Änderungen der AVMD-RL vom 14.11.2018 (Änderungs-RL⁴²) ins deutsche Recht umgesetzt.⁴³ Nur sofern im Bereich der Influencer Beiträge am Trennungsgebot festzuhalten ist, weil diese dem redaktionellen Teil zuzuordnen sind, sind entsprechende Werbebeiträge dieser als solche nach dem Kennzeichnungsgebot besonders auszuweisen. Erfolgt eine erforderliche Kennzeichnung nicht, kommt Schleichwerbung in Betracht.

Der RStV sah sich insbesondere deshalb in der Kritik, weil er schwerpunktmäßig den Rundfunk umfasste und nur rudimentär Regelungen bzgl. neuer Medienanbieter bzw. -plattformen enthielt (vgl. §§ 50-61 RStV).⁴⁴ Mit dem MStV soll diesen nun mehr Bedeutung zukommen.⁴⁵ Insbesondere hat der Gesetzgeber bei der Neuregelung erkannt, dass Werbung und Programm zunehmend verschmelzen und durch die im MStV vorherrschende Systematik klar zum Ausdruck gebracht, dass die werberechtlichen Vorschriften in

³⁹ EuGH v. 21.2.2018 – C-132/17 – ZUM 2018, 358 Rn. 21 ff. – Peugeot Deutschland, Rn. 27.

⁴⁰ BGH v. 13.9.2018 – I ZR 117/15 – YouTube-Werbekanal II – ZUM-RD 2019, 130 Rn. 33 ff.; zuvor bereits BGH v. 12.01.2017 – I ZR 117/15 – ZUM-RD 2017, 181 Rn. 32, 38 – YouTube-Werbekanal.

⁴¹ *Zurth/Pless*, MMR 2019, 414, 420.

⁴² Richtlinie (EU) 2018/1808 vom 14.11.2018 zur Änderung der Richtlinie 2010/13/EU, ABl. [EG] L 303/69.

⁴³ *Siara*, MMR 2020, 370.

⁴⁴ Siehe dazu <https://www.haerting.de/de/neuigkeit/goodbye-rundfunk-hello-medienstaatsvertrag-neue-regelungen-fuer-streamer-und-co>.

⁴⁵ *Siara*, MMR 2020, 370.

unterschiedlicher Intensität zur Anwendung kommen sollen.⁴⁶ Er differenziert zwischen klassischem Rundfunk in §§ 3 ff. MStV (öffentlich-rechtlicher Rundfunk, §§ 26 ff. MStV vs. privater Rundfunk, §§ 50 ff. MStV), rundfunkähnlichen Telemedien, §§ 74 ff. MStV, sowie sonstigen Telemedien, §§ 17 ff. MStV (insbes. Medienplattformen, §§ 78 ff. MStV, Medienintermediären, §§ 91 ff. MStV und Video-Sharing-Diensten, §§ 97 ff. MStV).

a) Trennungsgebot

aa) Rundfunk und Werbung

Gemäß § 8 Abs. 3 Satz 1 MStV muss sich Werbung vom redaktionellen Inhalt unterscheiden. Damit wird am Trennungsgebot (vormals in § 7 Abs. 3 Satz 3 RStV) als Umsetzung des Art. 9 Abs. 1 lit. a) AVMD-RL *im Anwendungsbereich des Rundfunks* festgehalten.⁴⁷

Werbung wird in § 2 Abs. 2 Nr. 7 MStV definiert als jede Äußerung, die der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes von Waren und Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, oder des Erscheinungsbilds natürlicher oder juristischer Personen, die einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachgehen, dient und gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung oder als Eigenwerbung im Rundfunk oder in einem Telemedium aufgenommen ist. Erstreckt wird das Gebot auf Rundfunkwerbung, Sponsoring, Teleshopping und Produktplatzierung.

Die Anforderungen des § 8 MStV und somit das in § 8 Abs. 3 Satz 1 MStV geregelte Trennungsgebot gelten jedoch unmittelbar nur für den Rundfunk als linearen Informations- und Kommunikationsdienst, § 2 Abs. 1 Satz 1 MStV (vormals § 2 Abs. 1 Satz 1 RStV). Damit Influencer überhaupt anhand der dort geregelten Werbegrundsätze gemessen werden können, muss es sich bei deren Angebot in den sozialen Netzwerken um Rundfunk handeln. Dazu muss eine für die Allgemeinheit und zum zeitgleichen Empfang bestimmte Veranstaltung und Verbreitung von journalistisch-redaktionell gestalteten Angeboten in Bewegtbild oder Ton entlang eines Sendeplans mittels Telekommunikation vorliegen. Bereits an der Definition werden die Änderungen

⁴⁶ Stichwort "Prinzip der abgestuften Regelungsdichte" bereits aus dem RStV und TMG bekannt, *Klickermann*, MMR 2020, 150, 154; *Holznapel* in: *Spindler/Schuster*, § 2 RStV Rn. 12.

⁴⁷ *Zurth/Pless*, ZUM 2019, 414, 418; *Holznapel/Hartmann* in: *Hoeren/Sieber/Holznapel*, *Multimedia-Recht*, § 7 RStV Rn. 26; *Kachabia*, Das Gebot der Trennung von Werbung und redaktionellem Inhalt in den Medien, abrufbar unter <https://law-journal.de/archiv/jahrgang-2015/heft-1/das-gebot-der-trennung-von-werbung-und-redaktionellem-inhalt-in-den-medien/>.

zum RStV deutlich; die Gestaltung als journalistisch-redaktionelles Angebot sowie die Übermittlung durch Telekommunikation wurden neu eingefügt.⁴⁸

Eine Qualifikation der Influencer Beiträge als Rundfunk ist im Ergebnis abzulehnen. Zwar ist noch daran zu denken, dass es sich bei diesen – insbesondere den Storys auf Instagram oder Facebook – um einen zeitlich begrenzten, inhaltlich zusammenhängenden Bestandteil handeln kann (= Sendung, § 2 Abs. 2 Nr. 3 MStV), ein Sendeplan in Form einer auf Dauer angelegten und vom Nutzer nicht veränderbaren Festlegung der inhaltlichen und zeitlichen Abfolge von einzelnen Sendungen wird jedoch regelmäßig nicht zu erkennen sein, vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 1 MStV. Der bislang nicht näher konkretisierte Begriff des Sendepplans hat erstmals als Legaldefinition Einzug in den MStV erhalten. Zwar wird auch diese von einigen Seiten als unscharf kritisiert, lässt sich aus dieser jedoch zumindest folgern, dass sich aus dem Merkmal der „Abfolge“ das Erfordernis nach mehreren Sendungen ableiten lässt.⁴⁹ Damit soll eine einzelne Sendung gerade nicht ausreichen. Eine Ausstrahlung, welche lediglich aus einer Sendung besteht, stellt keinen zeitlichen Ablauf dar. Insbesondere vor dem Hintergrund des klassischen Rundfunkverständnisses, der geprägt ist von Aktualität, Breitenwirkung und Suggestivkraft ist ein gewisser zeitlicher Zusammenhang zwischen den einzelnen Beiträgen erforderlich, die auch auf gewisse Dauer im Vorfeld festgelegt sein müssen.⁵⁰

bb) Rundfunkähnliche Telemedien

Die Werbegrundsätze, damit auch das Trennungsgebot nach § 8 Abs. 3 Satz 1 MStV, finden nach den besonderen Bestimmungen für einzelne Telemedien, die in den §§ 74 ff. MStV geregelt sind, gem. § 74 Satz 1 MStV entsprechend Anwendung auf sog. rundfunkähnliche Telemedien.⁵¹ Telemedien sind dabei nach § 2 Abs. 1 MStV alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, soweit sie nicht Telekommunikationsdienste nach § 3 Nr. 24 des Telekommunikationsgesetzes sind, die ganz in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen oder telekommunikationsgestützte Dienste nach § 3 Nr. 25 des Telekommunikationsgesetzes oder

⁴⁸ Vgl. dazu § 2 Abs. 1 RStV.

⁴⁹ *Siara*, MMR 2020, 370; *Bodensieck/Walker*, Livestreams von Gaming Video Content als Rundfunk? – Notwendigkeit einer verfassungskonformen Auslegung der Rundfunkzulassungspflicht, MMR 2018, 136, 137; *Martini* in: Gersdorf/Paal, BeckOK Informations- und Medienrecht, § 2 RStV Rn. 19; zur Problematik in der Rechtsprechung vor Einführung der Legaldefinition siehe etwa VG Berlin v. 26.09.2019 – VG 27 K 365.18 – MMR 2020, 267, Rn. 67 ff. m. Anm. *Schmid*.

⁵⁰ *Holznapel* in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 2 RStV Rn. 17; *Siara*, MMR 2020, 370; *Schulz* in: Binder/Vesting, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, § 2 RStV Rn. 42b.

⁵¹ *Holznapel/Hartmann* in: Hoeren/Sieber/Holznapel, Multimedia-Recht, Teil 3, Rn. 213.

Rundfunk nach Satz 1 und 2 sind. Bei Angeboten in sozialen Netzwerken kann von einem Telemedium ausgegangen werden.⁵²

Fraglich ist allerdings, ob es sich hierbei auch um ein sog. rundfunkähnliches Telemedium handelt. Nach der neu in § 2 Abs. 2 Nr. 13 MStV eingefügten Definition sind dies Telemedien mit Inhalten, die nach Form und Gestaltung hörfunk- oder fernsehähnlich sind und die aus einem von einem Anbieter festgelegten Katalog zum individuellen Abruf zu einem vom Nutzer gewählten Zeitpunkt bereitgestellt werden (Audio- und audiovisuelle Mediendienste auf Abruf). Die Definition der rundfunkähnlichen Telemedien wird damit dem Umstand gerecht, dass nicht lineare Inhalte zunehmend an Bedeutung gewinnen, welche vormals lediglich im Rundfunk existiert haben.⁵³ Problematisch ist aber, dass sich im MStV keine Definition „hörfunkähnlich“ oder „fernsehähnlich“ wiederfindet.⁵⁴ Allenfalls in der Vorgängerregelung des § 58 Abs. 3 RStV wird unter dem Begriff „fernsehähnlich“ ein Telemedium mit Inhalten, die nach Form und Inhalt fernsehähnlich sind, verstanden. Dies ist jedoch nicht gerade aufschlussreich.

Abhilfe schaffen kann ein Blick auf die in § 2 Abs. 2 Nr. 13 a. E. MStV genannten Beispiele. Konkret aufgeführt werden als Inhalte von rundfunkähnlichen Telemedien dort Hörspiele, Spielfilme, Serien, Reportagen, Dokumentationen, Unterhaltungs-, Informations- oder Kindersendungen. Handelt es sich hierbei aufgrund des Wortlauts zwar nur um Regelbeispiele („insbesondere“), so ist jedoch der Schwerpunkt dieser Inhalte darin zu sehen, dass alle einen gewissen Anspruch an eine neutrale, von kommerziellen Einflüssen unabhängige Gestaltung haben. Dies ergibt sich wiederum aus den in § 8 MStV enthaltenen Werbegrundsätzen für Rundfunk. Erfasst werden konkret beispielsweise Mediatheken privater Anbieter oder auch Dritter, worunter z.B. Sky, Amazon Prime oder Netflix gefasst werden können, daneben aber auch Audioangebote.⁵⁵

Auch in den sozialen Netzwerken besteht u.a. die Möglichkeit, dass Follower von Influencern gedrehte Videos (in Form von Stories, im IGTV oder auch als Beitrag) zu einem beliebigen Zeitpunkt ansehen können. Dies erfolgt entweder durch Aufruf des jeweiligen Influencer Profils oder direktes Anklicken in der Story Timeline. Bei Storys auf Instagram ist die Möglichkeit eines Abrufs

⁵² Klickermann, MMR 2020, 150, 151.

⁵³ Ory, ZUM 2019, 139, 142; Siara, MMR 2020, 370, 372

⁵⁴ So auch Siara, MMR 2020, 370, 373.

⁵⁵ Ory, ZUM 2019, 139, 142; Siara, MMR 2020, 370, 372; Schirnbacher u.a., zum Medienstaatsvertrag im Internet unter: <https://www.haerting.de/de/neuigkeit/goodbye-rundfunk-hello-medienstaatsvertrag-neue-regelungen-fuer-streamer-und-co> (zuletzt abgerufen am 29.06.2021).

allerdings auf 24 Stunden begrenzt. Danach wäre ein Betrachten nur noch in den sog. „Highlights“ möglich, wobei hier gerade nur noch ausgewählte Storys gespeichert werden und kein umfassendes Angebot besteht.

Mit den modernen Medien und insbesondere den sozialen Netzwerken hat mittlerweile grundsätzlich Jedermann die Möglichkeit, eine breite Öffentlichkeit mit audio- oder audiovisuellen Inhalten jeglicher Art zu erreichen. Jedoch entsprechen die angebotenen Inhalte aber regelmäßig keiner strukturierten Auswahl und vergleichbaren Form. Hinzu kommt, dass Angebote von Influencern aus Gründen der Authentizität und des Wiedererkennungswertes geprägt sind von einem ganz persönlichen Stil, der sich etwa in einer bestimmten Art der Darstellung widerspiegelt. Aufgrund der Freiheit ihrer inhaltlichen Gestaltung kann bei Beiträgen von Influencern gerade nicht von einer neutralen Gestaltung gesprochen werden. Mit den in den Regelbeispielen des § 2 Abs. 2 Nr. 3 MStV genannten Inhalten sind diese nicht vergleichbar. Die von Influencern gebotenen Inhalte entsprechen damit nicht denen eines rundfunkähnlichen Telemediums, sodass auch hier schon dem Trennungsgebot in entsprechender Anwendung des § 8 Abs. 3 Satz 3 MStV eine Absage erteilt werden muss.

cc) Der neue Schlüsselbegriff: Was sind journalistisch-redaktionelle Angebote?

Auch sonstige Telemedien werden vom MStV erfasst. Allgemeine Anforderungen an diese sind in den §§ 17 ff. MStV bestimmt. Auch dort findet sich das Trennungsgebot wieder. Dieses ist in § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV normiert und wird ergänzt durch die publizistischen Sorgfaltspflichten nach § 19 Abs. 1 MStV.

Gem. § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV muss Werbung vom übrigen Inhalt der Angebote eindeutig getrennt sein. Nach § 19 Abs. 1 MStV haben Telemedien mit journalistisch-redaktionell gestalteten Angeboten, in denen insbesondere vollständig oder teilweise Inhalte periodischer Druckerzeugnisse in Text oder Bild wiedergegeben werden, den anerkannten journalistischen Grundsätzen zu entsprechen. Gleiches gilt nach Satz 2 für andere geschäftsmäßig angebotene, journalistisch-redaktionell gestaltete Telemedien, in denen regelmäßig Nachrichten oder politische Informationen enthalten sind. Mit anerkannten journalistischen Grundsätzen sind die allgemeinen publizistischen Sorgfaltspflichten gemeint.⁵⁶ Außerhalb der Norm kommen weitere Anforderungen hinzu, wie etwa die Beachtung des Pressekodex in Hinblick

⁵⁶ Lent, ZUM 2020, 593, 599.

auf ethische Standards im Journalismus.⁵⁷ Auch außerhalb der Vorschriften für Telemedien, konkret in § 6 Abs. 1 Satz 1 MStV, werden die journalistischen Grundsätze als Maßstab vorgegeben.

Im Rahmen der allgemeinen Anforderungen an Telemedien lässt sich ein Merkmal als wesentlich herausstellen. Bereits die Häufigkeit, mit der sich die Bezeichnung „journalistisch-redaktionell“ bzw. „journalistisch“ im MStV wiederfinden lässt, spricht für die Relevanz dieses Merkmals.⁵⁸ Im Rahmen der allgemeinen Anforderungen an Telemedien taucht dieses in fast jeder Norm (§§ 18 Abs. 2 Satz 1, 19 Abs. 1 Satz 1 und 2, 20 Abs. 1 Satz 1, 23 Abs. 1 Satz 1 und 2, Abs. 2 Nr. 3, Abs. 3 MStV) auf. Letztlich soll es also darauf ankommen, ob Beiträge von Influencern journalistisch-redaktionelle Angebote darstellen können.

An der bisher fehlenden Konkretisierung des als unbestimmt zu qualifizierenden Rechtsbegriffs hat sich auch mit der Neuregelung im MStV nichts geändert.⁵⁹ Mit dem stetigen Zuwachs an digitalen Angeboten, die insbesondere von Personen stammen, welche weder professionelle Journalisten sind, noch eine redaktionelle Organisation aufweisen, wird eine Abgrenzung immer wichtiger.⁶⁰ Aufgrund der Abkehr von der klassischen journalistischen und redaktionellen Arbeit in den modernen Medien treten bei der Abgrenzung besondere Schwierigkeiten auf, sodass der folgenden Darstellung besondere Aufmerksamkeit zu schenken ist.

Grundsätzlich kann sich einer Definition des Begriffs „journalistisch-redaktionell“ jedoch mittels einer Gesamtbetrachtung der Systematik des MStV unter Zuhilfenahme bereits anerkannter Kriterien angenähert werden.

Zunächst lässt sich aus der Verknüpfung der beiden Begrifflichkeiten schließen, dass es sich sowohl um ein journalistisches als auch redaktionelles Angebot handeln muss, die Voraussetzungen müssen folglich kumulativ vorliegen.⁶¹ Zu bedenken ist dabei auch, dass von einer redaktionellen Gestaltung

⁵⁷ *Lent*, ZUM 2020, 593, 599.

⁵⁸ Siehe § 1 Satz 1; § 2 Abs. 2 Nr. 16, Nr. 29 MStV; § 12 Abs. 1 Satz 1, 3, Abs. 2, Abs. 3 Nr. 3 MStV.

⁵⁹ *Micklitz/Schirmbacher* in: *Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien, § 55 RStV Rn. 15; *Smid* in: *Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien, § 54 RStV Rn. 7.

⁶⁰ *Held* in: *Binder/Vesting*, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, § 54 RStV Rn. 39; siehe dazu OLG Koblenz v. 12.04.2021 – 4 W 108/21 – GRUR-RS 2021, 9693, Rn. 3, wonach der Blog-Bereich auf der Webseite einer Anwaltskanzlei kein journalistisch-redaktionell gestaltetes Angebot sei, weil es sich hierbei allein um eine auf Mandantenwerbung ausgerichtete kommerzielle Zweckrichtung handelt.

⁶¹ VG München v. 17.12.2015 – M 17 K 14.4369 – BeckRS 2016, 47886; *Lent* in: *Gersdorf/Paal*, BeckOK Informations- und Medienrecht, § 54 RStV Rn. 5.

Werbung und Programm im Zeitalter der vollständigen Kommerzialisierung am Beispiel der ...
nicht pauschal auf das Vorliegen eines Falls von Online-Journalismus geschlossen werden kann.⁶²

Während unter „journalistisch“ insbesondere die Arbeitsweise gefasst wird, ist im Rahmen des „redaktionellen“ Angebots vor allem die Arbeitsorganisation näher zu betrachten.⁶³

aaa) „Journalistisch“

Der Begriff des Journalismus ist geprägt von klassischen Publizitätskriterien, wie der Ausrichtung an *Faktizität*, *Aktualität*, *Selektivität* und *Strukturierung*, welche im Kontext des § 19 Abs. 1 MStV in abgewandelter Form herangezogen werden können.⁶⁴ Auch wird gefordert, dass die Arbeitsweise einen hohen Grad an *Professionalität* aufweist.⁶⁵

(1) Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung

Wesentlich ist dabei, dass der Anbieter die Absicht haben muss, zur *öffentlichen Meinungsbildung* mittels Medienberichterstattung i.S.d. Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG beizutragen. Bereits die Regelung des § 55 i.V.m. § 9a RStV bezweckte, dass Telemedien mit einem journalistisch-redaktionellen Angebot der Presse und dem Rundfunk in gewissem Maße gleichgestellt werden sollten, sofern sie geprägt waren von einer publizistischen Zielsetzung.⁶⁶ Dies soll mit der Neuregelung in § 19 Abs. 1 MStV nicht anders sein. Entscheidend ist, dass dem Merkmal nicht nur eine untergeordnete Rolle zugesprochen wird, was gerade bei „überwiegend privaten oder kommerziellen Formen der Kommunikation der Fall ist.“⁶⁷ Letztere ist vielmehr gerichtet auf ein

⁶² VGH Mannheim v. 25.03.2014 - 1 S 169/14 - NJW 2014, 2667, 2668; *Lent*, ZUM 2013, 914, 915.

⁶³ *Siara*, MMR 2020, 370; *Held* in: Binder/Vesting, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, § 54 Rn. 48; *Micklitz/Schirnbacher* in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 55 RStV Rn. 15.

⁶⁴ *Lent*, ZUM 2020, 593, 597; *Micklitz/Schirnbacher* in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 55 RStV Rn. 15; OLG Bremen v. 14.01.2001 - 2 U 115/10 (LG Bremen) - MMR 2011, 337; OLG Koblenz v. 12.04.2021 - 4 W 108/21 - juris, Rn. 4.

⁶⁵ VG Schwerin v. 25.03.2014 - 6 B 31/14 - ZUM-RD 2015, 353, 355; *Held* in: Binder/Vesting, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, § 54 RStV Rn. 48.

⁶⁶ VG München v. 17.12.2015 - M 17 K 14.4369 - BeckRS 2016, 47886; OVG Bautzen v. 10.05.2017 - 3 A 726/16 - MMR 2017, 716, 717; *Siara*, MMR 2020, 370; *Lent*, ZUM 2013, 914, 918; *Lent* ZUM 2013, 914, 918; OLG Koblenz v. 12.04.2021 - 4 W 108/21 - juris, Rn. 4.

⁶⁷ *Lent*, ZUM 2020, 593, 597; siehe auch VGH Mannheim v. 09.05.2017 - 1 S 1530/16 - BeckRS 2017, 112670; VGH Mannheim v. 25.03.2014 - 1 S 169/14 - NJW 2014, 2667, 2668.

„Ins-rechte-Licht-Rücken“ von Produkten bzw. Unternehmen oder auch der eigenen Person und weniger orientiert an der gesellschaftlichen Relevanz.⁶⁸

Allerdings sollen auch Blogger und freiberufliche Journalisten unter den Anwendungsbereich fallen, sofern deren Tätigkeit von einer „objektivierten Zielsetzung“⁶⁹ geprägt ist. Handelt es sich jedoch um eine Auswahl von Informationen des eigenen Lebens – „tagebuchartige Angebote“ – sind diese auch nicht erfasst, sofern eine gewisse Auswahl bezüglich der Frage stattgefunden hat, was für andere interessant sein könnte. „Haupt Gesichtspunkt für Auswahl und Zusammenstellung (bleibt) die Bedeutung des Dargestellten für das eigene Leben.“⁷⁰

Vor dem Hintergrund einer objektivierten Zielsetzung erscheint schon an dieser Stelle fraglich, ob Beiträge bspw. einer Cathy Hummels journalistische Inhalte vorweisen können. Bereits die Annahme des OLG München, dass Frau Hummels dem Informationsbedürfnis ihrer Follower hinsichtlich ihres eigenen Lebens nachkäme, spricht eher für eine subjektivierte Darstellung. Auch ist nicht ersichtlich, inwiefern die Informationen zu den von ihr verwendeten Produkten, inklusive der angebrachten Tags und Links, der öffentlichen Meinungsbildung zugutekommen sollen.⁷¹ Ebenso ging das Gericht gerade selbst davon aus, dass sich die Influencerin für Werbeverträge interessanter machen wollte und bejahte die der Medienbranche immanente Abhängigkeit von Werbeeinnahmen. Die Beiträge sind damit nicht an der gesellschaftlichen Relevanz orientiert, sondern vielmehr an den potenziellen Werbeeinnahmen, die mit diesen generiert werden können.

(2) Professionalität und Faktizität

Weiteres Merkmal ist ein hoher Grad an Professionalität. Die journalistische Arbeitsweise ist gerade dadurch geprägt, dass bei der Recherche von Informationen diese vollumfänglich überprüft und ausgewählt wurden, mithin diese als besonders glaubwürdig erscheinen und die Berichterstattung auf Tatsachengrundlage erfolgt.⁷² Damit einher geht auch eine Fokussierung auf die als nachweislich wahr überprüften Informationen, sog. Faktizität.

⁶⁸ Held in: Binder/Vesting, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, § 54 RStV Rn. 59.

⁶⁹ Micklitz/Schirmbacher in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 55 RStV Rn. 17.

⁷⁰ Held in: Binder/Vesting, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, § 54 RStV Rn. 51.

⁷¹ Vgl. zur Berufung auf das Informationsinteresse der Follower bspw. auch KG v. 08.01.2019 – 5 U 83/18 – ZUM-RD 2019, 135; M. Köhler, ZUM-RD 2019, 141, 142; zum Informationsinteresse und Verbraucherschutz, vgl. Martinek, jM 2014, 458, 460 f.

⁷² Held in: Binder/Vesting, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, § 54 RStV Rn. 54.

Dies ergibt sich auch schon aus Ziffer 2 des deutschen Pressekodex, wonach eine sorgfältige und hinreichende Recherche wesentlich ist für den Journalismus.

Auch unter diesem Gesichtspunkt kann die Tätigkeit der Influencer in den sozialen Netzwerken kritisch hinterfragt werden. Regelmäßig gestalten sich Werbeverträge mit Unternehmen dergestalt, dass den Influencern bestimmte Produkte zugeschickt werden, für welche diese sodann beispielsweise auf Instagram werben sollen. Schon vor dem Hintergrund, dass Influencer gewöhnlich nicht nur einen Werbepartner haben, ist anzuzweifeln, dass sie tatsächlich vor der werblichen Anpreisung die Produkte getestet haben und ihre ungefilterte, persönliche Meinung dazu abgeben. Recherchen hinsichtlich Produktqualität, Inhaltsstoffe oder auch Produktionsbedingungen werden wohl in den seltensten Fällen durchgeführt. So kommt es auch dazu, dass Influencer damit konfrontiert werden, dass die von ihnen als besonders gut angepriesenen Produkte nicht dem entsprechen, was sie vormals versprochen hatten. Letztlich werden auch vorgeschriebene Texte oder Anweisungen der Unternehmen schlicht vorgelesen oder in den Beitrag kopiert, sodass im Ergebnis keinesfalls von einer professionellen Recherchetätigkeit vor dem Aussenden der Informationen gesprochen werden kann.

(3) Periodizität

Als weiteres Merkmal für die journalistische Tätigkeit wird eine gewisse Periodizität verlangt. Auch § 19 Abs. 1 MStV verlangt, dass es sich bei den Angeboten entweder um solche handelt, die sowohl gedruckt als auch online veröffentlicht werden, oder solche, die ausschließlich online abrufbar sind. In der Vorgängerregelung des § 55 Abs. 2 RStV waren letztere noch nicht umfasst. Vielmehr waren lediglich Online Ausgaben von Zeitungen oder Zeitschriften erfasst, die „identische oder modifizierte Inhalte der zugehörigen gedruckten Version“⁷³ enthielten. Dem Erfordernis der Periodizität kann im Rahmen des Online-Journalismus damit nur eingeschränkt Rechnung getragen werden.⁷⁴ Allerdings wird dennoch zu fordern sein, dass es sich nicht um ein einmaliges Angebot seitens des Anbieters handelt, sondern dieses in gewisser Regelmäßigkeit veröffentlicht wird. Bei Influencern kann dies nicht pauschal beantwortet werden. Zwar wenden diese sich tagtäglich an ihrer Follower, ist jedoch fraglich, ob bezüglich einzelner Werbebeiträge mit bestimmten Marken ein Muster erkennbar ist und mit Blick auf die klassischen

⁷³ Micklitz/Schirmbacher in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 55 RStV Rn. 18.

⁷⁴ Held in: Binder/Vesting, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, § 54 RStV Rn. 53.

Anforderungen der Aktualität, Breitenwirkung und Suggestivkraft ein gewisser zeitlicher Zusammenhang besteht.⁷⁵

bbb) „Redaktionell“

Hinsichtlich der Arbeitsorganisation ist zu beachten, dass journalistische Angebote stets eine redaktionelle Gestaltung aufweisen. Sie werden formatiert, selektiert und korrigiert.⁷⁶ Im Wesentlichen ist damit der Influencer einem Redakteur gegenüberzustellen. Abzustellen ist für die Beurteilung jeweils auf den konkreten Einzelfall, wobei das gesamte Angebot des Anbieters Prüfungsgegenstand ist.⁷⁷ Für die Tätigkeit eines Redakteurs ist wesentlich, dass er hinsichtlich des zu publizierenden Inhalts eine Auswahl trifft und diesen gestaltet.⁷⁸ Auch ist eine gewisse Organisation dergestalt erforderlich, dass sie eine gewisse Verfestigung aufweist, durch die Kontinuität garantiert wird.⁷⁹

dd) Journalistisch-redaktionelle Angebote versus Werbung aus soziologischer Sicht

In der Soziologie war lange Zeit die Auffassung weit verbreitet, dass Werbung (ein) Teil der Massenmedien darstelle⁸⁰ bzw. als Subsystem unseres Wirtschaftssystems, deren Aufgabe es sei, folgenreiche Aufmerksamkeit zu produzieren, einzustufen sei⁸¹.

Mittlerweile setzt sich verstärkt die Erkenntnis durch, dass Werbung sich gerade nicht an den Selektionskriterien der Massenmedien wie journalistische Relevanz oder Nachrichtenwert⁸² richtet. Weil für ihre Verbreitung gezahlt

⁷⁵ Holznapel in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 2 RStV Rn. 17; *Siar*, MMR 2020, 370; Schulz in: Binder/Vesting, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, § 2 RStV Rn. 42b.

⁷⁶ Zurth/Pless, ZUM 2019, 414, 423.

⁷⁷ VGH Mannheim v. 09.05.2017 - 1 S 1530/16 - BeckRS 2017, 112670; Held in: Binder/Vesting, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, § 54 RStV Rn. 49; Spindler, CR 2007, 239, 241; Korte, Das Recht auf Gegendarstellung im Wandel der Medien, 2002, S. 101.

⁷⁸ Micklitz/Schirmbacher in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 55 RStV Rn. 15; *Siar*, MMR 2020, 370

⁷⁹ Held in: Binder/Vesting, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, § 54 RStV Rn. 55; *Siar*, MMR 2020, 370.

⁸⁰ So noch Luhmann, Die Realität der Massenmedien, 1996, 36 ff.

⁸¹ Schmidt, Werbewirtschaft als soziales System, 1991, 5 ff.

⁸² Vgl. krit. Engelmann, Journalistische Selektionskriterien und Selektionsentscheidungen. Methodische Implikationen für die Anwendung einer Wert-Erwartungstheorie in: Methoden der Journalismusforschung, 2011, Seite 141-154.

wird (sogen. Tausch von Aufmerksamkeitschancen via Publizität gegen Geld), hat Werbung die Freiheit, ihre Themen so mitzuteilen, wie sie selbst möchte, und zwar ohne auf die Massenmedien Rücksicht nehmen zu müssen. Daher sei Werbung kein eigenständiges autonomes System, weil Werbung keine Hoheit über die Themen habe und sich je nach auftraggebendem System dessen Selektivität und dessen Erfolgskriterien unterstelle.⁸³

In dieser Logik haben Massenmedien einen spezifischen inhaltlichen Auftrag, den man auch sehr deutlich aus dem Medienstaatsvertrag (MStV) herauslesen kann.

Laut § 2 Abs. 1 Satz 1,2 MStV ist „Rundfunk ein linearer Informations- und Kommunikationsdienst; er ist die für die Allgemeinheit und zum zeitgleichen Empfang bestimmte Veranstaltung und Verbreitung von journalistisch-redaktionell gestalteten Angeboten in Bewegtbild oder Ton entlang eines Sendeplans mittels Telekommunikation“.

c) Kennzeichnungsgebot

Nach dem für Rundfunk in § 8 Abs. 3 Satz 1 MStV geregelten Kennzeichnungsgebot, das für rundfunkähnliche Telemedien nach § 74 Satz 1 MStV entsprechend gilt und gem. § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV auch für sonstige journalistisch-redaktionelle Angebote zu beachten ist, muss sich Werbung von redaktionellen Inhalten abheben, mithin kenntlich gemacht werden. Da jedoch vorliegend bereits bei den Influencer Beiträgen keine strikte Trennung zwischen Werbung und redaktionellen Teilen ihrer Inhalte vorgenommen werden kann (s.o.), ist damit auch eine Kennzeichnung für insgesamt als werblich zu qualifizierende Beiträge nicht notwendig. Eben nur dort, wo sich Rundfunk, rundfunkähnliche Telemedien oder sonstige journalistisch-redaktionelle Angebote um die Information der Allgemeinheit bemühen, bleibt es bei dem Gebot zur Kennzeichnung nach den eingangs genannten Vorschriften aus dem MStV.

d) Schleichwerbung

Schleichwerbung i.R.d. MStV wird nach § 2 Nr. 9 MStV definiert als die Erwähnung oder Darstellung von Waren, Dienstleistungen, Namen, Marken

⁸³ Grdl. *Zurstiege*, Zwischen Kritik und Faszination: Was wir beobachten, wenn wir die Werbung beobachten, wenn sie die Gesellschaft beobachtet, 2005. Vgl. zum Diskussionsstand auch: *Kohring/Borchers*, Werbung mit System? Eine konstruktive Kritik systemtheoretischer Theorien der Werbung, *Medien & Kommunikationswissenschaft*, 2013, S. 231 f.; *Siegert/Brecheis*, Werbung in der Medien- und Informationsgesellschaft, 2. Aufl. 2010, S. 27, 35.

oder Tätigkeiten eines Herstellers von Waren oder eines Erbringers von Dienstleistungen in Sendungen, wenn sie vom Veranstalter absichtlich zu Werbezwecken vorgesehen ist und mangels Kennzeichnung die Allgemeinheit hinsichtlich des eigentlichen Zweckes dieser Erwähnung oder Darstellung irreführen kann. Eine Erwähnung oder Darstellung gilt insbesondere dann als zu Werbezwecken beabsichtigt, wenn sie gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung erfolgt.

Nach der Systematik des MStV gilt das Verbot der Schleichwerbung jedoch nur nach § 8 Abs. 7 Satz 1 MStV sowie nach § 74 Satz 1 MStV entsprechend für Rundfunk bzw. rundfunkähnliche Telemedien. Geschützt werden soll dadurch die Integrität des redaktionellen Programms.⁸⁴ Nicht erfasst sind die sonstigen journalistisch-redaktionellen Angebote. Für die Anwendbarkeit auf die Beiträge von Influencern bleibt allerdings ohnehin kein Raum.

2. Lauterkeitsrechtlicher Ansatz – UWG

a) Notwendigkeit einer eigenständigen Betrachtung

Aufgrund differierender Schutzzwecke bedarf es einer gesonderten Betrachtung des Lauterkeitsrechts. Wegen der in der bisherigen Rechtsprechung besonders relevanten Regelung des § 5a Abs. 6 UWG soll auf diese der Fokus gelegt werden.⁸⁵ Die Vorschrift stellt die vollharmonisierte, nahezu wortgetreue Umsetzung von Art. 7 Abs. 1, Abs. 2 Alt. 2 der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken („UGP-RL“) dar.⁸⁶ Neben dem Schutz des wirtschaftlichen Wettbewerbs soll der Verbraucher als Adressat vor Irreführung durch Tarnung des kommerziellen Zwecks einer geschäftlichen Handlung bewahrt werden.⁸⁷ Damit sollte das medienrechtliche Schleichwerbeverbot auf sämtliche Werbeformen ausgedehnt werden.⁸⁸

⁸⁴ *Bornemann* in: Gersdorf/Paal, BeckOK Informations- und Medienrecht, § 8 MStV Rn. 43; *Zurth/Pless*, ZUM 2019, 414, 420; *Kachabia*, Das Gebot der Trennung von Werbung und redaktionellem Inhalt in den Medien, abrufbar unter <https://law-journal.de/archiv/jahrgang-2015/heft-1/das-gebot-der-trennung-von-werbung-und-redaktionellem-inhalt-in-den-medien/>.

⁸⁵ *Holznagel/Hartmann* in: Hoeren/Sieber/Holznagel, Multimedia-Recht, Teil 3, Rn. 214; *Zurth/Pless*, ZUM 2019, 414, 422; so auch das OLG München v. 25.06.2020 – 29 U 2333/19 – GRUR 2020, 1096 – Blauer Plüschelafant.

⁸⁶ *Köhler* in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 5a UWG Rn. 7.5; *Zurth/Pless*, ZUM 2019, 414, 416.

⁸⁷ *Köhler* in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 5a UWG Rn. 7.4; BGH v. 01.07.2010 – I ZR 161/09 (OLG Düsseldorf) m. Anm. *Flappe* – GRUR 2011, 163, 165, Rn. 21; *Holznagel/Hartmann* in: Hoeren/Sieber/Holznagel, Multimedia-Recht, Teil 3, Rn. 214; *Peifer*, GRUR 2018, 1218, 1220.

⁸⁸ BT-Drs. 15/1487, S. 17; *Zurth/Pless*, ZUM 2019, 414, 419; *Klickermann*, MMR 2020, 150, 154.

Da Influencer regelmäßig nicht zu erkennen geben, dass sie für ein bestimmtes Unternehmen aufgrund einer entsprechenden Vereinbarung werblich tätig werden, ist dies hier besonders interessant. Wie zu Beginn aufgezeigt, würde mit jener Offenlegung der Schein der besonderen persönlichen Beziehung zwischen Influencern und Followern nicht aufrechterhalten. Da Verbraucher am meisten Empfehlungen von Freunden und Familie vertrauen (s.o.), wird das damit vergleichbare Vertrauensverhältnis der Follower zu den Influencern für die Vermarktung von Produkten benutzt.⁸⁹

b) Unlauteres Handeln durch unterlassene Kennzeichnung

Gem. § 5a Abs. 6 UWG handelt unlauter, wer den kommerziellen Zweck einer geschäftlichen Handlung nicht kenntlich macht, sofern sich diese nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt und das Nichtkenntlichmachen geeignet ist, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.

aa) Vorliegen einer geschäftlichen Handlung

Gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG stellt eine geschäftliche Handlung jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens dar, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt.

Während eine solche noch nicht anzunehmen ist, sofern lediglich im Bewusstsein der Förderung des fremden Wettbewerbs gehandelt wird, ist diese hingegen zu bejahen, wenn mit dem Beitrag der fremde Wettbewerb gezielt gefördert werden soll.⁹⁰

Dies war auch Gegenstand der Entscheidung des OLG München, welches gerade keinen Zusammenhang sah zwischen der Befriedigung des Informationsbedürfnisses durch Vertaggen und Verlinken abgebildeter Marken bzw. Produkten und einer Absatzförderung. Diese wäre vielmehr bloßer Reflex

⁸⁹ *Holznapel/Hartmann* in: Hoeren/Sieber/Holznapel, Multimedia-Recht, Teil 3, Rn. 212; *Bruhn* in: Gloy/Loschelder/Danckwerts, Handbuch des Wettbewerbsrechts, § 59a (§ 5a Abs. 6 UWG), Rn. 31; Vgl. dazu auch BGH v. 06.07.1995 – I ZR 58/93 – GRUR 1995, 744, 748 – Feuer, Eis & Dynamite I; *Peifer*, GRUR 2018, 1218, 1220.

⁹⁰ *Köhler* in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 5a UWG Rn. 7.84.

der Selbstdarstellung von Frau Hummels gewesen.⁹¹ Auch genüge das allgemeine Interesse, sich durch Veröffentlichungen für künftige Werbeverträge interessant zu machen, nicht, „um einen objektiven Zusammenhang zwischen den Publikationen und der Absatzförderung anzunehmen.“⁹² Dieser Auffassung widerspricht nunmehr das OLG Köln, welches eine geschäftliche Handlung annahm, wenn eine Influencerin ihre „Tätigkeit durch die Gegenleistung von Unternehmen, seien es Kooperationen (...), Einladungen und Gratisprodukten finanziert.“⁹³ Insoweit fördere diese „jedenfalls ihr eigenes Unternehmen, und zwar auch dadurch, dass sie auf künftige Kooperationen durch ihre Bloggertätigkeit im produktnahen Bereich hofft.“

Indem Influencer Produkte an sich selbst präsentieren bzw. diese zumindest in einem Zusammenhang mit ihrer Person darstellen, erwecken sie bei ihren Followern gerade auch an jenen Interesse.⁹⁴ Durch das Einfügen eines Links oder Tags, durch dessen Betätigung der Follower sodann auf die Seite des Unternehmens geführt wird, werden Hemmnisse dergestalt abgebaut, dass der Absatz des Produktes erleichtert wird.⁹⁵ Während teils darauf abgestellt wird, dass gerade nicht pauschal auf eine geschäftliche Handlung bei Influencer Beiträgen geschlossen werden könne, da im Social Media Bereich die Grenze zwischen privatem und öffentlichem Leben verschwimmt⁹⁶, soll dies hier anders vertreten werden. Wie bereits gezeigt wurde, kann gerade nicht mehr auf das Trennungsgebot zwischen werblichen und redaktionellen Inhalten zurückgegriffen werden. Selbst dann, wenn der Influencer in seinem Beitrag angibt, es handle sich um ein selbstbezahltes Produkt oder er würde mit der Verlinkung lediglich dem Informationsbedürfnis seiner Follower nachkommen, wird faktisch ein Wille zur Absatzförderung deutlich.⁹⁷ Auch ist unerheblich für das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG, ob eine Gegenleistung des aufgeführten Unternehmens

⁹¹ OLG München v. 25.06.2020 – 29 U 2333/19 – GRUR 2020, 1096 – Blauer Plüschelafant Rn. 28; siehe dazu auch BGH v. 09.02.2006 – I ZR 124/03 – NJW 2006, 2764, Rn. 28 f. – Rechtsanwaltsranglisten.

⁹² OLG München v. 25.06.2020 – 29 U 2333/19 – GRUR 2020, 1096 – Blauer Plüschelafant Rn. 28.

⁹³ OLG Köln v. 19.02.2021 – 6 U 103/20 (nrk) – GRUR-RR 2021, 167, Rn. 26; siehe dazu auch OLG Koblenz v. 12.04.2021 – 4 W 108/21 – juris, Rn. 98.

⁹⁴ OLG Celle v. 08.06.2017 – 13 U 53/17 – MMR 2017, 769, 770; Köhler, ZUM-RD 2019, 141, 142.

⁹⁵ OLG Celle v. 08.06.2017 – 13 U 53/17 – MMR 2017, 769, 770; OLG Frankfurt a. M. v. 23.10.2019 – 6 W 68/19 – MMR 2020, 195; OLG Koblenz v. 12.04.2021 – 4 W 108/21 – juris, Rn. 100; Köhler in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 5a UWG, Rn. 7.80a.

⁹⁶ Köhler, ZUM-RD 2019, 141, 142.

⁹⁷ Köhler in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 5a UWG Rn. 7.80a.

Werbung und Programm im Zeitalter der vollständigen Kommerzialisierung am Beispiel der ...
gewährt wird.⁹⁸ Entsprechend wird auch ein kostenloses Überlassen der jeweils zu bewerbenden Produkte als ausreichend erachtet⁹⁹

Letztlich kann sowohl die Förderung des eigenen Images durch die Vermarktung der eigenen Person des Influencers als Unternehmer i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 6 UWG durch die Steigerung des Bekanntheitsgrads und damit der eigenen Vermarktungsmöglichkeiten, als auch die Förderung der beworbenen Marken bzw. Produkte anderer Unternehmen als geschäftliche Handlung qualifiziert werden.¹⁰⁰ Hinsichtlich des dahinterstehenden kommerziellen Zwecks kommt es zu einer Umkehr der Darlegungs- und Beweislast, in dem von der objektiven Förderung auf die Absicht des Influencers geschlossen wird.¹⁰¹

bb) Kenntlichmachen des kommerziellen Zwecks

Trotz des Vorliegens einer geschäftlichen Handlung ist ein unlauteres Handeln aber zu verneinen, sofern der kommerzielle Zweck der Handlung kenntlich gemacht wird. Die Anforderungen an eine solche Kenntlichmachung bestimmen sich dabei stets nach dem konkreten Einzelfall und dem verwendeten Kommunikationsmittel.¹⁰² Dabei muss jedoch immer für ein Mitglied aus dem konkreten Verbraucherkreis auf den ersten Blick klar werden, dass ein kommerzieller Zweck verfolgt wird.¹⁰³

Im Zusammenhang mit Influencer Marketing haben sich hierzu verschiedene Möglichkeiten einer Kenntlichmachung herausgestellt. Demnach soll eine Bezeichnung als „Werbung“ oder auch als „Anzeige“ unter dem jeweiligen Beitrag des Influencers bzw. innerhalb des Videos ausreichen, sofern diese direkt erkennbar ist.¹⁰⁴ Dagegen wird die Verwendung eines Hashtags

⁹⁸ *Klickermann*, MMR 2020, 150, 154; LG München I v. 29.04.2019 – 4 HK O 14312/18 – MMR 2019, 544 (als Vorinstanz zur Themenspezifischen Entscheidung des OLG München).

⁹⁹ *Bruhn* in: Gloy/Loschelder/Danckwerts, Handbuch des Wettbewerbsrechts, § 59a (§ 5a Abs. 6 UWG) Rn. 31.

¹⁰⁰ *Timmermann/Berndt*, WRP 2020, 997, 998.

¹⁰¹ *Timmermann/Berndt*, WRP 2020, 997, 998.

¹⁰² OLG Celle v. 08.06.2017 – 13 U 53/17 – MMR 2017, 769, 770; *Holznapel/Hartmann* in: Hoeren/Sieber/Holznapel, Multimedia-Recht, Teil 3, Rn. 213; *Heermann* in: Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, § 5a UWG, Rn. 792.

¹⁰³ *Seichter* in: Seichter, jurisPK-UWG, § 5aUWG Rn. 141; *Köhler* in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 5a UWG, Rn. 7.27, 7.8.

¹⁰⁴ So schon bzgl. Printmedien *Himmelsbach*, GRUR-Prax 2013, 78, 79; *Köhler* in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 5a UWG Rn. 7.80a; *Timmermann/Berndt*, WRP 2020, 997, 999.

(bspw. #ad oder #sponsoredby) innerhalb einer sog. Hashtagwolke als nicht hinreichend erachtet.¹⁰⁵

cc) *Keine Pflicht zur Kenntlichmachung*

Fraglich ist jedoch, ob Influencer Beiträge überhaupt nach obigen Vorgaben zu kennzeichnen sind. Die Pflicht zur Kennzeichnung von Werbung hängt im ersten Schritt davon ab, ob der werbliche Charakter eines Beitrages leicht erkennbar ist oder nicht.¹⁰⁶ Gerade sogenannte versteckte Werbung (z.B. im Form des Product Placements), die deutlich zu erkennen ist, signalisiert, den Zuschauern, den „hinterhältigen Charakter“ der Werbung, mit der Folge, dass diese leichter an die Quelle der Verzerrung erinnert werden und die Werbung damit weniger wirksam ist.¹⁰⁷ Ist für den Verbraucher daher offensichtlich, dass es sich um Influencer Marketing handelt, so müssen Influencer folglich nicht ihre Beiträge mit Produktdarstellungen und Herstellerhinweisen ausdrücklich als Werbung kennzeichnen, anderenfalls wäre dies bloße Förmerei.¹⁰⁸

Der werbliche Charakter einer Botschaft ist aber nicht nur dann leicht erkennbar, wenn die Beeinflussungsabsicht des konkreten Beitrages zu kommerziellen Zwecken leicht ersichtlich ist, sondern bereits dann, wenn das Umfeld, in dem eine werbliche Botschaft versendet wird, typischerweise ein Werbeumfeld ist. Alleine die Absicht, seine Follower auch informieren zu wollen, macht eine Werbebotschaft nicht zu einem kennzeichnungspflichtigen redaktionellen Beitrag, der von übrigen redaktionellen Beiträgen zu trennen ist (s.o.).

Die Gefahr einer Irreführung oder Verwechslung mit privaten oder redaktionellen Inhalten sei ausgeschlossen, da der kommerzielle Zweck derartiger Werbe-Posts auf der Hand liegt. So ergibt sich bereits aus dem allgemeinen Verständnis der Person und dem Geschäftsmodell „Influencer“, dass deren Inhalte auf die Darstellung und Auseinandersetzung mit Produkten bestimmter Unternehmen konzentriert sind, da sie gerade „das Konsum-

¹⁰⁵ *Klickermann*, MMR 2020, 150, 153; *Gereke*, GRUR 2018, 153, 158; *Köhler* in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, UWG, § 5a UWG, Rn. 7.80a; *Bruhn* in: *Gloy/Loschelder/Danckwerts*, Handbuch des Wettbewerbsrechts, § 59a (§ 5a Abs. 6 UWG) Rn. 32.

¹⁰⁶ *Schwenke*, Risiken der Schleichwerbung, 2017, S. 8 (abrufbar unter https://allfacebook.de/wp-content/uploads/2017/04/allfacebook_schwenke_schleichwerbung_whitepaper.pdf).

¹⁰⁷ Vgl. *Cialdini*, Pre-Suasion, 2017, S. 171 ff m.w.N. in Fn. 11 u. Fn. 12 (= S. 313 f).

¹⁰⁸ OLG Hamburg v. 02.07.2020 – 15 U 142/19 (n.rk) – juris; OLG München v. 25.06.2020 – 29 U 2333/19 Nr. 37 – juris; *Seichter* in: *Seichter*, jurisPK-UWG, § 5a UWG 162.1 f.; a.A. LG Karlsruhe v. 21.03.2019 – 13 O 38/18 KfH – juris; vgl. auch KG v. 08.01.2019 – 5 U 83/18 – WRP 2019, 339; OLG Braunschweig v. 08.01.2019 – 2 U 89/18 – juris.

verhalten Dritter ‚beeinflussen‘“ sollen.¹⁰⁹ So stellte das OLG München darauf ab, dass bereits aus dem Vorliegen eines öffentlichen Profils mit blauem Haken und der hohen Anzahl an Followern der kommerzielle Zweck ohne weiteres erkennbar sei.¹¹⁰ Schließlich wird vertreten, dass mit der Nutzung eines Business Profils bereits der kommerzielle Zweck der darin enthaltenen Beiträge deutlich würde.¹¹¹ Anderenorts wird das Vorliegen eines Blauen Hakens auf Instagram gerade als nicht ausreichend bewertet.¹¹² Auch würden schon der Bekanntheitsgrad des Influencers für den werblichen Charakter sprechen.¹¹³ Problematisch sei in diesem Zusammenhang aber auch, dass in dem einzelnen Beitrag beispielsweise nicht direkt die Anzahl der Follower oder die Profil Beschreibung angezeigt würde.¹¹⁴ Abstellend auf einen durchschnittlich informierten (volljährigen) Social Media Nutzer kann jedoch davon ausgegangen werden, dass dieser in der Lage ist, sich ein objektives Bild vom entsprechenden Account machen zu können.¹¹⁵ Als weiteres Merkmal kann auch eine gewisse Periodizität an werblichen Beiträgen genannt werden.¹¹⁶

¹⁰⁹ *Holznagel/Hartmann* in: Hoeren/Sieber/Holznagel, Multimedia-Recht, Teil 3, Rn. 212; OLG Frankfurt a. M. v. 23.10.2019 – 6 W 68/19 (LG Frankfurt a. M.) – MMR 2020, 195; *Halder*, AnwZert ITR 11/2019 Anm. 3; *Köberlein*, ZVertriebsR 2020, 221; *Köhler* in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 5a UWG Rn. 7.80a.

¹¹⁰ OLG München v. 25.06.2020 – 29 U 2333/19 Nr. 37; OLG Hamburg v. 02.07.2020 – 15 U 142/19 (n.rk) – juris ; anders gelagerter Fall bei OLG Braunschweig v. 13.05.2020 – 2 U 78/19 – MMR 2020, 779; OLG Köln v. 19.02.2021 – 6 U 103/20 (nrk) – GRUR-RR 2021, 167 Rn. 32, wonach selbst followerstarke Instagram-Profile nicht stets als kommerziell motiviert angesehen werden könnten; abweichend von OLG München auch OLG Koblenz v. 12.04.2021 – 4 W 108/21 – juris, Rn. 108.

¹¹¹ *Klickermann*, MMR 2020, 150, 154; *Willems*, MMR 2018, 707, 708; LG München I v. 29.04.2019 – 4 HK O 14312/18 – MMR 2019, 544.

¹¹² *Köhler* in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 5a UWG Rn. 7.80a.

¹¹³ *Holznagel/Hartmann* in: Hoeren/Sieber/Holznagel, Multimedia-Recht, Teil 3, Rn. 215; LG München I v. 29.04.2019 – 4 HK O 14312/18 – MMR 2019, 544; *Halder*, AnwZert ITR 11/2019 Anm. 3; *Wesche*, jM 2020, 2, 3.

¹¹⁴ *Schwenke*, Risiken der Schleichwerbung, 2017 im Internet abrufbar (zuletzt am 29.06.2021 unter https://allfacebook.de/wp-content/uploads/2017/04/allfacebook_schwenke_schleichwerbung_whitepaper.pdf).

¹¹⁵ Zur Besonderheit bei Minderjährigen siehe z.B. LG Hagen v. 13.09.2017 – 23 O 30/17 – MMR 2018, 106; LG München I v. 29.04.2019 – 4 HK O 14312/18 – MMR 2019, 544; <https://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/die-junkfluencer-foodwatch-fordert-regelungen-fuer-influencer-marketing/26925750.html> (zuletzt abgerufen am 29.06.2021), kritisch *Wesche*, jM 2020, 2, 6.

¹¹⁶ KG v. 11.10.2017 – 5 W 221/17 (LG Berlin) – MMR 2018, 98; *Halder*, AnwZert ITR 11/2019 Anm. 3.

*dd) Kriterien zur Abgrenzung von nicht redaktionell-journalistischen
Inhalten von sonstiger Werbung*

Auf Grundlage dessen kann zur Beantwortung der Frage, wann ein werbliches und wann ein mediendienstspezifisches Umfeld vorliegt, folgende typisierende Betrachtung vorgenommen werden, wobei stets die Besonderheiten des Einzelfalls zu berücksichtigen sind:

- (1) Das Medium/Vertriebsweg, über das versendet wird
- (2) Die Kennzeichnung der eigenen Inhalte als Nachrichten bzw. Programmteile, in Hinblick auf ein journalistisch-redaktionelles Umfeld/Beiträge, auch in Impressumangaben
- (3) Die Eigendarstellung und der Eigenanspruch, objektiv, neutrale und/oder aufklärerische Berichterstattung zu liefern, in Abgrenzung zu sonstiger auf die Förderung individueller Interessen ausgerichteter kommerzieller Kommunikation.
- (4) Die Art der Einflussnahme auf die eigenen Inhalte, eigene redaktionelle Verantwortung der getätigten Tätigkeiten oder Drittproduktionen
- (5) Die mit der Berichterstattung einhergehende Werbewirkung
- (6) Die konkreten Umstände der Berichterstattung
- (7) Die Üblichkeit der Maßnahmen

Letztlich wird damit der Schwerpunkt der Betrachtung auf das äußere Erscheinungsbild gelegt, in dessen Kontext die Beiträge der Influencer veröffentlicht werden.

ee) Geplanter Änderungsentwurf

Eine Besonderheit bringt in diesem Zusammenhang die geplante erneute Änderung des UWG durch das Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht¹¹⁷ mit sich. Der bisherige § 5a UWG

¹¹⁷ www.bmfv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Staerkung_Verbraucherschutz_Wettbewerbs-_und_Gewerberecht.pdf?__blob=publicationFile&v=2; Regelungsvorschlag des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz abrufbar unter https://www.bmfv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/Regelungsvorschlag_Influencer.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (zuletzt abgerufen am 29.06.2021).

soll durch die §§ 5a-5c UWG n.F. ersetzt werden. Die bisher in § 5a Abs. 6 UWG geregelte Nichtkenntlichmachung des kommerziellen Zwecks wird in § 5a Abs. 4 UWG n.F. verschoben.

Die Komplexität der zu regelnden Problematik kann schon anhand der mehrmaligen Änderung der Formulierung des § 5a Abs. 4 UWG n.F. verdeutlicht werden. Während in einem ersten Entwurf ein kommerzieller Zweck verneint wurde, sofern die geschäftliche Handlung vorrangig der Information und Meinungsbildung dient und für diese keine Gegenleistung gewährt wird¹¹⁸, wurde im nachfolgenden Referentenentwurf des BMJV folgende Regelung in einem Satz 2 des § 5a Abs. 4 UWG n.F. getroffen: *„Bei einer Handlung ausschließlich zugunsten eines fremden Unternehmens ist nur dann ein kommerzieller Zweck anzunehmen, wenn der Handelnde ein Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung für die Handlung von dem fremden Unternehmen erhält.“*¹¹⁹

Mit der Reform des § 5a Abs. 4 UWG n.F. soll mehr Rechtssicherheit für Influencer geschaffen werden.

Insoweit scheint das BMJV hier der Rechtsprechung, wonach auch dann eine Äußerung in sozialen Netzwerken zu kennzeichnen sei, wenn dies der Werbung des Influencers selbst diene, ein Ende bereiten zu wollen. Grund hierfür ist insbesondere die laut BMJV eingetretene „Überkennzeichnung“ durch Influencer, die es Verbrauchern erschwere zu erkennen, wann konkret der Absatz eines Produktes gefördert würde. Nach dem Referentenentwurf müssten diese unentgeltliche Empfehlungen von Produkten und Dienstleistungen, die ausschließlich zugunsten eines fremden Unternehmens abgegeben werden, nicht als Werbung kennzeichnen. Auf den ersten Blick mag die Regelung zu einer gewissen Klarstellung hinsichtlich der Rechtslage im Bereich des Influencer Marketings beitragen können,¹²⁰ wird hierbei jedoch nicht berücksichtigt, dass – wie auch vom OLG München festgestellt – Influencer sich durch Beiträge auch für künftige Werbeverträge interessant machen wollen. Bejaht wurde vorliegend auch die der Medienbranche immanente Abhängigkeit von Werbeeinnahmen. Ebenso stellte das OLG Braunschweig fest, dass eine Aufspaltung eines einheitlichen Instagram Profils in Beiträge zum Zweck der Förderung des eigenen Unternehmens, der

¹¹⁸ www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/Regelungsvorschlag_Influencer.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (zuletzt abgerufen am 29.06.2021).

¹¹⁹ www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Staerkerung_Verbraucherschutz_Wettbewerbs-_und_Gewerberecht.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

¹²⁰ Siehe dazu *Gerecke*, GWR 2021, 44.

Förderung fremder Unternehmen sowie zu privaten Zwecken „lebensfremd und künstlich“¹²¹ erscheint.

Auch der Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht¹²² sieht eine Änderung in § 5a Abs. 4 UWG n.F. vor und bestimmt ebenso, dass ein kommerzieller Zweck bei einer Handlung zugunsten eines fremden Unternehmens nicht vorliegt, wenn der Handelnde kein Entgelt oder keine ähnliche Gegenleistung für die Handlung von dem fremden Unternehmen erhält oder sich versprechen lässt. Ergänzt wird die Norm des § 5a Abs. 4 UWG n.F. jedoch um eine Vermutungsregelung, sodass grundsätzlich davon ausgegangen wird, dass der Handelnde eine Gegenleistung erhält oder sich versprechen lässt. Kommt es zum Streitfall, so hat der Handelnde glaubhaft zu machen, dass er gerade eine solche nicht erhalten hat. Ein bloßes Bestreiten reicht damit nicht aus. Vielmehr hat der Influencer, etwa durch Vorlage entsprechender Quittungen selbstgekaufter Produkte oder durch eine Bestätigung des Unternehmens, nachzuweisen, dass keine Gegenleistung erfolgt ist.

Bereits vor Inkrafttreten der geplanten Neuregelungen wird die Frage aufgeworfen, ob diese mit den zugrundeliegenden Anforderungen des Art. 7 Abs. 2 RL 2005/29/EG vereinbar, letztlich richtlinienkonform seien.¹²³ Danach ist gerade nicht erforderlich, dass ein direktes Entgelt gezahlt wird, um eine kommerzielle Absicht nachweisen zu können. Werbung, die geeignet ist, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, sei als solche auch zu kennzeichnen, wenn sich der kommerzielle Zweck nicht direkt aus den Umständen ergibt. Daher spricht nach Auffassung des OLG Köln für die Annahme eines kommerziellen Zweckes gem. der Vermutungsregelung in § 5a Abs. 6 UWG, dass dem Influencer lediglich ein mittelbarer Vorteil durch das betroffene Unternehmen zufließt, sofern das Unternehmen übermäßig in den Vordergrund gestellt wird.¹²⁴

Dahinter steckt offenbar die Sorge, dass gerade auch jüngere Follower durch die Präsentation einer vermeintlich privaten, also letztlich ehrlichen Lebensführung eine Haltung entwickeln, die sie gegenüber werbefinanzierten und daher gerade typischerweise wegen der Bezahlung geäußerten Vorlieben nicht entwickeln. Die Auffassung des OLG Köln ist in dieser Schärfe nicht

¹²¹ OLG Braunschweig v. 13.05.2020 – 2 U 78/19 – MMR 2020, 779; siehe dazu auch OLG Hamburg v. 02.07.2020 – 15 U 142/19 (n.rk) – juris; OLG Koblenz v. 12.04.2021 – 4 W 108/21 – juris, Rn. 110.

¹²² RegE_Staerkung_Vbraucherschutz_Wettbewerbs-_und_Gewerberecht.pdf;jsessionid=C5C0F F6457B01D809B483579071EC7D8.1_cid334 (bmjv.de).

¹²³ OLG Köln v. 19.02.2021 – 6 U 103/20 (nrk) – GRUR-RR 2021, 167 Rn. 37.

¹²⁴ OLG Köln v. 19.02.2021 – 6 U 103/20 (nrk) – GRUR-RR 2021, 167, Rn. 38.

überzeugend. Das Gericht übersieht, dass es für die Frage der Vermischung journalistisch-redaktioneller und werblicher Inhalte nicht alleine auf die konkrete Präsentation ankommt, sondern zuvor die Frage zu klären ist, ob der Influencer in seinem Gesamtauftritt für sich überhaupt in Anspruch nimmt, mit journalistisch-redaktionellem Anspruch zu berichten. Richtig ist, dass sich gerade Influencer modernen Formen der psychologischen Beeinflussungstechniken bedienen¹²⁵, die eine kritische wettbewerbsrechtliche Überprüfung erfordern. Anknüpfungspunkt hierfür ist aber i.d.R. nicht in erster Line die Frage der Tarnung werblicher Produktpräsentationen durch Influencer als vielmehr deren verwendete Techniken unzulässiger Beeinflussung¹²⁶, welche insbesondere am Maßstab der § 3 Abs. 3 i.V.m Anh. Nr. 23; § 5a Abs. 1-5 UWG zu messen sind.

In jedem Fall zeigt sich, dass die geplanten Änderungen des UWG mit Blick auf § 5a Abs. 4 UWG n.F. bereits jetzt Gegenstand des Streits bezüglich der Kennzeichnungspflicht von Influencer Beiträgen ist. Ob die mit ihr bezweckte Rechtssicherheit tatsächlich geschaffen werden kann, bleibt abzuwarten.

c) Zwischenfazit

Damit wird es im Rahmen des § 5a Abs. 6 UWG bereits nach aktueller Rechtslage und unter Zuhilfenahme der herausgearbeiteten objektiven Merkmale dann nicht zu einem Verstoß kommen, sofern eine Einzelfallbetrachtung zu dem Ergebnis kommt, dass sich bereits das Umfeld, in dem die Beiträge der Influencer veröffentlicht werden, als ein werbliches herausstellt.

VI. Schlussbetrachtung

Die Grundsätze der Trennung von Werbung und Programm finden nur (noch) dort Anwendung, wo ein entsprechender medienspezifischer Anspruch besteht. Somit dort, wo der (Ver-)Sender den erkennbaren Anspruch hat, in Gestalt eines Mediendienstes in Form periodisch erscheinender, journalistisch-redaktionell gestalteter Beiträge zu informieren.

Bewegt sich ein Versender hingegen in einem Umfeld, in dem die Empfänger nicht mit derartigen Beiträgen rechnen können, gibt es keinen Grund dafür,

¹²⁵ Grdl. *Cialdini*, Die Psychologie des Überzeugens“, 2007 sowie *Cialdini*, Pre-Suasion, 2017. Danach sind Menschen relativ leicht beeinflussbar. Ihre Handlungen können durch den Klick-Surreffekt bis zu einem gewissen Teil gesteuert werden, weil wir bestimmten Mustern folgen. Zu den 7 grundlegenden Mustern der Überzeugung gehören dabei die Prinzipien der Reziprozität, Konsistenz, soziale Bewährtheit, Sympathie, Autorität, Knappheit und Zusammengehörigkeit.

¹²⁶ Hierzu: *Cialdini*, Pre-Suasion, 2017, Kap. 13, S. 243 ff.

diese Beiträge in besonderer Weise als Werbung zu kennzeichnen, weil sie in der Regel immer Werbung (für sich oder Dritte) darstellen. Dort, wo die Werbung als Werbung erkennbar ist, muss diese nicht als Werbung gekennzeichnet werden; dies gilt auch für die sog. sozialen Medien.

Kommerzielle Kommunikation, die außerhalb rein privater Handlungen in einem Umfeld erfolgen, die ersichtlich nicht den Anspruch haben, periodische, journalistisch-redaktionelle Beiträge zu produzieren, sind daher i.d.R. Werbung oder auch werblichen Ursprungs und brauchen als solche i.d.R. nicht gesondert gekennzeichnet werden.

Die aus der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts geltenden Rechtsgrundsätze, wonach Werbung und Programm zu trennen sind – Werbung darüber hinaus zu kennzeichnen ist – müssen damit im 21. Jahrhundert im Lichte der Erkenntnisse einer nach wie vor sehr stark ökonomischen Grundsätzen folgenden Lebens- und Kommunikationswirklichkeit¹²⁷ neu interpretiert werden. Diese Neuinterpretation dürfte in Übereinstimmung mit dem Verbraucherleitbild der EU, welches sich in den vergangenen 20 Jahren durchzusetzen schien¹²⁸, formuliert werden und findet z.B. auch im Erwägungsgrund 18 der RL 2005/29/EU (UGP-RL)¹²⁹ seinen Niederschlag. Neue Entscheidungen, möglicherweise auch die hier thematisierte des OLG München vom 25.06.2020, aber auch Teilbereiche der Verbraucherpolitik der EU nähren den Verdacht, dass überwundene Maßstäbe wiederverwendet werden; dies sollte – solches macht der gegenständliche Beitrag deutlich – nicht sein.

VII. Das wichtigste in 3 Sätzen

- (1) Das Gebot zur Trennung von Werbung und Programm ist nur noch im medienspezifischen Kontext überzeugend, d.h. dort, wo typischerweise journalistisch-redaktionelle Informationen angeboten werden.

¹²⁷ Hierzu umfassend: Laukemann, Fernsehwerbung im Programm – Die zunehmende Kommerzialisierung des Fernsehprogramms im Zeitalter einer Ökonomisierung der Aufmerksamkeit als verfassungs-, wettbewerbs- und rundfunkrechtliches Problem, 2002, S. 46 ff. u. S. 138.

¹²⁸ Vgl. Zum Meinungsstreit zwischen früherem deutschen und europäischem Verbraucherleitbild: Laukemann, Fernsehwerbung im Programm – Die zunehmende Kommerzialisierung des Fernsehprogramms im Zeitalter einer Ökonomisierung der Aufmerksamkeit als verfassungs-, wettbewerbs- und rundfunkrechtliches Problem, 2002, S. 145 ff. m.w.N.

¹²⁹ Dort heißt es: „Dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entsprechend und um die wirksame Anwendung der vorgesehenen Schutzmaßnahmen zu ermöglichen, nimmt diese Richtlinie den Durchschnittsverbraucher, der angemessen gut unterrichtet und angemessen aufmerksam und kritisch ist, unter Berücksichtigung sozialer, kultureller und sprachlicher Faktoren in der Auslegung des Gerichtshofs als Maßstab.“

Werbung und Programm im Zeitalter der vollständigen Kommerzialisierung am Beispiel der ...

- (2) Angebote, die weder Rundfunk noch rundfunkähnlich sind und auch keine sonstigen journalistisch-redaktionelle Angebote enthalten sind immer auch Werbung und daher i.d.R. nicht gesondert als Werbung zu kennzeichnen, es sei denn ihr Werbecharakter wird ausnahmsweise verschleiert.
- (3) Zur Ermittlung, ob in Influencer Beiträgen der Werbecharakter verschleiert wird, kann auf eine typisierende Betrachtungsweise unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalles abgestellt werden.

