

§ 2: ANWENDBARKEIT DES UWG

A. Vorrangige Regelungen

Nach § 1 Abs. 2 UWG betrifft das Verhältnis des Wettbewerbsrechts zu Regelungen, die – wie das UWG – unlautere geschäftliche Handlungen zum Gegenstand haben, aber gegenüber dem UWG spezieller sind. Dieses „Sonderwettbewerbsrecht“ geht den allgemeinen Verbotstatbeständen des UWG vor, schließt also deren Anwendbarkeit aus.

I. Aspekte unlauterer Handlungen

Der Vorrang erfordert zunächst, dass das andere Gesetz „*besondere Aspekte unlauterer geschäftlicher Handlungen*“ regelt, also die in § 1 Abs. 1 UWG aufgeführten wettbewerblichen Schutzzwecke zumindest auch verfolgt. Es muss um Konstellationen gehen, die ansonsten aufgrund des UWG beurteilt werden müssten. In Betracht kommen namentlich besondere Bestimmungen zur Erkennbarkeit von Werbung oder Informationspflichten, die den §§ 5, 5a UWG vorgehen. Der Gesetzgeber hatte vor allem Vorschriften des MStV und des TMG (heute: DDG) vor Augen, *Regierungsentwurf und Begründung eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes* vom 24.3.2021, BT-Drucks. 19/27873, S. 1, 31. Wenn das andere Gesetz dagegen Fälle betrifft, die gar nicht unter das UWG fallen können, zum Beispiel weil es Äußerungen von Medien und damit keine geschäftlichen Handlungen zum Gegenstand hat, dann stellt sich das Spezialitätsproblem nicht. § 1 Abs. 2 UWG greift dann nicht ein.

II. Abschließender Regelungsgehalt

Das andere Gesetz geht dem UWG „*vor*“, soweit und sofern es einen abschließenden Regelungsgehalt hat. Ob dies der Fall ist, ist durch die Auslegung des anderen Gesetzes zu bestimmen. Der Vorrang reicht nur so weit, wie der betreffende Aspekt in der spezielleren Vorschrift auch tatsächlich abschließend geregelt wird, *Regierungsentwurf und Begründung eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes* vom 24.3.2021, BT-Drucks. 19/27873, S. 1, 31.

1. Abschließender Regelungsgehalt in materiell-rechtlicher Hinsicht

Die Regelung kann zum einen in materiell-rechtlicher Hinsicht abschließend sein. Dies kann sein, wenn die Regelung eben „besondere“ inhaltliche Maßstäbe vorsieht und diese Festlegungen unterlaufen würden, falls man zugleich nach UWG die allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Maßstäbe anlegen würde.

Die § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV, 6 Abs. 1 Nr. 1 DDG regeln „Aspekte unlauterer geschäftlicher Handlungen“, nämlich die Erkennbarkeit von Werbung in journalistisch-redaktionell gestalteten Telemedien beziehungsweise von kommerzieller Kommunikation in digitalen Diensten. Sie sind für ihren Regelungsbereich „besondere“ Vorschriften gegenüber § 5a Abs. 4 Satz 1 UWG. Ihr abschließender Regelungsgehalt schließt die

Anwendung des UWG aus, BGH vom 9.9.2021 (Influencer II), BGHZ 231, 87 ff. Rn. 58 ff.

Die Zulässigkeit von Onlineportalen, auf denen Ärzte von ihren Patienten bewertet werden können, ist allein an den abschließenden datenschutzrechtlichen Anforderungen, insbesondere an **Art. 6 Abs. 1 lit. f. DSGVO** zu messen. Im Rahmen dieser Abwägung ist unter anderem zu berücksichtigen, ob die Gestaltung des Portals Ärzte, die keine Zahlungen an den Portalbetreiber leisten, unzulässig gegenüber Ärzten benachteiligt, die ein kostenpflichtiges Premium-Profil betreiben. Eine solche Benachteiligung kann insbesondere in einem indirekten Umleiten von potenziellen Patienten bestehen. Es geht um „UWG-Fälle in datenschutzrechtlicher Einkleidung“, *Berberich* ZUM-RD 2020, 354, 356. Das UWG ist nicht anwendbar. Zu den einzelnen Anforderungen zum Beispiel BGH vom 15.2.2022 (Ärztebewertung VI), NJW-RR 2022, 693 ff.; *Paal* JZ 2022, 617 ff.

Einander widersprechende materiell-rechtliche Maßstäbe drohen dagegen nicht, soweit es um die Anwendung von **§ 3a UWG** geht. Der Rechtsbruchtatbestand soll gerade Regelungen außerhalb des UWG erfassen und deren materielle Anforderungen in das Wettbewerbsrecht übernehmen. § 1 Abs. 2 UWG ist daher einschränkend dahin auszulegen, dass die Vorschrift die Anwendung von **§ 3a UWG** nicht generell ausschließt. Dasselbe gilt in Bezug auf **§ 5b Abs. 4 UWG**.

2. Abschließender Regelungsgehalt in Bezug auf die Sanktionssystematik

Die Anwendbarkeit von **§ 3a UWG** scheidet jedoch aus, wenn die sanktionsrechtlichen Regeln des anderen Gesetzes abschließend sind. Insbesondere kann das andere Gesetz bestimmen, dass gegen Gesetzesverstöße nur der unmittelbar Betroffene oder eine Behörde vorgehen kann. Eine solche Sanktionssystematik darf nicht über das Wettbewerbsrecht unterlaufen werden. § 1 Abs. 2 UWG macht dann **§ 3a UWG** unanwendbar. Einzelheiten behandelt das Kapitel zum Rechtsbruch.

B. Geschäftliche Handlung

Die §§ 3 ff., 7 UWG setzen eine „*geschäftliche Handlung*“ voraus. Ist ein Vorgehen eine geschäftliche Handlung, dann sind die UWG-Normen anwendbar. Wenn das UWG mangels geschäftlicher Handlung nicht eingreift, können aber andere Vorschriften anwendbar sein, zum Beispiel die §§ 823 ff. BGB.

Das **HGB** greift zu einem subjektiven System und findet auf alle Kaufleute, nicht dagegen auf Handelsgeschäfte Anwendung. Das **UWG** wählt den anderen Weg und entscheidet sich sozusagen für ein objektives System. Es fragt nicht, ob jemand Unternehmer oder Geschäftsmann ist. Das zentrale Anwendbarkeitskriterium ist vielmehr die Art der betreffenden Handlung.

Was unter einer „geschäftlichen Handlung“ zu verstehen ist, definiert **§ 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG**. Die dort normierten Voraussetzungen wurden zum Teil von der früheren Rechtsprechung entwickelt, zum Teil gehen sie auf Richtlinien der EU zurück. Die regelungstechnische Umsetzung ist dem Gesetzgeber nicht sonderlich gut gelungen. Die Abgrenzung des Wettbewerbsrechts vom Nichtwettbewerbsrecht lässt sich nur zum Teil anhand der gesetzlich genannten

Tatbestandsvoraussetzungen bewerkstelligen, zum Teil verlangt sie ungeschriebene Anforderungen.

In der Klausur verlangt der Umgang mit § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG fallbezogene Bewertungen. Wenn Sie unter alle Tatbestandsmerkmale der Vorschrift subsumieren wollten, bräuchten Sie dafür schätzungsweise fünf Seiten oder mehr, ohne dass damit für die Lösung des Falles viel gewonnen wäre. Sie müssen hier in besonderem Maße gewichten. Ist das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung unproblematisch, so handeln sie § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG kurz ab und listen ganz knapp auf, warum eine geschäftliche Handlung vorliegt (siehe Fall: Das Lakritzprodukt). Wenn dagegen bestimmte Voraussetzungen problematisch sind, müssen diese entsprechend thematisiert werden (siehe Fall: Die Influencerin).

I. Verhalten einer Person

Das UWG erfasst das „*Verhalten einer Person*“. Erfasst werden sowohl Handlungen als auch Unterlassungen.

„*Verhalten*“ ist ein menschliches Tun, das der Bewusstseinskontrolle und Willenslenkung unterliegt und somit beherrschbar ist. Juristische Personen, Personengesellschaften, Unternehmen und Organisationen können nicht „als solche“ handeln. Ihnen kann jedoch das Verhalten einer natürlichen Person nach § 31 BGB analog zuzurechnen sein. Werden die Zuwiderhandlungen in einem Unternehmen von einem Mitarbeiter oder Beauftragten begangen, so können sich daraus bestimmte Ansprüche gegen den Inhaber des Unternehmens ergeben, **§ 8 Abs. 2 UWG**.

Unterlassungen sind Verhalten, sofern eine wettbewerbsrechtliche Verkehrspflicht besteht. Wer in seinem Verantwortungsbereich eine Gefahrenquelle für Marktteilnehmer schafft oder andauern lässt, muss die ihm zumutbaren Maßnahmen und Vorkehrungen treffen, die zur Abwendung der Dritten daraus drohenden Gefahren notwendig sind, BGH vom 22.7.2021 (Rundfunkhaftung), GRUR 2021, 1534 ff. Rn. 68 mwN.

Nach BGH vom 11.3.2009 (Halzband), GRUR 2009, 597, 598 Rn. 16 muss, wer ein Mitgliedskonto bei eBay hat, die Zugangsdaten dieses Mitgliedskontos hinreichend vor fremdem Zugriff sichern. Wenn der Inhaber keine hinreichende Sicherung bewerkstelligt und deshalb eine andere Person (im Streitfall: die Ehefrau!) das Mitgliedskonto ohne das Wissen des Inhabers zum Verkauf von Gegenständen benutzt, dann muss sich der Inhaber des Mitgliedskontos so behandeln lassen, als ob er selbst gehandelt hätte. Wenn die andere Person einen Wettbewerbsverstoß begeht, so wird dieser dem Inhaber als eigener zugerechnet. Die Entscheidung ist sehr weitreichend, weil sie dazu führen kann, dass eine Privatperson nach UWG haftet.

II. Zugunsten eines Unternehmens

1. Zugunsten

Das Verhalten muss „zugunsten“ eines Unternehmens sein. Ebenso spricht das UWG von der „Förderung“ einer unternehmerischen Tätigkeit.

Handlungen zuungunsten eines fremden Unternehmens, zum Beispiel geschäftsschädigende Äußerungen über ein anderes Unternehmen (§ 4 Nr. 1, Nr. 2 UWG), werden erfasst, wenn sie sich zugleich zugunsten des Äußernden oder der Konkurrenten des Geschädigten auswirken.

Wenn sich Handlungen allein zuungunsten, aber nicht zugunsten irgendeines Unternehmens auswirken, liegt an sich keine geschäftliche Handlung vor. Für den praktischen Fall bestimmter Tätigkeiten der öffentlichen Hand hat die Rechtsprechung Ausnahmen zugelassen (siehe unten). Der – bislang theoretisch gebliebene – Fall, dass sich ein unternehmerischer Abnehmer kritisch über einen Monopollieferanten äußert, würde das Anwendbarkeitsproblem ebenfalls aufwerfen.

Das Verhalten muss sich auf ein Unternehmen auswirken und nicht auf eine Privatperson oder eine private Institution.

BGH vom 16.12.1982 (Spendenbitte), GRUR 1983, 374 ff.: Ein Unternehmer, der Vorsitzender eines Sportvereins war, hatte seine Lieferanten um Spenden für eine Vereinsveranstaltung gebeten. Das UWG war auf diese „Spendenbitte“ des Unternehmers nicht anwendbar. Der Vorsitzende hatte nämlich durch die Spenden keinen Vorteil als Unternehmer erlangt und die wettbewerbliche Position seines Unternehmens wurde ebenfalls nicht berührt. Insbesondere schied ein unternehmerischer Imagegewinn aus. Die Spendenaktion wurde nicht über die unmittelbar beteiligten Kreise hinaus bekannt gemacht. Außerdem war sichergestellt, dass Spenden von Lieferanten nicht als Spenden des Unternehmers angesehen werden konnten. Auch auf der Ebene der Lieferanten entstanden keine wettbewerblichen Vorteile. Es wurde ausdrücklich festgestellt, dass die Aktion weder eine geschäftliche Bevorzugung von Spendern noch eine Diskriminierung von Nichtspendern zur Folge hatte.

2. Eigenes Unternehmen

Handlungen zugunsten „des eigenen Unternehmens“ liegen zum Beispiel vor, wenn ein Unternehmer Werbung für seine eigenen Produkte macht. Ebenso liegt es, wenn ein Unternehmer Werbung für ein anderes Unternehmen macht und dafür von dem anderen Unternehmen bezahlt wird.

3. Fremdes Unternehmen

Das UWG erfasst ebenso Handlungen zugunsten „eines fremden Unternehmens“.

Ein wichtiger Anwendungsfall sind Handlungen (meist Äußerungen) von Personen, die selbst weder ein Unternehmen betreiben noch in dessen Namen oder Auftrag handeln. Sie können nicht zugunsten eines eigenen

Unternehmens, wohl aber zugunsten fremder Unternehmen tätig werden. Das UWG kann zum Beispiel Handlungen von Unternehmensverbänden erfassen, die selbst kein Unternehmen sind und deren satzungsmäßige Aufgabe in der Förderung von wirtschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder liegt. Äußerungen oder Empfehlungen eines solchen Verbands sind am Wettbewerbsrecht zu messen, wenn die Mitglieder als Unternehmen im geschäftlichen Verkehr tätig sind und der Verband im Zusammenhang mit den satzungsmäßigen Aufgaben mit den Mitgliedern oder mit Dritten in Verbindung tritt, BGH vom 25.6.1992 (Erdgassteuer), GRUR 1992, 707, 708 mwN.

Es kann aufgrund von **§ 5a Abs. 4 Satz 2 UWG**, der nur für das Fördern eines fremden Unternehmens gilt, notwendig sein, zwischen der Förderung des eigenen und der eines fremden Unternehmens zu unterscheiden.

4. Sonderfall: Unternehmensschädigende unentgeltliche Angebote durch die öffentliche Hand

Die jüngere Judikatur hat einen umstrittenen Sondermaßstab für geschäftliche Handlungen der öffentlichen Hand geschaffen. Danach kann eine geschäftliche Handlung auch vorliegen, wenn beispielsweise ein Landkreis freiwillig unentgeltliche Leistungen anbietet und damit zulasten von Unternehmen handelt, die dieselben Angebote machen.

Eine Gemeinde betreibt ein kommunales Online-Stadtportal, das auch journalistisch-redaktionelle Inhalte hat und damit in Konkurrenz zu privaten Zeitungen tritt. Das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung ist zweifelhaft, wenn das Stadtportal komplett werbefrei und unentgeltlich, also nicht mit unternehmerischen Zielsetzungen betrieben wird. Die Gemeinde wird dann nicht als Unternehmen tätig und handelt auch nicht zugunsten, sondern lediglich zuungunsten der Zeitungen. Der BGH nimmt in solchen Fällen eine geschäftliche Handlung allgemein auch an, wenn sich die öffentliche Hand mit ihrem Angebot in den Wettbewerb zu privaten Anbietern begibt, ohne selbst geschäftliche Zwecke zu verfolgen, BGH vom 26.9.2024 (Jobbörse), GRUR 2024, 1739, 1740 Rn. 14.

Wenn die Gemeinde dagegen auf ihrem Portal Werbung treibt, dann wird sie zugleich kommerziell und damit zugunsten des eigenen Unternehmens tätig. Sie tritt insoweit auch mit den Zeitungen in Konkurrenz um mögliche Werbekunden.

III. Art der Unternehmensförderung

1. Absatz oder Bezug von Waren oder Dienstleistungen

Die Förderung ist relevant, wenn sie sich auf den „*Absatz oder Bezug von Waren oder Dienstleistungen*“ bezieht. Die Regelung stellt klar, dass sowohl Maßnahmen des Absatzwettbewerbs als auch Maßnahmen des Nachfragewettbewerbs geschäftliche Handlungen sein können, *Regierungsentwurf und Begründung zum UWG* vom 22.8.2003, BT-Drucks. 15/1487, S. 16 ff.

Das Paradebeispiel für Absatzwettbewerb ist eine Werbung, die den Absatz beziehungsweise Verkauf eigener Waren betrifft: „Kauft bei mir“. Der

Nachfragewettbewerb betrifft die umgekehrte Situation beziehungsweise den Einkauf fremder Waren: „Verkauft an mich“.

Das UWG erfasst nicht nur Maßnahmen zur Vergrößerung, sondern auch solche zur Erhaltung des bisherigen Kundenstamms oder zur Vorbereitung unternehmerischer Tätigkeit; BGH vom 13.2.1992 (Beitragsrechnung), GRUR 1992, 450, 452; BGH vom 4.2.1993 (Maschinenbeseitigung), WRP 1993, 396, 397. Die Anwendbarkeit verlangt keine direkte Auswirkung auf die Absatzhöhe. Erfasst werden auch Vorgänge im Zusammenhang mit dem Erscheinungsbild des Unternehmens oder zur Bewahrung des guten fachlichen Rufs eines Produkts, die sich möglicherweise gar nicht oder nur auf lange Sicht auf die Höhe des Absatzes auswirken, BGH vom 14.7.1961 (Betonzusatzmittel), GRUR 1962, 45, 47.

2. Abschluss oder Durchführung eines Vertrags

Eine geschäftliche Handlung liegt auch vor, wenn das Verhalten „den Abschluss oder die Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen“ zum Inhalt hat. So wird erreicht, dass Handlungen im Vertikalverhältnis, also gegenüber sonstigen Marktteilnehmern oder Verbrauchern, in das UWG mit einbezogen werden, ohne dass es auf ein Handeln gegenüber Mitbewerbern ankommt. Dadurch kann das UWG problemlos auch Monopolunternehmen oder Konstellationen erfassen, in denen es möglicherweise keinen Mitbewerber gibt.

IV. Vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss

Das UWG erfasst jedes einschlägige Verhalten „vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss“. Die Voraussetzung soll in Umsetzung der RL 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken insbesondere klarstellen, dass auch Maßnahmen nach Abschluss beziehungsweise zur Durchführung von Verträgen eine geschäftliche Handlung sind, *Regierungsentwurf und Begründung zum UWG* vom 20.8.2008, BT-Drucks. 16/10145, S. 21. Das Wettbewerbsrecht erstreckt sich seitdem auch auf Geschäftspraktiken gegenüber den bereits vertraglich gewonnenen Kunden (zum Beispiel Rundschreiben an Vertragspartner), während man solche Handlungen früher aus dem Wettbewerbsrecht herausgenommen hatte.

Eine Anwendung des UWG auf Handlungen, die sich auf einzelne Vertragsverhältnisse beziehen und beschränken, bringt die Gefahr mit sich, die Wertungen des Vertragsrechts durch das Wettbewerbsrecht zu stören. Die frühere Rechtsprechung hat eine Anwendung des UWG daher abgelehnt, BGH vom 21.4.1983 (Ausschank unter Eichstrich I), GRUR 1983, 451 f. Heute wird die Anwendbarkeit grundsätzlich bejaht, zum Beispiel *Peukert* in: Peifer (Hrsg.), Großkommentar UWG, 3. Auflage 2021, § 2 Rn. 279.

In Bezug auf Handlungen gegenüber Verbrauchern und die **RL 2005/29/EG** hat EuGH vom 16.4.2015 (Nemzety Fogyasztóvédelmi Hatóság/UPC Magyarország Kft.) – Rs. C-388/13, GRUR 2015, 600, 601 Rn. 37 die Anwendbarkeit bejaht. Die Schaffung des Verbraucherschadensersatzanspruchs in **§ 9 Abs. 2 UWG** aufgrund der europarechtlichen Vorgaben basiert auf diesem Verständnis. Für den EuGH ist die effektive Umsetzung der RL 2005/29/EG wichtig und die

systematische Abstimmung zwischen deutschem Vertrags- und Wettbewerbsrecht irrelevant. Das Wettbewerbsrecht ist insoweit auch auf Handlungen gegenüber dem einzelnen Verbraucher anzuwenden und nicht mehr auf einen Schutz von Kollektivinteressen der Verbraucherschaft beschränkt.

V. Unmittelbarer objektiver Zusammenhang

Eine geschäftliche Handlung liegt nur vor, wenn das Verhalten mit der betreffenden Absatz-, Bezugs- oder Vertragstätigkeit „*unmittelbar und objektiv zusammenhängt*“. Der erforderliche Zusammenhang ist zu bejahen, wenn das Verhalten aufgrund seiner Wirkungen und der sonstigen Umstände Marktvorgänge und Interessen von Marktteilnehmern berühren kann. Eine direkte Auswirkung beispielsweise auf den Absatz oder den Bezug von Waren ist nicht erforderlich.

Innerbetriebliche Vorgänge ohne unmittelbare Außenwirkung werden nicht vom UWG erfasst. Wettbewerb braucht Schutzzonen, um sich entfalten zu können. Ein auf die Förderung des eigenen Absatzes gerichtetes Verhalten ist wettbewerbsrechtlich erst relevant, wenn es in der Außenwelt in Erscheinung tritt und sich auf gegenwärtige oder mögliche Mitbewerber auswirken kann, BGH vom 25.9.1970 (Branchenverzeichnis), GRUR 1971, 119 mwN. Die abstrakte Eignung, zukünftig auf die Wettbewerbslage einzuwirken, stellt noch keinen „unmittelbaren“ Zusammenhang her. Für die Beurteilung unternehmensinterner Vorgänge sind andere Maßstäbe angemessen als für Handlungen, die sich beispielsweise direkt an Käufer wenden und sie „umlenken“ oder Mitbewerber behindern.

Das Ausklammern innerbetrieblicher Handlungen ist in der Regel unproblematisch, da spätestens der Folgeakt, der die Außenwirkung herstellt, wettbewerbsrechtlich überprüft werden kann. In Sonderfällen kann auch ein vorbeugender Unterlassungsanspruch gegeben sein.

VI. Geschäftlicher Verkehr, Negativabgrenzungen

Die Anwendbarkeit des UWG hängt über die in § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG ausdrücklich genannten Voraussetzungen hinaus auch von der systematischen Abgrenzung des Wettbewerbsrechts von anderen Rechtsgebieten ab. Das UWG kann unanwendbar sein, weil bestimmte Bereiche durch andere Rechtsgebiete geregelt werden.

Es bietet sich an, die Vorschrift um das Erfordernis eines Handelns im „*geschäftlichen Verkehr*“ zu erweitern, das in der Bezeichnung „geschäftliche Handlung“ anklingt und im Wettbewerbsrecht vielfach als ungeschriebene Voraussetzung verstanden wurde, so etwa BGH vom 26.1.2006 (Abschleppkosten-Inkasso), GRUR 2006, 428 f. Es ist ebenso vertretbar, stattdessen auf das – sprachlich wenig aussagekräftige – Erfordernis des unmittelbaren und objektiven Zusammenhangs abzustellen. Dann muss man diese Voraussetzung in besonderer Weise normativ verstehen und darf sie nur in Fällen bejahen, in denen das Wettbewerbsrecht geeignete Maßstäbe zur Beurteilung der entsprechenden Verhaltensweise

bereithält, so *Alexander* in: BeckOK UWG, 14. Edition Stand 1.12.2021, § 2 UWG n.F. Rn. 123.

1. Öffentliches Recht

Die hoheitliche Tätigkeit der öffentlichen Hand liegt außerhalb des geschäftlichen Verkehrs. Ihre Rechtmäßigkeit ist allein nach den einschlägigen verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Anforderungen zu beurteilen.

Der systematische Geltungsvorrang des öffentlichen Rechts gilt grundsätzlich nur soweit, wie die öffentliche Hand in Ausfüllung ihrer öffentlichen Stellung und Aufgaben tätig wird beziehungsweise Maßnahmen durchführt, die ihr gesetzlich vorgeschrieben beziehungsweise durch den öffentlich-rechtlichen Sonderstatus geboten sind. Die öffentliche Hand kann sich der Anwendbarkeit des UWG dagegen nicht allein dadurch entziehen, dass sie in Formen des öffentlichen Rechts tätig wird oder das Verhältnis zu ihren Abnehmern öffentlich-rechtlich organisiert. Ein wichtiges Beurteilungskriterium für die Abgrenzung ist, ob die öffentliche Hand bei der fraglichen Tätigkeit unmittelbar an die Grundrechte gebunden ist oder wie ein Privater tätig wird.

Ein Handeln im geschäftlichen Verkehr ist nach BGH vom 22.3.1976 (Studenten-Versicherung), BGHZ 66, 229, 233 ff. anzunehmen, wenn die öffentliche Hand zu privaten Mitbewerbern in einem echten Wettbewerbsverhältnis steht, beide sich also als Anbieter auf dem Boden der Gleichordnung gegenüberstehen und besondere öffentlich-rechtliche Beziehungen zwischen ihnen nicht bestehen.

Die Tätigkeit der Rundfunkanstalten ist öffentlich-rechtlicher Art, soweit sie den öffentlich-rechtlichen Programmauftrag erfüllt und ihre dabei entfaltenen Sendetätigkeiten, auch soweit diese das Unterhaltungsprogramm betreffen, öffentlich-rechtlicher Art sind. Mit dieser Sendetätigkeit verbundene Betätigungen wirtschaftlicher Art, zum Beispiel unzulässige Werbepraktiken, unterfallen dagegen dem Wettbewerbsrecht, BGH vom 22.2.1990 (Werbung im Programm), BGHZ 110, 278, 284.

Zum neuen Ansatz der Jobbörse-Entscheidung siehe oben.

2. Deliktsrecht

Eine Privatperson kann, da sie kein Unternehmen (§ 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG) ist, nicht zugunsten des eigenen Unternehmens handeln. Das Handeln der einzelnen Privatperson hat keine Breitenwirkung und kann den Wettbewerb nicht in einem relevanten Umfang verfälschen. Die Privatperson haftet nur nach den §§ 823 ff. BGB.

Es kann schwierig sein zu beurteilen, ob jemand in einem privaten oder einem unternehmerischen Zusammenhang tätig wird. Das UWG enthält insoweit keine Regelung, namentlich kein Gegenstück zu § 344 Abs. 1 HGB.

BGH vom 26.2.1960 (Mampe Halb und Halb), GRUR 1960, 384, 386 hat angenommen, dass Äußerungen, die ein Handelsvertreter im Rahmen eines privaten Gaststättenbesuchs gegenüber dem Kellner über ein Konkurrenzprodukt macht, unter das UWG fallen, wenn der Äußernde der

Unterhaltung „eine geschäftliche Wendung“ gibt. Dies ließ sich im Streitfall ohne Weiteres annehmen, da letztlich eine zielgerichtete Werbung gegenüber Dritten und für das eigene Produkt in Frage stand.

Nach BGH vom 22.4.1993 (Makler-Privatangebot), GRUR 1993, 761, 762 mwN. spricht nach der Lebenserfahrung eine tatsächliche Vermutung für die Annahme, dass ein Kaufmann im geschäftlichen Verkehr handelt, wenn er eine Tätigkeit entfaltet, die – äußerlich betrachtet – sich nicht von seinen sonstigen kaufmännisch-beruflichen Tätigkeiten unterscheidet. Im Streitfall war diese Vermutung freilich widerlegt. Ein Immobilienmakler und Bauunternehmer hatte ein Privatgrundstück, das ihm Jahre zuvor geschenkt wurde, per Annonce zum Verkauf angeboten. Er hatte es also nicht zum Zwecke des Weiterverkaufs erworben und auch später nicht seinem geschäftlichen Bereich zugeschlagen.

Ein Handeln zugunsten eines fremden Unternehmens liegt aber vor, wenn jemand im privaten Rahmen gelegentlich für ein Unternehmen tätig ist und dafür von dem Unternehmen bezahlt wird. Denkbar ist dies namentlich, wenn jemand als Laienwerber tätig ist und für jeden gewonnenen Kunden eine Werbepremie erhält, BGH vom 29.9.1994 (Laienwerbung für Augenoptiker), GRUR 1995, 122, 123.

3. Medienrecht

Medien sind Unternehmen im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG. Sie verlangen aber aufgrund ihrer besonderen Bedeutung und Funktion sowie der Drittwirkung von **Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG** vielfach nach Sondermaßstäben.

Medien werden zu den eigenen Gunsten tätig, wenn ihr Verhalten geschäftlich und nicht redaktionell motiviert ist. Das ist typischerweise der Fall, wenn zum Beispiel das Anzeigengeschäft oder die eigene Kundenwerbung von Medien infrage stehen. Ein Beispiel ist BGH vom 1.10.2009 (Gib mal Zeitung), GRUR 2010, 161 ff.

Äußerungen von Medien sind keine geschäftliche Handlung, wenn sie redaktionell motiviert sind beziehungsweise ein Beitrag zum öffentlichen Meinungskampf und von öffentlichen Informationsinteressen getragen sind. Medienunternehmer verfolgen mit der Veröffentlichung solcher Beiträge durchaus auch das Ziel, die eigene Wettbewerbslage im Verhältnis zu anderen Presseunternehmen zu verbessern. Dieser Umstand führt jedoch im Hinblick auf die besondere Bedeutung der Medien nicht dazu, ein Handeln zugunsten des eigenen Unternehmens anzunehmen. Das Fördern des eigenen Unternehmens ist insoweit nur eine „notwendige Begleiterscheinung funktionsgerechten Pressehandelns“ und damit irrelevant, BGH vom 9.9.2021 (Influencer I), BGHZ 231, 38 ff. Rn. 45 mwN. Aus denselben Gründen wird eine redaktionell motivierte Berichterstattung rechtlich auch nicht als ein Handeln zugunsten eines fremden Unternehmens eingeordnet, selbst wenn etwa ein Wirtschaftsartikel Aussagen trifft, die für betroffene Unternehmen günstig sein können. Die redaktionell motivierten Äußerungen sind allein nach Maßstäben des Deliktsrechts zu beurteilen, das äußerungsfreundlicher ist und daher für Medien besser passt.

Das Wettbewerbsrecht ist aber anwendbar, wenn Äußerungen von Medien rein geschäftlich und nicht redaktionell motiviert sind, dazu *Beater*, Die Anwendbarkeit des UWG auf Medien und Journalisten, WRP 2016, 787 ff., 929 ff. In der Regel liegt dann ein Handeln zugunsten eines fremden Unternehmens vor. Für die Abgrenzung zwischen redaktioneller und geschäftlicher Motivation kommt es maßgeblich auf den Inhalt, die Art und die Form der Äußerung sowie unter Umständen auch auf eine etwaige Untermauerung der Äußerung durch Tatsachenangaben an. Die Einordnung hat auch auf die Motive des Äußernden abzustellen.

- Eine Anwendung des Wettbewerbsrechts kommt umso eher in Betracht, je stärker die betreffende Äußerung auf eine übermäßig anpreisende Darstellung hinausläuft, die den Boden sachlicher Information verlässt, BGH vom 9.2.2006 (Rechtsanwalts-Ranglisten), GRUR 2006, 875, 877 Rn. 27. Es spricht zum Beispiel gegen die redaktionelle Motivation, wenn ein Beitrag jegliche kritische Distanz vermissen lässt und ohne sachliche Rechtfertigung ein Produkt oder Unternehmen als positiv bewertet, BGH vom 30.4.1997 (Die Besten I), GRUR 1997, 912, 913. Dasselbe gilt, wenn Produkte oder Dienstleistungen von Inserenten namentlich genannt werden und über das durch eine sachliche Information bedingte Maß hinaus werbend dargestellt werden.
- Weiterhin spricht es gegen eine redaktionelle Zielsetzung, wenn besondere Beziehungen zwischen dem Medienunternehmen beziehungsweise seinem Inhaber oder dem Redakteur einerseits und dem durch die Werbung begünstigten Dritten andererseits bestehen und der Beitrag entsprechende finanzielle Hintergründe hat. Das kommt insbesondere in Betracht, wenn der Begünstigte des Beitrags für die Berichterstattung ein Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung gewährt hat.

Typische Konstellationen sind:

- Pressefehden
BGH vom 21.6.1966 (Höllengehen), BGHZ 45, 296, 302 nahm an, dass die Pressefehde im Streitfall nicht auf wettbewerblichem Gebiet lag und die Beklage überwiegend aus nichtwettbewerblichen Motiven heraus gehandelt hatte. Einzelheiten behandelt die Vorlesung Äußerungsrecht.
- Äußerungen mit Vergleichscharakter, Warentests in Zeitschriften
Das UWG ist auf Warentests in Zeitschriften nicht anwendbar, wenn die Zeitung um einen objektiven Test bemüht und nicht darüber hinaus involviert ist, BGH vom 18.10.1966 (Warentest I), GRUR 1967, 113 f. Die öffentliche Aufgabe und der verfassungsrechtliche Sonderstatus der Medien umfasst auch eine Wirtschaftsfunktion, die dem Einzelnen bei der Bewältigung von Schwierigkeiten und Streitigkeiten des täglichen Lebens hilft und volkswirtschaftlich sinnvoll ist (siehe Vorlesung Medienrecht). Die Gerichte prüfen aber, ob es der Zeitschrift um eine Aufklärung der Verbraucher oder vorwiegend darum geht, bestimmte Unternehmer zum Nachteil anderer zu unterstützen. Im Ergebnis werden Zeitschriftentests weitestgehend aus dem UWG und dessen strengen Regeln heraus genommen.
- „Mischformen“ zwischen Werbung und redaktioneller Berichterstattung
BGH vom 19.2.1998 (AZUBI 94), GRUR 1998, 947 ff. betraf ein Anzeigenblatt, dem die Beilage „AZUBI 94“ beigelegt war. Im

redaktionellen Text der Beilage wurden einzelne Firmen aus dem Verteilungsgebiet des Anzeigenblatts in der Überschrift namentlich bezeichnet und die in den Betrieben gegebenen Ausbildungsmöglichkeiten durch Zitate von Äußerungen der Repräsentanten der Unternehmen näher beschrieben. Zugleich hatten mehrere der genannten Betriebe in der Beilage Anzeigen geschaltet. Der BGH sah die Veröffentlichungen im Ergebnis als zulässig an. Er ordnete die von der Zeitung selbst verfassten Texte als Handlungen ohne geschäftlichen Charakter und damit inzident als redaktionell und eben nicht finanziell motiviert ein. Die fraglichen Beiträge hätten – auch wegen ihrer Verknüpfung mit Werbeanzeigen der erwähnten Unternehmen – zwar durchaus einen wettbewerbsfördernden Bezug, doch habe dieser wegen des Informationsgebots der Presse und unter Würdigung der Aufmachung und des Inhalts der Berichte insgesamt nur eine untergeordnete Bedeutung.

4. Arbeitsrecht

Für betriebsinterne Vorgänge gibt es weiterhin ein eigenständiges Rechtsgebiet, nämlich das Arbeitsrecht.

Ein eindeutiger Anwendungsfall sind Streiks. Werden sie von der Gewerkschaft oder Belegschaft selbst initiiert, so sind sie am Arbeitsrecht beziehungsweise an § 823 Abs. 1 BGB (Recht am Unternehmen) zu messen, siehe BAG vom 21.6.1988, BAGE 58, 364, 389; BGH vom 16.6.1977 (Fluglotsenstreik), BGHZ 69, 128 ff. Sie sind eine innerbetriebliche Angelegenheit und werden als solche vom Wettbewerbsrecht bewusst nicht erfasst, sondern aus systematischen Gründen dem Arbeitsrecht überlassen. Dagegen greift das Wettbewerbsrecht ein, wenn der Unternehmer einen Mitbewerber durch physischen oder psychischen Zwang ausschaltet und dazu zum Beispiel dessen Produktionsanlagen zerstört, Mitarbeiter vergiftet oder eben zum Streik aufwiegelt. Solche Maßnahmen sind wettbewerbswidrig und das Wettbewerbsrecht kann hier in höchstem Maße gefordert sein.

Das UWG ist auch auf weitere arbeitsrechtliche Vorgänge nicht anwendbar, zum Beispiel auf die Handlungen von Betriebsratsfraktionen, soweit diese im Bereich der politischen Auseinandersetzung bleiben, OGH vom 15.2.2000 (Betriebsrat aktuell), wbl 2000, 289 f.

Fall: Die Influencerin

Die prominente Influencerin I unterhält auf Instagram ein öffentlich zugängliches Account. Es ist mit einem blauen Haken verifiziert, den Instagram nur prominenten Personen zugesteht. Die I hat 485.000 Follower und erstellt und veröffentlicht regelmäßig Posts, die Bilder von ihr selbst zeigen und manchmal Begleittexte haben. Darin beschäftigt sich I ausführlich mit Mode, ihrem Leben als Mutter eines Kleinkindes, Yoga, Reisen und ähnlichen Themen. Die I weist in zahlreichen Posts in Form von Tags auf die Hersteller der von ihr getragenen Kleidung oder sonstiger im Bild zu sehender Gegenstände hin. In den Begleittexten lobt die I die abgebildeten Kleidungsstücke und Gegenstände, ist dabei aber nicht völlig distanzlos oder durchweg überschwänglich. Auf dem Account finden sich drei verschiedene Art von Posts.

Für manche Posts (Reklameposts = R-Posts) wird die I von den Herstellern der abgebildeten Produkte bezahlt. Sie kennzeichnet diese Posts mit dem unübersehbaren Werbehinweis „bezahlte Partnerschaft mit ...“.

Die I stellt nach eigener Entscheidung weiterhin auch zahlreiche Posts ein, die Produkte von Herstellern zeigen, von denen sie kein Entgelt erhält. Diese Posts enthalten keinen Werbehinweis. Bei einem Teil dieser Posts erscheint der Name des jeweiligen Herstellerunternehmens, wenn man als Nutzer auf den Tag in diesen Posts klickt (Tagposts = T-Posts). Bei dem anderen Teil dieser Posts wird man außerdem per Link auf die Webseite des Herstellers geleitet, wenn man dessen Namen anklickt (Linkposts = L-Posts).

I bittet um Auskunft, ob ihr Handeln von UWG und § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV erfasst wird und rechtmäßig ist.

Abwandlung: Die R-Posts sind nicht mit dem Werbehinweis „bezahlte Partnerschaft mit ...“ gekennzeichnet.

Hinweis: LG München vom 29.4.2019 (Cathy Hummels), AfP 2019, 363 ff.; OLG München vom 25.5.2020 (Cathy Hummels), AfP 2020, 345 ff.; BGH vom 9.9.2021 (Influencer I), BGHZ 231, 38 ff.; BGH vom 9.9.2021 (Influencer II), BGHZ 231, 87 ff.; *Schaub* GRUR 2021, 1358 ff.

Ausgangsfall:**A. §§ 3 Abs. 1, 3a UWG, 22 Abs. 1 Satz 1 MStV**

Das Handeln der I könnte gegen § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV verstoßen und damit ein Rechtsbruch im Sinne von § 3a UWG sein.

I. § 1 Abs. 2 UWG (+)

§ 1 Abs. 2 UWG steht der Anwendbarkeit von § 3a UWG nicht entgegen. Die Vorschrift ist nämlich einschränkend auszulegen und schließt die Anwendung von § 3a UWG nicht aus, weil der Rechtsbruchtatbestand gerade Regelungen außerhalb des UWG erfassen soll. Die Gefahr, dass die Tatbestände von Sondergesetz und UWG unterschiedliche Maßstäbe vorgeben, besteht in solchen Fällen gerade nicht.

II. Geschäftliche Handlung

Die §§ 3 Abs. 1, 3a UWG setzen eine geschäftliche Handlung voraus, § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG.

1. R-Posts (+)

Für das Öffentlichmachen der R-Posts erhält I von den Werbepartnern ein Entgelt. Sie wird insoweit zugunsten ihres eigenen Unternehmens und

zugunsten der sie bezahlenden Unternehmen tätig, BGH vom 9.9.2021 (Influencer I), BGHZ 231, 38 ff. Rn. 50.

- Influencer betreiben ein „*Unternehmen*“ (§ 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG), wenn sie das eigene Image vermarkten und durch Werbeeinnahmen kommerzialisieren, insbesondere wenn sie Werbung für fremde Unternehmen gegen Entgelt veröffentlichen, BGH vom 9.9.2021 (Influencer I), BGHZ 231, 38 ff. Rn. 36 f. mwN.
- Soweit die I in ihrem Account auch persönliche Dinge anspricht, nimmt dies ihrer Tätigkeit nicht den unternehmerischen Charakter. Zum einen haben ihre Äußerungen insofern keine private Qualität, als sie bewusst auf eine möglichst große öffentliche Wahrnehmung ziehen. Zum anderen macht gerade die Öffnung des privaten Lebensbereichs es für das Publikum attraktiv, Influencern zu folgen, da diese so glaubwürdiger, nahbarer und sympathischer wirken, BGH vom 9.9.2021 (Influencer I), BGHZ 231, 38 ff. Rn. 43 mwN.

2. T-Posts (-)

Das Veröffentlichen der T-Posts ist weniger eindeutig einzuordnen, weil die I dafür kein Entgelt der angeführten Unternehmen erhält.

a. Zugunsten des eigenen Unternehmens (-)

aa. Gesetzeswortlaut

BGH vom 9.9.2021 (Influencer I), BGHZ 231, 38 ff. Rn. 42 sieht in unbezahlten Posts grundsätzlich eine Förderung des eigenen Unternehmens. Das Influencer-Account kann durch die Berücksichtigung auch von Produkten, mit deren Herstellern die Influencerin keinen Vertrag hat, „authentischer wirken“ und damit sowohl für Nutzer wie für Unternehmen attraktiver werden, LG München vom 29.4.2019 (Cathy Hummels), AfP 2019, 363, 364. Wenn die Influencerin Follower dadurch besser bindet und für sie interessanter wird, dann wird sie zugleich auch für unternehmerische Werbeinteressen interessanter und kann so von den M-Posts profitieren, BGH (Influencer I) aaO. Rn. 42

bb. Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG

Die Post der I haben „*Begleittexte*“ und beschäftigen sich mit verschiedenen Themen. Begreift man die I als Medienunternehmerin im Sinne von **Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG**, so ist die Anwendbarkeit des UWG zweifelhaft. Die I genießt für ihre Äußerungen wie jeder andere auch Meinungsfreiheit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG. Zugleich kommt in Betracht, das Account als Presse beziehungsweise journalistisch-redaktionell gestaltetes Telemedien anzusehen.

Presseunternehmer verfolgen mit der Veröffentlichung redaktioneller Beiträge ebenfalls das Ziel, die eigene Wettbewerbslage im Verhältnis zu anderen Presseunternehmen zu verbessern. Dieser Umstand führt jedoch im Hinblick auf die besondere Bedeutung der Medien nicht dazu, ein Handeln zugunsten des eigenen Unternehmens anzunehmen. Das Fördern des eigenen Unternehmens ist insoweit nur eine „notwendige Begleiterscheinung funktionsgerechten Pressehandelns“ und damit irrelevant, BGH vom 9.9.2021 (Influencer I), BGHZ 231, 38 ff. Rn. 45.

- OLG München vom 25.6.2020 (Cathy Hummels), AfP 2020, 345, 346 hat in Bezug auf die unbezahlten Posts angenommen, die I komme mit diesen Posts dem Informationsinteresse ihrer Follower nach. Ihre Tätigkeit unterscheide sich nicht von redaktionellen Beiträgen beispielsweise in Modezeitschriften, in denen auch Produkte dargestellt und beschrieben werden.

- Der BGH bejaht im Ausgangspunkt ein Informationsinteresse der Follower nicht nur an der privaten Lebensgestaltung der Influencer, sondern auch daran, welche Kleidungsstücke Influencer tragen oder welche anderen Produkte sie verwenden, BGH vom 9.9.2021 (Influencer I), BGHZ 231, 38 ff. Rn. 57 mwN. Influencer hätten gegenüber Teilen der Allgemeinheit eine Informations- und Unterhaltungsfunktion, die neben die der klassischen Medien getreten sei, BGH (Influencer I) aaO. Rn. 58.

Damit scheidet ein Handeln zugunsten des eigenen Unternehmens aus.

b. **Zugunsten eines fremden Unternehmens (-)**

Ein Handeln zugunsten eines fremden Unternehmens setzt nicht zwingend voraus, dass der Handelnde von dem fremden Unternehmen eine Gegenleistung erhält, BGH vom 9.9.2021 (Influencer I), BGHZ 231, 38 ff. Rn. 52. Medienunternehmen handeln zugunsten eines fremden Unternehmens, wenn die Veröffentlichung redaktioneller Beiträge vorrangig dem Ziel dient, geschäftliche Entscheidungen von Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern in Bezug auf Produkte des fremden Unternehmens zu beeinflussen. BGH vom 9.9.2021 (Influencer I), BGHZ 231, 38 ff. Rn. 44 ff. Die Entscheidung ist unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu treffen, BGH vom 9.9.2021 (Influencer I), BGHZ 231, 38 ff. Rn. 68.

Eine Influencertätigkeit ist – den Anforderungen für die klassischen Medien entsprechend – geschäftlich, soweit Beiträge dem Gesamteindruck nach übertrieben werblich sind, also einen werblichen Überschuss enthalten, so dass die Förderung fremden Wettbewerbs eine größere als nur eine notwendige begleitende Rolle spielt, BGH (Influencer I) aaO. Rn. 59 f., 64 mwN.

Die Begleittexte der I sind zwar lobend, aber „nicht völlig distanzlos oder durchweg überschwänglich“. Das Versehen der Bilder mit Tags begründet ebenfalls keinen werblichen Überschuss, weil mit dem Hinweis auf den Hersteller weiterführende Informationen zu dem Text- oder Bildbeitrag geliefert werden, BGH (Influencer I), aaO. Rn. 66.

3. **L-Posts (+)**

Die L-Posts bieten im Unterschied zu den T-Posts über den Link einen direkten Zugang zur Internetseite des Herstellers des abgebildeten Produkts. Diese Verlinkung bewirkt regelmäßig einen werblichen Überschuss, weil der Leser des Instagramm-Beitrags durch das Anwählen der Verlinkung direkt in den werblichen Einflussbereich des Herstellerunternehmens gelangt, BGH (Influencer I) aaO. Rn. 67.

In Bezug auf die L-Posts handelt die I folglich zugunsten fremder Unternehmen.

4. **Zwischenergebnis**

I handelt in Bezug auf die R-Posts und L-Posts im geschäftlichen Verkehr.

III. **Wettbewerbliche Schutzrichtung von § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV (+)**

§ 22 Abs. 1 Satz 1 MStV soll mit der Erkennbarkeit von Werbung in journalistisch-redaktionell gestalteten Telemedien sowohl redaktionelle Standards, aber auch Interessen der Marktteilnehmer sichern.

IV. Verstoß gegen § 22 Abs. 1 MStV (-)

1. Telemedium (+)

Das Account der I hat einen gemischten Charakter. Es hat einerseits einen geschäftlichen Charakter (R-Posts), was für die Einordnung als digitaler Dienst und kommerzielle Kommunikation spricht, §§ 1 Abs. 4 Nr. 1, Nr. 7 DDG. Es enthält aber auch eindeutig journalistisch redaktionelle Teile (T-Posts), was für die Einordnung als Telemedium im Sinne von § 22 Abs. 1 MStV spricht.

Ein „gemischtes“ Account fällt unter § 22 Abs. 1 MStV und nicht unter § 6 Abs. 1 Nr. 1 DDG, wenn die meinungsbildende Wirkung ein prägender Bestandteil und nicht nur ein schmückendes Beiwerk ist, siehe BGH vom 23.6.2009 (www.spickmich.de), BGHZ 181, 328, 335 Rn. 21 zu § 41 Abs. 1 BDSG und mwN. Da die Posts, für die I kein Entgelt erhält, „zahlreich“ sind, lässt sich das von I betriebene Instagram-Account als ein Telemedium im Sinne von § 2 Abs. 1 Satz 3 MStV einordnen.

Man könnte auch dahinstehen lassen, ob das Account als Telemedium oder digitaler Dienst und kommerzielle Kommunikation (§ 1 Abs. 4 Nr. 1, Nr. 7 DDG) anzusehen ist, weil die §§ 22 Abs. 1 Satz 1 MStV, 6 Abs. 1 Nr. 1 DDG im Übrigen dieselben Anforderungen stellen.

2. Werbung

Die Einordnung als „Werbung“ bestimmt sich nach § 2 Abs. 2 Nr. 7 MStV.

- I macht als natürliche Person in Form der Posts Äußerungen und diese hängen mit der Ausübung eines Gewerbes zusammen, da die I durch die Influcertätigkeit Einkünfte erzielt.
- Die weitere Einordnung hängt maßgeblich davon ab, ob die Angabe „gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung“ gemacht wird. Danach sind die R-Posts Werbung.
- Die T- und L-Posts sind mangels Gegenleistung keine Werbung, werden also von § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV nicht erfasst.

3. Erkennbarkeit des Werbecharakters und Trennung der R-Posts (+)

Die R-Posts sind als „bezahlte Partnerschaft mit“ und „unübersehbar“ als Werbung erkennbar.

D. Ergebnis

Die R-Posts sind zulässig, weil sie den Erkennbarkeitsanforderungen von § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV genügen. Die T-Posts und L-Posts werden von § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV nicht erfasst.

B. Verstoß gegen § 3 Abs. 3, Nr. 11 Anhang UWG (-)

I. Anwendungsbereich, § 1 Abs. 2 UWG

Die R-Posts fallen als Werbung unter § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV. Ihre Beurteilung bestimmt sich allein nach diesen „besonderen“ Vorschriften. Andere UWG-Tatbestände als der Rechtsbruch sind nach § 1 Abs. 2 UWG nicht anwendbar.

Die T- und die L-Posts sind keine Werbung im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 7 MStV. § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV regelt die rechtliche Beurteilung dieser Posts nicht. Die Anwendung von § 3 Abs. 3, Nr. 11 Anhang UWG ist daher nicht durch vorrangige abschließende Regelungen ausgeschlossen.

II. Geschäftliche Handlung gegenüber Verbrauchern

In Bezug auf die T-Posts liegt keine geschäftliche Handlung der I vor (siehe oben).

In Bezug auf die L-Posts liegt dagegen eine geschäftliche Handlung vor (siehe oben). Sie erfolgt „gegenüber Verbrauchern“, wenn sie „unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts an Verbraucher“ zusammenhängt“, **Art. 2 lit. d RL 2005/29/EG**. I betreibt Absatzförderung und wendet sich dabei an Verbraucher.

III. Nr. 11 Anhang UWG (-)

Die Vorschrift verlangt den Einsatz „redaktioneller Inhalte“, also einen Beitrag, der seiner Gestaltung nach als objektive neutrale Berichterstattung erscheint, BGH vom 6.2.2014 (GOOD NEWS II), GRUR 2014, 879, 882 Rn. 24 mwN. Die Begleittexte der I lassen sich als redaktionelle Inhalte begreifen.

Da die I für die L-Posts keine Gegenleistungen von den Herstellern der angesprochenen Produkte erhält, werden die L-Posts nicht von einem anderen Unternehmer „finanziert“.

IV. Ergebnis

Die T-Posts sind zulässig. Sie verstoßen weder gegen spezielle Vorschriften noch unterliegen sie dem UWG.

C. Verstoß der L-Posts gegen § 5a Abs. 4 Satz 1 UWG (-)

§ 5a Abs. 4 Satz 1 UWG verlangt, dass der „kommerzielle Zweck einer geschäftlichen Handlung kenntlich“ gemacht wird. Die Vorschrift ist in Bezug auf die L-Posts nicht aufgrund von § 1 Abs. 2 UWG unanwendbar (siehe oben).

Das Setzen der Links auf den L-Posts ist eine geschäftliche Handlung zugunsten eines fremden Unternehmens (siehe oben). Nach **§ 5a Abs. 4 Satz 2 UWG** liegt in einer solchen Konstellation kein kommerzieller Zweck vor, wenn der Handelnde keine Gegenleistung von dem fremden Unternehmen bekommt oder sich versprechen lässt. Die L-Posts verstoßen damit nicht gegen § 5a Abs. 4 Satz 1 UWG.

Der Gesetzgeber unterscheidet hier also zwischen dem Handeln zugunsten des eigenen Unternehmens (bezahlte Posts; Werbung für Produkte, die der Influencer selbst anbietet) und dem Handeln zugunsten eines fremden Unternehmens (keine Gegenleistung für Posts; keine Werbung für eigene Produkte). § 5a Abs. 4 Satz 2 UWG soll den Influencern einen sicheren Rechtsrahmen für ihre Tätigkeit bieten, Regierungsentwurf und Begründung eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes vom 24.3.2021, BT-Drucks. 19/27873, S. 1, 34. Die Vorschrift soll zugleich dem Umstand Rechnung tragen, dass sich Influencer wie viele Medien regelmäßig über Werbeeinnahmen finanzieren und für ihre Auftraggeber besonders attraktiv sind, wenn sie viele Menschen erreichen, Regierungsentwurf und Begründung eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes vom 24.3.2021, BT-Drucks. 19/27873, S. 1, 35.

D. Gesamtergebnis

Sämtliche Posts der I sind zulässig.

Abwandlung:

Die Abwandlung wirft die Frage auf, ob die R-Posts auch ohne den ausdrücklichen Hinweis auf die bezahlte Partnerschaft als Werbung beziehungsweise kommerzielle Kommunikation „klar erkennbar“ sind, § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV. Die Vorschrift gibt nicht vor, wie die Erkennbarkeit herzustellen ist. Damit stellt sich die Frage, ob sich die Erkennbarkeit auch aus den Umständen ergeben kann.

Ob Erkennbarkeit gegeben ist, hängt vom Einzelfall ab. Die Gerichten haben darüber unter Rückgriff auf die wettbewerbsrechtlichen Maßstäbe beurteilt, BGH vom 6.2.2014 (GOOD NEWS II), GRUR 2014, 879, 882 Rn. 24 mwN.

- Nach BGH vom 9.9.2021 (Influencer I), BGHZ 231, 38 ff. Rn. 80 mwN. [zu § 5a Abs. 6 UWG a.F. = § 5a Abs. 4 UWG und vor Inkrafttreten von § 1 Abs. 2 UWG] muss der kommerzielle Zweck aus der Sicht des durchschnittlich informierten, situationsadäquat aufmerksamen und verständigen Verbrauchers auf den ersten Blick zweifelsfrei hervortreten. Danach reicht es nicht aus, wenn sich der werbliche Charakter eines Beitrags dem Verbraucher erst erschließt, wenn er ihn bereits zur Kenntnis genommen hat, denn dann ist er der Anlockwirkung bereits erlegen, die das Kennzeichnungsgebot gerade unterbinden soll, und war der Werbebotschaft unvorbereitet ausgesetzt, BGH vom 9.9.2021 (Influencer I), BGHZ 231, 38 ff. Rn. 89. Danach scheidet insbesondere die Möglichkeit aus, die Erkennbarkeit allgemein mit der Überlegung zu bejahen, dass die Nutzer eines Influencer-Accounts den Beiträgen generell einen kommerziellen Charakter zuschreiben.
- LG München vom 29.4.2019 (Cathy Hummels), AfP 2019, 363, 364 f. und OLG München vom 25.6.2020 (Cathy Hummels), AfP 2020, 345, 347 haben noch anders geurteilt haben. Kritisch dazu *Nadi* WRP 2019, 931 ff.; *Wagner* juristPR-ITR 12/2019 Anm. 5. Sie haben angenommen,
 - die I wende sich mit ihren Themen an junge Mütter und berufstätige Frauen. Es könne davon ausgegangen werden, dass Accounts, die mit einem blauen Haken versehen seien, durchweg zur öffentlichen Imagepflege und damit auch aus kommerziellen Erwägungen betrieben würden. Prominente neigten normalerweise dazu, ihre Privatsphäre zu schützen. Wenn sie dagegen Einblicke in ihr vermeintliches Privatleben gäben, dann seien dahinter kommerzielle Interessen zu vermuten, LG München aaO. 365.
 - es müsse auch einem uninformierten Betrachter klar sein, dass es sich bei den 485.000 Followern nicht um wirkliche Freunde der I handele und dass I die Postings nicht nur schalte, um ihre persönlichen Freunde über ihr Tun zu informieren und sich mit auszutauschen. Wenn sich die I nur mit persönlichen Freunden austauschen wollte, dann hätte sie sich für ein nicht öffentlich zugängliches Profil entschieden, LG München aaO. 365.