

# IPR zwischen Tradition und Innovation

Herausgegeben von  
Caroline Sophie Rupp

in Gemeinschaft mit  
Jennifer Antomo, Konrad Duden, Malte Kramme,  
Tobias Lutzi, Martina Melcher, Friederike Pfortner,  
Sören Segger-Piening und Stephan Walter

Mohr Siebeck

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort . . . . .	V
Aufgabe und Methodenvielfalt des internationalen Privatrechts im Wandel der Gesellschaft <i>Jürgen Basedow</i> . . . . .	1
Allseitig, einseitig – vielseitig. Zur Bedeutung der Regulierung für das Kollisionsrecht <i>Kristin Boosfeld</i> . . . . .	15
Der Allgemeine Teil zwischen Tradition und Innovation <i>Felix M. Wilke</i> . . . . .	29
Old Problems and New Legal Instruments in Commercial Matters: An Inquiry on the Methodological Regime of Protection of “Disadvantaged Parties” in EU Private and Procedural International Law <i>Stefano Dominelli</i> . . . . .	49
Preach What You Practice: The Allocation of Claims in Cross-Border Multi-Party Disputes <i>Tess Bens</i> . . . . .	67
Abschied vom Einheitsstatut. Die Konkurrenz von Anknüpfungs- gegenständen im Internationalen Gesellschaftsrecht im Bereich des Gläubigerschutzes <i>Eva Recamán Graña / Lothar Wolff</i> . . . . .	85
Rechtssicherheit durch unionsrechtliche Rechtsanwendungsbefehle. Der grenzüberschreitende Formwechsel als neuer Stein im Baukasten des kodifizierten EU-Gesellschaftsrechts <i>Ralf Knaier</i> . . . . .	103
Die Abwehr anstößigen Familien- und Erbrechts: Zwischen Toleranz und Geschlechtergleichstellung <i>Lukas Rademacher</i> . . . . .	121

Der kollisionsrechtliche Schutz digitaler Inhalte aus urheberrechtlicher Sicht <i>Florian Heindler</i> . . . . .	141
Stilikonen, Travel Addicts und Food Junkies – Das Ausrichtungs- kriterium (Art. 17 Brüssel Ia-VO/Art. 6 Rom I-VO) im Lichte des Influencer-Werbechaos auf Instagram & Co. <i>Denise Wiedemann</i> . . . . .	163
Autorenverzeichnis . . . . .	183



# Stilikonen, Travel Addicts und Food Junkies

– Das Ausrichtungskriterium (Art. 17 Brüssel Ia-VO/Art. 6 Rom I-VO)  
im Lichte des Influencer-Werbechaos auf Instagram & Co.

*Denise Wiedemann\**

*Abstract:* The question whether a professional directs its commercial activity to a consumer's state (Art. 17 Brussels Ibis-Regulation/Art. 6 Rome I-Regulation) by providing a globally accessible website has received much attention during the last years. This article builds on the existing case law and tests the directing-activity-criterion in the light of a new marketing strategy: Influencer marketing on social media platforms such as Instagram.

Werbung durch sogenannte oder selbsternannte Influencer gewann in den letzten Jahren rasant an Bedeutung. Die Marketing-Forschung macht hierfür zwei Entwicklungen verantwortlich: Zum einen wollen sich immer mehr Menschen aufgrund der zunehmenden Komplexität und Fülle von Angeboten nicht mehr in allen Bereichen selbst informieren, sondern vertrauen häufiger persönlichen Empfehlungen.<sup>1</sup> Zum anderen vergrößert das Internet den Wirkungskreis von Kommunikationsinhalten. Influencer-Marketing vereinigt beide Entwicklungen: Soziale Netzwerke und andere Online-Plattformen (z. B. Blogs) verleihen dem in authentisch wirkenden Beiträgen über Mode, Kosmetik, Sport oder Reisen verpackten Empfehlungs-Marketing eine enorme, Staatsgrenzen überschreitende Reichweite.<sup>2</sup>

Im Medien- und Wettbewerbsrecht ist der Trend bereits angekommen: aktuelle Gerichtsentscheidungen<sup>3</sup> und Aufsätze<sup>4</sup> befassen sich mit der Kennzeich-

---

\* Die Autorin ist Habilitandin und Wissenschaftliche Referentin (Länderreferat Lateinamerika) am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg.

<sup>1</sup> *Nirschl/Steinberg*, Einstieg in das Influencer Marketing, 2018, 5.

<sup>2</sup> *Nirschl/Steinberg* (Fn. 1), 9. Die Bedeutung des Influencer-Marketing zeigt sich auch an der Existenz spezieller Agenturen, die Unternehmen und Influencer zusammenführen, vgl. *Jahnke*, Ist Influencer-Marketing wirklich neu?, in: Jahnke (Hrsg.), *Influencer Marketing*, 2018, 1, 6f.; *Nirschl/Steinberg* (Fn. 1), 16.

<sup>3</sup> LG München I, Urteil v. 29.4.2019 – 4 HK O 14312/18 („Cathy Hummels“); KG, Beschluss v. 17.10.2017 – 5 W 233/17; KG, Beschluss v. 11.10.2017 – 5 W 221/17; OLG Celle, Urteil v. 8.6.2017 – 13 U 53/17; LG Hagen, Urteil v. 13.9.2017 – 23 O 30/17.

<sup>4</sup> *Abrens*, Influencer Marketing – Regulierungsrahmen und Konsequenzen seiner Anwendung (Teil 1), GRUR 2018, 1211; *Detmering/Schonhofen*, #Ad #Sponsoredby #Schleichwer-

nungspflicht von Influencer-Beiträgen. Im Mittelpunkt dieses Beitrags steht der Einfluss des Influencer-Marketings auf die situative Anwendbarkeit verbraucher-schützender Regelungen des europäischen Kollisions- und Verfahrensrechts. Das Ausrichtungsmerkmal aus Art. 17 Abs. 1 lit. c Brüssel Ia-VO<sup>5</sup> und Art. 6 Abs. 1 lit. b Rom I-VO<sup>6</sup> war in der Vergangenheit insbesondere im Zusammenhang mit Websites Gegenstand der EuGH-Rechtsprechung.<sup>7</sup> Daran anknüpfend testet der Beitrag das Ausrichtungsmerkmal anhand des Influencer-Marketings.

## I. Verbraucherschutz im Europäischen Kollisions- und Verfahrensrecht

Das europäische Kollisions- und Verfahrensrecht schützt Verbraucher, die mit einem Unternehmer<sup>8</sup> aus einem anderen Staat einen Vertrag schließen. Ziel der verbraucherschützenden Vorschriften ist es, „für einen angemessenen Schutz des Verbrauchers als dem gegenüber dem [Unternehmer] wirtschaftlich schwächeren und rechtlich weniger erfahrenen Vertragspartner zu sorgen.“<sup>9</sup> Artikel 18

---

bung – Die rechtlichen Voraussetzungen des Influencer Marketings und ihre Umsetzung in der Praxis, in: Taeger (Hrsg.), Rechtsfragen digitaler Transformationen, 2018, 817; *Henning-Bodewig*, Influencer-Marketing – der „Wilde Westen des Werbens?, WRP 2017, 1415; *La-outoumai/Dahmen*, Influencer Marketing – Neue Stars, alte Pflichten?!, K&R 2017, 29; *Leeb/Maisch*, Social-Media-Stars und -Sternchen im rechtsfreien Raum? Aspekte eines »Influencer-Rechts«, ZUM 2019, 29; *Lehmann*, Lauterkeitsrechtliche Risiken beim Influencer-Marketing, WRP 2017, 772; *Mach*, Influencer Marketing, in: Taeger (Hrsg.), Rechtsfragen digitaler Transformationen, 2018, 805 (807ff.); *Mallick/Weller*, Aktuelle Entwicklungen im Influencer Marketing, WRP 2018, 155; *Reinholz/Schirmbacher*, Anforderungen an die Kennzeichnung von Influencer-Werbung, K&R 2017, 753; *Sobottka/Czernik*, Anmerkung zu einer Entscheidung des OLG Celle, Urteil vom 08.06.2017 (13 U 53/17) – Zur Schleichwerbung durch Influencer-Marketing, MMR 2017, 771; *Suwelack*, Schleichwerbung als Boombranche?, MMR 2017, 661; *Troge*, Herausforderung: Influencer-Marketing, GRURPrax 2018, 87.

<sup>5</sup> Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. 2012 L 351/1.

<sup>6</sup> Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.6.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. 2008 L 177/6.

<sup>7</sup> EuGH, Urteil v. 7.12.2010 – Rs. C-585/08, C-144/09, *Peter Pammer ./. Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG und Hotel Alpenhof GesmbH ./. Oliver Heller*, Slg. 2010 I-12570 = NJW 2011, 505; EuGH, Urteil v. 6.9.2012 – C-190/11, *Daniela Mühlleitner ./. Ahmad Yusufi, Wadat Yusufi*, NJW 2012, 3225; EuGH, Urteil v. 17.10.2013 – C-218/12, *Lokman Emrek ./. Vlado Sabranovic*, NJW 2013, 3504.

<sup>8</sup> Dass C2C-Verträge nicht erfasst sind, ergibt sich für das Kollisionsrecht aus Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO und für das Verfahrensrecht im Wege der verordnungsübergreifenden Auslegung, EuGH, Urteil v. 5.12.2013 – C-508/12, *Vapenik ./. Thurner*, NJW 2014, 841 Rn. 39 (zu Art. 6 Abs. 1 lit. d EG-VollstrTitelVO).

<sup>9</sup> EuGH, Urteil v. 7.12.2010 – Rs. C-585/08, C-144/09, *Peter Pammer ./. Reederei Karl*

Brüssel Ia-VO gibt dem klagenden Verbraucher ein Wahlrecht zwischen den Gerichten des Wohnsitzmitgliedstaates des Unternehmers und dem Gericht an ihrem eigenen Wohnsitz (Abs. 1). Unternehmer können Verbraucher hingegen nur im Wohnsitzmitgliedstaat des Verbrauchers verklagen (Abs. 2). Beförderungsverträge, nicht aber Pauschalreiseverträge, sind von den speziellen Zuständigkeitsvorschriften ausgenommen (Art. 17 Abs. 3 Brüssel Ia-VO). Zudem unterliegen Verträge, an denen Verbraucher beteiligt sind, dem Recht des Staates, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO). Rechtswahlvereinbarungen sind nur insofern wirksam, als hierdurch dem Verbraucher nicht die Schutzvorschriften seines Aufenthaltsstaates entgehen (Art. 6 Abs. 2 Rom I-VO). Von Art. 6 Rom I-VO ausgenommen sind neben Beförderungsverträgen (Abs. 4 lit. b) auch Dienstleistungen, die ausschließlich außerhalb des Aufenthaltsstaates des Verbrauchers erbracht werden müssen (Abs. 4 lit. a). Besteht die Leistung etwa in der Beherbergung in einem Hotel,<sup>10</sup> können nur die verbraucherschützenden Zuständigkeitsvorschriften der Brüssel Ia-VO und nicht die verbraucherschützenden Kollisionsregelungen der Rom I-VO Anwendung finden.<sup>11</sup>

Die verbraucherschützenden Sondervorschriften sind jenseits des Art. 17 Abs. 1 lit. a und b Brüssel Ia-VO nur anwendbar, wenn der Unternehmer seine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit im Verbraucherstaat ausübt oder eine solche Tätigkeit auf andere Staaten, einschließlich des Verbraucherstaates, ausrichtet (Art. 17 Abs. 1 lit. c Brüssel Ia-VO, Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO). Verbraucher werden folglich als schützenswert befunden, wenn der Unternehmer sie aktiv aus ihrem Staat heraus in den Unternehmerstaat gelockt hat. Die Begriffe „Ausüben“ und „Ausrichten“ sind autonom<sup>12</sup> auszulegen. Ob die Auslegung in Brüssel Ia-VO und Rom I-VO deckungsgleich erfolgt (Erwgr. 24 S. 2 Rom I-VO), ist umstritten.<sup>13</sup>

---

*Schlüter GmbH & Co. KG und Hotel Alpenhof GesmbH ./. Oliver Heller*, Slg. 2010 I-12570 = NJW 2011, 505 Rn. 58; ähnlich: EuGH, Urteil v. 6.9.2012 – C-190/11, *Daniela Mühlleitner ./. Ahmad Yusufi, Wadat Yusufi*, NJW 2012, 3225 Rn. 29.

<sup>10</sup> *Martiny*, in: MünchKomm, BGB, Band 12, 7. Auflage 2018, Art. 6 Rom I-VO Rn. 24 m. w. N.

<sup>11</sup> Der *Giuliano/Lagarde*-Report begründet die Ausnahme damit, dass der Verbraucher nicht erwarten könne, dass sein Heimatrecht Anwendung finde, wenn der Vertrag eine engere Verbindung zum Aufenthaltsstaat des anderen Vertragspartners aufweist, *Giuliano/Lagarde*, Bericht über das Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, ABl. EG 1980 C 282/1, 25.

<sup>12</sup> EuGH, Urteil v. 7.12.2010 – Rs. C-585/08 und C-144/09, *Peter Pammer ./. Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG und Hotel Alpenhof GesmbH ./. Oliver Heller*, Slg. 2010, I-12570, Rn. 55; Urteil v. 6.9.2012 – C-190/11, *Daniela Mühlleitner ./. Ahmad Yusufi, Wadat Yusufi*, NJW 2012, 3225 Rn. 28.

<sup>13</sup> Für eine einheitliche Auslegung: *Brand*, Grenzüberschreitender Verbraucherschutz in der EU, IPRax 2013, 126, 127; *Mankowski*, Anmerkung zu EuGH, Urteil v. 23.12.2015 – C-286/14, NJW 2016, 699, 700; *Rühl*, Die rechtsaktübergreifende Auslegung im europäischen Internationalen Privatrecht, GPR 2013, 122, 132; a. A. *Staudinger*, in: Rauscher, EuZPR/

Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist die Dreipersonenkonstellation, in der ein Influencer etwa für einen Mode- oder Kosmetikartikel, für ein Hotel oder ein Restaurant des Unternehmers wirbt und der Unternehmer sodann einen Vertrag mit dem Verbraucher schließt.<sup>14</sup> Ist das Influencer-Marketing als Ausrichten auf den Verbraucherstaat anzusehen, finden die verbraucherschützenden Vorschriften Anwendung. Praktisch relevant wird diese Konstellation, wenn der Unternehmer seine Tätigkeit nicht bereits im Verbraucherstaat ausübt<sup>15</sup> oder mittels einer eigenen bzw. fremden Website (z. B. Buchungsportal) auf den Verbraucherstaat ausgerichtet. Angesichts der mittlerweile gebräuchlichen Strategien zur Vermeidung der Ausrichtung einer Website auf andere Staaten dürften Websites in vielen Fällen dem Ausrichtungskriterium nicht mehr genügen.<sup>16</sup>

Mit dem Begriff des „Ausrichtens“ wählte der Unionsgesetzgeber eine weite Formulierung, die dem technischen Fortschritt gewachsen sein und neuartige Marketingformen erfassen soll.<sup>17</sup> Influencer-Marketing hat jedoch viele Gesichter, die eine *a priori*-Subsumtion unter das Ausrichtungsmerkmal nicht erlauben. Im weiteren Fortgang des Beitrags wird der Erörterung der Voraussetzungen des Ausrichtens (III.) deshalb eine Erläuterung der Erscheinungsformen des Influencer-Marketings vorangestellt (II.).

## II. Erscheinungsformen des Influencer-Marketing

Influencer erfreuen sich in ihren Blogs, in sozialen Netzwerken oder auf Videoportalen vieler oder zumindest einiger Fans (sog. Follower, Freunde oder Abonnenten), auf deren Meinung und Konsumententscheidung sie Einfluss nehmen können.<sup>18</sup> Jenseits dieser allgemeinen Definition verschwimmen die Konturen.

---

EuIPR, 4. Auflage 2016, Art. 17 Brüssel Ia-VO Rn. 15e (EuZPR verbraucherfreundlicher als EuIPR).

<sup>14</sup> Zur Frage, ob Influencer selbst Unternehmer sind vgl. *Willems*, Influencer als Unternehmer, MMR 2018, 707; *Tzoulia*, „Influencer Marketing“ on Social Media: Consumer Protection Issues from the Perspective of EU Law, EuLF 2019, 29, 32f.

<sup>15</sup> Vgl. zum Begriff des Ausübens *Heiderhoff*, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR, 4. Auflage 2016, Art. 6 Rom I-VO Rn. 32f.

<sup>16</sup> Vgl. *Schirmbacher/Bühlmann*, Internationale Ausrichtung von Online-Shops – Kriterien und Vermeidungsstrategien, April 2014, [https://www.haerting.de/sites/default/files/downloads/haerting\\_buehlmann\\_ausrichtung\\_paper.pdf](https://www.haerting.de/sites/default/files/downloads/haerting_buehlmann_ausrichtung_paper.pdf) (zuletzt besucht am 27.6.2019).

<sup>17</sup> EuGH, Urteil v. 7.12.2010 – Rs. C-585/08 und C-144/09, *Peter Pammer ./ Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG und Hotel Alpenhof GesmbH ./ Oliver Heller*, Slg 2010, I-12570, Rn. 62.

<sup>18</sup> *Mach* (Fn. 4), 805; *Podszum/Busch/Henning/Bodewig*, Behördliche Durchsetzung des Verbraucherrechts?, Studie im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, Februar 2018, 77; *Hedemann*, Upload-Magazin, 1.9.2014, zitiert bei *Nirschl/Steinberg* (Fn. 1), 12.



Influencer-Marketing unterscheidet sich vor allem nach der Streubreite der Beiträge (1.), nach der Intensität des Hinweises auf den Unternehmer (2.) und nach der Intensität der Verbindung zwischen Influencer und Unternehmer (3.).

### 1. Streubreite

Einige Plattformen bieten private und öffentliche Profile an, wobei die Sichtbarkeit in den jeweiligen Profileinstellungen geändert werden kann. Bei privaten Profilen können nur die vom Kontoinhaber bestätigten Personen die Beiträge sehen. Registrierte Nutzer der Plattform können dem Accountinhaber eine Anfrage um Bestätigung senden. Öffentliche Profile sind hingegen sowohl für alle Follower, Freunde oder Abonnenten als auch für sonstige registrierte Nutzer der Plattform sichtbar. Die Beiträge aus öffentlichen Instagram-Profilen sind etwa über eine Suche nach dem Profilnamen oder nach den gesetzten Hashtags auffindbar; außerdem können Nichtabonnenten durch Reposts anderer Nutzer (= wiederholtes Veröffentlichen eines fremden Beitrages) und durch Vorschläge von Instagram auf Beiträge aufmerksam werden.

Öffentliche Instagram-Profile sind zudem für nicht registrierte Personen teilweise sichtbar und auffindbar: Sichtbar sind die Bild- und Videobeiträge in öffentlichen Profilen. Nicht sichtbar sind Stories. Auffindbar sind öffentliche Profile für nicht registrierte Nutzer über die google-Suche und über die Suchfunktion bei Instagram. Hingegen können nicht registrierte Personen nicht über Vorschläge von Instagram auf Beiträge aufmerksam werden.

Bei Influencer-Profilen handelt es sich regelmäßig um öffentliche Profile, weil Influencer mit öffentlichen Profilen möglichst viele Menschen auf sich aufmerksam machen können. Allerdings besteht ein Trend, wonach Unternehmen vermehrt auch private Profile für ihr Marketing nutzen. Grund für diesen Trend ist das zunehmende Bewusstsein von Social-Media-Nutzern für geschickt platzierte Werbung in den Profilen von Mega-Influencern und die Bevorzugung einer privateren Sphäre für den Austausch.<sup>19</sup>

Unklar ist, wie viele Follower, Abonnenten oder Freunde notwendig sind, damit jemand zum Influencer wird. Zum Teil wird davon ausgegangen, jemand mit nur wenigen hundert oder tausend solcher Fans sei noch kein „richtiger Influencer“, auch wenn er den unbedingten Willen hat, ein solcher zu sein.<sup>20</sup> Die Marketing-Forschung sieht indes ein Interesse von Unternehmen an der Zusammenarbeit mit Mikro-Influencern.<sup>21</sup> Mikro-Influencer haben zwar nur wenige Fans; sie zeichnen sich aber oft durch eine engere Bindung zu ihren Fans

---

<sup>19</sup> Brown, 5 Gründe, warum Marken auf private Instagram-Profile setzen, 19.3.2019, <https://blog.hootsuite.com/de/privat-instagram-profile-fuer-marken/> (zuletzt abgerufen am 9.5.2019).

<sup>20</sup> Mach (Fn. 4), 805f.

<sup>21</sup> Kirchmeier, Bloggen und Kooperationen: Aus der Perspektive von Mikro-Influencern,

aus („echte Freunde“) als Mega-Influencer oder sind Experten auf einem Gebiet. Wie viele Fans ein Mikro-Influencer haben muss, um als solcher zu gelten, grenzt die Marketing-Forschung nicht klar ein.<sup>22</sup>

## 2. Hinweis auf das Unternehmen

Influencer, die sich und ihr Leben auf Instagram & Co. präsentieren, verbinden ihre Beiträge häufig mit Hinweisen auf Unternehmen, etwa auf das Restaurant, in dem sie auf dem hochgeladenen Bild speisen oder auf den Hersteller der Jeans, die sie auf dem Bild tragen. Teils erfolgt der Hinweis konkludent durch die Präsentation von Mode, Kosmetik, Hotels oder Restaurants in einer Weise, dass der Name des Unternehmens sichtbar ist. Um einen solchen Fall des Markenpräsentierens handelte es sich beispielsweise bei dem Foto von *Cathy Hummels*, das eine wettbewerbsrechtliche Klage des Verbands Sozialer Wettbewerb vor dem Landgericht München I nach sich zog: Auf dem fraglichen Foto verdeckte *Cathy Hummels* das Gesicht ihres Sohnes mit einem Stoffelefanten, der eindeutig einer bestimmten Marke zuzuordnen war.<sup>23</sup>

Eine gesteigerte Aufmerksamkeit wird dem Unternehmen zuteil, wenn Influencer ausdrücklich auf das Unternehmen hinweisen, indem sie das Unternehmen verlinken, als Ortsangabe das Unternehmen angeben oder das Unternehmen neben dem geposteten Bild, etwa in einem Hashtag, benennen. Die größtmögliche Aufmerksamkeit erhalten Unternehmen, wenn Influencer neben dem Foto oder in einem Video eine ausführliche Beschreibung des Produkts oder der Dienstleistung veröffentlichen. Auch promoten Influencer Unternehmen bisweilen mit Rabattaktionen: Mit einem vom Influencer benannten Rabattcode erhalten Verbraucher ermäßigte Preise auf Unternehmensleistungen.

## 3. Verbindung zwischen Influencer und Unternehmer

Nicht immer besteht eine Verbindung zwischen Influencer und Unternehmen. Möchtegern-Influencer verlinken Unternehmen auf ihren Posts, um das Unternehmen auf sich selbst aufmerksam zu machen und in der Zukunft von dem Unternehmen Gegenleistungen für ihre Werbeaktionen zu erhalten oder um mit einer Unternehmensmarke zu protzen.<sup>24</sup> Schließlich verspricht der ver-

---

in: Schach/Lommatzsch (Hrsg.), *Influencer Relations*, 2018, 303; vgl. auch *Abrens*, GRUR 2018, 1211, 1212.

<sup>22</sup> *Kirchmeier* (Fn.21), 303.

<sup>23</sup> Zur Kennzeichnungspflicht siehe unten II.3.

<sup>24</sup> Zur Abwehr aufgezwungener Werbung siehe *Borsch*, *Der angemaßte Influencer – Markenpiraterie 2.0*, MMR 2018, 127.

meintliche Traumberuf „Influencer“ ein hohes Einkommen<sup>25</sup> und öffentliche Aufmerksamkeit.<sup>26</sup>

Besteht eine Verbindung zwischen Influencer und Unternehmer, kann diese Verbindung unterschiedlich eng ausgestaltet sein: Von der Bitte um Erwähnung im Beitrag über kostenlose oder ermäßigte Produktproben oder Dienstleistungen bis hin zu Werbeverträgen<sup>27</sup> mit einer vereinbarten Vergütung für den Influencer sind unterschiedlich enge Beziehungen möglich. Erhält der Influencer vom Unternehmer Gegenleistungen für seine Werbemaßnahmen, kann diese Gegenleistung an Vorgaben hinsichtlich der Darstellung des Produkts oder der Dienstleistung geknüpft sein. Zu differenzieren ist auch, ob der Kontakt zwischen Influencer und Unternehmer vor Veröffentlichung des Beitrags besteht oder nachträglich zustande kommt.

Eine Kennzeichnungspflicht besteht aus wettbewerbsrechtlicher Sicht<sup>28</sup> gemäß § 5a Abs. 6 UWG, wenn der Influencer für seinen Beitrag im Vorfeld Gegenleistungen vom Unternehmer erhalten hat, weil es sich bei dem Beitrag dann um eine geschäftliche Handlung im Sinne von § 2 UWG handelt.<sup>29</sup> Die Kennzeichnung des kommerziellen Zwecks der Handlung kann etwa mittels Hashtag („#Werbung“ oder „#Anzeige“) erfolgen.<sup>30</sup> Ob eine Kennzeichnungspflicht auch besteht, wenn keine Verbindung zwischen Influencer und Unternehmer existiert, ist umstritten. Das LG Berlin bejahte eine Kennzeichnungspflicht bei der Influencerin *Vreni Frost* mit der Begründung, schon aufgrund der Anzahl der Follower handele es sich bei den Beiträgen nicht um ein privates, sondern um ein geschäftliches Verhalten.<sup>31</sup> In der Berufungsentscheidung differenzierte das KG Berlin: ein Kennzeichnungspflicht bestehe, wenn es sich nicht um einen redaktionellen Beitrag handelt, sondern die Produktplatzierung im Vordergrund steht.<sup>32</sup> Das LG München I verneinte im Fall von *Cathy Hummels*<sup>33</sup> hingegen eine Kennzeichnungspflicht: Aufgrund der hohen Abonnentenzahl und der Kennzeichnung des Accounts mit einem blauen Haken sei ohnehin für je-

<sup>25</sup> Unternehmen zahlen „Top-Influencern“ mit mehr als 1,5 Mio. Abonnenten laut einer Umfrage von Rakuten Marketing bis zu 38.000 EUR pro Beitrag, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 29.3.2019, Nr. 75, S. 15.

<sup>26</sup> Vgl. dazu krit. *Schumacher*, *FAZ*, Macht das Influencer-Dasein krank?, 14.2.2019, <https://www.faz.net/aktuell/stil/leib-seele/von-wegen-traumberuf-macht-das-influencer-dasein-krank-16035607.html> (zuletzt abgerufen am 18.5.2019).

<sup>27</sup> Zum Inhalt von Influencer-Verträgen siehe *Detmering/Schonhofen* (Fn. 4), 817, 830 ff.

<sup>28</sup> Zur Kennzeichnungspflicht nach dem TMG und dem RStV siehe *Leeb/Maisch*, ZUM 2019, 29, 30.

<sup>29</sup> *Detmering/Schonhofen* (Fn. 4), 817, 825; *Leeb/Maisch*, ZUM 2019, 29, 33.

<sup>30</sup> Zum „wie“ der Kennzeichnung siehe *Leeb/Maisch*, ZUM 2019, 29, 34 ff.

<sup>31</sup> LG Berlin, Urteil v. 24.5.2018 – 52 O 101/18; so auch OLG Braunschweig, Beschluss v. 8.1.2019 – 2 U 89/18; LG Karlsruhe, Urteil v. 21.3.2019 – 13 O 38/18 (nicht rechtskräftig).

<sup>32</sup> KG Berlin, Urteil v. 8.1.2019 – 5 U 83/18.

<sup>33</sup> Zum Sachverhalt siehe bereits oben II.2.

den erkennbar, dass es sich nicht um einen privaten, sondern um einen geschäftlichen Account handelt.<sup>34</sup>

Die Unsicherheit über die Kennzeichnungspflicht führte zu einem Kennzeichnungsschaos in den sozialen Medien. Einige Social Media-Nutzer kennzeichnen alles als Werbung, was sie veröffentlichen, einerlei, ob sie für ihren Beitrag eine Gegenleistung erhalten haben oder ob ihr Beitrag überhaupt wahrgenommen wird. Die Kennzeichnung als Werbung erfolgt nicht nur aufgrund der Unsicherheit über eine Kennzeichnungspflicht: Möchtegern-Influencer deklarieren ihre Beiträge als Werbung, um den Eindruck bereits bestehender Werbeverträge zu erwecken und – nach dem Motto „fake it till you make it“ – eine größere Bedeutung vorzugaukeln.<sup>35</sup>

### III. Ausrichten

Art. 17 Abs. 1 lit. c Brüssel Ia-VO und Art. 6 Abs. 1 lit. b Rom I-VO setzen voraus, dass der Unternehmer seine Tätigkeit auf irgendeine Weise auf den Verbraucherstaat oder auf mehrere Staaten einschließlich des Verbraucherstaates ausrichtet. Darüber hinaus muss der Vertrag grundsätzlich in den Bereich der ausgerichteten Tätigkeit fallen.<sup>36</sup> Nicht notwendig ist, dass der Vertragsschluss im Wege des Fernabsatzes erfolgt; der Verbraucher ist auch geschützt, wenn er in den Unternehmerstaat reist und dort den Vertrag abschließt.<sup>37</sup>

Um zu entscheiden, ob ein Unternehmer seine Tätigkeit mithilfe von Influencern auf den Verbraucherstaat ausrichtet, wird der Begriff des Ausrichtens in seine Bestandteile zerlegt: Zunächst wird erörtert, ob Influencer-Marketing grundsätzlich vom Begriff des Ausrichtens erfasst sein kann (1.). Weiter genügt es für ein Ausrichten nicht, dass die unternehmerische Tätigkeit faktisch auf den Verbraucherstaat orientiert ist; vielmehr bedarf es des unternehmerischen Willens, (zumindest auch) Verträge mit Verbrauchern aus dem Verbraucherstaat zu schließen (2.). Entscheidend ist letztlich, ob dem Unternehmer der Beitrag zurechenbar ist (3.). Eine Kausalität zwischen dem Ausrichten und dem späteren

<sup>34</sup> LG München I, Urteil v. 29.4.2019 – 4 HK O 14312/18, Rn. 69 juris.

<sup>35</sup> So auch LG München I, Urteil v. 29.4.2019 – 4 HK O 14312/18, Rn. 67 juris.

<sup>36</sup> Eine enge Verbindung zu einem anderen Vertrag, der zuvor zwischen denselben Parteien im Bereich der ausgerichteten Tätigkeit geschlossen wurde, genügt: EuGH, Urteil v. 23.12.2015 – C-297/14, *Rüdiger Hobohm ./. Benedikt Kampik Ltd & Co. KG*, NJW 2016, 697 Rn. 40.

<sup>37</sup> EuGH, Urteil v. 6.9.2012 – C-190/11, *Daniela Mühlleitner ./. Ahmad Yusufi, Wadat Yusufi*, NJW 2012, 3225 Rn. 45. Dies gilt nach herrschender Ansicht entgegen Erwgr. 24 Rom I-VO auch iRv Art. 6 Rom I-VO, *Mankowski*, Autoritatives zum „Ausrichten“ unternehmerischer Tätigkeit unter Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO, IPRax 2012, 144, 148; *Heiderhoff*, in: Rauscher, EuZPR, EuIPR, 4. Auflage 2016, Art. 6 Rn. 35; *Rühl*, GPR 2013, 122, 132; *Schultbeiß*, Zuständigkeit für Verbraucherverträge nach Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO, Anmerkung zu EuGH, Urteil v. 6.9.2012, Rs. C-190/11, VuR 2013, 28, 29 f.

Vertragsschluss ist nach der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 15 Brüssel I-VO a.F. nicht erforderlich.<sup>38</sup> Jedenfalls für die Anwendung der verbraucherschützenden Vorschriften der Brüssel Ia-VO muss der den Vertrag schließende Verbraucher den Beitrag des Influencers folglich nicht gesehen haben. Angesichts der sehr unterschiedlichen Streubreite von Beiträgen in sozialen Netzwerken und auf anderen Plattformen<sup>39</sup> ist jedoch zu überlegen, ob weitere Anforderungen an das Ausrichtungskriterium zu stellen sind (4.).

### 1. Erfasstes Verhalten

Der Begriff des Ausrichtens basiert auf Art. 13 Abs. 1 des Brüsseler Übereinkommens<sup>40</sup> und Art. 5 Abs. 2 des Übereinkommens von Rom<sup>41</sup>, die Werbung oder ein ausdrückliches Angebot des Unternehmers im Verbraucherstaat voraussetzen.<sup>42</sup> Unter die Begriffe des Werbens und des Anbietens fielen „beispielsweise Werbung in Presse, Rundfunk, Fernsehen oder Filmtheatern oder mittels speziell in das betreffende Land versandter Kataloge oder Abgabe persönlicher Verkaufsangebote über einen Handelsvertreter oder Reisenden.“<sup>43</sup>

Art. 17 Brüssel Ia-VO und Art. 6 Rom I-VO erweitern die Tätigkeiten des Anbietens und des Werbens auf das Ausrichten, um angesichts immer neuer elektronischer Kommunikationsformen einen besseren Verbraucherschutz zu gewährleisten.<sup>44</sup> Aufgrund der erweiterten Formulierung erfasst das Ausrich-

<sup>38</sup> EuGH, Urteil v. 17.10.2013 – C-218/12, *Lokman Emrek ./. Vlado Sabranovic*, NJW 2013, 3504 Rn. 32; BGH, Urteil v. 9.2.2017 – IX ZR 67/16; vgl. ebenso bereits zum Brüsseler Übereinkommen *Schlosser*, Sonderanknüpfungen von zwingendem Verbraucherschutzrecht und europäisches Prozessrecht, in: Baur/Hopt/Mailänder (Hrsg.), Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990, 1990, 1379, 1386. Ob die Rechtsprechung – entgegen Erwgr. 25 – auf Art. 6 Rom I-VO übertragbar ist, ist umstritten, krit. *Rübl*, Kausalität zwischen ausgerichteter Tätigkeit und Vertragsschluss, IPRax 2014, 41, 42 ff.; offenlassend: *Staudinger* in: Ferrari, Internationales Vertragsrecht, 3. Auflage 2018, Art. 6 Rom I-VO Rn. 67a.

<sup>39</sup> Siehe oben II.1.

<sup>40</sup> Übereinkommen von Brüssel über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen von 1968, ABl. 1998 C 27/1.

<sup>41</sup> Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht von 1980, ABl. 1998 C 27/34.

<sup>42</sup> EuGH, Urteil v. 7.12.2010 – Rs. C-585/08, C-144/09, *Peter Pammer./.Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG und Hotel Alpenhof GesmbH./.Oliver Heller*, Slg. 2010 I-12570, Rn. 59 = NJW 2011, 505.

<sup>43</sup> *Giuliano/Lagarde* (Fn. 11), 24; vgl. auch *Schlosser*, Bericht zu dem Übereinkommen vom 9. Oktober 1978 über den Beitritt des Königreichs Dänemark, Irlands und des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland zum Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen sowie zum Protokoll betreffend die Auslegung dieses Übereinkommens durch den Gerichtshof, ABl. EG 1979 C 58/71 Rn. 158 mit Verweis auf *Giuliano/Lagarde*; EuGH, Urteil v. 11.7.2002 – C-96/00, *Rudolf Gabriel*, Slg. 2002 I-06367 Rn. 44.

<sup>44</sup> EuGH, Urteil v. 7.12.2010 – Rs. C-585/08, C-144/09, *Peter Pammer./.Reederei Karl*

ten ein breites Spektrum an Tätigkeiten, die zumindest den Willen des Unternehmers erkennen lassen müssen, Geschäftsbeziehungen zu Verbrauchern herzustellen. Hierunter fallen weiterhin alle werbenden Tätigkeiten, einerlei, ob mittels klassischer (etc. Kataloge, Presse, Rundfunk, Fernsehen, Kino) oder moderner Medien.<sup>45</sup>

Eine abstrakte Definition für die Einstufung eines Verhaltens als Werbung bietet Art. 1 Abs. 1 lit. i der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste:<sup>46</sup> Unter Werbung fallen alle Äußerungen, die das Ziel haben, „den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, gegen Entgelt zu fördern.“ Dass die Präsentation von Produktion und Dienstleistungen durch Influencer insbesondere bei der jüngeren Generation grundsätzlich absatzfördernde Wirkung haben kann, dürfte außer Frage stehen: Laut einer Umfrage im Jahr 2017 kauften 54 Prozent aller 14- bis 19-jährigen Verbraucher Produkte auf Empfehlung von Bloggern im Internet.<sup>47</sup> Influencer-Marketing ist daher als moderne Werbeform grundsätzlich vom Begriff des Ausrichtens erfasst.

Was die konkrete Ausgestaltung des Influencer-Beitrags angeht, sollten nach meiner Einschätzung die Anforderungen an die Feststellung eines Absatzförderungsziels nicht sonderlich streng sein: Mindestvoraussetzung ist, dass das Unternehmen in dem Beitrag eindeutig erkennbar ist.<sup>48</sup> Die eindeutige Erkennbarkeit des Unternehmens in dem Beitrag, etwa durch Sichtbarkeit des Unternehmensnamens auf einem Foto oder in einem Video, genügt bereits, um Verbraucher auf die Fährte des Unternehmens zu locken, wenn die Unternehmenskontaktdaten anhand des Unternehmensnamens problemlos im Internet auffindbar sind. Ein intensiverer Hinweis auf das Unternehmen, etwa durch Verlinkung oder Nennung des Unternehmensnamens in der Beschreibung des Beitrags, ist nicht erforderlich. Ebenfalls nicht notwendig ist die Kennzeichnung des Beitrags als Werbung (z. B. „#Werbung“)<sup>49</sup> oder die ausdrückliche An-

*Schlüter GmbH & Co. KG und Hotel Alpenhof GesmbH./Oliver Heller*, Slg. 2010 I-12570, Rn. 59 = NJW 2011, 505; *Rühl*, GPR 2013, 122, 128.

<sup>45</sup> EuGH, Urteil v. 7.12.2010 – Rs. C-585/08, C-144/09, *Peter Pammer./Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG und Hotel Alpenhof GesmbH./Oliver Heller*, Slg. 2010 I-12570, Rn. 61 = NJW 2011, 505; BGH, Urteil v. 9.2.2017 – IX ZR 67/16, Rn. 25 juris; *Staudinger*, in: Rauscher (Fn. 13), Art. 17 Brüssel Ia-VO Rn. 13.

<sup>46</sup> Richtlinie 2010/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10.3.2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste in der Fassung. Für eine Erfassung aller absatzfördernden Handlungen auch OLG Hamburg, Urteil v. 23.6.2004 – 4 U 156/03, IPRax 2005, 251, 252 (zu Art. 13 Lugano-Übereinkommen 1988).

<sup>47</sup> FAZ.NET, Fast jeder Zweite nutzt Smartphone zum Einkaufen, 6.12.2017, <https://www.faz.net/aktuell/finanzen/meine-finanzen/umfrage-fast-jeder-zweite-nutzt-smartphone-zum-einkaufen-15327256/umfrage-fast-jeder-zweite-15327306.html>. (zuletzt abgerufen am 30.4.2019).

<sup>48</sup> Zur Ausgestaltung des Hinweises siehe oben II.2.

<sup>49</sup> Zur Kennzeichnungspflicht siehe oben II.3.

preisung des Produkts oder der Dienstleistung. Wie bereits aus klassischen Medien bekannt, muss Werbung nicht im Mittelpunkt des Beitrags stehen, um in Verbrauchern ein Konsumverlangen zu erwecken und somit das Absatzziel des Unternehmers zu fördern (Stichwort: Schleichwerbung, Produktplatzierung). Auch getarnte Werbung ist vom Begriff des Ausrichtens erfasst.

## 2. Unternehmerischer Kontrahierungswille bezüglich Verbraucherstaat

Durch den Abschluss des Vertrages mit einem Verbraucher aus einem anderen Staat zeigt der Unternehmer, dass er bereit ist, mit Verbrauchern aus diesem Staat zu kontrahieren. Damit ist es jedoch nicht getan. Vielmehr muss der Unternehmer zeitlich vor Vertragsschluss einen Kontrahierungswillen mit Verbrauchern aus dem Verbraucherstaat gehabt haben.<sup>50</sup> Der EuGH stellt auf den Erklärungshorizont des Unternehmers und nicht auf den Empfängerhorizont von Verbrauchern ab. Damit bringt das Ausrichtungskriterium neben dem Verbraucherschutz<sup>51</sup> die Perspektive des Unternehmers zur Geltung: Der Unternehmer wird nur dann im Verbraucherstaat gerichtspflichtig und ist nur dann dem Recht des Verbraucherstaates unterworfen, wenn dies für ihn aufgrund seines Verhaltens vorhersehbar ist.<sup>52</sup> Insoweit ist der europäische Ansatz mit dem US-amerikanischen „*doing business*“-Ansatz vergleichbar.<sup>53</sup>

Ein Ausrichtungswille ist klassischen Formen der Werbung immanent: Schickt der Unternehmer Print-Werbeprospekte an Haushalte im Verbraucherstaat, ergibt sich hieraus, dass der Unternehmer mit Verbrauchern aus diesem Staat kontrahieren will. Hingegen ist Beiträgen in sozialen Netzwerken, ebenso wie gewöhnlichen Websites,<sup>54</sup> nicht ohne weiteres eine Ausrichtung zu entnehmen. Die Zugänglichkeit des Influencerprofils im Verbraucherstaat reicht nicht, um die Anwendbarkeit der Verbraucherschützenden Vorschriften zu begründen. Äußert der Unternehmer nicht ausdrücklich, Verträge mit Verbrauchern aus einem bestimmten Staat schließen zu wollen, muss der Kontrahierungswil-

<sup>50</sup> EuGH, Urteil v. 7.12.2010 – Rs. C-585/08, C-144/09, *Peter Pammer ./. Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG und Hotel Alpenhof GesmbH ./. Oliver Heller*, Slg. 2010 I-12570 = NJW 2011, 505 Rn. 76; BGH, Urteil v. 9.2.2017 – IX ZR 67/16, Rn. 31 juris (zur Beweislast); BGH, Urteil v. 15.1.2015 – I ZR 88/14, Rn. 23 juris; BGH, Urteil v. 30.3.2006 – VII ZR 249/04, Rn. 25 juris = NJW 2006, 1672; OGH, Beschluss v. 15.7.2014 – 10 Ob21/14g, Ziff. 4.2; zu einer möglichen Neubewertung des temporalen Ablaufs siehe aber *Keiler/Binder*, Der EuGH lässt ausrichten: kein Zusammenhang von Ursache und Wirkung beim Verbrauchergerichtsstand, *euivr* 2013, 230ff.

<sup>51</sup> Siehe dazu oben I.

<sup>52</sup> BGH, Urteil v. 9.2.2017 – IX ZR 67/16, Rn. 23 juris.

<sup>53</sup> Vgl. zum US-amerikanischen Ansatz *Ganssaue*, Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht bei Verbraucherverträgen im Internet, 2004, S. 58.

<sup>54</sup> Dazu EuGH, Urteil v. 7.12.2010 – Rs. C-585/08, C-144/09, *Peter Pammer ./. Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG und Hotel Alpenhof GesmbH ./. Oliver Heller*, Slg. 2010 I-12570, NJW 2011, 505.

le anhand von Indizien erforscht werden, die darauf hindeuten, „dass der Unternehmer zum Vertragsschluss mit diesen Verbrauchern bereit war.“<sup>55</sup> Die von der Rechtsprechung für geeignet erachteten Indizien sind teils unabhängig von der Art der Werbung (a)) und beziehen sich teils auf die Ausgestaltung der Werbung (b)).

#### a) Werbungsunabhängige Indizien

Unabhängig von der Ausgestaltung der Werbemaßnahme sah die Rechtsprechung den internationalen Charakter der unternehmerischen Tätigkeit, etwa eines Hotels, das auch Verbraucher aus dem Ausland anlocken will,<sup>56</sup> oder einer international ausgerichteten Rechtsberatung,<sup>57</sup> als Indiz für einen Ausrichtungswillen an. Der internationale Charakter der Tätigkeit ist jedoch (ebenso wie andere Kriterien) weder für sich allein erforderlich noch ausschlaggebend.<sup>58</sup> Neben dem internationalen Charakter kann die Vertragsabschlusssituation einen Ausrichtungswillen indizieren. Für einen Kontrahierungswillen sprechen Fernkontakt, Vertragsschluss im Fernabsatz<sup>59</sup> und die Kausalität zwischen Werbemaßnahme und Vertragsschluss.<sup>60</sup> Schließlich ist die Erleichterung der Zahlungsabwicklung mit Verbrauchern aus einem bestimmten Staat ein weiteres Indiz für die Ausrichtung.<sup>61</sup>

#### b) Ausgestaltung der Werbung

In Bezug auf Websites zählt die Rechtsprechung die Verfügbarkeit von Kontaktdaten, die Verbrauchern aus einem anderen Staat die Kontaktaufnahme erleichtern (Anfahrtsskizze,<sup>62</sup> internationale Telefonnummer,<sup>63</sup> Telefonnummer

<sup>55</sup> EuGH, Urteil v. 7.12.2010 – Rs. C-585/08, C-144/09, *Peter Pammer ./ Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG und Hotel Alpenhof GesmbH ./ Oliver Heller*, Slg. 2010 I-12570 = NJW 2011, 505 Rn. 76.

<sup>56</sup> EuGH, Urteil v. 7.12.2010 – Rs. C-585/08, C-144/09, *Peter Pammer./Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG und Hotel Alpenhof GesmbH./Oliver Heller*, Slg. 2010 I-12570, Rn. 83 = NJW 2011, 505 Rn. 83.

<sup>57</sup> BGH, Urteil v. 9.2.2017 – IX ZR 67/16, Rn. 33 juris.

<sup>58</sup> BGH, Urteil v. 9.2.2017 – IX ZR 67/16, Rn. 34 juris.

<sup>59</sup> EuGH, Urteil v. 6.9.2012 – C-190/11, *Daniela Mühlleitner ./ Ahmad Yusufi, Wadat Yusufi*, NJW 2012, 3225 Rn. 44.

<sup>60</sup> EuGH, Urteil v. 17.10.2013 – C-218/12, *Lokman Emrek ./ Vlado Sabranovic*, NJW 2013, 3504 Rn. 29; krit. *Paulus*, in: Geimer/Schütze, Internationaler Rechtsverkehr, Band 1, 56. EL September 2018, Art. 17 Brüssel Ia-VO Rn. 66.

<sup>61</sup> BGH, Urteil v. 29.11.2011 – XI ZR 172/11, Rn. 23 juris (Unterhalten eines Nostro-Kontos).

<sup>62</sup> EuGH, Urteil v. 7.12.2010 – Rs. C-585/08, C-144/09, *Peter Pammer./Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG und Hotel Alpenhof GesmbH./Oliver Heller*, Slg. 2010 I-12570, Rn. 83 = NJW 2011, 505 Rn. 83.

<sup>63</sup> EuGH, Urteil v. 7.12.2010 – Rs. C-585/08, C-144/09, *Peter Pammer./Reederei Karl*



aus dem Verbraucherstaat<sup>64</sup>) und die Erwähnung von Kundschaft oder Kundempfehlungen aus dem Verbraucherstaat zu den Indizien für einen Ausrichtungswillen.<sup>65</sup> Sprache und Währung können ebenfalls in die Gesamtschau einfließen.<sup>66</sup> Maßgeblich ist dementsprechend, ob der Unternehmer mit der Ausgestaltung der Werbemaßnahme Verbraucher aus einem bestimmten Staat anspricht.

Im Fall von Influencer-Marketing ist ebenso entscheidend, ob der Beitrag an Verbraucher aus einem bestimmten Staat adressiert ist. Wirkt der Beitrag wie ein Print-Werbeprospekt, das im Verbraucherstaat verteilt wird, indiziert dies einen Ausrichtungswillen auf diesen Staat. Für eine Ausrichtung können vor allem die Herkunft von Abonnenten des Influencers aus einem bestimmten Staat und die Aktivität des Influencers in diesem Staat sprechen. Wo der Influencer vornehmlich aktiv ist, ergibt sich aus den Ortsangaben im Profil und in den Beiträgen. Außerdem ist die in den Beiträgen verwendete Sprache in die Gesamtschau einzustellen. Beispielsweise verfasst die in Hamburg wohnende Mega-Influencerin *Pamela Reif* ihre Beiträge auf Instagram (Bilder, Videos, Stories) überwiegend auf Englisch, teilweise aber auch auf Deutsch; ein Großteil ihrer Follower kommt aus Deutschland und in ihren Beiträgen ist, wenn sie sich nicht gerade auf einer ihrer Urlaubsreisen befindet, häufig ein Ort in Deutschland angegeben. Sie spricht mit ihrem Profil und ihren Beiträgen daher (auch) deutsche Verbraucher an.

Die Anwendung der vom EuGH vorgegebenen Indizien ist überaus streitig geblieben. Insbesondere ist unklar, ob bei einer Tätigkeit mit internationalem Charakter und ggf. auch Verwendung der englischen Sprache im Zweifel eine internationale Ausrichtung auf die ganze Welt anzunehmen ist, solange der Unternehmer keine Einschränkung macht, oder ob Anhaltspunkte speziell für eine Ausrichtung (auch) auf den Verbraucherstaat notwendig sind.<sup>67</sup> Die ausschließlich auf Englisch verfassten Beiträge kosmopolitischer Influencer könnten dementsprechend Indizien für eine Ausrichtung (auch) auf den Verbraucherstaat darstellen, solange der Unternehmer (über den Influencer) keinen Disclaimer (z. B. „kein Versand außerhalb des Unternehmerstaates“) kommu-

---

*Schlüter GmbH & Co. KG und Hotel Alpenhof GesmbH./Oliver Heller*, Slg. 2010 I-12570, Rn. 83 = NJW 2011, 505 Rn. 83.

<sup>64</sup> EuGH, Urteil v. 17.10.2013 – C-218/12, *Lokman Emrek ./ Vlado Sabranovic*, NJW 2013, 3504 Rn. 30; BGH, Urteil v. 9.2.2017 – IX ZR 67/16, Rn. 33 juris.

<sup>65</sup> EuGH, Urteil v. 7.12.2010 – Rs. C-585/08, C-144/09, *Peter Pammer./Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG und Hotel Alpenhof GesmbH./Oliver Heller*, Slg. 2010 I-12570, Rn. 83 = NJW 2011, 505 Rn. 83.

<sup>66</sup> EuGH, Urteil v. 7.12.2010 – Rs. C-585/08, C-144/09, *Peter Pammer./Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG und Hotel Alpenhof GesmbH./Oliver Heller*, Slg. 2010 I-12570, Rn. 84 = NJW 2011, 505 Rn. 84; BGH, Urteil v. 9.2.2017 – IX ZR 67/16, Rn. 33 juris.

<sup>67</sup> *Mankowski*, IPRax 2012, 144, 148.

niziert.<sup>68</sup> Die deutsche Rechtsprechung lehnte es hingegen bisher ab, in einer internationalen Ausrichtung eine Ausrichtung auf Deutschland zu sehen; es müsse vielmehr erkennbar sein, „dass der Unternehmer seine Dienstleistungen oder Produkte in einem oder mehreren namentlich genannten Mitgliedstaaten anbietet.“<sup>69</sup>

### 3. Zurechnung

Produkt- oder Dienstleistungsempfehlungen durch Bekannte des Verbrauchers oder andere Personen, die in keiner Verbindung mit dem Unternehmer stehen, genügen für eine Ausrichtung des Unternehmers nicht.<sup>70</sup> Dass ein Dritter und nicht der Unternehmer selbst Werbung macht, schließt die verbraucher-schützenden Vorschriften aber nicht generell aus.<sup>71</sup> Voraussetzung ist, dass die werbende Tätigkeit des Dritten dem Unternehmer zurechenbar ist.<sup>72</sup>

Wann Unternehmen die werbende Tätigkeit Dritter zurechenbar ist, hat der EuGH bisher nicht abschließend geklärt. Die Literatur bejaht die Zurechnung, wenn der Unternehmer mit dem werbend tätigen Dritten gesellschaftlich verbunden ist.<sup>73</sup> Jenseits dessen wird zum Teil eine strategische Geschäftsbeziehung gefordert; der werbend tätige Dritte müsse dem Unternehmen regelmäßige Kunden zuführen.<sup>74</sup> Weniger streng mutet die Formulierung an, wonach der Dritte mit Kenntnis und Zustimmung des Unternehmers werbend tätig sein muss.<sup>75</sup> Ein ausdrücklicher Auftrag für die konkrete werbende Tätigkeit sei nicht nötig.<sup>76</sup> Ebenso müsse der Dritte kein Entgelt erhalten.<sup>77</sup>

<sup>68</sup> Zur Möglichkeit eines Disclaimers *Keiler/Binder*, Reisen nach Brüssel, Rom und Luxemburg. Eine verfahrens- und kollisionsrechtliche Sicht auf Reiseverträge insbesondere mit Frachtschiffen, RRA 2009, 210, 216f.

<sup>69</sup> OLG Düsseldorf, Urteil v. 1.3.2018 – 16 U 83/17, Rn. 36 juris (Revision anhängig).

<sup>70</sup> *Paulus*, in: Geimer/Schütze (Fn. 60), Art. 17 Brüssel Ia-VO Rn. 56; *Staudinger*, in: Rauscher (Fn. 13), Art. 17 Brüssel Ia-VO Rn. 13; *Staudinger* in: Ferrari (Fn. 38), Art. 6 Rom I-VO Rn. 47.

<sup>71</sup> EuGH, Urteil v. 7.12.2010 – Rs. C-585/08, C-144/09, *Peter Pammer./Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG und Hotel Alpenhof GesmbH./Oliver Heller*, Slg. 2010 I-12570, Rn. 89 = NJW 2011, 505.

<sup>72</sup> *Mankowski*, Anmerkung OGH, Beschluss v. 8.9.2009 – 1 Ob 158/09f, EWiR 2010, 323, 324; *Schlosser* (Fn. 38), 1379, 1386.

<sup>73</sup> *Mankowski*, EWiR 2010, 323, 324; *Schlosser* (Fn. 38), 1379, 1386.

<sup>74</sup> *Staudinger*, in: Rauscher (Fn. 13), Art. 17 Brüssel Ia-VO Rn. 13.

<sup>75</sup> OGH Beschluss v. 28.4.2015, 5 Ob 18/15f, Rechtliche Beurteilung Ziff. 4; OGH, Beschluss v. 15.7.2014 – 10 Ob 21/14g, Rechtliche Beurteilung Ziff. 7; OLG Hamburg, Urteil v. 23.6.2004 – 4 U 156/03, IPRax 2005, 251, 252 (zu Art. 13 Lugano-Übereinkommen 1988); *Mankowski*, EWiR 2010, 323, 324; *Pilich*, Ausrichten der Tätigkeit des Unternehmers auf den Wohnsitzstaat des Verbrauchers, GPR 2011, 178, 181; *Staudinger* in: Ferrari (Fn. 38), Art. 6 Rom I-VO Rn. 47.

<sup>76</sup> OLG Hamburg, Urteil v. 23.6.2004 – 4 U 156/03, IPRax 2005, 251, 252 (zu Art. 13 Lugano-Übereinkommen 1988).

<sup>77</sup> OGH, Beschluss v. 15.7.2014 – 10 Ob 21/14g, Rechtliche Beurteilung Ziff. 7.

Daraus folgt für das Influencer-Marketing folgendes: Besteht zwischen Influencer und Unternehmer keine Verbindung oder entsteht die Verbindung des Influencers zum Unternehmer erst, nachdem der Influencer seinen Beitrag abgesetzt hat, kann dem Unternehmer der Beitrag nicht zugerechnet werden. Besteht zwischen Influencer und Unternehmer hingegen ein Werbevertrag, wozu der Influencer Gegenleistungen erhält und dafür das Unternehmen entsprechend präsentiert, ist dem Unternehmer der Beitrag zurechenbar.

Bittet der Unternehmer den Influencer lediglich um lobende Erwähnung oder lässt er ihm einmalig kostenlose oder vergünstigte Produkte oder Dienstleistungen zukommen, kann von einer strategischen Partnerschaft nicht die Rede sein. Gleichwohl spricht die gesetzgeberische Zielsetzung hinter Art. 17 Brüssel Ia-VO und Art. 6 Rom I-VO für eine Zurechnung des Beitrags auch in diesen Fällen: Geschützt werden soll der Verbraucher, den der Unternehmer aus seinem Wohnsitz-/Aufenthaltsstaat in den Unternehmerstaat lockt.<sup>78</sup> Diese Lockwirkung besteht auch bei punktuellen Verbindungen zwischen Unternehmer und Influencer. Würden punktuelle Verbindungen zu Influencern nicht erfasst, müsste der Unternehmer nur möglichst viele Influencer ansprechen, um eine weite Streubreite seiner Marketing-Maßnahmen zu erreichen. Zudem ist für Unternehmer vorhersehbar, dass sie im Verbraucherstaat gerichtspflichtig werden und dass das Recht des Verbraucherstaates Anwendung findet,<sup>79</sup> wenn Influencer mit ihrer Kenntnis und Zustimmung werben. Für eine Zurechnung jeglicher mit Wissen und Wollen des Unternehmers vorgenommenen Werbemaßnahmen spricht außerdem ein historisches Argument: § 41 östIPRG diene, zumindest teilweise, als Vorbild und stellt auch auf Wissen und Wollen ab.<sup>80</sup> Letztlich deutet auch die Rechtsprechung des EuGH darauf hin, dass eine strategische Geschäftsbeziehung nicht erforderlich ist.<sup>81</sup>

Ob die Verbindung zwischen Influencer und Unternehmer auf Initiative des Influencers oder des Unternehmers zustande gekommen ist, ist einerlei. Auch ob der Influencer irgendeine Art von Gegenleistung erhält,<sup>82</sup> ist nicht entscheidend. Es genügt, wenn dem Unternehmer die Tätigkeit des Influencers bekannt ist und er eingewilligt hat. Kenntnis und Zustimmung des Unternehmers müssen sich zum einen auf die werbende Tätigkeit des Influencers beziehen. Zum anderen muss dem Unternehmer bekannt oder gleichgültig sein, welche Staaten der Influencer mit seinen Beiträgen anspricht.

---

<sup>78</sup> Siehe oben I.

<sup>79</sup> Siehe oben III.2.

<sup>80</sup> *Mankowski*, EWIR 2010, 323, 324.

<sup>81</sup> EuGH, Urteil v. 7.12.2010 – Rs. C-585/08, C-144/09, *Peter Pammer./Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG und Hotel Alpenhof GesmbH./Oliver Heller*, Slg. 2010 I-12570, Rn. 89 = NJW 2011, 505.

<sup>82</sup> Siehe oben II.3.

#### 4. Weitere Anforderungen

Angesichts der unterschiedlichen Streubreite von Beiträgen in sozialen Netzwerken und auf anderen Plattformen ist zu erwägen, ob der Verbraucher Teil des abstrakten Adressatenkreises des Beitrages sein muss (a) oder ob der Beitrag Teil einer generellen Orientierung des Unternehmers auf den Verbraucherstaat sein muss (b)).

##### a) Verbraucher als Teil des abstrakten Adressatenkreises

Auch wenn eine kausale Verbindung zwischen dem Ausrichten und dem Vertragsschluss nicht erforderlich ist,<sup>83</sup> vertreten Teile der Literatur die Ansicht, der Verbraucher müsse zumindest zum abstrakten Adressatenkreis zählen.<sup>84</sup> Bei Anwendung dieser Voraussetzung müsste man zwischen privaten und öffentlichen Profilen unterscheiden.<sup>85</sup> Bei privaten Accounts fielen nur die jeweiligen Abonnenten, Follower oder Freunde des Accountinhabers unter die Verbraucherschützenden Vorschriften. Mangels Sichtbarkeit dürfte ein Ausrichten für alle außerhalb dieses Kreises stehenden Personen zu verneinen sein.

Bei Werbung über öffentliche Accounts bei Instagram fielen neben den Abonnenten des Accountinhabers alle registrierten Nutzer des sozialen Netzwerks unter die Verbraucherschützenden Vorschriften, weil diese über Suchfunktion, Profilvorschläge und Reposts auf den Beitrag stoßen können.<sup>86</sup> Öffentliche Konten sind darüber hinaus, zumindest bei Instagram, auch für nicht registrierte Personen zumindest teilweise sichtbar,<sup>87</sup> sodass auch nicht registrierte Nutzer zum abstrakten Adressatenkreis zählen könnten.

Gegen die Beschränkung auf den abstrakten Adressatenkreisen spricht indes, dass das Merkmal des Ausrichtens dem Wortlaut nach ausschließlich an ein Verhalten des Unternehmers anknüpft.<sup>88</sup> Nach der Rechtsprechung des EuGH kommt es deshalb nur darauf an, dass sich aus dem Verhalten des Unternehmers ein Kontrahierungswille ergibt.<sup>89</sup> Bisweilen beschränken Unternehmer beispielsweise bei Printwerbung den Adressatenkreis auf Personen, die sie für besonders konsumwillig oder werbeanfällig halten: Verschickt ein Unternehmer

<sup>83</sup> Siehe oben III.

<sup>84</sup> *Staudinger/Steinrötter*, Anmerkung zu EuGH, Urteil v. 17.10.2013 – C-218/12, NJW 2013, 3505, 3506; *Paulus*, in: Geimer/Schütze (Fn. 60), Art. 17 Brüssel Ia-VO Rn. 66.

<sup>85</sup> Zur Unterscheidung siehe oben II.1.

<sup>86</sup> Siehe oben II.1.

<sup>87</sup> Siehe oben II.1.

<sup>88</sup> EuGH, Urteil v. 7.12.2010 – Rs. C-585/08 und C-144/09, *Peter Pammer ./ Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG und Hotel Alpenhof GesmbH ./ Oliver Heller*, Slg 2010, I-12570, Rn. 60.

<sup>89</sup> EuGH, Urteil v. 7.12.2010 – Rs. C-585/08 und C-144/09, *Peter Pammer ./ Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG und Hotel Alpenhof GesmbH ./ Oliver Heller*, Slg 2010, I-12570, Rn. 75; ebenso: BGH, Urteil v. 9.2.2017 – IX ZR 67/16, Rn. 44 juris.

an jeden Haushalt, in dem ausschließlich Personen im Alter von über 65 Jahren leben, einen Werbeflyer, dann gehören Personen unter 65 Jahren nicht zum abstrakten Adressatenkreis der Werbeaktion. Hieraus ergibt sich aber nicht, dass der Unternehmer nicht mit allen Verbrauchern dieses Staates Geschäftsbeziehungen eingehen will, sondern nur, dass er seine Marketing-Strategie auf vermeintlich leichte Beute konzentriert. Schließt ein Verbraucher, der jünger als 65 Jahre ist, einen Vertrag mit dem Unternehmer, ist auch dieser Verbraucher geschützt.<sup>90</sup>

Die Beschränkung der Werbung auf einen eingrenzbaaren und konkretisierten Personenkreis sollte die Anwendbarkeit der verbraucherschützenden Vorschriften auf Personen außerhalb dieses Personenkreises folglich nicht pauschal ausschließen.<sup>91</sup> Dies gilt auch, wenn der Unternehmer seine Marketing-Strategie auf Influencer konzentriert. Geschützt sind nicht nur Personen, die in den abstrakten Adressatenkreis fallen, sondern auch Personen außerhalb des Adressatenkreises. Nur wenn aus den Umständen hervorgeht, dass der Unternehmer ausschließlich mit dem Adressatenkreis Geschäftsbeziehungen eingehen will, ist keine Ausrichtung auf Personen außerhalb des Adressatenkreises anzunehmen.

#### *b) Ausrichtung als generelle Orientierung auf den Verbraucherstaat*

Der Wortsinn des Merkmals „Ausrichten“ könnte darauf hindeuten, dass die auf den Verbraucherstaat gerichtete Werbemaßnahme eine gewisse Erheblichkeit erreichen muss. Demnach fielen unter den Begriff des Ausrichtens keine Einzelaktionen, sondern nur die generelle Orientierung auf einen anderen Staat. Im Hinblick auf klassische Werbung wird dementsprechend die Auffassung vertreten, ein einmaliges Versenden von Katalogen an eine Einzelperson genüge nicht.<sup>92</sup>

Diese pauschale Einschränkung ist vor dem Hintergrund, dass nach den Vorgängerfassungen im Brüsseler Übereinkommen und im Römischen Übereinkommen bereits „ein ausdrückliches Angebot“ oder „eine Werbung“ und damit Maßnahmen gegenüber einer Einzelperson ausreichen, zweifelhaft.<sup>93</sup> Der Begriff des Ausrichtens sollte die Vorgängerfassungen nicht eingeschränken, sondern erweitern. Demnach können grundsätzlich Einzelaktionen genügen. Der nach der Rechtsprechung des EuGH erforderliche unternehmerische Kontra-

<sup>90</sup> Siehe oben III.2.

<sup>91</sup> BGH, Urteil v. 9.2.2017 – IX ZR 67/16, Rn. 42 juris.

<sup>92</sup> OGH, Beschluss v. 8.9.2009 – 1 Ob 158/09f, ZIP 2010, 1154, 1155; *Staudinger*, in: *Rauscher* (Fn. 13), Art. 17 Brüssel Ia-VO Rn. 13; *Staudinger* in: *Ferrari* (Fn. 38), Art. 6 Rom I-VO Rn. 47; a. A. *Paulus*, in: *Geimer/Schütze* (Fn. 60), Art. 17 Brüssel Ia-VO Rn. 56.

<sup>93</sup> So auch BGH, Urteil v. 9.2.2017 – IX ZR 67/16, BeckRS 2017, 103609 Rn. 44; BGH, Urteil v. 6.7.2017 – IX ZR 38/16, IPRax 2018, 620 Rn. 24 (m. Anm. *Rademacher*); *Paulus*, in: *Geimer/Schütze* (Fn. 60), Art. 17 Brüssel Ia-VO Rn. 56.

hierungswillen mit Verbrauchern aus dem Verbraucherstaat<sup>94</sup> kann jedoch bei Einzelaktionen fehlen. Maßgeblich ist im Rahmen des Influencer-Marketings, ob der mit Kenntnis und Zustimmung des Unternehmers abgesetzte Beitrag bereits auf einen Kontrahierungswillen mit Verbrauchern aus einem anderen Staat schließen lässt.

#### IV. Schluss

Der EU-Gesetzgeber wollte mit dem Begriff des Ausrichtens offen bleiben für moderne Formen des Marketings und dadurch Verbraucher auch in der Zukunft schützen. Dass dies grundsätzlich gelingt, hat dieser Beitrag gezeigt. Gleichzeitig enthüllt der Fall des Influencer-Marketings die Abhängigkeit des Ausrichtungsmerkmals von den Umständen des Einzelfalls:<sup>95</sup>

1. Influencer-Marketing kann vom Begriff des Ausrichtens erfasst sein. An die Ausgestaltung des Beitrags sind keine zu hohen Anforderungen zu stellen, sofern das Unternehmen erkennbar und anhand der Angaben im Beitrag auffindbar ist (I.1.).

2. Indizien für den erforderlichen Kontrahierungswillen des Unternehmers mit Verbrauchern aus dem Verbraucherstaat bietet der Influencer-Beitrag, wenn er (auch) an Verbraucher aus diesem Staat adressiert ist. Wann eine solche Adressierung anzunehmen ist, muss im Einzelfall anhand der Herkunft der Abonnenten und der Aktivität des Influencers festgestellt werden (II.2.b).

3. Entscheidend für die Bejahung des Ausrichtungskriteriums ist die Verbindung zwischen Influencer und Unternehmer. Ausreichend ist eine Tätigkeit des Influencers in Kenntnis und mit Zustimmung des Unternehmers (III.3.). Die Beweislast für die Verbindung zwischen Unternehmer und Influencer bestimmt sich nach nationalem Recht und liegt regelmäßig beim Verbraucher.<sup>96</sup> Da aufgrund der Unsicherheit von Social-Media-Nutzern über die wettbewerbsrechtliche Kennzeichnungspflicht mittlerweile auch Beiträge als Werbung gekennzeichnet werden, denen keine Kooperation mit einem Unternehmen vorausgegangen ist,<sup>97</sup> kann allein aus der Kennzeichnung als Werbung keine Verbindung abgeleitet werden. Dementsprechend wird es für einen Verbraucher beinahe unmöglich sein, eine Verbindung zwischen Unternehmer und Influencer zu beweisen. Der verbraucherschützende Charakter der Art. 17 Brüssel Ia-

<sup>94</sup> Siehe oben III.2.

<sup>95</sup> Krit. zur Rechtssicherheit (in Bezug auf Websites) deshalb *Brand*, IPRax 2013, 126, 127.

<sup>96</sup> *Czernich/Kodek/Mayr*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht, 4. Auflage 2015, Art. 17 Rn. 11; *Keiler/Binder*, RRa 2009, 210, 217; *Mankowski*, IPRax 2012, 144, 146; *Mankowski*, Die Darlegungs- und Beweislast für die Tatbestände des Internationalen Verbraucherprozess- und Verbrauchervertragsrechts, IPRax 2009, 474, 478 ff.; *Pilich*, GPR 2011, 178, 181.

<sup>97</sup> Siehe dazu II.3.

VO, Art. 6 Rom I-VO und der Grundsatz des *effet utile* (Art. 4 Abs. 3 EUV)<sup>98</sup> dürften aber eine Beweiserleichterung für den Verbraucher rechtfertigen.<sup>99</sup> Der Unternehmer kann das Fehlen einer Verbindung zum Influencer beweisen, indem er seine Marketing-Strategie offenlegt.

4. Dass der Verbraucher zum Adressatenkreis des Influencer-Marketings gehört (III.4.a) oder dass der Unternehmer Influencer-Marketing im erheblichen Umfang betreibt (III.4.b)), ist grundsätzlich nicht erforderlich, solange Indizien für einen unternehmerischen Kontrahierungswillen mit Verbrauchern aus dem Verbraucherstaat bestehen.

---

<sup>98</sup> *Mankowski*, IPRax 2009, 474, 475.

<sup>99</sup> *Pilich*, GPR 2011, 178, 181.

