

Prof. Dr. Inge Scherer, Würzburg*

Rezeption kommerzieller Kommunikation in sozialen Netzwerken durch minderjährige Nutzer

INHALT

- I. Einleitung
- II. Nutzung sozialer Netzwerke durch Minderjährige
- III. Wahrnehmung kommerzieller Kommunikation durch Minderjährige
- IV. Rechtliche Möglichkeiten
 - 1. Geschäftliche Handlung gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG
 - 2. Beurteilungsmaßstab gem. § 3 Abs. 4 S. 2 UWG?
 - 3. Nr. 11 der „Schwarzen Liste“
 - 4. § 5a Abs. 6 UWG
 - 5. § 5 Abs. 1 UWG
 - 6. Nr. 28 der „Schwarzen Liste“
 - 7. § 3a UWG i. V. m. § 6 Abs. 2 JMStV / § 6 Abs. 1 TMG
 - 8. § 4a Abs. 2 S. 1 Nr. 3, S. 2 UWG
- V. Ergebnis

I. Einleitung

- 1 Minderjährige nutzen soziale Netzwerke immer stärker; für viele Angehörige dieser Altersgruppe ist der Status als Nutzer in einem sozialen Netzwerk – Facebook, Instagram, Snapchat, Youtube etc. – mittlerweile Standard. Dort besteht für sie nicht nur die Möglichkeit, selbst Mitteilungen zu machen und Fotos oder Videos zu posten, sondern auch als Follower anderer Nutzer deren Beiträge zu sehen und zu kommentieren oder zu bewerten. In diesen Beiträgen finden sich jedoch mittlerweile verstärkt kommerzielle Inhalte: Neben der klassischen, auch im Internet außerhalb sowie innerhalb sozialer Netzwerke präsenten Werbung¹⁾ mit Popups, Banner oder Homepages der Unternehmen, ist ein starker aktueller Trend das sogenannte Influencer-Marketing. Selbst wenn der betreffende Influencer nicht minderjährig²⁾ ist, hat er häufig eine Vielzahl an minderjährigen Followern.
- 2 Beim Influencer-Marketing geht es – plakativ ausgedrückt – darum, unter vorgegeblicher Authentizität kommerzielle Inhalte zu kommunizieren und zwar mit möglichst großer Reichweite.³⁾ Der Influencer stellt innerhalb seiner Follower einen Meinungs-

macher dar, der jedoch – weil seine Posts nach Inhalt und Aufmachung Privatheit präsentieren – im kommerziellen Bereich nicht als kommerzieller Botschafter eingeordnet wird. Genau dies macht seine Stärke für die werbenden Unternehmen aus. Dies ist jedoch – insbesondere für die minderjährigen Nutzer – auch die größte Gefahr: Denn das Vertrauen in eine positive Aussage zu einem Produkt ist wesentlich höher, und die Sichtweise der Adressaten wesentlich unkritischer, wenn der Betreffende als unabhängig eingestuft wird und geradezu als „befeundet“ gilt. Letzteres ist für die Gemeinde der Follower charakteristisch: Häufig gibt es täglich Posts mit Mitteilungen zu den alltäglichen Befindlichkeiten einschließlich umfangreichen Bildmaterials über aktuelle Lebensumstände des Influencers.⁴⁾

Für minderjährige Follower gerät so sehr schnell die Influencerin zu einem nachahmenswerten Vorbild, einer Art virtueller „großer Schwester“.⁵⁾ Plakativ beschreibt dies *Steven Woods*: „A good influencer is one that has built up the trust with their audience to where a paid product placement in a post seems authentic even though it is known they are receiving compensation. By consistently creating content and building a relationship with their followers, influencers gain the trust and confidence of those who follow them. The application of a product into a real life also entices followers to view the product favorably, especially if it is used by someone they admire and trust.“⁶⁾

Die Rechtsprechung hatte zwar bisher in einigen Entscheidungen Stellung genommen zur Kennzeichnungspflicht von Posts von Influencern, die als kommerzielle Kommunikation eingestuft wurden.⁷⁾ Lediglich kurz erwähnt wurde in den Entscheidungsgründen nur eines Judikats jedoch, dass erschwerend hinzukomme, dass auch jugendlichen Personen die betreffende Influencerin bekannt sei, wobei gerade für diesen Teil der Follower „das Vermischen von werbenden mit rein textlichen Elementen nicht sofort erkennbar sein“ werde.⁸⁾ Eine vertiefte Auseinandersetzung gerade mit diesem Problem minderjähriger Follower fehlt jedoch sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur.

Es stellt sich nämlich die Frage, ob Minderjährige überhaupt kommerzielle Kommunikation als solche erkennen und wenn

* Mehr über die Autorin erfahren Sie auf S. 403.

1) Die Organisation der Mediaagenturen (OMG) schätzt das Entgelt für Werbung bei Facebook in Deutschland im Jahr 2017 auf rund eine Milliarde Euro, wobei 85% Display-Werbung ausmachen; für 2018 wird ein Zuwachs von Einnahmen bei 10–12% erwartet, <https://www.klickwert.de/display-werbung-so-viel-marktanteil-hat-facebook/>.

2) Zu der Situation minderjähriger Influencer vgl. *Linn Maira Jäpel*, http://www.grossstadt-papier.de/lebensart/news/wenn-minderjaehrige-meinung-machen/?tx_news_pi1%5Bcontroller%5D=News&tx_news_pi1%5Baction%5D=detail&cHash=cfcc69c87b24b4c340c3fede06e404db.

3) Ausführlich zum Influencer Marketing *Henning-Bodewig*, WRP 2017, 1415 ff.; *Mallik/Weller*, WRP 2018, 155 ff., *dies.*, WRP 2018, 1289 ff.; *Schönhofen/Detmering*, WRP 2018, 1171 ff.; *Mach*, WRP 2018, 166 ff.; *Lehmann*, WRP 2018, 772 ff.; *Lettmann*, GRUR 2018, 1206 ff.; *Ahrens*, GRUR 2018, 1211 ff.; *Peifer*, GRUR 2018, 1218 ff.; *Lichtnecker*, MMR 2018, 512 ff.; *Gereke*, GRUR 2018, 153 ff.; *Suwelak*, MMR 2017, 661 ff., jeweils m. w. N.; zu an Kinder gerichteter Online-Werbung für Lebensmittel *Sosniza*, WRP 2018, 905.

4) Beispielhaft sei hier die Antragsgegnerin (Vreni Frost) aus dem Verfahren vor dem LG Berlin, 24.05.2018 – 52 O 101/18, MMR 2018, 543 und die Berufungsklägerin aus dem Berufungsverfahren vor dem KG, 08.01.2019 – 5 U 83/18, WRP 2019, 339 (in diesem Heft) genannt, die als Influencerin und Bloggerin u. a. zu den Themen Mode, Beauty, Living, Travel und Lifestyle postet und bei Instagram bereits damals mehr als 50.000 Follower hatte; sie erzielt ausweislich des Tatbestandes der Entscheidung des LG Berlin und eigener Angaben dadurch Einkünfte, dass sie Produkte vermarktet, indem sie ihr eigenes Leben mit den dazu passenden Produkten inszeniert und ihren Followern eine virtuelle Welt präsentiert, die jene anziehend finden. Diese Tätigkeit scheint so einträglich, dass sie sogar ausweislich des Tatbestands der Entscheidung des LG Berlin in den Räumen einer Werbeagentur eine Geschäftsanschrift unterhält. Nach Angaben der Antragsgegnerin kann ein Blogger für je 10.000 Follower für ein einziges Bild auf Instagram 100,- Euro verlangen, <https://www.prreport.de/single-news/uid-11934/vreni-frost-ich-wollte-schlicht-mehr-reichweite/>.

5) Ausführlich hierzu *Woods*, #Sponsored: The Emergence of Influencer-Marketing, 2016, S. 6 ff., 14 ff., *University of Tennessee Honors Thesis Projects*, https://trace.tennessee.edu/utk_chanhonoproj/1976.

6) *Woods*, #Sponsored (Fn. 5), S. 15.

7) OLG Celle, 08.06.2017 – 13 U 53/17, GRUR 2017, 1158 = WRP 2017, 1236 – Hashtag #ad; KG, 11.10.2017 – 5 W 221/17, MMR 2018, 98 = WRP 2018, 98; KG, 17.10.2017 – 5 W 233/17, MMR 2018, 245 = WRP 2018, 224; LG Berlin, 24.05.2018 – 52 O 101/18, MMR 2018, 543; LG Hagen, 13.09.2017 – 23 O 30/17, MMR 2018, 106.

8) LG Hagen, 13.09.2017 – 23 O 30/17, MMR 2018, 106 Rn. 23.

Scherer, Rezeption kommerzieller Kommunikation in sozialen Netzwerken durch Minderjährige

ja, ab welchem Alter. Selbst wenn Inhalte als kommerzielle Kommunikation erkannt werden, fragt es sich, wie Minderjährige hierauf reagieren. Dies gilt insbesondere unter den Bedingungen sozialer Netzwerke, in denen die jeweiligen Follower zu der virtuellen Bezugsperson ohnehin ein gänzlich anderes Verhältnis haben als zu Personen, die bei klassischer Internetwerbung im Mittelpunkt stehen, etwa Popstars oder andere Celebrities, die als Testimonials⁹⁾ werben. Zudem sind mit diesem minderjährigen Adressatenkreis spezielle Rechtsprobleme verknüpft, die sich bei einem Kreis von ausschließlich erwachsenen Followern nicht stellen.

- 6 Vorliegend soll zunächst untersucht werden, welche Konsumgewohnheiten minderjährige Nutzer sozialer Netzwerke im Hinblick auf die Online-Angebote haben und in welchem Umfang welche Altersgruppe hier vertreten ist. Zudem sind von Interesse die Kontakte der minderjährigen Nutzer mit Influencer-Marketing und die datenbasierten Auswirkungen auf diese Nutzergruppe, insbesondere hinsichtlich der Akzeptanz und des Kaufverhaltens. Sodann wird geklärt werden, wie kommerzielle Kommunikation von Minderjährigen generell rezipiert wird und wie die alterstypischen Reaktionen Minderjähriger auf diese Inhalte sind. Die rechtlichen Probleme, die sich hieraus ergeben, werden anschließend untersucht. Hierbei stehen § 3 Abs. 4 S. 2 UWG, § 5a Abs. 6 UWG, Nr. 11 und Nr. 28 des UWG-Anhangs, § 4a Abs. 2, S. 1 Nr. 3, S. 2 UWG sowie § 3a UWG i. V. m. § 6 Abs. 2 JMStV bzw. § 6 Abs. 1 TMG im Fokus.

II. Nutzung sozialer Netzwerke durch Minderjährige

- 7 In einer Studie des Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien wurde bereits 2014 gezeigt, dass 85% der 16-18jährigen sich über das Internet informieren, davon 63% über soziale Netzwerke; bei den 14-15jährigen waren es 67%, bei 12-13jährigen waren es 49%, bei 10-11jährigen nutzen 17% das Internet für ihre Information.¹⁰⁾ Die Ausgangslage ist somit eine starke Nutzung des Internet und insbesondere sozialer Netzwerke bei Minderjährigen.
- 8 In einer Basisstudie zum Medienumgang 12-19jähriger in Deutschland im Jahr 2017¹¹⁾ durch den Medienpädagogischen Forschungsverbund Südwest (mpfs) wurde festgestellt, dass insgesamt 97% der 12-19jährigen ein Smartphone besitzen, sogar bei den 12-13jährigen noch 92%, ab 14 Jahre 98%-99%, so dass hier faktisch Vollversorgung besteht. Davon nutzen 97% regelmäßig mehrmals pro Woche Internet und Smartphone, 86% sehen regelmäßig Online-Videos, z. B. bei Youtube. 89% der 12-19jährigen sind täglich online: 78% der 12-13jährigen, 89% der 14-15jährigen, 94% der 16-17jährigen, 94% der 18-19jährigen. Die durchschnittliche Online-Dauer beträgt durchschnittlich 221 Minuten, bei den 12-13jährigen 142 Minuten, bei den 14-15jährigen 236 Minuten, bei den 16-17jährigen 247 Minuten, bei den 18-19jährigen 252 Minuten. Dabei machen Kommunikation und Unterhaltung mit 38% und 30% die jeweils größten Anteile der Verweildauer im Internet aus. Youtube steht mit fast zwei Dritteln an erster Stelle der Beliebtheit von Online-Angeboten, gefolgt von WhatsApp und Instagram. Auf den Plätzen vier und fünf folgen Snapchat und Facebook. Youtube verliert mit

zunehmendem Alter der Jugendlichen an Kultstatus: Bei den 12-13jährigen war es das Lieblingsangebot für 76%, bei den 14-15jährigen für 69%, bei den 16-17jährigen für 51%. Snapchat ist vor allem für die 14-17jährigen attraktiv: War es für die 12-13jährigen nur für 9% anziehend, so stieg bei den 14-15jährigen die Attraktivität auf 21% und bei den 16-17jährigen auf 24%. Facebook kann als Lieblingsangebot bei den Jüngeren immer weniger punkten: Bei den 12-13jährigen ist es nur für 2% attraktiv, bei den 14-15jährigen für 7%, bei den 16-17jährigen für 17%. WhatsApp wird von 89% der Befragten täglich genutzt, Instagram 44%, Snapchat 39%. Unter den Instagram-Nutzern gaben 82% an, dass sie häufig Personen folgen, die sie persönlich kennen, 43%, dass sie häufig Personen folgen, die zu einem bestimmten Thema etwas posten, Stars und Prominenten 34% und Internet-Stars 25%.

In der Studie „Psychology of Following“ der Visual-Marketing-Plattform Olapic, die im November 2017 von Cite Research durchgeführt wurde,¹²⁾ gaben 44% aller Befragten an, dass sie den Kauf eines Produkts oder einer Dienstleistung auf der Grundlage des Posts eines Influencers in Erwägung gezogen haben. 31% gaben an, dass sie bereits ein Produkt oder eine Dienstleistung auf der Grundlage des Posts eines Influencers gekauft haben, bei der Altersgruppe der 16-24jährigen sogar 44%, und 24% gaben an, ein Produkt oder eine Dienstleistung auf der Basis des Posts eines Influencers weiterempfohlen zu haben.

In der Studie „Bedeutung von Influencer Marketing in Deutschland 2017“, einer Studie im Auftrag des Bundesverbandes Digitale Wirtschaft (BVDW) und der Influry GmbH vom April 2017,¹³⁾ wurde festgestellt, dass jeder fünfte der 14-17jährigen schon mal ein Produkt später auch gekauft hat, das zuvor von einem Influencer beworben wurde. Die interessantesten Produktkategorien für die 14-17jährigen sind dabei Beauty, Essen und Mode. Dabei sind Influencer nach den Freunden und Kundenbewertungen die glaubwürdigste Quelle für die Befragten (29%), bei den 14-17jährigen sogar 41%. Dabei gaben sie als Hauptgrund an, sich persönlich angesprochen zu fühlen. Die Glaubwürdigkeit von Stars und anderen Celebrities, die als Testimonials werben, und denen die Befragten auf anderen sozialen Netzwerken folgen, belief sich lediglich auf 5%.

Aus diesen Daten kann zunächst dreierlei konstatiert werden:¹¹⁾ Erstens erreicht Influencer-Marketing große Teile der Minderjährigen, da nahezu jeder Minderjährige ab 12 Jahren ein Smartphone besitzt und regelmäßig längere Zeit in sozialen Netzwerken surft. Zweitens ist Influencer-Marketing aufgrund der vermeintlichen Authentizität wesentlich wirkungsvoller als klassische Werbung, selbst als Testimonial-Werbung in sozialen Netzwerken. Drittens ist die Erfolgsquote eines Kaufs aufgrund Empfehlung eines Influencers bei minderjährigen Followern und jüngeren Erwachsenen deutlich höher als bei reiferen Erwachsenen.

III. Wahrnehmung kommerzieller Kommunikation durch Minderjährige

Bei der Wahrnehmung kommerzieller Kommunikation und der Reaktion hierauf gibt es bei den Minderjährigen erhebliche Unterschiede, die je nach Altersstufe variieren: Dies betrifft zunächst die kognitive Fähigkeit der Minderjährigen, aufgrund ihrer alterstypischen Entwicklung kommerzielle Kommunikation überhaupt als solche wahrzunehmen. Diese Fähigkeit ist bei Kindern im Vorschulalter, die hier jedoch – aufgrund ihrer feh-

9) Dies ist ein „Werbepostschaffer“ innerhalb der klassischen Werbung, also eine bekannte Person, die zu der Werbezzielgruppe affin ist und die sich konkret für ein Produkt ausspricht und die mit ihrem Auftritt die Glaubwürdigkeit der Werbebotschaft erhöhen soll, z. B. Thomas Gottschalk, der von 1991 bis 2015 für Haribo warb; <https://de.wikipedia.org/wiki/Testimonial>.

10) Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien, <https://www.bitkom.org/Presse/Presseinformation/Internet-vor-Fernsehen-und-Radio-als-Nachrichtenquelle.html>.

11) Medienpädagogischer Forschungsverbund Südwest (mpfs): Jugend, Information (Multi-)Media – Basisstudie zum Medienumgang 12-19jähriger in Deutschland, 2017, https://www.mpfs.de/fileadmin/files/Studien/JIM/2017/JIM_2017.pdf.

12) www.olapic.com/resources/consumer-research-psychology-following-whitepaper-s1cp/.

13) Bedeutung von Influencer Marketing in Deutschland 2017, BVDW und INFLURY, 2017.

Scherer, Rezeption kommerzieller Kommunikation in sozialen Netzwerken durch Minderjährige

lenden Nutzung sozialer Netzwerke außer Acht gelassen werden können – noch nicht vorhanden; erst ab dem 7. Lebensjahr beginnt regelmäßig die Phase logischen Denkens und der Auseinandersetzung mit der Umwelt.¹⁴⁾ Für die hier relevante Altersgruppe ab dem 11. Lebensjahr können Minderjährige bereits zum großen Teil die formal-logischen Denkopoperationen eines Erwachsenen durchführen; abstrakte intellektuelle Operationen werden in dieser Altersstufe vorgenommen.¹⁵⁾

- 13** So hat eine Studie zu Kindern und Online-Werbung ergeben, dass selbst bei der Altersgruppe der 6-11jährigen 75% bereits Werbung im Internet häufig erkennen können.¹⁶⁾ Je älter und internetaffiner die Kinder sind, desto sicherer erkannten sie werbliche Inhalte.¹⁷⁾ Die 6-11jährigen griffen dabei auf abstrakte Erkennungsmerkmale wie Gestaltung (27%), vorhandene Kennzeichnung (26%), Bekanntheit des beworbenen Produkts aus anderen Medien (21%) oder eine Preisangabe (21%) zurück.¹⁸⁾ Kommerzielle Kommunikation kann also bei der für das Influencer-Marketing in sozialen Netzwerken relevanten Altersgruppe, die ohnehin älter ist als 6-11 Jahre, als solche erkannt werden.
- 14** Für die Frage der Reaktion der Minderjährigen ist zusätzlich zu dem kognitiven Prozess des Erkennens kommerzieller Kommunikation jedoch ebenso relevant die Frage der Reaktion auf die empfangene kommerzielle Kommunikation. Gefragt ist hier die Fähigkeit, die Intention des Werbenden zu erkennen und sie in Relation zum eigenen Standpunkt zu setzen.¹⁹⁾ Dies ist die Voraussetzung für kritische Reflexion dieser kommerziellen Kommunikation und die darauf basierende Entscheidung beim Adressaten. Diese Phase beginnt mit etwa 10 Jahren und ist spätestens mit 15 Jahren abgeschlossen. Spätestens ab 15 Jahren besteht zwischen Minderjährigen und Erwachsenen entwicklungspsychologisch kein Unterschied mehr.²⁰⁾ Hier besteht die kognitive und voluntative Fähigkeit der Minderjährigen, eine „Dritte-Person-Perspektive“ einzunehmen oder die Sichtweise eines „generalisierenden Dritten“.
- 15** Die hier ermittelten Befunde stimmen überein mit den oben²¹⁾ festgestellten Fakten, dass minderjährige Nutzer sozialer Medien klar unterscheiden zwischen Werbung mittels Testimonials und Influencern. Dies setzt nämlich voraus, dass sie nicht nur die in beiden Fällen vorhandene kommerzielle Kommunikation als solche erkennen, sondern auch bewerten. Zugleich wird durch die Tatsache, dass zwischen Jugendlichen und jungen Erwachsenen einerseits und reiferen Erwachsenen andererseits im Kaufverhalten aufgrund Influencer-Marketing ein Unterschied besteht, die oben beschriebene Entwicklungsaffinität zwischen Jugendlichen und (jungen) Erwachsenen bestätigt.
- 16** Zu beachten ist jedoch, dass den Minderjährigen in jedem Fall Lebens- und damit auch Geschäftserfahrung fehlt, gleichgültig in welchem Bereich. Die Tatsache, dass die Influencer von ihren Followern als authentisch angesehen werden, obwohl sie genau

wissen, dass der mit „Werbung“ gekennzeichnete Post kommerzielle Kommunikation ist, spricht dafür, dass hier die mangelnde Erfahrung zum Tragen kommt.²²⁾ Jedoch gilt dies nicht nur für die Minderjährigen, sondern ebenso für die jungen erwachsenen Follower. Eine Reaktanz wird hier nicht entwickelt.²³⁾ Es fragt sich angesichts dieses empirischen Befundes, welche rechtlichen Möglichkeiten bestehen, wenigstens rudimentär regulierend einzugreifen.

IV. Rechtliche Möglichkeiten

1. Geschäftliche Handlung gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG

Eine geschäftliche Handlung liegt beim Influencer-Marketing unproblematisch immer dann vor, wenn der jeweilige Post bezahlt wird.²⁴⁾ Im Übrigen ist zu differenzieren: Mit der Rechtsprechung ist davon auszugehen, dass sich aus einer Gesamtbetrachtung aller Umstände ergibt, ob die Äußerung objektiv mit der Förderung des Absatzes des geposteten Produkts zusammenhängt. Dies können etwa „sprechende“ Links sein, die unmittelbar zu dem Internetauftritt des betreffenden Unternehmens führen,²⁵⁾ geldwerte Vorteile wie Rabatte oder Zugaben oder die kostenlose Überlassung der präsentierten Produkte.²⁶⁾

Lediglich beim letztgenannten Punkt besteht in der Rechtsprechung noch keine Klärung, ob hierfür auch niedrige Produktwerte ausreichen. Stimmen in der Literatur zweifeln hieran bei sehr niedrigen Produktwerten, wie etwa einem Lippenstift.²⁷⁾ Jedoch muss hier gesehen werden, dass die Influencer häufig selbst ein sehr junges Alter mit den typischerweise damit einhergehenden eingeschränkten finanziellen Möglichkeiten haben, so dass die kostenlose Überlassung selbst bei sehr niedrigen Produktwerten für den objektiven Absatzförderungszusammenhang ausreichen muss, wenn der Influencer anschließend positiv über das Produkt postet.²⁸⁾

2. Beurteilungsmaßstab gem. § 3 Abs. 4 S. 2 UWG?

Zunächst fragt es sich, ob als Beurteilungsmaßstab für den Adressatenkreis § 3 Abs. 4 S. 2 UWG heranzuziehen ist, also als Bezugsgruppe die besonders schutzbedürftigen Minderjährigen maßgeblich sind. Hierzu existiert speziell für das Influencer-Marketing noch keine Entscheidung. In der Literatur wird teilweise die Anwendung von § 3 Abs. 4 S. 2 UWG als Beurteilungsmaßstab befürwortet.²⁹⁾

In der Entscheidung „Goldbärenbarren“ hat der BGH festgestellt, dass § 3 Abs. 4 S. 2 UWG lediglich dann zur Anwendung kommen kann, wenn die Werbung für den Unternehmer vorhersehbar nur diese besonders schutzbedürftige Gruppe – vorliegend also Minderjährige – betrifft.³⁰⁾ Für die Prüfung nach diesem strengen Maßstab ist es erforderlich, aber auch ausreichend, dass die geschäftliche Handlung voraussichtlich und vorherseh-

14) Albert, Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der werblichen Beeinflussung von Kindern, 2001, S. 41 ff.; Charlton/Neumann-Braun/Aufenanger/Hofman/Riem u.a., Fernsehwerbung und Kinder, 1995, S. 376 ff., jeweils m. w. N.

15) Albert (Fn. 14), S. 41 ff.

16) Dreyer/Lampert/Schulze, Kinder und Online-Werbung, 2014, S. 6, <http://docplayer.org/9424866-Stephan-dreyer-claudia-lampert-anne-schulze-kinder-und-onlinewerbung.html>.

17) Dreyer/Lampert/Schulze, (Fn. 16), S. 6.

18) Dreyer/Lampert/Schulze, (Fn. 16), S. 6.

19) Albert, (Fn. 14), S. 43 f., 104 ff.

20) Albert, (Fn. 14) S. 44.

21) Abschnitt II.

22) Plakativ beschreibt dies Christian Stöcker, <http://www.spiegel.de/wissenschaft/mensch/influencer-der-markt-frisst-seine-kinder-kolumne-a-1206170.html>: „Das ist das Narrativ: Diese Leute sind authentisch. Wenn die das konsumieren, dann ist das schon okay, denn die lassen sich nicht von jedem schmieren. Sondern nur von den Guten.“

23) Ebenso Henning-Bodewig, WRP 2017, 1415 Rn. 37.

24) OLG Celle, 08.06.2017 – 13 U 53/17, GRUR 2017, 1158 Rn. 7 = WRP 2017, 1236 – Hashtag #ad; KG, 11.10.2017 – 5 W 221/17, MMR 2018, 98 Rn. 14 = WRP 2018, 98; KG, 17.10.2017 – 5 W 233/17, MMR 2018, 245 Rn. 9 = WRP 2018, 224; KG, 08.01.2019 – 5 U 83/18, WRP 2019, 339 (in diesem Heft).

25) KG, 11.10.2017 – 5 W 221/17, MMR 2018, 98 Rn. 14 f. = WRP 2018, 98; KG, 17.10.2017 – 5 W 233/17, MMR 2018, 245 Rn. 9 f. = WRP 2018, 224; LG Hagen, 13.09.2017 – 23 O 30/17, MMR 2018, 106 Rn. 12; insoweit differenzierend KG, 08.01.2019 – 5 U 83/18, WRP 2019, 339 (in diesem Heft), da die Antragsgegnerin die Produkte selbst erworben hatte und an Eides Statt versicherte, keinerlei Entgelte für die Posts erhalten zu haben.

26) KG, 11.10.2017 – 5 W 221/17, MMR 2018, 98 Rn. 14 = WRP 2018, 98; KG, 17.10.2017 – 5 W 233/17, MMR 2018, 245 Rn. 9 = WRP 2018, 224; LG Berlin, 24.05.2018 – 52 O 101/18, MMR 2018, 543 Rn. 18.

27) Henning-Bodewig, WRP 2017, 1415 Rn. 22; Mach, WRP 2018, 1166 Rn. 21 ff.; Troge, GRUR-Prax 2018, 87, 88.

28) I. E. ebenso Schonhofen/Detmering, WRP 2018, 1171 Rn. 31; Gerecke, GRUR 2018, 153, 154.

29) So wohl Gerecke, GRUR 2018, 153, 156; Henning-Bodewig, WRP 2017, 1415 Rn. 37.

30) BGH, 12.12.2013 – I ZR 192/12, WRP 2014, 831 Rn. 14 – Goldbärenbarren.

Scherer, Rezeption kommerzieller Kommunikation in sozialen Netzwerken durch Minderjährige

bar allein das geschäftliche Verhalten dieser schutzbedürftigen Verbrauchergruppe wesentlich beeinflusst.³¹⁾ Danach ist dieser strengere Beurteilungsmaßstab nicht schon dann heranzuziehen, wenn möglicherweise auch Kinder und Jugendliche durch die fragliche Geschäftspraxis beeinflusst werden, weil sie auch von ihr angesprochen werden.³²⁾ Daher ist eine Werbung, die vorhersehbar geeignet ist, die Entscheidung auch von Erwachsenen zu beeinflussen, weil sie auch für diese attraktiv ist, nicht dem Prüfungsmaßstab des § 3 Abs. 4 S. 2 UWG zu unterwerfen.³³⁾ Auch die Mehrheit der Literaturstimmen teilt diese Auffassung.³⁴⁾

21 Hieraus folgt für das Influencer-Marketing, dass lediglich dann § 3 Abs. 4 S. 2 UWG der Beurteilungsmaßstab sein kann, wenn der konkrete Post vorhersehbar nur geeignet ist, Minderjährige, nicht aber auch (junge) Erwachsene zu beeinflussen. Dies ist jedoch – angesichts der zentralen Bereiche, in denen Influencer-Marketing betrieben wird – sehr unwahrscheinlich: Sowohl der Bereich von Mode, als auch von Lifestyle, Essen und Reisen ist äußerst attraktiv auch für Erwachsene, so dass die kommerzielle Kommunikation, die hier durch die Influencer betrieben wird, geeignet ist, sowohl (junge) Erwachsene als auch Minderjährige zu beeinflussen. Es verbleibt daher für das Influencer-Marketing bei dem allgemeinen Beurteilungsmaßstab des § 3 Abs. 4 S. 1 UWG. Maßgeblich ist somit das Verständnis des durchschnittlichen Nutzers sozialer Netzwerke.

3. Nr. 11 der „Schwarzen Liste“

22 Nr. 11 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG setzt tatbestandlich voraus, dass sich es bei den Posts der Influencer zumindest auch um redaktionelle Inhalte handelt, da ansonsten kein „vom Unternehmer finanzierter Einsatz redaktioneller Inhalte“ vorliegen kann. Hier wird in der Literatur differenziert: Handelt es sich nur um Posts in sozialen Netzwerken, auf denen lediglich kurze Mitteilungen der derzeitigen Befindlichkeit oder des derzeitigen Aufenthaltsorts gemacht werden, stellen diese keine redaktionellen Inhalte dar.³⁵⁾ Anders werden Blogs oder Youtube-Kanäle beurteilt, auf denen regelmäßig auch längere Berichte oder Videos zu aktuellen Themen veröffentlicht werden.³⁶⁾ Andere Literaturstimmen hingegen zweifeln generell am Vorhandensein dieses Tatbestandsmerkmals beim Influencer-Marketing.³⁷⁾

23 Bei Nr. 11 des UWG-Anhangs ist zu beachten, dass die Vorstellungen hinsichtlich „redaktioneller Inhalte“ sehr von klassischen Medien (Printmedien, Fernsehen etc.) geprägt sind.³⁸⁾ Für die neue Kommunikationsform von Mitteilungen in sozialen Netzwerken muss daher zunächst gesehen werden, dass nicht notwendigerweise eine vom Mitteilenden getrennte Redaktion nötig ist, also der Mitteilende Teil einer organisierten, arbeitsteilig handelnden Gruppe sein muss, sondern auch der Betreffende selbst redaktionelle Inhalte zur Verfügung stellen kann.³⁹⁾ Dies setzt voraus, dass er Informationen auswählt, zusammenstellt und in einer zur Veröffentlichung für die entsprechende Zielgruppe geeigneten Form aufbereitet.⁴⁰⁾ Dies wird man bejahen

können, wenn umfangreichere Informationen zu bestimmten Themen gegeben werden, wie etwa Reisen, Essen, Mode, Lifestyle, nicht aber bei der Präsentation von einzelnen Fotos mit kurzen Mitteilungen oder kurzen Videosequenzen. Für diese informativen, eher umfangreichen Influencer-Mitteilungen ist daher Nr. 11 des UWG-Anhangs anwendbar.

Der „Einsatz zu Zwecken der Verkaufsförderung“ ist immer dann gegeben, wenn die Maßnahme zumindest mittelbar dazu dient, den Absatz von Waren oder Dienstleistungen des Unternehmens zu fördern,⁴¹⁾ was bereits durch die positiv konnotierte Nennung des Produkts gegeben ist. Das Unternehmen muss zudem die redaktionellen Inhalte finanziert haben. Hierunter fällt jede Gegenleistung, sei es Geld, seien es Waren oder Dienstleistungen oder sonstige Vermögenswerte.⁴²⁾ Die Überlassung der präsentierten Produkte an den Influencer reicht daher aus.

Für die eindeutige Erkennbarkeit ist der Maßstab des durchschnittlichen Nutzers sozialer Netzwerke zugrunde zu legen. Für diesen ist in jedem Fall die von der Rechtsprechung mittlerweile geforderte eindeutige Kennzeichnung⁴³⁾ etwa mit „Werbung“ oder „Anzeige“ und zwar vor dem Beginn des Textes⁴⁴⁾ ausreichend, um die kommerzielle Kommunikation als solche zu erkennen. Bei einem Video muss der Werbehinweis mitlaufen.⁴⁵⁾ Eine Bezeichnung mit englischsprachigen Begriffen wie etwa „advertisement“, „paid partnership“, „paid content“, „sponsoredby“ oder gar nur „ad“ ist angesichts der Tatsache, dass vom durchschnittlichen Nutzer sozialer Netzwerke maximal englische Grundbegriffe, nicht aber Begriffe aus einem höheren Sprachniveau erwartet werden können, nicht ausreichend.⁴⁶⁾

4. § 5a Abs. 6 UWG

§ 5a Abs. 6 UWG verlangt, dass das Nichtkenntlichmachen der geschäftlichen Handlung geeignet ist, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die dieser andernfalls nicht getroffen hätte. Als geschäftliche Entscheidung genügt das Aufsuchen der verlinkten Internetseite des Herstellers,⁴⁷⁾ im Übrigen natürlich ein Erwerb, so dass die Eignung zur Veranlassung zu einer sonst nicht getroffenen geschäftlichen Entscheidung problemlos im Influencer-Marketing bei jeder positiv konnotierten Nennung eines Produkts gegeben ist. Die Kennzeichnungspflichten sind dieselben in Art und Platzierung wie bei Nr. 11 des UWG-Anhangs, jedoch nicht nur beim Vorliegen redaktioneller Inhalte, sondern bei jedem Post, der kommerzielle Kommunikation enthält.

5. § 5 Abs. 1 UWG

Eine Irreführung hinsichtlich der Mitteilungen des Influencers knüpft bei der vermeintlichen Authentizität des Influencers an: Die Überlegung ist hier, dass zwar für jeden Nutzer sozialer Netzwerke klar ist, dass Prominente, die für Produkte werben, sie nicht tatsächlich auch bevorzugen müssen; handele es sich

31) BGH, 12.12.2013 – I ZR 192/12, WRP 2014, 831 Rn. 16 – Goldbärenbarren.

32) BGH, 12.12.2013 – I ZR 192/12, WRP 2014, 831 Rn. 17 – Goldbärenbarren.

33) BGH, 12.12.2013 – I ZR 192/12, WRP 2014, 831 Rn. 19 f. – Goldbärenbarren.

34) Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 37. Aufl. 2019, § 3 Rn. 5.17; Fezer, in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, 3. Aufl. 2016, § 3 Rn. 202 f., Sosnitza, in: Ohly/Sosnitza, UWG, 7. Aufl. 2016, § 3 Rn. 95; Podszun, in: Harte/Henning, UWG, 4. Aufl. 2016, § 3 Rn. 105; Wirtz, in: Göting/Nordemann, UWG, 3. Aufl. 2016, § 3 Rn. 127; anders wohl Ullmann, in: jurisPK-UWG, 4. Aufl. 2016, § 3 Rn. 75.

35) Lehmann, WRP 2017, 772 Rn. 11; Ahrens, GRUR 2018, 1211, 1214; Gereke, GRUR 2018, 153, 156; Mach, WRP 2018, 1166 Rn. 34.

36) Lehmann, WRP 2017, 772 Rn. 11; Ahrens, GRUR 2018, 1211, 1214; Gereke, GRUR 2018, 153, 156; Mach, WRP 2018, 1166 Rn. 34.

37) Suwelack, MMR 2017, 661, 663 f.

38) Gereke, GRUR 2018, 153, 156.

39) Gereke, GRUR 2018, 153, 156.

40) Gereke, GRUR 2018, 153, 156; Ahrens, GRUR 2018, 1211, 1214.

41) Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Fn. 34), Anh. Zu § 3 Nr. 11, Rn. 11.3.

42) Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Fn. 34), Anh. Zu § 3 Nr. 11, Rn. 11.4.

43) OLG Celle, 08.06.2017 – 13 U 53/17, GRUR 2017, 1158 = WRP 2017, 1236 – Hashtag #ad; KG, 11.10.2017 – 5 W 221/17, MMR 2018, 98 = WRP 2018, 98; KG, 17.10.2017 – 5 W 233/17, MMR 2018, 245 = WRP 2018, 224; LG Berlin, 24.05.2018 – 52 O 101/18, MMR 2018, 543; LG Hagen, 13.09.2017 – 23 O 30/17, MMR 2018, 106.

44) Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Fn. 34), § 5a Rn. 7.80a; Schonhofen/Detmering, WRP 2018, 1171 Rn. 43.

45) Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Fn. 34), § 5a Rn. 7.80a; Mach, WRP 2018, 1166 Rn. 37.

46) KG, 11.10.2017 – 5 W 221/17, MMR 2018, 98 Rn. 18 = WRP 2018, 98; OLG Celle, 08.06.2017 – 13 U 53/17, GRUR 2017, 1158 Rn. 9 = WRP 2017, 1236 – Hashtag #ad; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Fn. 34), § 5a Rn. 7.80a; ähnlich Mallick/Weller, WRP 2018, 155 Rn. 26 ff.; anders teilweise Schonhofen/Detmering, WRP 2018, 1171 Rn. 42 für die Begriffe „sponsoredby“, „Paid Content“, „Branded Content“, „Promotion“ wobei sie aber die Englischkenntnisse des durchschnittlichen Nutzers wohl erheblich überschätzen dürften.

47) KG, 11.10.2017 – 5 W 221/17, MMR 2018, 98 Rn. 21 = WRP 2018, 98; LG Berlin, 24.05.2018 – 52 O 101/18, MMR 2018, 543 Rn. 25.

Scherer, Rezeption kommerzieller Kommunikation in sozialen Netzwerken durch Minderjährige

aber um Influencer, deren Produktempfehlungen als persönliche, authentische Äußerungen wahrgenommen werden, so bestehe die Erwartung, dass die angeblichen Konsumvorlieben auch tatsächlich existierten.⁴⁸⁾ Diese Annahme würde zwar eine Angabe i. S. d. § 5 Abs. 1 UWG enthalten. Es stellt sich jedoch hier ein grundsätzliches Problem.

- 28** Diese Überlegung betrifft nämlich die Grundlagen für das Influencer-Marketing an sich: Dieses baut auf der vermeintlichen Authentizität ihrer Protagonisten auf. Es basiert auf der vorgebliebenen Privatheit und Unabhängigkeit der Influencer, die auf diese Weise bei ihren Followern eine wesentliche höhere Glaubwürdigkeit erreichen als etwa Celebritäten in der Testimonial-Werbung. Würde man nun – eine korrekte Kennzeichnung als Werbung vorausgesetzt – die Influencer-Posts bereits dann als irreführende Angabe ansehen, wenn die Betreffenden die von ihnen empfohlenen Produkte selbst nicht wirklich bevorzugen, würde dies der Einstufung des Influencer-Marketings als kommerzielle Kommunikation diametral zuwiderlaufen. Denn bereits die Tatsache, dass Personen mit einer Textmitteilung oder einem Video Werbung machen, besagt zwangsläufig, dass diese Nachricht mit der Förderung des Absatzes eines Unternehmens, und zwar (sofern der Influencer kein eigenes Unternehmen hat, dessen Produkte er bewirbt) des Unternehmens, dessen Produkte beworben werden, zusammenhängt. Dass die Werbung per se versucht, das beworbene Produkt durch den werbenden Protagonisten positiv zu konnotieren, ist ohnehin jeder Werbung immanent.
- 29** Dies schließt eine private Äußerung zu tatsächlichen persönlichen Vorlieben notwendigerweise aus. Eine solche müsste auch – mangels geschäftlicher Handlung – nicht als Werbung gekennzeichnet werden. Wird hingegen trotz Kennzeichnungspflicht keine Kennzeichnung vorgenommen, ist ohnehin § 5a Abs. 6 UWG einschlägig. Diese Norm soll exakt davor schützen, dass die Adressaten eine werbliche Empfehlung als glaubwürdiger und authentischer, weil nicht von werblicher Natur einstufen. Ist das konkrete Influencer Marketing korrekt als Werbung gekennzeichnet, kann daher eine Irreführung hinsichtlich privater Vorlieben des Influencers aus grundsätzlichen Erwägungen nicht bestehen.

6. Nr. 28 der „Schwarzen Liste“

- 30** Nr. 28 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG ist eine Umsetzung von Nr. 28 des Anhangs I UGP-RL; in dieser Norm wird auf die Geltung des Art. 16 RL 89/552/EWG (mittlerweile Art. 9 Abs. 1 lit. g AVMD-RL 2010/13/EU) verwiesen, der insoweit eine Einschränkung des Geltungsbereichs von Nr. 28 enthält.⁴⁹⁾ In Art. 9 Abs. 1 lit. g AVMD-RL wird nämlich zusätzlich verlangt, dass die direkte Aufforderung nicht die Unerfahrenheit der Minderjährigen und nicht das besondere Vertrauen ausnutzen darf, das Minderjährige zu Eltern, Lehrern und anderen Vertrauenspersonen haben, so dass die Norm deutlich strengere Anforderungen als Nr. 28 statuiert.
- 31** Es fragt sich daher, ob Nr. 28 des Anhangs im Bereich des Influencer-Marketings in sozialen Netzwerken überhaupt anwendbar ist. Dazu müssten soziale Netzwerke audiovisuelle Mediendienste i. S. d. Art. 1 Abs. 1 lit. a AVMD-RL sein. Dies sind gem. Art. 1 Abs. 1 lit. a i) entweder Fernsehprogramme oder audiovisuelle Mediendienste auf Abruf gem. Art. 1 Abs. 1 lit. g AVMD-RL, die einen vom Anbieter festgelegten Programm katalog voraussetzen oder audiovisuelle kommerzielle Kommunikation gem. Art. 1 Abs. 1 lit. a ii). Diese wird in Art. 1 Abs. 1 lit. h AVMD-RL definiert und setzt die Beifügung in einer Sendung

oder das Enthaltensein in einer Sendung voraus. Beides liegt nach den jüngsten Entscheidungen von EuGH und BGH weder bei einem bei Youtube betriebenen Videokanal noch bei einem dort abrufbaren Werbevideo vor.⁵⁰⁾ Die zentrale Begründung hierfür ist, dass diese Videos als Ganzes Werbecharakter haben und daher nicht einer Sendung, die informierende, unterhaltende und die allgemeine Öffentlichkeit bildende Funktion hat, beigelegt werden oder darin enthalten sind.⁵¹⁾ Die Konsequenz hieraus ist, dass generell jedes Influencer-Marketing in sozialen Netzwerken aufgrund des werblichen Gesamtcharakters keine audiovisuelle kommerzielle Kommunikation i. S. d. Art. 1 Abs. 1 lit. h AVMD-RL sein kann, gleichgültig in welchen Themenbereich sich der Influencer konkret bewegt.⁵²⁾ Nr. 28 des UWG-Anhangs ist daher auf Influencer-Marketing mit Videos, Bildern und Posts in allen sozialen Netzwerken anwendbar. Wird allerdings der Vorschlag zur Änderung der AVMD-RL⁵³⁾ geltendes Recht, werden „von Nutzern erstellte Videos, die auf eine Videoplattform hochgeladen werden“ von dieser Richtlinie erfasst in Art. 1 Abs. 1 lit. ba), was zur Folge hätte, dass insoweit Nr. 28 der „Schwarzen Liste“ nicht anwendbar wäre. Allerdings ist die derzeit geübte Rechtspraxis, dass die Landesmedienanstalten Youtube-Videos und sonstige Videos auf sozialen Netzwerken als audiovisuelle Medien auf Abruf einstufen und so auf der Grundlage von § 58 Abs. 3 RStV überwachen.⁵⁴⁾ Dies präjudiziert jedoch nicht im Hinblick auf eine Subsidiarität von Nr. 28 des UWG-Anhangs.

Die – zumindest derzeit gegebene – Anwendbarkeit von Nr. 28 des UWG-Anhangs auf alle sozialen Netzwerke setzt zunächst tatbestandlich voraus, dass das konkrete Influencer-Marketing an Kinder gerichtet ist. Dazu ist erforderlich, dass Kinder gezielt angesprochen werden.⁵⁵⁾ Nicht ausreichend ist es, wenn sich auch Kinder von der Werbung angesprochen fühlen können.⁵⁶⁾ Zwar liegt zum Begriff des Kindes bislang noch keine höchstgerichtliche Entscheidung vor, jedoch geht der BGH davon aus, dass die Norm anwendbar ist, wenn es sich nicht um eine schwerpunktmäßig an Jugendliche gerichtete Werbung handelt, von der sich auch der eine oder andere unter 14-jährige angesprochen fühlt.⁵⁷⁾

Diese Voraussetzung ist jedoch gerade beim Influencer-Marketing, das sich schwerpunktmäßig an Jugendliche und junge Erwachsene richtet, typischerweise nicht gegeben. Angesichts der oben⁵⁸⁾ dargestellten Faktenlage sind die Hauptzielgruppe gerade nicht Personen bis 13 Jahre. Auch der BGH geht davon aus, dass sich diese Voraussetzung aus einer Gesamtbetrachtung ergibt, wobei kindertypische Begrifflichkeiten ausschlaggebend sind.⁵⁹⁾ Kindertypische Begrifflichkeiten finden sich jedoch im Influencer-Marketing deshalb nicht, weil kindertypische Begrifflichkeiten für die Themenbereiche Fashion, Lifestyle, Essen, Reisen kontraproduktiv wären. Die Anwendung von Nr. 28 des UWG-Anhangs scheidet daher regelmäßig für die Beurteilung des Influencer-Marketings aus.

48) Henning-Bodewig, WRP 2017, 1415 Rn. 30.

49) Vgl. nur Scherer, in: Fezer/Büschler/Obergfell (Fn. 34), Anhang UWG Nr. 28, Rn. 5; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson (Fn. 34), Anh. zu § 3 Rn. 28.1.

50) EuGH, 21.02.2018 – C 132/17, WRP 2018, 543 Rn. 19 ff. – Peugeot Deutschland/Deutsche Umwelthilfe; BGH, 13.09.2018 – I ZR 117/15, WRP 2018, 1476 Rn. 34 ff., 37 ff. – YouTube-Werbekanal II.

51) EuGH, 21.02.2018 – C 132/17, WRP 2018, 543 Rn. 20, 30 – Peugeot Deutschland/Deutsche Umwelthilfe; BGH, 13.09.2018 – I ZR 117/15, WRP 2018, 1476 Rn. 42 – YouTube-Werbekanal II.

52) Anders wohl für eine Ansammlung von Videos zu verschiedenen Themen Peifer, GRUR 2018, 1218, 1222.

53) KOM (2016) 287 endg.

54) <https://www.die-medienanstalten.de/service/rechtsgrundlagen/#c421>; ausführlich hierzu Henning-Bodewig, WRP 2017, 1415 Rn. 8.

55) BGH, 12.12.2013 – I ZR 192/12, WRP 2014, 831 Rn. 30 – Goldbärenbarren.

56) BGH, 12.12.2013 – I ZR 192/12, WRP 2014, 831 Rn. 30 – Goldbärenbarren.

57) BGH, 17.07.2013 – I ZR 34/12, WRP 2014, 164 Rn. 18 f. – Runes of Magic.

58) Abschnitte II, III.

59) BGH, 17.07.2013 – I ZR 34/12, WRP 2014, 164 Rn. 19 – Runes of Magic.

Scherer, Rezeption kommerzieller Kommunikation in sozialen Netzwerken durch Minderjährige

7. § 3a UWG i. V. m. § 6 Abs. 2 JMStV/§ 6 Abs. 1 TMG

34 § 6 Abs. 2 JMStV stellt eine Umsetzung der AVMD-RL dar und verbietet u. a. direkte Kaufaufforderungen an Kinder und Jugendliche unter Ausnutzung ihrer Unerfahrenheit und Leichtgläubigkeit (Nr. 1) sowie eine Ausnutzung des besonderen Vertrauens, das Kinder und Jugendliche zu Eltern, Lehrern und anderen Vertrauenspersonen haben (Nr. 3). Wie soeben gezeigt, ist zwar (zumindest derzeit) die AVMD-RL nicht auf soziale Netzwerke anwendbar; jedoch hat § 6 Abs. 2 JMStV eine überschießende Umsetzung vorgenommen, da die Norm gem. § 2 Abs. 1 JMStV auch auf Telemedien anwendbar ist. Telemedien sind gem. § 1 Abs. 1 TMG i. V. m. § 2 Abs. 1 RStV alle elektronischen Informations- und Kommunikationsmediendienste, die keine reinen Telekommunikationsdienste oder Rundfunk sind. § 6 Abs. 2 JMStV ist daher auch auf soziale Medien anwendbar, ohne jedoch eine Vorrangstellung gegenüber Nr. 28 UWG-Anhang inne zu haben. Da hier auch Jugendliche erfasst sind und das Influencer-Marketing sich auch an Jugendliche richtet, ist die Norm anwendbar.

35 Influencer-Marketing in sozialen Netzwerken müsste direkte Kaufaufrufe an Jugendliche enthalten. Zwar sind Posts typischerweise mit einem „sprechenden“ Link auf die Internetseite des Herstellers des präsentierten Produkts versehen, so dass die Tätigkeit eines Kaufs nach Aufforderung unter den Bedingungen des Internet sofort möglich ist.⁶⁰⁾ Jedoch müsste zusätzlich noch eine direkte Aufforderung zum Kaufen oder Mieten von Waren oder Dienstleistungen bestehen. Diese ist von der indirekten Aufforderung dadurch abzugrenzen, dass bei der indirekten Aufforderung ein zusätzlicher, vom Umworbenen gedanklich zu vollziehender Schritt zwischen Aufforderung und Entstehung des Erwerbentschlusses erforderlich ist.⁶¹⁾ Dazu ist nicht nur die Anrede in der zweiten Person Singular mit Aufforderungscharakter wie „Hol Dir!“ geeignet, sondern auch Formulierungen wie „Nicht verpassen“, „Noch heute besorgen“.⁶²⁾ Finden sich entsprechende Formulierungen zu den „sprechenden“ Links, liegt eine direkte Kaufaufforderung vor.

36 Diese müsste zudem die Unerfahrenheit und die Leichtgläubigkeit der Jugendlichen ausnutzen. Zu beachten ist hier, dass sich der Influencer zwar durch seine vermeintliche Authentizität das Vertrauen seiner Follower erworben hat und durch diese vermeintliche Authentizität die Werbewirkung erzielt wird. Jedoch ist zu berücksichtigen, dass den Followern bewusst ist, dass es sich – korrekte Kennzeichnung als Werbung vorausgesetzt – um Werbung, mithin kommerzielle Beeinflussungsversuche handelt. Da Jugendliche lernen müssen, mit Werbung umzugehen, und gerade diese Altersgruppe mit den sozialen Netzwerken vertraut ist wie keine andere, kann vom durchschnittlichen jugendlichen Nutzer sozialer Netzwerke auch verlangt werden, sich mit dem Anforderungsprofil einer Empfehlung durch einen Influencer auseinander zusetzen. Zudem besteht typischerweise in den von den Influencern beworbenen Produkten aus den Bereichen Mode, Essen, Lifestyle u. ä. bei den minderjährigen

Nutzern Marktkenntnis; auch bewegt sich die Preisklasse der beworbenen Produkte im Rahmen des Taschengeldes der minderjährigen Follower.⁶³⁾

Der Bereich, der thematisch mit Reisen zusammenhängt, wird von Minderjährigen ohnehin nicht autonom genutzt, da hier ein größeres finanzielles Volumen in Frage steht, mithin eine größere finanzielle Leistungsfähigkeit erforderlich ist und daher auch die wirtschaftliche Entscheidung lediglich nach Rücksprache mit den Eltern getroffen werden kann. Beim durchschnittlichen jugendlichen Adressaten wird daher durch die Kaufaufforderung weder eine alterstypische Unerfahrenheit noch eine Leichtgläubigkeit i. S. d. § 6 Abs. 2 Nr. 1 JMStV ausgenutzt. Entsprechendes gilt für das Verbot der Vertrauensausnutzung gem. § 6 Abs. 2 Nr. 3 JMStV. Die übrigen Verbote des § 6 Abs. 2 JMStV (S. 1: körperliche oder seelische Beeinträchtigung durch Werbung, Nr. 2: unmittelbare Aufforderung, die Eltern oder Dritte zum Kauf zu bewegen; Nr. 4: Minderjährige ohne berechtigten Grund in gefährlichen Situationen zeigen, ebenso wie die speziellen Verbote in den Abs. 3-5) haben für das Influencer-Marketing aus faktischen Gründen keine Bedeutung. § 6 Abs. 2 JMStV ist daher tatbestandlich beim Influencer-Marketing nicht erfüllt.

§ 6 Abs. 1 TMG hingegen enthält lediglich ein Kennzeichnungsgebot für kommerzielle Kommunikation sowie Pflichten zur Identifizierbarkeit des Auftraggebers der kommerziellen Kommunikation. Kommerzielle Kommunikation i. S. d. § 2 Nr. 5 TMG ist jede Form der Kommunikation, die der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes von Waren, Dienstleistungen oder des Erscheinungsbilds eines Unternehmens, einer sonstigen Organisation oder einer natürlichen Person dient, die eine Tätigkeit im Handel, Gewerbe oder Handwerk oder einen freien Beruf ausübt. Daher liegt bei jedem Post eines Influencers wegen des werblichen Gesamtcharakters kommerzielle Kommunikation vor,⁶⁴⁾ es sei denn, es sind keinerlei Hinweise auf Produkte in dem konkreten Post enthalten.

Diese Kennzeichnungspflichten werden regelmäßig durch die für Nr. 11 des UWG-Anhangs und § 5a Abs. 6 UWG beschriebene Kennzeichnungspflicht und die „sprechenden“ Links auf die Internetseite des Herstellers erfüllt. Sie gelten ebenso wie § 5a Abs. 6 UWG für jeden Post eines Influencers, nicht nur für solche mit ausschließlichen Werbeinhalten,⁶⁵⁾ es sei denn, es sind ausnahmsweise keinerlei Hinweise auf Produkte vorhanden. Dafür enthält § 6 Abs. 1 TMG aber kein Relevanzerfordernis. Da § 6 TMG eine Umsetzung von Art. 6 RL 2000/31/EG (e-commerce-RL) dargestellt,⁶⁶⁾ und gem. Art. 3 Abs. 4 UGP-RL die e-commerce-RL vor der UGP-RL anwendbar ist,⁶⁷⁾ stellt § 6 TMG eine Marktverhaltensregel i. S. d. § 3a UWG dar. Tatbestandlich liegt jedoch bei korrekter Kennzeichnung kein Verstoß vor. Entsprechendes gilt für das Kennzeichnungsgebot des § 58 Abs. 1 i. V. m. § 2 Abs. 1 S. 2 RStV.

8. § 4a Abs. 2 S. 1 Nr. 3, S. 2 UWG

Möglicherweise könnte beim Influencer-Marketing eine aggressive geschäftliche Handlung gegenüber besonders schutzbedürftigen, in § 4a Abs. 2 S. 2 UWG genannten Personen vorliegen, die wegen ihres (geringen) Alters, ihrer (alterstypischen) Unerfahrenheit und Leichtgläubigkeit vor einer unzulässigen Beeinflussung gem. § 4a Abs. 1 Nr. 3 UWG geschützt werden müssen.⁶⁸⁾

60) Bei „sprechenden“ Links liegt auch nach der strengen Auffassung eine „Kaufaufforderung“ vor, vgl. nur für die entsprechende Rechtsfrage bei Nr. 28 des UWG-Anhangs Scherer, in: Fezer/Büscher/Obergfell (Fn. 34), Anhang UWG Nr. 28, Rn. 12 ff.; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Fn. 34), Anh. zu § 3 Rn. 28.11, jeweils m. w. N.; der BGH hat diese Frage bislang offen gelassen, BGH, 17.07.2013 – I ZR 34/12, WRP 2014, 164 Rn. 26 ff. – Runes of Magic.

61) BGH, 17.07.2013 – I ZR 34/12, WRP 2014, 164 Rn. 25 – Runes of Magic.

62) Für die entsprechende Rechtsfrage bei Nr. 28 des UWG-Anhangs vgl. nur Scherer, in: Fezer/Büscher/Obergfell (Fn. 34), Anhang UWG Nr. 28, Rn. 14 ff.; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Fn. 34), Anh. zu § 3 Rn. 28.8, jeweils m. w. N.

63) Für diese Rechtsfrage des „Ausnutzens der Unerfahrenheit“ spielte bereits im Rahmen des UWG 2004 und des UWG 2008 die Marktkenntnis der Minderjährigen und die Bezahlbarkeit durch das Taschengeld eine zentrale Rolle, BGH, 22.09.2005 – I ZR 28/03, WRP 2006, 69, 71 – Zeitschrift mit Sonnenbrille; BGH, 03.04.2014 – I ZR 96/13, WRP 2014, 1301 Rn. 30 f. – Zeugnisaktion; ebenso für § 6 Abs. 2 Nr. 1 JMStV Ladeur, in: Binder/Vesting, Rundfunkrecht, 4. Aufl. 2018, § 6 JMStV Rn. 19.

64) LG Berlin, 24.05.2018 – 52 O 101/18, MMR 2018, 543 Rn. 26.

65) LG Berlin, 24.05.2018 – 52 O 101/18, MMR 2018, 543 Rn. 26.

66) Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Fn. 34), § 5a Rn. 5.26.

67) Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Fn. 34), 26.

68) Wohl ablehnend Henning-Bodewig, WRP 2017, 1415 Rn. 37.

Wolf, Behördl. Durchsetzung des Lauterkeitsrechts zur Optimierung des Wettbewerbsschutzes

Ungeachtet sämtlicher sonstiger Streitfragen zu § 4a UWG liegt jedoch keine Ausnutzung des (geringen) Alters oder der (alters-typischen) Unerfahrenheit und Leichtgläubigkeit vor, wie soeben zu § 6 Abs. 2 JMStV dargelegt.

V. Ergebnis

- 41 Als Ergebnis ist festzuhalten, dass die minderjährigen Nutzer sozialer Netzwerke kommerzielle Kommunikation durchaus erkennen und sich mit ihr auseinandersetzen können. Das Influencer-Marketing wirkt jedoch stark durch vermeintliche Authentizität und Privatheit, wodurch die Glaubwürdigkeit von den minderjährigen Followern bei Influencern wesentlich höher eingeschätzt wird als bei Celebrities, die als Testimonials werden. Jedoch ist festzustellen, dass – korrekte Kennzeichnung voraus-

gesetzt – das Influencer-Marketing hinsichtlich der minderjährigen Follower weder gegen lauterkeitsrechtliche noch gegen medienrechtliche Verbote verstößt. Die minderjährigen Nutzer, die wie keine andere Altersgruppe mit sozialen Netzwerken vertraut sind, sind vielmehr gefordert, sich mit dem Anforderungsprofil einer Empfehlung durch einen Influencer auseinander zu setzen. Zudem besteht typischerweise in den von den Influencern beworbenen Produkten aus den Bereichen Mode, Essen, Lifestyle u. ä. bei den minderjährigen Nutzern Marktkenntnis; auch bewegt sich die Preisklasse der beworbenen Produkte im Rahmen des Taschengeldes der Minderjährigen. Der thematische Bereich des Reisens wird von Minderjährigen – wegen des größeren finanziellen Volumens – ohnehin nicht autonom genutzt.

Prof. Dr. Maik Wolf, Berlin*

Behördliche Durchsetzung des Lauterkeitsrechts zur Optimierung des Wettbewerbsschutzes

INHALT

I. Problemstellung

II. Vorteile eines ergänzenden Public Enforcement

III. Ergänzungsverhältnis des materiellen Lauterkeits- und Wettbewerbsrechts

1. Überschneidung des materiellen Anwendungsbereiches

- Historische Perspektive
- Entwicklung nach Schaffung des GWB
- GWB im Harmonisierungsbereich der UGP-RL

2. Zielkonformität

3. Keine gegenseitige Aushebelung der gesetzlichen Wertungen

- Einschränkung des Wettbewerbs durch das Lauterkeitsrecht?
- Leistungswettbewerb in der neueren Entscheidungspraxis
- Inhaltliche Überschneidungen in der Anwendungspraxis

IV. Materielle Auffangwirkung des Lauterkeitsrechts

1. Beispiel: Induziertes Tipping von Netzwerkmärkten

- Problemstellung
- Wettbewerberbehinderung und Marktstörung

2. Beispiel: Produktmanipulationen

3. Schlussfolgerungen:

- Umfassende Durchsetzungskompetenz
- Einschränkung bei unternehmerischem Individualschutz

V. Ergebnisse

I. Problemstellung

- 1 Seit seiner Entstehung vor über 100 Jahren ist das Lauterkeitsrecht im Wesentlichen eine privatrechtliche Materie.¹⁾ Dem All-

gemeininteresse an lauterem Wettbewerb wird über ein dezentrales Private Enforcement Geltung verschafft, wonach neben betroffenen Wettbewerbern auch Unternehmens- und Verbraucherverbände klagen können (§ 8 Abs. 3 UWG). Vor einer Klagemöglichkeit der Verbraucher schreckte der Gesetzgeber aus Angst vor einer Prozessflut bisher zurück,²⁾ könnte dazu aber bald unionsrechtlich angehalten sein.³⁾ Die in anderen Staaten anzutreffende behördliche Aufsicht⁴⁾ ist dem deutschen Recht zwar nicht völlig fremd und wird in Teilbereichen durch die BNetzA vermittelt (vgl. § 67 Abs. 1 S. 1 TKG i. V. m. § 7 UWG; § 20 UWG),⁵⁾ spielt aber im Vergleich zur zivilgerichtlichen Fallpraxis nur eine untergeordnete Rolle.

Internationalisierung und Digitalisierung der Wirtschaft stellen jedoch die Rechtsordnung vor neue Herausforderungen, in denen eine Durchsetzung über das Privatrecht schon aufgrund von Ermittlungs- und Beweisschwierigkeiten an ihre Grenzen stößt.⁶⁾ Unter dem Narrativ der Intensivierung des Verbraucherschutzes wurde deshalb kürzlich erneut⁷⁾ die Frage gestellt, ob und inwieweit dem Private Enforcement des UWG ein Public Enforcement zur Seite zu stellen sei. In einer vom BMWi in Auftrag gegebenen Studie zeigen *Podszun/Busch/Henning-Bodewig*

2) Reg.-Begr. UWG-Novelle 2004, BT-Drs. 15/1487, S. 22; zustimmend Köhler, GRUR 2003, 265 ff.; kritisch Sack, GRUR 2011, 953, 963 f.; Keßler, WRP 2005, 264, 272 f.; Säcker, WRP 2004, 1199, 1219 f.

3) Siehe Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der EU-Verbraucherschutzvorschriften, COM(2018) 185 final, für einen Art. 11a der UGP-RL. Näher dazu Alexander, Editorial WRP Heft 01-2019 und Dröge, WRP 2019, 160 ff.

4) Systematisierung bei Henning-Bodewig, WRP 2015, 667, 670; ausführlich der Sammelband von Schmidt-Kessel/Schubmehl (Hrsg.), Lauterkeitsrecht in Europa, 2011.

5) Vgl. zu § 67 Abs. 1 S. 1 TKG i. V. m. §§ 7, 3 UWG VG Köln, 11.12.2013 – 1 L 1345/13, BeckRS 2014, 56047. Zu streng erscheint daher die Aussage, eine behördliche Durchsetzung sei ein Fremdkörper im Lauterkeitsrecht. So Goldmann, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, 4. Aufl. 2016, Vorbem. zu §§ 8 ff. Rn. 3.

6) Dazu unten II.

7) Die EU-Kommission erwog bereits im Grünbuch über unlautere Handelspraktiken in der B2B-Lieferkette v. 31.01.2013, COM (2013) 37 final, S. 20, die Möglichkeit einer behördlichen Überwachung. Siehe die ablehnende Stellungnahme des BR im Vorgang BR-Drs. 59/13.

* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 403.

1) Dazu Ahrens, WRP 1980, 129 ff.