



Berlin, 12.03.2020

Deutscher Industrie- und Handelskammertag

Regelungsvorschlag des BMJV zur Abgrenzung nichtkommerzieller Kommunikation zur Information und Meinungsbildung von geschäftlichen Handlungen (Influencer-Marketing) Referentenentwurf Stand 13.02.2020

Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) hat am 13.02.2020 einen Regelungsvorschlag zum Influencer-Marketing vorgelegt. Eine Ergänzung in § 5a Abs. 6 UWG soll mehr Rechtssicherheit für Influencer schaffen durch Festlegung, wann eine Kennzeichnung als Werbung erforderlich ist. Wir bedanken uns für die Gelegenheit zur Stellungnahme.

Unternehmen setzen bei der Vermarktung ihrer Produkte oder Dienstleistungen vermehrt auf sog. „Influencer“, also Personen, die dank hoher Followerzahlen in sozialen Netzwerken eine große Reichweite haben. Es soll sich inzwischen um einen Milliardenmarkt handeln. Nutzer folgen Influencern oft gerade wegen der Teilhabe an ihrem Privatleben. Für sie ist es wichtig zu unterscheiden, ob ein Influencer ein Produkt aus Überzeugung präsentiert oder weil er dafür bezahlt wurde.

Wer als Influencer für Produktempfehlungen ein Entgelt oder sonstige Vorteile erhält, muss das deutlich kennzeichnen. Insoweit entspricht dies den bislang geltenden Werberegeln.

Das Problem speziell im Falle von Influencern sind die unentgeltlichen Beiträge und die Unterscheidung zwischen Information und Schleichwerbung. Abmahnwellen haben dazu geführt, dass einige Influencer aus Angst vor Folgen dazu übergegangen sind, jeden „Post“, in dem Produkte auftauchen, als Werbung zu kennzeichnen. Dies führt allerdings wieder dazu, dass für den Nutzer nicht erkennbar ist, ob es sich um eine private Empfehlung oder tatsächliche Werbung gegen Entgelt handelt.

Der Deutsche Industrie- und Handelskammertag beurteilt den Regelungsvorschlag wie folgt:

Grundsätzlich ist es sinnvoll, eine Regelung zu einheitlichen Standards anzustreben. Fraglich ist aber, ob und wie dies europarechtlich möglich ist, ob der Zeitpunkt dafür aktuell der richtige ist und ob die konkret vorgeschlagenen Formulierungen praxistauglich sind.

I. Europarechtlicher Spielraum für eine deutsche Regelung?

Das BMJV hat bereits selbst darauf hingewiesen, dass der europarechtliche Spielraum für eine nationale Sonderregelung wegen der Vollharmonisierung durch die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken sehr beschränkt ist.

Daneben gibt es außerdem Konfliktpotenzial mit der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste, unter die sämtliche nutzergenerierte Videos und damit auch Influencer-Beiträge auf Plattformen wie YouTube fallen. Dort ist sowohl kommerzielle Kommunikation in Form der Drittwerbung gegen Entgelt oder sonstige Gegenleistungen als auch Eigenwerbung geregelt. Artikel 9 der noch umzusetzenden EU-Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste fordert die "leichte Erkennbarkeit von kommerzieller Kommunikation" und verbietet bei kommerzieller Kommunikation "Techniken der unterschweligen Beeinflussung". Art. 1 Abs. 1 Buchstabe 1 der Richtlinie definiert "kommerzielle Kommunikation" dabei als "Bilder mit oder ohne Ton, die der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes von Waren und Dienstleistungen oder des Erscheinungsbilds natürlicher oder juristischer Personen, die einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachgehen, dienen. Diese Bilder sind einer Sendung gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung oder als Eigenwerbung beigefügt oder darin enthalten. Zur audiovisuellen kommerziellen Kommunikation zählen unter anderem Fernsehwerbung, Sponsoring, Teleshopping und Produktplatzierung". Dieser klaren Aussage widerspricht unseres Erachtens der vorliegende Regelungsvorschlag, der ein wertendes Tatbestandsmerkmal einführt und erklärt, es läge kein kommerzieller Zwecke einer geschäftlichen Handlung vor, wenn diese vorrangig der Information und Meinungsbildung dient und für diese kein Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung gewährt wurde.

Darüber hinaus spielt auch die E-Commerce-Richtlinie eine Rolle, da auch in ihr Regelungen zur Erkennbarkeit von kommerzieller Kommunikation enthalten sind. Die E-Commerce-Richtlinie wird gerade auf EU-Ebene im Digital Services Act überarbeitet, so dass es sich anbietet, auch diese Regelung abzuwarten.

Insofern sind nationale Sonderregelungen zumindest zum jetzigen Zeitpunkt schwierig und erscheinen nicht sinnvoll.

II. Notwendigkeit eines Regelungsvorschlags?

Auch wenn seitens der Wirtschaft einhellig das Interesse an mehr Rechtssicherheit besteht, wird im Ergebnis bezweifelt, dass diese durch den vorgelegten Formulierungsvorschlag erreicht werden kann.

Einerseits wird festgestellt, dass sich durch diesen Vorschlag die Rechtslage letztlich nicht ändert. Die Ergänzung bringt nur zum Ausdruck, was für journalistisch-redaktionelle Texte zur Unterscheidung von Schleichwerbung und zulässiger positiver Produktberichterstattung („vorrangig der Information und Meinungsbildung dient“) ohnehin schon gilt. Sie enthält den – etablierten – Grundsatz zum Thema Schleichwerbung, mit dem die Gerichte für redaktionelle Inhalte schon immer arbeiten.

Dieser Grundsatz wird in Satz 1 des Absatz 6 schon formuliert („sich ... unmittelbar aus den Umständen ergibt“). Aus dem Umstand, dass sich nichts ändert, wird zum Teil der Schluss gezogen, dass man dann diesem Vorschlag auch zustimmen könne. Dies lässt aber auch genau den gegenteiligen Schluss zu: Ein Gesetz, mit dem nichts geändert wird, kann nicht notwendig sein – und wenn es nicht notwendig ist, sollte die Gesetzesänderung unterlassen werden.

Andererseits wird kritisiert, dass der Regelungsvorschlag so viele unbestimmte Rechtsbegriffe enthält, dass hierdurch neue Rechtsunsicherheit geschaffen wird, die wiederum durch Gerichte beseitigt werden müsste (siehe dazu auch unten). Eine Abmahnsicherheit gibt es auch mit der Neuregelung nicht. Am Ende entscheidet immer die Rechtsprechung, bezogen auf den konkreten Einzelfall. Dann ist es aber besser, auf der Grundlage der bisherigen Gesetzesregelung eine Klärung durch den Bundesgerichtshof abzuwarten, da wir hier zeitlich schon weiter sind und bereits erstinstanzliche und obergerichtliche Rechtsprechung haben. Dass der BGH sich in absehbarer Zeit ohnehin mit Influencer-Marketing beschäftigen wird, liegt auf der Hand. Bei einer jetzigen Gesetzesänderung würde das Problem nicht nur erneut auf die Ebene der Rechtsprechung verschoben, sondern auch zusätzlich dadurch verschärft, dass die bisher ergangene Rechtsprechung zum Influencer-Marketing nach wie vor gilt und durch den Gesetzesentwurf – soweit ersichtlich – auch nicht ein einziges der bisher ergangenen Urteile wieder in Frage gestellt wird. Die Rechtsunsicherheit würde sich also durch die neue Regelung noch potenzieren.

In der Beratungspraxis der Industrie- und Handelskammern lässt sich jedenfalls feststellen, dass die Verunsicherung von Influencern und von Unternehmen, die mit Influencern zusammenarbeiten, nicht besonders hoch sein kann, da es so gut wie keine Beratungsanfragen hierzu gibt. Soweit Influencer überhaupt Beratung in Anspruch nehmen, geht es eher um die Frage, ab wann ein Influencer gewerblich auftritt.

Letztlich ist der Kernpunkt des Problems der Influencer nicht die Frage der kommerziellen Zwecke, sondern die Unterscheidung zwischen noch privater und schon gewerblicher Betätigung der Akteure. Eine ähnliche Thematik hatten wir vor Jahren bei der Abgrenzung privater/gewerblicher Betätigung bei Verkäufen auf eBay oder Amazon. Dieses Abgrenzungsproblem kann inzwischen als durch die Rechtsprechung gelöst angesehen werden. Die Abgrenzung ist vorliegend sicherlich schwieriger zu messen, da keine Verkaufszahlen erhoben werden können. Wer jedoch regelmäßig Produkte oder Dienstleistungen vorstellt, macht das nicht „umsonst“, sondern will sich einen kommerzialisierbaren Vorteil verschaffen. Dann ist er jedoch gewerblich tätig und somit Unternehmer. Sämtliche seiner Handlungen in dem Zusammenhang sind dann geschäftliche Handlungen. Auf einen gesonderten kommerziellen Zweck kommt es nicht an. Danach würden mangels Gewerbeei-genschaft die Fälle nicht dem UWG unterfallen, wo nur einmalig oder sehr wenige Video-Beiträge hergestellt werden. Eine rechtliche Konsolidierung durch die Rechtsprechung wird auch hier einsetzen. Die Regulierung und Einschätzung im Einzelfall sollten der Rechtsprechung überlassen bleiben. Eine gewisse Divergenz der Urteile in der Anfangsphase ist hinzunehmen und Teil der Rechtsfindung.

Aus Sicht des DIHK besteht daher derzeit kein Regelungsbedarf. Die Rechtsprechung des BGH auf Basis der bisherigen Rechtsprechung sollte abgewartet werden. Die bisherigen Vorschriften über die erforderliche Kennzeichnung von Werbung werden ganz überwiegend als ausreichend und nicht überbordend aufgefasst. Zugleich herrscht ein einheitliches Gesamtbedürfnis nach „Gleichbehandlung“ aller Werbe- und Marketingvarianten.

III. Inhaltliche Fragen des Regelungsvorschlags

Richtig ist, dass der Regelungsvorschlag nicht zwischen verschiedenen technischen Varianten/Möglichkeiten unterscheidet. Es darf keine Sonderregelungen für Influencer geben, auch wenn der vorgelegte Regelungsvorschlag vor allem diese im Blick hat. Das heißt, es müssen letztlich dieselben rechtlichen Spielregeln für Influencer wie für bisher bekannte Werbeformen gelten („Level Playing Field“).

Richtig ist auch das Regelungsziel, dass mehr Rechtssicherheit geschaffen werden soll. Insbesondere auf Instagram wird derzeit bei fast jeder Erwähnung von Produkten auf privaten Kanälen der „Post“ als Werbung gekennzeichnet. Grund dafür ist die Verunsicherung hinsichtlich der Anforderungen an die Kennzeichnungspflicht und die Angst vor Abmahnungen. Für den Nutzer ist daher nicht mehr erkennbar, was wirklich gesponsert ist und wo der Influencer nur einen Erfahrungsbericht abgeben möchte. Dies ist ein typisches Beispiel für vorseilenden Gehorsam, um der Abmahngefahr etwas entgegenzusetzen, was im Übrigen auch für die baldige Verabschiedung des Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs spricht.

Die zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffe, die verwendet werden, stehen allerdings diesem Regelungsziel entgegen:

- "oder eine ähnliche Gegenleistung": Im Grunde geht es darum, dass Influencer häufig Produkte oder Dienstleistungen kostenlos zur Verfügung gestellt bekommen, weshalb eventuell der Begriff " geldwerte Leistung " statt " ähnliche Gegenleistung " passender wäre.
- „in der Regel“
- „vorrangig“
- Wann ist ein Beitrag „Meinungsbildung“?

Diese unbestimmten Rechtsbegriffe und „Füllwörter“ sollten bei einer gesetzlichen Regelung vermieden und durch objektive und klar fassbare Formulierungen ersetzt werden, die den Influencern feste Leitlinien und Orientierungsmöglichkeiten für ihr Handeln geben. Das ist mit dem jetzigen Formulierungsvorschlag nicht gegeben.

Da es sich um Regelbeispiele handelt, kann es ohnehin weiterhin abweichende Einzelfallentscheidungen geben, was im Hinblick auf die Rechtssicherheit keine Änderung gegenüber der bestehenden Rechtslage bedeuten würde.

Auch sollte klarer geregelt oder zumindest in der Gesetzesbegründung klargestellt werden, wo und wie ein kommerzieller Beitrag zu kennzeichnen ist, z. B. mit dem hashtag #werbung, englische Bezeichnung auf internationalen Plattformen erlaubt/nicht erlaubt (#ad, #sponsored), ggf. deutliche (z. B. farbliche) Hervorhebung, Platzierung am Anfang des Beitrags, direkt am Bild, am Anfang eines Videos, Hinweis im Nutzerprofil ausreichend/nicht ausreichend, Kennzeichnung bei zusammenhängenden Stories. Dabei ist zu berücksichtigen, dass viele Influencer-Beiträge live erfolgen – auch hierfür müsste eine praktikable Werbe-Kennzeichnung gefunden werden.

Darüber hinaus führt der Vorschlag zu praktischen Problemen:

Problematisch ist, dass für den Verbraucher oder Mitbewerber letztlich nicht nachprüfbar ist, ob ein Entgelt oder eine andere Gegenleistung gewährt wurde und welche Motivation hinter dem Beitrag steht. Der vom UWG sanktionierte „Betrug“ am Zuschauer ist das Vorgaukeln einer vermeintlich neutralen Beurteilung, hinter der aber in der Regel kommerzialisierte bzw. kommerzialisierbare Absichten stecken. Man muss sich realistisch fragen: Welcher rational denkende Mensch nimmt sich die Zeit für ein aufwendig gedrehtes Video, um ein völlig fremdes Produkt vorzustellen? Dabei liegt die Belohnung für solche Influencer oft gerade nicht in einer direkten Entlohnung, sondern in einer höheren Bekanntheitsrate und der oft auch erst nachträglichen Anerkennung der Werbeleistung durch die Firmen durch spätere Vorzugspreise, kostenlose Reise- oder Warenangebote oder einer Verbesserung der persönlichen Jobchancen. Die Motivation, solche Werbefilme zu drehen, ist ggf. am Anfang noch nicht kommerzialisiert, jedoch schon auf Anerkennung und spätere Kommerzialisierung ausgerichtet. Schon allein die Erzielung von Klickzahlen kann ein Motiv für den Influencer sein, denn auch dafür gibt es Vergütungssysteme (z. B. Google AdSense).

Bei vielen Influencern ist der kommerzielle Zweck ihres Auftretens schon daraus erkennbar, dass ein blaues Häkchen bestätigt, dass es sich nicht um einen rein privaten Account handelt. Damit werden Verstöße gegen § 5a Abs. 6 UWG bereits ausgeschlossen, weil aus den Umständen erkennbar ist, dass der Influencer geschäftliche Handlungen mit einem kommerziellen Zweck ausführt. Wenn nun jeder „Post“ gekennzeichnet werden müsste, fragt man sich tatsächlich, wie das aussehen soll. Bei Verlinkungen, die mit Werbung gekennzeichnet würden, obwohl keine Beauftragung durch das Unternehmen besteht, würde eine Irrführung eher verstärkt. Für die Verkehrskreise wäre erst recht nicht erkennbar, ob der Influencer eine Gegenleistung erhalten hat oder nicht. Auch eine „unbezahlte Werbung wegen Markennennung“ ist nicht weniger irreführend, weil nicht erkennbar ist, ob der „Post“ durch ein Unternehmen veranlasst wurde oder aufgrund einer freien Entscheidung des Influencers erfolgte.

Die Ausstellung von Negativbescheinigungen durch die Unternehmen, dass der jeweilige Influencer keine Zahlung oder einen geldwerten Vorteil erhalten hat, liegt nicht im Unternehmensinteresse. Unternehmen hätten lediglich einen enormen Aufwand und keinerlei Nutzen. Zum einen wird es sicher viele Influencer geben, die Produkte von Unternehmen posten, ohne dass das Unternehmen hierauf Wert legt und Interesse an der Werbung durch diese Person hat. Zum anderen würden diese Negativbescheinigungen Ressourcen beanspruchen, ohne dass dies für das Unternehmen einen Nutzen hat. Eine Internetagentur hat uns gegenüber mit Unglauben reagiert und diese

Reaktion mit praktischen Beispielen unterlegt: „Verstehe ich das richtig, dass Unternehmen bestätigen müssten, dass sie gerade NICHT mit Influencern zusammenarbeiten, wenn diese das Unternehmen erwähnen? Wäre dem so, hielte ich das für einen enormen, nicht zumutbaren Aufwand und in der Praxis nahezu nicht umsetzbar... Wir betreuen Unternehmen, die mehrere hundert Erwähnungen pro Monat erhalten. Wenn für jeden User-generated „Post“ zukünftig eine Bescheinigung erstellt werden müsste, stellen wir die Unternehmen vor große organisatorische Herausforderungen. Auch unter dem Aspekt der Spontaneität der Influencer ist das eigentlich nicht umsetzbar, weil die Unternehmen solche Bescheinigungen quasi in Echtzeit liefern müssten (ich denke z. B. an eine Brauerei und die vielen Erwähnungen in Instagram-Stories dort - insbesondere am Wochenende).“

Die Beiträge der Influencer müssen letztlich am Maßstab des § 5 a Abs. 6 UWG in der bisherigen Fassung gemessen werden. Die dafür erforderliche geschäftliche Handlung i. S. d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG ist anzunehmen. Hierfür kann eine Aufmerksamkeitssteigerung des eigenen Accounts als geschäftliche Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens genügen, wenn der Influencer das Produkt selbst erwirbt und keinerlei Gegenleistung von Fremdunternehmen erhält, jedoch seinen Werbewert durch eine größere Anhängerschaft erhöht. Die Prinzipien der Differenzierung zwischen Fremd- und Eigenwerbung (unentgeltlich) sowie die Vermischung von Privatem mit vermeintlich Privatem (Mischung aus privat anmutenden Beiträgen und Marketing) sind zu berücksichtigen. Der Sinn und Zweck der Werbekennzeichnung, die transparente Aufklärung über die erfolgte Beeinflussung einer geschäftlichen Empfehlung, muss bei einer möglichen Neuregelung erreicht werden können.

Die angedachte Regelung beinhaltet möglicherweise auch Konsequenzen, die vom Gesetzgeber nicht gewollt sind: Die Beschränkung der Kennzeichnungspflicht kann sich auch auf den konventionellen Markt (Zeitungen und Zeitschriften) durchschlagen. Wenn es um redaktionelle Inhalte geht, wird die Verschleierung der Werbeeigenschaft erleichtert. Außerdem wurden Befürchtungen geäußert, dass freie Äußerungen von Menschen im journalistischen Zusammenhang (z. B. die Befragung von Menschen durch Journalisten auf der Straße nach Marken oder ihrem Empfinden zu Dienstleistungen, Unternehmensprodukten u. ä., z. B. für Verbrauchersendungen) von der Neuregelung beeinflusst werden und damit künftig nicht mehr möglich wären.

Die Schwierigkeit ist am Ende nicht die Rechts-, sondern die dem jeweiligen Sachverhalt zu Grunde liegende Tatsachenfrage. Letztere wird jedoch durch die beabsichtigte Regelung nicht erleichtert. Welche Aussagen dienen noch rein zur Information und Meinungsbildung, und ab wann fängt zum Beispiel das übertriebene Loben eines Produktes an, das wiederum nicht unter die Ausnahme fällt. Das diesbezügliche Kriterium soll mit objektiven Faktoren nachprüfbar sein. Wie diese konkret aussehen, ist aber unklar. Ob ein solches Kriterium tatsächlich geeignet ist, den Influencern und Bloggern in jedem Einzelfall ohne Weiteres eine rechtssichere Abgrenzung zu ermöglichen, die einer gerichtlichen Überprüfung standhält, ist fraglich. Der vorliegende Regelungsentwurf gibt deshalb zu wenig Antworten auf die Frage, wie die anschließende Kontrolle aussieht.

Es steht zu befürchten, dass gewerblich tätige Influencer im Vertrauen auf eine Ausnahmeregelung Werbung nicht als solche kennzeichnen und sodann erst recht abgemahnt werden.

Zum Teil wird seitens der Unternehmen, die mit Influencern zusammenarbeiten, angeregt, eine Erheblichkeitsschwelle für die gewährte Gegenleistung bzw. Zuwendung einzuführen, da bei der jetzigen Formulierung auch Kleinstzuwendungen erfasst werden. Der Entwurf wird diesbezüglich als zu streng empfunden, da selbst die Gewährung einer einzigen Getränkedose, eines Lippenstifts oder eines T-Shirts schon dazu führe, dass dem Influencer die Berufung auf den Ausnahmetatbestand schlechthin verwehrt werde.

Außerdem wird angeregt, bei einer Regelung dringend darauf zu achten, dass die medien- und wettbewerbsrechtlichen Kennzeichnungspflichten aufeinander abgestimmt sind und gleichlaufen. Eine Differenzierung dem Ursprung nach und ein entsprechendes Verhalten gerade bei den nicht professionell arbeitenden Influencern könne nicht erwartet werden.

IV. Fazit:

Auf den ersten Blick klingt eine solche Regelung, die mehr Rechtssicherheit schaffen soll, unterstützenswert. Schwierig wird aber die praktische Umsetzung und Abgrenzung. Der vorgelegte Formulierungsvorschlag erscheint dafür nicht geeignet. Abgesehen von den europarechtlichen Schwierigkeiten sollte von einer Gesetzesänderung zum jetzigen Zeitpunkt abgesehen und die Rechtsprechung des BGH auf Basis der aktuellen Rechtslage abgewartet werden.

V. Wer wir sind

Unter dem Dach des Deutschen Industrie- und Handelskammertags (DIHK) haben sich die 79 Industrie- und Handelskammern (IHKs) zusammengeschlossen. Unser gemeinsames Ziel: Beste Bedingungen für erfolgreiches Wirtschaften.

Auf Bundes- und Europaebene setzt sich der DIHK für die Interessen der gesamten gewerblichen Wirtschaft gegenüber Politik, Verwaltung und Öffentlichkeit ein. Denn mehrere Millionen Unternehmen aus Handel, Industrie und Dienstleistung sind gesetzliche Mitglieder einer IHK - vom Kiosk-Besitzer bis zum Dax-Konzern. So sind DIHK und IHKs eine Plattform für die vielfältigen Belange der Unternehmen. Diese bündeln wir in einem verfassten Verfahren auf gesetzlicher Grundlage zu gemeinsamen Positionen der Wirtschaft und tragen so zum wirtschaftspolitischen Meinungsbildungsprozess bei.

Darüber hinaus koordiniert der DIHK das Netzwerk der 140 Auslandshandelskammern, Delegationen und Repräsentanzen der Deutschen Wirtschaft in 92 Ländern.

Ansprechpartnerin:

Hildegard Reppelmund

Rechtsanwältin (Syndikusrechtsanwältin), Referatsleiterin Wettbewerbsrecht, Kartellrecht, Vergaberecht, Wirtschaftsstrafrecht

Tel.: (030)20308-2702, Fax: (030)20308-5-2702

<mailto:reppelmund.hildegard@dihk.de>

DIHK | Deutscher Industrie- und Handelskammertag e.V.

Besucheranschrift: Breite Straße 29 | 10178 Berlin-Mitte | Postanschrift: DIHK | 11052 Berlin

Tel. 030-20308-0 | Fax 030-20308-1000 | Internet: www.dihk.de