

Rechtsklarheit durch das neue „Influencer-Gesetz“ ?

Zum Zwecke der Modernisierung des europäischen Verbraucher- und Marketingrechts erließ der europäische Gesetzgeber am 27. November 2019 die Richtlinie 2019/2161. Der Umsetzungspflicht der Richtlinie nachkommend hat die Bundesregierung Änderungen im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vorgenommen, durch die die Richtlinie in deutsches Recht transformiert werden soll.

Die Gesetzesnovelle klärt die Frage, ob Influencer Inhalte, also Social-Media-Posts, welche Produkte von Drittanbietern zeigen und auf welche sie ggf. auch verlinken, auch dann als Werbung kennzeichnen müssen, wenn sie hierfür keine Gegenleistung von den Drittanbietern erhalten. Für Influencer soll durch das neue Gesetz mehr Rechtsklarheit hergestellt werden, da die oberlandesgerichtliche Rechtsprechung hierzu divergierende Meinungen vertrat.

So würde ein Urteil OLG Karlsruhe (Urt. v. 09.09.2020, Az. 6 U 38/19) gegen die Influencerin Pamela Reif nach der Gesetzesnovelle wohl anders ausfallen: Im Verfahren ging es um sog. „Tap Tags“. Tap Tags sind typischerweise auf Instagram-Beiträgen in der Nähe von Drittanbieter-Produkten zu sehen und enthalten einen Link, der zur Webseite des jeweiligen Produktes führt. Die Influencerin verwendete diese Tap Tags, um ihre Follower auf Produkte hinzuweisen, von denen sie persönlich überzeugt gewesen sei. Da sie für diese Hinweise von den jeweiligen Unternehmen nicht bezahlt wurde, kennzeichnete sie diese Links auch nicht als Werbung. Dieser Argumentation folgte das OLG Karlsruhe nicht und entschied in der Sache, dass die Anzeigen als Werbung zu kennzeichnen waren.

In einer ähnlich gelagerten Klage des Verbandes sozialer Wettbewerb (VSW) gegen die Moderatorin Cathy Hummels wurde hingegen von dem OLG München (Urt. v. 25.06.2020, Az.: 29 U 2333/19) ein geltend gemachter Unterlassungsanspruch auch in zweiter Instanz zurückgewiesen.

Die Unklarheiten der divergierenden Rechtsprechung sollen durch einen neu gefassten § 5a Abs. 4 UWG beseitigt werden. Dieser bestimmt, dass der kommerzielle Zweck einer geschäftlichen Handlung kenntlich gemacht werden muss, also Werbung für Produkte auch als solche gekennzeichnet werden muss (z. B. als #werbung). So weit nichts Neues.

In § 5a Abs. 4 Satz 2 UWG n.F. wird aber zusätzlich einschränkend bestimmt, dass ein kommerzieller Zweck bei einer Handlung zugunsten eines fremden Unternehmens nicht vorliegt, wenn der Handelnde kein Entgelt oder keine ähnliche Gegenleistung für die Handlung von dem fremden Unternehmer erhält. Hier kommt es also auf den tatsächlichen Sachverhalt an und – anders als bisher – auf die Frage, wie die interessierten Verkehrskreise das Posting wahrnehmen.

Das bedeutet, dass Influencer, die in ihren Instagram-Beiträgen Produkte von Drittanbietern zeigen, diese Beiträge nicht als Werbung kennzeichnen müssen, sofern ihnen die Drittanbieter das Produkt nicht unentgeltlich zur Verfügung gestellt haben oder/und den Influencern kein Honorar dafür bezahlen, dass ihr Produkt in deren Postings beworben wird. Es darf auch keine ähnliche Gegenleistung, wie z. B. der versprochene Abschluss eines Werbevertrages etc. vorliegen.

Da die gesetzliche Vermutung von einer Gegenleistung des Drittanbieters ausgeht, müssen Influencer im Zweifel beweisen, keine Gegenleistung erhalten zu haben.

Zwar dient die Neuregelung der Rechtsklarheit hinsichtlich einer möglichen Kennzeichnungspflicht: Jedoch waren die Erwägungen des OLG Karlsruhe im Hinblick auf eine irreführende – weil verschleierte – Werbung durchaus berechtigt: Influencer beeinflussen mit ihren Postings die Dynamik des Marktes durch ihre Popularität. Dies können sie sich zunutze machen und Drittanbieter auf sich aufmerksam machen, indem sie die Produkte des jeweiligen Drittanbieters in den Vordergrund stellen und damit deren Absätze fördern, was wiederum oft dazu führen dürfte, dass diese Drittanbieter daraufhin einen Werbevertrag o. ä. mit den Influencern abschließen. Dieses komplexe Interessengeflecht macht es für Verbraucher schwierig zu erkennen, ob gerade eine ehrliche Meinung zu einem Produkt abgegeben wird oder geschäftliche Interessen verfolgt werden.

Darüber hinaus wird sich zeigen, welche Anforderungen an die Wiederlegung der gesetzlichen Vermutung für eine Entgeltlichkeit der Leistung der Influencer gestellt werden. M. E. müssten diese Anforderungen eher hoch sein, um eine Umgehung der Norm zu verhindern. Denn schon bei Geldflüssen über zwischengeschaltete Agenturen ist ein Prozessvortrag der Influencer dahingehend, von dem Drittanbieter keine Gegenleistung erhalten zu haben, faktisch von nur eingeschränkter Relevanz. Und auch die Frage wie sich eine leicht vorzunehmende „Exkulpation“ der Influencer mit einem in der Rechtsprechung durchaus weit verstandenen Werbebegriffes kombinieren lässt, ist dann eher unklar.

Wahrscheinlich läuft es am Ende durchaus auf die beim LG Köln gerne durch einen ehemaligen Vorsitzenden an die im Wettbewerbsprozess beklagte Partei gestellte Frage hinaus: „Warum machen Sie das eigentlich?“

Stand des Gesetzgebungsverfahrens:

Der am 20.01.2021 vom Bundeskabinett beschlossene Regierungsentwurf wird dem Bundesrat zur Stellungnahme zugeleitet und nach einer Gegenäußerung der Bundesregierung an den Deutschen Bundestag weitergeleitet und dort beraten.

Autor: Rechtsanwalt Sascha Leyendecker, Rechtsanwalt I Partner, Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz, Fachanwalt für Urheber- und Medienrecht, Lehrbeauftragter an der Hochschule Augsburg

JuS Rechtsanwälte Schloms und Partner ist schwerpunktmäßig in den Bereichen Wettbewerbsrecht, Urheberrecht, IT- und Markenrecht tätig.

Bei offenen Fragen rund um das Thema „Unternehmen, Handel & Technologie“ stehen wir Ihnen kurzfristig gerne zur Verfügung:

Team Unternehmen, Handel & Technologie

JuS Rechtsanwälte Schloms und Partner

Ulrichsplatz 12, 86150 Augsburg

Tel.: 0821/34660-31

Fax : 0821/34660-93

E-Mail: schaefer@jus-kanzlei.de

www.jus-kanzlei.de