

50672 KÖLN, 04.03.2020/J/p

Hohenzollernring 12
TELEFON (02 21) 41 64 05
TELEFAX (02 21) 41 41 51

**Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
Referat III B 5
„Markenrecht; Designrecht;
Recht gegen den unlauteren Wettbewerb;
Bekämpfung der Produktpiraterie“
Mohrenstraße 37**

10117 Berlin

UNSER ZEICHEN:

bitte stets angeben

Per E-Mail vorab: IIIB5@bmjv.bund.de

**Regelungsvorschlag des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucher-
schutz zur Abgrenzung nichtkommerzieller Kommunikation zur Information
und Meinungsbildung von geschäftlichen Handlungen (Stand: Februar 2020)**

hier: Stellungnahme des Vereins gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e. V.

Sehr geehrte Damen und Herren,

uns liegt der im Betreff genannte Regelungsvorschlag vor, zu dem wir nachstehend
gerne Stellung nehmen möchten.

Hierzu dürfen wir unseren Verband kurz vorstellen:

Unser Verein („VGU“) wurde im Jahre 1885 von Kölner Kaufleuten gegründet.
Nachdem am 01.01.1900 das BGB in Kraft getreten war, konnte der VGU am
23.04.1903 in das Vereinsregister eingetragen werden. Unser Verein ist damit der

älteste „Wettbewerbsverband“ in der Bundesrepublik Deutschland. Weitere Informationen zu unserem Verband finden Sie unter der Internetadresse: <https://www.vgu-koeln.de/verein/>

Nach dem oben genannten Regelungsvorschlag ist eine Ergänzung von § 5a UWG um einen Absatz 6 S. 2 UWG vorgesehen, der wie folgt lauten soll:

„Ein kommerzieller Zweck einer geschäftlichen Handlung ist in der Regel nicht anzunehmen, wenn diese vorrangig der Information und Meinungsbildung dient und für diese kein Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung gewährt wurde.“

Obleich das Bestreben, im Bereich des sog. Influencermarketings eine etwas rechtsichere Rechtslage herbeizuführen, vom Grundsatz her begrüßenswert ist, erscheint uns diese Regelung als systematisch problematisch.

Mit der Formulierung, „Ein kommerzieller Zweck einer geschäftlichen Handlung ist in der Regel nicht anzunehmen“, wird suggeriert, es könne geschäftliche Handlungen ohne kommerziellen Zweck geben. In § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG wird der Begriff der geschäftlichen Handlung allerdings wie folgt legal definiert:

„„geschäftliche Handlung“ ist jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt; ...“

Nach dieser Definition ist der kommerzielle Zweck also eine Grundvoraussetzung für die Annahme einer geschäftlichen Handlung. Hiervon geht auch die Formulierung des derzeitigen § 5a Abs. 6 S. 1 UWG aus, die lautet, „Unlauter handelt auch, wer den kommerziellen Zweck einer geschäftlichen Handlung nicht kenntlich macht.“, die nämlich gerade auf den einer geschäftlichen Handlung immanenten kommerziellen Zweck abstellt. Mit anderen Worten, es gibt keine geschäftliche Handlung ohne kommerzielle Zwecke. Insofern wäre der geplante § 5a Abs. 6 S. 2 UWG dann allerdings wie folgt zu formulieren,

„Ein kommerzieller Zweck einer Handlung ist in der Regel nicht anzunehmen, wenn ...“

Systematisch erscheint die Einbettung einer solchen Regelung in § 5a UWG dann allerdings als problematisch. Denn auf eine Handlung ohne kommerziellen Zweck, die mithin keine geschäftliche Handlung ist, ist nicht nur § 5a UWG nicht anwendbar, bzw. § 5a Abs. 6 UWG. Sie unterfällt vielmehr keiner der Regelungen des UWG. Das UWG ist auf eine Handlung ohne kommerziellen Zweck insgesamt nicht anwendbar. Systematisch wäre eine entsprechende Klarstellung daher in § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG zu verorten. Denn wir gehen nicht davon aus, dass mit dem neuen § 5a Abs. 6 S. 2 UWG eine neue Kategorie „halbgeschäftlicher Handlungen“ geschaffen werden soll, die zwar nicht entsprechend § 5a Abs. 6 S. 1 UWG zu kennzeichnen, im Übrigen jedoch umfassend den Restriktionen des UWG unterfallen soll. Denn dies würde einen klaren Verstoß gegen die UGP-Richtlinie (Art. 7 Abs. 2 UGP-Richtlinie) darstellen, die solche „halbgeschäftlichen Handlungen“ nicht kennt.

Insofern drückt sie dann aber nur das aus, was ohnehin der aktuellen Rechtsprechung entspricht, in ihrer konkreten Formulierung dann jedoch mehr Fragen als Antworten aufwirft. Denn mit der Formulierung „wenn diese vorrangig der Information und Meinungsbildung dient und für diese kein Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung gewährt wurde.“ werden zwei kumulative Voraussetzungen aufgestellt. Die Vermutungsregelung eines solchen neuen § 5a Abs. 6 S. 2 UWG würde also nur eintreten, wenn eine Handlung (in der Regel geht es wohl um das Verfassen eines Beitrags in einem öffentlich zugänglichen Medium)

a) vorrangig der Information und Meinungsbildung dient
und zusätzlich

b) hier für diese kein Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung gewährt wurde.

Damit dürfte aber ein großer Teil der journalistischen Tätigkeit der Vermutungswirkung des § 5a Abs. 6 S. 2 UWG entzogen werden. Denn es stellt geradezu den Regelfall dar, dass Journalisten vom Verleger ein Entgelt für ihre Tätigkeit erhalten. Mit dem Abstellen auf das Entgelt dürfte daher wohl eher gemeint sein, dass kein Entgelt des durch die in Frage stehende Veröffentlichung begünstigten Unternehmers geflossen sein darf. In diesem Zusammenhang ist der Hinweis

„Da die Äußerung nur vorrangig der Informations- und Meinungsbildung dienen muss, ist die Ausnahme auch anwendbar, wenn ein Journalist für das Verfassen des Artikels ein Entgelt von dem Printmedium erhalten hat, ein Influencer mit der Äußerung auch sein eigenes Profil schärfen möchte oder ein Verleger durch einen Artikel auch den Absatz seines Presseproduktes fördern möchte.“

nicht verständlich. Denn nach dem Wortlaut der vorgeschlagenen Vermutungsregelung, nach der ja vermutet werden soll, dass keine geschäftliche Handlung gegeben ist („ist nicht anzuwenden wenn“), ist diese Ausnahme gerade nicht einschlägig, wenn ein Entgelt geflossen ist, wobei das Entgelt im Wortlaut der Regelung generell formuliert ist, also auch ein Entgelt des Printmediums erfasst.

Insofern erscheint uns die geplante Neuregelung daher mehr Unklarheiten entstehen zu lassen, als zu beseitigen. Die Grundproblematik ist den Gerichten im Übrigen seit langem bekannt. Denn sie betrifft nicht speziell das Influencermarketing, sondern ebenso jegliche Presseveröffentlichung, durch die ein Produkt positiv dargestellt wird und sich die Veröffentlichung daher objektiv gesehen als potentiell absatzsteigernd auswirkt. Die Rechtsprechung hatte hier auch in der Vergangenheit stets zu prüfen, ob es sich ggf. um getarnte Werbung handelt, sei es, weil das Pressemedium für die Werbung bezahlt wurde, sei es, weil die Veröffentlichung einen über den presserechtlichen Informationsauftrag hinausgehenden anpreisenden Inhalt hatte. Warum die Gerichte zu dieser Beurteilung bei Influencern nicht in der Lage sein sollen, erschließt sich nicht. Einzuräumen ist zwar, dass die Rechtsprechung insbesondere bei der Wertungsfrage, ob der presserechtliche Informationsauftrag überschritten und ein Produkt anpreisend beworben wird, nicht einheitlich ist. Dieses Problem besteht jedoch bei jeder Wertungsfrage und wird im Übrigen auch nicht durch die Formulierung „wenn diese vorrangig der Information und Meinungsbildung dient“ vermieden. Denn das Tatbestandsmerkmal „vorrangig“ erfordert die gleiche Wertung.

Mit einer Veröffentlichung unserer Stellungnahme sind wir einverstanden.

Mit freundlichen Grüßen



Philipp Butzbach
(Vorsitzender)