

Influencer-Marketing – Erheblicher Nachholbedarf bei der Kennzeichnung von Posts

Von Marco S. Meier, Rechtsanwalt bei Meyerlustenberger Lachenal AG, Zürich

// Foto: zVg Meyerlustenberger Lachenal AG

Influencer-Marketing ist eine derjenigen Werbeformen, welche die klassischen Werbeformate immer mehr verdrängt. Nicht zuletzt darum, weil sie gezielt und effizient auf das Zielpublikum ausgerichtet ist. Unternehmen profitieren beim Influencer-Marketing von Personen mit grosser Reichweite auf sozialen Netzwerken oder Blogs. Im heutigen Umfeld werden Rechtsstreite gerade im Bereich des Online-Marketings immer häufiger. Im Zusammenhang mit dem Marketing über Influencer kann es schnell zu sog. Schleichwerbung kommen, die gegen die Grundsätze des Schweizer Rechts verstösst. Spezifische gesetzliche Normen zur Deklaration von Werbung auf Social-Media-Plattformen existieren (noch) nicht. Neben den allgemeinen Grundsätzen aus dem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) kommen regelmässig weitere Grundlagen im Bereich der Selbstregulierung zur Anwendung. In der Realität gestaltet sich die Lage in der Schweiz jedoch anders. Durch eine mangelnde Kennzeichnung der Werbung begeben sich Influencer auf eine Gratwanderung, weil ihre Posts neben dem Verstoss gegen inländisches Recht auch ausländischem Recht unterliegen können, welches schärfere Sanktionen als das Schweizer Recht vorsehen kann.

1. Fortschreitende Ablösung der klassischen Werbeformen

Neue Werbeformen lösen vermehrt die klassischen Werbeformate ab. Klassische Werbeformate gehören somit immer mehr der Vergangenheit an. Eines der wirkungsvollsten Werbeformate ist das sog. Influencer-Marketing. Beim Influencer-Marketing bedienen sich Unternehmen der Reichweite von Personen (sog. Influencer) mit einer Vielzahl von Anhängern (sog. Followern) auf Social-Media-Plattformen oder Blogs. Die Reichweite misst sich an der Anzahl der Follower auf einer bestimmten Social-Media-Plattform wie Twitter, Instagram, Facebook, YouTube und anderen sozialen Netzwerken oder an den Abonnenten eines Blogs.

Die Vorteile des Influencer-Marketings liegen auf der Hand. Mit der gezielten Auswahl der Social-Media-Plattform und des Influencers kann ein genau bestimmtes Zielpublikum gezielt angesprochen werden. Die Werbung über Influencer hat somit einen geringeren „Streuungsverlust“ als die klassischen Werbeformate, und das Marketingbudget von Unternehmen



kann gezielt sowie effizient eingesetzt werden. Das mag aus ökonomischer Sicht sicherlich sinnvoll erscheinen, jedoch bestehen aus rechtlicher Sicht diverse Stolpersteine, weil es sich, im Gegensatz zu den klassischen Werbeformaten, um eine subtilere Art der Werbung handelt. Problematisch ist insbesondere die fehlende oder mangelhafte Kennzeichnung der Beiträge (sog. Posts) durch Influencer. Dies führt dazu, dass solche Posts als Schleichwerbung qualifizieren, weil für Dritte nicht erkennbar ist, dass es sich um Werbung handelt. Dieser Problematik sind sich viele Schweizer Influencer, aber auch die auftraggebenden Unternehmen, nicht bewusst. Die fehlende oder mangelhafte Kennzeichnung eines Posts als Werbung kann zu Sanktionen des Influencers aber auch des auftraggebenden Unternehmens selbst führen. Die aktuelle juristische Diskussion dreht sich folglich auch hauptsächlich um die rechtssichere Kennzeichnung der Posts von Influencern.

2. Rechtslage in der Schweiz

Die rechtlichen Anforderungen an einen Post eines Influencers ergeben sich in der Schweiz nicht aus einem einzigen umfassenden Gesetz, sondern aus allerlei verschiedener Rechtsgrundlagen. Ausgangspunkt bilden jeweils die allgemeinen Grundsätze des UWG. Es gilt zu beachten, dass neben diesen Grundlagen auch diverse weitere branchen- bzw. berufsspezifische Spezialgesetze Anwendung finden können (z.B. das Radio- und Fernsehrecht, die Preisbekanntgabeverordnung, das Lotterierecht u.ä.). Im Zusammenhang mit dem Influencer-Marketing sind insbesondere das UWG, die Grundsätze der Lauterkeit in der kommerziellen Kommunikation der schweizerischen Lauterkeitskommission¹ sowie die Social-Media-Plattform-spezifischen Richtlinien einschlägig.

Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb

Damit für einen Influencer überhaupt eine Pflicht zur Kennzeichnung seiner Posts als Werbung besteht, ist zu erörtern, wann ein Post als Werbung qualifiziert. Das UWG selbst verwendet den Begriff der Werbung zwar an verschiedenen Stellen (z.B. in Art. 3, Art. 13a oder Art. 17 UWG), eine Definition des Begriffs sucht man jedoch vergebens. Zweck des UWG ist es jedoch, „den lautereren und unverfälschten Wettbewerb im Interesse aller Beteiligten zu gewährleisten“. Vom UWG erfasst ist somit jegliches Verhalten, dass dazu bestimmt oder geeignet ist, sich auf die Marktverhältnisse auszuwirken oder objektiv die Wettbewerbsverhältnisse zu beeinflussen.² Insofern sind auch die Posts von Influencern vom UWG erfasst, wenn sie einen kommerziellen oder verkaufsfördernden Zweck haben und somit wettbewerbsrelevant sind. Der kommerzielle Zweck ist insbesondere dann eröffnet, wenn der Influencer eine Vergütung erhält. Dabei ist es unerheblich, in welcher Form die Vergütung erfolgt. Sie kann neben der Bezahlung für die Dienste des Influencers auch darin bestehen, dass das auftraggebende Unternehmen dem Influencer Produkte zuwendet (z.B. um diese zu testen und darüber positiv zu berichten).

Mangels Spezialnormen im UWG ist der allgemeine Grundsatz von Art. 2 UWG auch im Zusammenhang mit Influencer-Marketing einschlägig. Art. 2 UWG statuiert, dass jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebaren, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflussen, unlauter ist. Aus diesem allgemeinen Grundsatz entspringen u.a. die für die Werbung zentralen Gebote der Transparenz und Trennung. Das Transparenzgebot postuliert, dass Werbung ersichtlich gemacht werden muss. Daneben soll gemäss dem Trennungsgebot der redaktionelle Inhalt klar von der Werbung getrennt werden.

Sowohl das Transparenz- als auch das Trennungsgebot sind nicht nur auf „klassische“ Werbeformen anwendbar. Sie gelten auch für Private, die gegen Vergütung Posts auf Social-Media-Plattformen oder Blogs veröffentlichen, welche als Werbung qualifizieren.³ Fehlt es an der entsprechenden Kennzeichnung eines Posts oder wird diese mangelhaft vorgenommen, liegt ein unlauteres Verhalten im Sinne des UWG vor.

Grundsätze der Lauterkeitskommission

Die Grundsätze der Lauterkeitskommission enthalten – im Gegensatz zum UWG – eine Definition für den Begriff der „kommerziellen Kommunikation“. Kommerzielle Kommunikation im Sinne der Grundsätze der Lauterkeitskommission „ist jede Massnahme von Konkurrenten oder Dritten (...), die eine Mehrheit von Personen systematisch in ihrer Einstellung zu bestimmten Waren, Werken, Leistungen oder Geschäftsverhältnissen zum Zweck des Abschlusses eines Rechtsgeschäfts oder seiner Verhinderung beeinflussen“.⁴ In der Fussnote zu Grundsatz 1.2 der Grundsätze der Lauterkeitskommission findet sich dann auch der Hinweis, dass der umgangssprachliche Begriff der Werbung als Synonym für den Begriff der „kommerziellen Kommunikation“ verwendet wird. Da der Zweck des Einsatzes von Influencern für Unternehmen darin besteht, den Verkauf von Waren oder Dienstleistungen systematisch zu fördern und folglich auf den Abschluss eines Rechtsgeschäfts gerichtet ist, qualifizieren auch Influencer-Posts als kommerzielle Kommunikation im Sinne der Grundsätze der Lauterkeitskommission.

Auch die Grundsätze der Lauterkeitskommission enthalten, gleich wie das UWG, das Transparenz- und Trennungsgebot.⁵ Daneben statuiert Grundsatz 3.12 der Grundsätze der Lauterkeitskommission explizit das Verbot der Schleichwerbung. Die Grenze zur Schleichwerbung ist gemäss diesem Grundsatz dann überschritten, wenn die Veröffentlichung (z.B. der Post eines Influencers) über ein begründetes öffentliches Interesse oder das Informationsinteresse des Medienkonsumenten hinausgeht. Insofern ist festzuhalten, dass Posts von Influencern im Auftrag eines Unternehmens ohne Kennzeichnung die oben ausgeführte Schwelle regelmässig überschreiten. Dies macht eine entsprechende Kennzeichnung folglich unerlässlich.

Griffige Sanktionen: Fehlanzeige

Aus Sicht des Schweizer Rechts stellt sich die Frage, mit welchen Sanktionen ein Influencer und das auftraggebende Unternehmen rechnen müssen, wenn eine erkennbare Kennzeichnung des Posts fehlt oder mangelhaft ist.

Die Gebote der Transparenz und der Trennung ergeben sich aus der Generalklausel des Art. 2 UWG. Dieser Artikel ist jedoch nicht strafbewährt.⁶ Auch aus den Grundsätzen der Lauterkeitskommission gehen keine griffigen Sanktionen hervor. Insofern sind die Risiken einer fehlenden oder mangelhaften Kennzeichnung eines werblichen Posts sowohl für Influencer als auch für die auftraggebenden Unternehmen, zumindest aus Sicht des Schweizer Rechts, überschaubar. Das dürfte auch der Grund dafür sein, dass es, soweit ersichtlich, keine publizierten Entscheide von Schweizer Gerichten im Bereich des Influencer-Marketings gibt. Es gilt jedoch zu beachten, dass die Ausrichtung solcher Posts auf das Ausland oft gegeben sein dürfte. Folglich müssen auch die ausländischen Vorschriften beachtet werden.

3. Ein Blick über die Grenze lohnt sich

Aufgrund der fehlenden Entscheide in der Schweiz empfiehlt sich insbesondere ein Blick über die nördliche Grenze. In Deutschland ergingen kürzlich zwei Entscheide, die auch in der Schweiz auf grosse Aufmerksamkeit gestossen sind.

Im ersten der beiden Fälle wurde der Influencer „Flying Uwe“ mit einer Busse in Höhe von 10'500 Euro sanktioniert. Dem Influencer wurde das Trennungsgebot zum Verhängnis. Auf seinen beiden YouTube-Kanälen präsentierte er Fitnessprodukte und pries diese in positiver Form an. Dabei hatte er es unterlassen, diese Präsentationen jeweils als Werbung zu kennzeichnen.⁷ Der Fall zeigt insofern auf, dass eine deutliche Kennzeichnung von Beiträgen als Werbung auch für Influencer angezeigt ist, wollen sie nicht mit empfindlichen Sanktionen konfrontiert werden.

Ähnlich wie im Fall „Flying Uwe“ erging es auch der deutschen Drogeriekette Rossmann. Diese wurde vom Oberlandesgericht Celle wegen unzulässiger Schleichwerbung mit einem Influencer, welcher für Rossmann Produkte auf Instagram anpries, verurteilt. Der Drogeriekette droht im Wiederholungsfall ein Ordnungsgeld von bis zu 250'000 Euro.⁸ Beachtenswert an diesem Fall ist, dass der beanstandete Post zwar durch den Influencer mit dem Hashtag #ad gekennzeichnet wurde, dies jedoch aus Sicht des Gerichts ungenügend war. Das Gericht stellte fest, dass der Hashtag #ad erst am Ende des Beitrags und der zweite von insgesamt sechs Hashtags war. Laut dem Gericht sei nicht damit zu rechnen, dass eine durchschnittliche Person einer gewissen Zielgruppe des infrage stehenden Posts den Hashtag an dieser Stelle zur Kenntnis nimmt.

Aus beiden Entscheiden geht hervor, dass das Transparenz- und Trennungsgebot nicht nur von Selbstregulierungsorganen, sondern auch von Gerichten und Behörden durchgesetzt wird. Zudem zeigen die beiden Entscheide auf, dass zur Einhaltung des Transparenz- und Trennungsgebotes nicht nur die Kennzeichnung als Werbung an sich nötig ist, sondern auch, dass die Kennzeichnung in einer ausreichend erkennbaren Art und Weise erfolgt. Bedauerlicherweise hat es das Gericht im Fall Drogeriekette Rossmann jedoch unterlassen, klare rechtliche Anforderungen für Werbe-Posts von Influencern zu definieren. Insofern besteht diesbezüglich noch keine Rechtssicherheit, auch nicht in Deutschland.

Da sich Posts von Schweizer Influencern regelmässig ebenfalls auf andere Länder – insbesondere auch auf Deutschland – ausrichten, führt dies grundsätzlich zur Anwendbarkeit des deutschen Rechts und zur Zuständigkeit der deutschen Gerichte. Auch deshalb ist es für Schweizer Influencer sinnvoll, auf Schleichwerbung zu verzichten und das Transparenz- sowie das Trennungsgebot zu beachten.

4. Best Practice für Posts von Influencern

Auch wenn in der Schweiz zurzeit noch keine griffigen Sanktionen für Verletzungen des Transparenz- und Trennungsgebotes bestehen, lohnt es sich im Sinne einer „Best Practice“ folgende Grundsätze beim Einsatz von Influencer-Marketing zu beachten und gegebenenfalls vertraglich festzuhalten:

1. Jeder Post, der als Werbung qualifiziert ist in einer für die durchschnittliche Person einer Zielgruppe erkennbaren Art und Weise zu kennzeichnen.
2. Die Kennzeichnung hat zu Beginn eines entsprechenden Posts zu erfolgen.
3. Die Kennzeichnung muss wahrnehmbar sein und sollte sich somit nicht in einer „Hashtagwolke“ verstecken.
4. Bei der Wahl der Hashtags ist zu beachten, dass aus diesen klar und deutlich hervorgeht, dass es sich um einen entgeltlichen Post handelt (z.B. durch den Hashtag #werbung oder #anzeige).

1 Einschbar unter: <https://www.faire-werbung.ch/wordpress/wp-content/uploads/2013/09/Grundsätze.pdf>.

2 Jung Peter, in: Jung Peter/Spitz Philippe, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2. Auflage 2016, Einleitung Rz. 2 f.

3 Keller Claudia, in: Staffelbach Oliver/Claudia Keller, Social Media und Recht für Unternehmen, 2015, Kapitel 2: Werberecht, Ziff. 4.11.

4 vgl. Grundsatz 1.2 der Grundsätze Lauterkeit in der kommerziellen Kommunikation der Schweizerischen Lauterkeitskommission.

5 vgl. Grundsatz 3.12 der Grundsätze Lauterkeit in der kommerziellen Kommunikation der Schweizerischen Lauterkeitskommission.

6 vgl. Art. 23 Abs. 1 UWG.

7 Pressemitteilung der Medienanstalt Hamburg/Schleswig-Holstein (MA HSH) zum Fall Flying Uwe vom 8. Juni 2017.

8 Urteil OLG Celle vom 8. Juni 2017, 13 U 53/17.