

Z

—
hdk
—
Zürcher Hochschule der Künste
Zentrum für Kulturrecht

 **faire-werbung.ch**
Schweizerische Lauterkeitskommission
loyauté-en-publicité.ch
Commission Suisse pour la Loyauté

„ks/cs“
Kommunikation Schweiz
Communication Suisse
Comunicazione Svizzera
Communication Switzerland


EuropaInstitut
AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

**«hashtag ad»:
Neue Werbeformen und Ihre Glaubwürdigkeit**

**«hashtag Schleichwerbung»:
Wie das Lauterkeitsrecht diese Werbeformen erfasst**

Mischa Senn

Prof. Dr. iur. | Zentrum für Kulturrecht (ZKR) / ZHdK

A. Einleitung und Begriffe

B. Akteure

C. Lauterkeitsrechtliche Bestimmungen

1. Grundsätze
2. Schleichwerbung
3. Abgrenzungen
4. Verantwortung

D. Nutzer-Verständnis

E. Fazit

Bezeichnungen neuer Werbeformen

Oberbegriff **Content Marketing**:

Information in Form von (für den Leser) relevanten, beratenden oder unterhaltsamen Inhalten

Formen:

Native Advertising (Native Ad)

- redaktionell aufgemachte, bezahlte Beiträge, die sich im Layout, der Tonalität und der Funktionalität dem Werbeträger / Medium anpassen
- Soll den Leser in seinem gewohnten medialen Umfeld ansprechen
- steht in Relation («Konkurrenz») zu redaktionellem Umfeld
- ist zielgruppenspezifisch ausgerichtet
- bisherige Formen: z.B. Publireportage

Influencer Marketing (Influencing)

Vom "Übermittler" (Influencer) ausgehende kommunizierte (Werbe-)Botschaft; Empfehlungen («Beeinflussung»), meist im Auftrag der Unternehmen

Im Markt beteiligte Akteure:

Anbieter

Unternehmen (= Auftraggeber)

Vermittler

*Auftragnehmer / Mittler / Agenturen (z.B. Kingfluencer)
Medien (z.B. Watson)*

"Übermittler" (bei Influencer Marketing)

Influencer (siehe Begriffe/Formen)
ist neue Akteursgruppe; hat Medien-ähnliche Funktion

Nutzer

= Konsument (siehe später)

Lauterkeitsrechtliche Gebote

Wahrheit/Richtigkeit

Werbung muss grundsätzlich wahr sein
Angaben müssen stimmen, d.h. richtig sein
(aber Unterscheidung Meinungsäußerung – Tatsachenbehauptung)

Klarheit

Werbung muss klar sein, d.h. unmissverständlich

Vollständigkeit

Angaben oder Aussagen müssen vollständig und nachvollziehbar sein
Unvollständige Angaben können irreführend oder täuschend sein – insofern falsch

Diese Elemente dienen der **Glaubwürdigkeit** der Werbung.

Lauterkeitsrechtliche Verbote

Täuschung

= Verletzung des Wahrheitsgebots

UWG 2 (Generalklausel) und UWG 3.1.i* (unrichtige Angaben zu Beschaffenheit)

Irreführung

= Verletzung des Klarheitsgebots

UWG 3.1.a (Herabsetzung), UWG 3.1.e (unlautere Vergleiche)

SLK-GS 3.5.2** (Irreführende Äusserungen), SLK-GS 3.6 (Werbung mit Selbstverständlichkeiten)

Schutz vor Verwechslung

Irreführung und Täuschung können zu Verwechslungen führen

und zwar hinsichtlich dem Unternehmen oder der Produkte (***)/Angebote

UWG 2 ("Täuschung")

* Kurzzitat, je mit Punkten zwischen den Ordnungsebenen (hier somit: Art. 3 Abs. 1 lit. i UWG)

** Bisherige Nummerierung (vor Revision)

*** = Waren oder Dienstleistungen

Lauterkeitsrechtlicher Kennzeichnungs-Grundsatz

Grundlage:

abgeleitet aus dem *Trennungsgrundsatz / Trennungsgebot*
(gilt im Lauterkeits- und Medienrecht*)

Lauterkeitsrechtliche Grundlage:

UWG 2 (Grundsatz) [sog. Generalklausel]:

«Unlauter und widerrechtlich ist 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 beeinflusst.»

vgl. SLK-GS 3.12.1 (dazu Reto Inglin)

* Anmerkung:

Gerichtsentscheide zum Trennungsgrundsatz soweit bekannt nur zu medienrechtlichen Sachverhalten; dafür SLK-Entscheide (SLKE)

Voraussetzungen:

Kennzeichnung bzw. Erkennbarkeit

«Während die Kennzeichnung ein rein formales Kriterium darstellt, ist die Erkennbarkeit aus der Sicht des angesprochenen Zielpublikums zu beurteilen.»
(SLKE v. 9.1.2002, «Bester Empfang»)

Kennzeichnung

- formales Kriterium

- Bezeichnungen/Formen (u.a.):

Werbung, Anzeige, Promo, Publireportage, Sponsored Content, #Ad

(siehe auch SLK-GS 3.12.7)

- Wenn Kennzeichnung am Anfang und Position branchenüblich – meist oben links –, wird dieses Kriterium erfüllt.

- Auch Kennzeichnung selbst muss erkennbar (sichtbar) sein.

Diskussion, ob das Kennzeichen «#-ad» genügt

(vgl. Entscheid OLG Celle v. 8.6.2017, «Influencer-Post»)

Erkennbarkeit

- inhaltliches/materielles Kriterium
 - «klare bzw. eindeutige» Erkennbarkeit als Werbung
 - Indizien der Erkennbarkeit:
 - Gestaltung (Layout)
 - Textinhalt
 - mediales Umfeld
- (siehe dazu auch Kriterien bei Anwendungsregeln SLK-GS 1.1.2)

Voraussetzung: Kriterien kumulativ oder alternativ?

- Erkennbarkeit hinreichend, oder
- Kennzeichnung notwendig?

Für *Erkennbarkeit als hinreichend*:

- David/Reutter («Im Zweifelsfall» zusätzlich Kennzeichnung)
- SLKE «Bester Empfang» / vgl. aber SLK-GS 3.12.1
- OLG Celle, sofern (Influencer-)Werbung «auf den ersten Blick und ohne jeden Zweifel»
- RTVG 9.1 («Erkennbarkeit»), aber RTVV 12.1 («Erkennungssignal»)

Begriff Schleichwerbung:

Nicht als erkennbare Werbung kommunizierte kommerzielle Aussage zu Produkten in redaktionellen Beiträgen

Grundsatz:

Verbot von Schleichwerbung

Rechtliche Grundlagen

Grundsatz: Abstützung auf die lauterkeitsrechtliche Gebote und Verbote, insb. auf UWG 2

siehe ferner:

SLK-GS 3.12.2 (dazu Reto Inglin)

RTVG 10.3 / RTVV 11.2 (dazu Mathis Berger)

Faustregel

Ist keine Kennzeichnung oder Erkennbarkeit der Werbebotschaft vorhanden, fehlt die Transparenz, womit Native Ad und Influencing als *Schleichwerbung* unlauter sein können (sofern jeweils entsprechender Sachverhalt vorliegt und konkreter Tatbestand erfüllt ist).

Fokus Influencing

- Werbung liegt dann vor, wenn Influencer insb. für einen Auftraggeber Empfehlungen etc. abgibt.
- Rein *private Empfehlungen*, d.h. ohne Auftraggeber und ohne an sonstige Gegenleistungen (z.B. Entgelt) gebundene Aussagen, sind keine Werbung.
Private Empfehlungen können (jedoch) *als solche* lauterkeitsrechtlichen Bestimmungen unterliegen, soweit sie als wettbewerbsrechtliche Handlungen zu qualifizieren sind (z.B. unzulässige Tatsachenbehauptung)

Indizien für Werbung:

- reklamehafte Sprache, positive Hervorhebungen, Kaufappelle (siehe Indizien bei Erkennbarkeit)
- Übernahme von Kennzeichen eines Unternehmens (z.B. Logo, Marke)
- Verlinkung zum Unternehmen
- Preisempfehlung (z.B. «günstiger Preis»)

Test

Begriff Test:

Feststellen von Eigenschaften eines Produktes nach einem vorgeschriebenen Verfahren
(betrifft vergleichende und Einzeltest)
(siehe SLK-GS 3.3.1 + Test-Richtlinien)

Native Ad:

=> Tatbestand gegebenenfalls erfüllt

Influencing:

ist subjektive Meinungsäußerung ohne verfahrensmethodische Bewertung
=> kein Test
gegebenenfalls aber eine Tatsachenbehauptung (siehe dazu Verantwortung)

Produkteplatzierung

Begriff Produkteplatzierung (Product Placement):

Abbildung/Nennung von Produkten oder Kennzeichen in redaktionellen Beiträgen gegen (finanzielle) Gegenleistung
Unlauter dann, wenn nicht transparent gemacht
(vgl. SLK-GS 3.12.5)

Native Ad:

=> andere Werbeform

Influencing:

=> (i.d.R.) kein redaktioneller Beitrag (sondern Werbung)

Testimonials

Begriff Testimonial:

subjektive Aussage einer (prominenten) Person über ein Produkt des Anbieters
in einer Werbung
(siehe SLK-GS 3.2.2)

Native Ad:

=> Testimonial kann in dieser Werbeform enthalten sein

Influencing:

=> Werbung stammt direkt vom Influencer und erscheint nicht unter dem "Label" des Unternehmens, kein Testimonial

Anbieter:

Unternehmen (Auftraggeber):

Verantwortung für Richtigkeit und Rechtmässigkeit der Werbeaussage
(UWG 13a [Beweislastumkehr], SLK-GS 1.8)

Vermittler:

Auftragnehmer und *Mittler*:

haften für ihre Werbung (Werbeangaben) bei grober Fahrlässigkeit und Vorsatz
(vgl. SLK-GS 1.8)

Medien:

Haftung u.a. bei

- unkorrekten Angaben
- fehlender Kennzeichnung
- Missachtung der journalistischen Sorgfaltspflicht («Bernina»-Fall, BGE 117 IV 173)

Fokus Influencer

- ist *Marktteilnehmer* i.S.v. UWG 1 («Beteiligter», «Handlung eines Dritten»)
- Handlung damit lauterkeitsrechtlich relevant,
z.B. bei unzulässigen Vergleichen mit Produkten des Auftraggebers und solchen von
Drittunternehmen => unlauterer Vergleich (UWG 3.1.e)

- ist *Anbieter* (i.S.v. UWG 2) im Verhältnis zur Konkurrenz (andere Influencer)
Fall «Fake Followers» (Bots): gemäss SRF-Data-Studie v. 11.10.17 rund ein Drittel*
=> unrichtige Angaben (UWG 3.1.b)

* <https://www.srf.ch/news/schweiz/fake-followers-viel-schein-in-der-influencer-welt>

Nutzer-Verständnis:

Erkennbarkeit und Erkennungsfähigkeit

Prämisse:

«Die Werbung (...) arbeitet unaufrichtig und setzt voraus, dass das vorausgesetzt wird.»
(Niklas Luhmann)

Erforderliches Rezeptionsverständnis:

1. angesprochenes *Zielpublikum* (massgebender Personenkreis/Adressatenkreis)

2. *Verständnishorizont* des eben eruierten Zielpublikums:

=> Leitbild eines Durchschnittskonsumenten (DSK):

«informierter, aufmerksamer und verständiger Durchschnittsverbraucher»

m.a.W.: *der durchschnittlich intelligente Konsument*

- unbestimmter Rechtsbegriff

d.h. es findet eine normative Setzung statt (Rechtsfrage, keine Tatfrage)

Neue Werbeformen

- teils wirklich neu (*Influencing*), teils anders / neu(deutsch) bezeichnet (*Native Ad*)
- sind von anderen Werbe-Formen abzugrenzen (z.B. Tests, Testimonials)
- sind tatbestandsmässig meist Formen von Schleichwerbung
- bedingen keine neuen gesetzlichen Regelungen,
da durch UWG (z.B. UWG 2, 3.1.e) oder durch werbliche Selbstkontrolle
hinreichend erfasst
- Influencer als neue Akteure,
mit entsprechender Eigenverantwortung als Marktteilnehmer
- Frage der Erkennbarkeit des Werbecharakters durch Nutzer

Schluss

Quellen:

- Aufsätze zu Durchschnittsrezipient, Anwendungsregeln SLK, Test-Reichlinien, Medienkompetenz (u.a.):

<https://www.zhdk.ch/zeitschriften-3515>

- SLKE:

<https://www.zhdk.ch/dokumentationen-3517> und <https://www.faire-werbung.ch/dokumentation>

Mischa Senn

Prof. Dr. iur. / Zentrum für Kulturrecht (ZKR) / Zürcher Hochschule der Künste (ZHdK)

+41 43 446 20 20 / mischa.senn@zhdk.ch / www.zkr.ch