

**Influencer-Marketing
Zwischen Authentizität und Manipulation**
Tagung 28. November 2019

**Influencing –
Vom Lauterkeitsrecht keineswegs unbeeinflusst**

Mischa Senn

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

A. Vorbemerkungen

B. Einleitung

C. Lauterkeitsrechtliche Grundlagen

- Trennungs- und Erkennbarkeits-Grundsätze
- Schleichwerbung
- Einzeltatbestände von UWG 3.1
- Konflikt-Konstellationen

D. Nutzer-Verständnis

E. Fazit

Bezeichnung *Influencer-Marketing*

Vom Influencer ausgehende kommunizierte Werbebotschaft;
Empfehlung («Beeinflussung»), Produkteempfehlung
meist im Auftrag der Unternehmen/Agenturen
Influencer tritt als «Bindeglied zwischen Marke und Zielgruppe» auf.

Charakteristische Merkmale des Influencers

Glaubwürdigkeit durch

- Authentizität
- Intimität
- Attraktivität
- Expertise

Problematik:

"*Glaubwürdigkeitskrise*" aufgrund

- gespielter
- inszenierter
- unwahrer

Eigenschaften bzw. Merkmalen

unklar: Erkennung als Werbung glaubwürdigkeits-hemmend?

Art der Kommunikation

Influencing

als private Kommunikation

i.S.e. Meinungsäußerung u.a. mit sozialen, unterhaltenden Inhalten

=> keine lauterkeitsrechtlich relevante Handlung (i.d.R.)

Influencer-Marketing

- erfolgt zu eigenen (Geschäfts-)Zwecken

- hat kommerziellen Zweck

- ist Geschäftsmodell

=> ist Werbebotschaft (Werbeformat) = kommerzielle Kommunikation

damit:

Influencer ist

- *Marktteilnehmer* i.S.v. UWG 1 («Beteiligter» bzw. «Handlung eines Dritten»)

- *Anbieter* (i.S.v. UWG 2) im Verhältnis zur Konkurrenz (andere Influencer)

=> Handlung somit lauterkeitsrechtlich relevant

Unterscheidung "redaktioneller – kommerzieller Beitrag"

Grundlage:

Trennungsgrundsatz (s. sogleich)

redaktioneller Beitrag

als journalistische Darstellungsform (traditionelles Verständnis)

kommerzieller Beitrag

interessengeleitete Werbung zu eigenen (Geschäfts-)Zwecken

Bei sozialen Medien:

traditionelle Bezeichnung von «redaktionellem Beitrag» wenig hilfreich im Werberecht

damit besser **Unterscheidung** in

- *kommerzielle Kommunikation*
- *private Kommunikation* im Sinne von nicht-kommerzieller Kommunikation (vgl. auch SLKE «Federer»)

Lauterkeitsrechtliche Trennungs- und Erkennbarkeits-Grundsätze (I)

Grundlage:

UWG 2 (Grundsatz/"Generalklausel")

Elemente des Trennungsgrundsatzes:

klare Trennung

- durch Kennzeichnung (1.)
- aufgrund der Erkennbarkeit (2.)

1. Kennzeichnung

- formales Kriterium
- Bezeichnungen/Formen (u.a.): *#Ad* / *#Werbung* etc.
- Auch Kennzeichnung selbst muss erkennbar (sichtbar) sein.

übertrieben:



dariowidmer [Werbung] It always
seems impossible until it's done! #ad
#anzeige #werbung

aber: Kennzeichnung ist nicht "verboten"

Lauterkeitsrechtliche Trennungs- und Erkennbarkeits-Grundsätze (II)

2. Erkennbarkeit

- inhaltliches/materielles Kriterium
- «klare bzw. eindeutige» Erkennbarkeit als Werbung
- Indizien der Erkennbarkeit:
 - Gestaltung (Layout)
 - (Text-)InhaltBeispiele:
 - «mein kleiner Geheimtipp (...): rexon» (saraleutenegger)
 - «sehr sehr cooler laden (...)» (Debbie Piazza)
- mediales Umfeld
- Kontext (siehe dazu auch Kriterien bei Anwendungsregeln SLK-GS A.2)
- Muss in jedem Fall gegeben sein, da eine klare bzw. eindeutige Erkennbarkeit verlangt wird.

damit: **Vorrang der Erkennbarkeit**

gemäss dem *Gebot der Erkennbarkeit*

(abgeleitet aus dem Klarheitsgebot, UWG 2; vgl. auch SLK-GS B.15.2)

=> massgebendes Kriterium im Lauterkeitsrecht

(anders bei *medienrechtlichen* Bestimmungen)

Lauterkeitsrechtliche Trennungs- und Erkennbarkeits-Grundsätze (III)

Fälle:

SLKE «Federer»:

Es besteht «keine allgemeine Kennzeichnungspflicht für kommerzielle Kommunikation zugunsten Dritter. Vielmehr genügt unter Würdigung der konkreten Umstände des Einzelfalles die eindeutige Erkennbarkeit des kommerziellen Charakters der Kommunikation.»

vgl. auch:

- OLG Celle, sofern (Influencer-)Werbung «auf den ersten Blick und ohne jeden Zweifel»
- LG München («Cathy Hummels»)

SLKE «Bester Empfang»:

«Während die Kennzeichnung ein rein formales Kriterium darstellt, ist die Erkennbarkeit aus der Sicht des angesprochenen Zielpublikums zu beurteilen.»

Schleichwerbung (I)

Begriff:

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

Grundsatz/Grundlage:

Verbot von Schleichwerbung
(UWG 2 sowie SLK-GS B.15.5)

Zweck:

Vermeidung einer möglichen Täuschung über Charakter der (kommerziellen) Kommunikation aufgrund fehlender Transparenz
=> "Irreführungsabwehr"

Täuschung abhängig vom Nutzer-Verständnis (siehe später)

Schleichwerbung (II)

Schleichwerbung mittels Influencer-Marketing (?)

Indizien für Werbecharakter:

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

private Empfehlungen

z.B. innerhalb "stories" über Privatleben / "Alltagsprobleme" des Influencers
keine (Schleich-)Werbung, wenn

- kein Auftraggeber und/oder keine Gegenleistungen besteht
- kein kommerzieller Zweck besteht oder beabsichtigt ist

Folge:

- Influencer-Marketing *erscheint* als Werbeformat
 - kommerzieller Zweck erkennbar (für massgebenden Nutzerkreis, vgl. dazu später)
- => Influencer-Marketing keine Schleichwerbung
Influencing (private Kommunikation) gegebenenfalls schon

Einzelatbestände von UWG 3.1

(Tatbestandsmerkmale *kursiv*)

Herabsetzende Äusserungen (UWG 3.1.a):

Herabsetzend beispielsweise durch eine *unrichtige* oder *irreführende* oder *verletzende Äusserung* des Influencers gegenüber seinen Konkurrenten oder deren Empfehlungen sowie gegenüber Konkurrenzprodukten oder -unternehmen.

Unlauterer Vergleich (UWG 3.1.e):

Unzulässiger Vergleich beispielsweise dann, wenn dieser in *unrichtiger* oder *irreführender* oder *anlehrender Weise* erfolgt.

Z.B. bei unzulässigen Vergleichen (durch den Influencer) mit Produkten des Auftraggebers und solchen von Drittunternehmen

Einzelatbestände von UWG 3.1

Unrichtige Angaben über sich (UWG 3.1.b):

Tatbestand: unrichtige oder irreführende Angaben über sich selbst

z.B. hinsichtlich Leistung, Preis, Geschäftsverhältnisse, erfundene stories (Tatsachenbehauptung)

Problematik der Manipulationen

wie «Fake Followers» (Bots):

hoher Anteil mit durchschnittlich einem Drittel, häufig aber deutlich mehr

weitere *Manipulationen* zur Verbesserung der "Engagement Rate":

- gekaufte Likes, - Zusammenarbeit WhatsApp-Gruppen

vgl. auch Tatbestand in SLK-GS B.16 (Ad fraud / "Klickbetrug")

Anmerkung:

erstaunlich unkritische Übernahme dieser Angaben in Medien und selbst von Gerichten

Konflikt-Konstellationen

(Auswahl)

im Verhältnis **Influencer** gegenüber

a) **Publikum / Allgemeinheit:**

=> Schleichwerbung (UWG 2)

b) **Konkurrenten / Unternehmen:**

=> herabsetzende oder vergleichende Werbung, unrichtige Angaben (UWG 3.1.a und e)

c) **Auftraggeber / Agenturen:**

=> unrichtige Angaben (UWG 3.1.b)

Erforderliches Rezeptionsverständnis:

(vgl. Anwendungsregeln SLK-GS A.2)

1. angesprochenes **Zielpublikum** (massgebender Personenkreis/Adressatenkreis)
=> die Follower des Influencers (primär)

2. **Verständnishorizont** des eben eruierten Zielpublikums:

Leitbild eines Durchschnittskonsumenten (DSK):

«informierter, aufmerksamer und verständiger Durchschnittsverbraucher»

=> Follower nehmen Influencer-Marketing als Werbung wahr!

Entscheide zum *Verhältnis und Verständnis* zwischen Influencer und Follower:

Beispiel LG München («Cathy Hummels»):

- Follower sind «darüber informiert und wissen Bescheid, dass Influencer (...) ihre Tätigkeiten (...) nicht aus Spass durchführen, sondern dass es sich hierbei um einen (...) lukrativen Beruf handelt (...).»

- «(...) jedem noch so uninformierten Betrachter des Accounts muss klar sein, dass es sich hierbei nicht um wirkliche Freunde (...) handeln kann (...), sondern dass kommerzielle Zwecke dahinter stehen.»

Influencer-Marketing

- ist neue Werbeform
- ist geschäftliche Tätigkeit mit kommerziellem Zweck
- dient der eigenen Vermarktung (Geschäftsmodell)
- ist (idealtypisch) Produkteempfehlung an die Follower
- ist kein redaktioneller Beitrag

Lauterkeitsrechtliche Folgerungen

- Erkennbarkeit genügt (Gebot der Erkennbarkeit) / Kennzeichnung nicht notwendig (i.d.R.)
- massgeblicher Durchschnittskonsument für die Erkennbarkeit: Follower
- dessen Nutzer-Verständnis:
Diese Nutzer *nehmen* Influencer-Marketing als kommerzielle Kommunikation *wahr*.
=>damit: keine Schleichwerbung

Beispiel: Tatbestand der unrichtigen Angabe (UWG 3.1.b)

- aufgrund diverser Manipulationen meist gegeben (z.B. Fake-Followers)
- damit hohes Risiko für Rechtsfälle
(wird vertragsintern teilweise "abgefedert" mit einer «Fake-Quote»)

Schluss!

Unterlagen:

- Aufsatz im Jusletter (folgt)
- Entscheide SLKE «Bester Empfang», «Federer», «Tchoumi»

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