

Alain Schmid gemeinsam mit Sandra Hanhart

sic! 6/2019, S. 353

Das Trennungs- und Kennzeichnungsgebot bei Beiträgen in sozialen Medien.

Basel

burckhardt AG
Steinentorstrasse 23,
Postfach 258,
CH-4010 Basel

Zürich

burckhardt AG
Usterstrasse 12,
Postfach 1172,
CH-8021 Zürich

Das Trennungs- und Kennzeichnungsgebot bei Beiträgen in sozialen Medien

SANDRA HANHART* / ALAIN SCHMID**

Kürzlich ergangene Gerichtsentscheide in Deutschland haben das Bewusstsein für das Trennungs- und Kennzeichnungsgebot bei Beiträgen in sozialen Medien geweckt. Der vorliegende Diskussionsbeitrag stellt die rechtlichen Grundlagen und Indizien für das Vorliegen einer Kennzeichnungspflicht bei Beiträgen in sozialen Medien in der Schweiz dar.

De récentes décisions judiciaires en Allemagne ont sensibilisé le public à l'exigence de séparation et d'identification des articles dans les médias sociaux. La présente contribution décrit les bases légales et les indices menant à l'existence d'une obligation d'identification des articles publiés dans les médias sociaux en Suisse.

- I. Einführung
 - II. Bedeutung von sozialen Medien und von Influencer-Marketing
 - III. Neue deutsche Rechtsprechung
 - IV. Rechtsgrundlagen in der Schweiz
 1. Anwendbarkeit des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)
 2. Nichtanwendbarkeit des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen (RTVG) und des Fernmeldegesetzes (FMG)
 - V. Selbstregulierung
 1. Grundsätze Lauterkeit in der kommerziellen Kommunikation
 2. Erklärung der Pflichten und Rechte der Journalistinnen und Journalisten
 3. Code of Conduct betreffend Werbung in Medien
 - VI. Best Practice für Beiträge in sozialen Medien
 - VII. Fazit und Ausblick
- Zusammenfassung / Résumé

I. Einführung

Das Trennungsgebot verpflichtet zur Trennung von redaktionellem Inhalt und kommerzieller Kommunikation. Gemäss dem Kennzeichnungsgebot muss kommerzielle Kommunikation gekennzeichnet werden. Kürzlich ergangene Gerichtsentscheide des Landgerichts und des Kammergerichts in Berlin sorgten im Zusammenhang mit der Anwendung des Trennungs- und Kennzeichnungsgebots auf Beiträge in sozialen Medien für Aufruhr in der Influencer-Szene.

Ziel des Trennungs- und Kennzeichnungsgebots ist es, traditionell vorab aufseiten des Adressaten Transparenz über das Vorliegen von kommerzieller Kommunikation herzustellen, um so die erhöhte Glaubwürdigkeit von redaktionellem Inhalt sicherzustellen. Im Ergebnis schützen diese Gebote damit die freie Meinungsbildung und stellen einen Ausfluss der verfassungsrechtlichen Meinungs- und Informationsfreiheit¹ dar. Die Anwendung des Trennungs- und Kennzeichnungsgebots, das bei klassischen Medien in Zeiten von klarer Trennung sowohl in organisatorischer Hinsicht (Redaktion und Verlag, getrennt durch chinese walls) wie auch bei der Ausspielung (Inserateseiten/-spalten) entstanden ist, stellt – wie sich anhand der beiden nachfolgenden deutschen Gerichtsentscheide beispielhaft zeigen lässt – für die sozialen Medien eine Herausforderung dar.

Im Folgenden geben wir einen kurzen Überblick über die Praxis in Deutschland und nehmen diese zum Anlass, die rechtlichen Grundlagen in der Schweiz darzustellen. Hierzulande befinden sich Influencer im gleichen Spannungsfeld, das Thema beschäftigte bisher die Gerichte aber noch nicht, und

* lic. iur., MLP-HSG, Rechtsanwältin, Zürich.

** MLaw, Advokat, Basel.

Die Autoren danken Sarah Salzmann, MLaw, Volontärin, Basel, für die Mithilfe bei der Recherche.

¹ Vgl. Art. 16 BV.

eine Kennzeichnung von kommerziellen Beiträgen erfolgt nach unserem Eindruck in vielen Fällen nicht oder zumindest nicht konsequent.

II. Bedeutung von sozialen Medien und von Influencer-Marketing

Soziale Medien sind offene, interaktive und partizipative Plattformen, auf denen Nutzer kommunizieren, Beziehungen aufbauen und diese pflegen können. Zudem können Nutzer Informationen und Inhalte von und über Dritte einfach austauschen sowie selbst oder zusammen mit anderen Nutzern Inhalte generieren und diese anderen Nutzern zur Verfügung stellen². Bei der Publikation eines Beitrags kann dieser mit zusätzlichen Informationen gekennzeichnet werden, indem «Tags» d.h. Markierungen gesetzt werden, mit denen Schlagwörter oder Profile anderer Nutzer des sozialen Mediums verlinkt werden können. So wird der Nutzer durch einen Klick auf den Tag direkt auf das Profil eines anderen Nutzers weitergeleitet. Tags dienen vor allem dazu, Informationen besser auffindbar zu machen oder Beiträge mit weiteren Inhalten zu verknüpfen.

Soziale Medien sind in der Schweiz weit verbreitet: 62% der Schweizer Bevölkerung loggten sich im Jahr 2017 in soziale Medien privater oder beruflicher Art ein, davon zwei Drittel täglich³. Im Durchschnitt verbringt ein Schweizer pro Tag eine Stunde und 16 Minuten in sozialen Medien. Die meistverwendete Plattform ist YouTube⁴, gefolgt von WhatsApp⁵, Facebook⁶ und Instagram⁷. Auf Facebook und Instagram lassen sich 3,8 bzw. 2,5 Millionen Werbekunden erreichen⁸.

Eine grosse Verbreitung zeigt sich auch bei Unternehmen: Im Jahr 2018 gaben 125 von 140 befragten Schweizer Unternehmen an, dass sie in sozialen Medien aktiv seien⁹. Für die Aktivitäten in sozialen Medien verfügen 76% aller Schweizer Unternehmen über ein spezielles Budget¹⁰. Influencer werden von der Hälfte der Schweizer Unternehmen eingesetzt¹¹.

Influencer betreiben Profile in sozialen Medien, in denen sie für ihre Zielgruppe spezifische Beiträge mit Bild-, Video- und Textmaterial veröffentlichen. Von Beiträgen angesprochene Nutzer können das Profil als Follower abonnieren. Wesensmerkmal von Influencern ist es, dass sie sich als Menschen wie du und ich darstellen und ihre Follower in sozialen Medien (vorab Instagram) gezielt mit persönlichen Nachrichten ansprechen. Gleichzeitig inszenieren sie ihre Person, ihr Aussehen sowie ihr Alltags- und Konsumverhalten als «Marke». In Deutschland gibt es inzwischen professionelle Influencer mit Followerzahlen im zweistelligen Millionenbereich. Auch in der Schweiz gibt es Influencer mit Followerzahlen im dreistelligen Tausenderbereich bis vereinzelt über eine Million. Selbst wenn darunter auch falsche Follower sind – gemäss einer Recherche von SRF Data bei Schweizer Influencern im Jahr 2017 zwischen 26 und 31% – ist die Reichweite damit auch hierzulande substantiell¹².

Damit sind Influencer zu einem neuen Werbekanal geworden: Unternehmen und Werber können spezifisch Influencer einsetzen, deren «Marke» zu ihren Produkten und Dienstleistungen passt, und damit gezielt deren Follower als Zielgruppe erreichen (Influencer-Marketing). Interessant für die Werbewirtschaft ist dabei die Authentizität: Der Influencer steht mit seinem ganzen Leben als «Marke» da und empfiehlt das, was zu ihm passt. Die Glaubwürdigkeit von Empfehlungen ist damit verglichen mit klas-

² Rechtliche Basis für Social Media, Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats Amherd 11.3912 vom 29. September 2011, 7, abrufbar unter: <www.bakom.admin.ch/dam/bakom/de/dokumente/2013/10/rechtliche_basisfuersocialmediabericht-desbundesrates.pdf.download.pdf/rechtliche_basisfuersocialmediaberichtdesbundesrates.pdf> (zuletzt besucht: 7. März 2019).

³ M. LATZER/M. BÜCHI/N. FESTIC/N. JUST, Internetanwendungen und deren Nutzung in der Schweiz 2017, Themenbericht aus dem World Internet Project – Switzerland 2017, November 2017, 25, abrufbar unter: <mediachange.ch/media/pdf/publications/Anwendungen_Nutzung_2017.pdf> (zuletzt besucht: 7. März 2019).

⁴ <www.youtube.com> (zuletzt besucht: 18. März 2019).

⁵ <www.whatsapp.com> (zuletzt besucht: 18. März 2019).

⁶ <www.facebook.com> (zuletzt besucht: 18. März 2019).

⁷ <www.instagram.com> (zuletzt besucht: 18. März 2019).

⁸ Digital 2019: Switzerland, 31. Januar 2019, Folie 32–34, abrufbar unter <datareportal.com/reports/digital-2019-switzerland> (zuletzt besucht: 17. März 2019).

⁹ Bernet Relations/ZHAW, Social Media in Organisationen: Routine, Strategie, bezahlte Präsenz, 15. Oktober 2018, 6, abrufbar unter: <bernet.ch/wp_site/wp-content/uploads/2018/10/Bernet-ZHAW-Studie-Social-Media-Schweiz-2018_final.pdf> (zuletzt besucht: 7. März 2019).

¹⁰ Bernet Relations/ZHAW (Fn. 9), 17.

¹¹ Bernet Relations/ZHAW (Fn. 9), 20.

¹² T. GROSSENBACHER/J. SCURRELL/A. ZEHR, Fake Followers, Viel Schein in der Influencer-Welt, 11. Oktober 2017, abrufbar unter: <www.srf.ch/news/schweiz/fake-followers-viel-schein-in-der-influencer-welt> (zuletzt besucht: 15. März 2019).

Der Kläger argumentierte, bei den drei Beiträgen der Influencerin handle es sich um unzulässig getarnte Werbung gemäss § 5a Abs. 6 des deutschen UWG¹⁵ und diese verstiesse auch gegen § 6 Abs. 1 Nr. 1 des deutschen TMG¹⁶, da die Influencerin den falschen Eindruck erwecke, privat tätig gewesen zu sein. In Wahrheit handle es sich um kommerzielle Inhalte, die als Werbung zu kennzeichnen gewesen wären¹⁷. Die Influencerin hielt dagegen, dass keine geschäftliche Handlung vorliege, da sie keine kommerziellen Zwecke verfolgte, sondern nur ihre Fans auf dem Laufenden halten wollte, wo sie sich aufhalte und was sie tue. Die Verlinkungen zu den jeweiligen Unternehmen dienten zur Beantwortung häufiger Fragen ihrer Follower nach der Herkunft der abgebildeten Sachen und sie erhalte keine Vergütung oder sonstige geldwerte Vorteile¹⁸.

Das Landgericht Berlin urteilte, dass alle drei Beiträge geschäftliche Handlungen zur Förderung fremder Unternehmen i.S.v. § 5a Abs. 6 des deutschen UWG darstellen. Es hielt fest, dass die Influencerin Produkte am eigenen Körper bzw. im Zusammenhang mit ihrer Person präsentiert und dadurch das Interesse an diesen Produkten weckt, was den Absatz der präsentierten Produkte steigern soll. Die Verlinkungen zu den Instagram-Accounts der Produkthanbieter, auf denen die dargestellten Produkte präsentiert und teilweise auch gekauft werden können, erleichtere zudem den Produkteabsatz¹⁹. Das Landgericht Berlin konnte nicht feststellen, dass die Influencerin eine Gegenleistung oder konkrete Vorteile von den Unternehmen erhalten hat, die sie in ihren drei Beiträgen verlinkt hatte. Vielmehr konnte die Influencerin in Bezug auf einen Beitrag sogar einen Kauf der Produkte auf eigene Kosten glaubhaft machen²⁰. Es hielt weiter fest, dass die Verlinkung auf Instagram-Accounts von Unternehmen zur Beantwortung von Nachfragen von Followern nicht nötig sei und die Influencerin mit über 50000 Followern zudem nicht unbedeutend sei²¹. Unabhängig davon, ob eine Gegenleistung erfolgte, erachtete das Landgericht Berlin den kommerziellen Zweck bei den Beiträgen als erstellt und die Kennzeichnungspflicht gemäss § 5a Abs. 6 des deutschen UWG und § 6 Abs. 1 Nr. 1 des deutschen TMG als verletzt. Entsprechend hiess es den Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung gut.



Beitrag Nr. 3: <www.instagram.com/p/BgTRLkmbM/>

¹⁵ Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. März 2010 (BGBl. I, 254), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 17. Februar 2016 (BGBl. I, 233) geändert worden ist.

¹⁶ Telemediengesetz vom 26. Februar 2007 (BGBl. I, 179), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 28. September 2017 (BGBl. I, 3530) geändert worden ist.

¹⁷ LG Berlin vom 24. Mai 2018, 52 O 101/18, E. 6.

¹⁸ LG Berlin vom 24. Mai 2018, 52 O 101/18, E. 18.

¹⁹ LG Berlin vom 24. Mai 2018, 52 O 101/18, E. 26.

²⁰ LG Berlin vom 24. Mai 2018, 52 O 101/18, E. 28.

²¹ LG Berlin vom 24. Mai 2018, 52 O 101/18, E. 28 und 31.

Gegen dieses Urteil legte die Influencerin Berufung ein. Mit Urteil vom 8. Januar 2019 hiess das Kammergericht Berlin die Berufung in Bezug auf Beitrag Nr. 3 gut, wies sie jedoch hinsichtlich der Beiträge Nr. 1 und 2 ab²². Es hielt fest, dass grundsätzlich keine kennzeichnungspflichtige Werbung vorliege, wenn der Influencer in einem Beitrag ausschliesslich redaktionelle Inhalte, die allein der Information und Meinungsbildung seiner Adressaten dienen, verbreitet und nicht entlohnt oder in anderer Weise belohnt worden ist²³.

In Bezug auf Beitrag Nr. 1 hielt das Kammergericht Berlin fest, dass die Influencerin eine Unternehmerin i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 6 des deutschen UWG sei. Beiträge wie dieser dienen zur Steigerung der Aufmerksamkeit und Resonanz in Verbraucher- und Unternehmerkreisen, die ihr Image stärken, und damit auch der Förderung ihres eigenen Unternehmens²⁴. Auf das Bild habe die Influencerin Tags mit Verlinkungen für «singaporeair», «samsungmobile_de», «sony» und «reebokclassicgermany» gesetzt. Sowohl die Tags wie auch der Inhalt des verlinkten Instagram-Accounts hätten keinen erkennbaren Bezug zum restlichen Text- und Bildbeitrag, der sich mit einem Upgrade bei der von der Influencerin gewählten Fluggesellschaft Singapore Airlines beschäftige. Ein elektronisches Gerät von Samsung oder das Unternehmen Samsung selbst spreche die Influencerin im Text und Bild nicht an. Der Zusammenhang habe darin bestanden, dass Samsung den Flug zu einer Produktepräsentation bezahlt habe. Damit liege kein redaktioneller Beitrag vor, sondern ein objektiver Zusammenhang mit der Förderung des Absatzes eines fremden Unternehmens, also kennzeichnungspflichtige Werbung i.S.v. § 5a Abs. 6 des deutschen UWG²⁵.

Auch beim Beitrag Nr. 2 mit Tags und Verlinkungen von «schwarzkopfpro.de», «asos», «farfetch», «prada» und «lalaberlin» handle es sich um kennzeichnungspflichtige Werbung. Der Textbeitrag beschäftige sich ausschliesslich mit den Problemen, die die Influencerin bei der Erstellung des Fotos aufgrund von Wind und Ballonen in der Hand hatte. Der Textbeitrag und das Foto wiesen nicht auf Haarpflegeprodukte, Erlebnisse einer von Schwarzkopf organisierten Fortbildungsveranstaltung für Friseure oder auf Schwarzkopf selbst hin. Vielmehr sei ein Tag den Luftballons zugeordnet, die die Influencerin anlässlich eines (entgeltlichen) Workshops zum Thema Social Media für Friseure von Schwarzkopf erhalten habe. Dies habe sie im Text und Bild nicht angedeutet und deshalb sei davon auszugehen, dass sie objektiv und unmittelbar den Absatz von Waren von Schwarzkopf i.S.v. § 5a Abs. 6 des deutschen UWG fördern wollte und deshalb Tag und Link gesetzt habe²⁶.

In Bezug auf Beitrag Nr. 3 hielt das Kammergericht Berlin schliesslich fest, dass es sich um einen redaktionellen Beitrag handle, der allein der Information und Meinungsbildung seiner Adressaten diene. Im Text des Beitrags teile die Influencerin mit, auf der Rückkehr von einer Reise zu sein, Ruhebedürfnis zu haben und sich auf die Heimkehr zu freuen. Das Bild zeige den Oberkörper der Influencerin, die ein Oberteil mit der Aufschrift «Bananas», eine Brosche und eine Bauchtasche trage. Durch den Text «Totally Bananas» bestehe ein Bezug zum Bild. Abgesehen von den Tags und Verlinkungen von «thehirstcollection», «daisystreetcoul» und «thefrankieshop» und entsprechenden Hashtags enthalte der Beitrag keine weiteren Informationen oder Kommentare der Influencerin zu den drei Herstellern bzw. Händlern. Mittels Kaufbelegen und eidesstattlicher Versicherung konnte die Influencerin nachweisen, dass die verlinkten Hersteller bzw. Händler sie nicht entlohnt oder in anderer Weise belohnt hatten. Da sich die Nutzer von Accounts wie demjenigen der Influencerin dafür interessieren, welche Kleidung, Schuhe und Accessoires sie auswähle und miteinander kombiniere, beantworte sie durch die Mitteilung, unter welcher Marke die vorgestellten Produkte angeboten werden und wo sie gekauft werden können, ein Informationsbedürfnis. Die Erklärung der Influencerin, dass sie die abgebildeten Kleidungsstücke, Schuhe und Accessoires mit Tags versee, um Fragen der Besucher ihres Profils zuvor zu kommen, erschien dem Kammergericht Berlin – im Gegensatz zum Landgericht Berlin – plausibel. Es könne deshalb nichts anderes gelten als für Modezeitschriften. Das Kammergericht Berlin kam aus den vorgenannten Gründen zum Schluss, dass bei Beitrag Nr. 3 ein redaktioneller Inhalt und damit keine Werbung vorlag²⁷. Es hielt zudem fest, dass eine generelle Vermutung, dass unternehmerisch tätige Influencer, die Produkte oder Marken in ihren Beiträgen präsentieren, kommerzielle

²² KG Berlin vom 8. Januar 2019, 5 U 83/18, Ziff. 1 und 2, «Tenor».

²³ KG Berlin vom 8. Januar 2019, 5 U 83/18, E. II.3a und E. II.

²⁴ KG Berlin vom 8. Januar 2019, 5 U 83/18, E. II.1a.

²⁵ Vgl. zum Ganzen KG Berlin vom 8. Januar 2019, 5 U 83/18, E. II.1b.

²⁶ Vgl. zum Ganzen KG Berlin vom 8. Januar 2019, 5 U 83/18, E. II.2.

²⁷ Vgl. zum Ganzen KG Berlin vom 8. Januar 2019, 5 U 83/18, E. II.3aa und bb.

Kommunikation im Sinne von § 5a Abs. 6 des deutschen UWG betreiben, nicht gerechtfertigt sei, da dies einer Schlechterstellung gegenüber herkömmlichen Medienunternehmen gleichkäme²⁸.

Der vorliegende Fall ist einer von vielen vom deutschen Verband Sozialer Wettbewerb initiierten Fälle²⁹ und zeigt exemplarisch die Probleme bei der Anwendbarkeit des Trennungs- und Kennzeichnungsgebots bei Beiträgen in sozialen Medien. Unmittelbar vor Redaktionsschluss für diesen Beitrag scheint auch das Landgericht München die Rechtsprechung des Kammergerichts Berlin dahingehend zu bestätigen, dass ohne Nachweis einer Gegenleistung an den Influencer selbst bei Verlinkung eines Unternehmens keine Pflicht zur Bezeichnung als Werbung besteht. Das Landgericht ging dabei zwar davon aus, dass die Beklagte mit ihren Beiträgen die verlinkten Unternehmen und ihr eigenes Unternehmen förderte und deshalb ein gewerblicher Charakter vorliege, dieser jedoch für die Adressaten ohne Weiteres erkennbar sei³⁰. Mit Spannung werden damit die weitere Rechtsprechung der Berufungsinstanzen und eine höchstrichterliche Klärung erwartet. In Deutschland hat sich nach unserer Wahrnehmung bei bekannten Influencern zwischenzeitlich ein Bewusstsein für die Kennzeichnungspflicht entwickelt, was sich durch zunehmende Kennzeichnung von ganzen Beiträgen als «Werbung», «Anzeige» oder «Ad» zeigt.

IV. Rechtsgrundlagen in der Schweiz

Spezifische Gesetzesnormen zur Kennzeichnung von Werbung in sozialen Medien gibt es in der Schweiz bisher nicht. Allgemeine Rechtsgrundlagen für das Trennungs- und Kennzeichnungsgebot finden sich aber im RTVG, FMG und UWG. Daneben existieren Selbstregulierungen und Branchenstandards, in denen teilweise mit spezifischen Normen auf Beiträge in sozialen Medien eingegangen wird.

1. Anwendbarkeit des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)

Das UWG bezweckt, den lauterer und unverfälschten Wettbewerb im Interesse aller Beteiligten zu gewährleisten³¹. Es erfasst wirtschafts- und wettbewerbsrelevantes Verhalten, d.h. Verhalten, das dazu bestimmt oder geeignet ist, sich auf die Marktverhältnisse auszuwirken³², und/oder objektiv auf eine Beeinflussung der Wettbewerbsverhältnisse angelegt ist und nicht in einem völlig anderen Zusammenhang erfolgt³³. Ein solches Verhalten stellen u.a. Werbemassnahmen dar, die den Bekanntheitsgrad eines Unternehmens, von Produkten oder Dienstleistungen steigern und die Marktposition gegenüber Mitbewerbern verbessern sollen oder dazu objektiv geeignet sind³⁴. Dies gilt unabhängig davon, ob das Verhalten im Auftrag und gegen Bezahlung des Werbenden erfolgt, und es genügt auch, wenn das Verhalten nur teilweise auf wirtschaftlichen Erfolg ausgerichtet ist³⁵. Beiträge von Influencern können deshalb vom UWG erfasst sein, wenn sie einen kommerziellen oder verkaufsfördernden Zweck haben. Dabei kann der wirtschaftliche Zweck für den Influencer im Vordergrund stehen oder auch nur neben ideellen Beweggründen zum Tragen kommen. Dies ist in der Regel ohne Weiteres gegeben, wenn Influencer von einem Unternehmen eine Gegenleistung (Geld oder geldwerte Vorteile) für die Präsentation gewisser Produkte oder Dienstleistungen in einem Beitrag erhalten, der ihre Follower zum Abschluss eines Rechtsgeschäftes animieren soll. Aber selbst wenn Influencer keine Gegenleistung für die Präsentation von Produkten oder Dienstleistungen erhalten, kann das UWG zur Anwendung kommen, wenn der Beitrag geeignet ist, den Erfolg von Unternehmen zu fördern oder deren Marktanteile zu vergrössern. Bei bekannten Influencern mit grosser Reichweite ist

²⁸ KG Berlin vom 8. Januar 2019, 5 U 83/18, E. II.3dd.

²⁹ Siehe dazu z.B. L. JUNG, Post von den Instagram-Abmahnern, 17. Dezember 2018, abrufbar unter: <www.welt.de/wirtschaft/webwelt/article185601258/Schleichwerbung-Post-von-den-Instagram-Abmahnern.html> (zuletzt besucht: 12. März 2019); Horizont, Rechtsstreit zwischen Cathy Hummels und dem Verband Sozialer Wettbewerb geht weiter, 20. Dezember 2018, abrufbar unter: <www.horizont.net/marketing/nachrichten/schleichwerbung-oder-nicht-rechtsstreit-zwischen-cathy-hummels-und-dem-verband-sozialer-wettbewerb-geht-weiter-171907> (zuletzt besucht: 12. März 2019).

³⁰ Vgl. Landgericht München I, Pressemitteilung: «Kennzeichnungspflicht für Influencer-Werbung auf Instagram?», 29. April 2019, abrufbar unter: <www.justiz.bayern.de/gerichte-und-behoerden/landgericht/muenchen-1/presse/2019/6.php> (zuletzt besucht: 2. Mai 2019), Entscheid liegt bei Redaktionsschluss für diesen Beitrag noch nicht vor.

³¹ Art. 1 UWG.

³² BGE 124 III 297 ff. E. 5d.

³³ BGE 120 II 76 ff. E. 3a.

³⁴ C. KELLER, in: O. Staffelbach/C. Keller (Hg.), Social Media und Recht für Unternehmen, Zürich 2015, Kapitel 4: Werberecht, Rz. 4.9.; BGE 120 II 76 ff. E. 3a.

³⁵ L. DAVID/M. REUTTER, Schweizerisches Werberecht, 3. Aufl., Zürich 2015, Rz. 38; L. FERRARI HOFER, Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Zürich 2017, UWG 2 N 25 mit weiteren Verweisen.

zudem nicht auszuschliessen, dass auf alle und damit auch rein ideelle Beiträge das UWG anwendbar ist, da mit jedem Beitrag die eigene Bekanntheit des Influencers gefördert wird und damit dessen eigener Marktwert als Werbeträger für Unternehmen.

Das UWG kennt keine Spezialnorm zum Trennungs- und Kennzeichnungsgebot. Dieses wird aber in der Literatur als Fallgruppe des allgemeinen Grundsatzes von Art. 2 UWG behandelt, wonach jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebahren, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst, unlauter und widerrechtlich ist. Werbung muss vom redaktionellen Inhalt unterschieden werden (Trennungsgebot) und als solche ersichtlich gemacht werden (Kennzeichnungsgebot)³⁶. Diese beiden Gebote gelten nicht nur für klassische Medien und Journalisten, sondern auch für Private und Unternehmen, die zum Beispiel in sozialen Medien Werbung verbreiten³⁷. Hat ein Beitrag in einem sozialen Medium demnach einen kommerziellen oder verkaufsfördernden Zweck und verletzt er das Trennungs- und/oder Kennzeichnungsgebot infolge einer fehlenden oder ungenügenden Kennzeichnung, so liegt ein unlauteres Verhalten gemäss Art. 2 UWG vor. Allerdings müssen ein Influencer und ein allfälliges Unternehmen, das den Influencer beauftragt hat, nicht mit strafrechtlichen Sanktionen rechnen, da die Verletzung von Art. 2 UWG nicht strafbewehrt ist³⁸.

In der Schweiz führten Verletzungen von Art. 2 UWG bisher nur selten zu gerichtlichen Verfahren. Soweit ersichtlich, gibt es bis heute keine publizierten Entscheide von Schweizer Gerichten zum Trennungs- und Kennzeichnungsgebot bei Beiträgen in sozialen Medien. Die Durchsetzung des Trennungs- und Kennzeichnungsgebots erfolgt daher, wenn überhaupt, primär auf der Ebene der Selbstregulierung.

Abhängig vom jeweiligen Inhalt des Beitrags eines Influencers ist zudem unseres Erachtens die Anwendbarkeit von Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG nicht ausgeschlossen³⁹. Diese Bestimmung ist darauf ausgerichtet, irreführende oder unrichtige Angaben, unter anderem über sich selbst oder seine Geschäftsverhältnisse, zu verhindern. Dabei kann eine von einem Influencer zu Unrecht nicht oder falsch deklarierte Werbeauftraggeberschaft diese Bestimmung erfüllen. Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG sieht bei vorsätzlicher Verletzung eine Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren oder eine Geldstrafe vor⁴⁰.

Sowohl bei einer Verletzung von Art. 2 wie auch von Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG kann jedermann, insbesondere Kunden, die durch unlauteren Wettbewerb in ihren wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt sind, sowie Konsumentenschutzorganisationen, Klage gegen den Verletzer erheben⁴¹. Der Kläger kann verlangen, dass eine drohende Verletzung verboten, eine bestehende Verletzung beseitigt und die Widerrechtlichkeit einer Verletzung festgestellt wird, sofern sich diese weiterhin störend auswirkt⁴². Mit Ausnahme der Konsumentenschutzorganisationen kann der Kläger zudem Schadenersatz, Genugtuung sowie Herausgabe eines Gewinnes verlangen⁴³.

2. Nichtanwendbarkeit des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen (RTVG) und des Fernmeldegesetzes (FMG)

Das RTVG enthält als bisher einziges Gesetz in der Schweiz eine ausdrückliche Regelung des Trennungs- und Kennzeichnungsgebots in Art. 9 Abs. 1 RTVG und verlangt, dass Werbung vom redaktionellen Teil des Programms deutlich getrennt und als solche eindeutig erkennbar sein muss. Art. 2 lit. k RTVG definiert Werbung als jede öffentliche Äusserung im Programm, welche die Förderung des Abschlusses von Rechtsgeschäften über Waren oder Dienstleistungen, die Unterstützung einer Sache oder Idee oder die Erzielung einer anderen vom Werbetreibenden oder vom Rundfunkveranstalter selbst gewünschten Wirkung zum Zweck hat und gegen Bezahlung oder eine ähnliche Gegenleistung oder als Eigenwerbung verbreitet wird.

³⁶ KELLER (Fn. 34), Rz. 4.11.

³⁷ Y. JÖHRI, Werbung im Internet: Rechtsvergleichende, lauterkeitsrechtliche Beurteilung von Werbeformen, Zürich 2000, 59 und R. WEBER/S. VOLZ, Online Marketing und Wettbewerbsrecht, Zürich 2011, 71 f.

³⁸ Vgl. Art. 23 Abs. 1 UWG e contrario.

³⁹ Anderer Meinung S. VOLZ, Trennungsgebot und Internet, Ein medienrechtliches Prinzip in Zeiten der Medienkonvergenz, Zürich 2014, 250 f.

⁴⁰ Vgl. Art. 23 Abs. 1 UWG.

⁴¹ Art. 9 Abs. 1 sowie Art. 10 Abs. 1 und 2 lit. b UWG.

⁴² Art. 9 Abs. 1 lit. a, b und c sowie Art. 10 Abs. 1 und 2 lit. b i.V.m. Art. 9 Abs. 1 lit. a, b und c UWG.

⁴³ Art. 9 Abs. 3 sowie Art. 10 Abs. 1 i.V.m. Art. 9 Abs. 3 UWG; vgl. Art. 10 Abs. 2 UWG e contrario.

Das RTVG regelt gemäss dessen Art. 1 die Veranstaltung, Aufbereitung, Übertragung und den Empfang von Radio- und Fernsehprogrammen. Ein Programm ist nach Art. 2 RTVG eine Folge von Sendungen, die kontinuierlich angeboten, *zeitlich angesetzt* und fernmeldetechnisch übertragen werden sowie für die Allgemeinheit bestimmt sind. Da Nutzer von sozialen Medien den Zeitpunkt der Ausstrahlung von Inhalten eines Influencers selbst bestimmen können, ist das RTVG grundsätzlich nicht anwendbar⁴⁴. Gegenwärtig wird auf Gesetzgebungsebene im Rahmen der Vorarbeiten für ein Bundesgesetz über elektronische Medien eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Werbe- und Sponsoringvorschriften auf weitere Medienangebote mit Audio- und audiovisuellen Medienbeiträgen, die Gegenstand einer Leistungsvereinbarung sind, diskutiert⁴⁵.

Auch das FMG kennt (zumindest indirekt) das Trennungs- und Kennzeichnungsgebot. Gemäss der Verweisnorm in Art. 6 lit. b FMG muss der Erbringer eines Fernmeldedienstes u.a. das RTVG und damit das vorerwähnte Trennungs- und Kennzeichnungsgebot in Art. 9 Abs. 1 RTVG einhalten. Das FMG findet auf Anbieter fernmeldetechnischer Übertragung von Informationen für *Dritte* Anwendung⁴⁶. Ein Nutzer eines sozialen Mediums «sendet» bzw. «empfängt» gerade solche Informationen (und überträgt sie nicht fernmeldetechnisch i.S.v. Art. 3 lit. c FMG), weshalb er kein Fernmeldedienstanbieter und das FMG damit nicht auf ihn anwendbar ist.

V. Selbstregulierung

Nebst den vorgehend dargestellten Erlassen gibt es im Bereich des Trennungs- und Kennzeichnungsgebots noch drei Regelwerke (soft law).

1. Grundsätze Lauterkeit in der kommerziellen Kommunikation

Die Schweizerische Lauterkeitskommission ist für die Prüfung kommerzieller Kommunikation, d.h. von Massnahmen, die eine gewisse Anzahl von Personen systematisch in ihrer Einstellung zu bestimmten Produkten oder Geschäftsverhältnissen zum Hauptzweck des Abschlusses eines Rechtsgeschäftes oder seiner Verhinderung beeinflussen, wie insbesondere sämtliche Formen von Werbung, Influencing und Sponsoring, zuständig⁴⁷. Die Definition der kommerziellen Kommunikation stellt damit vorab auf die Wirkung einer Massnahme ab, wobei nicht vorausgesetzt wird, dass diese gegen Entgelt oder eine geldwerte Leistung erfolgt. Zum Zweck der Beachtung fairer Geschäftspraktiken in der kommerziellen Kommunikation⁴⁸ erlässt sie regelmässig aktualisierte «Grundsätze Lauterkeit in der kommerziellen Kommunikation»⁴⁹. Diese Grundsätze entsprechen in wesentlichen Teilen dem UWG, sind aber detaillierter formuliert, da sie regelmässig aufgrund der neuen Rechtspraxis und neuer Werbeformen aktualisiert werden.

Diese enthalten im Grundsatz Nr. B.15 unter dem Titel «Trennung zwischen redaktioneller Information und kommerzieller Kommunikation» das Trennungs- und Kennzeichnungsgebot. Danach ist kommerzielle Kommunikation, gleichgültig in welcher Form sie erscheint oder welches Medium sie benutzt, unlauter, wenn sie nicht als solche eindeutig erkennbar und vom übrigen Inhalt nicht klar getrennt ist⁵⁰. Im Hinblick auf soziale Medien wird seit dem 1. Januar 2019 kommerzielle Kommunikation explizit für unlauter erklärt, wenn eine Person ein Benutzerkonto (Account), ein Profil oder eine ähnliche

⁴⁴ A. THALMANN, in: L. David/M. Schwenninger/M. Senn/A. Thalmann (Hg.), *Werberecht Kommentar*, 2. Aufl., Zürich 2010, RTVG 2 N 11 f.; VOLZ (Fn. 39), 215; Botschaft RTVG, BBl 2003, 1597 ff.; *Rechtliche Basis für Social Media: Erneute Standortbestimmung, Nachfolgebericht des Bundesrates zum Postulatsbericht Amherd 11.3912 «Rechtliche Basis für Social Media»*, Bern 10. Mai 2017, 14, abrufbar unter: <www.bakom.admin.ch/dam/bakom/de/dokumente/informationsgesellschaft/social_media/social%20media%20bericht.pdf.download.pdf/social-media-bericht-2017-DE.pdf> (zuletzt besucht: 6. März 2019); denkbar ist hingegen die Anwendbarkeit auf Live-Beiträge, wie dies z.B. Facebook anbietet.

⁴⁵ Art. 2 Abs. 1 und Art. 13 Abs. 1 Vorentwurf zum Bundesgesetz über elektronische Medien (BGEM) vom 21. Juni 2018, abrufbar unter: <www.bakom.admin.ch/dam/bakom/de/dokumente/bakom/das_bakom/rechtliche_grundlagen/Vernehmlassungen/vernehmlassung-gem/gesetzentwurf.pdf.download.pdf/Beilage%2001%20G_DE%20zu%20BRA%20UVEK.pdf> (zuletzt besucht: 17. März 2019).

⁴⁶ Art. 2 und Art. 3 lit. b und c FMG.

⁴⁷ Art. 1 Abs. 3 Geschäftsreglement Lauterkeit in der kommerziellen Kommunikation der schweizerischen Lauterkeitskommission, Stand Januar 2019, abrufbar unter: <www.faire-werbung.ch/wordpress/wp-content/uploads/2019/02/SLK-Geschaeftsreglement-DE-1.1.2019.pdf> (zuletzt besucht: 6. März 2019); Grundsatz Nr. A.3 Abs. 1 und 2 Grundsätze Lauterkeit in der kommerziellen Kommunikation der Schweizerischen Lauterkeitskommission, Stand Januar 2019, abrufbar unter: <www.faire-werbung.ch/wordpress/wp-content/uploads/2019/02/SLK-Grundsaeetze_DE-1.1.2019.pdf> (zuletzt besucht: 6. März 2019).

⁴⁸ Grundsatz Nr. A.1 Abs. 1 Grundsätze SLK (Fn. 47).

⁴⁹ Siehe Fn. 47.

⁵⁰ Grundsatz Nr. B.15 Abs. 1, Grundsätze SLK (Fn. 47).

Form der Zugehörigkeit zu einer Social- Media-Plattform oder zu einem durch Nutzer gestaltbaren Medienportal nutzt oder zur Verfügung stellt, um kommerzielle Kommunikation für Dritte zu betreiben oder zu ermöglichen, die für die Nutzer nicht als solche erkennbar ist. Insbesondere hat eine Person, welche Sponsoringleistungen oder damit vergleichbare Entgelte oder Sachleistungen erhält, ihr Verhältnis zur leistungsgebenden Person offenzulegen⁵¹. Weitere spezifische Regeln in Bezug auf das Trennungs- und Kennzeichnungsgebot finden sich in den folgenden Absätzen in Grundsatz Nr. B.15, wobei diese mehrheitlich auf traditionelle Medien mit redaktionellen und kommerziellen Teilen ausgerichtet sind.

Gestützt auf den Grundsatz Nr. A.3 und Nr. B.15 ist ein Beitrag in sozialen Medien dann unlauter, wenn er in tatsächlicher Hinsicht gewisse Produkte so präsentiert, dass Adressaten beim Abschluss von Rechtsgeschäften beeinflusst werden, ohne dass dies für sie eindeutig erkennbar gemacht wird

Gegen Massnahmen der kommerziellen Kommunikation kann jedermann eine Beschwerde bei der Schweizerischen Lauterkeitskommission erheben⁵². Bei Vorliegen einer entsprechenden Verletzung kann die Lauterkeitskommission in ihrem Entscheid allerdings nur eine Empfehlung aussprechen und – bei erneuter Verletzung – den Entscheid publizieren.⁵³

Bis heute hat sich die Lauterkeitskommission noch in keinem Entscheid mit dem Trennungs- und Kennzeichnungsgebot in sozialen Medien befasst.

2. Erklärung der Pflichten und Rechte der Journalistinnen und Journalisten

Der Schweizer Presserat war nach dem bis am 31. Dezember 2018 geltenden Geschäftsreglement für den redaktionellen Teil oder damit zusammenhängende berufsethische Fragen sämtlicher öffentlicher, periodischer und/oder auf die Aktualität bezogener *Medien* zuständig⁵⁴. Bisher erachtete sich der Presserat deshalb nur für Beschwerden gegen ein Medium und nicht gegen einen einzelnen Journalisten als zuständig und trat dementsprechend am 24. Mai 2018 auf eine Beschwerde gegen einen Tweet eines Journalisten infolge fehlender Zuständigkeit nicht ein⁵⁵. Diese Beschwerde und im Allgemeinen das Aufkommen von sozialen Medien, in denen sich neben Redaktionen auch einzelne Journalisten ohne redaktionellen Produktionsprozess direkt an die Öffentlichkeit wenden können, führte dazu, dass der Presserat sich in einer gleichentags verabschiedeten und Anfang 2019 veröffentlichten Stellungnahme auch für Beschwerden gegen einzelne Journalisten als zuständig erklärte, wenn diese in einem sozialen Medium einen Beitrag journalistischer Art verbreiten. Er betonte jedoch, dass er dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit Rechnung tragen werde, insbesondere seien die «charakteristische Spontaneität sozialer Netzwerke» und die «breite Meinungsfreiheit» zu berücksichtigen. Ausserdem sei er für Beiträge, die das Privatleben eines Journalisten betreffen, nicht zuständig⁵⁶. Der Presserat hat deshalb am 1. Januar 2019 ein neues Geschäftsreglement in Kraft gesetzt und seinen Zuständigkeitsbereich ausgedehnt: Er ist neu – ungeachtet der Verbreitungsart – für den redaktionellen Teil der öffentlichen, auf die Aktualität bezogenen *Medien* sowie für journalistische Inhalte, die *individuell* publiziert werden, zuständig⁵⁷. Eine Veröffentlichung journalistischer Art liegt vor, wenn die Publikation aus einer Tätigkeit resultiert, welche aus unabhängiger Warte Material sammelt, auswählt, bearbeitet, interpretiert oder kommentiert⁵⁸.

⁵¹ Grundsatz Nr. B.15 Abs. 2 Grundsätze SLK (Fn. 47).

⁵² Art. 8 Abs. 1 Geschäftsreglement SLK (Fn. 47).

⁵³ Art. 16 Abs. 1 und Art. 19 Abs. 1 Geschäftsreglement SLK (Fn. 47).

⁵⁴ Art. 2 Geschäftsreglement des Schweizer Presserats vom 1. Januar 2018, abrufbar unter: <presserat.ch/wp-content/uploads/2018/01/Gesch%C3%A4ftsreglement-Januar-2018.pdf> (zuletzt besucht: 6. März 2019).

⁵⁵ Schweizer Presserat vom 24. Mai 2018, Stellungnahme Nr. 2/2019 «Journalistinnen und Journalisten in sozialen Medien: Zuständigkeit des Presserates», II. Erwägung 1, abrufbar unter: <presserat.ch/complaints/02_2019/> (zuletzt besucht: 6. März 2019); Schweizer Presserat vom 24. Mai 2018, Stellungnahme Nr. 17/2018 «Zuständigkeit des Presserats für Tweets», II. Erwägung 1b, abrufbar unter: <presserat.ch/complaints/17_2018/> (zuletzt besucht: 6. März 2019).

⁵⁶ Vgl. zum Ganzen Schweizer Presserat vom 24. Mai 2018, Stellungnahme Nr. 2/2019 (Fn. 55), II. Erwägung 2 und 4 und III. Feststellung 1.

⁵⁷ Art. 2 Geschäftsreglement des Schweizer Presserats (Fn. 54).

⁵⁸ Schweizer Presserat vom 18. August 2000, Stellungnahme Nr. 36/2000 «Journalistische Ethik im Internet», II. Erwägung 1, abrufbar unter: <presserat.ch/complaints/journalistische-ethik-im-internet-stellungnahme-des-presserates-vom-18-august-2000/> (zuletzt besucht: 6. März 2019).

Der Schweizer Presserat erlässt die «Erklärung der Pflichten und Rechte der Journalistinnen und Journalisten»⁵⁹. Auf Beschwerde hin oder von sich aus prüft der Presserat eine allfällige Verletzung dieser Erklärung und kann in Stellungnahmen Feststellungen treffen und Empfehlungen – aber keine Sanktionen – erlassen⁶⁰.

Die Erklärung enthält u.a. in Ziff. 10 das Trennung- und Kennzeichnungsgebot, wonach Journalistinnen und Journalisten jede Form von kommerzieller Werbung vermeiden und keinerlei Bedingungen vonseiten der Inserentinnen und Inserenten akzeptieren sollen. Das Trennungs- und Kennzeichnungsgebot wird in den Richtlinien 10.1 bis 10.5 der Richtlinie des Schweizer Presserates⁶¹ konkretisiert, wobei insbesondere die Richtlinien 10.1 bis 10.3 relevant sind.

Basierend auf der vorgenannten Umschreibung des Presserats von «Beiträgen mit journalistischem Charakter» dürften typische Beiträge von Influencern die entsprechenden Voraussetzungen unseres Erachtens in der Regel nicht erfüllen⁶². Damit dürfte die Erklärung der Pflichten und Rechte der Journalistinnen und Journalisten des Schweizer Presserates auf Beiträge von Influencern grundsätzlich nur in Ausnahmefällen anwendbar sein.

3. Code of Conduct betreffend Werbung in Medien

Die Konferenz der ChefredaktorInnen (KC) hat im Jahr 2007 einen Code of Conduct publiziert, der Empfehlungen zum Umgang mit bezahlter Werbung in Medien enthält. Die entsprechenden Regeln richten sich an Redaktionen, Verleger und Werber und kommen abschliessend für diejenigen Verbände, Titel und Medienprodukte zur Anwendung, die dem Code of Conduct beigetreten sind⁶³. Er hält sowohl für Print- wie auch Online-Medien fest, dass Redaktionen, Verleger und Werber im Sinne des Trennungs- und Kennzeichnungsgebots klar kennzeichnen sollen, welche Inhalte redaktioneller und welche kommerzieller Natur sind, und Redaktionen und Verlage gemeinsam sicherstellen sollen, dass diese Trennung gewahrt wird⁶⁴.

Für Beiträge von Influencern in sozialen Medien sind diese Regeln nicht (direkt) anwendbar.

VI. Best Practice für Beiträge in sozialen Medien

Nach den vorherigen Ausführungen besteht für Influencer in der Schweiz bei Beiträgen in sozialen Medien, in denen Produkte oder Dienstleistungen präsentiert werden, grundsätzlich immer dann eine Kennzeichnungspflicht, wenn der Influencer dafür Geld oder geldwerte Vorteile erhält. Als geldwerte Vorteile zählen insbesondere die Zurverfügungstellung von Produkten oder die Gewährung von kostenlosen Dienstleistungen an den Influencer, zumindest wenn dafür eine Gegenleistung in Form eines Beitrags in einem sozialen Medium von diesem erwartet wird.

Aber auch wenn der Influencer nachweisbar kein Geld oder geldwerte Vorteile für die Präsentation von Produkten oder Dienstleistungen erhält, kann unseres Erachtens in der Schweiz – analog der dargestellten Praxis in Deutschland – unter gewissen Umständen (insbesondere wenn der Influencer das Produkt oder die Dienstleistung überaus positiv darstellt, zu dessen Kauf auffordert oder immer dieselben Produkte oder Dienstleistungen thematisiert) eine Kennzeichnungspflicht bestehen.

Aus unserer Sicht können damit folgende Umstände Indizien für eine Kennzeichnungspflicht sein:

- Verlinkung von Dienstleistungen oder Produkten eines Unternehmens mittels Tag (insbesondere wenn eine direkte Verlinkung auf einen Online-Shop erfolgt);
- hohe Anzahl an Followern des Influencers;

⁵⁹ Erklärung der Pflichten und Rechte der Journalistinnen und Journalisten, abrufbar unter: <presserat.ch/journalistenkodex/erklaerung/> (zuletzt besucht: 6. März 2019).

⁶⁰ Art. 1 Abs. 1 und Art. 17 Abs. 2 Geschäftsreglement des Schweizer Presserats (Fn. 54).

⁶¹ Richtlinie zur «Erklärung der Pflichten und Rechte der Journalistinnen und Journalisten», abrufbar unter: <presserat.ch/journalistenkodex/richtlinien/> (zuletzt besucht: 6. März 2019).

⁶² Vgl. Fn. 58.

⁶³ Vgl. Liste der dem Code of Conduct beigetretenen Verbände, Titel und Medienprodukte, abrufbar unter: <www.schweizermedien.ch/getattachment/Medien/Code-of-Conduct/Code_of_Coduct_Unterzeichnet.pdf.aspx> (zuletzt besucht: 13. März 2019).

⁶⁴ Vgl. zum Ganzen Code of Conduct, Empfehlungen zum Umgang mit bezahlter Werbung, abrufbar unter: <chefredaktoren.ch.kosmos.metanet.ch/wp-content/uploads/2010/06/20090430_d_CodeOfConduct.pdf> (zuletzt besucht: 18. März 2019).

- professionelle Verwaltung des Accounts des Influencers (z.B. eigenes Geschäftsdomizil, eigene Angestellte oder beauftragte Marketingagentur);
- kein Anlass für Tag oder Verlinkung gestützt auf übrige Information im Bild- und Textbeitrag;
- geringer informativer bzw. journalistischer Gehalt eines Beitrags.

Besteht eine Kennzeichnungspflicht, so richten sich die Form und der Inhalt der Kennzeichnung nach dem Inhalt des Beitrags und nach den Besonderheiten des sozialen Mediums. Im Sinne des Kennzeichnungsgebotes wäre es unseres Erachtens zu begrüssen, wenn Beiträge mit informativen und kommerziellen Elementen in sozialen Medien so gekennzeichnet werden, dass klar erkennbar ist, welche Elemente des Beitrags kommerziell sind.

In diesem Zusammenhang ist zudem darauf hinzuweisen, dass ein Beitrag eines Schweizer Influencers nebst dem inländischen unter Umständen auch dem ausländischen Recht unterliegen kann, wenn dieser auf andere Länder als die Schweiz ausgerichtet ist (Auswirkungsprinzip). Dort können bei Verletzung eines Trennungs- und Kennzeichnungsgebotes allenfalls strengere Sanktionen drohen, namentlich auch hohe Bussen⁶⁵. Ein Influencer tut deshalb gut daran, vor der Publikation eines Beitrags zur Präsentation eines Produktes oder einer Dienstleistung in einem sozialen Medium zu prüfen, ob und wie dieser gekennzeichnet werden muss.

VII. Fazit und Ausblick

Für die Kennzeichnung von Werbung in Beiträgen in sozialen Medien gibt es heute kaum eine einheitliche Praxis in der Schweiz. Es ist davon auszugehen, dass die anwendbaren gesetzlichen Vorschriften im Ergebnis zu ähnlichen Kennzeichnungspflichten führen, wie sie heute in Deutschland bereits gerichtlich durchgesetzt werden, wenn auch in der Regel kein Raum für vergleichbare Sanktionen besteht.

Die Anwendung des Trennungs- und Kennzeichnungsgebots bereitet ausserhalb der klassischen Medien Probleme. Eine klare Abgrenzung zwischen redaktionellen und kommerziellen Inhalten bei Beiträgen in sozialen Medien ist schwierig, zumal informative und kommerzielle Inhalte in Personalunion erstellt und häufig im gleichen Beitrag beliebig vermischt werden.

Die Autoren sind der Ansicht, dass das Schutzbedürfnis der Adressaten auch in sozialen Medien die Anwendung von Transparenzvorschriften rechtfertigt, selbst wenn diese Regeln in einem anderen Zusammenhang entstanden sind. Soziale Medien haben viele Funktionen der klassischen Medien übernommen und sind in der heutigen Gesellschaft für die Informationsverbreitung und öffentliche Meinungsbildung nicht mehr wegzudenken. Entsprechend sind die Nutzer von sozialen Medien unseres Erachtens im Grundsatz vor Täuschungen und Irreführungen über den kommerziellen Charakter eines Beitrags zu schützen. Gerade weil die Darstellung in Beiträgen von Influencern eine Kommunikation unter Freunden nachahmt, geniessen Empfehlungen von Produkten oder Dienstleistungen ein erhöhtes Vertrauen aufseiten der Follower. Entsprechen diese Empfehlungen von Influencern kommerzieller Kommunikation, muss dies erkennbar sein.

Die Praxis bei der Kennzeichnung von Beiträgen in sozialen Medien durch Influencer in Deutschland führt nach Ansicht der Autoren im Ergebnis aber häufig nicht zur gewünschten Transparenz. Häufig werden Beiträge mit informativen und kommerziellen Elementen pauschal als «Werbung» oder «ad» qualifiziert, womit der Adressat keinerlei Anhaltspunkte hat, welche Elemente im Text oder Bild des Beitrags damit gemeint sind. So ist etwa in dem von Landgericht und Kammergericht Berlin beurteilten Beitrag von Vreni Frost (vgl. Beitrag Nr. 1 unter Ziffer III.) unklar, ob sich die Deklaration als «Werbung» auf die Fluggesellschaft (Singapore Airlines), den Flughafen (J.F. Kennedy Airport), das abgebildete elektronische Gerät, die Kopfhörer dazu oder auf alle Elemente zusammen bezieht.

Bei der Umsetzung des Trennungs- und Kennzeichnungsgebots ist unseres Erachtens der Besonderheit des Mediums und dem Verhältnismässigkeitsprinzip Rechnung zu tragen. Im Zentrum sollte dabei die Frage stehen, wie gross das Schutzbedürfnis des Zielpublikums tatsächlich ist und wie hoch das Risiko einzuschätzen ist, dass es getäuscht oder in die Irre geführt wird. Es erscheint uns als abwegig,

⁶⁵ Das Landgericht Berlin erliess in einer einstweiligen Verfügung eine Ordnungsbusse von EUR 250000 für jede Zuwiderhandlung gegen die Kennzeichnungspflicht gemäss § 5a Abs. 6 des deutschen UWG, LG Berlin vom 24. Mai 2018, 52 O 101/18, Ziff. 1, «Tenor».

wenn Gerichte bei der Abgrenzung von kommerzieller Kommunikation darauf abstellen, ob zum Anbieter eines Produkts oder einer Dienstleistung ein Tag mit Link eingefügt wird oder nicht. Vielmehr sind Tags mit Links gerade ein Wesensmerkmal in entsprechenden Beiträgen in sozialen Medien. Gerade in Fällen, in denen keine Gegenleistung für die Präsentation von Produkten und Dienstleistungen erfolgt, scheint es den Autoren angemessen, Influencern mehr Spielraum für einen Verzicht auf Kennzeichnung eines Beitrags als Werbung einzuräumen. Damit lassen sich auch schwierige Abgrenzungsprobleme vermeiden.

Zusammenfassung

Die Anwendung des in Zeiten von klassischen Medien entstandenen Trennungs- und Kennzeichnungsgebots stellt bei Beiträgen von Influencern in sozialen Medien eine Herausforderung dar. Unternehmen setzen Influencer aufgrund ihrer erhöhten Glaubwürdigkeit ein, um ihre Produkte und Dienstleistungen gezielt bei deren Followern als Zielgruppe zu bewerben. Die Influencer publizieren in sozialen Medien Beiträge, in welchen persönliche mit kommerziellen Inhalten vermischt werden. Nach dem Trennungs- und Kennzeichnungsgebot muss Werbung jedoch von redaktionellem Inhalt unterschieden und als solche ersichtlich gemacht werden. Während es in Deutschland bereits Gerichtsent-scheide gibt, in denen Influencer zu einer Busse bei Verstössen gegen das Trennungs- und Kennzeichnungsgebot verurteilt wurden, gibt es nach Ansicht der Autoren zwar vergleichbare Rechtsgrundlagen in der Schweiz, aber bisher – soweit ersichtlich – keine Gerichtsent-scheide und Sanktionen. Nichtsdestotrotz müssen Influencer in der Schweiz zumindest immer dann, wenn sie für Geld oder geldwerte Vorteile Beiträge zur Präsentation von Produkten oder Dienstleistungen publizieren, diese als Werbung kennzeichnen.

Résumé

L'application du principe de séparation et d'identification, qui est apparu à l'époque des médias classiques, pose un défi pour les influenceurs dans les médias sociaux. En raison de leur crédibilité accrue, les entreprises utilisent des influenceurs pour promouvoir leurs produits et services spécifiquement auprès de leurs adeptes en tant que groupe cible. Les influenceurs publient des articles dans les médias sociaux dans lesquels le contenu personnel est mélangé au contenu commercial. Toutefois, selon l'exigence de séparation et d'identification, la publicité doit être distinguée du contenu rédactionnel et rendue visible en tant que telle. Alors qu'il existe déjà en Allemagne des décisions de justice dans lesquelles des influenceurs ont été condamnées à une amende pour violation de l'obligation de séparation et d'identification, les auteurs estiment qu'il existe des bases juridiques comparables en Suisse, mais qu'il n'existe pour l'instant – pour autant que l'on sache – aucune décision de justice ou sanction. Néanmoins, les influenceurs en Suisse doivent toujours identifier leurs contributions concernant la présentation de produits ou de services comme de la publicité si elles sont publiées pour de l'argent ou pour des avantages monétaires.