

Influencer-Marketing und die Rechtswirklichkeit

Eine neue Werbeform “entdeckt” das Lauterkeitsrecht – oder umgekehrt^{[\[1\]](#)}

Mischa Senn, Prof. Dr. iur., Zentrum für Kulturrecht (ZKR), Fachexperte, Vizepräsident SLK, Handelsrichter Handelsgericht Zürich

Résumé: En marketing, le recours à des influenceurs, activité sociale avec objectif commercial, est devenu une forme de publicité ordinaire. Les actions associées à ce modèle d'affaires ont des conséquences relevant de la loi sur la concurrence déloyale. Dans cette forme de publicité, le principe de séparation entre éléments rédactionnels et publicitaires n'est pas un instrument adapté. Ce qui compte, c'est la reconnaissance du produit pour lequel l'influenceur plaide. En outre, les réseaux sociaux permettent de se baser sur les personnes (*followers*) suivant l'influenceur, réelles, plutôt que sur le consommateur moyen le plus souvent utilisé comme base normative.

Zusammenfassung: Das Influencer-Marketing ist eine inzwischen etablierte Werbeform, die eine geschäftliche Tätigkeit mit kommerziellem Zweck darstellt. Die mit diesem Geschäftsmodell einhergehenden Handlungen haben einige lauterkeitsrechtliche Folgen. Der Trennungsgrundsatz ist für diese Werbeform kein zweckmässiges Instrumentarium, vielmehr ist vom Vorrang des Gebotes der Erkennbarkeit auszugehen. Zudem kann im Umfeld von Plattformen auf sozialen Medien hinsichtlich des normativen Durchschnittskonsumenten auf die (real existierenden) Followers abgestellt werden.

Inhaltsübersicht

I. Einleitung

1. Allgemeines
2. Begriffe und Formen
3. Zur Abgrenzung von redaktionellen und kommerziellen Beiträgen
4. Akteure
5. (Werbe-)Markt-Situation
6. Nutzerverständnis

II. Lauterkeitsrecht/Werberecht

1. Einleitung
2. Grundsätze
3. Trennungsgrundsatz und Erkennbarkeitsgebot
4. Schleichwerbung
5. Influencer-Marketing als Werbebotschaft
6. Einzeltatbestände
7. Verantwortlichkeit
8. Abgrenzungen
9. Bestimmungen und Rechtsprechung der Selbstregulierung (SLK)

III. Fazit

I. Einleitung

1. Allgemeines

1

Fragt man danach, welche die grössten Trends im Bereich der mobilen Werbung seien, steht das Influencer-Marketing bereits an zweiter Stelle.^[21] Wie jede neue Kommunikationsform landete auch das Influencer-Marketing rasch auf dem Boden der

Rechtswirklichkeit^[3]: Erwartungsgemäss folgten den sich rasant häufenden Auftritten von Influencern die ersten Gerichtsentscheide, vor allem in Deutschland. In der Schweiz sind Gerichtsurteile dazu, soweit bekannt, noch nicht vorliegend; immerhin hatte sich die Schweizerische Lauterkeitskommission (SLK) mittlerweile nun schon mehrmals mit den lauterkeitsrechtlichen Rechtsfragen zum Influencer-Marketing zu befassen.^[4] In der schweizerischen Lehre sind bisher nur ganz wenige Beiträge zu verzeichnen, die sich aus rechtswissenschaftlicher Sicht damit auseinandersetzen.^[5] Dieser Beitrag will eine Lücke schliessen und die Sachlage aus möglichst vielen Blickwinkeln rechtlich untersuchen. Bevor auf diese rechtlichen Aspekte eingegangen wird, werden vorausgehend einige Grundlagen aufgezeigt.

2. Begriffe und Formen

2

Influencing ist eine neue Kommunikationsform. Soweit das Influencing einen werblichen Zweck verfolgt^[6], wird nachfolgend von **Influencer-Marketing** gesprochen. Dieses wird als eine von einem Influencer kommunizierte (Werbe-)Botschaft verstanden. Sie ist eine Empfehlung^[7] (wörtlich: «Beeinflussung» = Influencing) des Influencers an seine Follower für bestimmte Produkte. Dies erfolgt mittlerweile hauptsächlich im Auftrag von Agenturen oder direkt von Unternehmen.

3

Als **Influencer** werden hier dementsprechend Verfasser von Blogs oder Betreiber von Plattformen auf sozialen Medien^[8] bezeichnet, die insb. produkt- und markenbezogene Informationen in Form einer Foto, eines Textes oder eines Videos verbreiten.^[9] Soweit man Influencer (auch) als Nutzer oder als Blogger^[10] bezeichnen möchte^[11], entspricht dieses

Auftreten den sog. User Generated Ads (UGA), die von Nutzern erstellte, öffentlich verbreitete Werbebotschaften darstellen.^[12] Diese Betätigung kann mittlerweile so einträglich sein, dass bei Influencern von einer Berufsgruppe gesprochen wird, auch wenn das Influencing bei einer Mehrheit nicht hauptberuflich ausgeübt wird.^[13]

4

Idealtypisch gesehen ist der Influencer nicht jene Person, die schon aufgrund ihrer sonstigen Tätigkeit – sei es als Schauspielerin oder Sportler – bekannt war, sondern erst und primär als Influencer in Erscheinung trat. Hinsichtlich der Bekanntheit erreichen Influencer teilweise einen ähnlichen Status wie sog. *Endorser*, d.h. prominente Produkte-Empfehlen.^[14] Der Auftritt der Endorser findet jedoch im Rahmen von Sponsoring, Produkteplatzierung oder Testimonial statt^[15] und nicht als Influencing.

5

Die Motivation von Influencern liegt in «einer Art Selbstdarstellung und Eigenwerbung für mögliche potenzielle Arbeitgeber»^[16], um im Status als Marktakteur^[17] seine Bekanntheit zu fördern. So wird die (mutmassliche^[18]) Anzahl der Followers und damit sein Marktwert erhöht. Darauf ist bei der Frage der geschäftlichen Tätigkeit und damit der lauterkeitsrechtlichen Relevanz des Handelns näher einzugehen.^[19]

6

Eine weitere neue Form ist das **Native Advertising** (Native Ad); es wird umschrieben als redaktionell aufgemachter, bezahlter Beitrag, der sich im Layout, der Tonalität und der Funktionalität dem Werbeträger / Medium anpasst^[20] und ist insoweit der Publireportage verwandt.^[21] Soweit Influencer-

Marketing als eine Unterform des Native Ad gesehen wird^[22], kann dem aus der oben dargelegten Umschreibung des Begriffs nicht gefolgt werden.

7

Die beiden Marketingformate^[23] Native Ad und Influencer-Marketing sind eine Erscheinungsform des **Content Marketings**, das als Oberbegriff für Information mit relevanten, beratenden oder unterhaltsamen werblichen Inhalten steht.^[24] Hinsichtlich der **Trägermedien** erscheint dieses Format entweder und zumeist online (Internet) über Blogs, Foren und soziale Medien (vor allem Instagram^[25]) oder teilweise offline bei Events oder im privaten Umfeld.

3. Zur Abgrenzung von redaktionellen und kommerziellen Beiträgen

8

Da eine grundlegende Fragestellung in der Abgrenzung von redaktionellen und kommerziellen Beiträgen – u.a. beim Trennungsgrundsatz^[26] – liegt, ist auf diese Thematik hier einzugehen. Die soeben beim Native Ad beschriebenen Kriterien sind beim Influencer-Marketing nicht gegeben, da sich dieses Format nicht in einem redaktionellen Umfeld an sich befindet – zumindest nicht im traditionellen Sinne und soweit man einen **redaktionellen Beitrag** als eine *journalistische Darstellungsform* versteht.^[27] Denn die journalistische Präsentation wird von einem Faktizitätsanspruch in Form eines redaktionellen «Berichtes über tatsächliche Ereignisse und Sachverhalte»^[28] geleitet und dient damit der öffentlichen Meinungsbildung. Dieser Anspruch wird mit dem Influencer-Marketing nicht bezweckt. Es stellt vielmehr ein eigenständiges (Werbe-)Format dar, das hauptsächlich in den Sozialen Medien vorkommt, bei denen nicht primär von einer

redaktionellen Plattform^[29] gesprochen werden kann, selbst wenn dort die Bezeichnung Medien vorkommt. Es trifft zwar zu, dass Plattformen wie Facebook und Twitter redaktionelle Beiträge in Form von Micro- und Miniblogs verbreiten und sich insofern an der Meinungsbildung und – vor allem – Unterhaltung beteiligen, doch handelt es sich nicht um die Plattformbetreiber selbst, welche diese Leistung des Influencings erbringen, sondern um deren Nutzer, in unserem Fall die Gruppe der Influencer; diese treten nicht Medienunternehmen selbst^[30], sondern als User Generated Ads (UGA) auf.^[31]

9

Soweit vertreten wird, dass bereits von «journalistisch-redaktionellen Beiträgen» ausgegangen werden dürfe, «wenn ein Influencer regelmässig Beiträge in publizistischer Unabhängigkeit erstellt», wird diese Annahme dadurch relativiert, dass der Influencer dabei «*nicht vorrangig* im werblichen oder selbstdarstellerischen Interesse oder zur beruflichen oder unternehmensbezogenen Meinungsäusserung handelt.»^[32] Da jedoch genau dieses Verhalten das Influencer-Marketing ausmacht, kann darin keine (unabhängige) redaktionelle Tätigkeit erkannt werden. Soweit ein Influencer indessen redaktionelle Beiträge in Form von privaten Meinungsäusserungen beispielsweise zur Information und Unterhaltung wiedergibt, liegt definitionsgemäss kein Influencer-Marketing vor. Diese Schlussfolgerung lässt sich auch aus der Geschichte des Trennungsgebotes herleiten: Die *traditionelle Unterscheidung* in redaktionellen und werblichen Teil (Werbung) steht bei solchen Plattformen der sozialen Medien nicht im Vordergrund, zumal dort auch keine publizistische oder medienethische Qualitätsanforderungen^[33] aufgestellt oder gar gefordert werden. Das Trennungsgebot^[34] im bisherigen Verständnis ist auf solchen Plattformen zweckmässiges Kriterium. Wie weiter unten zu zeigen sein wird,

ist vielmehr die Erkennbarkeit das entscheidende Kriterium.^[35]

10

Die **Unterscheidung** ist für die sozialen Medien terminologisch vielmehr zwischen privater und kommerzieller Kommunikation zu ziehen – oder, um eine andere Bezeichnung zu verwenden: zwischen kommerzieller und nicht-kommerzieller Kommunikation. Um die Unterscheidung sprachlich klarer hervorzuheben, wird nachfolgend von privater als nicht-kommerzieller Kommunikation gesprochen. Die **private Kommunikation** umfasst private Meinungsäusserungen mit beispielsweise sozialen, kritischen oder unterhaltenden Inhalten; sie dient also «vorrangig der Information und Meinungsbildung»^[36]. Zudem dürfen die in solchen Inhalten wiedergegebenen Äusserungen «nicht in funktionalem Zusammenhang mit der Absatzförderung stehen»^[37]. Die Inhalte einer so verstandenen privaten Meinungsäusserung können mit unterschiedlichen Formaten (z.B. Video) als Blog-Beitrag aufbereitet werden.

11

Die Bezeichnung als *redaktioneller Beitrag* für solche Inhalte ist daher zugunsten der Bezeichnung private Kommunikation zu vermeiden. Ein solcher Beitrag untersteht den diesbezüglichen Vorschriften zur Meinungsäusserung.^[38] Er kann gegebenenfalls auch eine lauterkeitsrechtliche Relevanz erlangen, da das UWG kein Wettbewerbsverhältnis zwischen dem Absender der Äusserung und dem Adressaten vorsieht, was (für die Medien) spätestens mit dem «Bernina»-Entscheid klargestellt wurde.^[39] Demgegenüber wird das Influencer-Marketing in der Schweiz nicht von den medienrechtlichen Vorschriften erfasst.^[40] Im Bereich der Selbstkontrolle befasst sich der Schweizerische Presserat nicht mit Auftritten von Influencern oder gar mit Influencer-Marketing; er hatte bisher einzig einen privaten Beitrag eines Journalisten zu beurteilen.^[41] Nach Meinung des Presserats

liegt ein «Beitrag mit journalistischem Charakter» dann vor, wenn in diesem aus unabhängiger Werte Material verwendet, ausgewählt, bearbeitet, interpretiert und kommentiert wird.^[42] Diese Kriterien erfüllt das Influencer-Marketing nicht.^[43]

12

Demgegenüber stellt die **kommerzielle Kommunikation** eine interessengeleitete Werbung^[44] aus der Sicht des Absenders dar. Zu unterscheiden ist damit einerseits die kommerzielle Absicht des Werbenden und andererseits die erreichte Werbewirkung beim Adressaten. Bei der Frage des kommerziellen Zweckes ist demzufolge beim Absender anzuknüpfen, der in einer eigenen wirtschaftlichen Absicht handelt. Diese Absicht bzw. Tätigkeit ist im Sinne des Transparenzgrundsatzes erkennbar zu machen.^[45]

13

Bezogen auf das Influencer-Marketing folgt daraus: Es stellt eine *Werbebotschaft* dar, da und soweit mit dem Influencing eine kommerzielle Absicht verfolgt wird. Wie bereits aus dem Namen Influencer hervorgeht, will er Einfluss auf sein Publikum (Follower/Abonnenten) nehmen.^[46] Sinn und Zweck des Influencer-Marketings soll eine glaubwürdige Botschaft sein, die «über den offensichtlichen Werbecharakter hinaus auch nutzstiftende Informationen für die Adressaten»^[47] vermittelt. Ein **kommerzieller Zweck** liegt dann vor, wenn die Empfehlung im Auftrag oder für eine Gegenleistung (z.B. ein Entgelt^[48]) erfolgt und damit wirtschaftliche Eigeninteressen verfolgt werden. Diese liegen beispielsweise dann vor, wenn das Verhalten auf eine Absatzförderung^[49] ausgerichtet ist.^[50] Das Influencer-Marketing ist damit auch ein Geschäftsmodell.

14

Ein Indiz dafür ist eine hohe Anzahl von Hashtags, die mit ihren Links auf die Webseiten von Unternehmen führen. Zudem

ist der Auftritt des Influencers als Ganzes zu berücksichtigen; geht daraus hervor, dass vorwiegend Produktepräsentationen mit mehr oder weniger deutlichen Hinweisen auf Unternehmen erfolgen, sind das relative deutliche Indizien für den kommerziellen Charakter.

15

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Kommunikationsform Influencing als Oberbegriff erscheint; kommt ihm ein kommerzieller Charakter zu, ist von Influencer-Marketing zu sprechen. Hat die durch einen Influencer kommunizierte Botschaft im oben beschriebenen Sinne einen privaten Zweck, ist die Bezeichnung private Kommunikation vorzuziehen. Klar bleibt, dass die Abgrenzung einzelfallweise erfolgen muss, insb. um auch den Grenzfällen gerecht zu werden.

4. Akteure

16

Unter Akteuren^[51] werden hier die üblichen Marktteilnehmer gemäss dem herkömmlichen Schema Auftraggeber – Vermittler – Konsument beschrieben: Während die Auftraggeber (Unternehmen) als **Anbieter** und die Werbemittler, Agenturen und Medien als **Vermittler** bezeichnet werden, erscheinen nun die Influencer als eine gänzlich neue Akteursgruppe.

17

Man kann **Influencer** aufgrund der ihr typischen Medien-ähnlichen Funktion als “Übermittler” bezeichnen, indem sie als «Bindeglied zwischen Marke und Zielgruppe»^[52] auftreten. Typischerweise «inszeniert ein Influencer sein Leben mit den dazu passenden Marken»; gegenüber den Unternehmen tritt er als Werbeträger auf. ^[53] Influencer arbeiten (“präsentieren”) entweder eigenständig, d.h. losgelöst von irgendwelchen vertraglichen Beziehungen^[54] für sich selbst, oder sie stehen –

und das ist die Regel – in Verbindung mit einer Agentur oder direkt mit dem werbenden Unternehmen; in dieser Tätigkeit werden Influencer inzwischen als neue Berufsgruppe bezeichnet^[55].

18

Der Influencer präsentiert seine Persönlichkeit und «suggestiert Privatheit und Offenheit»^[56]; er inszeniert sich selbst als “Marke”^[57] und hat insofern einen Status ähnlich einem am Markt tätigen Unternehmen^[58] und sei er auch nur als Einzelunternehmer i.S.v. Art. 945 OR. Für den Erfolg eines Influencers – gegen aussen u.a. in der Anzahl Followers ablesbar^[59] – ist seine **Glaubwürdigkeit** entscheidend. Diese wird u.a. in der *Authentizität* gesehen, die sich aus einem echten, unverfälschten und leidenschaftlichen Verhalten ergebe.^[60] Weitere Kennzeichen sind die *Intimität* und *Identifikation*^[61], die durch eine gewisse Offenbarung persönlicher Ereignisse und Empfindungen entsteht, was eine parasoziale Interaktion^[62] bewirkt. Weitere Eigenschaften sind die *Attraktivität* (wie die Art des Präsentierens und das Aussehen) und die *Expertise* in den präsentierten Themen (wie Essen, Mode).^[63] Die Glaubwürdigkeit des Influencers hängt idealtypisch auch von seiner Unabhängigkeit gegenüber Marken / Unternehmen ab. Diese wird allerdings nicht dadurch betont, dass auf einen Hinweis auf Werbung verzichtet wird^[64]. Auf der anderen Seite stört die Offensichtlichkeit des Werbecharakters das Vertrauen der Rezipienten solange nicht, als der Eindruck besteht, die Empfehlung *als solche* sei authentisch bzw. unabhängig,^[65] selbst wenn klar ist, dass eine Produktwerbung für ein Unternehmen gemacht wird.

19

Dass all diese Eigenschaften auch nur scheinbar bestehen

können, ist mittlerweile bekannt, weshalb beispielsweise auch von einer «strategischen Intimität» gesprochen wird. ^[66] Durch eine Abkehr von den idealtypischen Eigenschaften der Influencer und die häufig nur inszenierte Authentizität wird die Glaubwürdigkeit des Influencers beeinträchtigt, weshalb inzwischen auch schon von einer «Glaubwürdigkeitskrise» ^[67] gesprochen wird.

20

Folgt der Influencer seinerseits den Followern, wird diese Anzahl als *Followees* bezeichnet. Ist diese Zahl im Vergleich zu der der Followern gering, wirkt sich dies negativ auf die Beliebtheit des Followers aus. ^[68] Die erwähnte Studie hält hierzu fest, dass ein deutliches Missverhältnis dieser Zahlen ein Hinweis auf Fake-Follower sein könnte. ^[69]

21

All diese Akteure beziehen sich auf eine Zielgruppe, nämlich in aller Regel die Endnutzer (oder kurz: **Nutzer**) bzw. Konsumenten, teils auch Rezipient ^[70] genannt. ^[71]

5. (Werbe-)Markt-Situation

22

Das **Influencer-Marketing** als *neues Werbeformat* durchmischt die traditionellen Werbeformen nachhaltig. Es hat sich im Werbemarkt inzwischen deutlich etabliert, wenngleich inzwischen eine gewisse Sättigung – ablesbar an der Anzahl Followers pro Influencer – stattzufinden scheint. ^[72]

23

Wie im konventionellen Werbemarkt lässt sich nie klar sagen, wie sich der **Werbeerfolg** – hier von Influencing – hinsichtlich des effektiven Kaufverhaltens auswirkt. Es sind, bestenfalls, nur Annäherungen möglich. So kann beispielsweise mittels

Trackingfunktionen berechnet – aber eben nicht: gemessen – werden, welche Querverweise ein Traffic auf bestimmte Angebotsseiten nach sich zog und ob dies zu Verkäufen geführt hat. Wie weit dies auf das Influencing zurückzuführen ist, lässt sich (bislang) nicht nachweisen. Umfragen zufolge erhalten die “empfohlenen” Marken zwar eine deutlich höhere Aufmerksamkeit^[73], doch kauften jedenfalls in DE lediglich knapp 10% der Follower ein bestimmtes Produkt auf “Empfehlung” des Influencers.^[74]

24

Hinsichtlich der **Erkennbarkeit von Werbebotschaften**^[75] wird der Effekt beobachtet, dass die Bereitschaft zur *Weiterempfehlung* von (Werbe-)Botschaften deutlich sinkt, sobald diese Botschaft als Werbung gekennzeichnet und/oder als solche erkennbar ist.^[76] Dieser Effekt bezieht sich zwar primär auf die Weiterempfehlung unter Nutzern; das gleiche Phänomen lässt sich aber auch bei den Empfehlungen der Influencer feststellen. Umgekehrt wurde festgestellt, dass die Erkennbarkeit der Werbung die *Bewertung der Marke* und die *Kaufintention* nicht beeinflussen.^[77] Zudem ist auf die bekannte Erkenntnis hinzuweisen, wonach das Nicht-Erkennen von redaktionell getarnter Werbung nicht zu einer höheren Beachtung des Produktes führt.^[78] Hingegen bewirkt eine Häufung von Werbung eine eher negative Einstellung der Nutzer gegenüber der jeweiligen sozialen Medienplattform.^[79]

6. Nutzerverständnis

25

Fragt man nach dem Verhalten des Publikums als weiteren Akteur (Endabnehmer) im Werbemarkt, ist auf das massgebliche Zielpublikum und dessen Verständnishorizont abzustellen. Das gilt in gesellschaftlicher Hinsicht ebenso wie im Recht: Hier

tritt als normative Figur des sog. Durchschnittskonsumenten auf.^[80] Der normative Ansatz kommt in verschiedenen Rechtsgebieten zum Zuge, ist aber nicht unumstritten. Legt man diesen objektiven Massstab einer lauterkeitsrechtlichen Beurteilung (dennoch) zugrunde, ist zuerst das relevante Zielpublikum und damit der massgebende Personenkreis zu eruieren. Mit Zielpublikum ist jener Adressatenkreis gemeint, der für das beworbene Produkt in Frage kommt.^[81] Bei Influencern sind seine Followers das relevante Zielpublikum, womit – ebenfalls gemäss dem normativen Ansatz – davon ausgegangen werden darf, dass dieses dem Influencer hinsichtlich Alter, Milieu, Interessen und Verhalten in etwa ähnlich ist. Dabei ist bezüglich des weiteren Kriteriums – nämlich des Verständnishorizontes und des damit zusammenhängenden Konsumentenleitbilds – vom durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher^[82] auszugehen.^[83]

26

Womit man bei der Frage der Erkennbarkeit angelangt ist und damit in der rechtlichen Beurteilung normativ zu prüfen hat, ob und wie weit es für einen Durchschnitts-Follower möglich ist, eine werbliche Präsentation (Empfehlung) als solche wahrzunehmen, selbst wenn eine Kennzeichnung fehlt. Die Antwort dazu ergibt sich aufgrund des (oben genannten) Konsumentenleitbildes.^[84] Die Interpretationen hierzu fallen unterschiedlich aus; nimmt man den Kerngedanken dieser drei Kriterien (informiert, aufmerksam, verständig) auf, wäre der Schluss naheliegend, dass der intelligente Durchschnittskonsument den Werbecharakter der Empfehlung erkennt, und sei es nur schon aufgrund des Umfelds und der Art der Präsentation des Influencer-Marketings.

27

Abgesehen davon ist diesem durchschnittlichen Zielpublikum

bekannt, dass dem Influencing hauptsächlich eine kommerzielle Ausrichtung zugrunde liegt, zumal offenbar rund 90% der Media-Nutzer von einem kommerziellen Zweck ausgehen^[85], somit also diesen Auftritt als Influencer-Marketing wahrnehmen. Das Landgericht [LG] München bestätigt sogar diesen Umstand, indem es ausführt, dass die Nutzer – und konkret insb. Jugendliche – «darüber informiert sind und Bescheid wissen, dass Influencer (...) ihre Tätigkeiten (...) nicht aus Spass durchführen, sondern dass es sich hierbei um einen (...) lukrativen Beruf handelt (...).»^[86] Entsprechend stellt das Gericht – offenbar als Rechtsfrage^[87] – fest, es könne davon ausgegangen werden, dass diesen Nutzern bewusst sei, dass bei einem solchen Post eines Instagram-Accounts ein kommerzieller Zweck verfolgt werde. Dieser Auffassung ist zuzustimmen; sie wird auch empirisch belegt (und würde damit als Tatfrage bestätigt).^[88] Daher ist nach zutreffender Meinung keine formale Kennzeichnung notwendig, da der Werbecharakter – normativ gesehen – erkennbar ist.^[89] Aus praktischer Sicht ist der Ansicht zuzustimmen, dass eine fast durchgängige Kennzeichnung dieser Auftritte «den Verbraucherinteressen nicht dienlich sein» würde, da damit das «Ziel der Kennzeichnungsverpflichtung, den Verbraucher vor nicht informierten geschäftlichen Entscheidungen zu schützen» durch diese Hinweise «nicht mehr ernst genommen würden.»^[90]

II. Lauterkeitsrecht/Werberecht

1. Einleitung

28

Dieser Abschnitt behandelt die lauterkeitsrechtlichen Aspekte des Influencer-Marketings; im Vordergrund stehen dabei Formen der Schleichwerbung und das Trennungsgebot sowie einzelne Spezialtatbestände von Art. 3 Abs.1 UWG. Weiter wird

Influencer-Marketing abgegrenzt zu ähnlichen Werbeformen.

2. Grundsätze

29

Im Lauterkeitsrecht bestehen einige Grundsätze, die sich in einzelnen Tatbeständen des UWG niederschlagen. Generell lassen sich diese Grundsätze in Gebote und Verbote unterscheiden: Auf der einen Seite sind es die **Gebots-Grundsätze** der *Wahrheit*, der *Klarheit* und der *Richtigkeit*, auf der anderen Seite die *Verbote* der *Irreführung* und *Täuschung*. Das Täuschungsverbot wird im Grundsatz in Art. 2 UWG ausdrücklich erwähnt^[91], wobei sich auch diese anderen Grundsätze aus der Generalklausel ableiten lassen.^[92]

30

Das *Gebot der Wahrheit bzw. Richtigkeit* verlangt, dass die Werbung grundsätzlich wahr zu sein hat, womit u.a. die Angaben stimmen, d.h. richtig sein müssen (vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG). Nach dem *Gebot der Klarheit* muss die Werbung im Sinne von unmissverständlich klar sein; dabei haben die Angaben vollständig zu sein, womit unvollständige Angaben irreführend oder täuschend sein können und insofern falsch sind. Darüber hinaus müssen die Angaben oder die Aussagen nachvollziehbar sein. Unter diesen Grundsatz kann auch das *Gebot der Erkennbarkeit* der Werbung subsumiert werden.

31

Die jeweiligen Gebote haben ein Pendant in den **Verbots-Grundsätzen**. Demnach ist die *Täuschung* eine Verletzung des Wahrheitsgebots.^[93] Tatbestandsmäßig finden sich die Täuschungsverbote beispielsweise in Art. 2 UWG (Generalklausel), in Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG (unrichtige Angaben über sich) und Art. 3 Abs. 1 lit. i UWG (unrichtige Angaben zu Beschaffenheit). Demgegenüber stellt das *Irreführungs-Verbot* eine Verletzung des Klarheitsgebots dar

und bildet ein Tatbestandsmerkmal in Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG (Herabsetzung) und Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG e (unlautere Vergleiche); ferner im SLK-GS B2 (Irreführende Äusserungen) und SLK-GS B.4^[94] (Werbung mit Selbstverständlichkeiten). Das dem Grundsatz der Klarheit zugehörnde Gebot der Erkennbarkeit der Werbung hat seine Entsprechung im *Verbot der Schleichwerbung*.^[95]

32

Diese grundsätzlichen Ausführungen dienen dazu, dem Zweckgedanken der einzelnen Norm bei der konkreten Anwendung adäquat nachzukommen.^[96] Für die weiteren Ausführungen ist zudem die ebenfalls grundsätzliche Auseinandersetzung mit dem Gebot der Erkennbarkeit voranzustellen.

3. Trennungs-Grundsatz und Erkennbarkeits-Gebot

33

Der lauterkeitsrechtliche Trennungs-Grundsatz basiert auf dem allg. Trennungsgrundsatz (Trennungsgebot). Das **Trennungsgebot** ist ein allgemeiner Grundsatz zur Abgrenzung zwischen kommerzieller und redaktioneller^[97] Kommunikation und hat insofern eine lauterkeitsrechtliche als auch eine medienrechtliche^[98] Relevanz, wobei der Geltungsbereich unterschiedlich sein kann.^[99]

34

Dieser Grundsatz lässt sich (ebenfalls) aus Art. 2 UWG ableiten.^[100] Der Trennungsgrundsatz enthält – nach herkömmlichem Verständnis^[101] – zwei Elemente: Einerseits muss die Werbung gekennzeichnet, andererseits erkennbar sein. Während die **Kennzeichnung** ein rein formales Kriterium darstellt, ist die **Erkennbarkeit** aus der Sicht des

angesprochenen Zielpublikums zu beurteilen. Sie muss in jedem Fall gegeben sein, da eine eindeutige bzw. klare Erkennbarkeit verlangt wird.^[102] Die Erkennbarkeit kann auch mit der *Trennung* im Sinne einer (graphischen) Abgrenzung zwischen redaktionellem und kommerziellem Teil erreicht werden. Gemäss der Rechtsprechung der SLK «muss kommerzielle Kommunikation, gleichgültig in welcher Form sie erscheint oder welchen Werbeträger sie benutzt, als solche eindeutig erkennbar und vom übrigen Inhalt klar getrennt sein.»^[103]

35

Im Einzelnen bedeuten diese Merkmale: Bei der **Kennzeichnung** als formales Kriterium haben sich diese Bezeichnungen oder Formen etabliert: Werbung, Anzeige, Promo, Publireportage, Sponsored Content, #Ad etc.^[104] Wenn die Kennzeichnung am Anfang und die Position branchenüblich ist – meist oben links –, gilt dieses Kriterium als erfüllt.^[105] Klar bleibt, dass die Kennzeichnung selbst erkennbar (genügend sichtbar) sein muss. Demgegenüber bildet die **Erkennbarkeit** das inhaltliche, materielle Kriterium; verlangt wird eine klare bzw. eindeutige Erkennbarkeit als Werbung. Indizien für eine Erkennbarkeit aufgrund graphischer Trennung sind u.a. Gestaltung (Layout)^[106], Textinhalt und mediales Umfeld^[107].

36

Zur **Frage der kumulativen oder alternativen Voraussetzung** der beiden Kriterien bestehen unterschiedliche Meinungen. Einig ist man sich auf jeden Fall darin, dass die Äusserung bzw. der Auftritt als Werbung erkennbar sein muss.^[108] Ob die Erkennbarkeit durch Kennzeichnung oder aufgrund des Kontextes hervorgerufen wird, bleibt strittig resp. unterschiedlich geregelt (lauterkeits-^[109] vs. medienrechtlich). Nach der hier vertretenen Ansicht^[110] genügt die Erkennbarkeit, solange dies aus dem Kontext hervorgeht. Die Kontextbezogenheit ist

wiederum eine Frage, ob und wie weit sich der aufmerksame^[111] Nutzer bewusst ist, in welchem (virtuellen) Umfeld er sich aufhält. Bei Präsentationen auf Plattformen in sozialen Medien kann man davon ausgehen, dass – aufgrund der mittlerweile allgemein gekannten Tatsache, dass diese Botschaften in der Regel kommerziell intendiert sind – von einer werblich motivierten Äusserung auszugehen ist, womit die Kontextbezogenheit für die Erkennbarkeit gegeben ist.^[112] Ausnahmen bilden die rein privaten Meinungsäusserungen^[113]; sie sind dementsprechend auch nicht zu kennzeichnen, da sie keine kommerzielle Kommunikation darstellen.

37

Zum **Geltungsbereich des Trennungsgebots** ist anzumerken, dass es seinem Zweckgedanken nach und insb. hinsichtlich der Kennzeichnungspflicht grundsätzlich (nur) dann gilt, wenn sich die Werbung in einem *redaktionellen* Umfeld befindet. Denn das Trennungsgebot dient einerseits dem Schutz der Meinungsbildung^[114] und andererseits in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht der Irreführungsabwehr^[115]. Eine weitergehende Geltung ist weder geregelt noch postuliert.

38

Erfolgt die Präsentation also beispielsweise auf einer Plattform wie Instagram, besteht nach der hier vertretenen Ansicht keine Notwendigkeit einer formalen Abgrenzung im Sinne einer Kennzeichnung gegenüber redaktionellen Inhalten, da ein nicht unwesentlicher Teil dieser Beiträge (“Inhalte”) nicht als redaktioneller Beitrag qualifiziert werden kann und sie zudem einen vorwiegend kommerziellen Charakter haben; abgesehen davon ist dies dem überwiegenden Teil der Nutzer bewusst.^[116] Soweit eine Abgrenzung zu rein privaten Äusserungen notwendig wäre, stellt sich diese Frage nicht unter dem Trennungsgebot; sie ist vielmehr alleine nach dem Kriterium der *Erkennbarkeit* zu beurteilen.

Aus diesen Gründen folgt, dass im Lauterkeitsrecht dem Gebot der Erkennbarkeit (von Werbung) prioritäre Bedeutung zukommt und man von einem **Vorrang des Erkennbarkeits-Gebots** gegenüber der Kennzeichnungspflicht sprechen kann. Dieses Gebot ist nach dem allgemeinen Gebots-Grundsatz der Klarheit bzw. dem Verbotsgrundsatz der Irreführung und Täuschung zu beurteilen.^[117] Damit genügt es, solche Äusserungen (wie Auftritte von Influencern) im Bereich des Lauterkeitsrechts einzig unter dem Aspekt der Schleichwerbung zu beurteilen.

4. Schleichwerbung

Unter **Schleichwerbung** versteht man eine nicht als erkennbare Werbung kommunizierte kommerzielle Aussage zu Produkten (Waren und Dienstleistungen) in redaktionellen Beiträgen.^[118] Vom Begriff her geht es um eine nicht transparente Platzierung von Werbung, diese Leistung (der Platzierung) wird damit "erschlichen".^[119] Die lauterkeitsrechtliche Grundlagen finden sich in Art. 2 UWG^[120] und im SLK-GS B.15.5, die medienrechtlichen Grundlagen in Art. 10 Abs. 3 RTVG und Art. 11 Abs. 2 RTVV. Im Grundsatz geht es darum, dass bei Fehlen einer Kennzeichnung und vor allem der Nicht-Erkennbarkeit der Werbebotschaft die notwendige Transparenz fehlt und somit eine Täuschung über den Charakter dieser (kommerziellen) Kommunikationsform bewirkt werden kann^[121], indem von einer vermeintlich redaktionellen Kommunikation ausgegangen wird. Wie oben gesehen, wird hier allerdings vom Vorrang des Erkennbarkeits-Gebotes ausgegangen, womit die Frage einer möglichen Täuschung primär mittels dieses Kriteriums zu beantworten ist. Ist ein Influencer-Marketing nicht als solches erkennbar, wäre es als Schleichwerbung und damit unlauter zu qualifizieren, soweit der Auftritt als Ganzes nicht ohnehin als Werbung (Werbebotschaft) verstanden wird.

Unter welchen Voraussetzungen das gilt, wird nachfolgend untersucht.

5. Influencer-Marketing als Werbebotschaft

41

Dabei gilt vorab zu prüfen, ob Influencer-Marketing vom Geltungsbereich des UWG erfasst wird: Wie oben beschrieben, stellen die Art und der Zweck der Präsentationen eines Influencers^[122] ein marktrelevantes Verhalten dar. Die **geschäftliche Handlung** – im Sinne des Geschäftsgebarens gemäss Art. 2 UWG^[123] – zeigt sich bereits darin, dass der Influencer die kommerzielle Vermarktung des eigenen Images zum Geschäftsmodell macht, das darauf ausgerichtet ist, die Aufmerksamkeit und die Resonanz bei Konsumenten (Nutzern) und Unternehmen zu erzielen.^[124] Der Influencer ist diesbezüglich Marktteilnehmer i.S.v. Art. 1 UWG als «Beteiligter»^[125]; jedenfalls ist sein Verhalten als «Handlung eines Dritten»^[126] zu qualifizieren. Damit steht fest, dass die Handlungen des Influencers grundsätzlich als marktrelevantes Verhalten^[127] bzw. wirtschaftliche Wettbewerbshandlung^[128] gelten.

42

Der **kommerzielle Zweck**^[129] und damit das Vorliegen von **Werbung** ist dann gegeben, wenn Influencer insb. für einen Auftraggeber Empfehlungen etc. abgeben. Als *Indizien* für den *Werbecharakter* werden genannt^[130]: reklamehafte Sprache, positive Hervorhebungen, Kaufappelle; Übernahme von Kennzeichen eines Unternehmens, Verlinkung zum Unternehmen^[131]; Preisempfehlungen.

43

Typischerweise verbindet Influencer-Marketing persönliche,

selbst kreierte Inhalte mit kommerziell orientierten Empfehlungen.^[132] Zum anderen ist mit dem Begriff *Influencer Marketing* bereits die kommerzielle Intention enthalten. Wie oben beschrieben^[133], ist Influencer-Marketing eine Werbebotschaft, die erkennbar auch so auftritt. Das bedeutet nach der hier vertretenen Meinung konsequenterweise, dass Influencer-Marketing aufgrund der Art und Weise des Auftritts als Werbeformat *erscheint* und der kommerzielle Zweck damit erkennbar ist. Der Tatbestand der Schleichwerbung wird nicht erfüllt. Diesbezüglich liegt kein lauterkeitsrechtliches Fehlverhalten vor. Hingegen können andere UWG-Tatbestände in Frage kommen, was sogleich dargelegt wird.

44

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass **private Empfehlungen** keine Werbung darstellen, wenn sie ohne Auftraggeber oder sonstige Gegenleistung (z.B. Entgelt) erfolgen und keinen eigenen kommerziellen Zweck^[134] zum Gegenstand haben. Das ist beispielsweise dann der Fall, wenn im Bericht ausschliesslich über das Privatleben des Influencers berichtet wird und dabei keine Bezüge zu Produkten und Unternehmen gemacht werden.^[135] Dennoch können solche Empfehlungen als wettbewerbsrechtliche Handlung lauterkeitsrechtlichen Bestimmungen unterliegen^[136], beispielsweise dann, wenn die Empfehlung eine unzulässige Tatsachenbehauptung enthält, sei es gegenüber dem Produkt oder dem Unternehmen, sei es hinsichtlich der Aussagen über sich selbst in der Empfehlung.

6. Einzeltatbestände

45

Wie oben festgehalten, ist der Influencer Marktteilnehmer i.S.v. Art. 1 UWG (vgl. Ziff. I.5 oben). Sein Verhalten kann somit eine lauterkeitsrechtliche Relevanz zur Folge haben. Nebst dem Tatbestand der Schleichwerbung in Fällen der

Abgrenzungsproblematik zwischen privatem und kommerziellem Inhalt kann das Handeln eines Influencers auch von Spezialtatbeständen gemäss Art. 3 Abs. 1 UWG erfasst werden. Dies wird nachfolgend anhand einiger ausgewählter Bestimmungen untersucht.

46

Chronologisch gesehen kommt als erstes der Tatbestand der **herabsetzenden Äusserung (Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG)** in Frage. Eine Herabsetzung erfolgt gegenüber Marktteilnehmern oder ihren Produkten durch falsche, irreführende oder verletzende Äusserungen.^[137] Die diskriminierende Handlung – auch Anschwärzung genannt – geschieht unter den Wettbewerbsteilnehmern, bezieht sich direkt auf diese bzw. deren Produkte und ist damit geschäftsschädigend^[138]. Die qualifizierenden Eigenschaften der Äusserung sind Unrichtigkeit, Irreführung und («unnötige») Verletzung. Dieser Tatbestand kann beim Influencing beispielsweise vorliegen bei einer herabsetzenden Äusserung gegenüber anderen Influencer, deren Empfehlungen oder gegenüber Konkurrenzprodukten und -unternehmen.

47

Der Tatbestand der **unrichtigen Angaben über sich (Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG)**^[139] kann selbstredend auch bei einer Empfehlung eines Influencer erfüllt werden, indem beispielsweise der Werbeauftraggeber nicht deklariert wird.^[140] Weit häufiger liegt indessen der Tatbestand der unrichtigen Angabe über die tatsächlich existierenden Followers (bzw. Abonnenten) vor: Bekanntlich ist eine nicht unwesentliche Anzahl der angegebenen “Anhänger” sog. «*Fake Follower*» (Bots^[141]). Gemäss einer Studie sind das durchschnittlich rund ein Drittel, in vielen Fällen jedoch deutlich mehr; beispielsweise liegt die Zahl bei der Influencerin Sylwina zwischen 39–45%.^[142] Selbst wenn bei dieser Erhebung keine genauen Angaben gemacht werden

konnten, ist aufgrund anderer Erhebungen bekannt, dass ein beachtlicher Teil der angegebenen Followers gar nicht existent ist.^[143] Es geht hier also um vorgetäuschte (vermeintliche) Followers. Dementsprechend findet sich auch keine Kennzeichnung der Herkunft, weil von einem falschen Account (Fake-Account^[144]) ausgehandelt wird. Die Verantwortung liegt hinsichtlich der Herkunft des Bots (auch) beim Betreiber. Jene für die Angabe der Anzahl beim Follower selbst.

48

Abgesehen von Falschangaben zur Anzahl von (gekauften) Followern und der Verwendung von Bots bestehen *weitere Manipulationshandlungen* hinsichtlich der sog. Engagement Rate^[145], nämlich beispielsweise in Form von gekauften Likes, und in der Zusammenarbeit von Nutzergruppen (wie WhatsApp-Gruppen). Erkennbar sind solche Verfälschungen durch verschiedene Methoden, beispielsweise in der Analyse der Kommentare, wenn diese nur aus einem Wort bestehen oder gar kein Bezug zum Inhalt des Posts nehmen. Eine andere Auffälligkeit bzw. ein Indiz für eine vorgetäuschte Interaktion ist die Diskrepanz zwischen einer im zeitlichen Verlauf deutlich ansteigenden Anzahl Followers bei gleichzeitig stagnierenden Kommentaren. Ebenfalls verbreitet sind "Gruppenarbeiten", indem man sich in diesen – bewusst dafür geschaffenen – Gruppen gegenseitig Kommentare und Likes pusht.^[146] Die erwähnte Studie hält dabei fest, dass beim Influencing «ein hohes Mass an Manipulation» festzustellen ist.

49

Anzumerken ist der erstaunliche Umstand, dass (die häufig manipulierten) Angaben meist unkommentiert wiedergegeben werden, nebst in den Medien selbst auch in juristischen (inkl. Gerichtsentscheiden) oder Fachbeiträgen, indem die Angaben beispielsweise zur Anzahl Follower ohne Vorbehalte übernommen

werden, obschon das Phänomen der Manipulation inzwischen eigentlich allgemein bekannt ist. Im Vergleich zu traditionellen Medien, die über ihre "Anhänger", nämlich die Leser, genaue Angaben zur Anzahl und Reichweite^[147] im Interesse der Werbewirtschaft liefern müssen, fehlt eine solche Bereitschaft im Bereich der Follower gänzlich, was auch darauf hindeutet, dass die Problematik noch nicht bewusst geworden ist.

50

Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass die Verwendung von Fake-Followern und allg. die Manipulation der Engagement Rate eine direkte lauterkeitsrechtliche Relevanz hat, indem falsche Angaben beispielsweise hinsichtlich der Beliebtheit und Reichweite gemacht werden, womit der Tatbestand von UWG Art. 3 Abs. 1 lit. b erfüllt ist.^[148] Gemäss dem SLK-GS B.16 handelt es sich dabei um einen sog. Klickbetrug (Ad Fraud)^[149], indem beispielsweise eine Anzahl der Followers durch Bots generiert wird.

51

Macht der Influencer bei seiner Empfehlung unzulässige Vergleiche mit Produkten des Auftraggebers und solchen von Drittunternehmen, kann ein **unlauterer Vergleich (Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG** ^[150]) vorliegen. Vergleicht sich der Influencer in unzulässiger Weise mit anderen Influencern, kann der Tatbestand ebenfalls erfüllt werden, soweit eines der zusätzlichen Tatbestandsmerkmale (wie Unrichtigkeit, Irreführung oder Anlehnung) vorliegt.

7. Verantwortlichkeit

52

Als Folge der Verletzung einer der Tatbestände können die Influencer zur **Verantwortung** gezogen werden gemäss den

Ansprüchen von Art. 9, 10 sowie 23 UWG.^[151] Primär sind dabei die Grundsätze zur Störerhaftung anwendbar.^[152] Je nach Konstellation liegt die Verantwortung bei unterschiedlichen Akteuren: Für Richtigkeit und Rechtmässigkeit der Werbeaussage haftet der **Auftraggeber**, somit das Unternehmen.^[153] Die **Vermittler** (Auftragnehmer, Mittler und Influencer) haften gemäss SLK-GS A.4 für ihre Werbung (Werbeangaben). Die **Medien** sind dann verantwortlich, wenn beispielsweise unkorrekte Angaben gemacht werden, eine Kennzeichnung fehlt oder die journalistische Sorgfaltspflicht missachtet wird.^[154]

8. Abgrenzungen

53

In diesem Abschnitt wird aufgezeigt, ob und gegebenenfalls wie die Tätigkeit des Influencers auch andere, herkömmliche Werbeformen betrifft bzw. wie dieser Auftritt dazu abzugrenzen ist. Schliesslich wird hier untersucht, ob die Produkteerwähnungen als Test gelten.

54

Zum einen kommt die **Produkteplatzierung** (neu-deutsch: Product Placement) in Frage. Bei dieser sog. hybriden Werbeform^[155] handelt es sich um die Abbildung bzw. die Nennung von Produkten oder Kennzeichen in redaktionellen Beiträgen gegen eine (finanzielle) Gegenleistung. Diese Leistung liegt in der Bezahlung für die Platzierung (im redaktionellen Umfeld).^[156] Eine Produkteplatzierung ist dann unlauter, wenn sie nicht transparent gemacht wird (Art. 2 UWG, SLK-GS B.15.5) und erfüllt insofern den Tatbestand der Schleichwerbung^[157]. Während das Native Ad eine gewisse Ähnlichkeit zur Produkteplatzierung hat, da es in einem redaktionellen Kontext erscheint, stellt Influencer-Marketing typischerweise keinen redaktionellen Beitrag dar.^[158] Die beim Influencing präsentierten Produkte

sind wohl Produkteerwähnungen, lassen sich jedoch nicht als Produkteplatzierungen im lauterkeitsrechtlich Sinne qualifizieren.

55

Dem **Sponsoring** kommt eine Werbewirkung zu, indem durch die Nennung des Unternehmens (Sponsorennennung) darauf hingewiesen wird, dass das Unternehmen einen (redaktionellen) Beitrag (finanziell) unterstützt.^[159] Die Leistung beim Sponsoring liegt somit in der finanziellen Unterstützung eines (redaktionellen) Beitrags.^[160] Im *medienrechtlichen* Bereich geht es um eine (Mit-)Finanzierung einer konkreten *Sendung* unter gleichzeitiger Förderung des eigenen Erscheinungsbildes.^[161] Das Influencer-Marketing ist wie gesehen keine Sendung und auch kein redaktioneller Beitrag, sondern eine unmittelbar an die Nutzer erfolgende Präsentation eines Produktes und der damit einhergehenden Nennung des Unternehmens. Es ist eine eigenständige Werbeform, die auch nicht in einem redaktionellen Umfeld erscheint.

56

Weiter wäre es möglich, dass die Empfehlung von Produkten durch den Influencer als **Testimonial** in Frage kommt. Ein Testimonial ist eine subjektive Aussage einer meist sehr bekannten Person (Presenter^[162]) über ein Produkt in der Werbung eines Anbieters (vgl. SLK-GS B.7.2^[163]). Demgegenüber stammt beim Influencer-Marketing die Produkteempfehlung vom Influencer direkt und erscheint nicht unter dem "Label" bzw. in der Werbung des Unternehmens.^[164] Das Influencer-Marketing ist daher von Testimonials abzugrenzen.^[165]

57

Schliesslich stellt sich die Frage, ob die mit der Erwähnung des Produktes einhergehenden Beschreibungen und Bewertungen des Influencers einen **Test** darstellen. Als Test wird das

Feststellen von Eigenschaften eines Erzeugnisses oder einer Dienstleistung nach einem vorgeschriebenen Verfahren verstanden (vgl. SLK-GS B.6.1).^[166] Beim Influencing handelt es sich um eine subjektive Meinungsäusserung ohne verfahrensmethodische Bewertung im Sinne der Grundsätze und Kriterien zu Tests (wie die Gebote der Neutralität, Objektivität und Sachlichkeit^[167]), womit kein Test gemäss dieser Definition vorliegt. Soweit aber mit der Produkteempfehlung eine Tatsachenbehauptung verbunden ist, kommen ausserhalb von Testfragen die entsprechenden lauterkeitsrechtlichen Tatbestände des UWG in Frage, beispielsweise die herabsetzende Äusserung gegenüber anderen Marktteilnehmer oder deren Produkte (Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG)^[168].

9. Bestimmungen und Rechtsprechung der Selbstkontrolle

58

Obschon das Werbeformat Influencer-Marketing schon seit Jahren vorkommt und die rechtlichen Herausforderungen nicht erst seit ein, zwei Jahren bekannt sind, kam es hierzulande bisher zu keinen bekannten Gerichtsfällen^[169] – ganz im Gegensatz zu Deutschland^[170]. Immerhin hatte die SLK über die ersten Fälle zu entscheiden, nachdem eine Konsumentenorganisation ihr mehrere “Musterfälle” zur Beurteilung unterbreitet hatte. Drei Fälle können hier kurz beschrieben werden.^[171]

59

Im **Fall «Hunziker»** ging es um die Frage der *Kennzeichnungspflicht* bei einem Post vom 10. Mai 2019 von Michelle Hunziker auf der Plattform Instagram. Darauf sind Fotos von Frau Hunziker (Beschwerdegegnerin) bei einem Musikvideo-Dreh zu sehen. Die SLK führte dazu aus: «Vorliegend

stellt sich vorab die Frage, ob die Nennung der Referenzen wie «@appolloclubmilano» und «@therealtrussardi» kommerzielle Kommunikation darstellt. Wie in einem Abspann eines Spielfilmes ist es auch bei der Produktion von Videos für Social Media-Kanäle üblich, dass diejenigen natürlichen und juristischen Personen verdankt werden, welche an dieser Produktion beteiligt waren (sogenannte «Credits»). Für die Durchschnittsadressaten erkennbar (SLK-GS A.1.3 Ziff. 1.) handelt es sich vorliegend um eine solche Verdankung, in welcher insgesamt 15 Referenzen zu natürlichen oder juristischen Personen aufgeführt sind.» Aus diesen Gründen entfalle eine Kennzeichnungspflicht.^[172]

60

Im **Fall «Federer»** ging es um die Frage der *Kennzeichnungspflicht* bzw. der *Erkennbarkeit*. Die Beschwerdeführerin rügt die fehlende Kennzeichnung als Werbung bei einem Post des Tennisspielers Roger Federer auf der Plattform Instagram. Die SLK stellte bezüglich des Begriffs des redaktionellen Inhalts im Grundsatz fest, dass die Bestimmung von B.15 «trotz der zugegebenermassen zu eingrenzenden Überschrift *Trennung zwischen redaktioneller Information und kommerzieller Kommunikation* jede Kommunikationsform und nicht nur eigentliche redaktionelle Kommunikation» erfasse. Hinsichtlich des Kriteriums der Erkennbarkeit führte die SLK aus, dass «keine allgemeine Kennzeichnungspflicht für kommerzielle Kommunikation zugunsten Dritter [bestehe]. Vielmehr genügt unter Würdigung der konkreten Umstände des Einzelfalles die eindeutige Erkennbarkeit des kommerziellen Charakters der Kommunikation.»^[173] Unter Hinweis auf die aktuelle deutsche Gerichtspraxis wurde erkannt, «dass eine Kennzeichnungspflicht entfällt, wenn sich der kommerzielle Charakter einer Kommunikation bereits aus den Umständen ergibt.»^[174]

61

Zum Adressatenkreis führte die SLK aus, dass «im vorliegenden Fall der Charakter des Publikationsmediums (Instagram) dadurch geprägt ist, dass der Adressatenkreis von Inhalten nicht unbestimmt, sondern sehr konkret messbar und feststellbar ist. Die Adressaten sind (...) die rund sechs Millionen Follower (Abonnenten) des Instagram-Accounts des Beschwerdegegners. (...) Es kann davon ausgegangen werden, dass sich die durchschnittlichen Schweizer Follower des Accounts des Beschwerdegegners für dessen Sportgeschichte und Leben interessieren. (...) Sie sind interessierter am Beschwerdegegner und besser über ihn informiert, als jemand, der kein Follower dieses Accounts ist.» Aus diesen Überlegungen kam die SLK zum Schluss, dass «davon ausgegangen werden darf, dass sich diese Durchschnittsadressaten darüber im Klaren sind, dass für die Präsentation von Marken wie UNIQLO, Rolex, Nike und ATP durch den Beschwerdegegner kommerzielle Hintergründe bestehen, sei es durch Sponsoringvereinbarungen oder durch anderweitige, klar kommerziell geprägte Hintergründe. (...) Die Durchschnittsadressaten sind sich also dessen klar bewusst, dass die beanstandete Präsentation der Marken einen kommerziellen Zweck verfolgt.»^[175]

62

Im Fall «**Tchoumi**» führte die SLK zur Frage des *Durchschnittskonsumenten* aus, dass «der Charakter des Publikationsmediums (Instagram) dadurch geprägt ist, dass der Adressatenkreis nicht unbestimmt, sondern sehr konkret messbar und feststellbar ist. Die Adressaten sind nämlich die rund 1,5 Millionen Follower (Abonnenten) des Instagram-Accounts der Beschwerdegegnerin. Ein Follower bestimmt, welchen Personen oder Unternehmen er folgen will. Es kann davon ausgegangen werden, dass sich die durchschnittlichen Schweizer Follower der Beschwerdegegnerin für deren Karriere und Leben interessieren und sie durch das Folgen des Instagram-Accounts mehr über sie, ihre Karriere und ihr Leben erfahren möchten.

Sie sind interessierter an der Beschwerdegegnerin als Person und besser über sie informiert, als jemand, der kein Follower dieses Accounts ist. Es darf davon ausgegangen werden, dass sich diese Durchschnittsadressaten klar bewusst sind, dass die Beschwerdegegnerin ihre Dienste als professionelle Influencerin anbietet.» Daraus folgert die SLK, dass den «Durchschnittsadressaten ihres Instagram-Accounts bewusst ist, dass die Präsentationen von Produkten, Marken oder Dienstleistungen kommerzielle Hintergründe haben, sei es aufgrund von Kooperationen mit einzelnen Unternehmen oder aufgrund anderweitiger, klar kommerziell geprägter Hintergründe.»^[176]

63

Die beiden neuen Entscheide entsprechen der bisherigen Rechtsprechung der SLK betr. der hinreichenden Voraussetzung der Erkennbarkeit. So wurde bereits im Fall «Schlossgold» festgehalten, dass der Werbecharakter eines TV-Spots für ein alkoholfreies Bier aufgrund des Gesamteindrucks klar erkennbar gewesen, weshalb keine zusätzliche Kennzeichnung notwendig sei.^[177]

III. Fazit

64

Das Influencer-Marketing ist eine inzwischen etablierte Werbeform. Sie weist sich gegenüber dem (allgemeinen) Influencing durch die werbliche Zweckverfolgung aus. Dieses Geschäftsmodell verfolgt gleichzeitig zwei Konzepte: Einerseits in der Produkteempfehlung gegenüber den sog. Followern, andererseits in der eigenen Vermarktung. Der Auftritt von Influencern ist damit eine geschäftliche Tätigkeit und ihr kommerzieller Zweck meist hinreichend erkennbar. Abgrenzungsfragen stellen sich bei rein privaten Meinungsäusserungen; darin unterscheiden sie sich jedoch nicht von anderen Arten von Blogs.

Daraus ergeben sich einige lauterkeitsrechtlich relevante Schlussfolgerungen: Zum einen die Frage, ob und inwieweit der Trennungsgrundsatz anwendbar ist, da und soweit beim Influencing kaum mehr von einem redaktionellen Umfeld ausgegangen werden kann. Die Abgrenzung in einen redaktionellen und kommerziellen Beitrag ist bei dieser Werbeform nicht angezeigt. Vielmehr ist grundsätzlich das lauterkeitsrechtliche Gebot der Erkennbarkeit anzuwenden; eine Kennzeichnungspflicht wäre einzig dann notwendig, wenn keine Indizien für den kommerziellen Charakter vorliegen, was jedoch die klare Ausnahme ist. Dabei ist auf den massgebenden Durchschnittskonsumenten abzustellen; dieser ist bei Plattformen in den sozialen Medien bekannt, nämlich grundsätzlich die (realen) Followers. Diese gehen gemäss aktuellen Erhebungen bereits davon aus, dass mit dieser Art von Influencing ein kommerzieller Zweck verfolgt wird. Die Erkennbarkeit kann damit – nach der hier vertretenen Meinung – i.d.R. vorausgesetzt werden. Folgt man diesen Studien, ist Influencer-Marketing somit nicht nur *erkennbar*, es wird inzwischen sogar als Werbung *wahrgenommen*. Dass aufgrund dieses Umstandes die Glaubwürdigkeit eines Influencers beeinträchtigt werden kann, ist mittlerweile allen Akteuren bewusst.

Nebst dem Aspekt des Verhältnisses zwischen dem Konsumenten und dem Influencer bei einer möglichen Täuschung über den kommerziellen Charakter einer Äusserung stellen sich für die Influencer weitere Herausforderungen: Ihr Verhalten kann aufgrund ihrer geschäftlichen Handlung mit kommerziellem Zweck andere Sondertatbestände von Art. 3 Abs. 1 UWG erfüllen. Die wohl weitreichendste, aber bisher erstaunlicherweise kaum sanktionierte Handlung liegt in der fast regelmässig unrichtigen Angabe über die Anzahl der Followers, obschon das Phänomen der sog. Fake-Followers in der Branche bekannt ist.

Solche und ähnliche Manipulationstechniken erfüllen den Tatbestand von Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG.

67

Als relativ neue Form von Werbung ist das Influencer-Marketing gegenüber anderen, bisherigen Werbeformen abzugrenzen. Aufgrund der unterschiedlichen Kriterien ist das Influencer-Marketing wie dargelegt beispielsweise weder eine Produkteplatzierung noch ein Testimonial.

68

In der Schweiz sind bislang keine Gerichtsurteile dazu bekannt. Dafür hat die SLK bereits einige Entscheide gefällt und vertritt die Ansicht, dass beim Influencer-Marketing die Erkennbarkeit als Werbung das entscheidende Kriterium ist. Dem ist zuzustimmen.

Fussnoten:

1. Der Beitrag ist eine Bearbeitung der Referate «hashtag Schleichwerbung: Wie das Lauterkeitsrecht diese Werbeformen erfasst» bzw. «Influencing – vom Lauterkeitsrecht keineswegs unbeeinflusst»; diese wurden anlässlich der Tagungen «hashtag ad»: Neue Werbeformen und ihre Glaubwürdigkeit, Zürich 2018, bzw. «Influencer-Marketing: Zwischen Authentizität und Manipulation», Zürich 2019, gehalten.

Dieser Beitrag wurde erstmals im Jusletter vom 16.12.2019 publiziert und wird hier mit freundlicher Genehmigung des Verlags wiedergegeben. Der 2. Teil von Bühlmann/Meier ist noch nicht erschienen. [↑](#)

2. Statista, Influencer Marketing, 2017, 8 (siehe <https://de.statista.com/statistik/studie/id/45106/dokume>

[nt/influencer-marketing/](#) – nun durch die Ausgabe 2019 ersetzt – vgl. bei Fn. xstatista). [↑](#)

3. Zu diesem Begriff vgl. Peter Forstmoser/Hans-Ueli Vogt, Einführung in das Recht, 5. Auflage, Bern 2012, S. 306. [↑](#)
4. Siehe dazu die Ziff. II.9. [↑](#)
5. Auf diesen und die vor allem in Deutschland erschienenen Beiträge wird an den gegebenen Stellen eingegangen. [↑](#)
6. Zur Abgrenzung s. sogleich. [↑](#)
7. Womit diese Werbeform zum bereits vor dem Internetzeitalter bekannten *Empfehlungs-Marketing* zu zählen ist (vgl. Frank Deges, Influencer Marketing, Wiesbaden 2018, S. V). Zur Problematik der unrichtigen Angaben siehe Ziff. II.6. [↑](#)
8. Für diese Erscheinung gibt es unterschiedliche Bezeichnungen; in diesem Beitrag wird anstelle (vom neudeutschen) “*Social Media*” oder von (sozialen) *Netzwerken* durchgängig von *sozialen Medien* gesprochen. [↑](#)
9. Ueli Gleich, Influencer-Kommunikation in sozialen Netzwerken, Media Perspektiven 2019, S. 253–260, S. 253 [↑](#)
10. Vgl. auch Claudia Keller, Werberecht, in: Oliver Staffelbach/Claudia Keller, Social Media und Recht für Unternehmen, Zürich 2015, Rz. 4.71. [↑](#)
11. Vgl. dazu Ziff. I.3. [↑](#)
12. Andreas Fahr/Marina Bell, Wirkung innovativer Onlinewerbung, in: Gabriele Siegert/Werner Wirth/Patrick Weber/Julinae Lischka, Handbuch Werbeforschung, Wiesbaden 2016, S. 335. [↑](#)
13. Vgl. Marlis Jahnke, Ist Influencer-Marketing wirklich neu?, in: Marlis Jahnke (Hg.), Influencer-Marketing, Wiesbaden 2018, S. 9 f. [↑](#)
14. Gleich, Influencer- Kommunikation (Fn. 9), unter Hinweis auf die Publikation von Jan-Frederik Gräve, Exploring the perception of influencers vs. traditional celebrities, New York 2017, S. 1–5. Teils wird auch die Bezeichnung *Multiplikator* verwendet, soweit diese Person

eine hohe Bekanntheit erreicht (vgl. Franziska von Lewinski, Menschen vertrauen Menschen – Influencer in der B2B-Kommunikation, in: Marlies Jahnke, Influencer-Marketing, Wiesbaden 2018, S. 88; Günter Schweiger/Gertrud Schrattenecker, Werbung, 9. Auflage, Konstanz 2017, S. 51); zum Ganzen siehe auch Deges (Fn. 7), S. 25. [↑](#)

15. Vgl. dazu die Ausführungen in Ziff. II.7 nachfolgend. [↑](#)
16. Fahr/Bell (Fn. 12), S. 336 (m.w.H. auf die Werbeforschung); wobei anzumerken ist, dass auch andere Formen der Zusammenarbeit bestehen, häufig ein Auftrags- oder Werkvertragsverhältnis (vgl. dazu Bühlmann/Meier, Kap. VI). [↑](#)
17. Vgl. dazu sogleich unter Ziff. I.3. [↑](#)
18. Zur Problematik der Manipulation mittels Fake-Followers vgl. die Ausführungen in Ziff. II.6. [↑](#)
19. Siehe dazu Ziff. II.5. [↑](#)
20. Vgl. dazu SLKE v. 25. August 2018 [«video sponsorisée»], E.4, sic! 2018, S. 432; ferner Keller (Fn. 10), Rz. 4.56) [↑](#)
21. Vgl. z.B. die Umschreibung dieses Werbeformates in SLK-GS B.15.8; ferner auch Keller (Fn. 10) Rz. 4.55 f. (– Wikipedia zitierend). [↑](#)
22. Vgl. z.B. Hans-Jürgen Ahrens, Influencer-Marketing – Regulierungsrahmen und Konsequenzen seiner Anwendung (Teil 1), GRUR 2018, S. 1211–18. [↑](#)
23. In diesem Beitrag wird der Oberbegriff (Marketing-) *Format* verwendet; er gilt unabhängig von einer kommerziell oder rein persönlich motivierten Botschaft. Entsprechend wird nachfolgend davon ausgegangen, dass Influencing ein *Werbeformat* darstellt, jedenfalls ist dieses *Influencer-Marketing* die HAUPTerscheinungsform (vgl. dazu auch Florian Lichtnecker, Neues aus dem Social Media-Marketing, MMR 2018, S. 512–517, S. 515); in gewissen Einzelfällen kann der kommerzielle Zweck allerdings tatsächlich fehlen. – Demgegenüber verwenden Hanhart/Schmid etwas untechnisch die Bezeichnung

Werbekanal (Sandra Hanhart/Alain Schmid, Das Trennungs- und Kennzeichnungsgebot bei Beiträgen in sozialen Medien, sic! 2019, S. 353–362, S. 354). [↑](#)

24. Vgl. Gabriele Siegert/Dieter Brecheis, Werbung in der Medien- und Informationsgesellschaft, 3. Auflage., Berlin 2017, S. 270. [↑](#)
25. Vgl. Sabine Lettmann, Schleichwerbung durch Influencer-Marketing, GRUR 2018, S. 1206–11, S. 1207. [↑](#)
26. Siehe Ziff. II.3 unten. [↑](#)
27. Jedenfalls solange, als es in der Schweiz aktuell keine Bestimmung gibt, wonach das Internet – wie die traditionellen Medien – einer medienrechtlichen Vorschrift unterliegt. [↑](#)
28. Vgl. dazu Klaus Beck, Kommunikationswissenschaft, 5. Auflage, Konstanz 2017, S. 148; Christoph Bieber, Verantwortung, in: Jessica Heesen (Hg.), Handbuch Medien- und Informationsethik, Stuttgart 2016, S. 77. Das Tatbestandsmerkmal *redaktioneller Inhalt* der Nr.11 des Anhangs zu § 3 des dt. UWG («als Information getarnte Werbung») wird ähnlich umschrieben wie eben dargelegt: «Berichterstattung und Auseinandersetzung über Themen von allgemeinem Interesse durch eine unabhängige und neutrale Redaktion als Beitrag zur Unterrichtung und Meinungsbildung» (Helmut Köhler/Joachim Bornkamm/Jörn Feddersen, UWG, 36. Auflage, München 2018, UWG Anh. zu § 3 Nr.11, N. 11.2). [↑](#)
29. Beispielsweise ist Instagram ein (werbefinanzierter) Online-Dienst zum Teilen von (audio-)visuellen Dateien (Fotos, Videos); die dazugehörenden Kommentare oder sonstigen, teils als Inhalte bezeichnete Beiträge sind i.d.R. keine redaktionellen bzw. journalistischen Texte. [↑](#)
30. Vgl. dazu Köhler/ Bornkamm/ Feddersen (Fn. 28), UWG Anh. zu § 3 Nr.11, N. 11.2. [↑](#)

31. A.A. Monika Sekara, Welche weiteren rechtlichen Aspekte gibt es im Influencer-Marketing?, in: Marlis Jahnke (Hg.), Influencer-Marketing, Wiesbaden 2018, S. 184; danach können «Influencer-Berichte redaktionell gestaltet» sein, wenn eine regelmässige Inhaltsauswahl getroffen und die Beitragsformate (wie Text und Videos) selbst bearbeitet werden, doch seien nicht alle redaktionelle Beiträge auch journalistisch (S. 196 f.).
[↑](#)
32. So Sekara (Fn. 31), S. 198 (m.w.H.) – Hervorhebung durch den Autor dieses Beitrags. [↑](#)
33. Dazu Beck (Fn. 28), S. 149. [↑](#)
34. Vgl. dazu Ziff. II.3. [↑](#)
35. Vgl. insb. Ziff. II.3 sowie Ziff. I.6. [↑](#)
36. SLKE v. 11. September 2019 [«Federer »], E.11, sic! 2019, S. 716; KG (Berlin), U. v. 8. Januar 2019, [«Vreni Frost II»], GRUR 2019, S. 543, [Rz. 25 und 30]. [↑](#)
37. KG (Berlin), Urteil v. 8. Januar 2019, [«Vreni Frost II»], GRUR 2019, S. 543 [Rz. 24]. [↑](#)
38. Siehe dazu gleich nachstehend Ziff. I.5.
Zur Frage des Schutzes von kommerzieller Kommunikation im Lichte der Meinungsäusserungsfreiheit vgl. Mischa Senn, kommerzielle Äusserungen im Schutze der Meinungsäusserungsfreiheit, sic! 1999, S. 111–116 (m.w.H.) – Die grundrechtlichen Aspekte werden in diesem Beitrag aus Platzgründen nicht behandelt. [↑](#)
39. BGE 117 IV 193 [«Bernina»], vgl. dazu Reto M. Hilty, in: Reto M. Hilty/Reto Arpagaus (Hg.), Basler Kommentar UWG, Basel 2013, Art. 2 N. 27 ff. (nachfolgend nur mit *BSK-UWG* zitiert). [↑](#)
40. Siehe dazu dazu Bühlmann/Meier, Kap. V. [↑](#)
41. Vgl. dazu ausführlich dazu Bühlmann/Meier, Kap. V. [↑](#)
42. Stellungnahme des Presserates v. 18.8.2000 (zitiert in Hanhart/Schmid etwas untechnisch die Bezeichnung *Werbekanal* (Fn. 23), S. 360. [↑](#)
43. Gl. M. Hanhart/Schmid (Fn. 23), S. 360 f. [↑](#)

44. Vgl. Karl-Nikolaus Peifer, Influencer-Marketing – Rechtlicher Rahmen und Regulierungsbedürfnis, Präsentation an der GRUR-Jahrestagung 2018, S. 3. [↑](#)
45. Vgl. dazu Ziff. II.4. [↑](#)
46. Sven Schonhofen/Friderike Detmering, Die rechtlichen Voraussetzungen des Influencer-Marketings und ihre Umsetzung in der Praxis, WRP 2018, S. 1171–77, Rz. 4. [↑](#)
47. Deges (Fn.7), V. [↑](#)
48. Dieses kann sich – je nach Bekanntheit bzw. Anzahl Follower (vgl. dazu Ziff. II.5) – zwischen einigen hundert bis Zehntausenden von Franken *pro Werbebeitrag* handeln (Dominik Feldges, Die Ansprüche des Influencers steigen, NZZ v. 20.8.2019, S. 1). [↑](#)
49. Vgl. Schonhofen/ Detmering (Fn. 46), Rz. 30. [↑](#)
50. Zutreffend Hanhart/ Schmid (Fn. 23), S. 357 (m.w.H.); vgl. ferner Jahnke (Fn. 13), S. 6. [↑](#)
51. Den gleichen Begriff verwendet Sekara (Fn. 31), S. 208. [↑](#)
52. Lettmann (Fn. 25), S. 1209. [↑](#)
53. Vgl. LG München I, Urteil v. 29. April 2019, [«Cathy Hummels»], MMR 2019, S. 544, Rz. 39. [↑](#)
54. Teils sind sie auch im Anstellungsverhältnis beschäftigt (vgl. zum Ganzen dazu Bühlmann/Meier, Kap. VI). [↑](#)
55. Vgl. Feldges (Fn. 48), S. 1. [↑](#)
56. Lettmann (Fn. 25), S. 1209. [↑](#)
57. Vgl. Hanhart/Schmid (Fn. 23), S. 354. [↑](#)
58. Vgl. Constantin Willems, Influencer als Unternehmer, MMR 2018, S. 707–711, S. 708 (m.w.H.); LG Berlin, Urteil v. 24. Mai 2018 [«Vreni Frost»], MMR 2018, S. 543, S. 544 [Rz. 22]. [↑](#)
59. Die Anzahl von Followers/Abonnenten wird als *Reichweite* bezeichnet (vgl. Deges [Fn. 7], S. 66). Zur Problematik der unrichtigen Angaben siehe Ziff. II.5. [↑](#)
60. Die Authentizität gilt als der am häufigsten genannt Grund für das Vertrauen der Nutzer gegenüber dem

Influencer (Ueli Gleich, Influencer-Marketing, Media Perspektiven 2018, S. 451–60, S. 452 (m.w.H.)

Vgl. dazu auch Simon Ingold, Die jüngere Generation wird den Fake-News den Garaus machen, NZZ v. 23. Juli 2019, S. 29. – Die Frage der Authentizität ist allerdings nicht zwingend ein Ausdruck von vorbildlichem Verhalten, wenn dieses zwar «in sich konsistent», gleichzeitig aber auch «erratisch» ist (Ingold). [↑](#)

61. Diese beiden Kennzeichnungen werden teils gleichgesetzt (vgl. u.a. Deges [Fn. 7], S. 19). [↑](#)
62. D.h. eine für den Rezipienten (Follower) vermeintlich bestehende Kommunikationssituation (vgl. dazu Claudia Wegener, Parasoziale Interaktion, in: Uwe Sander u.a. [Hg.], Handbuch Medienpädagogik, Wiesbaden 2019 (E-Book), S. 294; s. auch Deges [Fn.7], S. 20). [↑](#)
63. Vgl. Gleich, Influencer-Marketing (Fn. 60), S. 252. [↑](#)
64. Vgl. Lichtnecker (Fn. 23), S. 516; Christina-Maria Leeb/Marc Maisch, Social-Media-Stars und -Sternchen im rechtsfreien Raum?, ZUM 2019, S. 29–40, S. 30. [↑](#)
65. Vgl. Deges (Fn.7), S. 18. [↑](#)
66. Vgl. dazu Felix Simon, Die Politik der digitalen Intimität, NZZ v. 25. Oktober 2019, S. 40, [↑](#)
67. Die Zeit v. 22. März 2018, S. 17; gemäss der Influencer-Marketing-Studie von Statista (2018) meinen nur (noch) 10%, dass die Influencer authentisch seien (vgl. <https://de.statista.com/statistik/studie/id/45106/dokument/influencer-marketing/> , S. 20, abgerufen am 2.11.2019). [↑](#)
68. Vgl. Gleich, Influencer-Marketing (Fn. 60), S. 253 (m.w.H.). [↑](#)
69. Zum lauterkeitsrechtlichen Aspekt von Manipulationen der sog. Engagement Rate siehe Ziff. II.6 unten; zur Studie siehe Fn.85. [↑](#)
70. Gleich, Influencer (Fn. 60), S. 253 (unter Hinweis auf die Studie von Marta Rebelo, The state of influencer marketing 2017). [↑](#)

71. Zum Nutzerverständnis siehe Ziff. I.5 gleich nachfolgend. [↑](#)
72. Siehe dazu Influencer Marketing Benchmark Report 2019, S. 9 (InfluencerDB, 2019 [keine Ortsangabe]). [↑](#)
73. Dazu Marlis Prinzing, Werbung im Digitalen zwischen Like und NoGo, Präsentation anlässlich der Tagung «hashtag ad»: Neue Werbeformen und ihre Glaubwürdigkeit, Zürich 2018, Zentrum für Kulturrecht (ZKR), Folie 12 (m.w.H.). [↑](#)
74. Vgl. Lettmann (Fn. 25), S. 1210, wobei der Kaufeffekt dank Influencing deutlich höher ist als bei den konventionellen Werbeformen (vgl. dazu Prinzing, [Fn. 73], Folie 12. [↑](#)
75. Zu den rechtlichen Aspekten siehe Ziff. II.3 unten [↑](#)
76. Ueli Gleich, Werbung in sozialen Netzwerken, Media Perspektiven 2019, S. 24–30, S. 27 (unter Hinweis auf Eva van Reijmersdal u.a., Effects of disclosing sponsored content, 2016). [↑](#)
77. Vgl. Gleich, Influencer-Marketing (Fn. 60), S. 254 (unter Hinweis auf Yuri Seo u.a., Narrative transportation of social media in viral advertising). [↑](#)
78. Baerns/Lamm, Erkennbarkeit und Beachtung redaktionell gestalteter Anzeigen, MediaPerspektiven 3/87, S. 149, 156. [↑](#)
79. Gleich, Werbung (Fn. 76) 27, unter Hinweis auf Hilde Voorfeld u.a., Engagement with social media and social media advertisim. [↑](#)
80. Im Einzelnen Mischa Senn, Die Rechtsfigur des Durchschnittsrezipienten, KUR 2013, S. 17–22, S. 17 (m.w.H.). [↑](#)
81. Zum Ganzen Mischa Senn, Neuer Grundsatz zum Geltungs- und Anwendungsbericht [der SLK-Grundsätze], sic! 2008, S. 590–593, S. 592 (m.w.H.). [↑](#)
82. Prägnant kann man diesen auch als *durchschnittlich intelligenten Konsumenten* bezeichnen, da die drei Attribute (informiert, aufmerksam, verständig) darin enthalten sind (vgl. Senn, Rechtsfigur [Fn. 80], S. 19

[m.w.H.]). [↑](#)

83. Senn, Grundsatz (Fn. 81), S. 591 (m.w.H.). Vgl. dazu Entscheide der SLK [= SLKE] v. 25. März 2003, sic! 2003, S. 659, E. 4.b [«Ticino-Turismo»]; SLKE v. 9. Januar 2002, sic! 2003, S. 393, E. 3, [«Bester Empfang»], m.w.H.); unterschiedlich die Rechtsprechung des BGer, vgl. z.B. einerseits Urteil vom 15. März 2007 [4P.321/2006], sic! 2007, S. 840, E. 3 [«Supercard»], andererseits BGE 132 II 240 E.4.3.4; 128 III 441 E.1; eindeutiger BGH, Urteil v. 19. April 2007, GRUR 2007, S. 981, E. II.2b [150% Zinsbonus].

In diesem Zusammenhang ist die Feststellung des LG München bemerkenswert, wonach bei Instagram-Accounts mit rund einer halben Million Follower «jedem noch so uninformierten Betrachter des Accounts klar sein muss, dass es sich hierbei nicht um wirkliche Freunde (...) handeln kann (...), sondern dass kommerzielle Zwecke dahinter stehen.» LG München I, Urteil v. 29. April 2019 [«Cathy Hummels»], MMR 2019, S. 544, Rz. 44. [↑](#)

84. Eine rechtlich fundierte Analyse zu diesen Fragenkomplexen besteht jedoch auch im Werberecht nicht (siehe Mischa Senn, Rechtsfigur [Fn. 80] S. 18 f.). [↑](#)
85. Statista, Influencer Marketing, 2019, S. 28 (siehe <https://de.statista.com/statistik/studie/id/45106/dokument/influencer-marketing/> – letztmals abgefragt a. 30.7.2019) sowie Studie Bitcom Research 2017, zitiert bei Deges (Fn.7), S. 18. [↑](#)
86. LG München I, Urteil v. 29. April 2019 [«Cathy Hummels»], MMR 2019, S. 544, Rz.46. Das KG (Berlin), geht sogar soweit, dass es «vom wohl ohnehin konsuminteressierten Follower» ausgeht (Urteil v. 8. Januar 2019, [«Vreni Frost II»], GRUR 2019, S. 543, [Rz. 90])). [↑](#)
87. Vgl. dazu Senn, Rechtsfigur (Fn. 80), S. 22 (m.w.H.). [↑](#)
88. Vgl. dazu die Ausführungen bei Ziff. I.2 oben. [↑](#)
89. So auch das LG München I, Urteil v. 29. April 2019,

[«Cathy Hummels»], MMR 2019, S. 544, Rz.49, sowie die SLKE «Federer» und «Tchoumi» (s. dazu Ziff. II.8 unten). Zur Erkennbarkeit siehe die Ausführungen in Ziff. II.3 unten. [↑](#)

90. KG (Berlin), Urteil v. 8. Januar 2019, [«Vreni Frost II»], GRUR 2019, 543, [Rz. 91]. [↑](#)
91. Vgl. die Übersicht bei Mischa Senn, Werberecht, in: Ueli Grüter/Martin Schneider/Mischa Senn, Kommunikationsrecht.ch, 2. Auflage, Zürich 2012, 111 f. (m.w.H.); siehe auch SLKE v. 25. März 2003 [«Ticino-Tourismo»], E.4.a, sic! 2003, S. 659 (m.z.H.) [↑](#)
92. Vgl. dazu BSK-UWG (Fn. 39), Art. 2 N. 3 ff.; zum Verhältnis der Generalklausel und den Spezialtatbeständen nach UWG Art. 3 Abs. 2 vgl. BGE 133 III 431 E.4.1 (m.w.H.); dazu siehe Senn, Geltungs- und Anwendungsbereich (Fn. 81), S. 590. [↑](#)
93. Vgl. Senn, Werberecht, (Fn. 91), S. 112, m.w.H.; Günter Bentele, Leitwerte der Medien- und Informationsethik, Wahrheit, in: Jessica Heesen (Hg.), Handbuch Medien- und Informationsethik, Stuttgart 2016, S. 65. [↑](#)
94. = Grundsatz (GS) der Schweizerischen Lauterkeitskommission (SLK). [↑](#)
95. So auch Lucas David/Mark A. Reutter, CH-Werberecht, 3. Auflage., Zürich 2015, ((zu welchem Art.??)) N. 359; ferner Peter Jung/Philippe Spitz (Hg.), SHK-UWG, 2. Auflage., Bern 2016, Art. 2 N. 43 (nachfolgend generell nur mit *SHK-UWG* zitiert). [↑](#)
96. Zum methodischen Vorgehen bei Sachverhalten mit lauterkeitsrechtlicher Relevanz siehe die gute Darstellung in BGE 133 III 431 (insb. E. 4.1); dazu und zu den Anwendungsregeln der SLK, Senn, Geltungs- und Anwendungsbereich (Fn. 81), S. 590 (m.w.H.). [↑](#)
97. Zum Begriff und zur Abgrenzung von redaktionellen und kommerzieller Kommunikation Ziff. I.3 oben. [↑](#)
98. Siehe in RTVG 9.1 und RTVV 12.1 – vgl. dazu im Einzelnen Bühlmann/Meier, Kap. IV. [↑](#)
99. Vgl. hierzu auch Hanhart/Schmid (Fn. 23), S. 359

(m.w.H.). [↑](#)

100. Vgl. zum Ganzen ausführlich Carl Baudenbacher, Lauterkeitsrecht, Basel 2001, Art. 2 N. 71; ferner Jung (Fn. 95), Art. 2 N. 41 [↑](#)
101. Dazu siehe sogleich die Ausführungen an Ende dieses Abschnittes. [↑](#)
102. Vgl. SLKE v. 9. Januar 2002 [«Bester Empfang»], sic! 2002, S. 393. [↑](#)
103. SLKE v. 25. August 2018 [«video sponsorisée»], E.4, sic! 2018, S. 432 [↑](#)
104. Vgl. Empfehlung IAB, Ziff. 6; siehe auch SLK-GS B.15.9. [↑](#)
105. SLKE v. 9. Januar 2002 [«Bester Empfang»], E.5.b, sic! 2002, S. 393. [↑](#)
106. SLKE v. 9. Januar 2002 [«Bester Empfang»], E.5.b, sic! 2002, S. 393. [↑](#)
107. Vgl. hierzu die Kriterien bei Anwendungsregeln gemäss SLK-GS A.1.3; dazu im Einzelnen Senn, Geltungs- und Anwendungsbereich (Fn. 81), S. 590. [↑](#)
108. So kann es genügen, dass eine Botschaft «z.B. gekennzeichnet» wird (Lichtnecker [Fn. 23], S. 516 – kursive Hervorhebung durch die Autoren des vorliegenden Beitrags); Jung ist ebenfalls der Ansicht, dass eine ausdrückliche Kennzeichnung nur «ggf.» vorliegen müsse (Jung [Fn. 95], 2 N. 42). [↑](#)
109. Im dt. UWG gilt die Einschränkung, dass auf eine Kennzeichnung verzichtet werden kann, sofern sich der kommerzielle Zweck «aus den Umständen ergibt» (Art. 5a Abs.6 UWG), vgl. dazu Köhler/Bornkamm/Feddersen [Fn. 28], 5a N.7.25, sowie Leeb/Maisch (Fn. 64), S. 34; siehe dazu LG München I, Urteil v. 29. April 2019, [«Cathy Hummels»], MMR 2019, S. 544.

Selbst in *medienrechtlichen Bestimmungen* gilt der Grundsatz der Erkennbarkeit; diese wird durch das zusätzliche Erfordernis der (Ab-)Trennung zum redaktionellen Teil erreicht (RTVG 9.1); zum medienrechtlichen Trennungsgebot vgl. BVGer, Urteil v.

21. August 2009, E.3.4 [«Computerspiel»], sic! 2010, S. 261.

Vgl. im Einzelnen die Ausführungen dazu Bühlmann/Meier, Kap. IV. [↑](#)

110. Gleicher Ansicht David/ Reutter (Fn. 95), Rz. 296, die nur «Im Zweifelsfall» für eine zusätzliche Kennzeichnung plädieren; SLKE v. 9. Januar 2002 [«Bester Empfang»], E.5.a, sic! 2002, S. 393. – Im SLK-GS B.15 wird grundsätzlich (nur) eine Erkennbarkeit und Trennung verlangt (Abs. 1), erst bei PR-Botschaften wird eine Bezeichnung (= Kennzeichnung) verlangt (Abs. 9). Gemäss Oberlandgericht [OLG] Celle genügt die Erkennbarkeit, sofern sich der Werbecharakter «auf den ersten Blick und ohne jeden Zweifel» ergibt (Urteil v. 8. Juni 2017, GRUR 2017, S. 1158 [Rn.15]; vgl. dazu Lichtnecker [Fn. 23], S. 516, Fn.36); auch für das LG München genügt die Erkennbarkeit (Urteil v. 29. April 2019, [«Cathy Hummels»], MMR 2019, S. 544, Rz. 43); a.A. das OLG Frankfurt, B. v. 24. Oktober 2019 (6 W 68/19) [«Influencer-Tag»]. [↑](#)
111. Vgl. dazu die Ausführungen bei Ziff. I.6 oben. [↑](#)
112. Vgl. die Ausführungen bei Ziff. I.5 oben. [↑](#)
113. Siehe die Ausführungen bei Ziff. I.2 oben. [↑](#)
114. Vgl. auch Peter Nobel/Rolf H. Weber, Medienrecht, 3. Auflage, Bern 2007, S. 437 f. [↑](#)
115. Hans-Jürgen Ahrens, Redaktionelle Werbung, GRUR 1995, S. 307–18, S. 308. [↑](#)
116. Vgl. dazu die Ausführungen in Ziff. I.2. [↑](#)
117. Siehe die Ausführungen bei Ziff. II.2. [↑](#)
118. Schwenninger/Senn/Thalmann, Werberecht, 2. Auflage, Zürich 2010, S. 152. [↑](#)
119. Teils wird auch von *unterschwelliger* Werbung gesprochen (vgl. z.B. Lucas David, SIWR I/3, Lexikon, Basel 2005, S. 286, m.w.H.). [↑](#)
120. Vgl. dazu SHK-UWG (Fn. 95), Art. 2 N. 43; Baudenbacher

(Fn. 100), Art. 2 N 71 sowie die Ausführungen dazu bei Bühlmann/Meier, Kap. IV. [↑](#)

121. Dazu Beck (Fn. 28), S. 157. [↑](#)

122. Siehe die Ausführungen bei Ziff. I.2. [↑](#)

123. Vgl. dazu SHK-UWG (Fn. 95), Art. 2 N. 13 ff.; Baudenbacher (Fn. 100), Art. 2 N. 22, [↑](#)

124. Vgl. auch KG (Berlin), Urteil v. 8. Januar 2019, [«Vreni Frost II»], GRUR 2019, S. 543, [Rz. 22]. [↑](#)

125. Vgl. Baudenbacher (Fn. 100), Art. 1 N. 45; Lichtnecker (Fn. 23), S. 516. [↑](#)

126. Vgl. Jürg Müller, in: SIWR V/1, Basel 1998, 2. Auflage 29; BSK-UWG (Fn. 39), Art. 1 N. 105. [↑](#)

127. So auch OLG Frankfurt, Urteil v. 28. Juni 2019 (6 W 35/19), [«Aquasacaper»], sowie LG München I, Urteil v. 29. April 2019, [«Cathy Hummels»], MMR 2019, S. 544, Rz. 37 [↑](#)

128. Vgl. BGE 120 II 78 [»Mikrowellenherd«]; Eugen Marbach/Patrik Ducrey/Gregor Wild, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 4. Auflage, Bern 2017, Rz. 1126. [↑](#)

129. Siehe schon die Ausführungen bei Ziff. I.2. [↑](#)

130. Siehe Martin Gerecke, Kennzeichnung von werblichen Beiträgen im Online-Marketing, GRUR 2018, S. 153, S. 157; Hanhart/Schmid (Fn. 23), S. 361 (ohne Hinweis auf Quellen). [↑](#)

131. Vgl. OLG Braunschweig, Beschluss. v. 8. Januar 2019, Rz. 11, MMR 2019, 467, wonach die Verlinkung als geschäftliche Handlung gilt. [↑](#)

132. So ähnlich auch Hanhart/Schmid (Fn. 23), S. 354; deutlich das LG München I: «Als Influencerin erzielt sie Einkünfte damit, dass sie Produkte vermarktet ...» (Urteil v. 29. April 2019, [«Cathy Hummels»], MMR 2019, S. 544, Rz. 39).

Gemäss OLG Frankfurt sei das Konzept des Influencer-Marketings, «dass Influencer nicht als Werbefiguren erscheinen, sondern als Privatpersonen.» (OLG Frankfurt, Beschluss v. 24. Oktober 2019 [6 W 68/19, [«Influencer-Tag»]]). Das mag zwar zutreffen, Influencer-Marketing ist

aber mittlerweile als Werbeform bekannt und wird entsprechend von Followern als solche wahrgenommen (vgl. dazu die Ausführungen bei Ziff. I.6 oben). [↑](#)

133. Vgl. dazu die Ausführungen bei Ziff. I.3. [↑](#)
134. Sven Schonhofen/Friderike Detmering (Fn. 46) Rz. 4. [↑](#)
135. Vgl. OLG Frankfurt, Beschluss v. 24. Oktober 2019 (6 W 68/19), [«Influencer-Tag»]. [↑](#)
136. Wie eingangs dieses Abschnittes beschrieben. [↑](#)
137. Vgl. (u.a.) Andreas Blattmann, in: Reto Heizmann/Leander D. Loacker (Hg.), UWG Kommentar, Zürich 2018, Art. 3 Abs. 1 lit. a N. 43 ff. (nachfolgend generell mit *ZHK-UWG* zitiert); BSK-UWG (Fn. 39), Art. 3 Abs. 1 lit. a N. 27 ff.; Baudenbacher (Fn. 100), Art. 3 lit. a N. 7 ff.; BGE 122 IV 33 E.2.c; 124 IV 162 E.3. [↑](#)
138. Vgl. dazu Marc Schwenninger, in: Geiser/Krauskopf/Münch, Wettbewerbsrecht, Basel 2005, Rz. 5.54. [↑](#)
139. Vgl. u.a. BSK-UWG (Fn. 39), Art. 3 Abs. 1 lit. b N. 49 ff.; Baudenbacher (Fn. 100), Art. 3 Abs. 1 lit. b N. 46 ff. [↑](#)
140. Zutreffend Hanhart/Schmid (Fn. 23), 358; BSK-UWG (Fn. 39), Art. 3 Abs. 1 lit. b N. 49 ff. [↑](#)
141. (*Social*) *Bots* bzw. *Chatbots* (Roboter) sind Computerprogramme für eine automatisierte Kommunikation; es wird damit ein dem Menschen ähnliches Verhalten simuliert; eine Interaktion findet meist nicht statt. [↑](#)
142. SRF-Data-Studie v. 11. Oktober 2017; vgl. <https://www.srf.ch/news/schweiz/fake-followers-viel-scheinheilig-in-in-der-influencer-welt> (letztmals abgerufen am 28. Juli 2019); vgl. dazu auch Lucie Machac, Scheinheiliges Instragram, TA v. 20.7.2019. [↑](#)
143. Gemäss einer Umfrage bei Influencern gaben rund 21% an, Follower zu kaufen und Bots einzusetzen; dabei wird davon ausgegangen, dass «die Dunkelziffer um einiges höher» liege (siehe Jahnke [Fn. 13], 10), womit man wohl in den Bereich der Anzahl aus den anderen Studien gelangt (vgl. vorangehende Fn.). [↑](#)

144. Vgl. dazu auch Leeb/Maisch (Fn. 64), S. 38. [↑](#)
145. Vgl. Jahnke (Fn. 13), Glossar. [↑](#)
146. Vgl. z.B. die Studie von Deep Data Analytics: <https://deep-data-analytics.com/case-studies/fake-influencer/> (abgerufen am 27. Oktober 2019); Kerry Stieger/Tanja Herrmann, Fake Follower und Manipulation, <https://www.webstages.ch/single-post/Fake-Follower-und-Manipulation>, 9. Juli 2019. [↑](#)
147. Vgl. Leeb/Maisch (Fn. 64), S. 38. [↑](#)
148. Siehe dazu auch SLKE v. 11.5.2016 [«Mediadaten»], sic! 2017, S. 41. [↑](#)
149. Diese dt. Bezeichnung ist etwas unglücklich, denn es geht um falsche Angaben (und nicht um den Akt des “Klickens”) [↑](#)
150. Vgl. u.a. David/ Reutter (Fn. 95), N. 681 ff.; ZHK-UWG (Fn. 137), Art. 3 Abs. 1. lit. e, N. 9 ff. [↑](#)
151. Vgl. Hanhart/Schmid (Fn.23), S. 358. [↑](#)
152. SHK-UWG (Fn. 95), Art. 3 Abs. 1 lit. b N. 55. [↑](#)
153. Vgl. SLK- GS A.4 und A.5; siehe dazu SLKE v. 20. Januar 2000 [«Schlossgold »], E.3, sic! 2000, 154; zur Möglichkeit der Beweislastumkehr bei Tatsachenbehauptungen vgl. Art. 13a UWG (vgl. dazu ZHK-UWG [Fn. 137], Art. 13a N. 15 ff.). [↑](#)
154. BGE 117 IV 193 [«Bernina»]. [↑](#)
155. Heinz Bonfadelli/Otfried Jarren/ Gabriele Siegert (Hg.), Einführung in die Publizistikwissenschaft, 3. Auflage, Bern 2010, S. 478. [↑](#)
156. Vgl. Oliver Castendyk, Neuregelung der Produkteplatzierung, ZUM 2010, S. 29–38, S. 31. [↑](#)
157. Vgl. Senn, Werberecht (Fn. 91), S. 109; BVGer, Urteil v. 24. Oktober 2011, E.6.5.1 [«Gesundheit Sprechstunde»]. – Zur Schleichwerbung siehe die Ausführungen bei Ziff. I.4 oben. [↑](#)
158. Hierbei kann auf die Ausführungen bei Ziff. I.2 oben verwiesen werden. [↑](#)
159. Vgl. Senn, Werberecht (Fn. 91), S. 109 (m.w.H.); Nobel/ Weber, (Fn. 114), S. 444. [↑](#)

160. Vgl. Castendyk (Fn. 157), S. 31; vgl. weiter die Werbe- und Sponsoringrichtlinien des BAKOM (2019), S. 4. [↑](#)
161. Vgl. die Legaldefinition von RTVG 2.0; dazu Nobel/Weber (Fn. 114), S. 444; siehe auch die Ausführungen bei dazu Bühlmann/Meier, Kap. IV. [↑](#)
162. So auch Deges (Fn.7), S. 25. [↑](#)
163. Vgl. dazu SLKE v. 7. November 2012 [«Beste Hotelfachschulen»], E.9, sic! 2013, 190; HGer SG, Urteil v. 16. November 2017 [«Staubsauger IV»], sic! 2019, S. 29; vgl. auch Keller (Fn. 10), Rz. 4.66. [↑](#)
164. Vgl. auch Simon Schlauri, Werbung über «Influencer», Jusletter IT, 21.9.2017, S. 2. [↑](#)
165. So auch Deges (Fn. 7), S. 25. [↑](#)
166. Dazu Andreas Gersbach/Mischa Senn, Neuer Grundsatz über das Testwesen, sic! 2001, S. 274–278 (m.w.H.); ferner ZHK-UWG (Fn. 137), Art. 3 Abs. 1. lit. e N. 96 (ohne Hinweise auf die Definition). [↑](#)
167. Vgl. den SLK-GS B.6.2; die Ausführungsbestimmungen zu diesem Grundsatz finden sich in den *Richtlinien für Tests* der SLK, siehe https://www.faire-werbung.ch/wordpress/wp-content/uploads/2013/12/richtlinie_tests_de.pdf. Im Einzelnen dazu Gersbach/ Senn (Fn. 167), S. 275 f. [↑](#)
168. Siehe dazu die Ausführungen bei Ziff. II.6. [↑](#)
169. Siehe auch Hanhart/Schmid (Fn. 23), S. 353. [↑](#)
170. Die bisherigen Leitentscheide werden hier nicht nochmals wiedergegeben, da sie in diesem Beitrag an gegebenen Stellen erwähnt werden. [↑](#)
171. Da die Stiftung für Konsumentenschutz als Beschwerdeführerin bereits mit Einreichen der Beschwerden und unmittelbar nach Eröffnung der Entscheide an die Medien gelangte, können die Parteien auch hier genannt werden. Die Fälle und die Entscheide fanden in den Medien grosses Echo – wohl vor allem deshalb, weil erstmalig in der Schweiz das lauterkeitsrechtliche Verhalten von Influencern beurteilt wurde. [↑](#)

172. SLKE v. 19. Juni 2019 [«Hunziker»], E.5 und 6, sic! 2019, S. 581. [↑](#)
173. SLKE v. 11. September 2019 [«Federer»], E.11, sic! 2019, 716. [↑](#)
174. SLKE v. 11. September 2019 [«Federer»], E.12, sic! 2019, 716. [↑](#)
175. SLKE v. 11. September 2019 [«Federer»], E.14, sic! 2019, 716. [↑](#)
176. SLKE v. 11. September 2019 [«Tchoumi»], E.6, sic! 2019, 720. [↑](#)
177. SLKE v. 20. Januar 2000 [«Schlossgold»], E.3, sic! 2000, S. 154 [↑](#)