

Branchenspezifischer Sachverhalt: Social Media Marketing

I. Einleitung

Soziale Medien wie Facebook, Twitter, YouTube oder Instagram revolutionieren die externe Unternehmenskommunikation. Fast neun von zehn Internetnutzern sind in sozialen Netzwerken aktiv,¹ und informieren sich dort über Produkte und Dienstleistungen. In der Folge ist die wirtschaftliche Bedeutung des Social Media Marketing, also Werbemaßnahmen, die im Social Web initiiert werden,² erheblich angestiegen. Unternehmensprofile in sozialen Medien haben sich zu unverzichtbaren Marketingkanälen entwickelt und dienen neben der Bekanntheitssteigerung auch der Verbesserung des Images und der Kundenbindung.³ Die vergleichsweise unkomplizierte Verwendung sozialer Medien darf allerdings nicht zu der Annahme führen, dass es sich bei den sozialen Medien um einen rechtsfreien Raum handelt. Zwar existiert in den Rechtsordnungen von Deutschland, Österreich und der Schweiz kein eigenständiges Social Media-Recht.⁴ Allerdings sind im Zusammenhang mit Marketing- und Vertriebsmaßnahmen insbesondere Vorschriften aus dem Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht sowie dem Datenschutz zu beachten. Neben der Community selbst entspringenden Reaktionen (etwa in Form sog. „Shit-Storms“) auf zumindest zweifelhafte Praktiken von Unternehmen im Rahmen ihres Social Media-Marketing, kann die Missachtung rechtlicher Vorgaben insbesondere in Abmahnungen, Schadensersatzforderungen und Bussgeldern (hierzu Kapitel „Daten mit Personenbezug“, Weißbuch S. 36) resultieren. Der folgende Beitrag betrachtet die aus Unternehmenssicht relevanten Schwerpunkte.

II. Rechtsfragen

1.1 Verbot irreführender Werbebotschaften

Die Zulässigkeit einer Werbeaussage bestimmt sich in Deutschland, Österreich und der Schweiz anhand des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), das zum Ziel hat, einen lautereren und unverfälschten Wettbewerb zu gewährleisten.⁵ Es gilt der Grundsatz der Werbewahrheit (“truth in advertising”), der es werbetreibenden Unternehmen untersagt,

¹ Vgl. *Remmert*, MMR 2018, 507.

² *Ulbricht*, Social Media und Recht, 3. Aufl. 2016, S. 97.

³ Siehe hierzu die Studienergebnisse von *Siwek* aus dem Jahr 2014, welche die Anwendungsfelder sozialer Medien in deutschen Unternehmen auflistet. *Siwek*, BVDW-Studie: Social Media in Unternehmen,

https://www.bvdw.org/fileadmin/bvdw/upload/publikationen/social_media/studie_social_media_in_unternehmen_ergebnisband_gesamt.pdf, zuletzt besucht am 06.11.2019.

⁴ *Bühlmann Rechtsanwälte AG*, Social Media und Recht, S. 5.

⁵ Vgl. § 1 des österreichischen UWG bzw. Art. 1 des schweizerischen UWG.

unwahre Werbeaussagen zu tätigen, die dazu geeignet sind, den Verbraucher zu täuschen.⁶ Als Richtschnur für die Zulässigkeit einer Werbeaussage ist stets das Verständnis eines durchschnittlich informierten Nutzers des sozialen Mediums heranzuziehen (z.B. Facebook- oder Instagram-Nutzer).⁷

Um aus der allgemeinen Informationsflut in den sozialen Medien herauszustechen und die Aufmerksamkeit der Nutzer zu gewinnen, formulieren Unternehmen kurze und prägnante Werbebotschaften, die mitunter durch Superlative (z.B. "bester Kundenservice", "größtes Angebot") aufgewertet werden. Kurze und prägnante Aussagen können einen Durchschnittsnutzer täuschen und somit unzulässig sein, etwa wenn sie im Rahmen einer Produktankündigung aufgrund ihrer Kürze nicht sämtliche wesentliche Eigenschaften des Produktes auführen.⁸ Darüber hinaus kann die Verwendung von Superlativen unzulässig sein, wenn die entsprechende Aussage unzutreffend bzw. nicht belegt werden kann.⁹ Werbetreibenden Unternehmen ist zu empfehlen, Beiträge zu Produktankündigungen mit einem eindeutig bezeichneten Link zu versehen, der dem Nutzer alle weiteren Eigenschaften abrufbar macht. Ferner sollte die Verwendung von Superlativen zurückhaltend erfolgen und nach Möglichkeit durch ideenreiche Werbemaßnahmen ersetzt werden.

1.2 Länderabweichungen AT, CH

Eine scharfe Grenze zur Zulässigkeit von Werbemaßnahmen lässt sich mit Blick auf die unterschiedlichen Rechtsordnungen nicht ziehen, da insbesondere die schweizerische Gerichtspraxis dem Durchschnittsnutzer eine höhere Wahrnehmungsfähigkeit unterstellt, als dies etwa die deutschen Gerichte tun.¹⁰

2.1 Schleichwerbung

In Deutschland gilt das Verbot der Schleichwerbung, wonach der kommerzielle Zweck einer geschäftlichen Handlung stets kenntlich zu machen ist, sofern sich dieser nicht bereits aus den Umständen ergibt (sog. Kennzeichnungspflicht).¹¹ Folglich muss der Durchschnittsnutzer des jeweiligen sozialen Mediums den kommerziellen Zweck einer Botschaft zweifelsfrei erkennen können.¹² Während für Botschaften auf dem

⁶ Vgl. *Bühlmann Rechtsanwälte AG*, Social Media und Recht, S. 17.

⁷ Vgl. *Ulbricht*, Social Media und Recht, 4. Aufl. 2018, S. 199.

⁸ Vgl. *Bühlmann Rechtsanwälte AG*, Social Media und Recht, S. 18.

⁹ Vgl. *Bühlmann Rechtsanwälte AG*, Social Media und Recht, S. 18.

¹⁰ Vgl. *Bühlmann Rechtsanwälte AG*, Social Media und Recht, S. 18.

¹¹ Vgl. § 5a Abs. 6 UWG.

¹² Vgl. *Ulbricht*, Social Media und Recht, 3. Aufl. 2018, S. 199.

unternehmenseigenen Social Media-Auftritt keine Kennzeichnungspflicht gelten dürfte, da der Durchschnittsnutzer dort von einem Inhalt mit Werbecharakter ausgehen kann,¹³ stellt die Kennzeichnungspflicht insbesondere im Zusammenhang mit dem sog. Influencer-Marketing ein nicht unerhebliches rechtliches Risiko dar, da sich dort private und kommerzielle Inhalte vermischen können. Bei dieser Werbeform, die sich aufgrund des veränderten Mediennutzungsverhaltens der Bevölkerung zu einer der wichtigsten Werbeformen für Unternehmen entwickelt hat,¹⁴ machen sich Unternehmen die Reichweite und das Image von Prominenten (z.B. Schauspieler, Sportler oder YouTuber) zunutze und bewegen diese vertraglich oder wirtschaftlich zu einer Produktempfehlung. Hierbei handelt es sich um bezahlte Werbung, die ohne ordnungsgemäße Kennzeichnung als Schleichwerbung gilt und verboten ist.¹⁵ Kommt der Influencer dieser Pflicht nicht hinreichend nach, drohen sowohl dem Influencer als auch dem dahinterstehenden Unternehmen Klagen auf Unterlassen und Schadensersatz sowie unter bestimmten Umständen Geldbußen.¹⁶ Die Einhaltung der entsprechenden Kennzeichnungsregeln liegt somit auch im Interesse des beauftragenden Unternehmens. Zur Vermeidung rechtlicher Risiken ist Unternehmen daher zu empfehlen, einen Werbevertrag mit den Influencern zu vereinbaren, der u.a. über die entsprechenden Kennzeichnungspflichten aufklärt und deren Einhaltung einfordert.¹⁷ Der kommerzielle Charakter von Social Media-Beiträgen sollte durch die Angabe "Werbung" oder "Anzeige" Ausdruck verliehen werden.¹⁸ Wurde eine Werbeagentur zur Vermittlung eines Influencers beauftragt, so sollte vertraglich festgehalten werden, dass die Agentur für die Einhaltung der vorgenannten Pflichten beim Influencer Sorge trägt.

2.2 Länderabweichungen AT,CH

Auch in Österreich und der Schweiz gilt das Verbot der Schleichwerbung samt entsprechender Pflicht zur Kennzeichnung des kommerziellen Charakters einer

¹³ Vgl. *Bühlmann Rechtsanwälte AG*, Social Media und Recht, S. 18.

¹⁴ Vgl. *Leeb/Maisch*, ZUM 2019, 29.

¹⁵ Vgl. *Ulbricht*, Social Media und Recht, 4. Aufl. 2018, S. 195.

¹⁶ Siehe hierzu das Urteil des OLG Celle (Az. 13 U 53/17), das die deutsche Drogeriemarktkette Rossmann wegen eines nicht ausreichend gekennzeichneten Instagram-Postings eines von Rossmann bezahlten Influencers zur Unterlassung verurteilte und ein Ordnungsgeld von 250.000 € androhte, sollte Rossmann das eigene Influencer-Marketing zukünftig nicht ordnungsgemäß kennzeichnen.

¹⁷ Für weitere zu berücksichtigende Aspekte siehe *Ulbricht*, Social Media und Recht, 4. Aufl. 2018, S. 202.

¹⁸ Siehe hierzu die Empfehlungen der *Landesmedienanstalten*, abrufbar unter: https://www.die-medienanstalten.de/fileadmin/user_upload/Rechtsgrundlagen/Richtlinien_Leitfaeden/Leitfaden_Medienanstalten_Werbekennzeichnung_Social_Media.pdf, zuletzt besucht am 06.11.2019.

geschäftlichen Handlung.¹⁹ Das Vorgenannte gilt daher ebenfalls in diese beiden Rechtsordnungen.²⁰

3.1 Verwendung eigener und fremder Inhalte

Die Einbindung von Inhalten auf dem eigenen Social Media-Auftritt stellt eines der Kernelemente des Social Media Marketings dar und soll zu regelmäßigen Besuchen der Nutzer führen. Allerdings kann diese Handlung leicht fremde Urheberrechte verletzen. Während die Einbindung von Inhalten, die durch Mitarbeiter des eigenen Unternehmens erstellt wurden, in den meisten Fällen unproblematisch ist,²¹ finden sich rechtliche Fallstricke bei der Verwendung fremder, urheberrechtlich geschützter Inhalte.

Im Grundsatz gilt, dass vor einer Verwendung fremder, urheberrechtlich geschützter Texte, Bilder, Audio- oder Videoinhalte, die Zustimmung des Rechteinhabers einzuholen ist (sog. Zustimmungserfordernis).²² Im Social Media Marketing erfolgt die Verwendung fremder Inhalte im Wesentlichen durch das Setzen eines Links oder durch das Nutzen der "Teilen-Funktion", die von nahezu allen sozialen Medien angeboten wird. Für diese beiden Handlungen bedarf das werbetreibende Unternehmen unter bestimmten Voraussetzungen keiner ausdrücklichen Zustimmung des Urhebers. Dies ist der Fall, wenn ein Link auf einen fremden Inhalt gesetzt und dadurch keinem neuen Publikum zugänglich gemacht wird.²³ Ferner dürfen Unternehmen fremde Texte, Fotos oder Videos teilen, die von öffentlichen Profilen desselben sozialen Mediums stammen, sofern der geteilte Inhalt durch die Weiterleitung nicht in einen neuen Kontext gesetzt wird.²⁴ Fraglich ist allerdings, ob das werbetreibende Unternehmen für die Einbindung von Inhalten haftet, die ursprünglich urheberrechtswidrig in das Internet gestellt wurden. Die Rechtspraxis unterscheidet zwischen einer Haftung beim Linksetzen und einer Haftung beim Teilen. So haftet das den Link setzende Unternehmen gegenüber dem Rechteinhaber, wenn es eine Gewinnerzielungsabsicht besitzt und die Rechtswidrigkeit der Veröffentlichung des Werkes

¹⁹ Für Österreich siehe etwa Ziffer 11 in Anlage 1 zum UWG; In der Schweiz existiert keine spezifische Vorschrift, stattdessen leitet sich das Verbot aus dem Transparenzgebot und den Grundsätzen zur Lauterkeit in der kommerziellen Kommunikation ab.

²⁰ Siehe u.a. für Österreich *Stadler Völkel Rechtsanwälte GmbH*, Influencer Marketing, o.D., URL: <https://www.svlaw.at/influencer-marketing>; Für die Schweiz *Siegenthaler*, Werbekennzeichnungspflicht – eine Gratwanderung für Influencer und Unternehmen, 04.12.2017, URL: <https://blog.hslu.ch/diginect/2017/12/04/werbekennzeichnungspflicht-eine-gratwanderung-fuer-influencer-und-unternehmen/>, beide Quellen zuletzt besucht am 21.11.2019.

²¹ Im Zusammenhang mit der Veröffentlichung von Fotos oder Videos, die Personen abbilden, ist allerdings das sog. Recht am eigenen Bild zu beachten. Siehe hierzu *Ulbricht*, Social Media und Recht, 4. Aufl. 2018, S. 27 f.

²² Vgl. *Ulbricht*, Social Media und Recht, 4. Aufl. 2018, S. 30.

²³ Vgl. *Remmert*, MMR 2018, 507 (509).

²⁴ Vgl. *Bühlmann Rechtsanwälte AG*, Social Media und Recht, S. 23 f.

kannte. Von einer Gewinnerzielungsabsicht ist auszugehen, wenn mit der Linksetzung “eine[] gewisse[] Verbindung zum erwarteten Gewinn”²⁵ angenommen wird. Sodann hat der Link-Setzende seine Unkenntnis bezüglich der Rechtswidrigkeit darzulegen.²⁶ Die Haftung beim Teilen bestimmt sich danach, ob das den Inhalt teilende Unternehmen sich diesen “zu eigen macht”. Ein solches Zu-Eigen-Machen kann bereits vorliegen, wenn der Weiterleitende sich mit dem geteilten Inhalt identifiziert, etwa durch einen positiven Kommentar.²⁷ Kein Zu-Eigen-Machen stellt demgegenüber das reine Teilen fremder Inhalte dar, da dies als bloßer Hinweis auf einen anderen Beitrag verstanden wird.²⁸ Zur Vermeidung einer etwaigen Inanspruchnahme durch den Rechteinhaber sollte vor einer Verwendung fremder Inhalte der Urheber um Erlaubnis gefragt werden.

3.2 Länderabweichungen AT, CH

Die Zulässigkeit der Übernahme eigener und fremder Inhalte gestaltet sich in Österreich und der Schweiz entsprechend der Darstellung des deutschen Rechts. Zum Teil bestehen Unterschiede hinsichtlich der Haftung des werbetreibenden Unternehmens. Da die rechtlichen Grenzen bezüglich der Haftung beim Linksetzen maßgeblich durch den Europäischen Gerichtshof präzisiert wurden,²⁹ gilt das Dargestellte entsprechend für die österreichische Rechtsordnung. Einschlägige Urteile Schweizer Gerichte fehlen bisweilen, weswegen Rechtsunsicherheit besteht.³⁰ In Bezug auf die Haftung beim Teilen rechtsverletzender Inhalte lässt sich das Dargestellte nur bedingt auf die Rechtsordnungen der Schweiz und Österreich übertragen.³¹ So sieht etwa das Schweizer Recht eine deutlich strengere Unternehmenshaftung vor.³²

4. Weitere rechtliche Aspekte

Neben dem bereits Genannten, gibt es zahlreiche weitere rechtliche Aspekte, die werbetreibende Unternehmen im Social Web zu berücksichtigen haben. Zu nennen ist etwa die Frage, wie mit negativen Beiträgen von Nutzern auf dem unternehmenseigenen Social Media-Auftritt umgegangen werden soll. Obgleich ein rechtliches Vorgehen sowohl gegen

²⁵ *Lichtnecker*, MMR 2018, 512 (513).

²⁶ Vgl. *Remmert*, MMR 2018, 507 (509).

²⁷ Vgl. *Remmert*, MMR 2018, 507 (509).

²⁸ Vgl. *Remmert*, MMR 2018, 507 (509).

²⁹ Siehe hierzu u.a. *EuGH* MMR 2014, 260 m. Anm. Dietrich – Nils Svensson u.a./Retriever Sverige AB.; *EuGH* MMR 2017, 95 – GS Media.

³⁰ Vgl. *Handle*, Gefahren beim Setzen von Links, 21.12.2018, URL: <https://www.nzz.ch/schweiz/gefahren-beim-setzen-von-links-id.1446899>, zuletzt besucht am 21.11.2019.

³¹ Die Darstellung beruht geht auf nationale Entscheidungen deutscher Gerichte zurück, so z.B. *OLG Dresden* MMR 2017, 542 bzw. zuvor schon *OLG Frankfurt/M.* MMR 2016, 489.

³² Vgl. *Bühlmann Rechtsanwälte AG*, Social Media und Recht, S. 25.

den Äußernden als auch gegen den Plattformbetreiber bei reinen Beleidigungen (z.B. "Nur Idioten in dieser Firma!") denkbar scheint,³³ sollten Unternehmen stets die Dynamik des Social Web berücksichtigen: So kann das Ergreifen rechtlicher Maßnahmen zu negativer Publizität führen (sog. Streisand-Effekt).³⁴ Stattdessen empfiehlt sich eine umfassende Kommunikationsstrategie, die rechtliche Maßnahmen nach Augenmaß vorsieht und unter Umständen fremde Beiträge nur nach Freischaltung zulässt. In diesem Zusammenhang ist auf die rechtliche Relevanz von Emoticons hinzuweisen, die "gleichsam zu übersetzen sind und [...] dem jeweiligen Wort entsprechen."³⁵ Eine wachsende rechtliche Bedeutung erfahren darüber hinaus „Hashtags“, also jene charakteristischen Begriffe bzw. Sätze, die durch eine Raute eingeleitet werden und der besseren Auffindbarkeit der Beiträge in den sozialen Medien dienen. Die Verwendung von Hashtags kann zu marken- oder wettbewerbsrechtliche Konsequenzen führen, wenn diese den Nutzer durch unwahre Angaben in die Irre führen (z.B. durch die Verwendung von #madeingermany, obwohl das Produkt im Ausland gefertigt wurde) oder ein geschützter Hashtag zur Bewerbung eines eigenen Produkts genutzt wird.³⁶ Auch datenschutzrechtliche Aspekte können eine Rolle spielen, etwa wenn im Zusammenhang mit einer Markt- und Wettbewerbsanalyse nutzergenerierte Inhalte beobachtet und analysiert werden (sog. Social Media Monitoring).³⁷

III. Fazit

Plattformbetreiber erweitern den Funktionsumfang sozialer Netzwerke,³⁸ schränken diesen ein,³⁹ oder schaffen neue Netzwerke. Werbetreibende Unternehmen lassen sich daher immer wieder neue Maßnahmen einfallen, um mit dem Nutzer auf möglichst kreative Art in Kontakt zu treten. Die vorgenannte Darstellung hat gezeigt, dass die Bewertung der Zulässigkeit von Werbemaßnahmen im Social Web stets einer individuellen rechtlichen Betrachtung bedarf. Obgleich die juristischen Fragestellungen neuer Spielarten (z.B. Influencer-Marketing, Hashtags) mit den herkömmlichen Prinzipien aus dem Urheber- und

³³ Siehe hierzu *Ulbricht*, Social Media und Recht, 4. Aufl. 2018, S. 25 f.

³⁴ Vgl. *Ulbricht*, Social Media und Recht, 4. Aufl. 2018, S. 25; *Bühlmann Rechtsanwälte AG*, Social Media und Recht, S. 26.

³⁵ *Lichtnecker*, MMR 2018, 512 (514).

³⁶ Vgl. *Lichtnecker*, MMR 2018, 512 (515).

³⁷ Siehe hierzu etwa *Ulbricht*, Social Media und Recht, 4. Aufl. 2018, S. 82 ff.; *Bühlmann Rechtsanwälte AG*, Social Media und Recht, S. 30 f.

³⁸ So bietet z.B. der Kurznachrichtendienst Twitter Unternehmen gegen Entgelt die Möglichkeit einen Hashtag samt Tweet oben in der Übersicht zu platzieren. Siehe hierzu <https://business.twitter.com/de/help/overview/what-are-promoted-trends.html>, zuletzt besucht am 06.11.2019.

³⁹ So wird etwa der WhatsApp-Newsletter zum 07.12.2019 eingestellt. Siehe hierzu <https://onlinemarketing.de/unternehmensnews/aus-fuer-whatsapp-newsletter-am-7-dezember-2019-wie-gehts-jetzt-weiter>, zuletzt besucht am 06.11.2019.

Wettbewerbsrecht beantwortet werden können, verändern sich die Grenzen im Social Media Marketing durch Gesetzesvorhaben⁴⁰ und Gerichtsentscheidungen stetig. Mit Blick auf die geringfügigen Abweichungen der deutschen, österreichischen und schweizerischen Gerichtspraxis, ist werbetreibenden Unternehmen bei der Gestaltung ihrer Social Media-Aktivitäten grundsätzlich die Beachtung des länderübergreifenden Grundsatzes der Werbewahrheit und das etwaige Einholen von Zustimmung der Rechteinhaber zu empfehlen, um gegenüber der Dynamik dieses Sendekanals zu bestehen und rechtliche Auseinandersetzungen zu vermeiden.

⁴⁰ So soll etwa die geplante E-Privacy-Verordnung den Datenschutz im Bereich der elektronischen Kommunikation und damit auch im Bereich sozialer Netzwerke regeln. Aktuelle Informationen zur E-Privacy-Verordnung sind abrufbar unter <https://www.bvdw.org/themen/recht/kommunikationsrecht-eprivacy/>, zuletzt besucht am 06.11.2019.