

Kommunikation & Recht



Betriebs-Berater für

● Medien ● Telekommunikation ● Multimedia

1
K&R

Editorial: E-Books – Was lange währt, wird endlich ...?
Stefan Heinrichshofen

1 Allgemeines Persönlichkeitsrecht: Kein Ende in Sicht
Dr. Marc-Oliver Srocke

7 Europäische Urheberrechtsreform X.0 – Weitere Schritte hin zu
einem modernisierten Urheberrecht
Dr. Nils Rauer und Dr. Diana Ettig

14 „Digitaler Hausfriedensbruch“ – Der Entwurf eines Gesetzes zur
Strafbarkeit der unbefugten Benutzung informationstechnischer
Systeme · *Dr. Ulf Buermeyer und Dr. Sebastian J. Golla*

18 Online-Archive im Lichte der Datenschutz-Grundverordnung
Prof. Dr. Boris P. Paal und Dr. Moritz Hennemann

23 Die „Pflicht zu Erinnern“ als notwendiger Gegenpol eines
„Rechts auf Vergessenwerden“ · *Jens Milker*

29 Influencer Marketing – Neue Stars, alte Pflichten?!
Sebastian Laoutoumai und Anna Dahmen

33 Länderreport Schweiz · *Dr. Ursula Widmer*

35 EuGH: Digitale Vervielfältigung vergriffener Bücher
nur mit Zustimmung des Rechteinhabers

55 OLG Köln: Suchmaschinenbetreiber haftet mangels ausreichenden
Hinweises nicht für angezeigte Treffer
mit Kommentar von *Philip Rau*

71 VwGH: Dashcam-Einsatz in Österreich kann zulässig sein
mit Kommentar von *Prof. Dr. Clemens Thiele*

Beilage

Jahresregister 2016

20. Jahrgang

Januar 2017

Seiten 1 – 72

Personalisierung der Suchfunktion fraglich bleibt, ob das Ranking objektiv überprüft werden kann.⁸⁵ Dennoch lassen sich willkürliche Einzelmaßnahmen feststellen, die das Ranking potentiell beeinflussen können. Der Anspruchsteller trägt dahingehend die Darlegungs- und Beweislast.⁸⁶ Denkbar wäre zumindest eine sekundäre Darlegungslast für den Betreiber der Suchmaschine, da der Webseitenbetreiber außerhalb des suchmaschineninternen Geschehensablaufs steht und den tatsächlichen Sachverhalt nicht ohne weiteres ermitteln kann.⁸⁷ Es obläge damit dem Suchmaschinenbetreiber, auf ein substantiiertes Vorbringen des Anspruchstellers hin darzulegen, dass keine willkürlichen Manipulationen oder Löschungen im Einzelfall vorliegen. Wenn darüber Beweis durch Sachverständigengutachten erhoben wird, könnte ausnahmsweise der Suchalgorithmus als (tatsächliche) Grundlage des Gutachtens, wegen zentraler Bedeutung für das Geschäftsmodell, zum einen für die Gegenseite und zum anderen für die Öffentlichkeit verschlossen bleiben.⁸⁸ Die Gegenseite könnte ihr Mitwirkungsrecht durch eine Person wahrnehmen, die auch ihr gegenüber beruflich zur Geheimhaltung verpflichtet ist.⁸⁹ Alternativ käme eine Verpflichtung aller Prozessbeteiligten zur Geheimhaltung in Betracht, um das Geschäftsgeheimnis der Suchmaschine hinreichend zu wahren.⁹⁰

Festzuhalten bleibt, dass es schon de lege lata eine „Pflicht zu Erinnern“ für Suchmaschinenbetreiber gibt, da Webseitenbetreiber einen Anspruch darauf haben, durch Suchmaschinen diskriminierungsfrei gelistet zu werden. Es ist wohl nur eine Frage der Zeit, bis auch in Europa die ersten Urteile zu der Thematik auftauchen.⁹¹ Es wäre dahingehend insbesondere zu begrüßen, wenn auch der EuGH eine solche Pflicht als erforderlichen Gegenpol zum „Recht auf Vergessenwerden“ zumindest im Datenschutzrecht anerkennen würde, da gerade er das Verhältnis von Vergessen und Erinnern auf diesem Gebiet ins Wanken gebracht hat.

VI. Fazit und Ausblick

Das „Recht auf Vergessenwerden“ kann vor dem Hintergrund einer gerechten und vor allem staatlich kontrollierten Grundrechtsabwägung nicht ohne Gegenspieler bestehen. Es bedarf einer korrespondierenden „Pflicht zu Erinnern“, um bei einer Löschung von Verweisen aus Ergebnislisten eine umfassende gerichtliche Überprüfung der damit verbundenen Grundrechtsabwägung zu gewährleisten.

Ist das nicht der Fall, würden Google und andere Suchmaschinen im WWW tatsächlich zu einer Art Verfassungsrichter erhoben, da ihnen teilweise die Letztentscheidungskompetenz über eine Grundrechtsabwägung zukäme.⁹² Es bleibt abzuwarten, inwieweit der EuGH das „Recht auf Vergessenwerden“ weiter konkretisiert und ob zukünftig mehr Rechtssicherheit hinsichtlich einer „Pflicht zu Erinnern“ entsteht. Im Ergebnis kann das EuGH-Urteil zum „Recht auf Vergessenwerden“ nur bei gleichzeitiger Anerkennung einer „Pflicht zu Erinnern“ überzeugen und zu einem gerechten, rechtsstaatlich kontrollierten Interessenausgleich führen.

Dahingehend wäre auch ein Tätigwerden des Gesetzgebers zu begrüßen. Sofern schon Art. 17 EU-Datenschutzgrundverordnung entsprechend seiner Überschrift ein „Recht auf Vergessenwerden“ beinhalten soll, wäre eine Regelung der „Pflicht zu Erinnern“ im gleichen Artikel zumindest denkbar. Damit ließen sich zumindest die Fälle erfassen, in denen aufgrund behaupteter, aber im Ergebnis nicht bestehender Datenschutzverstöße ein Suchergebnis entfernt worden ist. In Bezug auf die konkrete Ausgestaltung und systematische Eingliederung einer gesetzlichen Regelung dieser Art besteht erheblicher Forschungs- und Diskussionsbedarf. Um zumindest kurzfristig ein Mindestmaß an Rechtssicherheit herzustellen, wäre eine entsprechende Positionierung der nationalen Gerichte und des EuGH wünschenswert.

85 Kühling/Gauß, ZUM 2007, 881, 888; Dörr/Natt, ZUM 2014, 829, 838 f.; Hentsch, MMR 2015, 434, 437.

86 Sprau, in: Palandt (Fn. 39), § 826 BGB, Rn. 18.

87 Vgl. Reichold, in: Thomas/Putzo, Zivilprozessordnung, 36. Aufl. 2015, vor § 284 ZPO, Rn. 18.

88 Der BGH schließt diese Möglichkeit nicht vollständig aus, vgl. BGH, 12. 11. 1991 – KZR 18/90, NJW 1992, 1817, 1819: Ein Gutachten ohne Offenbarung seiner tatsächlichen Grundlagen ist „grundsätzlich unverwertbar“ (Hervorhebung d. d. Autor); vgl. auch OLG Nürnberg, 8. 5. 1984 – 3 U 652/83, GRUR 1984, 736; Stadler, NJW 1989, 1202, 1203 f.; siehe zur Gegenansicht Heinrich, in: Münchener Kommentar zur ZPO, Band 2, 4. Aufl. 2012, § 357 ZPO, Rn. 9 m. w. N.

89 Greger, in: Zöller, Zivilprozessordnung, 31. Aufl. 2016, § 404 a ZPO, Rn. 6.

90 Siehe dazu Heinrich, in: Münchener Kommentar zur ZPO (Fn. 88), § 357 ZPO, Rn. 9.

91 In den USA gab es bisher schon eine Entscheidung zur „Schlechtplatzierung“ auf kartellrechtlicher Ebene, vgl. KinderStart.com LLC v. Google, Inc., C 06-2057 JF (N.D. Cal. March 16, 2007). Dabei wurde mangels kartellrechtlich relevanten Markts zu Gunsten Googles entschieden. Auf die Frage der Beweisbarkeit des schlechteren Rankings ging das Gericht nicht mehr ein. In Deutschland ging es bisher primär um die wettbewerbs- und markenrechtliche Zulässigkeit einer Suchmaschinenoptimierung, vgl. OLG Hamm, 18. 6. 2009 – 4 U 53/09, MMR 2010, 36 – Suchmaschinenmanipulation; BGH, 18. 5. 2006 – I ZR 183/03, K&R 2006, 572 – Impuls III.

92 Masing (Fn. 9).

RA Sebastian Laoutoumai, LL.M., Essen, und Anna Dahmen, Köln*

Influencer Marketing – Neue Stars, alte Pflichten?!

Unternehmen suchen immer neue Möglichkeiten, ihre Produkte oder Dienstleistungen an den Verbraucher zu bringen. Dabei sollen die Streuverluste möglichst gering bleiben und das Image des eigenen Produkts bzw. der eigenen Ware möglichst zielgruppengerecht transportiert werden. Hierzu werden regelmäßig Persönlichkeiten eingesetzt, die sich für die Leistungen des eigenen Unternehmens einsetzen. Was vor einigen Jahren im Fernsehen über Promis

aus Film und Sport gemacht wurde, hat nun in vielfältiger Weise den Weg ins Netz gefunden. Während aber für das Fernsehen die Kennzeichnungspflichten bei Werbung bei den Beteiligten regelmäßig bekannt sind, ist dies im Internet und speziell auf Video-Plattformen wie YouTube nicht immer der Fall.

* Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. VIII.

I. Einführung

Influencer Marketing ist derzeit ein Begriff, um den man im Digital-Marketing nicht herumkommt. Influencer sind begehrt – nicht nur in den jungen Zielgruppen, sondern auch in den Marketing-Abteilungen vieler Unternehmen. Hier erhofft man sich, durch den Einsatz von Influencern die Markenbindung zu stärken, und stellt dafür auch gerne höhere Budgets bereit. Der Grund hierfür liegt auf der Hand.

Dass Empfehlungen von Testimonials und Meinungsführern eine hohe Reichweite und Relevanz haben, ist nichts Neues und wird in klassischen Werbekampagnen seit jeher umgesetzt. Ob es um George Clooneys Kompromisslosigkeit bei Kaffee-Kapseln oder um Barbara Schönebergers Vorliebe für Fertigsalate geht – in der Werbung verlässt man sich gerne auf Prominente und deren guten Geschmack. Und zwar mit Erfolg, denn der Einsatz von Testimonials zahlt sich aus, gerade in Sachen Einprägsamkeit und Verständlichkeit der Werbebotschaften.¹

Im Influencer Marketing, wie es derzeit verbreitet vorkommt, geht es weniger um bereits prominente Persönlichkeiten, die ihre Prominenz durch Leistungen im Sport oder auf der Filmleinwand erreicht haben.² Hier treten vielmehr neue Persönlichkeiten, die sich in Sozialen Medien über verschiedene Themen eine Reichweite aufgebaut haben, als Markenbotschafter auf, empfehlen Produkte und Dienstleistungen oder binden diese einfach in ihren Alltag ein, was dann als Foto oder Video Content auf den einschlägigen Social Media-Kanälen in der Zielgruppe verbreitet wird.³

Das Neue am heutigen Influencer Marketing ist also der hohe Vernetzungsgrad im Social Web und die dadurch resultierende Reichweite,⁴ die ein Influencer neben seiner Popularität in der Zielgruppe zur Kampagne beisteuern kann. Das hat den Vorteil, dass die Werbebotschaft nicht nur durch eine Empfehlung einer in der Zielgruppe des werbenden Unternehmens beliebten Persönlichkeit überbracht wird, sondern auch auf einer Plattform, auf der sich diese gerne bewegt.

Fällt die Wahl also auf einen Influencer, der seine Reichweite und entsprechende Abonnenten auf YouTube hat, wird die Plattform inkl. Reichweite direkt mitgebucht und der Inhalt der Werbebotschaft über den YouTube-Kanal des Influencers an die Zielgruppe direkt ausgeliefert, und zwar so, dass der Konsument sich davon möglichst unterhalten fühlt.

Und genau dieser Umstand bietet Unternehmen, in Zeiten von Bannerblindheit und Adblockern den großen Vorteil, ihre Botschaften durch einen Influencer so zu platzieren, dass die Zielgruppe diese bewusst und aus Unterhaltungs- und Informationszwecken konsumiert. Und nicht nur das, auch die Relevanz der Empfehlung und das Vertrauen darauf wird durch die Reputation eines Influencers, der quasi direkt aus der Zielgruppe stammt, ihre Meinungen und Interessen teilt, wertvoller denn je,⁵ denn die persönliche Empfehlung ist bei 83 % der Verbraucher die vertrauenswürdigste Werbeform überhaupt.⁶

Berücksichtigt man bei der Konzeption einer Influencer-Kampagne, dass Influencer, Marke und Produkt in einen sinnvollen Zusammenhang gebracht werden, und schafft es so, dass die Zielgruppe sich von den Inhalten der Kampagne unterhalten und involviert fühlt, bietet Influencer Marketing also das große Potential, eine authentische Produktempfehlung treffsicher in der Zielgruppe zu platzieren.⁷ Dabei wird jedoch die Grenze zwischen dem werb-

lichen und dem nicht-werblichen Inhalten nicht immer eindeutig eingehalten und beide Inhalte zunehmend miteinander vermischt.⁸ Dabei trifft nicht nur das Unternehmen, das sich der Influencer als Marketinginstrument bedient, wettbewerbsrechtliche Pflichten, den werblichen Charakter einer geschäftlichen Handlung offen zu legen.⁹ Auch der Influencer, der sich über seinen eigenen YouTube-Kanal werblich für ein Dritt-Unternehmen äußert, unterfällt zahlreichen Pflichten zur Offenlegung des werblichen Charakters seines Beitrages. Der nachfolgende Beitrag beleuchtet dabei allein die den Influencer treffenden Pflichten aus dem Telemediengesetz (TMG) und dem Rundfunkstaatsvertrag (RStV).

II. YouTube-Kanal = Rundfunk?

Bei den von erfolgreichen Influencern eingesetzten Videos auf Plattformen wie YouTube handelt es sich um individuell abrufbare Mediendienste im Internet.¹⁰ Ob es sich hierbei jedoch um ein Telemedium oder um Rundfunk handelt, ist im Wege einer Negativabgrenzung über § 2 Abs. 1 S. 3 RStV zu ermitteln,¹¹ denn nach § 2 Abs. 1 S. 3 RStV sind Telemedien alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, soweit sie nicht Telekommunikationsdienste nach § 3 Nr. 24 TKG sind, die ganz in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen oder telekommunikationsgestützte Dienste nach § 3 Nr. 25 TKG oder Rundfunk nach § 2 Abs. 1 RStV sind. Da hier im Wesentlichen Inhaltsdienste vorliegen, ist allein eine Abgrenzung zum Rundfunk vorzunehmen.

1. Der Rundfunkbegriff

Nach § 2 Abs. 1 S. 1 RStV ist Rundfunk dabei ein linearer Informations- und Kommunikationsdienst, der die für die Allgemeinheit und zum zeitgleichen Empfang bestimmte Veranstaltung und Verbreitung von Angeboten in Bewegtbild oder Ton entlang eines Sendeplans unter Benutzung elektromagnetischer Schwingungen ist.

a) Abgrenzung anhand der AVMD-RL

Vor Umsetzung der AVMD-RL¹² erfolgte die Abgrenzung überwiegend über den Begriff der „Darbietung“ im Rahmen der Rundfunkdefinition.¹³ Es musste sodann festge-

1 Vgl. die Studie Effektivität von Testimonial-Kampagnen, S. 6 Abb. 1 (abrufbar unter <http://www.celebrityperformance.com/wp-content/plugins/E-Mail-before-download/download.php?dl=0e119f8db9e557a789296e53aadee44f>) (Stand: 19. 3. 2015).

2 Vgl. Kilian, absatzwirtschaft 7/8 2016, 76 ff.

3 Vgl. Kilian, absatzwirtschaft 7/8 2016, 76 ff.

4 Vgl. Schüller, Das neue Empfehlungsmarketing – Durch Mundpropaganda und Weiterempfehlungen neue Kunden gewinnen, 2015, Abb. 10, S. 189.

5 Vgl. Wenzel, Einfluss gewinnen mit Influencer Marketing – Grundlagen, internetworld.de (abrufbar unter: <http://www.internetworld.de/online-marketing/influencer/einfluss-gewinnen-influencer-marketing-grundlagen-1113712.html>) (Stand: 20. 12. 2016).

6 Vgl. Nielsen-Studie: 23. 2. 2015 bis 13. 3. 2015, weltweit mehr als 30 000 Verbraucher aus 60 Ländern (abrufbar unter: <http://de.statista.com/statistik/daten/studie/29057/umfrage/vertrauen-in-werbeformen>) (Stand: 20. 12. 2016).

7 Vgl. Kilian, absatzwirtschaft 7/8 2016, 76 ff.

8 Vgl. Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 5 a Rn. 7.70; Leitgeb, ZUM 2009, 39 ff.

9 Auf die wettbewerbsrechtlichen Pflichten des Unternehmens soll im Rahmen dieses Beitrages jedoch nicht näher eingegangen werden.

10 So auch Leitgeb, ZUM 2009, 39 ff.

11 Vgl. Brock/Schmittmann, in: Schwartmann, Praxishandbuch Medien-, IT- und Urheberrecht, Kap. 10 S. 327 Rn. 15.

12 RL 2010/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. 3. 2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste.

13 So auch noch Leitgeb, ZUM 2009, 39 ff.

stellt werden, ob das Angebot Relevanz für die individuelle und öffentliche Meinungsbildung besaß.¹⁴ Auch wenn Rundfunk weiterhin davon geprägt sein wird, eine gewisse Meinungsrelevanz für die Öffentlichkeit zu haben,¹⁵ findet die Abgrenzung zu Telemediendiensten nach Umsetzung der AVMD-RL über das Merkmal der „Linearität“ im Sinne von § 2 Abs. 1 S. 1 RStV statt.¹⁶

Nach § 2 Abs. 1, 2. Hs. RStV bedeutet Linearität unter anderem die Bestimmung des Dienstes zum zeitgleichen Empfang.¹⁷ So definiert die AVMD-RL in Art. 1 lit. e ein Fernsehprogramm – das heißt einen linearen audiovisuellen Mediendienst – als einen audiovisuellen Mediendienst, der von einem Mediendienstanbieter für den zeitgleichen Empfang von Sendungen auf der Grundlage eines Sendepfandes bereitgestellt wird. Demgegenüber definiert die AVMD-RL in Art. 1 lit. g einen audiovisuellen Mediendienst auf Abruf – das heißt einen nicht-linearen audiovisuellen Mediendienst – als einen audiovisuellen Mediendienst, der von dem Mediendienstanbieter für den Empfang zu dem vom Nutzer gewählten Zeitpunkt und auf dessen individuellen Abruf hin aus einem vom Mediendienstanbieter festgelegten Programmkatalog bereitgestellt wird. In Erwägungsgrund 27 nennt die AVMD-RL sodann *Video-on-demand* als ein Beispiel eines solchen audiovisuellen Mediendienstes auf Abruf. Da auch die YouTube-Videos von Influencern zum individuellen Abruf bereitgestellt werden, handelt es sich hierbei folglich um audiovisuelle Mediendienste auf Abruf, die somit den nicht-linearen Mediendiensten zuzuordnen sind.

b) YouTube-Videos kein Rundfunk

Als nicht-lineare Mediendienste stellen Influencer-Videos auf Kanälen wie YouTube somit keinen Rundfunk im Sinne von § 2 Abs. 1 S. 1 RStV dar, sondern Telemedien. Somit fallen die Videos von Influencern hinsichtlich ihrer Informationspflichten bei geschäftlicher Kommunikation zunächst jedenfalls in den Anwendungsbereich des § 6 TMG.

2. Influencer-Videos = journalistisch-redaktionell gestaltete Inhalte?

Diese Zuordnung gilt jedenfalls für Telemediendienste mit nicht journalistisch-redaktionell gestalteten Inhalten. Abschnitt VI. des Rundfunkstaatsvertrags enthält zudem für Telemediendienste mit journalistisch-redaktionell gestalteten Inhalten in seinen §§ 54 ff. RStV i.V.m. § 1 Abs. 4 TMG weitere Regelungen.

a) Journalistisch-redaktionell gestaltete Inhalte

Ob die Vorschriften der §§ 54 ff. RStV zur Anwendung kommen, setzt im konkreten Einzelfall eine Feststellung dahingehend voraus, ob ein journalistisch-redaktionell gestalteter Inhalt vorliegt. Eine Definition des Begriffs „journalistisch-redaktionell gestalteter Inhalt“ findet sich im Rundfunkstaatsvertrag in den allgemeinen Begriffsbestimmungen nicht. Nach *Held* sollen Angebote, denen es an einer Auswahl und Strukturierung von Inhalten fehlt, in jedem Fall nicht als journalistisch-redaktionell anzusehen sein.¹⁸ Journalistisch-redaktionelle Angebote zeichne es aus, dass Inhalte ausgewählt, gewichtet und für den Nutzer aufgearbeitet würden.¹⁹ Tagebuchartige Angebote beispielsweise, bei denen die Eigendarstellung und das eigene Leben im Vordergrund stehen, stellen mangels gesell-

schafflicher Relevanz keine journalistisch-redaktionellen Inhalte dar.²⁰

Das Gleiche gelte für reine kommerzielle Kommunikation, da hier allein die Absatzförderungsabsicht des jeweiligen Unternehmens und nicht ein für die Gesellschaft relevantes Thema im Vordergrund stünde.²¹

Inhalte mit einer überwiegend unternehmerischen Eigendarstellung fehlt es an der inhaltlichen Unabhängigkeit, die für einen journalistischen Inhalt jedoch erforderlich ist.²²

Das OLG Bremen umschreibt den Begriff dabei in der Weise, dass kennzeichnende Merkmale solcher Angebote eine gewisse Selektivität und Strukturierung sind, das Treffen einer Auswahl nach ihrer angenommenen gesellschaftlichen Relevanz mit dem Ziel des Anbieters, zur öffentlichen Kommunikation beizutragen, die Ausrichtung an Tatsachen (sog. Faktizität), ein hohes Maß an Aktualität, nicht notwendig Periodizität, ein hoher Grad an Professionalisierung der Arbeitsweise und ein gewisser Grad organisierter Verfestigung, der eine gewisse Kontinuität gewährleistet.²³ Erschöpft sich das Angebot jedoch in einer bloßen Eigenwerbung, fehlt es an einem journalistisch-redaktionell gestalteten Inhalt.²⁴

b) Zuordnung von Influencer-Videos

Die Einordnung der Angebote von Influencern auf Videoportalen kann vor diesem Hintergrund nicht pauschal erfolgen.²⁵ Sofern das Angebot die oben beschriebenen Voraussetzungen erfüllt, kann dieses Angebot im Einzelfall als journalistisch-redaktionell gestalteter Inhalt eingeordnet werden. Handelt es sich bei dem jeweiligen Angebot allerdings um ein Videotagebuch, in dem ausschließlich private Erlebnisse aus dem Alltag des Influencers veröffentlicht werden, dürfte dem Angebot ebenso der journalistisch-redaktionelle Charakter fehlen wie bei Angeboten, bei denen ausschließlich Produkte eines Unternehmens werblich angepriesen werden. In diesen Fällen fehlt es regelmäßig an der gesellschaftlichen Relevanz. Angebote, die sich inhaltlich mit verschiedenen Produkten verschiedener Hersteller (beispielsweise erklärend) auseinandersetzen, dürften hingegen als journalistisch-redaktionell gestaltete Inhalte einzuordnen sein. Liegt im Einzelfall also ein journalistisch-redaktionelles Angebot vor, treffen den Influencer nicht nur die Pflichten aus §§ 54 ff. RStV, er kann sich auch auf die dort formulierten Rechte berufen.

III. Informationspflichten des Influencers

Nachdem der Influencer kein Rundfunkveranstalter im Sinne des RStV ist, hat er jedenfalls nach § 6 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 TMG bei kommerzieller Kommunikation diese klar als solche erkennbar und den Auftraggeber der kommerziellen Kommunikation klar identifizierbar zu machen.

14 Vgl. *Leitgeb*, ZUM 2009, 39 ff.

15 Hierzu ausführlich *Brock/Schmittmann*, in: Schwartmann (Fn. 11), S. 328 ff.

16 *Schulz*, in: Hahn/Vesting, RStV, 3. Aufl. 2012, § 2 RStV Rn. 42.

17 *Schulz*, in: Hahn/Vesting (Fn. 16), § 2 RStV Rn. 42.

18 *Held*, in: Hahn/Vesting (Fn. 16), § 54 RStV Rn. 49.

19 *Held*, in: Hahn/Vesting (Fn. 16), § 54 RStV Rn. 49.

20 *Held*, in: Hahn/Vesting (Fn. 16), § 54 RStV Rn. 51; *Brock/Schmittmann*, in: Schwartmann (Fn. 11), Kap. 10 S. 338 Rn. 42.

21 *Held*, in: Hahn/Vesting (Fn. 16), § 54 RStV Rn. 59; *Lent*, ZUM 2013, 914 ff.

22 *Lent*, ZUM 2013, 914 ff.

23 OLG Bremen, 14. 1. 2011 – 2 U 115/10, ZUM 2011, 416, 418.

24 OLG Bremen, 14. 1. 2011 – 2 U 115/10, ZUM 2011, 416, 418.

25 Anders wohl *Leitgeb*, ZUM 2009, 39 ff., der viralen Imagefilmen wohl grundsätzlich einen journalistisch-redaktionellen Inhalt zugesteht.

Über § 1 Abs. 4 TMG finden die Regelungen hinsichtlich der Inhalte aus dem RStV Anwendung, sodass die Pflichten aus § 58 RStV entsprechend gelten.²⁶

1. Kommerzielle Kommunikation i. S. v. § 6 Abs. 1 TMG

Kommerzielle Kommunikation ist dabei nach § 2 Nr. 5 TMG jede Form der Kommunikation, die der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes von Waren und Dienstleistungen oder des Erscheinungsbildes eines Unternehmens, einer sonstigen Organisation oder einer natürlichen Person dient, die eine Tätigkeit im Handel, Gewerbe oder Handwerk oder einem freien Beruf ausübt. Damit geht der Begriff der kommerziellen Kommunikation über den Begriff der Werbung hinaus.²⁷ Erfolgt ein Influencer-Video im Auftrag eines Unternehmens und gegen Entgelt zur positiven Darstellung der Produkte oder Leistungen dieses Unternehmens, ist dieses Video als kommerziell zu kennzeichnen.²⁸ Der entgeltliche Charakter ist dabei auch dann schon gegeben, wenn dem Influencer das zu bewerbende Produkt endgültig kostenlos überlassen wird, also eine ähnliche geldwerte Gegenleistung.²⁹

2. Art und Weise der Kennzeichnung

Wie eine solche Kennzeichnung zu erfolgen hat, ist – soweit ersichtlich – für Influencer-Videos bislang noch nicht gerichtlich entschieden.³⁰ Für den Bereich der Presse hatten der BGH³¹ und ihm folgend das LG München I³² bereits festgestellt, dass eine Kennzeichnung eines gesponserten Artikels mit „sponsored by“ nicht ausreichend sei, da zum einen nicht sichergestellt sei, dass Leser, die der englischen Sprache nicht mächtig seien, diesen Hinweis verstünden.³³ Zum anderen sei das Sponsoring in der Presse auch nicht derart verbreitet.³⁴ Sowohl das LG München I als auch der BGH räumen jedoch ein, dass das Sponsoring jedenfalls im Rundfunk und Fernsehen üblich sei.³⁵ Vor diesem Hintergrund wird man Influencern zuzubilligen können, auch wenn sie, wie gezeigt, keinen Rundfunk anbieten, zumindest Beiträge durch einen Sponsor unterstützen zu lassen.

Sponsoring wird dabei beispielsweise im RStV als sonstige Einnahme im Sinne von § 13 Abs. 1 S. 1 RStV zur Finanzierung des Rundfunks verstanden³⁶ und stellt nach § 2 Abs. 2 Nr. 7 RStV jeden Beitrag einer natürlichen oder juristischen Person oder Personenvereinigung dar, die an Rundfunkfähigkeiten oder den Produktionen audiovisueller Werke nicht beteiligt ist, zur direkten oder indirekten Finanzierung einer Sendung, um den Namen, die Marke, das Erscheinungsbild der Person oder Personenvereinigung, ihre Tätigkeit oder ihre Leistung zu fördern. § 8 Abs. 1 S. 1 RStV regelt sodann, wie die Kennzeichnung zu erfolgen hat. Danach ist bei Sendungen, die ganz oder teilweise gesponsert werden, zu Beginn oder am Ende auf die Finanzierung durch den Sponsor in vertretbarer Kürze und angemessener Weise deutlich hinzuweisen. Über § 1 Abs. 4 TMG i.V.m. § 58 Abs. 1 S. 1 RStV gelten die Regelungen des § 8 RStV für audiovisuelle Mediendienste auf Abruf jedenfalls entsprechend, sodass ein Sponsoring unter Einhaltung der Regelungen in § 8 Abs. 1 S. 1 RStV auch für Influencer-Videos zulässig sein dürfte.³⁷ Geht man davon aus, dass zwar regelmäßig ein junges Publikum angesprochen werden soll, welches täglich mit der englischen Sprache konfrontiert ist, dürfte, anders als bei den Entscheidungen von BGH und LG München I, eine Verwendung eines englischen Begriffs nicht per se ausge-

schlossen sein.³⁸ Auch hier wird es aber auf den Einzelfall ankommen, denn je jünger die Zielgruppe ist, die angesprochen werden soll, umso eher muss auf eine für diese Zielgruppe verständliche Art und Weise auf den werblichen Charakter hingewiesen werden. Dies muss dann nicht zwangsläufig die englische Sprache sein. Jedenfalls muss nach § 8 Abs. 1 RStV entweder zu Beginn oder am Ende eines gesponserten Videos auf den werblichen Charakter hingewiesen werden.

3. Verträge mit Influencern

Influencer werden aufgrund ihrer Bedeutung für werbende Unternehmen regelmäßig von professionellen Agenturen vertreten. Diese schließen für ihre Kunden entsprechende Werbeverträge mit potentiellen Sponsoren oder Werbepartnern ab. Im Rahmen der Vertragsgestaltung ist allerdings darauf zu achten, dass die den Influencer treffenden Informationspflichten von den Influencern bei der Gestaltung seiner Videos auch beachtet und umgesetzt werden. Verträge, die eine kommerzielle Kommunikation durch einen Influencer für ein Unternehmen zum Gegenstand haben, aber zu den Pflichten zur Kennzeichnung kommerzieller Kommunikation – bewusst – schweigen, können nach § 134 BGB i.V.m. § 6 TMG, § 58 RStV und/oder nach § 138 BGB nichtig sein, mit der Folge, dass dem Influencer weder ein vertraglicher noch ein gesetzlicher Anspruch auf Vergütung zusteht.³⁹

IV. Ausblick

Jedenfalls immer dann, wenn der Influencer über seine Agentur beauftragt wird, für ein bestimmtes Produkt eines bestimmten Unternehmens Werbung zu machen, ob durch geschickte Einbindung des Produkts in eine Geschichte oder durch konkrete Präsentation nur dieses einen Produkts, treffen ihn die Pflichten aus den §§ 6 TMG, 58 RStV. Im Übrigen ist es eine Frage des Einzelfalles, ob ein Hinweis auf den werblichen Charakter erforderlich ist.

26 So auch *Fuchs/Hahn*, MMR 2016, 503 ff.

27 *Pries*, in: Gersdorf/Paal, BeckOK InfoMedienR, 14. Edition, 2016, TMG, § 6 Rn. 3.

28 So auch *Leitgeb*, ZUM 2009, 39, 43; *Micklitz/Schirmbacher*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, TMG, § 6 Rn. 44.

29 Vgl. *Micklitz/Schirmbacher*, in: Spindler/Schuster (Fn. 28), § 6 TMG Rn. 44; *Fuchs/Hahn*, MMR 2016, 503 ff. weisen jedoch zu Recht darauf hin, dass es bei der weiteren Bewertung darauf ankommen muss, ob ein Produkt vom Unternehmen kommentarlos überlassen wird, mit dem Risiko, dass der Influencer insbesondere die negativen Eigenschaften des Produkts beleuchtet. Es muss auch von Relevanz sein, ob dem Influencer Vorgaben bei der Präsentation gemacht werden.

30 In der Werbebranche herrscht zudem eine gewisse Verunsicherung im Hinblick auf die konkrete Ausgestaltung von Influencer-Marketing-Kampagnen und der Art und Weise der Kennzeichnung kommerzieller Inhalte in Influencer-Videos.

31 BGH, 6. 2. 2014 – I ZR 2/11, GRUR 2014, 879 ff.

32 LG München I, 31. 7. 2014 – 4 HKO 21172/14.

33 BGH, 6. 2. 2014 – I ZR 2/11, GRUR 2014, 879 ff.; LG München I, 31. 7. 2014 – 4 HKO 21172/14.

34 BGH, 6. 2. 2014 – I ZR 2/11, GRUR 2014, 879 ff.; LG München I, 31. 7. 2014 – 4 HKO 21172/14.

35 BGH, 6. 2. 2014 – I ZR 2/11, GRUR 2014, 879 ff.; LG München I, 31. 7. 2014 – 4 HKO 21172/14.

36 *Libertus*, in: Hahn/Vesting (Fn. 16), § 13 RStV Rn. 84.

37 Die Medienanstalten der Länder informieren in einem eigenen Leitfadens dementsprechend Influencer darüber, in welchen Konstellationen eine Pflicht zur Kenntlichmachung besteht und wie diese Pflicht erfüllt werden kann (abrufbar unter http://www.die-medienanstalten.de/fileadmin/Download/Publikationen/FAQ-Flyer_Werbung_Social_Media.pdf, Stand: 2016).

38 Bejahend bspw. für Influencer-Werbung auf Instagram, *Fuchs/Hahn*, MMR 2016, 503 ff.

39 Vgl. OLG Düsseldorf, 31.10.2006 – I-23 U 30/06, ZUM-RD 2007, 119 ff.; zudem kann ein Verstoß gegen die Pflichten aus § 58 RStV von der jeweils zuständigen Aufsichtsbehörde verfolgt und geahndet werden – vgl. hierzu *Fuchs/Hahn*, MMR 2016, 503 ff.

Bei der Frage, wie die Umsetzung zu erfolgen hat, kann derzeit nicht auf eine konkrete Rechtsprechung zurückgegriffen werden, sodass letztlich eine gewisse Unsicherheit bei der Wahl des Hinweises bleibt. Für ein wenig Sicherheit – jedenfalls was die Frage einer Beanstandung durch die zuständige Aufsichtsbehörde betrifft – hat der Leitfaden der Landesmedienanstalten gesorgt. Hält man sich an die dort beschriebenen Möglichkeiten eines Hinweises, ist zumindest eine Beanstandung durch die zuständige Aufsichtsbehörde wohl ausgeschlossen.⁴⁰ Dabei dürfte dies zunächst nur für die dort benannten Empfehlungen gelten.⁴¹ Weicht man von diesen Empfehlungen ab, besteht zumindest das Risiko einer aufsichtsrechtlichen Beanstandung oder einer Inanspruchnahme aus un-

lauterem Wettbewerb.⁴² Diesbezüglich wird die weitere Konkretisierung im Einzelfall durch die Rechtsprechung erfolgen.

40 *Fuchs/Hahn*, MMR 2016, 503 ff. sprechen an dieser Stelle von einer Selbstbindung der Verwaltung.

41 Je nach Konstellation werden Hinweise wie „Werbung“, „unterstützt durch ... (Produkt XYZ)“, „Dauerwerbung“, „Werbevideo“, „Produktplatzierung“ oder „unterstützt durch Produktplatzierung“ empfohlen.

42 Bei den Regelungen in § 6 TMG sowie § 58 RStV handelt es sich um Marktverhaltensregelungen, deren Nichteinhaltung über § 3 a UWG wettbewerbsrechtlich von Mitbewerbern verfolgt werden können, wobei dies nicht nur das beworbene Unternehmen trifft, sondern auch den Influencer selber treffen kann, unter dem Gesichtspunkt der Förderung fremden Wettbewerbs.

Länderreport Schweiz

RAin Dr. Ursula Widmer, Bern*

I. Pilotprozess wegen weltweitem Phishing: Zuständigkeit der Schweizer Gerichte?

Die schweizerische Bundesanwaltschaft hat im sogenannt abgekürzten Verfahren gegen drei mutmaßliche Mitglieder einer auf den gewerbsmäßigen betrügerischen Missbrauch von Kreditkartendaten spezialisierten Gruppierung beim Bundesstrafgericht Anklage erhoben. Damit sollte in der Schweiz erstmalig ein Verfahren wegen weltweit begangenen Phishing-Betrügereien durchgeführt werden.

Die Anklage lautete auf gewerbsmäßigen betrügerischen Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage sowie den mehrfachen Versuch dazu. Bei den drei Beschuldigten handelt es sich um Personen mit marokkanischer und russischer Staatsbürgerschaft, die sich seit Oktober 2008 bis zu ihrer Verhaftung in 2014 und in 2015 den Lebensunterhalt mit der unrechtmäßigen Beschaffung von Kreditkartendaten sowie deren missbräuchlichen Verwendung via Internet bestritten haben. Laut Bundesanwaltschaft haben sie mindestens 133 600 Kreditkarten-Datensätze weltweit unrechtmäßig beschafft, wobei nur eine Minderzahl von 3602 Kreditkarteninhaber in der Schweiz betroffen waren. Ihre kriminellen Aktivitäten haben sie von Thailand aus ausgeübt, wo sie auch verhaftet und dann an die Schweiz ausgeliefert wurden.

Hier haben die Beschuldigten ihre Taten gestanden, eine Haftstrafe von 3 Jahren akzeptiert und den vorzeitigen Strafvollzug angetreten. Die Bundesanwaltschaft plante daher, das Strafverfahren im abgekürzten Verfahren durchzuführen. Es handelt sich dabei insoweit um ein Pilotverfahren, als zum ersten Mal in der Schweiz gegen weltweit aktive Täter, die sich physisch nicht in der Schweiz aufgehalten haben, Anklage erhoben wurde.

Ende Oktober 2016 hat das Bundesstrafgericht entschieden, dass der Fall zur Durchführung eines ordentlichen Vorverfahrens an die Bundesanwaltschaft zurückgewiesen werden muss. Nach Auffassung des Gerichts handelt es sich, obwohl auch Kreditkarteninhaber in der Schweiz durch die Angeklagten geschädigt worden sind, im Kern um Straftaten, die von Ausländern im Ausland und größtenteils zum Schaden von Ausländern begangen wurden. Nach dem

Übereinkommen über die Cyberkriminalität hat sich die Schweiz nicht verpflichtet, im Ausland begangene Fälle zu verfolgen. Damit erachtete das Gericht die Voraussetzungen für das abgekürzte Verfahren als nicht erfüllt. Die Bundesanwaltschaft muss nun ein ordentliches Vorverfahren durchführen und dabei insbesondere auch die Frage der internationalen Zuständigkeit der Schweiz im Detail prüfen. Dann wird das Bundesstrafgericht erneut entscheiden.

II. Änderung des Schweizerischen Obligationenrechts: Vereinbarung dauerhafter Auftragsverhältnisse künftig möglich

Das geltende schweizerische Auftragsrecht soll an die wirtschaftlichen und rechtlichen Gegebenheiten der heutigen Zeit angepasst werden. Der Bundesrat hat Mitte September 2016 die Vernehmlassung zu einer entsprechenden Änderung des Obligationenrechts eröffnet. Künftig sollen die Vertragsparteien die Möglichkeit erhalten, für ihr Auftragsverhältnis eigene Beendigungsregeln oder eine feste Vertragslaufzeit vereinbaren zu können.

Anstoß zu dieser Änderung gab die Motion Barthassat von 2011, welche den Bundesrat beauftragte, dem Parlament eine Änderung von Art. 404 des Obligationenrechts zu unterbreiten und diesen an die Erfordernisse des 21. Jahrhunderts anzupassen. Damit soll den Vertragsparteien ermöglicht werden, ein dauerhaftes Auftragsverhältnis einzugehen, was bisher so nicht möglich war.

Dem Auftrag als allgemeinste gesetzlich geregelter Form des Dienstleistungsvertrages kommt wirtschaftlich eine große Bedeutung zu. Das geltende Recht entspricht jedoch nicht mehr den aktuellen wirtschaftlichen Gegebenheiten. Nach der geltenden Regelung können Auftragsverhältnisse jederzeit von beiden Vertragsparteien ohne Angabe von Gründen beendet werden. Erfolgt die Beendigung zur Unzeit, ist zwar Schadenersatz geschuldet, was aber der Interessenlage der anderen Vertragspartei nur zum Teil gerecht wird, insbesondere auch, weil es oft schwierig ist, entgangenen Gewinn geltend zu machen.

* Mehr über die Autorin erfahren Sie auf S. VIII.