

Datenschutz-GrundVO

Die arbeitsrechtlichen Implikationen

„Kostengünstiger“ Bau?

2 Ob 206/16 g führt durch
den Werkvertrag

Gesetzliches Leitbild der AktG

Gelebte Wirklichkeit?

Anforderungen der Aarhus-Konvention

Umgesetzt in Österreich

Social Media

Rechtssicherheit im Unternehmen?

Vorkaufsrecht verletzt: Was ist Schaden?

Was Bereicherung?

Unfall eines Bewusstseinsgestörten

Welche Reichweite des wie
zu bemessenden Unfallbegriffs

Social Media – Rechtssicherheit im Unternehmen

Die Verwendung von Social Media in der Wirtschaft führt laufend zu neuen rechtlichen Herausforderungen. Im Fokus stehen derzeit Influencer Marketing sowie der bewusste Einsatz positiver bzw negativer Kommentare und Bewertungen.

AXEL ANDERL / ANDREAS SELING

A. Einleitung

Social Media ist im täglichen Leben der Unternehmen längst angekommen. So ist es mittlerweile Standard, wenigstens ein Facebook-Profil, am besten kombiniert mit einem Instagram- und einem YouTube-Account, zu bespielen. Der Grund ist simpel: Auf diese Weise werden (potentielle) Kunden in ihrer Lebenswelt des Web 2.0 mit verhältnismäßig überblickbaren Kosten zielgruppengenau erreicht. Auch Authentizität und Glaubwürdigkeit werden durch die direkte Ansprache und Vermischung von beruflichem mit privatem Content besonders hervor gehoben. Durch diese Werbepraktiken rücken bestimmte Themen besonders in den Fokus:

B. Influencer Marketing

Beim Influencer Marketing wirbt das Unternehmen für seine Waren und Dienstleistungen nicht unmittelbar selber, sondern bedient sich dabei Dritter, die für das Unternehmen Stimmung machen (Influencer). Neben Blogs und Foren sind dabei Social Media-Plattformen die wichtigsten Verbreitungskanäle.¹⁾ Durch die mit der Werbeform einhergehende persönlichere Ansprache und das Verschwimmen der in der normalen Werbung sonst klareren Grenzen zwischen offizieller bzw gesteuerter Unternehmenskommunikation und privater Überzeugung und Meinung von Konsumenten stellen sich hier einige Rechtsfragen.

1. Rechtlicher Rahmen

Aufgrund seiner immanenten Tendenz zur Verschleierung des werblichen Inhalts ist bei Influencer Marketing vor allem das Trennungsgebot zu beachten. Dieses ist mehrfach gesetzlich normiert.²⁾ So sieht § 26 MedienG eine verpflichtende Kennzeichnung entgeltlicher Veröffentlichungen vor, es sei denn, dass Zweifel über die werbliche Eigenschaft aufgrund der Gestaltung des Beitrags ausgeschlossen sind. Ähnlich hierzu gelten gem Z 11 des Anh zum UWG („Schwarze Liste“) bezahlte redaktionelle Inhalte in Medien zu Zwecken der Verkaufsförderung jedenfalls als unlauter. Anh Z 11 richtet sich dabei nach Auffassung des EuGH nicht gegen den Medieninhaber, sondern gegen das werbende Unternehmen selbst.³⁾ Daher muss nicht nur der Influencer, sondern auch das mit ihm kooperierende Unternehmen die Kennzeichnungsvorschriften berücksichtigen.

2. Fallgruppen

In der Praxis ist die Zusammenarbeit zwischen Unternehmer und Influencer auf verschiedene Art und Weise gestaltet:

a) Unternehmen zahlt Influencer für werblichen Beitrag

Bei dieser ersten Fallgruppe sucht sich das Unternehmen „seinen“ Influencer aus, um seine Produkte auf YouTube und Co zu bewerben. Bei dieser Konstellation handelt es sich letztlich um eine direkte Alternative zur TV- oder Printwerbung. Im Unterschied dazu werden die Follower des Influencers jedoch oft nicht annehmen, dass „ihr“ Vorbild nun für ein Produkt wirbt und nicht bloß seine eigene Meinung wiedergibt.

In dieser Konstellation ist klar, dass der werbliche Beitrag zu kennzeichnen ist. Die Ausnahmeregel für den Entfall der Kennzeichnungspflicht bei Fehlen von Zweifel über die Entgeltlichkeit wird idR nicht greifen, da der Blogger normalerweise für sich sehr wohl eine redaktionelle Ausrichtung seines Kommunikationskanals in Anspruch nimmt. Dementsprechend sind aber Beiträge, bei denen eine Kooperation im Hintergrund steht, offen zu legen. Für das Bestehen der Kennzeichnungspflicht ist dabei nicht entscheidend, ob das Unternehmen auch inhaltliche Vorgaben macht.⁴⁾ Relevant ist allein, ob für den Bericht ein finanzieller Vorteil an den Influencer geflossen ist.

b) Unternehmen stellt Produkt für redaktionelles Blogging zur Verfügung

Diese Fallkonstellation ist rechtlich weniger klar: Hier stellt das Unternehmen einem Influencer ein Produkt kostenfrei zur Verfügung, vereinbart mit

RA Dr. Axel Anderl, LL.M. (IT-Law), ist Managing Partner bei DORDA Rechtsanwälte GmbH und leitet das IT/IP und Media Department sowie die Datenschutzgruppe der Kanzlei. RA Dr. Andreas Seling, M.B.L., ist Rechtsanwalt in seinem Team mit Schwerpunkt auf UWG und Social Media.

- 1) Czernik/Sobotka, Anm zu OLG Celle 8. 6. 2017, 13 U 53/17: Schleichwerbung durch Influencer-Marketing in sozialen Medien, MMR 2017, 769.
- 2) Neben § 26 MedienG bzw Anh Z 11 UWG bestehen Kennzeichnungspflichten in § 6 ECG und diversen rundfunkrechtlichen Bestimmungen wie § 14 Abs 1 ORF-G, § 43 AMD-G und § 19 Abs 3 PrR-G.
- 3) Anderl/Appl in Wiebel/Kodek (Hrsg), UWG² Anh § 2 Rz 131; EuGH 17. 10. 2013, C-391/12.
- 4) Noll in Berka/Höhne/Noll (Hrsg), Mediengesetz Praxiskommentar³ § 26 Rz 1.

ihm aber keinen werblichen Bericht darüber. Vielmehr erhofft sich das Unternehmen, dass der Influencer das Produkt auf seinen Kanälen positiv erwähnt und damit zu dessen Popularität beiträgt. Diese Fallgruppe ist für Influencer besonders relevant. Schließlich lehnt es ein Großteil der Blogger ab, sich offiziell als Werbetestimonial einspannen zu lassen.

Fraglich ist hier zunächst, ob bei einem rein reaktionellen Bericht des Bloggers überhaupt ein Inhalt „zu Zwecken der Verkaufsförderung“ vorliegt (Anh Z 11). Dies ist Voraussetzung dafür, dass die Kennzeichnungsvorschriften greifen.⁵⁾ Ein Beitrag ist schließlich nicht kennzeichnungspflichtig, solange er nur die neutrale Meinung des Influencers wiedergibt.⁶⁾ Die Grenze zum werblichen Inhalt ist jedoch fließend. So kann ein deutlicher Kaufappell des Influencers bzw ein gesetzter Link zum Produkt auf der Website des Herstellers bereits diesen werblichen Charakter auslösen.⁷⁾ Letztlich wird hier aber immer auf den Einzelfall abzustellen sein: Bespricht der Influencer den Artikel negativ oder rät er gar von einem Kauf ab, kann hinsichtlich des konkreten Produkts per se kein werblicher Charakter vorliegen.

Ob die Zurverfügungstellung von Produkten tatsächlich eine Kennzeichnungspflicht auslöst, ist aber noch weiter zu prüfen: So ist sowohl für § 26 MedienG⁸⁾ als auch Anh Z 11 UWG⁹⁾ einerseits anerkannt, dass eine bloß mittelbare Entgeltlichkeit nicht ausreichend ist. Andererseits ist unter der Entgeltlichkeit nicht allein das Zahlen eines Geldbetrags, sondern auch das Gewähren eines sonstigen Vorteils zu verstehen.¹⁰⁾ Daher kann grundsätzlich auch die Gratistüberlassung eines neuen Smartphones als Entgeltlichkeit gewertet werden. Nun kommt es aber darauf an, wie die Überlassung erfolgt: Wenn das Unternehmen dem Blogger das Produkt nur für einen Testzeitraum zur Verfügung stellt und dieses anschließend retourniert werden muss, kann mit guten Argumenten eine Entgeltlichkeit verneint werden – womit die Kennzeichnungspflicht entfällt. Darf der Influencer das Produkt jedoch über den Zeitraum hinaus nützen bzw anschließend gar behalten, ist Entgeltlichkeit anzunehmen und damit der Beitrag grundsätzlich als Werbung auszuweisen.¹¹⁾

c) Unternehmen lädt Influencer zu Produktvorstellung ein

Ebenfalls bei Unternehmen beliebt ist, Influencer zu Produktvorstellungen einzuladen. Auch hier stellt sich die Frage der Kennzeichnungspflicht.

Zunächst ist wiederum zu prüfen, ob ein etwaig erscheinender Bericht überhaupt zum Zweck der Verkaufsförderung eingesetzt wird. Falls ja, muss auch das Kriterium der Entgeltlichkeit vorliegen. Oft wird diese Entgeltlichkeit aber bloß mittelbar bestehen, da das Entgelt (zB die Bezahlung der Flugtickets) nicht für einen konkreten Beitrag geleistet worden ist. Häufig wird es sich bei den nachfolgenden Berichten der Blogger um Gefälligkeitsartikel handeln. Hierzu hat der OGH kürzlich in einer – zu Recht – sehr kritisierten E ausgesprochen, dass diese selbst bei Vorliegen eines „werblichen Überschusses“ keine Kennzeichnungspflichten auslösen.¹²⁾

3. Vornahme der Kennzeichnung

Steht fest, dass der Beitrag eines Influencers zu kennzeichnen ist, stellt sich die Frage nach der konkreten Umsetzung. Gem § 26 MedienG sind hierfür die Begriffe „Anzeige“, „entgeltliche Einschaltung“ oder „Werbung“ zu verwenden. Diese Aufzählung ist nicht taxativ. Alternative Begriffe müssen allerdings den gleichen Erklärungswert wie die vom Gesetz verwendeten Wörter haben. Bislang waren die Gerichte hier sehr zurückhaltend und haben selbst dem Begriff „Promotion“ diese Eigenschaft nicht zugebilligt.¹³⁾ Da es im zugrunde liegenden Fall jedoch um eine „auch im ländlichen Raum und bei älteren Lesern weit verbreitete Tageszeitung“ handelte, sprechen gute Gründe dafür, dass der Begriff in der anglophilen Online-Welt des Influencer Marketings ausreicht. Schließlich hat der OGH selbst betont, dass stets auf das Verständnis des Durchschnittslesers abzustellen ist, der hier aber eben eine wesentlich bessere Sprachkenntnis hat.¹⁴⁾

Aber auch bei einem liberaleren, die Sprachaffinität der angesprochenen Kreise berücksichtigenden Verständnis sind hier Grenzen zu berücksichtigen: So haben deutsche Gerichte klargestellt, dass der Hashtag „#ad“ unter einem Instagram-Beitrag dann nicht zur Kennzeichnung ausreicht, wenn er nur einer von vielen verwendeten Hashtags ist.¹⁵⁾ Ein Ablehnung des Begriffs „ad“ oder Hashtags „#ad“ in Alleinstellung (also außerhalb einer „Hashtagwolke“) zur Kennzeichnung ist aus dem Spruch aber nicht ableitbar.

C. Umgang mit Kommentaren

Neben der Zusammenarbeit mit Influencern ist auch das rechtssichere Umgehen mit Kommentaren auf Social-Media-Kanälen für Unternehmen essentiell.

- 5) In Anh Z 11 zum UWG explizit normiert. In Bezug auf § 26 MedienG wird aufgrund der gleichen Wertungen nichts anderes gelten.
- 6) Für das deutsche Recht gleichlautend *Gerecke*, Kennzeichnung von werblichen Beiträgen im Online-Marketing, GRUR 2018, 153 (157).
- 7) In diesem Sinne auch *Gerecke*, GRUR 2018, 153 (157).
- 8) *Noll* in *Berka/Höhnel/Noll*, Mediengesetz Praxiskommentar³ § 26 Rz 1.
- 9) *Anderl/Appl* in *Wiebel/Kodek* (Hrsg), UWG² Anh § 2 Rz 123.
- 10) *Anderl/Appl* in *Wiebel/Kodek* (Hrsg), UWG² Anh § 2 Rz 125.
- 11) Weniger differenzierend, aber zum gleichen Ergebnis kommand *Raffling/Wittmann*, Werbung in sozialen Netzwerken – Rechtsfragen am Beispiel des „Influencer Marketing“, MR 2017, 163 (165).
- 12) OGH 4 Ob 60/16 a, *Gefälligkeitsberichterstattung*, ecolex 2017/70, 147 (krit *Tonninger*) = MR 2016, 288 (krit *Warzilek*) = ÖBl 2017/25 (krit *Wilschek*). Der Kritik an der E ist vollinhaltlich zuzustimmen, da gerade das Trennungsgebot eine der Säulen des fairen Wettbewerbs ist. Wie der vorliegende Beitrag zeigt, kommt ihm bei den immer mehr verschwimmenden Grenzen im Onlinebereich sehr große Bedeutung zu. Es nun resignierend aufzugeben, ist wohl der falsche Weg.
- 13) OGH 4 Ob 62/09 k, *Promotion*, ecolex 2010/22, 67 (krit *Schumacher*).
- 14) OGH 4 Ob 62/09 k, *Promotion*, ecolex 2010/22, 67 (krit *Schumacher*).
- 15) OLG Celle 8. 6. 2017, 13 U 53/17 (rechtskräftig) MMR 2017, 769; ähnlich, aber weniger ausführlich: KG 11. 10. 2017, 5 W 221/17 MR 2018, 98.

Erst kürzlich hat eine deutsche Studie bestätigt, dass Kundenbewertungen mittlerweile das wichtigste Entscheidungskriterium beim Online-Shopping sind: Demnach nutzen rund zwei Drittel der Befragten (65 Prozent) Kundenwertungen als Entscheidungshilfe.¹⁶⁾ Es ist naheliegend, dass Unternehmen daher positive Kommentare befördern und negative vermeiden möchten.

1. Positive Kommentare

Bei der gesteuerten Generierung von positiven Kommentaren sind zwei Arten grundlegend zu unterscheiden: Einerseits durch von Dritten gegen Entgelt und ohne tatsächliche Käuferfahrung erstellte Beiträge („Fake Kommentare“). Andererseits die durch bestimmte andere Maßnahmen generierten Empfehlungen, bei denen Unternehmen durch das Versprechen von Prämien, Teilnahmemöglichkeiten an Gewinnspielen etc positives Feedback generieren möchten.¹⁷⁾ Beide Arten sind unterschiedlich zu beurteilen:

a) Fake-Kommentare

Echte Fake-Kommentare sind gleich auf mehreren Ebenen klar rechtswidrig und angreifbar. Die zuvor strapazierte Z 11 verfängt hier jedoch nicht. Schließlich sollen die Fake-Bewertungen nicht den Anschein einer redaktionellen Objektivität vortäuschen, sondern wollen vielmehr gekünstelt subjektiv sein.¹⁸⁾ Damit greift jedoch Anh Z 22, der das Anmaßen einer Verbrauchereigenschaft sanktioniert.¹⁹⁾ Schließlich gibt sich das Unternehmen selber oder ein ihm zurechenbarer Dritter als Verbraucher aus. Darin liegt ein unrichtiges Auftreten als Verbraucher, das per se verboten ist.²⁰⁾

Weiters sind auch § 2 und § 1 UWG relevant. So kommt bei Fake-Kommentaren zunächst eine Täuschung über die wesentlichen Merkmale eines Produkts (§ 2 Abs 1 Z 2 UWG) bzw über die Eigenschaften des Unternehmens (§ 2 Abs 1 Z 6 UWG) in Frage. Die durch Fake-Kommentare manipulierte Beliebtheit eines Produkts ist dabei als wesentliches Merkmal eines Produkts bzw eines Unternehmens zu werten. Schließlich ist es gerade Absicht des Gesetzgebers, all jede Handlungen zu erfassen, die auf die Kaufentscheidung des Verbrauchers einen Einfluss nehmen können.²¹⁾ Durch das Verschleiern der Natur der Fake-Kommentare als Werbebotschaften kommt es weiters auch zu einer Verletzung des Transparenzgebots, das durch die Fallgruppe „Kundenfang“ im Rahmen des § 1 UWG sanktioniert ist. Insgesamt können Fake-Kommentare also auf mehreren Wegen von einem Mitbewerber verfolgt werden. Ein praktisches Problem ist dabei freilich, dieser Art von unrichtigen Kommentaren aufzuspüren und die Urheberschaft nachzuweisen.

b) Durch Maßnahmen generierte Kommentare

Anders sind die durch sonstige fördernde Maßnahmen generierten Kommentare zu werten. Sie erfüllen jedenfalls nicht Anh Z 22. Schließlich wird der Kommentar am Ende des Tages von dem – wenn auch dazu motivierten – Konsumenten verfasst und es tritt der Unternehmer selbst nicht als Verbraucher

auf. Allerdings kann in Extremfällen eine Irreführung gem § 2 UWG in Frage kommen: Dazu ist erforderlich, dass der positive Kommentar nicht durch die Zufriedenheit des Kunden, sondern eine gesteuerte Maßnahme hervorgerufen wurde und dies dem Durchschnittsverbraucher nicht erkennbar ist. Auch ein Verstoß gegen das Transparenzgebots des § 1 UWG ist aufgrund einer „Tarnung des Werbecharakters“ der Kommentare denkbar.²²⁾ Bei der Beurteilung wird daher zu einem großen Teil auf die spezifischen Umstände des Einzelfalls abzustellen sein. Entscheidendes Kriterium ist dabei, auf welche Weise das Unternehmen die Konsumenten motiviert. Während ein bloßes Anreizen noch unschädlich sein wird, kann bei einem übermäßigen Anlocken die Grenze zur Unlauterkeit überschritten sein. Dies dann, wenn dadurch nicht mehr das Produkt im Vordergrund steht, sondern zB der versprochene Gewinn.²³⁾ Werden auch negative Bewertungen belohnt, spricht dies hingegen gegen ein unlauteres Handeln.

2. Negative Kommentare

Neben dem Generieren von positiven Kommentaren als Marketingmaßnahme erhielten zuletzt die Folgen von negativen Kommentaren wieder mehr Raum in der öffentlichen Diskussion.²⁴⁾ Auch hier sind wiederum mehrere Stoßrichtungen denkbar: echte negative Erfahrungswerte von Konsumenten, die den Vorgang mehr oder weniger überschießend darstellen, oder durch Mitbewerber gesteuerte Negativkampagnen ohne Tatsachensubstrat. Letztere sind rechtlich relativ leicht – ähnlich wie Fake-Kommentare – als Verstöße gegen Anh Z 22, § 2 bzw § 1 UWG als unzulässig qualifizierbar. Schließlich schlüpft auch hier der Mitbewerber in die Rolle eines vermeintlichen Verbrauchers. Interessanter ist in der Praxis auch hier wieder die Beweisfrage – kann ein bewusst negativer Beitrag einem Dritten zugeordnet werden?

Rechtlich spannender sind die Fälle, in denen sich Unternehmen gegen die Erfahrungsberichte der eigenen Kunden stellen und diese von Plattformen

16) Beitrag „Kundenbewertungen sind wichtigste Kaufhilfe“ 11. 1. 2017, abrufbar unter <https://www.bitkom.org/Presse/Presseinformation/Kundenbewertungen-sind-wichtigste-Kaufhilfe.html> (abgerufen am 1. 5. 2018).

17) Hierzu bereits *Gramal/Seling*, Social Media Marketing und UWG, ZIIR 2015, 253 (253 ff).

18) *Gramal/Seling*, ZIIR 2015, 253 (254) mwN.

19) *Anderl/Appi* in *Wiebel/Kodek* (Hrsg), UWG² Anh § 2 Rz 218; zust *Gramal/Seling*, ZIIR 2015, 253 (254); aA *Kulka*, Das Fingieren von (größerer) Beliebtheit eines Unternehmens im Wettbewerbsrecht, *ecolex* 2012, 148 (149).

20) *Anderl/Appi* in *Wiebel/Kodek* (Hrsg), UWG² Anh § 2 Rz 217.

21) Siehe hierzu *Gramal/Seling*, ZIIR 2015, 253 (255); abl *Kulka*, *ecolex* 2012, 148 (150), der in der Popularität eines Produkts ein bloß „abgeleitetes Merkmal“ sieht.

22) Siehe hierzu auch *Gramal/Seling*, ZIIR 2015, 253 (256).

23) Zum Anlockeffekt unter UWG allgemein s OGH 4 Ob 79/03 a, *Ö3 Millionengewinnspiel*, *ÖBl* 2003/62.

24) Siehe zB <https://derstandard.at/2000072363739/Sportgeschaeft-verlangt-nach-negativer-Online-Bewertung-1200-Euro;> <https://derstandard.at/2000064109625/Wiener-Arzt-verklagt-Patientin-wegen-schlechter-Bewertung-im-Netz> (abgerufen am 1. 5. 2018).

men beseitigen wollen. Oft ist dieses Unterfangen jedoch wenig erfolgreich: § 1330 Abs 2 ABGB greift, wenn unrichtige Tatsachenbehauptungen den Kredit, Erwerb oder das Fortkommen des Betroffenen gefährden. Dies wird bei negativen Beurteilungen regelmäßig zutreffen. Freilich müssen die getätigten Aussagen aber auch unwahre Tatsachen enthalten.²⁵⁾ An dieser Hürde scheitern jedoch die gegen Onlinekommentare gerichteten Begehren regelmäßig. Es reicht nämlich aus, wenn der Äußernde den Tatsachenkern seiner Behauptung beweisen kann. Eine Äußerung ist daher noch als richtig anzusehen, wenn sie nur in unwesentlichen Details nicht der Wahrheit entspricht.²⁶⁾

Auch der bei pauschalen Herabwürdigungen greifende Tatbestand der Ehrenbeleidigung (§ 1330 Abs 1 ABGB) verschafft dem Unternehmen nicht immer Abhilfe. So kann sich der Äußernde regelmäßig auf sein verfassungsrechtlich geschütztes Recht auf freie Meinungsäußerung berufen. Dieses findet zwar im Wertungsexzess seine Grenzen.²⁷⁾ Dass die Charakterisierung als „*dubiose Figur*“ bzw die Anwendung von „*Stasi-Methoden*“ vom OGH nicht als solcher Exzesse gewertet wurde, legt nahe, dass

Kritik weit zulässig ist. Freilich wird aber gerade auf Social Media oft jede Grenze des sozial Verträglichen überschritten, was etwaige Löschbegehren oft doch ermöglicht.²⁸⁾

25) Reischauer in Rummel (Hrsg), ABGB³ § 1330 Rz 7.

26) Reischauer in Rummel (Hrsg), ABGB³ § 1330 Rz 17.

27) Reischauer in Rummel (Hrsg), ABGB³ § 1330 Rz 7 c.

28) Jüngst OGH 6 Ob 116/17b, *Miese Volksverräterin II*, ecolex 2018/151 (*Hofmarcher*).

SCHLUSSTRICH

Wie anhand der Beispiele des Influencer Marketing und des Umgangs mit positiven bzw negativen Kommentaren dargestellt, enthält der Einsatz von Social Media einigen juristischen Zündstoff. Unabhängig von den rechtlichen Möglichkeiten ist in Fällen von negativen Kommentaren und Bewertungen durch Kunden oft bei wirtschaftlicher Gesamtschau ein PR-mäßiges Vorgehen der bessere Weg als eine Klage. Gegen Fake-Beiträge und gezieltes Vorgehen vom Mitbewerb können die zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe gute Abhilfe schaffen.