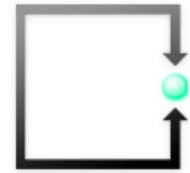


FSDZ RECHTSANWÄLTE & NOTARIAT AG
ZUGERSTRASSE 76b
CH-6340 BAAR
Tel. ++ 41 41 727 60 80
Fax.++ 41 41 727 60 85
marti@fsdz.ch



NATIVE ADVERTISING – «SOFT LAW» AUF DEM VORMARSCH

22.11.2017



Andreas Marti,
Rechtsanwalt, LL.M.

Auf der Suche nach neuen Einnahmequellen hat in der Medienbranche in den vergangenen Jahren das sogenannte Native Advertising (auch «Content Marketing» genannt) stark an Bedeutung gewonnen. Aufgrund der bei dieser Werbeform beabsichtigten Annäherung von informativen, redaktionellen Inhalten mit der Werbung entsteht gleichzeitig ein Spannungsfeld mit bestehenden rechtlichen und ethischen Grundsätzen, vorab dem Trennungsgebot. Die Grenzen zur Unlauterkeit und zu ethisch nicht mehr vertretbarem Verhalten werden deshalb immer wichtiger. Derzeit ist auf verschiedenen Ebenen eine Tendenz erkennbar, diese Grenzziehung mittels Selbstregulierung («Soft Law», übersetzt «weiches Recht») besser in den Griff zu bekommen.

Ausgangslage

Native Advertising wird unter anderem als Versuch bezeichnet, «die Aversion des Publikums gegenüber Werbung zu umgehen» (Rainer Stadler im NZZ-Artikel *Werbung als Journalismus* vom 24.5.2016). Werbung soll dabei möglichst eng mit für den jeweiligen Werbe-Empfänger interessanten Inhalten zusammenhängen. Ebenfalls zum Native Advertising kann das Influencer Marketing gezählt werden, mit welchem den jeweiligen Abonnenten oder Followern die zu bewerbenden Waren oder Dienstleistungen über Beiträge des Influencers in dessen Social Media-Beiträgen nähergebracht werden sollen.

Ein kritisiertes und mittlerweile von der ursprünglichen Webseite entferntes Video des Verbands Schweizer Medien stellte zur Begriffserklärung einen bemerkenswerten Vergleich des Native Advertising mit einem Chamäleon an (derzeit abrufbar unter: <https://youtu.be/X34nmuPIUxo>). Gemäss diesem Video wird die Werbung beim Native Advertising so getarnt, dass sie in dem sie umgebenden Inhalt nicht mehr als solche erkannt wird, ähnlich dem Chamäleon, welches sich durch Anpassung seiner Hautfarbe an die Umgebung tarnen kann. Daraus wird - vermutlich bei der ursprünglichen Veröffentlichung des Videos unbeabsichtigt - das Spannungsverhältnis zu dem im Medienrecht etablierten Trennungsgebot von redaktionellen Inhalten zu

Lukas Fässler

lic.iur.Rechtsanwalt^{1,2}, Informatikexperte
faessler@fsdz.ch

Andreas Marti

lic.iur. Rechtsanwalt^{1,2}, LL.M.
marti@fsdz.ch

Zugerstrasse 76b
CH-6340 Baar
Tel.: +41 41 727 60 80
Fax: +41 41 727 60 85
www.fsdz.ch
sekretariat@fsdz.ch
UID: CHE-349.787.199 MWST



Assoziierte selbständige Rechtsanwältin:

Eva Patroncini

lic.iur. Rechtsanwältin^{1,3}
Fachanwältin SAV für Arbeitsrecht
Imkerstrasse 7
CH-8610 Uster
Tel.: +41 44 380 85 85
patroncini@fsdz.ch

Partnerkanzleien:

Lichtsteiner Rechtsanwälte und Notare

Urs Lichtsteiner

lic. iur. Rechtsanwalt^{1,2}, MSc (Stanford)
lichtsteiner@lilaw.ch

Nadja Eggerschwiler

MLaw Rechtsanwältin und Notarin^{1,2}
eggerschwiler@lilaw.ch

Baarerstrasse 10, Postfach 7517
CH-6302 Zug
Tel.: +41 41 726 90 00
Fax: +41 41 726 90 05
www.lilaw.ch
info@lilaw.ch
UID: CHE-404.805.335 MWST

Anwaltskanzlei Dr. Weltert

Hans M. Weltert

Dr. iur. Rechtsanwalt^{1,4}
hans.weltert@raweltert.ch

Matthias Heim

lic.iur. Rechtsanwalt^{1,4}
matthias.heim@raweltert.ch

Michael Heim

lic.iur. Rechtsanwalt^{1,4}
michael.heim@raweltert.ch

Bahnhofstrasse 10
CH-5001 Aarau
Tel.: +41 62 832 77 33
Fax: +41 62 832 77 34
www.raweltert.ch
info@raweltert.ch
UID: CHE-100.877.506 MWST

¹ Mitglied des Schweizerischen Anwaltsverbandes

² Eingetragen im Anwaltsregister des Kantons Zug

³ Eingetragen im Anwaltsregister des Kantons Zürich

⁴ Eingetragen im Anwaltsregister des Kantons Aargau



kommerzieller Kommunikation sofort augenscheinlich. Eine Tarnung der Werbung steht dem Ziel und Zweck des Trennungsgebots diametral gegenüber. Das Publikum soll gemäss Trennungsgebot Werbung eben gerade leicht als solche erkennen können, um Täuschungen zu vermeiden. Gleiches gilt auch für die zumindest für Radio und Fernsehen gesetzlich vorgesehenen weiteren Anwendungsfälle des Trennungsgebots, namentlich das Verbot der Schleichwerbung und das Gebot der Nennung von Sponsoren. Diese versuchen ebenfalls die Transparenz von Werbeinhalten zu erhöhen und mit anderen Worten eine «Tarnung» derselben zu verhindern.

Selbst wenn sich durch die vielfältigen Möglichkeiten des Internets neue bzw. abgewandelte Werbemöglichkeiten ergeben, können bestehende Grenzen des Zulässigen in diesem Bereich nicht einfach ausgeblendet werden. Auf Gesetzesstufe droht unter gewissen Umständen bereits heute eine Verletzung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), insbesondere dessen Generalklausel in Art. 2, welche täuschendes Verhalten unter Wettbewerbern grundsätzlich verbietet. Wie weit diese Bestimmung auf die verschiedenen Arten des Native Advertising angewendet wird, kann derzeit aufgrund noch weitgehend fehlender Rechtsprechung nur schwer vorausgesagt werden. Aus diesem Grund ist es auch nicht weiter erstaunlich, dass jetzt die betroffenen Branchen auf Selbstregulierung setzen, um auf diese Grenzen hinzuweisen und sie zu präzisieren. Es ist sehr wohl legitim, dass Werbung gezielter auf die jeweiligen, sie umgebenden Inhalte und damit die mutmasslichen Interessen der jeweiligen Werbe-Empfänger zugeschnitten werden. Dies kann die Erfolgs-Chance von Werbung erhöhen und bestenfalls entsteht dadurch eine Win-Win-Situation für den Werbetreibenden und den Empfänger. Jedoch entsteht bei einer geschickten Tarnung der Werbung, welche für den normalen Werbe-Empfänger nicht mehr erkennbar ist, das unmittelbare Risiko, dass diese als täuschend und damit die Schwelle der Unlauterkeit überschreitend qualifiziert werden könnte oder zumindest, dass damit Bestimmungen aus dem Soft Law-Bereich verletzt werden, was ebenfalls zu negativen Folgen für den Werbetreibenden und für das die Werbung vermittelnde Medium führen kann.

Bestehendes Soft Law

Bereits heute bestehen neben dem UWG verschiedene unverbindlichere, weil nicht vom Gesetzgeber erlassene Richtlinien und Empfehlungen (=Soft Law), welche das Native Advertising betreffen. Diese stammen von Branchenverbänden und anderen, nicht zur Gesetzgebung legitimierten Organisationen und Stellen, wie beispielsweise der Schweizerischen Lauterkeitskommission (SLK). Dazu gehören insbesondere:

- IAB Leitfaden zu Native Advertising
- Consolidated ICC Code of Advertising and Marketing Practice und dazugehörige ICC Guidance on Native Advertising (Doc No. 240-714)
- Grundsätze Lauterkeit in der kommerziellen Kommunikation der Schweizerischen Lauterkeitskommission
- Erklärung der Pflichten und Rechte der Journalistinnen und Journalisten (Schweizer Presserat)

Aus diesen Dokumenten geht bereits allgemein hervor, dass Werbung bzw. kommerzielle Kommunikation möglichst transparent unter Einhaltung des Trennungsgebots von übrigen Inhalten zu erfolgen hat. Der Anwendungsbereich ist jeweils verschieden, wobei insbesondere die Grundsätze der Lauterkeitskommission schweizweit und branchenübergreifend Anwendung finden. Im Gegensatz zu einer Verletzung einer Gesetzesbestimmung (z.B. UWG) können eine Verletzung der Bestimmungen des Soft Law nicht über staatliche Gerichte geltend gemacht und sanktioniert werden. Teilweise sind diese Bestimmungen nur als unverbindliche Empfehlungen für einzelne Branchen zu verstehen. Teilweise sind sie jedoch für die jeweiligen Mitglieder der erlassenden Verbände oder auch für eine breitere Öffentlichkeit beschränkt verbindlich. Eine Verletzung kann beispielsweise zu einer Veröffentlichung von Entscheiden über mögliche Verletzungen führen (z.B. Presserat oder SLK). Nicht zu unterschätzen ist sodann das Risiko, dass sich staatliche Gerichte nach den jeweiligen



branchenüblichen Bestimmungen des Soft Law richten und dieses als Manifestierung der jeweiligen branchenüblichen Anforderungen und Gegebenheiten zum UWG würdigen. Aus diesem Grund können auch unverbindliche Empfehlungen geeignet sein, spätere Gerichtsentscheide zu beeinflussen.

Neues Soft-Law

Derzeit sind gleich in mehreren Bereichen Bestrebungen im Gang, im Hinblick auf die aktuelle Brisanz des Themas Native Advertising bestehende Bestimmungen anzupassen oder neue Bestimmungen einzuführen. Dazu gehören:

- Erklärung der Pflichten und Rechte der Journalistinnen und Journalisten (wurde auf 1. Juli 2017 unmittelbar nach der einschlägigen Stellungnahme des Presserats vom 23. Juni 2017, Nr. 15/2017, angepasst)
- Neuer Verhaltenskodex von KS/CS Kommunikation Schweiz (in der Finalisierung)
- Aktualisierung der Grundsätze Lauterkeit in der kommerziellen Kommunikation der Schweizerischen Lauterkeitskommission (derzeit im Gang)

Alle diese Neuerungen sind unter anderem darauf gerichtet, die klare Trennung von kommerziellen von redaktionellen Inhalten zu fordern und damit die Transparenz zu erhöhen. Dabei sollen grundsätzlich sämtliche neuen Werbeformen unabhängig von den jeweils verwendeten Begriffen umfasst werden. Schleichwerbung und Koppelungsgeschäfte (z.B. Inserateverkauf gekoppelt mit Text im redaktionellen Teil) sollen verhindert werden. Formen des Sponsorings von Inhalten, Product Placements, PR-Botschaften und Sonderbeilagen etc. sollen ausreichend offengelegt werden, so dass sie für das Publikum als solche erkennbar sind.

Fazit

Nachdem sich das Native Advertising in den vergangenen stark und teilweise aus rechtlicher Sicht unkontrolliert ausbreiten konnte, scheint jetzt eine Phase anzubrechen, in der dieser «Ureinwohner» unter den Werbeformen langsam wieder in die Zivilisation zurückgeholt wird. Die betroffenen Branchen haben offensichtlich erkannt, dass die seit langem bestehenden Rahmenbedingungen und Grundsätze des Medienrechts ebenfalls auf die modernen Werbeformen angewendet werden müssen. Dabei erscheint das Mittel der rechtzeitigen Selbstregulierung zielführender, als darauf zu warten, dass die Gerichte über bestehende Rechtsunsicherheiten anhand von Einzelfällen ohne grössere Einflussmöglichkeiten der betroffenen Branchen entscheiden müssen. Der derzeitige Vormarsch des Soft Law in diesem Bereich ist deshalb durchaus zu begrüssen.