

Besprechung / Compte rendu

Endorsements and Behavioral Advertising in Social Media under EU, Swiss, and US Law

Disclosure requirements, personality rights, and data protection

MANÉ SARGSYAN

Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2017, 182 Seiten, CHF 68, ISBN 978-3-7255-7742-2

Personalisierte Werbung und Produkteempfehlungen durch Nutzer von Social Media haben im Marketingmix vieler Unternehmen einen festen Platz gefunden. Das Schweizer Recht kennt bekanntlich keine spezifischen Bestimmungen für Social Media. Vielmehr gilt es, die allgemeinen Anforderungen an lautere Werbung auf die neuen Werbeformen anzuwenden. Die Dissertation von MANÉ SARGSYAN unternimmt es, die rechtlichen Rahmenbedingungen unter EU-Recht, Schweizer Recht und US-Recht vergleichend darzustellen und daraus Handlungsempfehlungen für den Gesetzgeber in der Schweiz abzuleiten.

Die Dissertation ist als Band 3 der von den Professoren ROLF H. WEBER und FLORENT THOUVENIN herausgegebenen Schriftenreihe des Center for Information Technology, Society, and Law (ITSLS) der Universität Zürich erschienen. Die Autorin gibt in einem ersten Teil einen nützlichen Überblick über die Erscheinungsformen von Social Media, die an Werbung über Social Media beteiligten Marktteilnehmer sowie die aktuell verwendeten Werbeformen. In der Folge setzt sie sich vertieft mit Erscheinungsformen von «Social Media Endorsement» und «Behavioral Advertising» auseinander. Obwohl das in englischer Sprache verfasste Werk im Oktober 2016 als Dissertation angenommen wurde, ist der kompakt gehaltene Sachverhaltsteil nach wie vor aktuell. Er gibt dem mit Onlinewerbung weniger vertrauten Praktiker zweifellos einen raschen Einstieg in die sich dynamisch entwickelnde Materie.

Während Behavioral Advertising bereits seit Jahren Anlass zu datenschutzrechtlichen Regulierungen gibt (die EU-Grundverordnung zum Datenschutz DSGVO steht kurz vor der Einführung und die EU-E-Privacy-Regulation befindet sich genauso wie die Revision des Schweizer Datenschutzgesetzes noch im Gesetzgebungsprozess), erhielten demgegenüber «Endorsements» bzw. Empfehlungen auf Social Media etwas weniger Aufmerksamkeit. Das auch als «Influencer Marketing» bekannte Phänomen befindet sich allerdings im Aufwind.

Bisher hat erst die US-Federal Trade Commission sich aktiv mit den potenziell täuschenden Wirkungen von Influencer Marketing befasst und detaillierte Anforderungen kommuniziert. Die Autorin stellt diese Richtlinien dar und vergleicht sie mit den allgemeinen Anforderungen des Lauterkeitsrechts in der Schweiz und in der EU. Abwehrrechte von Personen, die zu Unrecht mit Produkten in Verbindung gebracht werden, lassen sich in allen Rechtsordnungen aus dem Persönlichkeitsschutz ableiten. Schwieriger ist es, Empfehlungen von «Influencern» als solche zu erkennen bzw. sinnvolle Regeln für die Schaffung von Transparenz aufzustellen. Die Autorin empfiehlt die Aufnahme von spezifischen Transparenzanforderungen in das UWG, ohne allerdings konkrete Formulierungsvorschläge zu unterbreiten. Angesichts der sich rasch wandelnden Praktiken des Onlinemarketings hätte die Autorin anstelle des Rufs nach dem Gesetzgeber auch verstärkte Selbstregulierung durch die Branche vorschlagen können. Die Social-Media-Plattformbetreiber haben gerade im Nachgang zur «Fake News»-Debatte ein grosses Interesse daran, dass Influencer Marketing den allgemeinen lauterkeitsrechtlichen Anforderungen des Täuschungsverbots genügt. Andernfalls dürfte sich der Ruf nach neuen gesetzlichen Regelungen verstärken.

In Bezug auf Behavioral Advertising stellt die Autorin die datenschutzrechtlichen Anforderungen der drei Rechtsordnungen gegenüber. Die Darstellung des EU-Rechts bleibt notgedrungen provisorisch,

bis in Brüssel die Würfel bezüglich der Schranken von Tracking und Profiling bei der neuen E-Privacy-Regulation gefallen sind. Für das Schweizer Recht fordert die Autorin eine klarere Definition des Rechtfertigungsgrundes der Zustimmung («Consent»). Die Zustimmung sollte ausdrücklich, spezifisch, freiwillig und informiert erfolgen. Während die DSGVO diese Anforderungen bereits implementiert, sind sie im Schweizer Recht aktuell weniger deutlich ausformuliert. Allerdings dürfte die Überarbeitung des Datenschutzgesetzes in einer Angleichung an das EU-Recht resultieren. Für Behavioral Advertising gilt aber selbst unter der DSGVO nicht nur die explizite Zustimmung als Rechtfertigungsgrund, sondern bspw. auch ein legitimes Geschäftsinteresse oder die Erfüllung vertraglicher Pflichten. Auch in diesem Bereich der Onlinewerbung dürfte letztlich Selbstregulierung zu angemesseneren Regelungen führen als gesetzgeberische Eingriffe.

Insgesamt ist es der Autorin gelungen, die aktuelle Rechtslage der Schweiz mit jener in der EU und den USA zu vergleichen und auf Regulierungsdefizite hinzuweisen. Es liegt an der Online-Medienbranche, die Defizite auszugleichen, wenn sie das Feld nicht dem Gesetzgeber überlassen will.

Rolf Auf der Maur, Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich