

Influencer als Handelsvertreter

Eine Bewährungsprobe für § 84 HGB



unipress

Beiträge zu Grundfragen des Rechts

Band 44

Herausgegeben von
Stephan Meder

Lennard Hermann Oonk

Influencer als Handelsvertreter

Eine Bewährungsprobe für § 84 HGB

V&R unipress



Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen
Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über
<https://dnb.de> abrufbar.

Gedruckt mit freundlicher Unterstützung der FAZIT-Stiftung und des Vereins zur Förderung
der Steuerrechtswissenschaft an der Leibniz Universität Hannover e.V.

© 2025 Brill | V&R unipress, Robert-Bosch-Breite 10, D-37079 Göttingen, info@v-r.de,
ein Imprint der Brill-Gruppe

(Koninklijke Brill BV, Leiden, Niederlande; Brill USA Inc., Boston MA, USA; Brill Asia Pte Ltd,
Singapore; Brill Deutschland GmbH, Paderborn, Deutschland; Brill Österreich GmbH, Wien,
Österreich)

Koninklijke Brill BV umfasst die Imprints Brill, Brill Nijhoff, Brill Schöningh, Brill Fink, Brill mentis,
Brill Wageningen Academic, Vandenhoeck & Ruprecht, Böhlau und V&R unipress.

Alle Rechte vorbehalten. Das Werk und seine Teile sind urheberrechtlich geschützt.

Jede Verwertung in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf der vorherigen
schriftlichen Einwilligung des Verlages.

Druck und Bindung: CPI books GmbH, Birkstraße 10, D-25917 Leck
Printed in the EU.

Vandenhoeck & Ruprecht Verlage | www.vandenhoeck-ruprecht-verlage.com

ISSN 2198-5405

ISBN 978-3-8470-1783-7

meiner Mutter

Inhalt

Abkürzungsverzeichnis	15
Vorwort	19
1. Kapitel: Einleitung	21
I. Zum Thema	21
II. Ziel der Untersuchung	27
III. Gang der Darstellung im Überblick	31
2. Kapitel: Werbung mit Influencern – Eine Modeerscheinung oder nachhaltige Marketingstrategie?	35
I. Influencer-Marketing	36
1. Ursprünge und Definitionsversuch	36
2. Spezifikation des Influencer-Marketings	37
3. Einordnung in den Marketingmix	39
a) Content-Marketing	39
b) Social-Media-Marketing	40
c) Empfehlungsmarketing	41
d) Kumulation von Social-Media-Marketing und Empfehlungsmarketing: Das Influencer-Marketing	41
4. Herkunft und Hintergrund des »Influencer«-Begriffs	42
5. Typisierung von Influencern	43
a) Einteilung nach Reichweite	43
b) Einteilung nach Themenspektrum, Social-Media-Plattform und Soziodemografie	46
c) An das Steuerrecht angelehnte Gewinnerzielungsabsicht	47
6. Die Interaktionsrate und Identifikation von werberelevanten Influencern	48
II. Werbung	49
1. Verständnis der Marketingliteratur	49

2. Begriff, Geschichte und Entwicklung	51
3. Juristisches Verständnis von Werbung und praktische Folgen für Influencer	56
a) Werbung im Sinne der Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung	56
b) Werbung im Sinne des Rundfunkstaatsvertrags	57
c) Werbung im Sinne des Medienstaatsvertrags	58
4. Abgrenzung zur reinen Meinungsäußerung	59
5. Praktische Auswirkungen für werbetreibende Influencer: Die Kennzeichnungspflicht	59
a) Kennzeichnungspflicht nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb	60
b) Kennzeichnungspflicht nach dem Medienstaatsvertrag und dem Telemediengesetz	63
c) Verhältnis der Vorschriften untereinander	64
d) Keine Kennzeichnung bei reinen Meinungsäußerungen	65
e) Anforderungen an die Kennzeichnung	65
f) Zwischenergebnis	66
III. Relevanz des Influencer-Marketings	66
IV. Chancen und Risiken des Influencer-Marketings	69
V. Die Bedeutung von neuen Medien und sozialen Netzwerken wie Instagram	78
VI. Handlungsoptionen und Darbietungsmöglichkeiten von Influencern auf Instagram	82
1. Produktinszenierung	83
2. Produktplatzierungen	84
3. Affiliate-Marketing-Kooperationen	86
VII. Einordnung in einen Vertragstypus	89
VIII. Resümee	91
 3. Kapitel: Influencer und die §§ 84–92c HGB: Von der Historie der Handelsvertretervorschriften zur heutigen Rechtsprechung	 93
I. Hintergrund und rechtliche Grundlagen	93
II. Influencer als selbständige Absatzmittler? – Eine Abgrenzung zwischen den Vertriebsberufen	96
1. Arbeitnehmer	96
2. Vertragshändler	97
3. Kommissionär und Kommissionsagent	98
4. Makler und Handelsmakler	99

III.	Die Entstehung des Handelsvertreterberufs und die Entwicklung seiner Rechtsquellen	102
1.	Handelsgesetzbuch von 1897	104
2.	Gesetz zur Änderung des Handelsgesetzbuchs von 1953	106
3.	Handelsvertreterrichtlinie von 1986	107
4.	Gesetz zur Neuregelung des Kaufmanns- und Firmenrechts und zur Änderung anderer handels- und gesellschaftsrechtlicher Vorschriften von 1998 (Handelsrechtsreformgesetz – HRefG)	109
5.	Gesetz zur Neuregelung der Rechtsverhältnisse bei Schuldverschreibungen aus Gesamtemissionen und zur verbesserten Durchsetzbarkeit von Ansprüchen von Anlegern aus Falschberatung von 2009	110
6.	Zwischenergebnis	110
IV.	Beispiele für von der Rechtsprechung als Handelsvertreter anerkannte Vertriebsmittler	111
1.	Inhaber einer Lotto-Annahmestelle	112
2.	Inhaber eines Reisebüros	113
3.	Mitwirkung bei An- und Verkauf von Immobilien	113
4.	Vermittlung von Verträgen über die Partnervermittlung . . .	115
5.	Betreiber von Vorverkaufsstellen für Konzertkarten und Verkaufsständen in Kaufhäusern	115
6.	Vermittler von Bauaufträgen	117
7.	Anlageberater und Kreditvermittler	118
8.	Vermittler von Telekommunikationsdienstleistungen	120
9.	Online-Vermittler von Versicherungen	121
10.	Zwischenergebnis	122
V.	Resümee	122
4. Kapitel:	Die Einordnung von Influencern in den § 84 HGB	123
I.	»Gewerbetreibender«	124
1.	Erforderlichkeit des Vorliegens eines Handelsgewerbes? . . .	126
2.	Gewerbe	127
3.	Influencer als Künstler	128
a)	Materieller Kunstbegriff des Grundgesetzes und seine Grenzen	129
b)	Künstlerbegriff des KSVG	130
c)	Künstlerische Tätigkeit im Sinne des Ertragsteuerrechts . .	131
d)	Ausübende Künstler nach dem Urhebergesetz	132
e)	Zwischenergebnis	132

4.	Influencer im Einzelfall Freiberufler	133
a)	Abgrenzung nach der Gewerbeordnung	134
b)	Abgrenzung im Sinne des Ertragsteuerrechts	134
c)	Abgrenzung anhand einer Vermittlungstätigkeit	137
5.	Qualifikation als Künstler oder Freiberufler gegenstandslos?	138
6.	Vorliegen der Gewerbemerkmale bei Influencern	141
II.	»Selbständig«	142
1.	Contra Selbständigkeit	143
2.	Pro Selbständigkeit	145
III.	»Ständig betraut«	147
1.	Pflicht zur Bemühung um die Vermittlung oder den Abschluss von Geschäften, § 86 Abs. 1 Hs. 1 HGB	147
a)	Ebene 1: Vertragslaufzeit und Intention der Vertragsparteien	149
b)	Ebene 2: Onlinehaltung von Beiträgen	150
c)	Ebene 3: Verpflichtung zu regelmäßigen Leistungen	153
d)	Weitere Indizien	154
2.	Pflicht zur Wahrnehmung der Interessen des Unternehmers, § 86 Abs. 1 Hs. 2 HGB	156
3.	Zwischenergebnis	157
IV.	»Für einen anderen Unternehmer«	158
1.	Unternehmerbegriff des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb	159
2.	Unternehmerbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuchs	160
3.	Unternehmerbegriff des Umsatzsteuergesetzes	161
4.	Unternehmerbegriff der Verbraucherrechte-Richtlinie	162
5.	Unternehmerbegriff des Handelsgesetzbuchs und Einordnung hierunter	162
V.	»Geschäfte«	164
VI.	»In dessen Namen abschließen«	164
5. Kapitel:	Fortsetzung: Die Vermittlung von Geschäften	167
I.	Konkretisierung des Vermittlungsbegriffs	168
II.	Anforderungen an die Handelsvertretertätigkeit im Rechtsvergleich und die Auslegung der Handelsvertreterrichtlinie	170
1.	Rechtsvergleich	170
2.	Auslegung der Handelsvertreterrichtlinie	172
3.	Zwischenergebnis	178
III.	Vom Vermittlungsbegriff nicht umfasstes Handeln	179
1.	Bloße Bezeichnung als Handelsvertreter	179

2.	Reine Vorbereitungshandlungen, Marketingaktivitäten, Kontaktpflege und -herstellung	180
3.	Zwischenergebnis	184
IV.	Meinungsbild der Literatur und Rechtsprechung hinsichtlich der Förderung von Geschäftsabschlüssen durch Affiliate-Links: Zugleich eine Vermittlung von Geschäften?	184
V.	Betreiber von Onlineshops und -plattformen als geschäftsvermittelnde Handelsvertreter?	187
1.	Kein handelsvertretertypisches Vergütungsmodell?	188
2.	Vertragliche Hauptpflicht einer Online-Plattform	189
3.	Anwendungsbereich des § 89b HGB nicht eröffnet?	189
4.	Vermeintliches gesetzliches Leitbild des Handelsvertreters	191
5.	Exkurs: Lehre von der Rechtsfortbildung	193
6.	Übertragbarkeit auf Influencer	196
VI.	Der Affiliate als zur Vermittlung von Geschäften verpflichteter Handelsvertreter?	198
1.	LG Düsseldorf, Urteil vom 24.04.2015 – 33 O 141/13	199
2.	Erwägungen von Bahr	200
a)	Pay-per-Click	201
b)	Pay-per-Sale	201
c)	Pay-per-Lead	202
d)	Tiefe Verlinkungen	202
e)	Zwischenergebnis nach Bahr	203
3.	Überzeugungskraft Bahrs und die Übertragbarkeit seiner Erwägungen auf Influencer	203
4.	Erwägungen von Schirnbacher und Ihmor	205
5.	Übertragbarkeit der Erwägungen von Schirnbacher und Ihmor auf Influencer, weitere Indizien zur Einordnung und Ausräumung ihrer Bedenken	205
a)	Tendenz von Benz und Kohler	205
b)	Keine zwangsläufige Zwischenschaltung eines Netzwerks	207
c)	Tatsächliche Tätigkeitspflicht	208
d)	Zwischenergebnis	209
VII.	Resümee 4. und 5. Kapitel	210
6.	Kapitel: Konfliktpotentiale in Influencer-Kooperationen und die Lösungsvorschläge der §§ 84–92c HGB	213
I.	Kautelarjuristische Praxis mit Influencern	214
1.	Die Begründung eines Handelsvertreterverhältnisses	215

2.	Versuch sich zu einem Handelsvertreter aufzuschwingen: Der »gewillkürte« Handelsvertreter	219
3.	Versuch der Umgehung eines Handelsvertreterverhältnisses durch Anheimstellen der Nutzung von Affiliate-Links und reine Betätigungsmöglichkeit	220
4.	Der Abschluss eines Handelsvertretervertrags mit im Ausland – insbesondere in den Vereinigten Arabischen Emiraten – wohnhaften Influencern	223
	a) Lösung Rechtswahlklausel?	223
	b) Gerichtsstands- und Schiedsklausel	226
II.	Während der Vertragslaufzeit relevante Vorschriften des Handelsvertreterrechts	227
1.	Provisionsanspruch nach § 87 HGB	228
	a) Abdingbarkeit des Provisionsanspruchs durch Pauschalvergütung?	229
	b) Möglichkeiten abgeschlossene Geschäfte gemäß § 87 Abs. 1 S. 1 HGB auf seine Tätigkeit »zurückzuführen«: Das »Tracking«	232
	c) Kausalitätsprobleme im Rahmen des § 87 HGB	235
	aa) Fehlende Kausalität der Werbetätigkeit des Influencers für den Vertragsschluss wegen des Ablaufs einer nicht unerheblichen Zeit?	235
	(1) Nach Vertragsbeendigung abgeschlossenes Geschäft	236
	(2) Während der Vertragslaufzeit abgeschlossenes Geschäft	237
	bb) Fehlende Kausalität, weil der Follower nicht exakt das beworbene Produkt erwarb?	238
	cc) Zwischenergebnis	240
2.	Hilfsansprüche nach § 87c HGB	241
	a) Anspruch auf Buchauszug, § 87c Abs. 2 HGB	242
	b) Anspruch auf Bucheinsicht, § 87c Abs. 4 HGB	243
	c) Zwischenergebnis	244
3.	Künstlersozialabgabe	245
III.	Die Vertragsbeendigung und die nach diesem Zeitpunkt relevanten Vorschriften des Handelsvertreterrechts	249
1.	Kündigung des Handelsvertretervertrags, §§ 89, 89a, 90 HGB	249
2.	Der Ausgleichsanspruch nach § 89b HGB	250
IV.	Verjährung der Ansprüche aus § 87 und § 89b HGB	256
V.	Haftungsfragen	257
1.	Haftung des Unternehmers für den Handelsvertreter	257

2. Exkurs: Haftung für KI-Influencer und ein Ausblick in die Zukunft	261
a) Künstliche Intelligenz: Definitionsansätze und Grundlagen	261
b) Haftung von KI-Systemen	263
aa) Vertragliche Haftung gemäß § 280 Abs. 1 BGB	264
bb) Produzentenhaftung des Herstellers, § 823 Abs. 1 BGB.	267
cc) Verschuldenshaftung des Anwenders, § 823 Abs. 1 BGB	270
dd) Produkthaftung des Herstellers, § 1 ProdHaftG	271
ee) Zwischenergebnis	274
c) Erscheinungsformen der KI-Influencer	274
d) Mögliche Haftungskonstellationen für Hersteller von KI-Influencern	275
e) Zwischenergebnis	277
VI. Resümee	277
7. Kapitel: Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	281
I. Abschließende Voraussetzungen für die Annahme von Influencern als Handelsvertreter	282
1. »Gewerbetreibender«	282
2. »Selbständig«	283
3. Anforderungen an den Vermittlungsbegriff und der Einfluss auf die Preisgestaltung	283
4. Pflicht zum Tätigwerden	284
5. »Ständige Betrauung«	285
6. Zeitablauf alleine unschädlich für Kausalität und Nachverfolgbarkeit	285
7. Umfang der Provision und Kausalität bei Kauf eines vom beworbenen unterschiedlichen Produkts	286
II. Praktikabilität der Handelsvertretervorschriften	286
1. Umfang des § 87 HGB: Das »Fixum«	287
2. »Zurückführbarkeit« eines Geschäftsabschlusses, § 87 Abs. 1 S. 1 HGB	287
3. Hilfsansprüche, § 87c HGB	288
4. Der Ausgleichsanspruch gemäß § 89b HGB	288
III. Resümee	289
Quellen- und Literaturverzeichnis	291

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
ACM	Association for Computing Machinery
Ad	Advertisement
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
a. F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
AI	Artificial Intelligence
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
Alt.	Alternative
AO	Abgabenordnung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
App	Application
ArbRAktuell	Arbeitsrecht Aktuell
ArbSchG	Arbeitsschutzgesetz
Art.	Artikel
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Der Betriebs-Berater
Bd.	Band
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Die Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BMJ	Bundesministerium für Justiz
BSG	Bundessozialgericht
Bspr.	Besprechung
bspw.	beispielsweise
BT	Bundestag
BVDW	Bundesverband Digitale Wirtschaft
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht

BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
COVID-19	Coronavirus Disease 2019
CR	Computer und Recht
DB	Der Betrieb
DStR	Deutsches Steuerrecht
DStRE	Deutsches Steuerrecht Entscheidungsdienst
E-Commerce	Electronic Commerce
EFTA	Europäische Freihandelsassoziation
EG	Europäische Gemeinschaft
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EntgFG	Entgeltfortzahlungsgesetz
ePerson	elektronische Person
EstG	Einkommensteuergesetz
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuCML	Journal of European Consumer and Market Law
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft
EuGVVO	Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
e.V.	eingetragener Verein
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWK	Europäischer Wirtschaftsraum
f.	folgende
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FAQs	Frequently Asked Questions
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
FTC	Federal Trade Commission
gem.	gemäß
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR-Prax	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht
GWR	Zeitschrift für Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
HandelsR	Handelsrecht
HdB	Handbuch
HGB	Handelsgesetzbuch
HK	Handkommentar

HRefG	Gesetz zur Neuregelung des Kaufmanns- und Firmenrechts und zur Änderung anderer handels- und gesellschaftsrechtlicher Vorschriften
Hs.	Halbsatz
HVG VAE	Handelsvertretergesetz der Vereinigten Arabischen Emirate
IHK	Industrie- und Handelskammer
i. H. v.	in Höhe von
insb.	insbesondere
i. S. d.	im Sinne des
IT	Informationstechnik
i. V. m.	in Verbindung mit
jM	Juris: die Monatszeitschrift
JMStV	Staatsvertrag über den Schutz der Menschenwürde und den Jugenschutz in Rundfunk und Telemedien
KI	Künstliche Intelligenz
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
K&R	Kommunikation & Recht
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
KSVG	Gesetz über die Sozialversicherung der selbständigen Künstler und Publizisten
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
lit.	littera
m.	mit
MarkenG	Markengesetz
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MMR	Multimedia und Recht
MoPeG	Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts
MStV	Medienstaatsvertrag
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue Fassung
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift, Rechtsprechungs-Report
No.	Number (Nummer)
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZFam	Neue Zeitschrift für Familienrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PharmR	Pharmarecht
ProdHaftG	Produkthaftungsgesetz

ProdSG	Produktsicherheitsgesetz
PWC	PricewaterhouseCoopers
Q&A	Questions and Answers
RdA	Recht der Arbeit
RDl	Die neue Zeitschrift zur Digitalisierung in der Rechts- und Wirtschafts- praxis
RdTW	Recht der Transportwirtschaft
RegE.	Regierungsentwurf
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
RStV	Rundfunkstaatsvertrag
S.	Seite
SAM	Steueranwaltsmagazin
sog.	sogenannte(r/s)
TKP	Tausender-Kontakt-Preis
TMG	Telemediengesetz
u. a.	unter anderem
URL	Uniform Resource Locator
U.S.	United States
UAbs.	Unterabsatz
UrhG	Urhebergesetz
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VersR	Versicherungsrecht
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vorbem.	Vorbemerkung
Wahlp.	Wahlperiode
WM	Wertpapiermitteilungen – Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
z. B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht, früher: Film und Recht
ZVertriebsR	Zeitschrift für Vertriebsrecht

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2024 von der Juristischen Fakultät der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur wurden bis Oktober 2023 berücksichtigt.

Zunächst möchte ich mich ganz herzlich bei meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Stephan Meder bedanken, der stets – auch kurzfristig – Zeit gefunden hat, die vorliegende Arbeit mit seinen wertvollen Ratschlägen zu fördern. Der immer hilfreiche und gewinnbringende Austausch mit ihm wirkte stets motivierend und hat die Zeit der Anfertigung vorliegender Arbeit sehr bereichert. Eine bessere Betreuung hätte man sich nicht vorstellen können. Ein besonderer Dank gilt auch Herrn Prof. Dr., Dr. h.c. Bernd H. Oppermann, Prof. h.c. (UMCS), LL.M. (UCLA) für die äußerst zügige Erstellung des Zweitgutachtens, sowie Frau Prof. Dr. Susanne Beck, LL.M. (LSE) für die angenehme Prüfungsatmosphäre während der Disputation.

Ein ganz besonderer Dank gilt Herrn Rechtsanwalt Henning Schröder, der mich von der Themenfindung über die Erstellung des Exposés bis hin zum Abschluss der vorliegenden Arbeit mit seinen Ratschlägen und wertvollen Anmerkungen stets tatkräftig unterstützt hat. Der persönliche und fachliche Diskurs mit ihm hat maßgeblich zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen.

Des Weiteren möchte ich dem Team des Lehrstuhls für Zivilrecht und Rechtsgeschichte sowie meinen Kollegen rund um die Kanzlei Henning Schröder und der Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft WTR Huskamp Bredel | Partnerschaft mbB Hannover für die tolle Zusammenarbeit danken.

Der FAZIT-STIFTUNG Gemeinnützige Verlagsgesellschaft mbH sowie dem Verein zur Förderung der Steuerrechtswissenschaft an der Leibniz Universität Hannover e.V. (VFS Hannover) danke ich sehr herzlich für die gewährten Druckkostenzuschüsse.

Dank gebührt im Übrigen meiner gesamten Familie, speziell meinen beiden Brüdern, meiner Patentante sowie meinen Freunden, die mir unentwegt und unbedingt unterstützend zur Seite standen.

Von Herzen danke ich letztlich meinen Eltern, die mich während meiner juristischen Ausbildung permanent hingebungsvoll unterstützt haben. Ich widme diese Arbeit meiner Mutter, denn ohne ihre stets bedingungslose und liebevolle Unterstützung wäre mein Werdegang und die Entstehung dieser Arbeit schlicht undenkbar.

Hannover, Juni 2024

Lennard Oonk

1. Kapitel: Einleitung

I. Zum Thema

»Influencer« sind in aller Munde. »Traumberuf Influencer?«¹ oder »Wie Influencer in den stationären Handel eindringen«² sind nur ein Bruchteil der Schlagzeilen, die in letzter Zeit über die neuartige Berufsgruppe kursieren. Bei Influencern handelt es sich um bekannte oder einflussreiche Persönlichkeiten, die – primär in sozialen Medien – Videoclips oder Bilddateien hochladen, in denen sie ihr zum Teil aufregendes, zum Teil aber auch ganz gewöhnliches Leben zur Schau stellen.³ Dabei sprechen sie eine Vielzahl von Empfehlungen für bestimmte Produkte und Dienstleistungen aus und fungieren so als Meinungsführer, die einen besonderen Einfluss auf das Verhalten und vor allem die Kaufentscheidungen⁴ ihrer Follower⁵ ausüben.⁶ Damit treten sie nicht mehr nur als semiprofessionelle Video- und Fotokünstler auf, die ihr Privatleben mit ihren Followern teilen, sondern entwickeln sich zu einer Werbestrategie, die von großen Modemarken bis hin zu stationären Einzelhändlern in Anspruch genommen wird. Diese Werbestrategie wird als Influencer-Marketing bezeichnet. Der Begriff beschreibt den Prozess, bei dem Unternehmen mit dem Ziel, ihren Umsatz zu steigern und das Markenimage positiv zu beeinflussen, für sie relevante Influencer engagieren, damit diese ihrer Community bestimmte Produkte empfeh-

1 Maier-Sohn, Stuttgarter Zeitung vom 09.09.2022, abrufbar unter: <https://www.stuttgarter-zeitung.de/inhalt.traumberuf-influencerin-mein-letzter-urlaub-ist-vier-fuenf-jahre-her.3ba70cdf-c546-4af8-8ee7-b9d52cb00b66.html?reduced=true> (zuletzt abgerufen am 14.07.2023).

2 Cayir/Nohn, Handelsblatt vom 25.06.2019, abrufbar unter: <https://www.handelsblatt.com/unternehmen/handel-konsumgueter/kosmetikprodukte-wie-influencer-in-den-stationaeren-handel-eindringen/24487762.html?ticket=ST-5280738-xvbKoLbyRrFif3SR4QKq-ap1> (zuletzt abgerufen am 14.07.2023).

3 Willems, MMR 2018, 707.

4 Heine/Trinks, Influencer-Besteuerung, Rn. 4.

5 Unter einem Follower versteht man den Abonnenten eines bestimmten Profils in den sozialen Medien.

6 Kost/Seeger, Influencer Marketing, S. 36; Weiden, GRUR 2020, 361, 362.

len.⁷ Doch wer kann überhaupt zum Influencer werden? Das Wort »influence« (dt. »Einfluss« oder »beeinflussen«) impliziert doch augenscheinlich in aller Offensichtlichkeit, dass die Qualifikation vom »Beeinflussen« als zentralem Merkmal abhängen soll. In diesem Fall wäre der Begriff »Influencer« jedoch völlig unabhängig von der spezifischen Werbeform des Influencer-Marketings, was bedeuten würde, dass sich jedermann über kurz oder lang zu einem Influencer gerieren könnte.⁸ Sollte stattdessen allein die Anzahl der Follower oder die Interaktionsrate der Posts entscheidend sein? Auch das scheint dem Begriff nicht hinreichend gerecht zu werden. Daher sei bereits hier vorweggenommen, dass die Einstufung als Influencer von mehr Faktoren abhängt als nur einem vage definierten Begriff des Einflusses oder einer bestimmten Anzahl von Followern.

In jüngster Zeit sind virtuelle Influencer, die zum Teil sogar von künstlicher Intelligenz (im Folgenden KI) gespeist werden, in den Blickpunkt der Öffentlichkeit gerückt. Dabei handelt es sich nicht um natürliche Personen, sondern um computergenerierte, eigens für Marketingzwecke geschaffene Persönlichkeiten, die lukrative Werbekampagnen übernehmen und dabei ein beachtliches Wachstum verzeichnen. Beliebt ist diese Form des Influencer-Marketings vor allem wegen der vermeintlich unbegrenzten Kontrollierbarkeit dieser Influencer. Etwaige Skandale, die dann mit einer Marke in Verbindung gebracht werden und ihr nachhaltig Schaden zufügen könnten, sollen so von vornherein verhindert werden. Doch auch diese Art von Influencern birgt zahlreiche Probleme in sich. Ist es überhaupt möglich, »Künstliche Intelligenz« einheitlich und adäquat zu definieren? Oder was ist der Grund dafür, dass manche gänzlich auf diesen Begriff verzichten wollen?⁹ Und kann man bei einem »Avatar«, der am PC konstruiert wurde, überhaupt von »Intelligenz« sprechen? Werden KI-Influencer in naher Zukunft gar in der Lage sein, autonom zu agieren und ihre eigenen »Posts« verfassen, wie es einige Unternehmen planen? Wie verhält es sich dann wiederum mit der doch vermeintlich uneingeschränkten Kontrollierbarkeit des Inhalts dieser Beiträge? Ist dies bei KI-gesteuerten Systemen überhaupt technisch möglich? Erst im März 2017 musste »Tay«, ein Microsoft-Chatbot mit KI, vom Netz genommen werden. Eigentlich sollte Tay lernen, wie junge Menschen im Internet kommunizieren, indem er mit Texten und Fragen trainiert wurde.¹⁰ Innerhalb von nur 24 Stunden entwickelte sich der Chatbot jedoch zu einem für Microsoft nicht mehr tragfähigen Projekt, da er Twitter-Nutzer imitierte, von

7 Kost/Seeger, Influencer Marketing, S. 53.

8 Vgl. Kilian, absatzwirtschaft 7/8 2016, S. 78.

9 So Herberger, NJW 2018, 2825, 2826.

10 Beuth, Zeit Online vom 24.03.2016, abrufbar unter: https://www.zeit.de/digital/internet/2016-03/microsoft-tay-chatbot-twitter-rassistisch?utm_referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.de (zuletzt abgerufen am 22.08.2023).

welchen er sich diffamierende und volksverhetzende Aussagen aneignete.¹¹ Damit wäre bereits an dieser Stelle die Frage beantwortet, ob außer Kontrolle geratene KI-Systeme lediglich ein Problem theoretischer Natur sind. Doch wie gestaltet sich dann die Haftung dieser Systeme und der dahinterstehenden Unternehmen? Sind KI-Systeme gar rechtsfähig, sodass Ansprüche unmittelbar gegen sie geltend gemacht werden können? Und kann eine KI Kaufempfehlungen aussprechen? Wie verhält es sich dann mit der ohnehin schon angeschlagenen Glaubwürdigkeit der Influencer? Schließlich kann eine KI ein zu bewerbendes Produkt nicht im echten Leben auf Herz und Nieren überprüfen.

Vermehrt basiert die Vermarktung von Produkten durch Unternehmen auf Social-Media-Plattformen wie Instagram, YouTube und Snapchat auf dem Einsatz dieser natürlichen wie virtuellen Influencer. Kausale Folge ist eine zunehmende Fokussierung von Literatur, Rechtsprechung und Beratungspraxis auf rechtliche Fragen im Zusammenhang mit dieser Marketingstrategie. Dabei stößt man nicht nur auf Probleme, die die allgegenwärtigen Kennzeichnungspflichten beheimaten. Auch Grundsatzfragen wie solche nach der rechtlichen Einordnung des Vertrags zwischen dem Influencer und einem Unternehmen gewinnen an Relevanz: Vom Dienst-¹² über Werkvertrag,¹³ bis hin zur Anwendung der Maklervorschriften¹⁴ sind verschiedene Tendenzen ersichtlich. Darüber hinaus sind Influencer derweil auch im Steuerrecht angekommen. Verschiedene Autoren haben die Art der Einkünftequalifikation von Influencern untersucht und sind überwiegend zu dem Ergebnis gelangt, dass es sich um Einnahmen aus Gewerbebetrieb gemäß § 15 EStG handeln würde. Dies erweckt den Anschein, dass die Literatur die wichtigsten Streitstände, die sich in Bezug auf Influencer stellen können, bereits identifiziert, analysiert und beantwortet hat. Teile der Literatur behaupteten daher jüngst, dass es sich bei Influencern um ein »umfassend geklärtes Phänomen«¹⁵ handeln würde. Doch darf dem beigespflichtet werden? Schließlich ist das Geschäft der Influencer in hohem Maße von Trends sowie dem aktuellen Geschmack der Social-Media-Nutzer abhängig und unterliegt daher Schwankungen wie kaum eine andere Branche.¹⁶ Wie also soll eine solch trendbasierte und sich ständig verändernde Marketingstrategie umfassend geklärt sein?

11 Guggenberger, NVwZ 2019, 844, 847.

12 Zipfel, GRUR-Prax 2022, 163, 164.

13 So BGH, NJW 1984, 2406 bezüglich des Anbringens von Werbeplakaten an bestimmte Werbeflächen; so auch AG Oldenburg, NJOZ 2010, 1343, 1344 m.w.N.; ebenso BGH, MDR 2018, 656 bezüglich der Platzierung einer elektronischen Werbeanzeige unter einer Domain.

14 Benz/Kohler, ZfPW 2020, 490, 504 Fn. 11; für Affiliates Schirnbacher/Ihmer, CR 2009, 245, 247; so wiederum auch Schirnbacher, Online-Marketing- und Social-Media-Recht, Kap. 9, S. 500.

15 So Scherer, GRUR 2022, 1555, 1556.

16 Zipfel, GRUR-Prax 2022, 163, 164.

Im Handelsrecht – und speziell im Vertriebsrecht – lässt sich ein Desiderat der Forschung kaum leugnen. Dabei hat sich das Vertriebsrecht als das Vertrags- und Wirtschaftsrecht des Vertriebs von Waren und Dienstleistungen mittlerweile zu einem eigenen Rechtsgebiet mit einer enormen praktischen Bedeutung konsolidiert.¹⁷ Ausgangs- und Orientierungspunkt des Vertriebsrechts ist vielfach das Handelsvertreterrecht mit seinem in Deutschland einzigartigen gesetzlich geregelten Vertriebsvertrag: dem Handelsvertretervertrag.¹⁸ Im Vertrieb tätige Unternehmen stellen sich deshalb früher oder später regelmäßig die Frage, ob die Handelsvertreterregelungen der §§ 84–92c HGB – insbesondere im Hinblick auf den Ausgleichsanspruch des § 89b HGB – nicht auch auf ihre Vertragsbeziehungen zu Dritten Anwendung finden könnten.¹⁹ Nunmehr ist die Frage nach einer Handelsvertretertätigkeit auch im Hinblick auf Influencer aufgekommen. Überraschenderweise jedoch nicht innerhalb der juristischen Fachliteratur, Rechtsprechung oder der besagten Vertriebsunternehmen.²⁰ Mit claudiabella ist eine Influencerin höchstpersönlich auf die – von Juristen bisher kaum beachtete – Problematik aufmerksam geworden, dass Influencer, die auf der Social-Media-Plattform Instagram agieren, sich langsam »von Markenbotschaftern zu Handelsvertretern wandeln würden.«²¹ Zwar entnahm besagte Influencerin die Fragestellung zugegebenermaßen einem wenige Tage zuvor veröffentlichten Artikel von Sabrina Prumbs auf der Online-Plattform t3n.de,²² die damit als erste die »Lücke im System, die rechtlich erst noch gefüllt werden muss«²³ bemerkte. Die Reaktion von claudiabella auf den Artikel zeigt jedoch zumindest, dass auch im Dunstkreis der Influencer ein gewisses Problembewusstsein sowie eine thematische Sensibilität heranwachsen. Prumbs hatte die Frage nach dem Handelsvertreterstatus aufgeworfen, da Instagram zum Zeitpunkt der Veröffentlichung des Artikels mit ausgewählten Marken eine Funktion testete, die einen Kauf zwischen Instagram-Nutzer und Marke ermöglichte, ohne dass der Nutzer die Instagram-Applikation (kurz »App«) verlassen musste. Damit sollten erlesene Produkte direkt auf Instagram bestellt werden können, ohne den bis dahin üblichen Umweg über einen externen Onlineshop gehen zu müssen. Diese sogenannte »Checkout-Funktion« wird mittlerweile von zahlreichen Marken auf

17 Martinek, ZVertriebsR 2012, 2, 15.

18 Martinek, ZVertriebsR 2012, 2, 4.

19 Drossart, ZVertriebsR 2018, 71.

20 Erst im Mai 2023 erschien der erste juristische Beitrag über Influencer als Handelsvertreter, vgl. Höving, ZVertriebsR 2023, 158.

21 claudiabella, Blog, abrufbar unter: <https://www.claudiabella.de/checkout-on-instagram-wird-die-app-jetzt-zum-onlineshop/> (zuletzt abgerufen am 04.02.2022).

22 t3n.de ist die Online-Plattform des t3n Magazins. Den inhaltlichen Schwerpunkt des Magazins bildet die digitale Wirtschaft.

23 So Prumbs, t3n Ratgeber vom 29.04.2019, abrufbar unter: <https://t3n.de/news/checkout-instagram-neue-feature-1159202/> (zuletzt abgerufen am 10.10.2023).

ihren Kanälen angeboten. Damit wird es Verwendern zunehmend erleichtert, die von Influencern beworbenen Produkte direkt über Instagram käuflich zu erwerben.

Eine besondere Relevanz erfährt die Checkout-Funktion durch sogenannte »Affiliate-Links«. Denn diese Links lösen die Checkout-Funktion, die den Nutzer zu einem externen Webshop innerhalb einer App führt, überhaupt erst aus. Dies wiederum scheint vor allem im Hinblick auf die Frage interessant zu werden, ob auch Influencer als Handelsvertreter fungieren können. Denn bei Affiliate-Marketing-Kooperationen zwischen Influencern und Unternehmen bestehen zahlreiche Anhaltspunkte, die auf ein Handelsvertreterverhältnis schließen lassen. Beim »Affiliate-Marketing« handelt es sich um ein von einem entsprechenden Anbieter betriebenes Online-Netzwerk, an dem der Merchant (Werbetreibender, Händler) und der Affiliate (Partner, hier Influencer) teilnehmen, indem der Affiliate die Angebote der Merchants auf seiner Website oder – im Fall der Influencer – auf seinem Social-Media-Profil bewirbt. Dies geschieht durch die Installation von Hyperlinks, den sogenannten Affiliate-Links, die es den Besuchern der Affiliate-Website ermöglichen, auf den Onlineshop des jeweiligen Unternehmens zu gelangen.²⁴ Verschiedene Social-Media-Plattformen bieten ihren Nutzern diese Möglichkeit an. Eine eigene Website des als Affiliate agierenden Influencers ist in diesem Fall nicht erforderlich. Ausreichend ist es, ein Instagram-Profil zu unterhalten, auf dem man im Rahmen seiner Handlungsmöglichkeiten eine beliebige Anzahl von Links einfügen kann. Die Kooperationspartner (Händler und Influencer) profitieren dabei insbesondere von der Anwendung per App auf einem Smartphone. Denn angesichts der Technikaffinität der meist jungen Verwender und der Benutzerfreundlichkeit von Apps stellen diese eine lukrative Möglichkeit dar, Produkte über Affiliate-Links zu vermarkten. Allerdings ist die Nutzung dieser Links grundsätzlich an bestimmte Kriterien gebunden und somit einer überschaubaren, aber wachsenden Zahl von Personen vorbehalten. Auf der Plattform Instagram beispielsweise benötigte man bis zuletzt 10.000 Follower oder eine Verifizierung, um die sogenannte »Upswipe-Funktion«, die auf Affiliate-Links basiert, nutzen zu können. Dieses mittlerweile von »Link-Stickern«²⁵ abgelöste Feature gab Influencern unter anderem die Möglichkeit, innerhalb einer von ihnen hochgeladenen »Story« einen Link zu setzen, der einen Nutzer durch einen Fingerwisch auf dem Smartphone-Display zu einer externen Anbieter-Website, in den meisten Fällen direkt zu dem beworbenen Produkt, führte. Gleiches gilt auch für die »Link-Sticker«. Diese er-

24 Ernst/Seichter, WRP 2006, 810.

25 Theile, FAZ vom 24.08.2021, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/digitec/instagram-entfernt-swipe-up-funktion-fuer-externe-links-17499053.html> (zuletzt abgerufen am: 10.10.2023).