

Lennard Hermann Oonk

Influencer als Handelsvertreter

Eine Bewährungsprobe für § 84 HGB

V&R unipress

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