

Lennard Hermann Oonk

# **Influencer als Handelsvertreter**

Eine Bewährungsprobe für § 84 HGB

V&R unipress

# 1. Kapitel: Einleitung

## I. Zum Thema

»Influencer« sind in aller Munde. »Traumberuf Influencer?«<sup>1</sup> oder »Wie Influencer in den stationären Handel eindringen«<sup>2</sup> 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.<sup>3</sup> 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 Kaufentscheidungen<sup>4</sup> ihrer Follower<sup>5</sup> ausüben.<sup>6</sup> 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.<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup> 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?<sup>9</sup> 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.<sup>10</sup> 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](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.<sup>11</sup> 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 angesprochenen Glaubwürdigkeit der Influencer? Schließlich kann eine KI ein zu bewerbendes Produkt nicht im echten Leben auf Herz und Nieren überprüfen.

Vermeintlich 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 beheimen. Auch Grundsatzfragen wie solche nach der rechtlichen Einordnung des Vertrags zwischen dem Influencer und einem Unternehmen gewinnen an Relevanz: Vom Dienst-<sup>12</sup> über Werkvertrag,<sup>13</sup> bis hin zur Anwendung der Maklervorschriften<sup>14</sup> 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«<sup>15</sup> 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.<sup>16</sup> 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 Schirmbacher/Ihmor, CR 2009, 245, 247; so wiederum auch Schirmbacher, 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.<sup>17</sup> Ausgangs- und Orientierungspunkt des Vertriebsrechts ist vielfach das Handelsvertreterrecht mit seinem in Deutschland einzigartigen gesetzlich geregelten Vertriebsvertrag: dem Handelsvertretervertrag.<sup>18</sup> 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.<sup>19</sup> Nunmehr ist die Frage nach einer Handelsvertreterstätigkeit auch im Hinblick auf Influencer aufgekommen. Überraschenderweise jedoch nicht innerhalb der juristischen Fachliteratur, Rechtsprechung oder der besagten Vertriebsunternehmen.<sup>20</sup> 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.«<sup>21</sup> Zwar entnahm besagte Influencerin die Fragestellung zugegebenermaßen einem wenige Tage zuvor veröffentlichten Artikel von Sabrina Prumbs auf der Online-Plattform t3n.de,<sup>22</sup> die damit als erste die »Lücke im System, die rechtlich erst noch gefüllt werden muss«<sup>23</sup> 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.<sup>24</sup> 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«<sup>25</sup> 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).