

Carolin Felicitas Alberts

Die rechtliche Bewertung der Tätigkeit von
Influencern unter besonderer Berücksichtigung
werberechtlicher Problemstellungen



Internet und Recht

**Herausgegeben von
Prof. Dr. Georg Borges
Universität des Saarlandes**

Band 18

Carolin Felicitas Alberts

**Die rechtliche Bewertung der Tätigkeit
von Influencern unter besonderer
Berücksichtigung werberechtlicher
Problemstellungen**



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Marburg, Philipps-Universität, Diss., 2020

ISBN 978-3-8487-7100-4 (Print)

ISBN 978-3-7489-2490-6 (ePDF)

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Meinen Eltern

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Wintersemester 2020/2021 vom Fachbereich der Rechtswissenschaften der Philipps-Universität Marburg als Dissertation angenommen.

Literatur und Rechtsprechung konnten im Wesentlichen bis Dezember 2020 berücksichtigt werden.

Bei meiner Arbeit haben mich viele Personen auf verschiedene Art und Weise sehr hilfreich unterstützt. Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Michael Kling, der mich in meiner Zeit als Doktorandin immer unterstützt hat. Er war trotz räumlicher Distanz bei jeder Frage und Unsicherheit stets beachtlich schnell zu erreichen und konnte immer den benötigten Rat geben. Dankenswerterweise hat er auch die Durchsicht der Arbeit außergewöhnlich schnell vorgenommen und somit den bei diesem Thema bestehenden Zeitdruck berücksichtigt. Danken möchte ich ferner Herrn Prof. Dr. Willems für die ebenfalls außerordentlich rasche Zweitkorrektur. Daneben möchte ich auch meinem Vater Dr. Martin Alberts, meinem Verlobten Dr. Marco Schneider und meinem Bruder Johannes Alberts für die vielen wertvollen inhaltlichen Impulse und Anregungen, die stetige Gesprächsbereitschaft sowie für die Durchsicht des Manuskripts und die damit verbundenen hilfreichen Korrekturanmerkungen danken.

Düsseldorf, Dezember 2020

Carolin Alberts

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	19
Kapitel 1: Einführung	21
A. Einleitung und Problemdarstellung	21
B. Rechtsgrundlagen	22
Kapitel 2: Das Influencermarketing als neue Werbeform	24
A. Begriffsbestimmungen	24
I. Begriff der Sozialen Medien/Sozialen Netzwerke	24
II. Der Begriff des Influencers	24
III. Der Begriff der Follower	26
IV. Der Begriff des Blogs	26
V. Der Begriff des Influencermarketings	27
B. Die Entwicklung des Influencermarketings als neue Werbeform	28
I. Definition Werbung	28
II. Historische Entwicklung von Werbung	29
III. Werbeformen	30
IV. Die Entwicklung der Influencer und des Influencermarketings	30
V. Aufmerksamkeitsverlust bei klassischen Werbeformen und Influencermarketing als neue Werbeform	33
VI. Verortung der Werbeform des Influencermarketings im Marketingssystem	34
VII. Erscheinungsformen des Influencermarketings	36
1. Verschiedene Soziale Medien	36
2. Verschiedene Influencertätigkeiten	37
a) Gezielt initiierte und bezahlte Werbung	37
b) Beiträge mit werblichem Charakter	37
c) Beiträge mit Produktbewertungen	38
d) Produktplatzierungen	38

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 3: Die rechtliche Beurteilung von werblichen Influencerbeiträgen	39
A. Rechtliche Rahmenbedingungen bei werblichen Influencerbeiträgen	40
I. Rechtliche Rahmenbedingungen bei Werbung im Allgemeinen – der Trennungsgrundsatz	40
1. Abgrenzung der Werbung von redaktionellen Beiträgen	41
2. Entwicklung, rechtliche Grundlagen und Ziel des Trennungsgrundsatzes	42
3. Gesetzliche Normierung und Geltungsbereich des Trennungsgrundsatzes	46
4. Relevanz des Trennungsgrundsatzes aus ökonomischer Sicht	47
II. Gesetzliche Ausprägungen des Trennungsgrundsatzes/ Kennzeichnungspflichten im Einzelnen	48
1. UWG	48
a) § 3 Abs. 3 UWG i.V.m. Nr. 11 der „Schwarzen Liste“	48
aa) Geschäftliche Handlung	50
aaa) Geschäftliche Handlung des Unternehmens oder der Agenturen	51
bbb) Geschäftliche Handlung des Influencers	51
bb) Einsatz redaktioneller Inhalte zum Zwecke der Verkaufsförderung	52
cc) Finanzierung dieser Verkaufsförderung durch den Unternehmer	54
dd) Tarnung dieser finanzierten Verkaufsförderung	55
b) § 3 Abs. 3 UWG i.V.m. Nr. 23 der „Schwarzen Liste“	56
aa) 1. Tatbestandsvariante	57
aaa) Influencer als Unternehmer	57
bbb) Verschleierung der Unternehmereigenschaft	58
ccc) Erwecken des Eindrucks, nicht für Zwecke ihres Geschäfts zu handeln	59
bb) 2. Tatbestandsvariante	61
c) § 5a Abs. 6 UWG	61
aa) Geschäftliche Handlung	62
aaa) Geschäftliche Handlung durch den Unternehmer	62
bbb) Geschäftliche Handlung des Influencers	63
(1) Eigene Produktvermarktung	63

(2) Unternehmerisches Handeln des Influencers durch Vermarktung des eigenen Images	64
(3) Förderung des Absatzes eines fremden Unternehmens	64
(a) Bezahlte Förderung des Absatzes eines fremden Unternehmens	65
(b) Lediglich Förderung des Absatzes eines fremden Unternehmens	65
bb) Kommerzieller Zweck der geschäftlichen Handlung	80
cc) Nichtkenntlichmachen des kommerziellen Zwecks	83
dd) Der kommerzielle Zweck ergibt sich aus den Umständen	83
ee) Entscheidungsveranlassung	87
ff) Gesamtabwägung	88
d) § 5a Abs. 2 und 4 UWG	88
e) § 3a UWG	90
f) § 4a Abs. 1 Nr. 3 UWG	91
g) § 7 Abs. 1 S. 1 UWG	93
h) Rechtsfolgen fehlender oder falscher Kennzeichnung nach dem UWG	95
aa) Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch gemäß § 8 Abs. 1 UWG	95
aaa) Anspruchssteller	96
bbb) Anspruchsgegner	96
(1) Grundsatz	96
(2) Sonderfall: Haftung des Plattformbetreibers	97
(a) Einleitung	97
(b) Historie und Entwicklung der Plattformbetreiberhaftung	98
bb) Schadensersatzanspruch gemäß § 9 UWG	114
cc) Vorherige Abmahnung gemäß § 12 UWG	114
dd) Verjährung der Ansprüche	115
ee) Die Beweislast	116
i) Weitere zivilrechtliche Rechtsfolgen	117

Inhaltsverzeichnis

2. TMG	118
a) Anwendungsbereich	118
aa) Begriffe des Telemediums und des Dienstanbieters	119
bb) Begriff der kommerziellen Kommunikation	121
b) Klare Erkennbarkeit der kommerziellen Kommunikation	124
c) Sanktionen bei Verstößen gegen § 6 Abs. 1 TMG	124
d) Für Verstöße nach dem TMG Haftende	125
3. RStV	125
a) Kennzeichnungspflicht nach § 58 Abs. 1 RStV	125
b) Kennzeichnungspflichten nach § 58 Abs. 3 i.V.m. § 7 Abs. 7 RStV	127
c) § 58 Abs. 3 i.V.m. § 8 RStV	131
d) Sanktionen/Rechtsfolgen bei Verstößen gegen die Kennzeichnungspflichten des RStV	134
e) Für Verstöße nach dem RStV Haftende	135
f) Ahndung der Verstöße gegen den RStV	136
4. Rangverhältnis der Ausprägungen des Trennungsgrundsatzes	137
B. Wie sind werbliche Influencerbeiträge zu kennzeichnen? – Umsetzung der Kennzeichnungspflichten in der Influencerpraxis	138
I. Grundsätzliches	138
II. Unterschiedliche Anforderungen je nach Plattform und Beitragsart	140
III. Kennzeichnungstools	141
C. Fallgruppen	144
I. Unabhängige Produktpräsentation bei Eigenkauf	144
II. Produktpräsentation oder Ähnliches bei Gegenleistung seitens des Unternehmens	144
III. Sonderfall: Setzen von Links	145
D. Rechtspraktische Untersuchung	145
I. Vreni Frost	145
1. Das erstinstanzliche Urteil des LG Berlin	146
2. Das zweitinstanzliche Urteil des KG Berlin	148
II. Pamela Reif	149
III. Cathy Hummels	151
E. Aktueller Umgang mit werblichen Influencerbeiträgen	157

F. Angestrebte oder anzustrebende Lösung hinsichtlich des Umgangs mit Influencerbeiträgen	159
I. Gesetzliche Neuregelung	159
1. Angestrebte Änderung im UWG	160
2. Angestrebte Änderung im TMG	167
3. Schaffung von Richtlinien	170
II. Lösung lediglich anhand der bisherigen gesetzlichen Regelungen	172
G. Zusätzliche spezielle Anforderungen an werbliche Influencerbeiträge	173
I. HCVO	174
1. Anwendungsbereich der HCVO	174
a) Angaben in kommerziellen Mitteilungen bei der Kennzeichnung und Aufmachung von Lebensmitteln oder bei der Werbung für Lebensmittel	174
aa) Kommerzielle Mitteilung	175
aaa) Definition kommerzieller Mitteilung und Subsumtion	175
bbb) Eindeutig nicht kommerzielle Kommunikation	177
ccc) Weitere Ausnahmen	178
ddd) Anwendung auf Influencerfälle	178
bb) Werbung	179
aaa) Grundsätzliches Verständnis	179
bbb) Weiterungen aufgrund des Telos der HCVO?	180
b) Lebensmittel i.S.v. Art. 2 Abs. 1 lit. a HCVO	183
2. Art. 8 Abs. 1 HCVO	184
a) Nährwertbezogene Angaben	184
b) Verbot nährwertbezogener Angaben	185
c) Rechtsfolgen von Verstößen gegen Art. 8 Abs. 1 HCVO	186
3. Art. 10 Abs. 1 HCVO	186
a) Gesundheitsbezogene Angabe i.S.v. Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 HCVO	186
b) Verbot gesundheitsbezogener Angaben	187
aa) Verbot mit Erlaubnisvorbehalt	187
bb) Hinweis- und Informationspflichten (Art. 10 Abs. 2 HCVO)	188

Inhaltsverzeichnis

cc) Nach Art. 12 HCVO verbotene Angaben	190
dd) Koppelungspflicht für unspezifische gesundheitsbezogene Verweise	190
c) Rechtsfolgen von Verstößen gegen Art. 10 HCVO	192
II. LFGB i.V.m. der LMIV	192
1. Verstoß gegen § 11 Abs. 1 Nr. 1 LFGB i.V.m. Art. 7 Abs. 1 lit. b LMIV	192
2. Verstoß gegen § 27 LFGB	193
a) Definition kosmetische Mittel	194
b) Tatbestandsalternative: Gewerbsmäßiges Inverkehrbringen	194
c) Tatbestandsalternative: Werbung	194
aa) Irreführende Werbung	194
bb) Werbung mit irreführenden Darstellungen oder Aussagen	195
III. HWG	197
1. Das Verbot irreführender Werbung gemäß § 3 HWG	197
2. Werbeverbot außerhalb von Fachkreisen gemäß § 11 HWG	198
H. Influencer-Verträge	199
I. Sinn und Zweck von Influencer-Verträgen	199
II. Rechtliche Einordnung von Influencer-Verträgen	200
III. Mögliche Ausgestaltungen von Influencer-Verträgen	202
1. Konkretisierung des Vertragsgegenstandes	202
2. Kennzeichnungspflichten	203
3. Haftungsklauseln, Wettbewerbsverbote, Verschwiegenheit	203
4. Rufschädigung	204
Kapitel 4: Neben den Kennzeichnungspflichten bestehende rechtliche Anforderungen an Influencerbeiträge	205
A. Anforderungen an Influencermarketing bei minderjährigen Social-Media-Nutzern	205
I. Kaufappelle an Kinder: § 3 Abs. 3 UWG i.V.m. Nr. 28 der „Schwarzen Liste“	207
1. Geschäftliche Handlung	208
2. An Kinder gerichtet	208
II. § 3a UWG i.V.m. § 6 Abs. 2 JMStV/ § 6 Abs. 1 TMG	210
1. Direkte Kaufaufrufe an Jugendliche	211

2. Ausnutzen der Unerfahrenheit und Leichtgläubigkeit der Jugendlichen	211
B. Impressumspflicht für Influencer	212
I. Impressumspflicht gemäß § 5 TMG	213
1. Beiträge der Influencer in einem Telemedium im Sinne des TMG?	213
2. Influencer als Dienstleister im Sinne des TMG	214
3. Geschäftsmäßiges Anbieten von Telemedien durch Influencer im Sinne der Norm	214
4. Anforderungen an die Impressumspflicht nach § 5 TMG	216
5. Rechtsfolgen bei Verletzung der Impressumspflicht nach § 5 TMG	217
a) Rechtsfolgen nach dem TMG	217
b) Rechtsfolgen nach dem UWG	218
II. Impressumspflicht gemäß § 55 RStV	219
1. Impressumspflicht nach Abs. 1: nicht ausschließlich persönliche und familiäre Zwecke	220
2. Impressumspflicht nach Abs. 2: Journalistisch-redaktionell gestaltet	225
3. Rechtsfolgen bei Verletzungen von § 55 RStV	227
a) Nach dem RStV	227
b) Nach dem UWG	227
III. Impressumspflicht nach Art. 5 AVMD-RL	228
C. Datenschutzrechtliche Anforderungen für Influencer	229
I. Rechtliche Grundlagen	229
II. Personenbezogene Daten und nicht-personenbezogene Daten	232
III. Rechtliche Anforderungen an die Nutzung personenbezogener Daten durch Influencer	233
IV. Datenschutzerklärung	234
V. Rechtsfolgen etwaiger Datenschutzrechtsverletzungen	235
VI. Mögliche Rechte der Betroffenen	242
VII. Spezielle Fälle mit Relevanz für die Tätigkeit von Influencern	243
1. Verwendung von Cookies	243
2. Verwendung von Web-Analyse-Tools	244
D. Rechtsverletzung wegen irreführender Spitzenstellungsbehauptung durch „Fake-Follower“	245

Inhaltsverzeichnis

E. Rechtliche Beurteilung von Gewinnspielen und Rabattgewährungen durch Influencer	247
I. Gewinnspiele	247
II. Rabattgewährungen und Zugaben	250
1. Rabatte und Zugaben durch Influencer	250
2. Kennzeichnung von Rabattcodes	252
F. Rechtliche Beurteilung von „angemaßten Influencern“ und „Fake-Werbung“ und die Auswirkung dieser Beurteilung auf die werberechtliche Kennzeichnungsdiskussion	253
I. Wer sind angemaßte Influencer, was ist Fake-Werbung und wieso ist dies rechtlich problematisch?	254
1. Markenrechtliche Beurteilung von angemaßten Influencern	254
2. Markenrechtliche Beurteilung von realen Influencern	256
II. Auswirkungen der markenrechtlichen Diskussion auf die werberechtliche Kennzeichnungsdiskussion	257
G. Rechtsverletzungen durch Reposten und Teilen von Beiträgen	258
I. Urheberrechte	259
1. Teilen	260
2. Reposten	264
3. Mögliche Einwilligungen	264
a) Konkludente Einwilligung	264
b) Einwilligung durch Zustimmung zu den Plattform-AGB	265
II. Persönlichkeitsrechte (Recht am eigenen Bild)	269
III. Fazit	271
H. Kinder als Influencer oder (willenloser) Teil von Influencerbeiträgen	271
I. Haftung der Eltern bei Rechtsverletzungen der Kinder als Influencer?	272
II. Rechtliche Probleme bei der Einbeziehung von Kindern in die Influencertätigkeit der Eltern	276
1. Geplantes spezielles Grundrecht für Kinder	279
2. Beurteilung unter dem Gesichtspunkt des Grundgesetzes	281
a) Die Kinder schützenden Persönlichkeitsrechte	281
b) Das auf die Persönlichkeitsrechte Einfluss nehmende Elternrecht	282
c) Umgang mit der Problematik	285
d) Folgen der Erkenntnisse	286

3. Andere Wertungen aufgrund von § 22 Kunsturhebergesetz – Möglichkeit der Einwilligung in die Bildnisveröffentlichung durch die Eltern	287
4. Unzulässigkeit unter dem Gesichtspunkt der Kinderarbeit	294
a) Sinn und Zweck des Verbots der Kinderarbeit	296
b) Vorliegen von Kinderarbeit	297
aa) Beschäftigung durch die Erziehungsberechtigten	297
bb) Die Ausnahme für lediglich natürliche Lebensäußerungen	298
cc) Kinder unter drei Jahren	299
dd) Abwägung im Einzelfall	299
5. Unzulässigkeit unter dem Gesichtspunkt der DS-GVO	300
a) Die Haushaltsausnahme gemäß Art. 2 Abs. 2 lit. c DS- GVO	301
b) Eltern als datenschutzrechtlich Verantwortliche	302
c) Erlaubnistatbestand oder Einwilligung?	303
aa) Erlaubnistatbestand	304
bb) Einwilligung	305
I. Meinungsfreiheit von Influencern in der politischen Diskussion	306
I. Rundfunkregelungen	307
II. Presseregelungen	315
III. Allgemeine Regelungen	317
J. Steuern für Influencer	319
I. Ertragssteuerliche Beurteilung der Influencertätigkeiten	319
1. Einkunftsart	319
a) Einkünfte aus selbstständiger freiberuflicher Arbeit i.S.d. § 18 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 EStG	320
aa) Künstlerische Tätigkeit	321
bb) Schriftstellerische Tätigkeit	322
cc) Medienberufliche Tätigkeiten	323
b) Einkünfte aus gewerblicher Tätigkeit i.S.d. § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG	325
aa) Einnahmen aus Werbung und Marketing	325
bb) Gewerbliche und selbstständige Tätigkeit	325
cc) Einkünfte aus nichtselbstständiger Tätigkeit	326
dd) Sonstige Einkünfte	326

Inhaltsverzeichnis

2. Einkünfteermittlung	326
a) Betriebseinnahmen	326
aa) Honorare und Werbeeinnahmen	327
bb) Sachzuwendungen	327
cc) Pauschalierung nach § 37 b EStG	329
b) Betriebsausgaben	331
3. Fazit zur Ertragssteuer	332
II. Gewerbesteuerliche Konsequenzen für Influencer	332
1. Gewerbesteuerpflichtige Unternehmer	332
2. Berechnung der Gewerbesteuer	333
3. Vorauszahlungen	334
4. Erklärungsspflichten	334
5. Fazit	335
III. Umsatzsteuerliche Konsequenzen für Influencer	335
1. Grundsatz: Umsatzsteuerpflicht von im Inland ansässigen Unternehmern	335
a) Unternehmer i.S.d. § 2 Abs. 1 S. 1 UStG	335
b) Erwirkung eines steuerbaren Umsatzes i.S.d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG	336
aa) Leistung	336
bb) Gegenleistung	337
c) Ort des steuerbaren Umsatzes	339
2. Ausnahme: Kleinunternehmer i.S.d. § 19 UStG	340
3. Berechnung der Steuer	341
4. Erklärungsspflichten	343
a) Voranmeldung und Vorauszahlung	343
b) Jahressteuererklärung	345
5. Beispielsfälle	345
6. Fazit zur umsatzsteuerrechtlichen Beurteilung von Influentertätigkeiten	347
IV. Folgen von Steuerhinterziehung durch Influencer	348
V. Fazit	348
 Kapitel 5: Zusammenfassung der Ergebnisse	 350
 Literaturverzeichnis	 359

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
a.F.	Alte Fassung
AO	Abgabenordnung
Art.	Artikel
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
Bzgl.	Bezüglich
Bzw.	Beziehungsweise
DS-GVO	Datenschutz-Grundverordnung
ECRL	Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr (RL 2000/31/EG)
EStG	Einkommensteuergesetz
GewStG	Gewerbesteuergesetz
GG	Grundgesetz
HCVO	Health-Claims-Verordnung
HWG	Gesetz über die Werbung auf dem Gebiet des Heilwesens
i.V.m.	In Verbindung mit
KUG	Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie
MarkenG	Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzei- chen
lit.	littera, Buchstabe
LFGB	Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch
LMIV	Lebensmittel-Informationsverordnung
Nr.	Nummer
TDG	Teledienstgesetz
TMG	Telemediengesetz
Rn.	Randnummer
RStV	Rundfunkstaatsvertrag
MStV	Medienstaatsvertrag
S.	Satz
StGB	Strafgesetzbuch
U Abs.	Unterabsatz
UGP-RL	Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (RL 2005/29/EG)
UrhG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte
UStG	Umsatzsteuergesetz
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
Vgl.	Vergleiche
z.B.	Zum Beispiel

