

getting started – aber richtig:

ein rechtlicher Leitfaden für Gründung
und Aufbau eines Unternehmens



+++++



e-book: Recht für Gründer

Einleitung

Start-up-Unternehmen aus allen Branchen stecken von Beginn an in einem nicht einfach zu lösenden Zwiespalt: einerseits steht die unternehmerische Tätigkeit noch ganz am Anfang, die laufenden Kosten sind in der Regel höher als die Einnahmen, und man hat zunächst einmal alle Hände voll damit zu tun, das Unternehmen auszubauen und Umsatz zu generieren. In dieser Situation kommen rechtliche Einschränkungen und hohe Kosten für diejenigen, die einem diese Einschränkungen vermitteln wollen und alles nur noch komplizierter machen, also Anwälte, höchst ungelegen.

Andererseits sind in nahezu allen Branchen von Beginn der geschäftlichen Tätigkeit an bestimmte Regeln einzuhalten und rechtliche Anforderungen zu erfüllen, deren Missachtung durchaus erhebliche (auch finanzielle) Risiken birgt. Darüber hinaus ist langfristiger Erfolg eines Unternehmens nur denkbar, wenn das Unternehmen von Anfang an auf eine solide Grundlage gestellt wird, wozu auch die umfassende Berücksichtigung rechtlicher Fragen gehört.

Osborne Clarke hat als internationale Wirtschaftskanzlei auf allen Rechtsgebieten eine stark ausgeprägte Affinität zu jungen, aufstrebenden Start-up-Unternehmen. Hieraus resultieren eine umfangreiche Beratungspraxis und -erfahrung sowie umfassende Kenntnisse und Verständnis der tatsächlichen und rechtlichen Fragestellungen, denen Start-ups in sämtlichen Stadien der Geschäftstätigkeit vom Entstehen der Idee über die Gründung des Unternehmens und dessen Wachstum bis hin zum Verkauf begegnen.

Unsere Beratungspraxis hat gezeigt, dass die umfassende Berücksichtigung sämtlicher für das Geschäftsmodell des Start-ups relevanten Fragen für eine professio-

nelle unternehmerische Tätigkeit unerlässlich ist und dass sich dauerhafter Erfolg nur einstellt, wenn das Unternehmen von Anfang an auf einer Grundlage aufgebaut wird, die alle diese rechtlichen Aspekte beachtet und die daraus resultierenden Risiken angemessen verarbeitet.

Oftmals sind sich die Gründer aber gar nicht sämtlicher rechtlicher Probleme, die das zu verwirklichende Geschäftsmodell mit sich bringen kann, bewusst. Eine umfassende rechtliche Beratung kann jedoch durchaus kostenintensiv sein.

Aus diesem Grund soll dieses e-book Euch einen ersten Überblick über die rechtlichen Aspekte geben, die für Start-ups aus allen Branchen regelmäßig unumgänglich sind. Es soll Euch dabei helfen, ein Bewusstsein für die gesamte Tragweite des eigenen Geschäftsmodells zu schaffen und sich stellende Fragen angemessen zu gewichten.

Das e-book gibt Antworten auf die grundlegenden Fragen der Unternehmensgründung, vermittelt die Grundsätze der steuerlichen Fragen und führt in die arbeitsrechtlichen Fragen ein, mit denen Ihr als Gründer regelmäßig bei der Umsetzung Eurer Geschäftsidee konfrontiert seid. Darüber hinaus widmet sich das e-book grundlegenden Fragen des Markenschutzes sowie des Urheberrechts, da der Schutz der eigenen Geschäftsidee und ihrer Umsetzung für Start-ups unverzichtbar ist. Da ein großer Teil der Start-ups im Bereich der neuen Medien aktiv ist, werden zudem grundlegende rechtliche Probleme des Internet und der damit zusammenhängenden Geschäftsmodelle behandelt. Auch wenn es höchst unerfreulich ist, ist es in manchen Fällen leider unerlässlich, sich mit insolvenzrechtlichen Fragen auseinanderzusetzen. Daher bietet das e-book einen Überblick über die grundlegenden Fragen und Antworten des Insolvenzrechts.

Dieses e-book kann eine umfassende rechtliche Beratung im Einzelfall selbstverständlich nicht ersetzen, denn neben den darin behandelten allgemeinen Themen stellen sich bei jedem Geschäftsmodell zahlreiche individuelle Fragen und Probleme, deren Behandlung den vernünftigen Rahmen eines e-book sprengen würde.



Das e-book unterstützt Euch als Gründer und junge Unternehmer jedoch dabei, Euch einen Überblick über nicht zu vernachlässigende rechtliche Themen zu verschaffen und diese richtig einzuordnen. Oftmals genügt schon das Bewusstsein, an welcher Stelle Probleme lauern können und wie diese einzuordnen sind, um spürbar Kosten – sei es für Rechtsberatung oder an anderer Stelle – zu sparen.

Wir hoffen, Euch mit diesem e-book einen hilfreichen und vor allem praxisnahen Überblick über die zu beachtenden Themen an die Hand geben zu können und wünschen Euch viel Erfolg bei der Gründung und Weiterentwicklung Eures Unternehmens.

Euer Osborne Clarke-Team



Inhalt

1	Gesellschaftsrechtliches vor Gründung einer Kapitalgesellschaft ("GbR-Recht").....	12
1.1	Einführung	12
1.2	Ausgangssituation	13
1.3	Gesellschaft bürgerlichen Rechts	13
1.3.1	Entstehung	13
1.3.2	„Verfassung“ der Start-up-GbR.....	14
1.3.3	Gesellschafter.....	15
1.3.4	Vertretung.....	15
1.3.5	Haftung.....	16
1.4	Empfehlung	16

2	Wahl der „richtigen“ Rechts- bzw Gesellschaftsform: Kurzer Vergleich von GmbH, UG (haftungsbeschränkt), Ltd. und AG	18
2.1	Einführung: Allgemeines.....	18
2.2	Einführung: Abgrenzung der Kapitalgesellschaften von den Personengesellschaften	19
2.3	Vergleich der Kapitalgesellschaften.....	20
2.3.1	Limited	20
2.3.2	Aktiengesellschaft (AG)	21
2.3.3	Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)	23
2.3.4	Unternehmergesellschaft (UG) (haftungsbeschränkt).....	25
3	Steuerliche Aspekte	27
3.1	Besteuerung der Gesellschaften	27
3.1.1	GmbH / UG (haftungsbeschränkt)	28
3.1.1.1	Besteuerung der Gesellschaft	28
3.1.1.2	Besteuerung der Gesellschafter	33
3.1.2	Personengesellschaften (OHG, KG, GbR)	37
3.1.2.1	Besteuerung der Gesellschafter	38
3.1.2.2	Thesaurierungsbegünstigung – ermäßigter Steuersatz	41
3.1.3	Einzelunternehmen.....	42
3.2	Umsatzsteuer und Rechnungsstellung	44
3.2.1	Allgemeines	44
3.2.2	Kleinunternehmer als Ausnahme von der Regelbesteuerung.....	46
3.2.3	Lieferungen und Leistungen mit Auslandsbezug	48
3.2.3.1	Innergemeinschaftliche Lieferung	48
3.2.3.2	Ausfuhrlieferung	49
3.2.3.3	Leistungen mit Auslandsbezug.....	49
3.2.4	Pflichtangaben in der Rechnung.....	50
3.2.4.1	Pflichtangaben	50
3.2.4.2	Pflichtangaben bei Kleinbetragsrechnungen	52
3.2.4.3	Besondere Vermerke.....	52
3.3	Gewinnermittlung/Buchführung	54
3.3.1	Aufzeichnungs- und Buchführungspflichten nach Handels- und Steuerrecht	54
3.3.2	Arten der Gewinnermittlung	55
4	Arbeitsrecht	57
4.1	Einleitung	57
4.2	Bewerbersuche und Einstellung	57
4.2.1	Stellenausschreibung – Wie macht man es richtig?	58
4.2.2	Was darf der Arbeitgeber im Vorstellungsgespräch fragen, was nicht?	59

4.3	Abschluss des Arbeitsvertrags	62
4.3.1	Ausgestaltung von Arbeitsverträgen	63
4.3.2	Gesetzliche Regelung zur Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses	66
4.3.3	Wettbewerbsverbote	68
4.3.3.1	Das vertragliche Wettbewerbsverbot	68
4.3.3.2	Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot	68
4.3.3.3	Vertragsstrafe	69
4.3.3.4	Verzicht auf das nachvertragliche Wettbewerbsverbot	70
4.4	Flexible Arbeitsformen	70
4.4.1	Freie Mitarbeiter	70
4.4.2	Teilzeit	71
4.4.2.1	Anspruch auf Teilzeitarbeit	72
4.4.2.2	Das Benachteiligungsverbot	72
4.4.3	Arbeit auf Abruf	72
4.4.4	Befristung	73
4.4.4.1	Sachgrundbefristung	73
4.4.4.2	Befristung ohne Sachgrund	74
4.4.4.3	Existenzgründerprivileg	75
4.4.5	Geringfügige Beschäftigung: Die Minijobs	75
4.5	Tarifverträge	77
4.6	Betriebsverfassungsgesetz	78
4.7	Beendigung des Arbeitsverhältnisses	78
4.7.1	Kündigung versus Aufhebungsvertrag	79
4.7.2	Allgemeine Voraussetzungen einer Kündigung	80
4.7.3	Der Unterschied zwischen der ordentlichen und der außerordentlichen Kündigung	81
4.7.4	Allgemeiner Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz (KSchG)	81
4.7.4.1	Betriebsbedingte Kündigung	83
4.7.4.2	Personenbedingte Kündigung	85
4.7.4.3	verhaltensbedingte Kündigung	86
4.7.5	Der besondere Kündigungsschutz	91
4.8	Sozialversicherungsrecht und Lohnsteuer	92
5	Software	95
5.1	Urheberrechtliche Grundlagen	95
5.1.1	Heutige Bedeutung	95
5.1.2	Beginn des urheberrechtlichen Schutzes	96
5.1.3	Stellung als Urheber	97
5.1.4	Die Rechte des Urhebers	98
5.1.5	Grenzen des Urheberrechts	98
5.2	Software und Urheberrecht	99

5.2.1	Urheberrecht schützt nicht alles	99
5.2.2	Kein Schutz von bloßen Ideen	99
5.2.3	Schöpfungshöhe als Hürde im Urheberrecht	100
5.2.4	Grundsätzlicher Schutz von Software	100
5.2.5	Begriff der Software im Urheberrecht	101
5.3	Lizenzen	101
5.3.1	Begriff der Lizenz	101
5.3.2	Nutzungsrechte	102
5.3.3	Verwertungsrechte	104
5.3.4	Zweckübertragungstheorie	105
5.4	Softwarepatente	106
5.4.1	Aktueller Stand der Dinge	106
5.4.2	Der Nutzen des Patentschutzes	107
5.4.3	Relevanz für Start-ups	108
5.4.4	Gibt es Softwarepatente? Die Rechtsprechung zu Softwarepatenten	109
5.4.5	Was gilt nun?	111
5.4.6	Unsere Empfehlung	112
6	Special: Open-Source-Software	113
6.1	Was ist Open-Source-Software?	113
6.2	Lizenztypen	115
6.3	Welche Lizenz gilt eigentlich?	117
6.4	Die richtige Lizenz für die eigene Entwicklung	118
6.5	Integration fremder Open-Source-Komponenten in eigene Software und eigene Leistungen	119
7	Marken	121
7.1	Was ist eine Marke?	121
7.2	Wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung von Marken	122
7.2.1	Finanzieller Wert	122
7.2.2	Wirkungen der Marke im Wirtschaftsleben	123
7.2.2.1	Herkunftswirkung	123
7.2.2.2	Qualitäts- und Werbewirkung	123
7.2.2.3	Markenrechte und Prioritätsgrundsatz	123
7.3	Bedürfnis nach einem durch Markeneintragungen abgesicherten Markenschutz	124
7.3.1	Benutzungsmarke	125
7.3.2	Vorteile registrierter Marken	126
7.4	Das Anmelde- / Eintragungs- und Widerspruchsverfahren vor dem Deutschen Markenamt	127
7.4.1	Absolute Eintragungshindernisse	128
7.4.1.1	Fehlende Unterscheidungskraft	128

7.4.1.2	Beschreibende Angaben	129
7.4.1.3	Andere absolute Eintragungshindernisse	130
7.4.2	Widerspruchsmöglichkeit für Dritte	130
7.4.2.1	Relative Eintragungshindernisse	130
7.4.2.2	Recherche fremder Rechte vor einer Markenmeldung zur Vermeidung von Widersprüchen	131
7.5	Markenschutz – Die Rechte des Markeninhabers	131
7.6	Unsere Empfehlung	133
8	Wettbewerbsverbot	134
8.1	Einleitung	134
8.2	Allgemeiner Maßstab zur Beurteilung von Wettbewerbsverboten	135
8.3	Rechtliche Bewertung einzelner Wettbewerbsverbote	137
8.3.1	Wettbewerbsverbote in Gesellschaftsverträgen	137
8.3.1.1	Gründungsverträge / Beteiligung von Investoren	137
8.3.1.2	Unternehmensveräußerung	140
8.3.2	Wettbewerbsverbote in Austauschverträgen	140
8.3.2.1	Wettbewerbsverbote in horizontalen Vereinbarungen	142
8.3.2.2	Wettbewerbsverbote in vertikalen Vereinbarungen	144
8.4	Rechtsfolgen bei einem Verstoß gegen das Kartellverbot	146
8.5	Fazit	147
9	Frühphasenfinanzierung des Start-ups durch einen Investor	148
9.1	Einführung: Notwendigkeit der Frühphasenfinanzierung	148
9.2	Basics zur Finanzierungsrunde, oder: wie kommt das Investment in die Gesellschaft?	148
9.2.1	Gegenleistung für neu zu schaffende Geschäftsanteile	149
9.2.2	Kapitalerhöhung	149
9.2.3	Gegenleistung: Das Investment	150
9.2.4	Höhe des Gesamtinvestments: Pre-Money Bewertung	151
9.3	Beteiligungs- und Gesellschaftervereinbarung	151
9.3.1	Beteiligungsvereinbarung	151
9.3.1.1	Kapitalerhöhung und eigentliches Investment	151
9.3.1.2	Meilensteine	152
9.3.1.3	Garantien	154
9.3.2	Gesellschaftervereinbarung	154
9.3.2.1	Vesting	155
9.3.2.2	Tag along	156
9.3.2.3	Drag Along	157
9.3.2.4	Liquidation Preference	157
9.3.2.5	Anti Dilution Protection	158
9.3.2.6	Zustimmungs-/Vetorechte des Investors	158

9.3.2.7	Allgemeines	158
10	Fusionskontrolle.....	160
10.1	Einleitung.....	160
10.2	Anmeldepflicht: Unter welchen Voraussetzungen ist ein Vorhaben anzumelden?.....	161
10.2.1	Zusammenschlusstatbestand	161
10.2.2	Umsatzschwellen.....	162
10.3	Gibt es Ausnahmen von der Anmeldepflicht?.....	163
10.4	Zeitplanung: Wann sollte ein Vorhaben angemeldet werden?.....	164
10.5	Welche Informationen sind für eine Anmeldung erforderlich?	165
10.6	Ist ein Vollzug vor Freigabe möglich?.....	165
10.7	Welche Kosten entstehen und wer muss diese tragen?.....	166
10.8	Mögliche Folgen bei einem Verstoß gegen die Anmeldepflicht	166
10.9	Was sollte nach einem Verstoß gegen das Vollzugsverbot unternommen werden?.....	167
10.10	Fazit.....	168
11	Haftung für fremden Content.....	169
11.1	Einführung	169
11.2	Was ist fremder Content?	170
11.3	Rechtsverletzungen in User-Content	170
11.4	Grundlagen der Haftung für rechtswidrigen fremden Content	171
11.4.1	Notice und Take-Down	171
11.4.1.1	Positive Kenntnis der Rechtsverletzung	172
11.4.1.2	Zumutbare Prüfpflichten	172
11.4.1.3	Verstoß gegen Lösch- und Prüfpflichten.....	173
11.4.2	Relevanz für Start-ups	173
11.5	Unsere Empfehlung.....	174
12	Allgemeine Geschäftsbedingungen.....	175
12.1	Grundlagen.....	175
12.1.1	Was sind Allgemeine Geschäftsbedingungen eigentlich (rechtlich)?..	176
12.1.2	Was fällt alles unter den Begriff AGB?.....	178
12.1.3	Relevanz und Bedeutung für die unternehmerische Tätigkeit des Start-up-Unternehmens	178
12.2	Vorteile und Nachteile.....	179
12.2.1	Vorteile der Verwendung von AGB.....	180
12.2.2	Einschränkungen bei der Verwendung von AGB.....	181
12.3	Anforderungen an AGB und ihre Ausgestaltung.....	183
12.3.1	Transparenzgebot	183
12.3.2	Gesetzliche Informationspflichten	184
12.3.3	Individuelle Erstellung.....	185

12.4	Einbeziehung und (nachträgliche) Änderung von AGB	185
12.4.1	Einbeziehung von AGB.....	185
12.4.2	(Nachträgliche) Änderung von AGB.....	187
12.5	Fazit.....	189
13	Non-Disclosure-Agreements („NDA´s“)	190
13.1	Einführung	190
13.2	Gesetzlicher Schutz vertraulicher Informationen	191
13.2.1	Strafrechtlicher Schutz.....	191
13.2.2	Zivilrechtlicher Schutz.....	191
13.2.2.1	Nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)	191
13.2.2.2	Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB)	191
13.2.3	Zusammenfassung	192
13.3	Vertraglicher Schutz vertraulicher Informationen	192
13.3.1	Notwendige Regelungspunkte eines NDA.....	193
13.3.1.1	Gegenstand des NDA.....	193
13.3.1.2	Geheimhaltungspflichten	195
13.3.1.3	Sanktionen.....	197
13.3.1.4	Dauer der Geheimhaltungspflichten	199
13.3.2	Sonstige Regelungen	200
13.3.2.1	Rückgabepflicht	200
13.3.2.2	Rechtswahl und Gerichtsstand	201
13.4	Fazit.....	201
14	Datenschutz	202
14.1	Grundzüge des Datenschutzes	202
14.2	Anwendungsbereich des Datenschutzrechts.....	202
14.2.1	Personenbezogene Daten	203
14.2.2	Konsequenzen.....	204
14.3	Einwilligung des Betroffenen	205
14.3.1	Einwilligung im E-Commerce.....	205
14.3.2	Die Einwilligung zur Zusendung von Werbung	206
14.4	Besondere Fälle	208
14.4.1	Google Analytics.....	208
14.4.1.1	Historie	208
14.4.1.2	Aktuelle Rechtslage.....	208
14.4.2	Social Plug-Ins (Like-Button und Co.).....	210
14.4.3	Cookies.....	212
14.5	Unterrichtungspflichten	212
14.6	Zusammenarbeit mit Dritten / Dienstleistern.....	213
14.6.1	Auftragsdatenverarbeitung	213
14.6.2	Übermittlung zu Abrechnungszwecken.....	215

14.7	Unsere Empfehlung.....	215
15	E-Commerce	216
15.1	Einführung	216
15.2	Besondere Informationspflichten des Start-ups	217
15.2.1	Informationspflichten im elektronischen Verkehr	217
15.2.2	Preisangaben	219
15.2.3	Impressum.....	221
15.2.4	Informationen zur Verwendung personenbezogener Daten	223
15.2.5	Sonstige Pflichten	224
15.2.6	Relevanz für Start-ups	224
15.3	Widerrufsrecht	225
15.3.1	Widerrufsbelehrung	226
15.3.2	Widerrufsfrist	228
15.3.3	Rückgaberecht	228
15.3.4	Relevanz für Start-ups	228
15.4	Unsere Empfehlung.....	229
16	Gewerbliches Mietrecht	230
16.1	Einleitung.....	230
16.2	Standortfaktoren	231
16.3	Schriftform	231
16.4	Miete.....	232
16.4.1	Ausgestaltung des Mietzinses	232
16.4.2	Umsatzsteuer	232
16.4.3	Wertsicherung	233
16.4.3.1	Staffelmiete.....	233
16.4.3.2	Wertsicherungsklausel.....	233
16.5	Betriebskosten	234
16.6	Mietsicherheit	235
16.7	Gebrauchsüberlassung an Dritte	235
16.7.1	Untervermietung	235
16.7.2	Personelle und Rechtsformänderungen auf Seiten des Mieters.....	235
16.8	Rechte des Mieters bei Mängeln	236
16.8.1	Mietminderung.....	237
16.8.2	Zurückbehaltungsrecht	237
16.8.3	Schadensersatz.....	237
16.8.4	Aufrechnung	238
16.9	Vertragsdauer.....	238
16.10	Beendigung des Mietverhältnisses	238
16.11	Bauliche Veränderungen und Rückbauverpflichtung.....	239
16.12	Instandhaltung und Instandsetzung.....	240

16.13	Schönheitsreparaturen	241
17	Geltendmachung und Durchsetzung von Forderungen im Inland	242
17.1	Einleitung	242
17.2	Möglichkeiten zur Geltendmachung und Durchsetzung von Forderungen	242
17.2.1	Aufforderungsschreiben ("Mahnung")	243
17.2.2	Außergerichtliches Aufforderungsschreiben durch einen Rechtsanwalt	244
17.2.3	Außergerichtliche Einigung mit dem Kunden	244
17.2.4	Einleitung eines Klageverfahrens	245
17.2.4.1	Wo muss geklagt werden?	245
17.2.4.2	Wie lange dauert das Verfahren?	246
17.2.5	Wie hoch sind die Kosten?	246
17.2.6	Mahnbescheidsverfahren	248
17.3	Verjährungsfristen	249
18	Insolvenzrechtliche Aspekte	251
18.1	Einleitung	251
18.2	Was tun, wenn die Krise droht?	251
18.2.1	Gesetzliche Insolvenzantragspflicht	251
18.2.2	Wann bin ich verpflichtet, einen Insolvenzantrag zu stellen?	252
18.2.3	Wie finde ich heraus, ob mein Unternehmen schon insolvenzreif ist?	252
18.2.4	Was passiert bei verspäteter Insolvenzantragstellung?	253
18.2.4.1	Strafrechtliche Folgen	253
18.2.4.2	Zivilrechtliche Folgen	254
18.2.4.3	Vermeidung straf- und zivilrechtlicher Folgen	255
18.2.5	Vorbeugung der Insolvenz bei krisenbedrohten Unternehmen	255
18.3	Was tun, wenn der andere nicht zahlt?	257
18.3.1	Der Ablauf des Insolvenzverfahrens	257
18.3.2	Wie sichere ich meine eigenen Leistungen ab?	259
18.3.3	Anfechtung und Aufrechnung im Insolvenzverfahren	261
18.3.3.1	Aufrechnung in der Insolvenz	261
18.3.3.2	Insolvenzanfechtung	263
18.4	Lizenzen in der Insolvenz	266
18.5	Begriffserklärungen	267
18.6	Hilfreiche Seiten im Internet	269



Dr. Benjamin Monheim LL.M.
Rechtsanwalt
Innere Kanalstr. 15 50823 Köln
T +49 (0) 221 5108 4178
E benjamin.monheim@osborneclarke.de

1 Gesellschaftsrechtliches vor Gründung einer Kapitalgesellschaft ("GbR-Recht")

1.1 Einführung

Die aus der juristischen Sicht vielleicht zentralste Frage des Start-ups, bzw. der Gründer ist die nach der richtigen Rechtsform (Gesellschaftsform) für das Start-up. Aus diesem Grunde werden im folgenden Kapitel die für ein Start-up wichtigsten Rechtsformen dargestellt.

In diesem Kapitel soll gezeigt werden, dass unter Umständen – besser: in den meisten Fällen – jedoch bereits vor der eigentlichen formellen Gründung der Start-up-Gesellschaft die Gründer – auch wenn dies den Gründern meistens gar nicht bewusst ist – eine Gesellschaft gemeinsam errichtet haben: die Gesellschaft bürgerlichen Rechts („GbR“). Dies ist deswegen möglich, da für die Gründung der GbR kein formeller Gründungsakt – also etwa auch keine Beurkundung – erforderlich ist, sondern die GbR unter Umständen automatisch entsteht, wenn die Gründer mit der Umsetzung ihrer Geschäftsidee beginnen.

In diesem Kapitel wollen wir zeigen, wie dies möglich ist, und wollen die Gründer für dieses Thema deswegen sensibilisieren, weil die Gründer als GbR-Gesellschafter unbeschränkt persönlich haften und damit bereits zu diesem frühen Stadium ein erhebliches persönliches Risiko eingehen.



1.2 Ausgangssituation

Um überhaupt in die Problematik der in diesem Kapitel beschriebenen (automatischen oder unbeabsichtigten) GbR-Gründung zu gelangen, muss die Ausgangssituation im Start-up wie folgt beschaffen sein: Mindestens zwei Gründer haben sich zusammengefunden, um die gemeinsame Geschäftsidee umzusetzen. Wird das Start-up nur von einem einzelnen Gründer umgesetzt, stellt sich die in diesem Kapitel beschriebene GbR-Problematik nicht, da eine GbR – anders z.B. als die Gesellschaftsformen der GmbH oder UG (haftungsbeschränkt) – nicht von einem einzelnen Gesellschafter / Gründer errichtet werden kann. Für die Entstehung der GbR verlangt der Gesetzgeber mindestens zwei Gesellschafter.

Nachdem sich nun diese mehreren Gründer zusammengefunden haben, haben sie zusammen eine gemeinsame Geschäftsidee entwickelt und bereits damit begonnen, diese Geschäftsidee umzusetzen, indem erste Umsetzungshandlungen gestartet wurden. Diese Umsetzungshandlungen können in der Verfassung eines Business Plans, dem Beginn der Programmierung einer Software oder Homepage oder anderen Maßnahmen bestehen.

Alles in allem ist die in die GbR-Thematik führende Ausgangssituation des Start-ups bzw. der Gründer als Standard-Ausgangssituation zu bezeichnen, die in den allermeisten Start-up-Konstellationen anzutreffen sein wird. Diese Feststellung zeigt die hohe Relevanz dieses Themas, da sich mit diesem Problemkomplex fast alle Gründer konfrontiert sehen, ohne dies eigentlich zu wissen.

1.3 Gesellschaft bürgerlichen Rechts

1.3.1 Entstehung

Anders als etwa GmbH, UG (haftungsbeschränkt) oder AG (dort jeweils: Beurkundung der Gründungsurkunde inkl. des Gesellschaftsvertrages) bedarf es für die

Errichtung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) keines formellen Gründungsaktes.

Zwar wird die GbR auch durch den Abschluss eines Gründungsvertrages gegründet, allerdings ist für den Abschluss des GbR-Vertrages keine besondere Form vorgesehen. So ist für den Abschluss des GbR-Vertrages noch nicht mal die Unterzeichnung eines schriftlichen Vertrages erforderlich. Vielmehr kann der GbR-Vertrag vollends formlos, also auch mündlich oder – und darin besteht die Gefahr – konkludent (= durch schlüssiges Verhalten) abgeschlossen werden. Es ist noch nicht einmal erforderlich, dass ein konkreter Gründungswille (mündlich) formuliert wird oder den Gründern tatsächlich bewusst oder auch nur von ihnen gewollt ist, gemeinsam eine GbR zu gründen. Vielmehr wird die GbR bereits automatisch dann gegründet, wenn mit der Umsetzung des Gesellschaftszwecks begonnen wird. In diesem Verhalten wird juristisch der (konkludente, also durch schlüssiges Verhalten) unterstellte Abschluss des GbR-Vertrages gesehen. Der Gesellschaftszweck der Start-up-GbR ist die Umsetzung der gemeinsamen Geschäftsidee des Start-ups. Sobald diese Geschäftsidee gefunden ist und die Gründer mit der Umsetzung begonnen haben, entsteht automatisch die GbR. Wie bereits erwähnt, ist es hierfür nicht erforderlich, dass den Gründern bewusst oder von ihnen gewollt ist, dass die GbR entsteht. Wird also etwa – wie oben im Abschnitt „Ausgangssituation“ skizziert – der Business Plan geschrieben oder werden erste Programmierungshandlungen vorgenommen, entsteht die GbR. Dabei ist es übrigens unerheblich, ob diese Handlungen gemeinsam oder nur von einzelnen Gründern vorgenommen werden.

1.3.2 „Verfassung“ der Start-up-GbR

Werden im Hinblick auf die Verfassung der GbR keine individuellen Regeln durch die Gründer vereinbart (also kein individueller GbR-Gesellschaftsvertrag durch die Gründer abgeschlossen), finden die gesetzlichen Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) Anwendung. Da die meisten dieser BGB-Regeln nicht zwingend sind, können die Gründer jeweils abweichende Regeln treffen. In den meisten Fällen werden aber gerade keine abweichenden Regeln von den Gründern für die Ver-

fassung der Start-up-GbR gefasst. Dieser Umstand ist der Konstellation geschuldet, dass den Gründern üblicherweise nicht bekannt und nicht bewusst ist, dass sie eine GbR gegründet haben. Insofern sehen die Gründer logischerweise auch keine Notwendigkeit, von den gesetzlichen Rahmenvorgaben Abweichendes zu vereinbaren.

Leider hat der Gesetzgeber jedoch nur rudimentäre Regelungen für die GbR entworfen und in den meisten Bereichen sind die gesetzlichen Regelungen ungeeignet für die Verfassung der Start-up-GbR. Dies deutet bereits an, dass die GbR in den meisten Fällen nicht die richtige Rechts- oder Gesellschaftsform für die Gründer bzw. deren Start-up-Gesellschaft darstellt.

1.3.3 Gesellschafter

Bei Entstehung der Start-up-GbR werden sämtliche Gründer zugleich Gesellschafter der Start-up-GbR. Mangels abweichender Vereinbarungen – an denen es üblicherweise fehlen wird (vgl. insofern oben unter dem Abschnitt zur „Verfassung der Start-up-GbR“) – werden die Gründer zu gleichen Teilen bzw. Quoten Gesellschafter der Start-up-GbR. Dabei ist es unerheblich, in welchem Umfang die Gründer an der Entwicklung der Geschäftsidee oder an deren Umsetzung beteiligt sind. Die gesetzlichen Bestimmungen des BGB sehen grundsätzlich eine Beteiligung nach Köpfen vor. Dies führt dazu, dass insbesondere die Gewinn- und Verlustbeteiligung der Gründer paritätisch und nicht nach abweichenden Quoten erfolgt. Ist dies nicht gewollt – etwa weil der Beitrag der einzelnen Gründer zum Start-up unterschiedlich hoch ist – müssen die Gründer einen vom Pro-Kopf-Prinzip abweichenden Beteiligungsschlüssel vereinbaren.

1.3.4 Vertretung

Die Frage, wie die GbR nach außen – also Dritten, wie z.B. Vertragspartnern gegenüber – vertreten wird, beschreibt einen der wichtigsten Bereiche der Verfassung der GbR. Da – wie oben beschrieben – die Gründer für die Verfassung der Start-up-GbR üblicherweise keine von den gesetzlichen Regeln des BGB abweichenden



Regeln vereinbart haben, wird in den allermeisten Fällen die Start-up-GbR nach den gesetzlichen Bestimmungen vertreten. Dies führt dazu, dass die Start-up-GbR durch sämtliche Gründer, die zugleich Gesellschafter der Start-up-GbR sind, vertreten wird. Dabei herrscht das Prinzip der so genannten Gesamtvertretung. Dies bedeutet, dass sämtliche Gründer immer gemeinsam die Start-up-GbR vertreten müssen. Dass dieses Gesamtvertretungsprinzip – insbesondere bei einer größeren Anzahl von Gründern – ungeeignet ist, liegt auf der Hand. Es dürfte für das Tagesgeschäft des Start-ups nicht förderlich sein, wenn immer alle Gründer gemeinsam für das Start-up handeln müssen.

1.3.5 Haftung

In der GbR haften alle Gesellschafter jeweils mit ihrem kompletten Privatvermögen. Da dieses Haftungsprinzip gegenüber den Dritten – den Gläubigern der Start-up-GbR – besteht, kann dieses massive Haftungsrisiko der Gründer nicht – auch nicht durch abweichende Vereinbarungen zwischen den Gründern bzw. Gesellschaftern – eingeschränkt werden. Aus diesem Grunde sollten die Gründer sehr unmittelbar und wachsam die Frage diskutieren, ob tatsächlich die GbR die richtige Rechts- bzw. Gesellschaftsform für die Umsetzung der gemeinsamen Geschäftsidee ist. Die Rechtsformen der GmbH, UG (haftungsbeschränkt) und AG führen zu einer beschränkten Haftung (begrenzt auf die jeweils übernommene Stammeinlage) der Gründer. Dies ist letztlich der Hauptgrund, weswegen das Start-up in einer (für die Gründer) haftungsbeschränkenden Rechtsform konstituiert werden sollte.

1.4 Empfehlung

Das zuvor aufgezeigte Haftungsrisiko der Gründer (im schlimmsten Fall bezogen auf das komplette Privatvermögen) führt dazu, dass wir den Gründern empfehlen, in die Rechtsform der GmbH oder UG (haftungsbeschränkt) oder AG zu wechseln. Sollten die Gründer – weil sie meinen, das Haftungsrisiko im Griff zu haben und / oder weil der administrative Aufwand zu hoch ist / erscheint – dennoch in der Rechtsform der GbR bleiben wollen, ist zumindest darüber nachzudenken, der

Start-up-GbR einen individuellen GbR-Gesellschaftsvertrag zu geben. Die vom BGB zur Verfügung gestellten Regelungen sind häufig für das Start-up ungeeignet und sollten deswegen durch individuelle und auf die konkreten Bedürfnisse angepasste Regelungen ersetzt werden.

Diese Überlegungen – (i) Wechsel in eine andere Rechtsform oder (ii) Abschluss eines individuellen Start-up-GbR-Gesellschaftsvertrages – sollten von den Gründern schon sehr früh und permanent in der Frühphase des Start-ups angestellt werden. Da die Gründung der Start-up-Gesellschaft als GbR bereits zu einem sehr frühen Zeitpunkt, häufig automatisch und von den Gründern in der Regel unbewusst geschieht, sind diese Fragen bewusst zu thematisieren und früh zu beantworten. Mit diesem Kapitel sollen die Gründer für diese Fragestellungen frühzeitig sensibilisiert werden.



Dr. Benjamin Monheim LL.M.
Rechtsanwalt
Innere Kanalstr. 15 50823 Köln
T +49 (0) 221 5108 4178
E benjamin.monheim@osborneclarke.de

2 Wahl der „richtigen“ Rechts- bzw Gesellschaftsform: Kurzer Vergleich von GmbH, UG (haftungsbeschränkt), Ltd. und AG

2.1 Einführung: Allgemeines

Wie bereits einführend in Kapitel 1 bemerkt, ist die Frage nach der „richtigen“ Rechts- oder Gesellschaftsform für das Start-up aus juristischer Sicht eine der zentralsten. Aus den in Kapitel 1 genannten Gründen empfehlen wir Euch möglichst frühzeitig – insbesondere aus Gründen der Begrenzung der persönlichen Haftung – , die für Euch und Euer Start-up wichtige Weichenstellung der Gründung der „richtigen“ Gesellschaft vorzunehmen.

Bei der Frage, welche Rechtsform die „richtige“ für Euer Start-up ist, spielen natürlich individuelle Rahmenbedingungen eine große Rolle. Gleichwohl werden aber ganz regelmäßig und überwiegend (unter anderem) folgende Entscheidungsparameter im Hinblick auf die Anforderungen an die Start-up-Gesellschaft formuliert, die uns eine pauschale Empfehlung der richtigen Rechtsform ermöglichen:

- persönliche Haftungsbegrenzung der Gründer
- Gründungsaufwand (insbesondere in finanzieller Hinsicht)
- Reputation bzw. Image der Rechtsform im Geschäftsverkehr
- administrativer Aufwand in der Führung des Unternehmens (z.B. Veröffentlichungspflichten im Hinblick auf den Jahresabschluss oder ähnliches) und



- Übertragbarkeit der Beteiligung bzw. Aufnahme weiterer Gesellschafter.

2.2 Einführung: Abgrenzung der Kapitalgesellschaften von den Personengesellschaften

In diesem Kapitel wollen wir Euch nur einen Überblick über die gängigsten oder die geeignetsten Rechtsformen geben. Da die beschränkte persönliche Haftung eigentlich von allen Gründern als Hauptanforderung an die Rechtsform genannt wird, kommen letztlich nur die Rechtsformen der Kapitalgesellschaften (insbesondere GmbH, UG (haftungsbeschränkt), Ltd. und AG) für das Start-up in Frage.

Die Personengesellschaften (die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, GbR, und die offene Handelsgesellschaft, OHG) sehen keine Beschränkung der persönlichen Haftung der Gesellschafter (Gründer) vor; die Kommanditgesellschaft (KG) statuiert die Beschränkung der persönlichen Haftung nicht für sämtliche Gesellschafter. Deswegen kommen die Rechtsformen der Personengesellschaften ganz überwiegend für Start-ups nicht in Frage.

Wie das erste Kapitel gezeigt hat, „rutschen“ die meisten Start-ups dennoch zunächst häufig in die Rechtsform der GbR. Bereits im ersten Kapitel haben wir gezeigt, dass dies mit einer vollumfänglichen persönlichen Haftung sämtlicher Gründer einhergeht. Aus diesem Grunde empfehlen wir bereits in Kapitel 1, möglichst frühzeitig über Alternativen nachzudenken und das Start-up in eine andere Gesellschaftsform zu bringen. Da die offene Handelsgesellschaft (OHG) ebenfalls eine unbeschränkte Haftung sämtlicher Gründer bzw. Gesellschafter vorsieht, halten wir die OHG – ebenso wie die GbR – für eine ungeeignete Gesellschaftsform. Bei der KG ist dies etwas weniger eindeutig zu bewerten, da hier zwei unterschiedliche Arten von Gesellschaftern (Komplementäre und Kommanditisten) vorgesehen sind. Während der oder die Komplementär/e – vergleichbar den GbR- oder OHG-Gesellschaftern – unbeschränkt persönlich haftet / haften, haften die Kommanditisten – vergleichbar den GmbH-Gesellschaftern (vgl. unten) – beschränkt auf die



jeweils übernommene Einlage. Wenn man überdies eine GmbH & Co. KG-Struktur aufsetzt und als einzige Komplementärin dann eine GmbH einsetzt, erreicht man im Ergebnis auch, dass keine natürliche Person unbeschränkt persönlich haftet. Da die GmbH & Co. KG-Struktur letztlich aber eine doppelstöckige Gesellschaftsstruktur mit der Gründung von zwei Gesellschaften darstellt, wird diese recht komplizierte Variante letztlich für klassische Start-up-Konstellationen nicht geeignet sein.

Somit kommen wir zu der abschließenden Feststellung, dass in dem Kreis der Personengesellschaften keine geeignete Rechtsform für das Start-up zu finden ist, sondern das Start-up sich als Kapitalgesellschaft konstituieren sollte.

2.3 Vergleich der Kapitalgesellschaften

Somit müsst Ihr Euch bei der Suche nach der richtigen Rechtsform letztlich nur mit den verschiedenen Kapitalgesellschaftsformen auseinandersetzen. In diesem Abschnitt wollen wir deswegen die Vor- und Nachteile der folgenden Kapitalgesellschaften miteinander abwägen: GmbH, UG (haftungsbeschränkt), AG und Ltd. (nach UK-Recht).

2.3.1 Limited

Seit ein paar Jahren ist es auch für deutsche Start-ups möglich, in Deutschland eine so genannte Company limited by shares, also eine Limited (Ltd.) zu gründen.

Eine Zeit lang schien diese Alternative aus folgendem Grunde für Unternehmensgründungen attraktiv: anders als bei der GmbH – die UG (haftungsbeschränkt) gibt es erst seit Ende 2008 – ist für die Limited kein Mindeststammkapital erforderlich. Viele Unternehmensgründer scheuten den finanziellen Kraftakt der Aufbringung des Mindeststammkapitals der GmbH in Höhe von EUR 25.000,00 (vgl. unten) und entschieden sich bei der Unternehmensgründung für die Limited, bei der das Mindeststammkapital (registered share capital) frei wählbar ist und somit auf ein britisches Pfund festgelegt werden konnte.



Dieser finanzieller Vorteil der Limited gegenüber der GmbH stellte sich für die Gründer dann aber in doppelter Hinsicht als nicht nachhaltig heraus: Zum einen sind die laufenden Kosten der dem englischen Recht unterstehenden Limited deutlich höher als bei der deutschen GmbH (so muss zum Beispiel der Jahresabschluss der Limited in englischer Sprache im Company's House in England veröffentlicht werden und für viele Vorgänge müssen bei englischen Notaren kostspielige Existenz- und Vertretungsnachweise für die Limited beigebracht werden). Zum anderen ist der Kostenaufwand bei der GmbH im Hinblick auf die Aufbringung des Stammkapitals richtig einzuordnen: Das Mindeststammkapital in Höhe von EUR 25.000,00 muss bei der Gründung nur zur Hälfte erbracht werden und überdies kann mit dem eingebrachten Stammkapital gewirtschaftet werden. Folglich muss das bei der GmbH-Gründung von den Gründern eingebrachte Stammkapital nicht etwa auf einem Haftungskonto „geparkt“ werden, sondern kann für den Geschäftsaufbau des Start-ups aktiv verwendet werden. Wenn man nun berücksichtigt, dass das Start-up in aller Regel ohnehin gewisse Anschaffungen tätigen muss, zumindest aber Büroraum anmieten wird, kann mit dem eingezahlten Stammkapital unmittelbar nach der Gründung sinnvoll gewirtschaftet werden.

Insofern ist der finanzielle Vorteil der Limited gegenüber der GmbH nur scheinbarer Natur, da er nach recht kurzer Zeit (über-) kompensiert wird. Überdies hat der deutsche Gesetzgeber mit der Schaffung der Rechtsform der UG (haftungsbeschränkt) eine auch im Hinblick auf das Mindeststammkapital attraktive Alternative geschaffen, mit der letztlich die „Flucht“ in die Limited gestoppt werden konnte. Da – ebenso wie bei der Limited – auch bei der UG (haftungsbeschränkt) kein Mindeststammkapital gefordert wird (vgl. unten) sehen wir nun überhaupt keine Argumente mehr für ein deutsches Start-up, eine Limited zu gründen.

2.3.2 Aktiengesellschaft (AG)

Wenn auch in der Praxis äußerst selten als Rechtsform für Start-ups verwendet, soll an dieser Stelle zumindest kurz die Aktiengesellschaft (AG) angesprochen werden.

Wie auch die anderen Rechtsformen bietet die AG ihren Gesellschaftern (Aktionären) den Vorzug der beschränkten persönlichen Haftung. Die Gründung der AG ist ähnlich aufwendig wie die der GmbH oder UG (haftungsbeschränkt): das Gründungsprotokoll inklusive Feststellung der Satzung ist notariell zu beurkunden. Allerdings beträgt das Mindestgrundkapital EUR 50.000,00 und muss in voller Höhe bei Gründung der AG eingezahlt werden (während bei der GmbH das festgelegte Stammkapital – mindestens EUR 25.000,00 – bei der Gründung nur zur Hälfte, also in Höhe von EUR 12.500,00, eingezahlt werden muss). Aus diesem Grunde der recht hohen Kapitalaufbringung bei der Gründung fällt die AG in vielen Fällen als Alternative für Start-ups aus.

Die aus der organschaftlichen Struktur der AG resultierende geringere Einflussnahmemöglichkeit der Gesellschafter (Aktionäre) auf die Unternehmensleitung (Vorstand) macht die AG in einigen Fällen weiter unattraktiv für Gründer: Die Gemeinschaft der Aktionäre fasst ihre Beschlüsse in der Hauptversammlung. Jedoch wird das Organ der Unternehmensleitung nicht direkt von der Hauptversammlung gewählt. Die Hauptversammlung wählt den Aufsichtsrat und dieser erst wählt den Vorstand. Dem gegenüber wird das Geschäftsführungsorgan bei der GmbH (dort Geschäftsführer) direkt von den Gesellschaftern, also der Gesellschafterversammlung, gewählt. Überdies ist bei der GmbH ein Aufsichtsrat – anders als bei der AG – als weiteres Organ der Gesellschaft nicht zwingend vorgeschrieben.

Ein Vorteil der AG – auch und insbesondere gegenüber der GmbH und der UG (haftungsbeschränkt) – ist die einfachere Übertragbarkeit von Unternehmensbeteiligungen (Aktien). Während bei der GmbH und der UG (haftungsbeschränkt) die Geschäftsanteile stets durch notarielle Beurkundung übertragen werden müssen, was entsprechende Notargebühren auslöst, sind Aktien durch privatschriftlichen Vertrag übertragbar.

Wegen der hohen Mindestgrundkapitalziffer (EUR 50.000,00) bei der AG, der nicht nur wegen des zusätzlichen zwingenden Organs des Aufsichtsrats aufwendigeren Struktur und dem auch ansonsten im Vergleich zur GmbH deutlich höheren admi-



nistrativen Aufwand, ist die AG in den meisten Fällen nicht die geeignete Rechtsform für das Start-up. Falls sich in der späteren Unternehmensentwicklung zeigen sollte, dass die AG doch die geeignete Rechtsform sein sollte, ist ein Wechsel in die AG durch einen entsprechenden Umwandlungsvorgang möglich. Im Rahmen der Gründung empfehlen wir jedoch in den meisten Fällen nicht die Rechtsform der AG.

2.3.3 Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)

Absoluter Klassiker und auch von uns für die Gründung des Start-ups in aller Regel empfohlen: die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH).

Auch hier kommen die Gesellschafter in den Genuss der beschränkten persönlichen Haftung: Die Gründer / Gesellschafter haften nicht mit ihrem kompletten privaten Vermögen, sondern beschränkt auf die übernommene Stammeinlage.

Das Mindeststammkapital bei Gründung – also die Summe der von den Gründern zu übernehmenden Stammeinlagen – beträgt EUR 25.000,00. Die einzelnen Stammeinlagen müssen auf ganze Euro lauten. Da insofern eine sehr kleine oder feingliedrige Stückelung der Geschäftsanteile möglich ist, kann jeweils eine den wirtschaftlichen Vorstellungen sehr exakt entsprechende prozentuale Beteiligung am Stammkapital ermöglicht werden. Wie bereits oben angesprochen, muss das Mindeststammkapital bzw. das im Rahmen der Gründung der GmbH festgelegte Stammkapital bei der Gründung von den Gründern nicht komplett, sondern nur mindestens zur Hälfte erbracht werden. Dies ermöglicht den Gründern, finanzielle Engpässe bei der Erbringung des Stammkapitals abzufedern. Auf die einzelnen übernommenen Stammeinlagen müssen die Gründer sogar nur mindestens ein Viertel des Nennbetrags erbringen; hierbei muss aber natürlich die Summe der auf die einzelnen Stammeinlagen erbrachten Zahlungen zumindest der Hälfte des gesamten Stammkapitals entsprechen.

Die Gründung der GmbH geschieht leider ähnlich aufwendig (und kostspielig) wie die der AG: die Gründungsurkunde (inkl. der Satzung) bedarf der notariellen Beur-



kundung. Die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen ist ebenfalls zu beurkunden.

Die GmbH wird von dem oder den Geschäftsführern geführt und vertreten. Die Geschäftsführer werden von der Gesellschafterversammlung, in der alle Gesellschafter entsprechend ihrer Beteiligung am Stammkapital stimmberechtigt sind, bestellt. Insofern besteht bei der GmbH eine unmittelbarere Einflussnahme der Gesellschafter auf die Geschäftsführung als bei der AG, bei der der Vorstand durch den Aufsichtsrat (und nicht durch die Hauptversammlung) bestimmt wird. Die Gesellschafter können im Übrigen zugleich Geschäftsführer der Gesellschaft werden. Gerade bei Start-ups ist diese Doppelrolle häufig anzutreffen: alle oder einzelne Gesellschafter / Gründer werden auch zu Geschäftsführern der Gesellschaft bestellt. In solchen Konstellationen müssen natürlich die beiden Rollen (operativ tätiger Geschäftsführer und die eine Beteiligung am Start-up abbildende Gesellschafterstellung) strikt auseinander gehalten werden.

Letztlich wird aus unserer Sicht ganz überwiegend die GmbH die richtige Rechtsform für das Start-up sein. Lediglich in den Fällen, in denen aufgrund einer knappen Kapitalausstattung der Gründer die Stammkapitalaufbringung nicht gelingt, kann über die recht neue Alternative der UG (haftungsbeschränkt) nachgedacht werden. Dabei müssen sich die Gründer nur darüber bewusst sein, dass die Reputation oder das Image der UG (haftungsbeschränkt), die ja im Ergebnis nichts anderes ist als die Light-Ausgabe der GmbH (vgl. unten), im Geschäftsverkehr etwas weniger positiv ist als bei der GmbH. Die UG (haftungsbeschränkt), die auch diesen Namenszusatz im Rechtsverkehr tragen muss, trägt sozusagen den Makel der minderen Kapitalausstattung offen zur Schau.

Alles in allem kommen wir somit in den allermeisten Fällen zu der ganz klaren Empfehlung, dass die Gründer möglichst frühzeitig in die Rechtsform der GmbH wechseln sollten.



2.3.4 Unternehmergesellschaft (UG) (haftungsbeschränkt)

Wie beschrieben, gibt es seit Ende 2008 die Möglichkeit, eine so genannte Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) oder UG (haftungsbeschränkt) zu gründen. Letztlich ist die UG (haftungsbeschränkt) ebenfalls eine GmbH, auf die fast alle Bestimmungen der GmbH unmittelbar Anwendung finden. Es gibt jedoch drei Hauptunterschiede der UG (haftungsbeschränkt) zur GmbH:

- Anders als bei der GmbH – bei der das Mindeststammkapital EUR 25.000,00 beträgt – kann bei der UG (haftungsbeschränkt) das Stammkapital durch die Gründer frei gewählt werden. Der Gesetzgeber hat damit durch Schaffung der UG (haftungsbeschränkt) auf die Tendenz reagiert, dass in Deutschland viele Unternehmensgründungen in der Rechtsform der Limited (vgl. oben) stattgefunden haben.
- Während bei der GmbH der komplette Jahresüberschuss an die Gesellschafter ausgeschüttet werden kann, sind die Gesellschafter der UG (haftungsbeschränkt) verpflichtet, 25 % des jährlichen Jahresüberschusses in die Gewinnrücklage der Gesellschaft einzustellen. Diese Verpflichtung zur Gewinnrückstellung stellt gewissermaßen eine Art Korrektiv zu der verminderten Stammkapitalausstattung der UG (haftungsbeschränkt) gegenüber der GmbH dar.
- Im Namen der UG (haftungsbeschränkt) muss der Rechtsformzusatz „UG (haftungsbeschränkt)“ geführt werden. Die UG (haftungsbeschränkt) darf nicht als GmbH im Geschäfts- oder Rechtsverkehr auftreten. Damit wird offen gelegt, dass die UG (haftungsbeschränkt) mit weniger Stammkapital als die GmbH ausgestattet ist.

Eine späterer Wechsel aus der UG (haftungsbeschränkt) in die GmbH ist jederzeit möglich, in dem das Stammkapital der UG (haftungsbeschränkt) auf mindestens



EUR 25.000,00 erhöht wird. Nachdem der Wechsel der UG (haftungsbeschränkt) vorgenommen wurde, entfallen die vorgenannten Restriktionen der UG (haftungsbeschränkt) im Vergleich zur GmbH.

Für mit weniger Startkapital ausgestattete Gründer ist die UG (haftungsbeschränkt) eine günstige Alternative zur GmbH und sollte in jedem Fall der Limited vorgezogen werden. Zugleich sollte den Gründern bewusst sein, dass durch den Rechtsformzusatz der „UG (haftungsbeschränkt)“ dem Rechts- und Geschäftsverkehr diese geringere Kapitalausstattung der Gründer offen gelegt wird, weswegen das Image der UG (haftungsbeschränkt) weniger gut als das der GmbH ist. Aus diesem Grunde bezeichnet man die UG (haftungsbeschränkt) auch gerne als „Mini-GmbH“.





Maik Laschütza
Rechtsanwalt, Steuerberater
Innere Kanalstr. 15 50823 Köln
T +49 (0) 221 5108 4056
E maik.laschuetza@osborneclarke.de

3 Steuerliche Aspekte

Das Thema Steuern wird von Start-up-Unternehmen in der Anfangsphase gern verdrängt, sei es, dass diesem Themenbereich keine allzu große Bedeutung zugemessen wird oder die Materie als zu undurchsichtig, kompliziert erscheint. Gleichwohl sollte in der Gründungsphase die Wahl der Rechtsform nicht ohne vorherigen Blick auf die verschiedenen Besteuerungsformen der jeweiligen Unternehmens- bzw. Gesellschaftsform erfolgen. Aus der jeweiligen Gesellschaftsform, in der Ihr Euer Unternehmen betreibt, ergeben sich zum Teil unterschiedliche steuerliche Pflichten, zu deren Einhaltung Ihr als Unternehmer gegenüber der Finanzverwaltung verpflichtet seid. Darüber hinaus werdet Ihr steuerrechtliche Grundbegriffe in Eurem Unternehmen z.B. auch bei der Beteiligung von Investoren, Gewinnausschüttungen oder Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen antreffen, so dass es sich durchaus lohnt, steuerrechtliche Themen frühzeitig anzugehen.

3.1 Besteuerung der Gesellschaften

Die folgende Darstellung gibt einen Überblick über die Besteuerung von verschiedenen Gesellschaftsformen und die Besteuerung der jeweiligen Anteilseigner bzw. Gesellschafter.

3.1.1 GmbH / UG (haftungsbeschränkt)

3.1.1.1 Besteuerung der Gesellschaft

Die GmbH und auch die UG (haftungsbeschränkt) sind steuerrechtlich als Kapitalgesellschaften zu qualifizieren. Bei der Besteuerung von Kapitalgesellschaften gilt das Trennungsprinzip, das besagt, dass die Besteuerung der Gesellschaft selbstständig und getrennt von der Besteuerung ihrer Gesellschafter erfolgt.

Auf die Besteuerung der UG (haftungsbeschränkt) finden grundsätzlich dieselben Vorschriften Anwendung wie für die Besteuerung einer GmbH, so dass die folgenden Ausführungen zu der Besteuerung der GmbH und ihrer Anteilseigner (Gesellschafter) entsprechend für die UG (haftungsbeschränkt) gelten.

Die GmbH unterliegt mit ihren Einkünften der Körperschaftsteuer. Bemessungsgrundlage für die tarifliche Körperschaftsteuer ist das zu versteuernde Einkommen, das aus dem steuerlichen Gewinn der Gesellschaft abgeleitet wird. Das zu versteuernde Einkommen wird mit einem einheitlichen Körperschaftsteuersatz von 15 % versteuert, unabhängig von der Einbehaltung des Gewinns im Unternehmen oder der Ausschüttung an die Gesellschafter. Neben der Körperschaftsteuer wird zusätzlich ein Solidaritätszuschlag in Höhe von 5,5 % der festgesetzten Körperschaftsteuer erhoben.

Bei der GmbH verbietet das Trennungsprinzip eine Nutzung von Verlusten der Gesellschaft auf der Gesellschafterebene. Aufgrund der bestehenden gesetzlichen Regelung können entstandene Verluste auf Ebene der GmbH nur in das Vorjahr zurückgetragen oder mit zukünftigen Gewinnen der Folgejahre verrechnet werden. Der Verlustrücktrag oder Verlustvortrag erfolgt nicht in unbegrenzter Höhe, sondern es sind bestimmte betragsmäßige Grenzen zu beachten.

Die auf Ebene der GmbH erwirtschafteten Gewinne können im Wege von Gewinnausschüttungen an die Gesellschafter ausgekehrt werden. Eine steuerneutrale Ent-

nahme – wie sie auf Ebene der Personengesellschaften möglich ist – ist bei einer Kapitalgesellschaft nicht möglich. Bei der Gewinnausschüttung handelt es sich um die Verwendung des auf Ebene der Gesellschaft bereits versteuerten Einkommens. Damit erfolgt die Gewinnausschüttung auf Ebene der GmbH gewinnneutral.

Die GmbH ist gesellschaftsrechtlich eine eigenständige juristische Person und wird auch steuerrechtlich als eigenständige Rechtspersönlichkeit behandelt. Aus diesem Grund zählen alle im zivilrechtlichen oder wirtschaftlichen Eigentum stehenden Wirtschaftsgüter der GmbH zu ihrem Betriebsvermögen. Eine Privatsphäre und somit Privateigentum besitzt die GmbH nicht. Die Vermögensebenen zwischen Gesellschafter und GmbH sind deshalb strikt voneinander zu trennen.

Da es sich bei einer GmbH auch steuerrechtlich um eine eigenständige Rechtspersönlichkeit handelt, können die Gesellschafter einer GmbH mit ihrer Gesellschaft schuldrechtliche Verträge schließen. Bei der Gewinnermittlung der GmbH werden die schuldrechtlichen Verträge mit den Gesellschaftern grundsätzlich wie Verträge mit fremden Dritten behandelt. Somit können zwischen der GmbH und ihren Gesellschaftern Forderungen und Verbindlichkeiten entstehen, die in der Steuerbilanz der GmbH ausgewiesen werden, z.B. Darlehensverbindlichkeiten oder Forderungen aus Kauf- oder Mietverträgen. Die vereinbarten Entgelte beeinflussen als Betriebs-einnahmen bzw. Betriebsausgaben unmittelbar das zu versteuernde Einkommen der Gesellschaft.

Verträge zwischen der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern werden steuerlich nur insoweit anerkannt, als sie den vertraglichen Vereinbarungen zwischen fremden Dritten entsprechen, so genannter Fremdvergleich. Demnach ist in diesem Zusammenhang eine Prüfung erforderlich, ob die Leistung an den Gesellschafter aus betrieblichen Gründen erfolgt oder mit Rücksicht auf das Gesellschaftsverhältnis gewährt wird. Diese Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis kennzeichnet das Wesen einer so genannten verdeckten Gewinnausschüttung. Die von der Gesellschaft gewährten Leistungen werden bei Vorliegen einer verdeckten Gewinnausschüttung so behandelt, als ob sie im Rahmen einer offenen Gewinnausschüt-

tung und nicht aufgrund vertraglicher Vereinbarungen den Gesellschaftern zugeflossen wären.

Eine verdeckte Gewinnausschüttung ist

- eine Vermögensminderung oder verhinderte Vermögensmehrung bei der GmbH
- mit Auswirkungen auf den Gewinn der GmbH
- die durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist (also gerade nicht aus betrieblichen Gründen)
- und ohne Gewinnausschüttungsbeschluss erfolgt.

Eine Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis wird von der höchstrichterlichen Rechtsprechung angenommen, wenn die Kapitalgesellschaft ihrem Gesellschafter oder einer diesem nahe stehenden Person einen Vermögensvorteil zuwendet, den sie bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters einem Nichtgesellschafter nicht gewährt hätte. Sollte die Leistungsbeziehung zwischen Gesellschaft und Gesellschafter als verdeckte Gewinnausschüttung zu qualifizieren sein, hat dies zur Folge, dass der Leistungsabfluss auf Ebene der GmbH keinen Einfluss auf den Gewinn haben darf und somit nicht als Betriebsausgabe in das zu versteuernde Einkommen der Gesellschaft einfließt. Sofern eine verdeckte Gewinnausschüttung im Nachhinein z.B. im Rahmen einer Betriebsprüfung festgestellt wird, führt dies zu einer Erhöhung des Gewinns der Gesellschaft und damit zu einer Körperschaftsteuernachzahlung. In der Praxis können verdeckte Gewinnausschüttungen in sehr unterschiedlichen Sachverhaltskonstellationen auftreten, z.B.

- beim Ankauf von Gegenständen durch die GmbH von ihrem Gesellschafter zu überhöhten Preisen
 - bei der Erbringung von Dienstleistungen an die GmbH durch ihren Gesellschafter zu überhöhten Preisen
-

- bei der Darlehensgewährung durch die Gesellschaft an den Gesellschafter zu einem zu niedrigen, marktunüblichen Zinssatz oder
- bei Veräußerung von Gegenständen des Betriebsvermögens der Gesellschaft an den Gesellschafter zu einem verbilligten Kaufpreis.

Bei beherrschenden Gesellschaftern kann die durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasste Vermögensminderung auch darin bestehen, dass die GmbH an den beherrschenden Gesellschafter ein Entgelt zahlt, obwohl es an einer im Vorhinein getroffenen, klaren, eindeutigen und rechtswirksam abgeschlossenen Vereinbarung fehlt. Eine beherrschende Stellung eines Gesellschafters einer GmbH liegt im Regelfall dann vor, wenn der Gesellschafter die Mehrheit der Stimmrechte besitzt und deshalb in der Gesellschafterversammlung entscheidenden Einfluss ausüben kann. Bei einer Beteiligungsquote von 50 % oder weniger müssen für die Begründung einer beherrschenden Gesellschafterstellung noch besondere Umstände hinzutreten, die eine Beherrschung der Gesellschaft begründen.

Im Ergebnis bedeutet eine verdeckte Gewinnausschüttung für die übrigen Gesellschafter stets eine Benachteiligung und für die GmbH selbst einen Liquiditätsentzug.

Neben der Besteuerung von Unternehmensgewinnen durch das Körperschaftsteuergesetz unterwirft das Gewerbesteuergesetz Kapitalgesellschaften kraft ihrer Rechtsform der Gewerbesteuer. Bemessungsgrundlage für die Gewerbesteuer ist der Gewerbeertrag, der auf Grundlage des Gewinns der GmbH ermittelt wird. In diesem Zusammenhang sieht das Gewerbesteuergesetz bestimmte Hinzurechnungen und Kürzungen bei der Ermittlung des Gewerbeertrags vor. Im Gegensatz zu den Personengesellschaften gewährt der Gesetzgeber einer GmbH keinen Freibetrag bei der Ermittlung des Gewerbeertrags. Der auf volle EUR 100,00 abzurundende Gewerbeertrag ist mit der einheitlichen Steuermesszahl von 3,5 % zu multiplizieren. Der sodann ermittelte Betrag wird als Gewerbesteuermessbetrag bezeichnet. Die Gewerbesteuer wird von der jeweiligen Gemeinde erhoben, in der die



GmbH ihren Sitz hat. Das Finanzamt ermittelt in diesem Zusammenhang nur den Gewerbesteuermessbetrag und teilt diesen der Gemeinde durch Übersendung eines Gewerbesteuermessbescheides mit. Die Gemeinde wendet auf den Gewerbesteuermessbetrag einen Hebesatz an und ermittelt so die Gewerbesteuer (Gewerbesteuermessbetrag x Hebesatz). Die Hebesätze variieren von Gemeinde zu Gemeinde. Der Hebesatz der Stadt Köln beträgt im Jahr 2011 475 % (im Jahr 2010 450 %).

Die Gewerbesteuer stellt auf Ebene der GmbH bei der Ermittlung des zu versteuernden Einkommens eine nichtabzugsfähige Betriebsausgabe dar, so dass diese Ausgabe für die Ermittlung der festzusetzenden Körperschaftsteuer nicht einkommensmindernd berücksichtigt wird.

Die folgende Übersicht gibt Aufschluss darüber, inwieweit der Hebesatz der jeweiligen Gemeinde Einfluss nimmt auf die Steuerbelastung der GmbH:



Einflussfaktor Gewerbesteuer-Hebesatz

Hebesatz	350 %	400 %	450 %	475 %
Gewerbesteuersatz (effektiv)	12,25 %	14 %	15,75 %	16,625 %
Körperschaftsteuersatz	15 %	15 %	15 %	15 %
Solidaritätszuschlag	0,825 %	0,825 %	0,825 %	0,825 %
Steuerbelastung auf Ebene der Kapitalgesellschaft	28,075 %	29,825 %	31,575 %	32,45 %

3.1.1.2 Besteuerung der Gesellschafter

Die Gesellschafter einer GmbH können steuerpflichtige Einnahmen aufgrund bestehender Leistungsbeziehungen mit der Gesellschaft erzielen, z.B. aus Miet- oder Kaufverträgen oder aufgrund von Gewinnausschüttungen. Die Einnahmen aus bestehenden Leistungsbeziehungen sind von den Gesellschaftern in der gleichen Art zu versteuern wie sie bei Erhalt von fremden Dritten zu versteuern wären. Sollte z.B. ein Gesellschafter Büroräume an die GmbH vermieten, sind die erhaltenen Mietzahlungen grundsätzlich als Einnahmen bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung zu versteuern.

Im Zusammenhang mit der Vermietung von Gegenständen an die Gesellschaft kann es zu einer Aufteilung eines ursprünglich wirtschaftlich einheitlichen Betriebes in zwei rechtlich selbständige Unternehmen kommen. Eine derartige Gestaltung wird steuerrechtlich als Betriebsaufspaltung bezeichnet. Im Rahmen der Betriebsaufspaltung kommt es zu einer Umqualifizierung von Einkünften auf Ebene der reinen Vermögensverwaltung, wie z.B. bei der Vermietung und Verpachtung von

Grundstücken, in gewerbliche Einkünfte. Die unqualifizierten gewerblichen Einkünfte unterliegen, anders als die Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung, der Gewerbesteuerpflicht. Das die wesentliche Betriebsgrundlage überlassende Unternehmen ist das Besitzunternehmen. Die anmietende Kapitalgesellschaft ist das Betriebsunternehmen.

Die Vermietung von Wirtschaftsgütern wird dann als Betriebsaufspaltung und somit als über eine reine Vermögensverwaltung hinausgehende gewerbliche Tätigkeit angesehen, wenn das vermietende Besitzunternehmen (Einzelunternehmer oder eine Gesellschaft) mit dem mietenden Betriebsunternehmen sachlich und personell verflochten ist.

Eine sachliche Verflechtung liegt dann vor, wenn ein Gegenstand an eine Kapitalgesellschaft vermietet wird, dem ein besonderes wirtschaftliches Gewicht für die Betriebsführung der anmietenden Kapitalgesellschaft zukommt und für die Erreichung des Betriebszwecks der Kapitalgesellschaft erforderlich ist. In der Praxis liegt eine sachliche Verflechtung häufig dann vor, wenn das Betriebsgrundstück oder spezielle, technische Geräte an eine Kapitalgesellschaft vermietet werden, ohne die die Kapitalgesellschaft ihre unternehmerische Tätigkeit nicht ausüben könnte.

Für das Vorliegen einer Betriebsaufspaltung muss neben die sachliche Verflechtung noch die personelle Verflechtung hinzutreten. Eine personelle Verflechtung ist dann gegeben, wenn eine Person oder mehrere Personen zusammen sowohl das Besitzunternehmen als auch das Betriebsunternehmen in dem Sinne beherrschen, dass sie in der Lage sind, in beiden Unternehmen einen einheitlichen geschäftlichen Betätigungswillen durchzusetzen. Am klarsten tritt dies bei Beteiligungsidentität zutage, d.h., wenn an beiden Unternehmen dieselben Personen im gleichen Verhältnis beteiligt sind.

Die Gesellschafter erzielen neben Einnahmen aus Leistungsbeziehungen mit der Kapitalgesellschaft steuerpflichtige Einnahmen durch die Ausschüttung von Gesellschaftsgewinnen. Sollten die Gewinne von der Kapitalgesellschaft nicht ausge-

schüttet werden, erhöhen diese den Wert der Gesellschaftsanteile. Die Wertsteigerung der Anteile ist ertragsteuerlich für die Gesellschafter unbeachtlich. Erst im Rahmen der Veräußerung der Anteile kann über einen eventuellen Veräußerungsgewinn eine Steuerpflicht für den betreffenden Gesellschafter ausgelöst werden. Die Besteuerung der Gewinnausschüttungen hängt maßgebend davon ab, in welchem steuerlichen Vermögen die Beteiligung an der Kapitalgesellschaft gehalten wird. Im Hinblick auf die Versteuerung der ausgeschütteten Gewinne auf Ebene der Gesellschafter ist zwischen den drei folgenden Fallgruppen für Zwecke der Besteuerung zu differenzieren:

3.1.1.2.1 GmbH-Beteiligung im Privatvermögen

Werden Anteile an einer GmbH im Privatvermögen des Gesellschafters gehalten, unterliegen die von der GmbH ausgeschütteten Gewinne, so genannte Dividenden, der Abgeltungsteuer. Dies gilt unabhängig von der Höhe der Beteiligung an der Gesellschaft. Die Abgeltungsteuer wird in Höhe eines einheitlichen Steuersatzes von 25 % erhoben. Neben der Abgeltungsteuer wird ein Solidaritätszuschlag in Höhe von 5,5 % der festgesetzten Abgeltungsteuer und ggf. Kirchensteuer erhoben. Die ausschüttende GmbH hat die Abgeltungsteuer zzgl. Solidaritätszuschlag und ggf. Kirchensteuer von der auszuschüttenden Dividende einzubehalten und an das zuständige Finanzamt abzuführen.

Die Erhebung der Abgeltungsteuer hat für die Einkommensteuerveranlagung des Gesellschafters grundsätzlich abgeltende Wirkung, so dass diese Einnahmen nicht nochmals im Rahmen der Einkommensteuerveranlagung des Gesellschafters zu versteuern sind. Sofern der persönliche Einkommensteuersatz des Gesellschafters unter 25 % liegt, wird die Gewinnausschüttung auf Antrag dem persönlichen Einkommensteuersatz im Rahmen der Einkommensteuerveranlagung unterworfen. Ein Werbungskostenabzug ist im Rahmen der Veranlagung dieser Einnahmen nicht zulässig, so dass Kosten im Zusammenhang mit den erhaltenen Gewinnausschüttungen nicht geltend gemacht werden können. Es wird lediglich ein Sparerpauschbetrag in Höhe von EUR 801,00 bzw. EUR 1.602,00 bei Zusammenveranlagung

von Ehegatten abgezogen. Diese Einschränkung der Abzugsfähigkeit von Werbungskosten wirkt sich insbesondere für die Gesellschafter negativ aus, die ihre Beteiligung fremdfinanziert haben.

Bei einer Beteiligung an der GmbH als Gesellschafter von mindestens 25 % oder bei einer Beteiligungshöhe von mindestens 1 % und Ausübung einer beruflichen Tätigkeit für die Gesellschaft besteht die Möglichkeit, auf die Anwendung des Abgeltungsteuerverfahrens zu verzichten. Auf Antrag sind die erhaltenen Dividenden zu 40 % von der Steuer freigestellt und unterliegen in Höhe von 60 % dem persönlichen Einkommensteuersatz des Gesellschafters (sog. Teileinkünfteverfahren). Korrespondierend mit der Steuerbefreiung in Höhe von 40 % der Einnahmen können mit diesen Dividenden in wirtschaftlichem Zusammenhang stehende Werbungskosten ebenfalls nur zu 60 % berücksichtigt werden.

3.1.1.2.2 GmbH-Beteiligung im Betriebsvermögen einer Personengesellschaft

Werden die Anteile im Betriebsvermögen einer Personengesellschaft gehalten und sind die Mitunternehmer dieser Personengesellschaft keine Kapitalgesellschaft, unterliegen die erhaltenen Dividenden auf Ebene des Gesellschafters dem Teileinkünfteverfahren. Demnach sind 40 % der erhaltenen Dividenden von der Steuer befreit und 60 % mit dem persönlichen Einkommensteuersatz des Gesellschafters zu besteuern. Die im wirtschaftlichen Zusammenhang mit den Dividenden stehenden Ausgaben in Form von Werbungskosten können ebenfalls nur in Höhe des steuerpflichtigen Teils der Dividende, somit zu 60 %, gewinnmindernd berücksichtigt werden.

3.1.1.2.3 GmbH-Beteiligung im Betriebsvermögen einer Kapitalgesellschaft

Sollte eine Kapitalgesellschaft (z.B. eine GmbH) ihrerseits an einer anderen GmbH beteiligt sein, so werden Gewinnausschüttungen zwischen Kapitalgesellschaften im Ergebnis zu 95 % von der Körperschaftsteuer befreit. Gleiches gilt im Fall der Veräußerung einer GmbH-Beteiligung durch eine GmbH. Der Veräußerungserlös ist

auf Ebene der veräußernden GmbH zu 95 % von der Körperschaftsteuer befreit. Durch die Steuerbefreiung sollen Doppel- oder Mehrfachbelastungen von Gewinnen auf GmbH-Ebene vermieden werden. Aufgrund dieser nahezu vollständigen Steuerbefreiung von Veräußerungserlösen und Gewinnausschüttungen ist eine Beteiligung in der Rechtsform einer GmbH bzw. UG (haftungsbeschränkt) an einer anderen Kapitalgesellschaft (z.B. GmbH) steuerlich für Investoren attraktiv, die eine Veräußerung der Beteiligung an der Kapitalgesellschaft für die Zukunft planen oder die Gewinne reinvestieren möchten. Die Beteiligung an der operativ tätigen Kapitalgesellschaft wird in diesem Fall nicht direkt über eine natürliche Person gehalten, sondern über eine weitere GmbH oder UG (haftungsbeschränkt). Diese fungiert als „Holdinggesellschaft“ und profitiert bei zukünftigen Veräußerungsgewinnen aus dem Verkauf von Kapitalgesellschaftsbeteiligungen und Gewinnausschüttungen von der Steuerfreistellung in Höhe von 95 %.

3.1.2 Personengesellschaften (OHG, KG, GbR)

Soweit eine Personengesellschaft selbst Besteuerungstatbestände verwirklicht, ist sie grundsätzlich selbst Steuersubjekt und als solches zur Abgabe von Steuererklärungen und zur Entrichtung der geschuldeten Steuern verpflichtet. Diese Verpflichtung besteht für eine Personengesellschaft insbesondere im Umsatzsteuer- und Gewerbesteuerrecht.

Die Personengesellschaft selbst unterliegt der Gewerbesteuer, soweit sie einen Gewerbebetrieb ausübt. Ein Gewerbebetrieb liegt dann vor, wenn die Personengesellschaft eine selbständige, nachhaltige Betätigung mit Gewinnerzielungsabsicht ausübt und sich am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr beteiligt, sofern die Betätigung weder als Ausübung von Land- und Forstwirtschaft noch als selbständige (freiberufliche) Arbeit anzusehen ist und den Umfang einer privaten Vermögensverwaltung überschreitet.

Übt die Personengesellschaft sowohl eine gewerbliche als auch eine nichtgewerbliche Tätigkeit aus, gilt sie in vollem Umfang als Gewerbebetrieb (sog. Abfärbetheo-

rie). Die Umqualifizierung aller Einkünfte in gewerbliche Einkünfte kann insbesondere für eine freiberuflich tätige Personengesellschaft unbeabsichtigt zu einer zusätzlichen Belastung mit Gewerbesteuer führen.

Beispiel:

Die an einer freiberuflich tätigen Personengesellschaft beteiligten Personen (z.B. Ärzte) beziehen grundsätzlich Einkünfte aus selbständiger Arbeit. Erzielt jedoch einer der Gesellschafter neben seiner freiberuflichen Tätigkeit im Rahmen der Personengesellschaft gewerbliche Umsätze (z.B. aus dem Verkauf von Waren), so werden alle Gewinne der Gesellschaft in gewerbliche Einkünfte umqualifiziert.

Auch bei Personengesellschaften wird die Gewerbesteuer weder bei der Ermittlung der gewerbesteuerlichen noch im Rahmen der einkommensteuerlichen Bemessungsgrundlage als Betriebsausgabe berücksichtigt. Der Gesetzgeber gewährt einer Personengesellschaft im Rahmen der Ermittlung des Gewerbeertrags, anders als bei den Kapitalgesellschaften, einen Freibetrag in Höhe von EUR 24.500,00 (zur grundlegenden Systematik der Erhebung der Gewerbesteuer vgl. Ausführungen zur Besteuerung der GmbH-Gesellschaft). Die Kompensation der Gewerbesteuer erfolgt daher durch eine Pauschalanrechnung der Gewerbesteuer auf die vom jeweiligen Gesellschafter zu zahlende Einkommensteuer. Die Einkommensteuerermäßigung wird in Höhe des 3,8-fachen des Gewerbesteuermessbetrags gewährt. Eine Definitivbelastung mit Gewerbesteuer erfolgt somit erst ab Hebesätzen von mehr als 380 %.

3.1.2.1 Besteuerung der Gesellschafter

Im Gegensatz zu der Besteuerung von Kapitalgesellschaften erfolgt die Besteuerung von Unternehmensgewinnen nicht auf Ebene der Personengesellschaft, sondern unmittelbar durch die Gesellschafter selbst. Die Gewinnermittlung erfolgt in einem zweistufigen Verfahren. Auf Ebene der Personengesellschaft wird zunächst der Gewinn der Gesellschaft ermittelt. In einem zweiten Schritt wird den einzelnen

Gesellschaftern entsprechend den gesetzlichen oder den vorrangigen Regelungen des Gesellschaftsvertrages der zustehende Gewinn- oder Verlustanteil zugewiesen. Die Zuweisung des vom jeweiligen Gesellschafter zu versteuernden Gewinns erfolgt im Rahmen einer einheitlichen und gesonderten Gewinnfeststellung durch das Finanzamt. Der festgestellte, anteilige Gewinn ist sodann in der Einkommensteuer-Veranlagung des Gesellschafters mit seinem persönlichen Steuersatz zu versteuern.

Vergütungen, die der Gesellschafter für Leistungen an die Personengesellschaft erhält, sind als Sonderbetriebseinnahmen ebenfalls den Einkünften aus dieser Personengesellschaft im Sinne einer steuerlichen Mitunternehmerschaft zuzuordnen und vom Gesellschafter zu versteuern. Diese Vergütungen gehören nicht zum regulären Gewinnanteil des Gesellschafters an der Gesellschaft, sondern sind dem sog. steuerlichen Sonderbetriebsvermögen des Gesellschafters zuzurechnen. Zu den abschließend im Gesetz aufgezählten Vergütungen zählen:

- Vergütungen, die der Gesellschafter von der Personengesellschaft für eine Tätigkeit im Dienst der Gesellschaft erhalten hat
- Vergütungen für die Hingabe von Darlehen (z.B. Darlehenszinsen)
- Vergütungen für die Überlassung von Wirtschaftsgütern (z.B. Miete)

Zum Sonderbetriebsvermögen (hier sog. Sonderbetriebsvermögen II) gehören auch Wirtschaftsgüter, die zwar nicht der Personengesellschaft zur Nutzung überlassen werden, die jedoch in einem unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang mit der Beteiligung des Gesellschafters stehen und unmittelbar der Begründung oder Verstärkung der Stellung als Gesellschafter im Sinne eines Mitunternehmers zu dienen bestimmt sind. Hierzu gehören z.B. Beteiligungen des Gesellschafters an einer Kapitalgesellschaft, die aufgrund der Geschäftsbeziehungen zwischen der Personengesellschaft und der Kapitalgesellschaft überwiegend im geschäftlichen Interesse der Personengesellschaft von dem Gesellschafter gehalten werden.

Durch diese Regelung soll erreicht werden, dass der Gesellschafter als Mitunternehmer weitgehend einem Einzelunternehmer gleichgestellt wird, dem es nicht möglich ist, Entgelte für bestimmte Tätigkeiten für sein Unternehmen aus dem gewerblichen Bereich in z.B. Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit, Kapitalvermögen oder Vermietung und Verpachtung auszugliedern.

Die gezahlten Vergütungen werden auf Ebene der Personengesellschaft als Betriebsausgabe und bei dem betreffenden Gesellschafter als Sonderbetriebseinnahme in einer Sondergewinnermittlung für steuerliche Zwecke erfasst. Neben den Vergütungen sind auch weitere im Zusammenhang mit den Wirtschaftsgütern des Sonderbetriebsvermögens angefallene Einnahmen und Ausgaben in der Sondergewinnermittlung des jeweiligen Gesellschafters zu erfassen (z.B. steuerliche Abschreibungen bei abnutzbaren Wirtschaftsgütern des Sonderbetriebsvermögens, sog. Absetzung für Abnutzung (abgekürzt AfA)).

Sowohl der Gewinn- oder Verlustanteil des Gesellschafters als auch der Gewinn oder Verlust aus seinem Sonderbetriebsvermögen werden vom Finanzamt im Rahmen – der bereits oben erwähnten – einheitlichen und gesonderten Gewinnfeststellung mit Bindungswirkung für die Einkommensteuerveranlagung des Gesellschafters festgestellt.

Im Gegensatz zu den Kapitalgesellschaften können Wirtschaftsgüter und liquide Mittel dem Betriebsvermögen der Personengesellschaft durch die Gesellschafter entnommen oder zugeführt werden. Diese Entnahmen oder Einlagen sind im Rahmen der Gewinnermittlung auf Ebene der Gesellschaft gewinnneutral zu behandeln und beeinflussen somit nicht den vom jeweiligen Gesellschafter zu versteuernden Gewinn. Sollten dem Gesellschafter Verluste aus seiner Tätigkeit als Mitunternehmer (Gesellschafter) der Personengesellschaft zugewiesen werden, können diese grundsätzlich mit positiven Einkünften aus anderen Einkunftsarten im Rahmen der Einkommensteuerveranlagung verrechnet werden. Sofern eine Verrechnung mit positiven Einkünften im selben Veranlagungsjahr nicht möglich ist, können entstandene Verluste in das Vorjahr zurückgetragen oder mit zukünftigen Gewinnen der



Folgejahre verrechnet werden. Der Verlustvortrag und -rücktrag erfolgt nicht in unbegrenzter Höhe, sondern nur innerhalb der gesetzlichen betragsmäßigen Grenzen des § 10d Einkommensteuergesetz. Die Möglichkeit der Verlustverrechnung gilt für Kommanditisten einer Kommanditgesellschaft aufgrund ihrer auf die geleistete Kommanditeinlage begrenzten Haftung nur in den Grenzen des § 15a Einkommensteuergesetz.

3.1.2.2 Thesaurierungsbegünstigung – ermäßigter Steuersatz

Für Gewinne, die im Unternehmen investiert werden sollen, hat der Gesetzgeber mit der Unternehmenssteuerreform eine Thesaurierungsbegünstigung für Personengesellschaften eingeführt. Hintergrund für die Einführung einer solchen Thesaurierungsbegünstigung ist, dass eine Annäherung in der Steuerbelastung der Gesellschaftsformen von Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften erreicht werden soll. Es gilt ein ermäßigter Steuersatz von 28,25 % zzgl. Solidaritätszuschlag in Höhe von 5,5 % auf die festgesetzte Steuer für nicht entnommene Gewinne. Daraus ergibt sich unter Beachtung der Gewerbesteueranrechnung eine theoretische Gesamtsteuerbelastung inklusive Gewerbesteuer von 29,77 %. Eine Besteuerung zum ermäßigten Steuersatz kann von jedem Gesellschafter der Personengesellschaft für den ihm zugewiesen Gewinnanteil beantragt werden, wenn er zu mehr als 10 % am Gewinn der Personengesellschaft beteiligt ist oder sein Gewinnanteil mehr als EUR 10.000,00 beträgt. Der Antrag auf Anwendung des ermäßigten Steuersatzes muss in jedem Veranlagungszeitraum im Rahmen der Einkommensteueranmeldung von jedem Gesellschafter neu gestellt werden. Soweit ein Gesellschafter den zum ermäßigten Steuersatz besteuerten Gewinn in den Folgejahren entnimmt, ist der Gewinn mit einem Steuersatz von 25 % zzgl. Solidaritätszuschlag nachzuversteuern. Die Nachversteuerung wird auch durch folgende Ereignisse ausgelöst:

- die Einbringung eines Mitunternehmeranteils in eine Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft



- Formwechsel einer Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft
- Übergang zu einer Gewinnermittlung durch Einnahmeüberschussrechnung oder einer pauschalierten Gewinnermittlung
- die Veräußerung oder Aufgabe des Mitunternehmeranteils
- Antrag auf Nachversteuerung.

In der Praxis spielt die Thesaurierungsbegünstigung meist keine größere Rolle, weil es z.B. im Fall der (Über-)Entnahme des zunächst ermäßigt besteuerten Gewinns zu einer Nachversteuerung dieses Gewinns kommt. Die Gesamtsteuerbelastung beträgt im Fall der Nachversteuerung 48,3 % und ist somit höher als eine Versteuerung des Gewinnanteils zum Spitzensteuersatz der Einkommensteuer.

3.1.3 Einzelunternehmen

Der Gewinn des Einzelunternehmers ist im Rahmen der Einkommensteuerveranlagung mit dem persönlichen Einkommensteuersatz zu versteuern. Verluste aus dem Einzelunternehmen können mit positiven Einkünften aus anderen Einkunftsarten verrechnet werden. Nicht ausgeglichene Verluste werden in betragsmäßigen Grenzen zunächst in das Vorjahr zur Verrechnung zurückgetragen und sodann in zukünftige Jahre für die Verrechnung mit positiven Einkünften vorgetragen. Im Gegensatz zu den Personengesellschaften ist es dem Einzelunternehmer nicht möglich, Verträge mit sich und seinem Unternehmen zu schließen. Entnahmen und Einlagen eines Einzelunternehmers haben wie bei der Personengesellschaft keinen Einfluss auf die Ermittlung des steuerlichen Gewinns und erfolgen somit gewinnneutral.

Die vom Einzelunternehmer erzielten Gewinne stellen gewerbliche Einkünfte dar und unterliegen der Gewerbesteuerpflicht, soweit der Einzelunternehmer einen Gewerbebetrieb unterhält. Der Einzelunternehmer erzielt, ebenso wie eine Personengesellschaft, gewerbliche Einkünfte, wenn er eine selbständige, nachhaltige



Betätigung mit Gewinnerzielungsabsicht ausübt und sich am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr beteiligt, sofern die Betätigung weder als Ausübung von Land- und Forstwirtschaft noch als selbständige (freiberufliche) Arbeit anzusehen ist und den Umfang einer privaten Vermögensverwaltung überschreitet.

Keine gewerbliche Tätigkeit üben die sog. Freiberufler aus. Sie erzielen Einkünfte aus selbständiger Arbeit. Unter einer selbständigen (freiberuflichen) Tätigkeit versteht man eine Tätigkeit, bei der vorwiegend das geistige Vermögen sowie die persönliche Arbeitskraft eingesetzt werden. Bei der gewerblichen Tätigkeit stehen hingegen der Kapitaleinsatz und die kaufmännische Tätigkeit im Vordergrund. Die Abgrenzung kann im Einzelfall oft schwierig sein, ist aber im Hinblick auf die nicht bestehende Gewerbesteuerpflicht der Einkünfte aus selbständiger Arbeit notwendig. Das Einkommensteuergesetz enthält in § 18 Nr. 1 eine abschließende Aufzählung von freiberuflichen Tätigkeiten, die sog. Katalogberufe (u.a. Ärzte, Rechtsanwälte, Vermessungsingenieure, Ingenieure, Architekten, Heilpraktiker). Sofern kein Katalogberuf ausgeübt wird, liegt eine selbständige (freiberufliche) Tätigkeit vor, wenn eine wissenschaftliche, künstlerische, schriftstellerische, unterrichtende oder erzieherische Tätigkeit ausgeübt wird. Voraussetzungen für die Ausübung einer selbständigen Tätigkeit ist – wie bei allen Gewinneinkunftsarten – die Selbständigkeit, Nachhaltigkeit und Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr mit Gewinnerzielungsabsicht.

Sofern Ihr als Einzelunternehmer keine freiberufliche Tätigkeit ausübt, sondern einen Gewerbebetrieb unterhält, unterliegt der Gewinn der Gewerbesteuer. Die Festsetzung der Gewerbesteuer erfolgt durch die Gemeinde, in der Ihr den Sitz Eures Unternehmens habt. Das Finanzamt ermittelt in diesem Zusammenhang den Gewerbesteuermessbetrag und teilt diesen der Gemeinde durch Übersendung eines Gewerbesteuermessbescheides mit. Bemessungsgrundlage für die Ermittlung des Gewerbesteuermessbetrages ist der durch Hinzurechnungen und Kürzungen modifizierte Gewinn des Unternehmens.



Der auf volle EUR 100,00 abzurundende Gewerbeertrag ist um einen Freibetrag in Höhe von EUR 24.500,00 zu kürzen. Der Gewerbesteuermessbetrag ergibt sich aus der Multiplikation des Gewerbeertrags mit der einheitlichen Steuermesszahl von 3,5 %. Die Gemeinde wendet auf den Gewerbesteuermessbetrag einen Hebesatz an und ermittelt so die Gewerbesteuer (Gewerbesteuermessbetrag x Hebesatz) (vgl. zur Systematik der Gewerbesteuerberechnung auch die Ausführungen zur Besteuerung der GmbH).

Auch bei den Einzelunternehmern zählt die Gewerbesteuer zu den nichtabzugsfähigen Betriebsausgaben im Rahmen der Gewinnermittlung. Die Kompensation für die Gewerbesteuerbelastung erfolgt, wie bei der Besteuerung der Gesellschafter einer Personengesellschaft, durch eine Pauschalanrechnung der Gewerbesteuer auf die zu zahlende Einkommensteuer. Die Einkommensteuer ermäßigt sich in Höhe des 3,8-fachen des Gewerbesteuermessbetrags. Im Ergebnis erfolgt somit erst ab einem Hebesatz von mehr als 380 % eine definitive Belastung des Einzelunternehmers mit Gewerbesteuer.

3.2 Umsatzsteuer und Rechnungstellung

3.2.1 Allgemeines

Umsatzsteuerpflichtig sind in Deutschland grundsätzlich alle Unternehmer. Als Unternehmer im Sinne des Umsatzsteuerrechts gelten dabei alle Personen oder Unternehmen, die eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen selbständig ausüben. Damit ist jedes Wirtschaftsgebilde, das nachhaltig Leistungen gegen Entgelt erbringt, als umsatzsteuerlicher Unternehmer anzusehen. Eine bekannte Ausnahme von der Umsatzsteuerpflicht stellt die so genannte Kleinunternehmerregelung dar.

Besteuert werden Lieferungen und sonstige Leistungen, die ein Unternehmer im Rahmen seines Unternehmens im Inland ausführt. Das Besteuerungsverfahren wird dabei mit dem sperrigen Begriff Netto-Allphasen-Umsatzsteuer mit Vorsteuerabzug

versehen. Dies bedeutet, dass zwar sowohl bei Lieferungen und Leistungen zwischen Unternehmern als auch bei Lieferungen und Leistungen von Unternehmern an Privatpersonen (also in allen Phasen der Wertschöpfungskette) Umsatzsteuer erhoben wird. Soweit die Lieferungen und Leistungen jedoch zwischen Unternehmern ausgeführt werden, ist der empfangende Unternehmer berechtigt, sich die vom leistenden Unternehmer in Rechnung gestellte Vorsteuer von dem zuständigen Finanzamt erstatten zu lassen.

Besteuerungszeitraum bei der Umsatzsteuer ist das Kalenderjahr. Nach Ablauf eines Jahres ist eine Umsatzsteuerjahreserklärung abzugeben, aus der sich die Umsatzsteuererstattung oder -nachzahlung des abgelaufenen Jahres ergibt.

Zusätzlich zur Jahreserklärung ist bis zum 10. Tag nach Ablauf eines Monats eine Umsatzsteuervoranmeldung abzugeben, in der die Umsatzsteuer für den Voranmeldungszeitraum von dem Unternehmer selbst berechnet wird und die elektronisch bei dem zuständigen Finanzamt einzureichen ist. Die dafür erforderliche Software ist unter <http://www.elster.de> erhältlich. Zudem bieten viele Buchhaltungsprogramme die Möglichkeit, die Umsatzsteuervoranmeldung direkt an das Finanzamt zu übertragen.

Die Frist zur Abgabe der Umsatzsteuervoranmeldungen kann gegen Leistung einer Sondervorauszahlung dauerhaft um einen Monat verlängert werden. Die Sondervorauszahlung beträgt ein Elftel der Umsatzsteuerzahllast des Vorjahres. Fristverlängerungen sind auch in Neugründungsfällen möglich. Eine Sondervorauszahlung ist in diesen Fällen nicht zu leisten.

Der Steuersatz beläuft sich in der Regel auf 19 % des vereinbarten Nettoentgelts. Wird beispielsweise ein Nettoentgelt in Höhe von EUR 100,00 vereinbart, so beträgt die vom leistenden Unternehmer abzuführende Umsatzsteuer EUR 19,00. Der empfangende Unternehmer ist berechtigt, sich aus dem Bruttopreis in Höhe von EUR 119,00 Vorsteuer in Höhe EUR 19,00 im Rahmen seiner Umsatzsteuervoranmeldung erstatten zu lassen.



Grundsätzlich muss die Umsatzsteuer nach vereinbarten Entgelten abgeführt werden. Das bedeutet, dass die Umsatzsteuerschuld bereits in der Umsatzsteuervoranmeldung des Monats abzugeben ist, in dem die Rechnung geschrieben wird. Die Zahlung an das Finanzamt hat auch dann zu erfolgen, wenn der Kunde die Rechnung noch gar nicht bezahlt hat.

Da diese Regelung die Liquiditätslage von Unternehmern sehr belasten kann, existiert für kleinere Unternehmen eine Ausnahmeregelung. So können Freiberufler, Unternehmer, die nicht buchführungspflichtig sind, sowie Unternehmer, deren Gesamtumsatz im Vorjahr unter EUR 250.000,00 lag, die Berechnung der Umsatzsteuer nach vereinnahmten Entgelten beantragen. In diesem Fall ist die Umsatzsteuer erst abzuführen, wenn das Geld tatsächlich auf dem Geschäftskonto eingegangen ist.

Für verschiedene Lieferungen bzw. Leistungen gilt ein besonderer Steuersatz von 7 %. Dieser kommt beispielsweise bei der Lieferung von Lebensmitteln oder Büchern und bei Beherbergungsleistungen zur Anwendung. Neben dem ermäßigtem Steuersatz gibt es auch Lieferungen und Leistungen, die von der Umsatzsteuer befreit sind. Hierzu gehören Lieferungen an Abnehmer in ein anderes Land der europäischen Union sowie die Umsätze aus der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften.

3.2.2 Kleinunternehmer als Ausnahme von der Regelbesteuerung

Unternehmer, die bestimmte Umsatzgrenzen nicht überschreiten, gelten als so genannte Kleinunternehmer und müssen ihre Umsätze nicht der Umsatzsteuer unterwerfen. Im Gegenzug dürfen sie die Vorsteuern aus Rechnungen nicht gegenüber dem Finanzamt geltend machen. Kleinunternehmer haben jedoch das Recht, auf diese Sonderregelung zu verzichten. In diesem Fall unterliegen sie allen Rechten und Pflichten eines umsatzsteuerlichen Unternehmers.



Kleinunternehmer im Sinne des Umsatzsteuergesetzes sind Unternehmer, deren Umsatz einschließlich der darauf entfallenden Steuer im vorangegangenen Kalenderjahr nicht höher als EUR 17.500,00 lag und im laufenden Kalenderjahr voraussichtlich EUR 50.000,00 nicht übersteigen wird. Unter Umsatz in diesem Sinne versteht man den nach vereinnahmten Entgelten bemessenen Umsatz. Hierbei werden die Bruttobeträge, also einschließlich der enthaltenen Umsatzsteuer, berücksichtigt.

Die Kleinunternehmerregelung ist immer dann nicht anwendbar, wenn der Umsatz des Vorjahres über EUR 17.500,00 lag oder wenn im laufenden Jahr mit Umsätzen von mehr als EUR 50.000,00 zu rechnen ist. Da ein Existenzgründer keinen Vorjahresumsatz aufweisen kann, ist in diesen Fällen die Umsatzgrenze von EUR 17.500,00 für das laufende Kalenderjahr maßgeblich.

Wird die Tätigkeit im Laufe eines Jahres aufgenommen, so darf die Kleinunternehmerregelung im ersten Jahr der Geschäftstätigkeit dann in Anspruch genommen werden, wenn der zu erwartende Umsatz unter EUR 17.500,00 liegen wird. Andererseits ist die Kleinunternehmerregelung im zweiten Jahr der Geschäftstätigkeit bereits dann nicht anwendbar, wenn die Umsätze des ersten Jahres hochgerechnet die Grenze von EUR 17.500,00 übersteigen. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn bei Aufnahme der Geschäftstätigkeit im Oktober bis zum Ende des Jahres Umsätze in Höhe von EUR 6.000,00 erzielt werden. In diesem Fall beträgt der maßgebliche Umsatz $\text{EUR } 6.000,00 / 3 \text{ Monate} \times 12 \text{ Monate} = \text{EUR } 24.000,00$.

Die Anwendbarkeit der Kleinunternehmerregelung ist auf das Inland beschränkt. So schulden Kleinunternehmer weiterhin Einfuhrumsatzsteuer (haben jedoch keinen Anspruch auf eine Erstattung der entsprechenden Vorsteuer) und ausländische Umsatzsteuer, soweit diese bei Lieferungen oder Leistungen in das Ausland anfällt.

Der Kleinunternehmer darf in seinen Rechnungen keinen Steuerbetrag gesondert ausweisen. Zudem ist auf den Rechnungen auf die Anwendung der Kleinunternehmerregelung hinzuweisen. Weist der Kleinunternehmer auf seiner Rechnung Um-



satzsteuer aus, so haftet er gegenüber dem Finanzamt für die unzulässigerweise ausgewiesene Umsatzsteuer.

Ist in den ersten Jahren der Geschäftstätigkeit mit einem Vorsteuerüberschuss zu rechnen, so kann auf die Anwendung der Kleinunternehmerregelung verzichtet werden. Der Verzicht kann formlos gegenüber dem Finanzamt erklärt werden, bindet den Kleinunternehmer jedoch für fünf Jahre.

3.2.3 Lieferungen und Leistungen mit Auslandsbezug

Die Umsatzsteuer-Identifikationsnummer ist das Ordnungsmerkmal des Unternehmers im innergemeinschaftlichen Waren- und Dienstleistungsverkehr. Dies bedeutet, dass sich der Unternehmer mit Hilfe der Umsatzsteuer-Identifikationsnummer im In- und Ausland als Unternehmer ausweisen kann. Dies ist insbesondere bei Lieferungen und Leistungen innerhalb der Europäischen Union von Bedeutung.

3.2.3.1 Innergemeinschaftliche Lieferung

Lieferungen von Waren an Unternehmer, die ihr Unternehmen in einem Staat der Europäischen Union betreiben, sind in Deutschland von der Steuer befreit, wenn die folgenden Voraussetzungen vorliegen:

- Der Gegenstand der Lieferung wird von Deutschland aus in ein anderes Land der Europäischen Union geliefert
- Der Empfänger der Ware ist ein Unternehmer, der die Ware für sein Unternehmen erwirbt. Dies kann er durch Vorlage der Umsatzsteuer-Identifikationsnummer nachweisen
- Der Erwerb unterliegt im Bestimmungsland der Erwerbsbesteuerung. Hiervon kann man im Regelfall ausgehen, soweit der Erwerber den Gegenstand unter Angabe einer ihm von einem anderen Mitgliedstaat erteilten Umsatzsteuer-Identifikationsnummer erwirbt.



Es ist zu beachten, dass auf den Rechnungen über innergemeinschaftliche Lieferungen ein Vermerk enthalten sein muss, aus dem hervorgeht, dass es sich um eine solche innergemeinschaftliche Lieferung handelt, und dass diese Lieferung von der Umsatzsteuer befreit ist. Zudem müssen auf der Rechnung sowohl die Umsatzsteuer-Identifikationsnummer des Liefernden als auch die des Empfängers angegeben werden.

3.2.3.2 Ausfuhrlieferung

Eine steuerfreie Ausfuhrlieferung liegt vor, wenn bei einer Lieferung aus Deutschland der Gegenstand der Lieferung in das Drittlandsgebiet (also einen Staat außerhalb der Europäischen Union) gelangt.

Voraussetzung für diese Form der Steuerbefreiung ist die Vorlage des Ausfuhrnachweises.

3.2.3.3 Leistungen mit Auslandsbezug

Erbringt ein Unternehmer aus Deutschland sonstige Leistungen im Ausland, so unterliegen diese Leistungen im Regelfall in Deutschland nicht der Umsatzsteuer, wenn der Empfänger selbst ein (ausländischer) Unternehmer ist.

Grundsätzlich ist die sonstige Leistung in diesen Fällen der Umsatzsteuer des Staats zu unterwerfen, in dem der Empfänger der Leistung sein Unternehmen betreibt. Zu diesem Zweck müsste sich der deutsche Unternehmer in diesen Ländern steuerlich registrieren, um die Umsatzsteuer abführen zu können. Da diese Registrierung in der Praxis sehr aufwendig und häufig mit Kosten für Berater und Übersetzer verbunden ist, gilt in allen Staaten der Europäischen Union und mit vielen weiteren Staaten das so genannte Reverse Charge-Verfahren.

Reverse Charge (oder: Umkehr der Steuerschuldnerschaft) bedeutet, dass der Empfänger der Leistung die Umsatzsteuer abführt und bei Vorliegen der Voraus-



setzungen gleichzeitig berechtigt ist, diesen Umsatzsteuerbetrag als Vorsteuer geltend zu machen.

Auf einen deutschen Unternehmer hat dieses Verfahren folgende Auswirkungen:

- Bei Leistungen an Unternehmer mit Sitz in der EU ist keine Umsatzsteuer in Deutschland oder im Ausland abzuführen. Die im Ausland entstehende Umsatzsteuer wird durch den Empfänger der Leistung abgeführt. Bei Staaten außerhalb der EU ist im Einzelfall zu prüfen, ob das Reverse Charge-Verfahren anzuwenden ist
- Bezieht der Unternehmer Leistungen von Unternehmern mit Sitz in der EU oder einem Drittland, so hat er in Deutschland die Umsatzsteuer für diese Unternehmer abzuführen. Er kann den Umsatzsteuerbetrag im Regelfall in der gleichen Voranmeldung als Vorsteuer geltend machen, so dass im Ergebnis keine Liquiditätsbelastung entsteht.

In allen Fällen sollte auf der Rechnung ein Hinweis auf die Anwendbarkeit des Reverse Charge-Verfahrens enthalten sein.

3.2.4 Pflichtangaben in der Rechnung

3.2.4.1 Pflichtangaben

Jeder Unternehmer ist bei der Ausführung von Lieferungen oder sonstigen Leistungen an einen anderen Unternehmer verpflichtet, innerhalb von sechs Monaten nach Ausführung der Leistung eine Rechnung auszustellen. Diese Rechnung ist für den Empfänger Voraussetzung für den Vorsteuerabzug. Kommt ein Unternehmer seiner Verpflichtung zur Rechnungsausstellung nicht nach, so kann dies als Ordnungswidrigkeit mit einer Geldbuße bis zu EUR 5.000,00 geahndet werden.

Für Lieferungen und Leistungen, die gegenüber Privatpersonen erbracht werden, existiert keine Pflicht zur Erstellung einer Rechnung im Sinne des Umsatzsteuergesetzes.

Sind Rechnungen zu erstellen, so müssen diese alle durch das Umsatzsteuergesetz vorgeschriebenen Pflichtangaben enthalten. Fehlen einzelne Angaben, so berechtigt die Rechnung nicht zum Vorsteuerabzug. Fehlerhafte Rechnungen können jedoch berichtigt werden.

Folgende Pflichtangaben müssen in einer ordnungsgemäßen Rechnung enthalten sein:

- Name und Anschrift des leistenden Unternehmers und des Leistungsempfängers
- Steuernummer oder Umsatzsteuer-Identifikationsnummer des leistenden Unternehmers
- Ausstellungsdatum
- Fortlaufende Rechnungsnummer
- Leistungsbeschreibung, die eine eindeutige und leicht nachprüfbar Identifizierung der Leistung ermöglicht
- Zeitpunkt der Leistung (auch wenn diese dem Rechnungsdatum entspricht)
- Entgelt oder Entgelte, aufgeschlüsselt nach dem jeweiligen Steuersatz und einzelnen Steuerbefreiungen
- Steuersatz und Steuerbetrag (alternativ: Hinweis auf eine Steuerbefreiung)

Rechnungen können entweder in Papierform oder auf elektronischem Weg übermittelt werden. Wird die Rechnung auf elektronischem Weg übermittelt, so müssen sich Rechnungsaussteller und Rechnungsempfänger darüber einig sein, dass die

Rechnung elektronisch übermittelt werden soll. Zudem ist bei elektronischer Übermittlung der Rechnung die Echtheit der Herkunft und die Unversehrtheit des Inhalts zu gewährleisten. Dies kann entweder durch eine qualifizierte elektronische Signatur oder durch das EDI-Verfahren erfolgen.

Es ist zu beachten, dass auch Rechnungen, die per E-Mail oder Telefax übermittelt werden, umsatzsteuerrechtlich als auf elektronischem Weg übermittelte Rechnungen gelten.

3.2.4.2 Pflichtangaben bei Kleinbetragsrechnungen

Rechnungen über Kleinbeträge, deren Gesamtbetrag EUR 150,00 nicht übersteigt, müssen nur die folgenden Angaben enthalten:

- Name und Anschrift des leistenden Unternehmers
- Ausstellungsdatum
- Menge und Art der gelieferten Gegenstände bzw. Umfang und Art der erbrachten Leistung
- Entgelt und Steuerbetrag sowie Angaben zum anzuwendenden Steuersatz bzw. einer Steuerbefreiung

3.2.4.3 Besondere Vermerke

Im Fall einer Ausfuhrlieferung (d.h. Lieferung an einen Unternehmer, der sein Unternehmen in einem Staat außerhalb der EU betreibt und bei der der Gegenstand der Lieferung von Deutschland aus in diesen Staat versendet wird) ist der Hinweis

Steuerfreie Ausfuhrlieferung nach § 6 in Verbindung mit § 4 Nr. 1 Buchstabe a UStG

aufzunehmen. Deutsche Umsatzsteuer ist in diesem Fall nicht auszuweisen.

Im Fall einer innergemeinschaftlichen Lieferung (d.h. Lieferung an einen Unternehmer, der sein Unternehmen in einem Staat innerhalb der EU betreibt und bei der der Gegenstand der Lieferung von Deutschland aus in diesen Staat versendet wird) ist der Hinweis

Steuerfreie innergemeinschaftliche Lieferung nach § 6a in Verbindung mit § 4 Nr. 1 Buchstabe b UStG

aufzunehmen. Deutsche Umsatzsteuer ist in diesem Fall ebenfalls nicht auszuweisen.

Im Fall einer innergemeinschaftlichen Leistung (d.h. Leistung an einen Unternehmer, der sein Unternehmen in einem Staat innerhalb der EU betreibt) ist der Hinweis

Umkehr der Steuerschuldnerschaft nach Art. 196 MwStSystRL

aufzunehmen. In diesem Fall ist keine Umsatzsteuer auszuweisen.

Handelt es sich bei dem liefernden oder leistenden Unternehmer um einen sog. Kleinunternehmer im Sinne des deutschen Umsatzsteuergesetzes, so ist der Hinweis

Kein Ausweis der Umsatzsteuer aufgrund der Anwendung der Kleinunternehmerregelung gemäß § 19 UStG

aufzunehmen. In diesem Fall ist keine Umsatzsteuer auszuweisen.

3.3 Gewinnermittlung/Buchführung

3.3.1 Aufzeichnungs- und Buchführungspflichten nach Handels- und Steuerrecht

Unternehmer in Deutschland müssen verschiedenen Aufzeichnungs- und Buchführungspflichten nachkommen, die sich aus dem Handelsrecht, dem Steuerrecht und aus sonstigen Rechtsvorschriften ergeben können. Art und Umfang dieser Pflichten variieren dabei in Abhängigkeit der Rechtsform des jeweiligen Unternehmens. Zudem bestehen für einige Unternehmensformen Erleichterungen, die in Abhängigkeit von Größenmerkmalen (insbesondere Umsatz und Jahresüberschuss) gewährt werden.

Grundsätzlich sind nach handelsrechtlichen Vorschriften alle Kaufleute verpflichtet, Bücher zu führen. Diese Pflicht betrifft damit sowohl die im Handelsregister eingetragenen Einzelkaufleute (e.K.), Personenhandelsgesellschaften (OHG, KG), Kapitalgesellschaften (GmbH, AG) sowie die sonstigen Betreiber eines Handelsgewerbes, unabhängig von einer Eintragung im Handelsregister.

Einzelkaufleute, die an den Abschlussstichtagen von zwei aufeinander folgenden Geschäftsjahren Umsatzerlöse von nicht mehr als EUR 500.000,00 und Jahresüberschüsse von nicht mehr als EUR 50.000,00 erzielt haben, sind von der Buchführungspflicht nach Handelsgesetzbuch befreit.

Ist ein Unternehmen oder Unternehmer buchführungspflichtig nach Handelsrecht, so ist er verpflichtet,

- eine Buchführung einzurichten, deren Einträge vollständig, richtig, zeitgerecht und geordnet vorzunehmen sind
- zu Beginn des Handelsgewerbes und für den Schluss eines jeden Geschäftsjahres ein Inventar aufzustellen

- zu Beginn der Buchführungspflicht eine Eröffnungsbilanz zu erstellen
- am Ende jedes Geschäftsjahres einen Jahresabschluss bestehend aus Bilanz sowie Gewinn- und Verlustrechnung in deutscher Sprache und in Euro zu erstellen, der den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung entspricht
- diesen Jahresabschluss unter Angabe des Datums durch den persönlich haftenden Gesellschafter zu unterzeichnen und
- die Unterlagen unter Beachtung der Aufbewahrungsfristen aufzubewahren.

Nach deutschem Steuerrecht sind Unternehmer bzw. Unternehmen grundsätzlich immer dann buchführungspflichtig, wenn sie nach handelsrechtlichen Vorschriften buchführungspflichtig sind. Darüber hinaus besteht nach steuerlichen Vorschriften eine Buchführungspflicht, wenn gewerblich tätige Unternehmer bzw. Unternehmen in einem Wirtschaftsjahr Umsätze von mehr als EUR 500.000,00 oder einen Gewinn aus Gewerbebetrieb von mehr als EUR 50.000,00 erwirtschaften. Die Buchführungspflicht nach steuerlichen Vorschriften beginnt nicht, bevor das Finanzamt den Steuerpflichtigen nach Überschreiten einer der Grenzen ausdrücklich schriftlich auf den Beginn der Buchführungspflicht hingewiesen hat.

3.3.2 Arten der Gewinnermittlung

Die Frage, ob ein Unternehmen Bücher zu führen hat, entscheidet auch darüber, wie der Gewinn zu ermitteln ist. Nicht buchführungspflichtige Unternehmen können den Jahresüberschuss im Wege einer Einnahmen-Überschuss-Rechnung ermitteln. Dies bedeutet, dass sich der Gewinn aus dem Überschuss der Betriebseinnahmen über die Betriebsausgaben eines Geschäftsjahres ermittelt. Entscheidend für die Zuordnung dieser Einnahmen und Ausgaben zu einem Geschäftsjahr ist dabei der Zeitpunkt des Zuflusses- bzw. Abflusses (d.h. Zeitpunkt der Zahlung).



Es existieren einige Ausnahmen von diesem Zufluss- bzw. Abflussprinzip. So führen beispielsweise Abschreibungen zu Betriebsausgaben, obwohl kein Zahlungsmittelabfluss zu verzeichnen ist.

Bei der Gewinnermittlung im Wege der Einnahmen-Überschuss-Rechnung wird die eingenommene Umsatzsteuer ebenfalls als Betriebseinnahme und die zu zahlende Vorsteuer als Betriebsausgabe behandelt. Ergeben sich aus der Umsatzsteuervoranmeldung oder Jahreserklärung Nachzahlungen oder Erstattungen, so führen diese ebenfalls wieder zu Betriebseinnahmen oder -ausgaben.

Ist ein Unternehmen buchführungspflichtig, so ist das Jahresergebnis durch Betriebsvermögensvergleich (Bilanzierung) zu ermitteln. Dabei wird das Betriebsvermögen am Ende eines Geschäftsjahres dem Betriebsvermögen zu Beginn eines Geschäftsjahres gegenübergestellt. Der Differenzbetrag entspricht dem Jahresüberschuss.

Die Zuordnung von Betriebseinnahmen und Betriebsausgaben zu einem Geschäftsjahr erfolgt im Rahmen der Bilanzierung nicht im Zeitpunkt des Zuflusses bzw. Abflusses von Zahlungsmitteln. Entscheidend ist vielmehr die wirtschaftliche Zuordnung. Wird also zum Beispiel die Miete für den Dezember eines Jahres erst im folgenden Januar bezahlt, so wird die Betriebsausgabe auch ohne Zahlungsabfluss bereits im Dezember erfasst und eine entsprechende Verbindlichkeit ausgewiesen. Andererseits führen erbrachte Leistungen auch dann zu Betriebseinnahmen, wenn die Rechnung erst im Folgejahr beglichen wird.

Ein weiterer Unterschied zur Einnahmen-Überschuss-Rechnung liegt in der Behandlung der unfertigen Erzeugnisse und der unfertigen Leistungen. Während diese im Rahmen der Einnahmen-Überschuss-Rechnung erst nach Weiterverkauf (und Erhalt der Zahlung) berücksichtigt werden, sind diese in der Bilanz bereits vor Fertigstellung mit den bis zum Bilanzstichtag angefallenen Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten zu bewerten.



Sabine Wahl, LL.M.

Rechtsanwältin
Innere Kanalstr. 15 50823 Köln
T +49 (0) 221 5108 44480
E sabine.wahl@osborneclarke.de

4 Arbeitsrecht

4.1 Einleitung

Oftmals merkt ein Existenzgründer oder Unternehmer schnell, dass er weitere Unterstützung benötigt und Mitarbeiter einstellen möchte. Sowohl bei der Einstellung von Mitarbeitern als auch im laufenden Arbeitsverhältnis und bei etwaigen Vertragsbeendigungen gilt es, die arbeitsrechtlichen und teils auch sozialrechtlichen Regelungen im Blick zu behalten. Es ist ein gewisses Grundwissen notwendig, um häufige – und dann teils kostenträchtige – Fehler zu vermeiden. Im Folgenden bekommt Ihr daher einen Überblick, was bei der Einstellung, im laufenden Arbeitsverhältnis und bei der Beendigung zu beachten ist. Am Rande sollen auch einige sozialversicherungsrechtliche Fragestellungen bei der Abgrenzung zu freien Arbeitsverhältnissen und der Stellung als Gesellschafter angesprochen werden.

4.2 Bewerbersuche und Einstellung

Stellenausschreibungen sind nicht nur wichtig, um genau die richtigen Kandidaten anzusprechen, sondern müssen auch sorgfältig gestaltet sein. Ebenso ist im Rahmen von Vorstellungsgesprächen darauf zu achten, welche Fragen aus rechtlichen Gründen besser nicht gestellt werden sollten. Andernfalls drohen zum einen gegebenenfalls Entschädigungsansprüche von Bewerbern. Zum anderen schafft ein professionell gestaltetes Einstellungsverfahren Vertrauen und hilft, hochkarätige Bewerber anzusprechen.

4.2.1 Stellenausschreibung – Wie macht man es richtig?

Unabhängig davon, ob die Stellenausschreibung im Internet (über Bewerberbörsen oder Social Networks) oder über Aushänge bekannt gemacht wird, Ihr solltet einige Grundregeln bei der Ausgestaltung der Anzeige beachten. Insbesondere enthält das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) ein Diskriminierungsverbot und Bewerber können schon dann Entschädigungsansprüche geltend machen, wenn sie lediglich Indizien beweisen, die eine Benachteiligung im Hinblick auf ein verbotenes Diskriminierungsmerkmal vermuten lassen.

Zu vermeiden sind daher jegliche Diskriminierungen aufgrund von Rasse, ethnischer Herkunft, Geschlecht, Religion oder Weltanschauung, Behinderung, Alter oder sexueller Identität. Dies sind die im AGG genannten Benachteiligungsgründe, gegen die sich das Gesetz richtet.

Praxisbeispiel:

- Schreibt Stellen immer gleichermaßen für Männer und Frauen aus ("Außendienstmitarbeiter/in" oder „Außendienstmitarbeiter (m/w)")
- Macht keine Vorgaben zum Alter der Bewerber (Wünsche bezüglich mitzubringender Berufserfahrung sind hingegen zulässig)
Nur in Ausnahmefällen kann die Anknüpfung an ein Diskriminierungsmerkmal gerechtfertigt sein, nämlich dann, wenn dies
 - wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung
 - eine wesentliche und entscheidende berufliche Qualifikation darstellt,
 - sofern der Zweck rechtmäßig und
 - die Anforderung angemessen ist.



Dies wurde z. B. in einem Fall anerkannt, in dem ein Mann wegen Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes klagte, da er bei der Bewerbung um eine Stelle als Nachtwächter in einem Mädcheninternat nicht in die engere Bewerberauswahl aufgenommen wurde. Hier hat das Bundesarbeitsgericht die Benachteiligung auf Grund des Geschlechts als gerechtfertigt angesehen. In diesem Fall sei das Geschlecht eine wesentliche und entscheidende Anforderung, die ein Bewerber erfüllen müsse.

Liegen Indizien für eine Diskriminierung vor und ist diese nicht gerechtfertigt, so kann ein Bewerber gegenüber dem Arbeitgeber grundsätzlich folgendes geltend machen:

- Ersatz des dem Bewerber entstandenen Schadens
- angemessene Entschädigung – auch ohne Nachweis, dass der Bewerber bei diskriminierungsfreiem Vorgehen eingestellt worden wäre, können das ein bis drei Monatsgehälter sein

Entsprechende Forderungen müssen Bewerber regelmäßig binnen zwei Monaten ab Erhalt der Absage schriftlich geltend machen. Aus diesem Grund ist es auch ratsam, Bewerbungsunterlagen erst nach dieser Frist zurückzuschicken oder solange Kopien aufzubewahren.

4.2.2 Was darf der Arbeitgeber im Vorstellungsgespräch fragen, was nicht?

Als zukünftiger Arbeitgeber dürft Ihr euch im Bewerbungsgespräch selbstverständlich einen umfassenden Überblick über die fachliche Qualifikation des Bewerbers schaffen. Das Frage-recht wird jedoch im Hinblick auf das Interesse des Arbeitnehmers am Schutz seiner Privatsphäre eingeschränkt. Der Arbeitgeber darf daher nur solche Fragen stellen, an deren wahrheitsgemäßer Beantwortung er ein berechtigtes, billigenswertes und schutzwürdiges Interesse hat, auf Grund dessen die Belange des Bewerbers zurücktreten müssen. Dies ist nur dann der Fall, wenn die Beantwortung der Frage für den angestrebten Arbeitsplatz und die zu verrichten-de



Tätigkeit selbst von Bedeutung ist. Vor diesem Hintergrund sind sowohl im Vorstellungsgespräch als auch in Personalfragebögen solche Fragen unzulässig, die zu sehr die persönlichen Belange des Arbeitnehmers berühren oder aber nicht in konkretem Zusammenhang zur Eignung für die zu besetzende Stelle stehen.

Der Arbeitnehmer muss nur zulässige Fragen wahrheitsgemäß beantworten. Bei unzulässigen Fragen hat er das sogenannte "Recht zur Lüge" und der Arbeitgeber darf aus der falschen Beantwortung keine negativen Konsequenzen ableiten. Bei unzutreffender Beantwortung zulässiger Fragen kann der Arbeitgeber jedoch

- den geschlossenen Arbeitsvertrag wegen arglistiger Täuschung anfechten
- das Arbeitsverhältnis kündigen und/oder Schadensersatz verlangen (wobei dann der Nachweis eines kausal verursachten Schadens erforderlich ist).

Für einige typische Themen von Vorstellungsgesprächen gelten die folgenden Grundsätze:

- **Werdegang**
Die Frage nach dem beruflichen Werdegang, nach Fähigkeiten, Kenntnissen, Erfahrungen und nach Inhalten von Zeugnissen oder Ähnlichem ist stets zulässig.
- **Schwerbehinderung**
Die Frage nach einer Schwerbehinderung ist zulässig, wenn eine solche Behinderung die Ausübung der konkreten Tätigkeit erheblich erschweren oder unmöglich machen würde. Eine Benachteiligung aufgrund der Behinderung ist nach § 81 SGB IX unwirksam.
- **Gesundheitszustand**

Die generelle Frage nach dem Gesundheitszustand ist unzulässig. Der Arbeitgeber darf aber nach Krankheiten fragen, die dauerhaft oder regelmäßig wiederkehrend die Arbeitsleistung des Bewerbers beeinträchtigen. Die Frage nach einer HIV-Infektion ist unzulässig, außer es besteht aufgrund der zu leistenden Tätigkeit eine erhöhte Infektionsgefahr. Demgegenüber ist die Frage nach einer HIV-Erkrankung zulässig.

- **Alkoholerkrankung und Drogenabhängigkeit**

Die Frage nach einer Alkohol- oder Drogenabhängigkeit ist zulässig, da ggf. damit zu rechnen ist, dass der Arbeitnehmer seine Tätigkeit gar nicht oder nicht ordnungsgemäß verrichten kann.

- **Schwangerschaft**

Die Frage nach der Schwangerschaft ist – zur Vermeidung von Geschlechter-diskriminierung – unzulässig.

- **Familienplanung und Heirat**

Die Frage nach der zukünftigen Familienplanung sowie nach Heiratsabsichten ist unzulässig. Dies ist in der Praxis vor allem bei weiblichen Bewerbern wichtig. Unzulässig sind auch Fragen, ob der Bewerber in einer Lebensgemeinschaft lebt oder homosexuell ist.

- **Vorstrafen**

Die Frage nach Vorstrafen ist nur zulässig, wenn die Art des Arbeitsplatzes dies erfordert (z. B. Bankkassierer).

- **Vermögensverhältnisse**

Bei leitenden Angestellten und solchen, die eine besondere Vertrauensstellung innehaben (Filialleiter, Bankkassierer etc.), ist die Frage nach Vermögensverhältnissen zulässig.

Je nach den Anforderungen der konkreten Stelle und den sonstigen Umständen des Einzelfalles können sich weitere Besonderheiten ergeben.

4.3 Abschluss des Arbeitsvertrags

Bei der Ausgestaltung der Arbeitsverträge bieten sich zum einen für den Arbeitgeber verschiedene Möglichkeiten, das Arbeitsverhältnis im Hinblick auf seine Dauer, den zeitlichen Einsatz des Arbeitnehmers und/oder die Vergütung flexibel zu gestalten. Von diesen Flexibilisierungsmöglichkeiten Gebrauch zu machen bietet wesentliche unternehmerische Vorteile. Zugleich hilft eine vorausschauende Vertragsgestaltung, später Probleme im laufenden Arbeitsverhältnis bzw. bei dessen Beendigung zu vermeiden.

Wichtig zu berücksichtigen ist, dass ein Arbeitsvertrag nicht erst durch Unterzeichnung eines schriftlichen Arbeitsvertrages zustande kommt. Vielmehr ist keine besondere Form vorgeschrieben, sodass jede Einigung über den weisungsgebunden Inhalt der Tätigkeit, Vergütung und zeitlichem Umfang rechtlich ein Arbeitsverhältnis begründet. Für dieses gelten die gesetzlichen Regelungen, etwa in Bezug auf Entgeltfortzahlung, Urlaub und Kündigungsfristen. Ein mündlich geschlossenes Arbeitsverhältnis ist immer unbefristet, da eine Befristung nur schriftlich vereinbart werden darf.

Um Streitigkeiten darüber, was vereinbart wurde, zu vermeiden, muss der Arbeitgeber spätestens einen Monat nach Vertragsbeginn die wesentlichen Vertragsbedingungen schriftlich festhalten und dem Arbeitnehmer in unterzeichneter Form aushändigen. Wird ein schriftlicher Arbeitsvertrag geschlossen, so ist keine gesonderte Niederschrift erforderlich. Nach dem sog. Nachweisgesetz muss der Arbeit-



geber mindestens folgende Details gegenüber dem Arbeitnehmer bestätigen (Anmerkungen in Klammern):

- Name und Anschrift der Arbeitsvertragsparteien
- Beginn des Arbeitsverhältnisses (genaues Datum)
- Bei Befristung die vorhersehbare Dauer des Arbeitsverhältnisses (vgl. Kapitel 4.4)
- Arbeitsort
- Art und Inhalt der geschuldeten Tätigkeit des Arbeitnehmers (Position, ggf. Verweis auf Stellenbeschreibung)
- Arbeitsvergütung (Höhe, Zusammensetzung, Fälligkeit)
- regelmäßige Arbeitszeit
- Dauer des jährlichen Erholungsurlaubs
- Kündigungsfristen
- Allgemeinen Hinweis bzgl. Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen mit Geltung für das Arbeitsverhältnis (vgl. Kapitel 5 und 6)

4.3.1 Ausgestaltung von Arbeitsverträgen

Schon langjährig wurden privatrechtliche Verträge in anderen Bereichen darauf überprüft, ob sie Klauseln enthalten, die eine Vertragspartei unangemessen benachteiligen. Diese für alle sog. allgemeinen Geschäftsbedingungen geltende Kontrolle hat der Gesetzgeber inzwischen auch auf Arbeitsverträge ausgedehnt. Seit 2002 fällen die Arbeitsgerichte daher immer mehr Entscheidungen dazu, welche Klauseln im Einzelfall als wirksam oder aber als unangemessen benachteiligend für den Arbeitnehmer und damit als unwirksam angesehen werden. Nach der gesetzlichen Regelung sollen dabei die „im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen berücksichtigt“ werden. Dadurch ergeben sich bestimmte Abweichungen von der Überprüfung allgemein zivilrechtlicher Verträge.

Die AGB-Kontrolle von Arbeitsverträgen erfolgt konkret nach den folgenden vier Schritten:

Step 1: Stellt der Arbeitsvertrag AGB dar?

- Es reicht, wenn der Arbeitgeber den Arbeitsvertrag einmalig verwenden möchte.
- Auch ein Verhandeln mit dem Arbeitnehmer über einzelne Vertragsbedingungen führt nicht zu einer Individualvereinbarung im Sinne des AGB-Rechts. Nur solche Regelungen, die „ernsthaft zur Disposition gestellt wurden“ und zu denen mit dem Arbeitnehmer eine individuelle Verständigung erreicht wurde, sind von der AGB-Kontrolle ausgenommen.

Step 2: Wirksamer Einbezug der einzelnen Klauseln

- Der Arbeitgeber muss dem Arbeitnehmer den Arbeitsvertrag mit den entsprechenden Klauseln übergeben haben, damit diese Vertragsinhalt werden.
- Überraschende Klauseln werden dabei nicht wirksam vereinbart. Somit erlangen Klauseln keine Geltung, wenn sie z.B. an einer vom Arbeitnehmer nicht zu erwartenden Stelle (z. B. unter Sonstiges am Ende des Vertrages) geregelt wurden. Auch andere Besonderheiten, wie z. B. eine doppelte Befristung (ein-mal für eine bestimmte Laufzeit und dann für einen kürzeren Probezeitraum) erlangen nur dann Geltung, wenn sie besonders deutlich hervorgehoben werden. Im Falle einer Probezeitbefristung endet das Arbeitsverhältnis daher erst mit Ablauf des zugleich vereinbarten längeren Befristungszeitraums, wenn die Probezeitbefristung nicht gesondert hervorgehoben wird.



Step 3: Überprüfung einzelner Klauseln

- Generell müssen sämtliche Vertragsklauseln klar und verständlich sein (sog. Transparenzgebot). Andernfalls sind sie bereits aus diesem Grunde unwirksam.
- Unklarheiten bei der Auslegung einer Klausel gehen zu Lasten des Arbeitgebers.

Zum besseren Verständnis, was gemeint ist, seien hier einige Beispiele genannt:

- Wenn der Arbeitgeber eine Sonderzahlung zum Jahresende im Vertrag regelt und zugleich darauf hinweist, diese sei freiwillig und jederzeit widerruflich, so erhält der Arbeitnehmer einen Zahlungsanspruch. Dies deshalb, weil der ergänzende Hinweis des Arbeitgebers in sich widersprüchlich ist. Ein Freiwilligkeitsvorbehalt ist für bestimmte Leistungen möglich und verhindert dann von vorne herein das Entstehen eines Rechtsanspruchs. Hingegen hat der Arbeitnehmer bei Vereinbarungen eines Widerrufsvorbehalts zunächst einen Rechtsanspruch, der jedoch nachträglich für die Zukunft durch einen Widerruf des Arbeitgebers wegfällt. Verbindet man beide Konzepte miteinander, so entsteht eine in sich widersprüchliche Klausel, die insgesamt nicht mehr anzuwenden ist.
- Vereinbaren die Vertragsparteien, dass alle Überstunden mit der vereinbarten Vergütung abgegolten sein sollen, so ist dies regelmäßig unwirksam. Theoretisch könnte der Arbeitgeber vom Arbeitnehmer eine äußerst weitgehende Arbeitsleistung verlangen, ohne dafür mehr Vergütung zahlen zu müssen. Die Rechtsprechung fordert jedoch, dass der Arbeitnehmer von vorne herein erkennen kann, wie viel er zur Erzielung der vereinbarten Vergütung tätig werden muss. Auch insofern gibt es dabei Gestaltungsmög-



lichkeiten mit der Vereinbarung eines gewissen Überstundenkontingents, die den Anforderungen der Rechtsprechung standhalten.

Step 4: Unwirksamkeit der Klausel

- Grundsätzlich sind benachteiligende Klauseln insgesamt unwirksam und Ihr könnt Euch als Arbeitgeber nicht auf diese berufen. Es gilt dann stattdessen die gesetzliche Regelung zum jeweiligen Thema.
- In seltenen Fällen lässt die Rechtsprechung einen Teil einer Klausel bestehen, wenn dieser abtrennbar ist und ein Teil der Klausel unabhängig fortbestehen kann. Auf die Annahme einer solchen Fallgestaltung sollte man sich im Zweifel aber nicht verlassen.

4.3.2 Gesetzliche Regelung zur Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses

Auch wenn der Arbeitsvertrag zu folgenden Aspekten keine Regelung trifft, gelten hier die gesetzlichen Vorgaben. Diese sind nur teilweise vom Gesetzgeber so ausgestaltet, dass arbeitsvertraglich davon abgewichen werden darf.

- Entgeltfortzahlungsgesetz, Nachweispflicht
Arbeitnehmer haben nach derzeitigem Stand Anspruch auf sechs Wochen Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall sowie Entgeltfortzahlung an Feiertagen. Sie müssen eine Arbeitsunfähigkeit spätestens am dritten Tag durch ein ärztliches Attest nachweisen.
- Urlaub
Jeder Arbeitnehmer hat Anspruch auf mindestens vier Wochen bezahlten Erholungsurlaub im Jahr. Bei Ein- und Ausscheiden gelten besondere Regelungen zur Berechnung. Urlaub ist grundsätzlich im Kalenderjahr zu nehmen. War dies aus betrieblichen oder persönlichen Gründen nicht möglich, kann er bis zum 31.



März des Folgejahres genommen werden. Danach verfällt er bis auf in Ausnahmefällen lang andauernder Erkrankung, die ein Nehmen des Urlaubs unmöglich machte.

- Urheberrechte

Es gibt einige gesetzliche Regelungen, die Nutzungsrechte an geistigem Eigentum in einem gewissen Umfang dem Arbeitgeber zuweisen, wenn der Arbeitnehmer im Rahmen seiner vertraglichen Aufgaben das geistige Eigentum geschaffen hat. Insgesamt empfiehlt sich hierzu aber eine genaue vertragliche Ausgestaltung.

- Kündigungsfristen

Die Parteien sind frei darin, längere Kündigungsfristen als die gesetzlichen zu vereinbaren. Für den Arbeitgeber gelten aber in jedem Fall mindestens die im Gesetz vorgesehenen, nach Betriebszugehörigkeit gestaffelten Kündigungsfristen. Es darf vereinbart werden, dass auch der Arbeitnehmer diese mit der Zeit verlängerten Kündigungsfristen einhalten muss. Es dürfen jedoch für ihn keine längeren Kündigungsfristen als für den Arbeitgeber vorgesehen werden.

Auch wenn diese Punkte gesetzlich geregelt sind, empfiehlt sich eine Klarstellung im Arbeitsvertrag, um den Arbeitnehmern ihre Pflichten sowie die geltenden Regelungen klarzumachen und teilweise, z. B. im Fall der Kündigungsfristen, auch die Vorgaben des Nachweisgesetzes einzuhalten. Zugleich könnt Ihr als Arbeitgeber im Arbeitsvertrag die Spielräume nutzen, die zu einigen Regelungsbereichen bestehen.

4.3.3 Wettbewerbsverbote

In einer modernen Arbeitswelt ist es nicht außergewöhnlich, dass ein Arbeitnehmer für mehrere Arbeitgeber gleichzeitig tätig ist. So ist es denkbar, dass eine Person zwei Teilzeitjobs ausübt oder dass zusätzlich zu einem Job noch ein Minijob ausgeführt wird. Was für Arbeitnehmer attraktiv sein mag, bedeutet für Unternehmen häufig ein Sicherheitsrisiko. Insbesondere in Branchen, in denen das Know-How das größte Kapital ist, ist das Interesse groß, Wissen um Produkte, Kundendaten, Strategien und Beziehungen zu schützen. Dabei können Wettbewerbsverbote hilfreich sein, die zusätzlich in ihrer praktischen Wirksamkeit durch Vertragsstrafen verstärkt werden können.

4.3.3.1 Das vertragliche Wettbewerbsverbot

Auch ohne gesonderte Vereinbarungen ist es Mitarbeitern untersagt, während ihrer Anstellungszeit für ein Unternehmen zu arbeiten, das in Konkurrenz zum (Haupt-)Arbeitgeber steht. Verstößt der Mitarbeiter gegen dieses Verbot und verursacht dadurch bei seinem Arbeitgeber einen Schaden, so ist er ihm zum Schadensersatz verpflichtet. Dieses Verbot gilt vom ersten bis zum letzten Tag des Arbeitsverhältnisses.

4.3.3.2 Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot

Darüber hinaus kann ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot vereinbart werden. Dieses muss schriftlich geschehen und eine von beiden Vertragsparteien unterzeichnete Ausfertigung muss dem Mitarbeiter ausgehändigt werden. Typischerweise geschieht dies bereits im Arbeitsvertrag. Ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot macht insbesondere bei Verträgen mit Führungskräften Sinn, da sie Zugang auch zu strategischen Informationen haben, die besonders sensibel sind und bei denen man ein "Weitertragen" zur Konkurrenz besonders verhindern möchte.

Um durch das nachvertragliche Wettbewerbsverbot zu verhindern, dass der Mitarbeiter direkt aus dem alten Anstellungsverhältnis als Angestellter oder Selbstständiger zur Konkurrenz wechselt, müssen aber einige Voraussetzungen beachtet werden. So muss das Wettbewerbsverbot genau beschreiben, für welchen Zeitraum (maximal "bis zwei Jahre nach Austritt aus dem Unternehmen"), in welchem Gebiet ("in Nordrhein-Westfalen") und innerhalb welcher Branche ("im Groß- und Außenhandel") es gelten soll. Es ist aber auch möglich, statt des tätigkeitsbezogenen Wettbewerbsverbots ein unternehmensbezogenes Wettbewerbsverbot zu vereinbaren. Dadurch kann einem Mitarbeiter jede Tätigkeit für konkret zu bezeichnende Unternehmen untersagt werden.

Da dies ein starker Eingriff in die Freiheit des Mitarbeiters ist, seine Arbeitskraft wirtschaftlich zu verwerten, müsst Ihr dem Mitarbeiter für jeden Monat, in dem das Wettbewerbsverbot gilt, eine sogenannte Karenzentschädigung zahlen. Sie beträgt mindestens 50 % des zuletzt bezogenen Monatseinkommens. Vergesst bei der Berechnung nicht, alle Boni, Sachleistungen, Gratifikationen und variablen Entgeltbestandteile zu berücksichtigen!

Welche Vereinbarungen zulässig sind und welche vor Gericht keinen Bestand haben, ist stark von den Umständen des Einzelfalls abhängig. Zum Beispiel kann die Hierarchieebene Eures ehemaligen Mitarbeiters oder die Dauer seiner vorangegangenen Beschäftigung ausschlaggebend sein.

4.3.3.3 Vertragsstrafe

Um die Motivation des Mitarbeiters zu erhöhen, sich an das die nachvertragliche Wettbewerbsverbot zu halten, empfiehlt es sich, bereits im Arbeitsvertrag eine Vertragsstrafenklausel unterzubringen. Darin kann vereinbart werden, dass der Mitarbeiter für jeden Fall des Verstoßes gegen das Wettbewerbsverbot eine angemessene und im Vertrag genau bezeichnete Vertragsstrafe zu zahlen hat. Diese kann spürbar hoch sein, darf aber andererseits auch nicht zu drastisch ausfallen, da die gesamte Klausel sonst unwirksam wäre. Außerdem muss die Klausel im Arbeitsver-

trag deutlich erkennbar und unter einer eindeutigen Überschrift geregelt sein, um dem sog. Transparenzgebot zu genügen.

4.3.3.4 Verzicht auf das nachvertragliche Wettbewerbsverbot

Bitte beachtet, dass ein Verzicht auf das nachvertragliche Wettbewerbsverbot zwar möglich ist und den Mitarbeiter sofort von seiner Verpflichtung befreit. Der Arbeitgeber wird aber erst nach zwölf Monaten von der Pflicht zur Zahlung der Karenzentschädigung frei. Ein Verzicht wirkt sich bei kürzeren Wettbewerbsverboten daher nur aus, wenn er rechtzeitig vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erklärt wird.

4.4 Flexible Arbeitsformen

In Branchen, deren Arbeitsabläufe nicht dem hergebrachten 9-to-5-Schema entsprechen, müssen flexiblere Lösungen für den Personaleinsatz gefunden werden. Wir möchten Euch einen kurzen Überblick über die gängigsten Möglichkeiten geben, Euer Personal bedarfsgerecht ein-zusetzen.

4.4.1 Freie Mitarbeiter

Die Frage, ob man es mit freien Mitarbeitern oder Arbeitnehmern zu tun hat, ist aus vielen Perspektiven wichtig. Freie Mitarbeiter unterliegen nicht im selben Maße dem Weisungsrecht des Arbeitgebers, Vorschriften zum Schutz der Arbeitnehmer wie das Kündigungsschutzgesetz sind nicht anwendbar und ihre Vergütung ist nicht sozialversicherungspflichtig. Wenn bei der Einordnung von Mitarbeitern Fehler passieren, kann allerdings spätestens, wenn die Sozialversicherungsträger nicht entrichtete Sozialversicherungsbeiträge einfordern, die wirtschaftliche Existenz eines Unternehmens bedroht sein. Unter Umständen kann hier sogar ein strafbares Verhalten vorliegen.

Freier Mitarbeiter ist, wer seine Arbeit im Wesentlichen frei gestalten kann. Dazu gehören die freie Zeiteinteilung, freie Wahl der Arbeitsmittel und des Inhaltes, örtliche Ungebundenheit und auch die Freiheit, gleichzeitig für mehrere Auftraggeber tätig zu werden. Die Abgrenzung kann oft Schwierigkeiten bereiten. Insbesondere Mitarbeiter höherer Hierarchiestufen oder hochspezialisierte Experten werden von einem Arbeitgeber weniger Weisungen empfangen als der "Durchschnittsmitarbeiter". Auch ist es denkbar, dass Arbeitnehmer frei darin sind, ihre Arbeit an einem beliebigen Ort zu verrichten, ohne ihre Arbeitnehmerstellung zu verlieren. Gleichzeitig findet auch mit einem freien Mitarbeiter in gewissem Rahmen eine Abstimmung über die Erbringung seiner Dienst- oder Werkleistung statt. Zudem kann aber auch ein formal selbstständig organisierter Auftragnehmer als scheinselfständig bewertet werden, wenn er faktisch nur an einen Auftraggeber gebunden und von diesem wirtschaftlich abhängig ist und nicht selbstständig unternehmerisch nach außen auftritt.

Freie Mitarbeiter bieten ihre Dienstleistungen auf der Basis von zum Beispiel Werkverträgen oder Dienstverträgen an. Dementsprechend kann man sie sehr flexibel einsetzen, da ihnen gegenüber im Normalfall keine Mindestarbeitszeit garantiert oder Kündigungsfristen beachtet werden muss. Allerdings kann sich aus der konkreten Vertragsgestaltung auch hier etwas anderes ergeben.

4.4.2 Teilzeit

Die Teilzeitarbeit ist eines der bekanntesten Modelle zur Flexibilisierung der Arbeitszeit. Durch die Verringerung der wöchentlichen Mindestarbeitszeit kann der Arbeitgeber seine Manpower an den Bedarf des Unternehmens anpassen, aber auch möglichen Interessen des Mitarbeiters Rechnung tragen. Wer Vollzeit- und wer Teilzeitmitarbeiter ist, bestimmt sich anhand der Stunden, die durchschnittlich pro Woche gearbeitet werden. Oft finden sich in Tarifverträgen Stundenwerte, die einer Vollzeittätigkeit entsprechen. Aber auch in Arbeitsverträgen können solche Regelungen getroffen werden. Wer laut seinem Arbeitsvertrag weniger als diese Durchschnitts-arbeitszeit zu leisten verpflichtet ist, ist Teilzeitmitarbeiter.

4.4.2.1 Anspruch auf Teilzeitarbeit

Vollzeitmitarbeiter haben unter bestimmten Umständen einen gesetzlichen Anspruch darauf, von einer Vollzeit- in eine Teilzeittätigkeit zu wechseln. Dazu muss

- das Arbeitsverhältnis mindestens sechs Monate bestanden haben
- der Arbeitgeber mehr als 15 Mitarbeiter beschäftigt
- und betriebliche Gründe dürfen der Reduktion auf Teilzeit nicht entgegenstehen. Das Benachteiligungsverbot

4.4.2.2 Das Benachteiligungsverbot

Teilzeitmitarbeiter dürfen nicht gegenüber den Vollzeitmitarbeitern benachteiligt werden. Es ist also nicht möglich, ihnen für dieselbe Arbeit einen geringeren Stundenlohn zu zahlen, sie bei den Urlaubsregelungen zu benachteiligen oder ihnen den Zugang zu sozialen Einrichtungen des Betriebes (Kantine, etc.) zu verweigern.

4.4.3 Arbeit auf Abruf

Arbeit auf Abruf, oder auch kapazitätsorientierte variable Arbeitszeit genannt, ist eine besondere Form der Teilzeitarbeit. Hierbei handelt es sich um ein Arbeitsmodell, bei dem sowohl die Anzahl der pro Arbeitstag zu leistenden Stunden nicht fest bestimmt ist, als auch die Lage der Arbeitszeit ist nicht von vorneherein vertraglich geregelt ist. Der Arbeitgeber kann die Arbeitsleistung je nach Arbeitsanfall und im Rahmen gewisser Mindestvoraussetzungen bedarfsorientiert abrufen.

Diese Mindestvoraussetzungen sind:

- Die wöchentliche Arbeitszeit muss vertraglich genau festgelegt sein. Möglich ist es aber, Mindeststundenzahlen zu vereinbaren. Fehlt eine solche Vereinbarung, gilt eine Arbeitszeit von 10 Stunden pro Woche als vereinbart.



- Die tägliche Arbeitszeit muss vertraglich vereinbart sein. Zulässig sind auch hier Mindestangaben wie "mindestens 4 Stunden am Tag". Fehlt eine solche Vereinbarung, gilt eine Mindestarbeitszeit von ununterbrochen drei Stunden am Abrufstag.
- Die vom Arbeitgeber abrufbare, über die vereinbarte Mindestarbeitszeit hinausgehende Arbeitsleistung darf nicht mehr als 25 % der vereinbarten wöchentlichen Mindestarbeitszeit betragen.
- Der Arbeitgeber muss den Abruf der Arbeitszeit mindestens vier Tage im Voraus ankündigen.

4.4.4 Befristung

Arbeitsverträge können auch befristet abgeschlossen werden. Sie enden, sobald der Befristungsgrund eingetreten ist. Eine Besonderheit im Vergleich zu normalen Arbeitsverträgen, die nicht zwangsläufig schriftlich abgeschlossen werden müssen, ist das Schriftformgebot für befristete Arbeitsverträge. Ihr müsst also darauf achten, dass der befristete Vertrag von beiden Seiten unterschrieben worden ist, bevor der neue Mitarbeiter bei Euch anfängt. Sonst ist die Befristung unwirksam und der Vertrag gilt als unbefristet. Um Missbrauch vorzubeugen sind im Teilzeit- und Befristungsgesetz einige weitere Anforderungen definiert, wann eine Befristung möglich und wirksam ist und wann nicht.

4.4.4.1 Sachgrundbefristung

Eine Befristung ist dann möglich, wenn ein Sachgrund vorliegt. Welche Sachgründe eine Befristung rechtfertigen, ist im Gesetz geregelt. Einer der Befristungsgründe ist Vertretungsbedarf auf Grund von Krankheit, Urlaub oder auch Schwangerschaft. Hierbei muss genau darauf geachtet werden, dass der Befristungsgrund so klar wie möglich im Vertrag festgehalten und an den individuellen Fall angepasst wird. Beispiel: "Der Arbeitnehmer wird als Vertretung für den erkrankten Mitarbeiter Herr X beschäftigt. Das Arbeitsverhältnis endet, wenn Herr X wieder arbeitsfähig ist und seine Arbeit antritt, spätestens jedoch am [Datum]."



- Einen weiteren Sachgrund kann der erhöhte Arbeitskräftebedarf im Rahmen einer Projektarbeit sein. Auch hier ist auf die genaue Bezeichnung des Projekts zu achten.
- Ist der Eintritt des Sachgrundes wie in den obigen Beispielen gewiss, aber der Zeitpunkt ist unklar, so spricht man auch von einer Zweckbefristung.
- Aber auch der ausdrückliche Wunsch des Mitarbeiters, einen befristeten Arbeitsvertrag zu schließen, kann ein Sachgrund sein, der die Befristung rechtfertigt. Hier ist dann besonders strikt darauf zu achten, dass dieser Wunsch im Arbeitsvertrag dokumentiert ist und möglichst auch ein erläuternder Grund angegeben ist. "Das Arbeitsverhältnis endet mit Ablauf des 30. September 2012 auf Wunsch des Mitarbeiters, da er ab dem 4. Oktober 2012 ein Studium aufnehmen wird."

4.4.4.2 Befristung ohne Sachgrund

Befristungen ohne Sachgrund sind ebenfalls möglich. Hierbei muss dann der Zeitpunkt, zu dem das Arbeitsverhältnis enden soll, kalendermäßig bestimmt werden. Der Mitarbeiter muss also in der Lage sein, nur mit Hilfe eines Kalenders herauszufinden, wann sein Arbeitsverhältnis endet. "Das Arbeitsverhältnis endet mit Ablauf des 31. Januar 2012 ohne dass es einer Kündigung bedarf". Unzulässig wäre eine Formulierung wie "Das Arbeitsverhältnis endet im Mai 2012 ohne dass es einer Kündigung bedarf", da hier nicht allein mit Hilfe eines Kalenders das Ende des Arbeitsverhältnisses bestimmt werden kann.

Bei der Zeitbefristung müsst Ihr beachten, dass diese nicht endlos verlängert werden darf. Ein zeitbefristeter Vertrag darf höchstens drei Mal verlängert werden und insgesamt nicht länger als zwei Jahre dauern. Wurde also ein Vertrag drei Mal verlängert und dauert er insgesamt länger als zwei Jahre, ist die Befristung unwirksam und das Vertragsverhältnis gilt als unbefristet. Aber auch Verträge, die kürzer als

zwei Jahre dauerten, dafür aber mehr als drei Mal verlängert wurden, gelten als unbefristet.

Die Zeitbefristung ist ausgeschlossen, wenn mit demselben Mitarbeiter zuvor (nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts heißt dies innerhalb der letzten drei Jahre) bereits ein unbefristetes oder ein mit Sachgrund befristetes Arbeitsverhältnis bestand. Eine vorangegangene freiberufliche Mitarbeit oder eine frühere Mitarbeit im Rahmen von Werkverträgen spielt hier aber keine Rolle.

4.4.4.3 Existenzgründerprivileg

Junge Unternehmen werden bei der Zeitbefristung von Arbeitsverträgen bevorzugt. Während der ersten vier Jahre ihrer Existenz können sie kalendermäßig befristete Verträge für bis zu vier Jahre ohne Sachgrund verlängern. Es kommt dabei nur darauf an, dass der Vertrag vor dem "vierten Geburtstag" abgeschlossen wurde und der Mitarbeiter die Arbeit aufgenommen hat. Am letzten Tag vor dem 4-Jahres-Stichtag kann also noch ein auf vier Jahre kalendermäßig befristeter Arbeitsvertrag geschlossen werden. Bei Verträgen, die noch vor dem 4-Jahres-Stichtag, aber für eine kürzere Zeit geschlossen wurden, ist eine Verlängerung auf maximal vier Jahre nach dem 4-Jahres-Stichtag ausgeschlossen.

Allerdings muss es sich um eine echte Neugründung des Unternehmens handeln – hat sich ein bereits bestehendes Unternehmen nur umstrukturiert oder ist es durch Verschmelzung bestehender Unternehmen entstanden, kann es das Existenzgründerprivileg nicht für sich in Anspruch nehmen.

4.4.5 Geringfügige Beschäftigung: Die Minijobs

Minijobs sind eine besondere Form der Teilzeitarbeit. Der Vorteil von Minijobs liegt hauptsächlich in den reduzierten Lohnnebenkosten: Der auf Minijobs zu entrichtende Arbeitgeberanteil ist niedriger – er besteht lediglich aus einem Pauschalbeitrag.

Der Arbeitnehmeranteil entfällt ganz. Doch nicht jede Beschäftigungsform mit geringem Stundenumfang kann auch ein Minijob sein.

Grundsätzlich gib es zwei Arten von Minijobs, die jeweils ihre eigenen Voraussetzungen haben.

- Geringfügig entlohnte Beschäftigung (sog. "400-Euro-Job")

Eine geringfügig entlohnte Beschäftigung liegt dann vor, wenn das Arbeitsentgelt pro Monat regelmäßig die Grenze von EUR 400,00 nicht überschreitet.

Hat ein Mitarbeiter mehrere geringfügig entlohnte Beschäftigungen ohne eine versicherungspflichtige Hauptbeschäftigung zu haben, so wird das Entgelt aller 400-Euro-Jobs zusammengerechnet. Nur wenn nach der Addition die monatliche Durchschnittsverdienstgrenze nicht überschritten wird, liegen 400-Euro-Jobs vor.

Neben einer versicherungspflichtigen Hauptbeschäftigung ist nur ein 400-Euro-Job möglich. Alle weiteren geringfügig entlohnten Beschäftigungen unterliegen der Sozialversicherungspflicht in vollem Umfang.

- Kurzfristige Beschäftigung

Ein Job ist auch dann als Minijob zu qualifizieren, wenn er von vornherein nicht auf mehr als zwei Monate (bei einer Fünftagewoche) oder auf höchstens 50 Arbeitstage pro Jahr (bei weniger als einer Fünftagewoche) ausgelegt ist und die Tätigkeit nicht berufsmäßig ausgeübt wird.

Anders als bei der 400-Euro-Variante spielt hier die Höhe des Verdienstes keine Rolle – der Mitarbeiter kann auch mehr als EUR 400,00 monatlich verdienen.

Probleme bei der Einordnung dieser Minijobvariante macht regelmäßig das Merkmal der Berufsmäßigkeit. Wann eine Tätigkeit berufsmäßig ausgeübt wird, das Arbeitsverhältnis also nicht mehr als Minijob qualifiziert werden kann, wird dann relevant, wenn im Durchschnitt mehr als EUR 400,00 pro Monat verdient werden. Hat die Tätigkeit dann für den Mitarbeiter "nicht nur untergeordnete wirtschaftliche Bedeutung", d. h. verdient er mit ihr seinen Lebensunterhalt, ist sie kein Minijob mehr.

Eine weitere Besonderheit ist, dass die Pauschbeiträge nicht an die Krankenkasse des Arbeitnehmers zu entrichten sind, sondern an die Minijobzentrale, die bei der Knappschaft Bahn See angesiedelt ist. Weiterführende Informationen gibt es unter www.minijob-zentrale.de.

4.5 Tarifverträge

In bestimmten Fällen können sich auch aus Tarifverträgen Vorgaben zur inhaltlichen Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses ergeben. Im Verhältnis zum Arbeitsvertrag gilt dann zu Gunsten des Arbeitnehmers das Günstigkeitsprinzip. Tarifverträge beanspruchen Geltung, wenn Ihr Mitglied im tarifschließenden Arbeitgeberverband seid und Euer Mitarbeiter Mitglied der tarifschließenden Gewerkschaft ist oder alternativ wenn der Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt worden ist. Letzteres ist in Deutschland nur in einigen Branchen und für eine überschaubare Anzahl von Tarifverträgen der Fall, so dass - im Gegensatz zu manchen anderen europäischen Ländern - in Deutschland eine erhebliche Anzahl von nicht tarifgebundenen Arbeitsverhältnissen existiert.

Besonderheiten gelten in der Zeitarbeitsbranche, bei der Entsendung von Mitarbeitern ins Aus-land und in Bezug auf die Branchen, die ins Arbeitnehmerentsendegesetz aufgenommen worden sind. Dies betrifft unter anderem die Baubranche, Briefdienstleistungen, Sicherheitsdienstleistungen und einige andere. Hier sind Tarifverträge von größerer Bedeutung.

4.6 Betriebsverfassungsgesetz

Da die meisten Existenzgründer zunächst kleine Unternehmen führen, wollen wir die Regelungen zur betrieblichen Mitbestimmung nur am Rande erwähnen: Wenn Ihr fünf oder mehr Mitarbeiter dauerhaft beschäftigt, so haben diese das Recht, einen Betriebsrat zu gründen. Sobald ein solcher in Eurem Unternehmen besteht, müsst Ihr sein Informations- und ggf. Mitbestimmungsrecht bei vielen personellen oder sozialen Maßnahmen beachten (beispielsweise Anhörung vor Kündigungsausspruch, Mitspracherecht bei Versetzungen, etc.).

4.7 Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Läuft ein Arbeitsverhältnis nicht so wie erhofft, ändern sich die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen oder treten besondere Umstände bei dem Mitarbeiter oder Arbeitgeber ein, so stellt sich die Frage, wann und wie ein Arbeitsverhältnis beendet werden kann, bzw. automatisch endet.

Das Arbeitsverhältnis kann aus verschiedenen Gründen enden:

- Kündigung
- Anfechtung
- Aufhebungsvertrag
- Befristung des Arbeitsvertrages
- Vereinbarung über das Erreichen der Altersgrenze

- Tod des Arbeitnehmers.

Nicht zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses führen dagegen:

- Abmahnung
- Suspendierung
- Betriebsübergang
- Insolvenz des Arbeitgebers
- Tod des Arbeitgebers
- Dauerhafte Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers
- Erreichen des Renteneintrittsalters an sich

4.7.1 Kündigung versus Aufhebungsvertrag

Die Kündigung ist die einseitige Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch eine der Parteien. Sie kann je nach Fall fristlos oder unter Beachtung der Kündigungsfrist erfolgen.

Die Kündigung ist zu unterscheiden vom Aufhebungsvertrag. Dieser ist nicht wie die Kündigung einseitig, sondern muss von beiden Parteien des Arbeitsvertrages abgeschlossen werden. Außerdem kann der Aufhebungsvertrag das Arbeitsverhältnis schneller beenden, denn vertragliche oder gesetzliche Kündigungsfristen gelten für ihn nicht. Für den Mitarbeiter hat der Abschluss eines Aufhebungsvertrages ähnlich negative Folge wie die Eigenkündigung oder die verhaltensbedingte Kündigung. Sein Anspruch auf Arbeitslosengeld I kann durch die Arbeitsagentur wegen "Mitwirkung am Verlust des Arbeitsplatzes" gekürzt werden. Darauf ist beim Abschluss eines Aufhebungsvertrages hinzuweisen.

4.7.2 Allgemeine Voraussetzungen einer Kündigung

Die Kündigungserklärung muss immer schriftlich geschehen und muss der anderen Partei zu-gehen. Der Begriff "Kündigung" muss in dem Schreiben nicht fallen, aber der Wille, dass man nicht mehr mit dem Vertragspartner zusammen arbeiten will, muss unmissverständlich zum Aus-druck kommen.

Einen Kündigungsgrund für die Kündigung eines Mitarbeiters müsst Ihr nicht nennen. Es gibt einige Ausnahmen, beispielsweise bei der Kündigung einer Schwangere-n oder bei außerordentlichen Kündigungen.

- **Kündigungsfrist**

Zwischen dem Ausspruch der Kündigung und dem tatsächlichen Ende des Arbeitsverhältnisses liegt die Kündigungsfrist. Ihre Länge bestimmt sich nach der Dauer der Betriebszugehörigkeit – je länger der Mitarbeiter beschäftigt war, desto länger ist seine gesetzliche Kündigungsfrist. Allerdings finden sich in Arbeits- oder Tarifverträgen oft längere Kündigungsfristen, die es dann zu beachten gilt.

Eine Ausnahme ist die außerordentliche Kündigung. Sie wird auch fristlose Kündigung genannt. Wenn es einen ausreichend gewichtigen Grund gibt, kann ohne Einhaltung einer Frist gekündigt, das Arbeitsverhältnis also unmittelbar beendet werden.

- **Zugang der Kündigungserklärung**

Damit die Kündigung wirksam wird, muss sie dem Mitarbeiter zu-gehen. Das heißt, sie muss so "in seinen Machtbereich" gelangt sein, dass er unter normalen Umständen die Möglichkeit hat, von der Kündigung Kenntnis zu nehmen.

4.7.3 Der Unterschied zwischen der ordentlichen und der außerordentlichen Kündigung

Es gibt, wie oben bereits angesprochen, im Arbeitsrecht zwei "Arten" von Kündigungen. Bei der ordentlichen Kündigung muss eine Kündigungsfrist eingehalten werden. Sie ist der Normalfall im Arbeitsrecht. Sofern der Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz nicht ein-greift – dazu gleich mehr – muss bei der ordentlichen Kündigung kein Kündigungsgrund vorliegen.

Die außerordentliche Kündigung ist hingegen nur zulässig, wenn ein Grund vorliegt, der so gravierend ist, dass dem Arbeitgeber ein Abwarten der Kündigungsfrist – und damit einhergehend die Weiterbeschäftigung des Mitarbeiters bis zu ihrem Ablauf – nicht zumutbar ist. Eine Kündigungsfrist gibt es hier also nicht. Aber auch, wenn der Arbeitnehmer eine außerordentliche, also fristlose Kündigung aussprechen will, braucht er dringende Gründe. Ob ein Grund für eine außerordentliche Kündigung ausreichend ist, ergibt sich im Rahmen einer Einzelfallabwägung unter Berücksichtigung aller Interessen. Zudem muss eine außerordentliche Kündigung binnen zwei Wochen nach Kenntnis vom wichtigen Kündigungsgrund erfolgen.

4.7.4 Allgemeiner Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz (KSchG)

Sobald die Anwendungsvoraussetzungen des Kündigungsschutzgesetzes erfüllt sind gilt es zwingend. Wenn Ihr etwas anderes im Arbeitsvertrag vereinbart, sind diese Vereinbarungen nichtig, sprich wirkungslos.



Das Kündigungsschutzgesetz schützt nur:

- Arbeitnehmer

Es gilt also nicht für freie Mitarbeiter, Gesellschafter, Gesellschaftsorgane, Selbstständige etc. und für leitende Angestellte nur eingeschränkt.

- die seit mehr als sechs Monaten im Unternehmen arbeiten

- Vor ordentlichen Kündigungen des Arbeitgebers

Bei einer ordentlichen Eigenkündigung des Arbeitnehmers gelten die Regelungen des Kündigungsschutzgesetzes nicht.

- Wenn im Betrieb regelmäßig mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt werden

Bei der Berechnung werden Teilzeitkräfte nicht voll, Auszubildende gar nicht und Mitarbeiter mit ruhendem Arbeitsverhältnis (zum Beispiel Mutterschutz, Elternzeit, Zivil- oder Wehrdienst) nur dann mitgezählt, wenn kein Ersatzmitarbeiter für sie eingestellt wurde.

Ist das Kündigungsschutzgesetz anwendbar, hat dies zur Folge, dass nur Kündigungen wirksam sind, die sozial gerechtfertigt sind. Das heißt, eine Kündigung kann nur dann wirksam sein, wenn sie aus einem anerkannten Grund ausgesprochen wurde. Gesetzlich anerkannt sind Kündigungen

- aus dringenden betrieblichen Erfordernissen ("betriebsbedingte Kündigung")
- aus Gründen, die in der Person des Arbeitnehmers liegen ("personenbedingte Kündigung") und



- aus Gründen, die im Verhalten des Arbeitnehmers liegen ("verhaltensbedingte Kündigung")

4.7.4.1 Betriebsbedingte Kündigung

Eine betriebsbedingte Kündigung setzt voraus, dass dringende betriebliche Erfordernisse vorliegen, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entgegenstehen. Rechtlich unterliegt die betriebsbedingte Kündigung einer vierstufigen Prüfung:

Step 1: Vorliegen betrieblicher Erfordernisse?

Für den Kündigungsentschluss können sowohl außerbetriebliche Faktoren (wie die gesamtwirtschaftliche Entwicklung, Auftragsrückgang, Branchenentwicklung oder technologische Entwicklung) als auch innerbetriebliche Faktoren (wie etwa Änderungen im Arbeitsablauf oder Abteilungsorganisation, Umstellung der Produktionsvorgänge etc.) eine Rolle spielen. Im Hinblick auf die Darlegungsanforderungen im gerichtlichen Verfahren ist es regelmäßig ratsam, wenn Ihr als Arbeitgeber außerbetriebliche Faktoren lediglich als Anlass für innerbetriebliche Veränderungen nimmt.

- Sind außerbetriebliche Faktoren der unmittelbare Kündigungsgrund, so unterliegen sie einer Darlegungs- und Beweispflicht und das Gericht überprüft, wie sie sich konkret im Unternehmen auswirken.
- Werden hingegen vor dem Hintergrund außerbetrieblicher Faktoren innerbetriebliche Änderungen beschlossen und die Unternehmensorganisation umgestellt, so gilt der Grundsatz der freien Unternehmerentscheidung und das Gericht prüft die betroffenen Maßnahmen lediglich darauf hin, ob sie offensichtlich unsachlich, unvernünftig oder willkürlich erscheinen. Außen vor bleibt, ob die

konkrete Veränderung der Organisation notwendig oder zweckmäßig ist.

Step 2: Wegfall des Arbeitsplatzes?

Durch die dringenden betrieblichen Erfordernisse muss ein Arbeitsplatz wegfallen. Es reicht auch, wenn dies nicht der konkrete Arbeitsplatz des gekündigten Arbeitnehmers ist, sondern rein rechnerisch ein Überhang an Arbeitskräften besteht. Die zu kündigenden Mitarbeiter werden im Rahmen der Sozialauswahl bestimmt (Schritt 4).

Step 3: Fehlen einer Weiterbeschäftigungsmöglichkeit?

Der Arbeitgeber darf keine Möglichkeit haben, den Arbeitnehmer anderweitig im Unternehmen zu beschäftigen. Dies ist eine gesetzliche Konkretisierung des sog. Ultima-Ratio-Grundsatzes, der Kündigungen nur als letztes Mittel zulässt. Zu prüfen ist daher, ob offene Stellen existieren. Zu einer Neuschaffung von Stellen ist der Arbeitgeber nicht verpflichtet.

Step 4: Richtige Sozialauswahl?

Die oftmals zentrale Frage ist, welcher von mehreren Mitarbeitern gekündigt werden muss, wenn in einem bestimmten Bereich insgesamt Bedarf für weniger Mitarbeiter als zuvor besteht. Eine Kündigung ist auch bei Beachtung der sonstigen Anforderungen nur dann wirksam, wenn der Arbeitgeber bei der Auswahl des/der zu Kündigenden soziale Gesichtspunkte ausreichend berücksichtigt hat.

Im Gesetz ist geregelt, welche sozialen Faktoren der Arbeitgeber zu beachten hat:

- Dauer der Betriebszugehörigkeit
- Lebensalter
- Unterhaltspflichten des Arbeitnehmers

- Schwerbehinderung

Keinem dieser vier Kriterien kommt ein genereller Vorrang zu, es ist jeweils auf den konkreten Einzelfall abzustellen. Der Arbeitgeber hat hinsichtlich der Gewichtung der Kriterien einen gewissen Beurteilungsspielraum.

In die Sozialauswahl einzubeziehen sind nur vergleichbare Mitarbeiter, d. h. solche, die ohne Änderung des Arbeitsvertrages - also qua Direktionsrecht des Arbeitgebers – auf dem Arbeitsplatz des jeweils anderen einsetzbar sind und sich auf der gleichen Ebene der Betriebshierarchie befinden.

Nur in Ausnahmefällen kann von diesen Vorgaben zu Gunsten für das Unternehmen besonders wichtiger Leistungsträger oder zur Sicherung einer ausgewogenen Altersstruktur abgewichen werden.

Sind freie Arbeitsplätze in einem anderen Bereich verfügbar, so ist eine Versetzung oder Änderungskündigung – je nach Fallgestaltung – vorrangig zu einer Beendigungskündigung. Die betriebsbedingte Beendigungskündigung muss das letzte verfügbare Mittel sein.

4.7.4.2 Personenbedingte Kündigung

Liegen die Gründe für die Kündigung in den persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten des Arbeitnehmers, spricht man von einer personenbedingten Kündigung. Der Grund für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses liegt hier also darin, dass der Arbeitnehmer die Tätigkeit, die er eigentlich schuldet, nicht mehr ausführen kann. Es fehlt ihm also an der Möglichkeit, nicht am Wollen, unabhängig davon, ob er dieses Unvermögen verschuldet hat oder nicht.

Der wichtigste Anwendungsfall ist die krankheitsbedingte Kündigung. An eine krankheitsbedingte Kündigung sind aber besonders hohe Anforderungen gestellt,

denn ein kranker Mitarbeiter ist nach der Wertung des Gesetzgebers besonders sozial schutzwürdig.

Vor dem Ausspruch einer personenbedingten Kündigung solltet Ihr folgende Prüfungsschritte einhalten:

Step 1: Liegen Gründe in der Person des Mitarbeiters vor, die ihn daran hindern, seine Arbeitspflicht ordnungsgemäß zu erfüllen?

Step 2: Ist damit zu rechnen, dass der Mitarbeiter auch in Zukunft in erheblichem Umfang aus-fallen wird? Diese Prognoseentscheidung ist im Zeitpunkt der Kündigung zu treffen.

Step 3: Kommt es auf Grund der erheblichen Fehlzeiten zu Störungen im Betriebsablauf oder wirtschaftlichen Beeinträchtigungen? Sind betriebliche Belange beeinträchtigt?

Step 4: Kann man den Mitarbeiter anstatt ihm zu kündigen auch auf einem "leidensgerechten" Arbeitsplatz einsetzen?

Step 5: Seid Ihr als Arbeitgeber durch die zu erwartenden Beeinträchtigungen der betrieblichen Belange so belastet, dass diese Belastung nicht mehr billigerweise in Kauf zu nehmen ist?

Insgesamt sind oftmals längere Krankheitszeiten, auch über die gesetzliche Entgeltfortzahlung hinaus, zunächst hinzunehmen.

4.7.4.3 verhaltensbedingte Kündigung

Anders als bei der personenbedingten Kündigung liegen hier die Gründe für die Kündigung im Bereich des "Wollens". Der Arbeitnehmer verletzt also seine arbeitsvertraglichen Pflichten.

Anerkannte Fallgruppen dieser Vertragsverletzungen sind:

- **Pflichtwidrigkeiten im Leistungsbereich**
Es kommt beispielsweise zu Schlecht- oder Fehlleistungen, der Mitarbeiter verweigert Leistung unberechtigt, er kommt wiederholt zu spät oder beurlaubt sich selbst.
- **Verstöße gegen die betriebliche Ordnung**
Beispiele hierfür sind die Verletzung von betrieblichen Rauch- oder Alkoholverboten, Streitereien mit Kollegen oder Vorgesetzten oder auch die Störung des Betriebsfriedens.
- **Störungen im Vertrauensbereich**
Kommt es zu Straftaten (Diebstahl, Spesenbetrug, Arbeitszeitbetrug oder Annahme oder Gewährung von Schmiergeldern) liegen Störungen im Vertrauensbereich vor.
- **Verletzung von arbeitsvertraglichen Nebenpflichten**
Verstöße gegen Wettbewerbsverbote oder die Geheimhaltungspflicht, aber auch die Nichtanzeige einer Nebentätigkeit können solche Verletzungen begründen.
- **Außerdienstliches Verhalten**
Das außerdienstliche Verhalten des Arbeitnehmers ist nur relevant, wenn es einen konkreten negativen Bezug zum Arbeitsverhältnis aufweist. So können beispielsweise nicht in jedem Fall Straftaten des Arbeitnehmers eine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen, wenn sie nicht in direktem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis begangen wurden. Außergewöhnlich hohe Lohn-



pfändungen hingegen können ein Beispiel für diesen Kündigungsgrund sein.

- Verdachtskündigung

Besteht der begründete Verdacht, dass der Mitarbeiter hat eine Straftat begangen hat, so kann auch dies ein Grund für eine Kündigung sein. Allerdings ist hier zu unterscheiden von der Situation, in der die Straftat bereits fest steht (siehe oben).

Bei der verhaltensbedingten Kündigung sind folgende Schritte zu beachten:

Step 1: Verstoß gegen eine Vertragspflicht?

Dabei könnt Ihr Euch an der oben aufgeführten Liste orientieren. Sie ist aber nur beispielhaft und nicht abschließend.

Step 2: Liegt schuldhaftes, also vorsätzliches oder wenigstens fahrlässiges Verhalten vor?

Ein Verhalten, für das den Mitarbeiter kein Verschulden trifft, kann auch keine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen.

Step 3: War eine Abmahnung erforderlich und wenn ja, wurde eine Abmahnung ausgesprochen?

Eine Kündigung ist, da sie für den Mitarbeiter immer nachteilig ist, nur dann zulässig, wenn sie das letzte Mittel ist, um die Störung, die das Verhalten des Mitarbeiters verursacht hat, abzustellen. Bei Gründen, die im Verhalten des Mitarbeiters liegen, kann oft eine Abmahnung das mildere Mittel zur Kündigung sein. Die Abmahnung soll dem Mitarbeiter vor Augen führen, dass sein Verhalten falsch war



und nicht toleriert wird und dass ihm arbeitsrechtliche Konsequenzen und sogar Kündigung drohen, wenn er sein Verhalten nicht umgehend ändert.

Wenn es sich allerdings um einen gravierenden Verstoß gehandelt hat, kann eine vorherige Abmahnung unter Umständen entbehrlich sein.

Exkurs: Die Wirksamkeitsvoraussetzung der Abmahnung

Auch an die Abmahnung sind einige Voraussetzungen geknüpft.

- Dem Mitarbeiter muss das Verhalten, das beanstandet wird, konkret vor Augen geführt werden.
Eine allgemeine floskelhafte Beschreibung reicht hier nicht. Der Vorfall muss so konkret wie nur möglich beschrieben werden.
- Das konkrete Fehlverhalten muss gerügt werden
Der Mitarbeiter muss deutlich aufgezeigt bekommen, dass das beschriebene Verhalten nicht geduldet wird.
- Der Mitarbeiter muss dazu aufgefordert werden, sich künftig vertragsgemäß zu verhalten
Auch hier muss genau dargelegt werden, was "vertragsgemäßes Verhalten" im konkreten Fall bedeutet. Hat sich der Mitarbeiter beispielsweise selbst beurlaubt, muss ihm dargelegt werden, dass und bei wem er seine Urlaubsanträge innerhalb welcher Frist einzureichen hat etc.
- Androhung arbeitsrechtlicher Konsequenzen bei wiederholtem Verstoß



Hier unterscheidet sich die Abmahnung von der weniger drastischen Ermahnung. Dem Mitarbeiter muss bewusst gemacht werden, dass bei einem neuerlichen Verstoß arbeitsvertragliche Maßnahmen drohen und gegebenenfalls die Kündigung ausgesprochen wird.

Um in einem möglichen Kündigungsschutzprozess beweisen zu können, dass der verhaltensbedingten Kündigung eine Abmahnung voraus gegangen ist, sollte die Abmahnung unbedingt schriftlich abgefasst werden. Außerdem solltet Ihr Euch den Empfang des Schriftstückes und die Kenntnisnahme des Inhaltes vom Mitarbeiter durch eine Unterschrift quittieren lassen.

Hat es mehrere Verstöße gegeben, so sollte für jeden einzelnen Verstoß auch eine einzelne Abmahnung ausgesprochen werden.

Step 4: Besteht im Zeitpunkt der Kündigung eine Wiederholungsgefahr?

Nur wenn im Zeitpunkt der Kündigung mit weiteren, gleichartigen Pflichtverletzungen zu rechnen ist, ist die Kündigung zu rechtfertigen. Alternativ ist die Kündigung auch ohne die Gefahr der Wiederholung gerechtfertigt, wenn das Vertrauen zwischen Euch und dem Mitarbeiter und das Vertrauen in sein zukünftiges loyales Verhalten durch das Fehlverhalten nachhaltig zerstört worden ist.

Step 5: Interessensabwägung

Ist die Vertragspflichtverletzung so gravierend, dass das Interesse des Arbeitgebers, sich von diesem Mitarbeiter zu lösen, dessen Interesse, seinen Arbeitsplatz zu behalten, überwiegt?

Ein "beliebter" Fehler ist es, die Kündigung auf denselben Vorfall zu stützen, den man zuvor bereits abgemahnt hatte. Ist ein Fehlverhalten aber einmal abgemahnt,

ist es "verbraucht" und kann nicht mehr als Kündigungsgrund heran gezogen werden.

Beispiel: Habt Ihr einem Mitarbeiter wegen Fehlzeiten am 20. September und 5. Oktober eine Abmahnung erteilt, so dürft Ihr eine Kündigung erst wieder auf den nächsten Verspätungsfall stützen, nicht aber auf die Vorfälle vom 20. September und dem 5. Oktober.

4.7.5 Der besondere Kündigungsschutz

Einige Gruppen von Arbeitnehmern genießen besonderen Kündigungsschutz. Eine ordentliche Kündigung ist bei ihnen aus sozialen Gründen deutlich erschwert. Dazu zählen:

- Mitarbeiter in Elternzeit
- Schwerbehinderte
- Schwangere / Mütter
- Betriebsratsmitglieder

Die ordentliche Kündigung von Mitarbeitern in Elternzeit, schwerbehinderter Mitarbeiter oder Schwangeren, beziehungsweise Mütter kurz nach der Entbindung ist nur in Ausnahmefällen gestattet und nur mit Zustimmung der jeweils zuständigen Behörde zulässig.

Die ordentliche Kündigung eines Betriebsratsmitglieds ist grundsätzlich ausgeschlossen, eine außerordentliche Kündigung mit Zustimmung des Vertretungsgremiums in Ausnahmefällen möglich.



4.8 Sozialversicherungsrecht und Lohnsteuer

Auf das Arbeitsentgelt der Arbeitnehmer sind verschiedene Steuern und Abgaben zu entrichten.

- Sozialversicherungsabgaben

Die Sozialversicherungsabgaben, die auf das Arbeitsentgelt zu entrichten sind, teilen sich in einen Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteil auf. Zusammen bilden sie den Gesamtsozialversicherungsbeitrag.

Dieser muss vom Arbeitgeber an die Einzugsstelle (die Krankenkasse des Arbeitgebers) abgeführt werden.

Den Arbeitnehmeranteil am Gesamtsozialversicherungsbeitrag zieht der Arbeitgeber bei der Lohnauszahlung vom Bruttolohn ab.

Wichtig! Wenn Sozialversicherungsbeiträge nicht gezahlt werden, obwohl sie gezahlt werden müssten, so ist dies strafbar und kann mit Geld- oder sogar Haftstrafe belegt werden. Die Krankenkassen als Einzugsstellen bringen falsch- oder gar nicht abgeführte Sozialversicherungsbeiträge immer häufiger zur Anzeige und die Staatsanwaltschaften sind in der Verfolgung dieser Delikte mittlerweile deutlich unnachgiebiger geworden. Auch wenn das Unternehmen in finanziellen Schwierigkeiten steckt, so ist dies kein Entschuldigungsgrund für die Nichtabführung der Sozialversicherungsbeiträge.

- Lohnsteuer

Über die Sozialversicherungsbeiträge hinaus muss der Arbeitnehmer Lohnsteuer entrichten. Diese wird durch den Arbeitgeber

direkt an die Finanzämter abgeführt, nach dem sie vom Bruttolohn einbehalten wurde.

- Lohnabrechnung

Bei Zahlung des Arbeitsentgelts muss dem Arbeitnehmer eine Lohnabrechnung mindestens in Textform erteilt werden, welche zumindest Angaben über den Zeitraum, über den abgerechnet wurde und die Zusammensetzung des Entgelts enthalten muss.

Exkurs: Sozialversicherungspflicht des GmbH-Geschäftsführers

Bei der Frage, ob das Entgelt eines Geschäftsführers einer GmbH der Sozialversicherungspflicht unterliegt, muss zwischen Fremdgeschäftsführern und sogenannten Gesellschafter-Geschäftsführern unterschieden werden.

- Fremdgeschäftsführer

Er ist am Kapital der Gesellschaft gar nicht beteiligt und steht mit der GmbH in einem Beschäftigungsverhältnis. Das dadurch erworbene Arbeitsentgelt unterliegt der Sozialversicherungspflicht.

- Gesellschafter-Geschäftsführer

Bei Gesellschafter-Geschäftsführern ist die Frage nach der Sozialversicherungspflicht davon abhängig, ob sie eine sogenannte "beherrschende Stellung" innerhalb der GmbH haben. Wer eine beherrschende Stellung innerhalb der GmbH ausübt, kann aber nicht zugleich ihr Arbeitnehmer sein - dementsprechend ist das Entgelt, das der Gesellschafter-Geschäftsführer erhält, nicht als Arbeitsentgelt sozialversicherungspflichtig.

Eine beherrschende Stellung wird regelmäßig dann vermutet, wenn entweder mehr als 50 % an den Gesellschaftsanteilen ge-



halten werden oder, bei geringerer Beteiligung, eine Sperrminorität im Gesellschaftsvertrag vereinbart wurde. In solchen Fällen ist aber eine Abklärung des sozialversicherungsrechtlichen Status durch ein Statusfeststellungsverfahren anzuraten.



Dr. Marc Störing
Rechtsanwalt
Innere Kanalstr. 15 50823 Köln
T +49 (0) 221 5108 4206
E marc.stoering@osborneclarke.de

5 Software

5.1 Urheberrechtliche Grundlagen

5.1.1 Heutige Bedeutung

Praktisch überall auf der Welt schützt die jeweilige Rechtsordnung nicht nur körperliches, sondern auch geistiges Eigentum. Und heute ist dieses geistige Eigentum wichtiger denn je. Die relevanten Werte vieler Unternehmen liegen heute nicht mehr im Bereich von körperlichen Gegenständen: Fertigungshallen, Maschinen, Fuhrpark & Co spielen häufig keine Rolle mehr. Stattdessen liegen Assets in Ideen, Konzepten, eigener Software, Patenten, Marken, oder eben anderen urheberrechtlich geschützten Werken.

Und egal ob Tauschbörsennutzung, Google Bildsuche, Gebrauchtssoftware oder umstrittenes Leistungsschutzrecht für Verleger: Gerade weil sich die digitale Gesellschaft so schnell weiterentwickelt, tauchen immer wieder neue, noch vor wenigen Jahren kaum vorstellbare Fragen im Bereich des geistigen Eigentums auf. Der Gesetzgeber ist zwar häufig bemüht, Klarheit zu schaffen. Doch selbst wenn ein neues Gesetz eine bisher offene Frage beantwortet, sind zwischenzeitlich schon wieder neue und andere Fragen aufgekommen. Deshalb werden wohl auf unabsehbare Zeit immer wieder Fragen existieren, für die eine Antwort praktisch wichtig, aber rechtlich kaum möglich ist. Das ist unbefriedigend, aber eben die Kehrseite des schnellen technischen Fortschritts in der digitalen Welt.

Wir haben es gerade schon angedeutet: Geistiges Eigentum kann in vielen verschiedenen Formen auftauchen und damit verschiedene Gesetze tangieren: Marken schützt das Markengesetz, Patente das Patentgesetz. Software, Datenbanken und allgemein kreative Werke schützt das Urheberrechtsgesetz.

Wichtig sind sie alle: Patente, Marken, Geschmacksmuster... Unsere Erfahrung mit Gründern zeigt aber, dass die wichtigste Materie zunächst einmal das Urheberrecht ist. Denn immer mehr Start-ups setzen eigene, innovative Ideen mit selbst entwickelter Software um. In Deutschland regelt das Urheberrechtsgesetz, kurz UrhG, den rechtlichen Schutz von Software und Datenbanken, aber auch ganz allgemein von kreativen Werken.

5.1.2 Beginn des urheberrechtlichen Schutzes

Jedenfalls in Deutschland existiert für den Urheberrechtsschutz keine formelle Voraussetzung. Das ist wichtig und wird häufig falsch verstanden: Ein Werk muss also im Gegensatz zu einer Marke oder einem Patent nicht bei irgendeiner Behörde angemeldet und vielleicht sogar zeit- und kostenintensiv geprüft werden. Entsteht das schützenswerte Werk oder die Software, ist auch der Urheberrechtsschutz vorhanden. Insbesondere in den USA war und in einigen südamerikanischen Ländern ist noch heute hingegen eine Art behördliche Anmeldung von erstellten Werken Voraussetzung für den Urheberrechtsschutz.

Für das Entstehen des Urheberrechtsschutzes braucht es auch keine Bezeichnung wie „© Max Mustermann, 2011“. Sinn macht es trotzdem, ein Werk entsprechend zu kennzeichnen: Im Fall eines gerichtlichen Streits um eine mögliche Urheberrechtsverletzung muss häufig der verletzte Rechteinhaber erst einmal seine Eigenschaft als Urheber beweisen. Und das kann im Einzelfall sogar recht schwierig sein. Wer aber durch einen Vermerk als Urheber genannt ist, befindet sich in einer guten Position: Er wird als Urheber vermutet. Das bedeutet, dass vor Gericht der Gegner beweisen müsste, dass die genannte Person eben doch nicht Urheber ist. Und das ist praktisch erst recht sehr schwierig.



Der „© Max Mustermann ...“-Hinweis hat auch noch eine weitere Wirkung: Der kurze Text verdeutlicht, dass sich hier jemand seiner Stellung als Urheber und den damit verbundenen Rechten bewusst ist – und diese möglicherweise sogar gerichtlich verteidigen wird. Das hat also eine abschreckende Wirkung für Dritte, die mit dem Gedanken spielen, das urheberrechtlich geschützte Werk vielleicht in unerlaubter Weise zu nutzen.

5.1.3 Stellung als Urheber

Hier stellt sich die Frage, wer eigentlich zu nennen ist, wer also Urheber ist. Denn in der Praxis nennen solche Vermerke meist Unternehmen, aber keine einzelnen Personen. Auch dies ist ein Bereich, in dem das deutsche Urheberrecht und das ohnehin in vielen Bereichen nicht gut vergleichbare US-amerikanische Copyright auseinander fallen. Denn zwar sieht das deutsche Urheberrecht bei angestellten Entwicklern vor, dass der Arbeitgeber die Verwertungsrechte an dem so geschaffenen Werk erhält. Urheber im rechtlichen Sinne bleibt aber der einzelne Entwickler. Während also im deutschen Urheberrecht immer nur Personen – einzeln oder gemeinsam – als Urheber gelten können, sieht das US-Copyright auch in Unternehmen mögliche Urheber. Dass das deutsche Urheberrecht hier im einzelnen Entwickler weiterhin den Urheber sieht, ist für Detailspekte von Bedeutung. Etwa kann der Urheber in einigen Fällen verlangen, namentlich im Zusammenhang mit seinem Werk benannt zu werden.

In der Praxis sieht es also häufig so aus, dass zwar der Entwickler Urheber ist, tatsächlich aber das dahinter stehende Unternehmen alle relevanten Rechte an dem Werk hält und deshalb das Unternehmen über die Verwertung der Arbeitsergebnisse des Entwicklers entscheidet. Aber soweit es nicht gerade auf diese etwas sperrige Konstellation ankommt, setzen wir im Folgenden den „Urheber“ und den „Rechteinhaber“ gleich.

5.1.4 Die Rechte des Urhebers

Ist urheberrechtlich geschütztes, geistiges Eigentum betroffen, kann ein Dritter damit nicht schalten und walten, wie er gerne möchte. Allein der Urheber bestimmt über die Nutzung und Verwertung seines Werkes. Konkret regelt das Urheberrecht etwa die Veröffentlichung, Vervielfältigung, Verbreitung und Bearbeitung von geschützten Werken.

Der Urheber hat also eine Art Monopolstellung, aus der heraus er allein über die Verwertung seines Werkes entscheiden kann. Jeder, der das urheberrechtlich geschützte, geistige Eigentum nutzen will, ist auf eine Zustimmung des Urhebers / Rechteinhabers angewiesen. Details dazu erläutern wir im Unterkapitel „Lizenzen“.

5.1.5 Grenzen des Urheberrechts

Grenzenlos ist die Monopolstellung des Urhebers aber nicht. Es existieren einige Ausnahmen, also Einschränkungen, die der Urheber in seinen Rechten hinnehmen muss. Juristen sprechen hier von „Urheberrechtsschranken“. Diese Schranken sind ebenso kleinteilig wie zahlreich. Häufig decken sie sehr spezielle Bereiche ab, etwa Ausnahmen für die Forschung und Lehre. Einige Urheberrechtsschranken aber sind bekannter: Etwa die Privatkopie. Ein Medienträger mit Filmen oder Musik etwa darf für den eigenen Gebrauch und für Freunde kopiert werden – seit einigen Jahren aber nur noch dann, wenn kein wirksamer Kopierschutz dafür umgangen werden muss. Die Privatkopie existiert gerade nicht im Softwarebereich. Hier aber ist die Sicherungskopie eine bekannte Urheberrechtsschranke: Der Rechteinhaber muss es akzeptieren, dass der Anwender von der CD mit der urheberrechtlich geschützten Software eine Sicherungskopie zieht. Andere Schranken beziehen sich etwa auf Veränderungen an der Software, um Kompatibilität zu gewährleisten oder Fehler zu beheben: Auch das darf der Anwender ohne Zustimmung des Urhebers.

Neben diesen punktuellen, inhaltlichen Einschränkungen ist die Monopolstellung des Urhebers auch in zeitlicher Hinsicht eingeschränkt: Das Urheberrecht endet 70



Jahre nach Ablauf des Jahres, in dem der Urheber verstorben ist. Auf den Zeitpunkt der Veröffentlichung kommt es also nicht an. Eine Beispielrechnung illustriert den Mechanismus: Ein Entwickler veröffentlicht als 20-Jähriger im Jahr 2010 eine Software. Anschließend genießt der Urheber noch weitere verdiente 60 Jahre sein Leben und verstirbt also im Alter von 80 Jahren irgendwann im Jahr 2070. Mit Ablauf des Jahres 2070, also zum 1. Januar 2071 beginnt die 70-jährige Frist. Durch Ablauf der Schutzfrist gemeinfrei ist die im Jahr 2010 veröffentlichte Software also erst im Jahr 2141!

5.2 Software und Urheberrecht

5.2.1 Urheberrecht schützt nicht alles

Wir haben oben geschrieben, dass für die Entstehung des Urheberrechtsschutzes keine formellen Hürden existieren. Das ist richtig, aber Hürden existieren dennoch! In der Praxis erleben wir es als Anwälte sogar häufiger, dass Arbeitsergebnisse urheberrechtlich gar nicht geschützt sind, obwohl die Ersteller immer davon ausgegangen sind. Einen vielbeachteten Fall gab es in der Vergangenheit etwa im Bereich des Webdesigns: Dass das zuständige Gericht eine Überarbeitung einer Webseite nicht als urheberrechtlich geschützte Leistung ansah, hat in der Szene für Unruhe gesorgt.

5.2.2 Kein Schutz von bloßen Ideen

Wieso also doch nicht immer Urheberrechtsschutz? Ausgangspunkt ist das, was das Urheberrecht als „Werk“ bezeichnet: Hierbei muss es sich um eine persönliche, geistige Schöpfung handeln, die eine Idee umsetzt und ihr eine wahrnehmbare Form gibt. Dabei ist zunächst schon sehr wichtig, dass also eine bloße Idee allein nicht durch das Urheberrecht geschützt ist. Vielmehr schützt das Urheberrecht nur ein konkretes Werk, aber eben nicht die dahinter stehende Idee. Hier liegt übrigens eine Schnittstelle zum weiter unten besprochenen Patentrecht: Patente schützen bestimmte Ideen unter bestimmten Voraussetzungen.

5.2.3 Schöpfungshöhe als Hürde im Urheberrecht

Und dabei schützt das Urheberrecht aber eben nicht jede Umsetzung irgendeiner Idee, sondern nur die, die eine gewisse „Schöpfungshöhe“ zeigt. Die hat eine stupide Ansammlung ungelenkter Pinselftriche wohl nicht, die Mona Lisa aber sicher doch. Eine monotone, tägliche, schriftliche Zusammenfassung der Wetterlage wohl kaum, ein literarisches Werk vom Schlag der Buddenbrooks aber ganz sicher. Alles dazwischen kann schwierig abzugrenzen sein. Und dabei noch einmal: Ob ein Urheberrechtsschutz entsteht oder nicht, richtet sich allein nach dem Werk und seiner Qualität. Eine Anmeldung, Registrierung oder ein ähnliches Vorgehen ist für den Schutz weder formell erforderlich, noch ließe sich damit inhaltlich ein Urheberrechtsschutz erzwingen. Auch können etwa zwei Vertragsparteien im Rahmen eines Lizenzvertrages keinen urheberrechtlichen Schutz für das Werk, auf das sich der Vertrag bezieht, erzwingen, indem sie sich im Vertrag gemeinsam darauf einigen „*dass das Werk urheberrechtlich geschützt sein soll*“. Allein das Werk selbst, sprich seine Qualität, ist entscheidend.

5.2.4 Grundsätzlicher Schutz von Software

Als Softwareentwickler habt Ihr es da aber einfacher. Denn das Urheberrecht schützt Software immer. Eine gewisse Schöpfungshöhe wird im Bereich der Software also gerade nicht verlangt. Software ist grundsätzlich urheberrechtlich geschützt.

Damit ist aber doch noch nicht alles gewonnen. Denn ein Stück weit ist die Frage damit nur verschoben: Nun geht es nicht darum, ob die Software kreativ und originell ist. Aber es bleibt die Frage, was das Urheberrecht eigentlich unter „Software“ versteht. Als Software im Sinne des Urheberrechts gilt nämlich bei weitem nicht alles, was in irgendeinem inneren Zusammenhang mit einem Rechner steht: Hintergrundbilder, Icon-Sammlungen oder auch die Gestaltung einer grafischen Benutzeroberfläche gelten nicht als Software. Vielleicht sind solche Werke auch urheber-

rechtlich geschützt – aber eben nur dann, wenn Sie die erforderliche Schöpfungshöhe erreichen.

5.2.5 Begriff der Software im Urheberrecht

Als Software hingegen gilt nur, was Schleifen und bedingte Sprünge ausführen kann. Also Programme, die in einer Skript- oder klassischen Programmiersprache geschrieben sind. Vereinfacht gesagt, gilt deshalb als Software, was kompilierbar und / oder sonst ausführbar ist.

Gut lässt sich die Abgrenzung an einer Webseite erklären: Das grundsätzliche Design und der pure HTML-Code gelten nicht als Software. Ein Urheberrechtsschutz kann unter den dann strengeren Voraussetzungen entstehen, aber viele Webseiten werden wohl die erforderliche Schöpfungshöhe nicht erreichen. Ein in Java oder JavaScript geschriebener Code hingegen gilt als Software. Und ist damit in jedem Fall urheberrechtlich geschützt.

5.3 Lizenzen

5.3.1 Begriff der Lizenz

Meist wird die Zustimmung zur Nutzung der urheberrechtlich geschützten Software als „Lizenz“ bezeichnet. Ganz richtig ist der Begriff in Deutschland aber eigentlich nicht: Eine Lizenz kennt das Gesetz nur im Bereich des Patentrechts. Im Urheberrecht ist die korrekte Terminologie eigentlich das „Nutzungsrecht“. Insbesondere aber der englische Begriff der „licence“ hat wohl dazu geführt, dass auch im Kontext des deutschen Urheberrechts heute auch meist von „Lizenzen“ die Rede ist. Im Folgenden sprechen auch wir im Zusammenhang mit dem Urheberrecht von Lizenzen. Denn wir finden, dass der Begriff inzwischen so verbreitet und gängig ist, dass es fast schon irritierend ist, eine andere Formulierung zu verwenden.

Wer etwa Freeware kostenlos zum Download anbietet, erteilt pauschal seine Zustimmung jedenfalls zur Nutzung. Häufig aber machen Urheber ihre Zustimmung von einer Gegenleistung abhängig. Natürlich ist das meist Geld: Eine Lizenz kostet. Aber es gibt auch andere Bedingungen, von denen eine Lizenz abhängig gemacht werden kann. Open Source etwa arbeitet mit einem ganz eigenen Mechanismus: Die Lizenz, die kostenlos angebotene Software zu nutzen, gilt nur, wenn der Nutzer die Pflichten aus der Open Source-Lizenz einhält, also insbesondere seine möglichen Modifikationen im Falle einer Verbreitung seinerseits wieder als Open Source anbietet.

5.3.2 Nutzungsrechte

Der Rechteinhaber kann in Form einer Lizenz in ganz unterschiedlicher Weise einem Dritten, im Zweifel also seinem Kunden, die Nutzung der eigenen Werke, insbesondere also der eigenen Software, erlauben. Folgende Tabelle erläutert die mögliche Gestaltung der Lizenz im Hinblick auf die vertraglichen Nutzungsrechte:

Vertragliche Nutzungsrechte	
Vollumfänglich	Eingeschränkt
ausschließlich – der Lizenznehmer allein darf das Werk nutzen / verwerten, häufig auch als „exklusiv“ bezeichnet.	einfach / nichtausschließlich – der Lizenznehmer darf das Werk nutzen, aber der Rechteinhaber kann weiteren Lizenznehmern die Nutzung erlauben.
unentgeltlich – eine Zahlung ist nicht mit der Lizenz verbunden.	entgeltlich – die Lizenz kostet Geld
übertragbar – der Lizenznehmer darf seine eigene Lizenz an Dritte abgeben.	nicht übertragbar – der Lizenznehmer darf seine eigene Lizenz nicht an Dritte abgeben.
Unterlizenzierbar – der Lizenznehmer darf Dritten eigene Unterlizenzen einräumen.	nicht unterlizenzierbar – der Lizenznehmer darf Dritten keine Unterlizenzen einräumen.
räumlich unbeschränkt / weltweit – Der Lizenznehmer darf das geschützte Werk überall nutzen / verwerten.	auf das Gebiet [●●●●] begrenzt – der Lizenznehmer darf das Werk nur im angegebenen Gebiet nutzen / verwerten.
zeitlich unbefristet – die Lizenz besteht dauerhaft.	für die Dauer von [●●●●] Jahren – die Lizenz erlischt nach der angegebenen Zeitspanne.

Die in jeder Zeile für einen Bereich geregelte inhaltliche Ausgestaltung der Lizenz ergibt sich dann aus den einzelnen Bedürfnissen. Im Falle eines Kaufs von Software wäre eine typische Regelung etwa: „Der Lizenzgeber räumt dem Lizenzneh-

mer das einfache, entgeltliche, nicht übertragbare, nicht unterlizenzierbare, räumlich unbeschränkte, zeitlich unbefristete und unwiderrufbare Recht ein, die Software zu nutzen.“

5.3.3 Verwertungsrechte

Die Nutzungsrechte beschreiben die Modalität der Nutzung: Wie darf der Lizenznehmer in zeitlicher, räumlicher ... Hinsicht das lizenzierte Werk nutzen? Möglich ist es auch, die Lizenzen nach klar abgrenzbaren, wirtschaftlich-technischen Verwendungsformen aufzuteilen.

So ist z.B. ein e-book eine andere Nutzungsart als ein gedrucktes Buch, gerade auch, wenn diese auf demselben Werk basieren. Etwa im Falle eines Buchautors wäre es denkbar, dass er einem Verlag eine Lizenz nur für die Verwertungszwecke einräumt, also das Manuskript zu drucken („vervielfältigen“) und am Markt anzubieten („verbreiten“). Einem ganz anderen Vertragspartner kann der Rechteinhaber aber etwa das Recht einräumen, das geschriebene Stück dann auch im Theater zu zeigen („aufzuführen“).

Gesetzliche Verwertungsrechte

das Vervielfältigungsrecht (§ 16 UrhG)

das Verbreitungsrecht (§ 17 UrhG)

das Ausstellungsrecht (§ 18 UrhG)

das Vortrags-, Aufführungs- und Vorführungsrecht (§ 19 UrhG)

das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung (§ 19a UrhG)

das Senderecht (§ 20 UrhG)

das Recht der Wiedergabe durch Bild- oder Tonträger (§ 21 UrhG)

das Recht der Wiedergabe von Funksendungen und von öffentlicher Zugänglichmachung (§ 22 UrhG)

das Recht zur Bearbeitung und Umgestaltung (§ 23 UrhG)

Die Gestaltungsmöglichkeiten mögen verwirrend und komplex wirken. Aber es ist nicht erforderlich, dass Ihr in einem Vertrag detailliert die oben beschriebenen Verwertungsrechte nennt. Vielmehr reicht aus, dass Ihr im jeweiligen Vertrag schlicht den Zweck beschreibt, der mit der Einräumung der Nutzungsrechte erfolgen soll.

5.3.4 Zweckübertragungstheorie

Unabhängig davon ist die gute Nachricht für Euch Gründer, dass das Urheberrecht hier den Rechteinhaber schützt. Habt Ihr eigene Software entwickelt, die Ihr auslizenzieren wollt, dann schützt Euch das Urheberrecht mit einer Zweifelsregelung. Die so genannte Zweckübertragungslehre greift immer dann, wenn Ihr nicht einzelne Verwertungsrechte aufführt oder der Vertrag wenig konkret ist.

In diesen Zweifelsfällen besagt die Zweckübertragungslehre, dass sich der Umfang der Einräumung von Rechten – soweit die Verwertungsarten nicht einzeln bezeichnet sind – nach dem mit der Einräumung verfolgten Zweck richtet. Kurz: Der Urheber räumt immer nur so viele Rechte ein, wie gerade erforderlich sind. Im Zweifel bleiben die Rechte also beim Urheber. Er ist damit geschützt. Eine gute Fallback-Lösung. Aber gerade wenn es um die wirtschaftliche Verwertung von Software als Euer vielleicht wertvollstes Asset geht, solltet Ihr Euch helfen lassen.

5.4 Softwarepatente

5.4.1 Aktueller Stand der Dinge

Inwieweit Softwarepatente in Deutschland möglich sein sollen, ist rechtlich ungewiss. Die aktuelle Gesetzeslage spricht gegen die Anerkennung von Softwarepatenten, die Rechtsprechung hat jedoch in einzelnen Entscheidungen gewichtige Argumente entwickelt, die dafür sprechen.

§ 1 des deutschen Patentgesetzes wie auch Art. 52 des Europäischen Patentübereinkommens schließen „Programme für Datenverarbeitungsanlagen“ von der Patentierbarkeit ausdrücklich aus. Während also Software isoliert betrachtet nicht patentierbar sein soll, ist ein Patentschutz für technische Lösungen technischer Probleme mit technischen Mitteln gerade der Kern des Patentwesens.

Damit hat der Gesetzgeber gesprochen. Wo aber die Grenze zwischen Software einerseits und der technischen Lösung eines technischen Problems andererseits verlaufen soll, haben Gerichte zu entscheiden. Und tatsächlich hat sich zuletzt der Bundesgerichtshof (BGH) als höchstes deutsches Zivilgericht mehrfach mit dem Thema befasst.

Es gibt sowohl Argumente für die Anerkennung von Softwarepatenten, es sprechen aber auch gewichtige Gründe dafür, bei der gesetzlichen Regelung zu bleiben.

Bevor wir darauf im Einzelnen eingehen, wollen wir Euch kurz erläutern, warum Softwarepatente für Euch überhaupt ein relevantes Thema sind.

5.4.2 Der Nutzen des Patentschutzes

Wie wir oben gesehen haben, schützt das Urheberrecht geistige Werke, etwa den Text eines Buches, ein Musikstück oder auch einen Softwarecode. Geschützt ist damit nur das konkrete, fertig ausgestaltete Werk, also der konkrete Programmcode. Die einzelnen Harry-Potter-Bände sind deshalb genauso urheberrechtlich geschützt wie der Programmcode einer Microsoft Word-Version. Hingegen schützt das Urheberrecht nicht die dahinter stehenden Einfälle. Deshalb ist die abstrakte Idee, Erlebnisse eines Schülers in einem Zauberinternat zu erzählen, ebenso wenig urheberrechtlich geschützt wie der Ansatz, Text am Bildschirm auf einer virtuellen Seite zu bearbeiten.

Ein Patent schützt aber eine neu erfundene, technische Lösung eines technischen Problems. Der Erfinder genießt damit nicht direkt Schutz für die konkrete technische Vorkehrung oder Maschine, sondern eben für die dahinter stehende Idee – so sie denn neu ist. Ein typisches Patent hat etwa den Fischer-Dübel zum Gegenstand: die abstrakte Idee, wie sich eine Schraube in einem Bohrloch fixieren lässt.

Dieser weitergehende Schutz durch Patente hat jedoch seinen Preis: Während das Urheberrecht jede Software schützt, lassen sich per Patent nur solche Erfindungen schützen, die die nachfolgenden Voraussetzungen erfüllen:

- **Neu:** Die Erfindung muss etwas Neues darstellen und darf also nicht bloß den schon öffentlich bekannten Stand der Technik widerspiegeln.
- **Erfinderisch:** Der erfundenen, neuen Lösung muss eine gewisse erfinderische Leistung zugrunde liegen. Es dürfen also nicht bloß triviale Offensichtlichkeiten neu sein.

- **Technisch:** Häufig als Erfordernis der „Technizität“ bezeichnet, muss sich die zugrunde liegende Erfindung auf ein Gebiet der Technik beziehen. Als technisch gilt, was Naturkräfte beherrscht. Für Softwarepatente ist das Verständnis der Technizität der springende Punkt.
- **Kommerziell anwendbar:** Dieses Merkmal ist selbsterklärend und stellt in der Praxis die geringste Hürde dar. Hieran scheitern nur offensichtlich sinnlose Vorschläge.

5.4.3 Relevanz für Start-ups

Für Euch als Start-up sind Softwarepatente ambivalent: Sie können sich als sehr hilfreiche und wertvolle Angelegenheit erweisen – oder aber als gefährlicher Stolperstein. Tatsächlich sorgt das in Deutschland – und übrigens auch in anderen EU-Staaten – bestehende Nebeneinander von Patentschutz und Urheberrecht aufgrund dieser ambivalenten Wirkung schon lange für Diskussionen:

Einerseits wäre Software noch besser geschützt, wenn neben dem urheberrechtlichen Schutz zusätzlich ein Patentschutz möglich wäre. Denn dann wäre nicht nur der Code, sondern eben auch die dahinter stehende Idee geschützt. Die Befürworter eines solchen Patentschutzes von Software sprechen von „*computerimplementierten Erfindungen*“. Und die müssten im Interesse des Investitionsschutzes durch Patente abgesichert werden können. Und warum sollten Erfindungen im Bereich von Software schlechter als andere Erfindungen behandelt werden? Man müsste aufhören, den technischen Charakter von Problem und Lösung – die so genannte Technizität – so streng zu sehen. Im digitalen Zeitalter sei es nicht mehr angemessen, die Beherrschung von Naturkräften, also ein Klappern, Rattern oder Zischen, zu verlangen.

Häufig liegen die größten Assets von Start-ups in einer guten Idee, und dies heute ganz häufig im Bereich von Software. Da ist ein Patentschutz für Software wertvoll: So bleibt vielleicht die Idee geschützt und Dritte dürfen das tolle Konzept nicht ohne

weiteres nachprogrammieren. Tatsächlich sind Patente inzwischen auch für Kapitalgeber sehr wichtig, Basel II und IFRS lauten da die Stichworte. Kurz: Könnt Ihr Patentschutz erlangen, seid Ihr gut aufgestellt, und das werden auch Eure Geldgeber honorieren.

Andererseits bringt der bessere Schutz des Einen als Kehrseite größere Einschränkungen des Anderen mit sich. Deshalb ruft ein möglicher Patentschutz für Software auch Kritiker auf den Plan. Nach deren Auffassung sei das Kriterium der Technizität entscheidend wichtig. Denn ohne technischen Charakter von Problem und Lösung fürchten Kritiker eine Monopolisierung von bloßen Ideen. Gewinner der Möglichkeit, Software patentieren zu lassen, wären die wenigen ganz großen internationalen Player. Verlierer hingegen wären die Unternehmen aus dem Mittelstand und insbesondere auch Entwickler oder Nutzer von Open Source Software. Denn solchen Entwicklern dürfte vor allem die finanzielle Schlagkraft fehlen, sich geschickt über das Minenfeld fremder Softwarepatente zu bewegen. Und ohnehin zeige doch insbesondere das US-amerikanische System mit ebenso fruchtlosen wie millionenschweren Patentschlachten einerseits und hanebüchernen Trivialpatenten andererseits offensichtliche Schwächen eines Systems, das so nicht auch noch in Europa eingeführt werden sollte.

Tatsächlich könnte gerade dies für Euch als Start-up zum Problem werden: Ihr habt eine gute Idee, entwickelt drauf los und geht an den Markt. Und dann kommt der Wettbewerber, der Euch aufgrund seines Patents verbietet, Euer Geschäft weiter so zu betreiben ...

5.4.4 Gibt es Softwarepatente? Die Rechtsprechung zu Softwarepatenten

Im April 2010 entschied der BGH in einer vielbeachteten Entscheidung über eine Patentanmeldung, mit der sich Siemens Patentschutz für eine Client-Server-Struktur zur „*dynamischen Generierung strukturierter Dokumente*“ sichern wollte. Der BGH sah die Softwarelösung trotz der genannten gesetzlichen Regelung als nicht von vornherein vom Patentschutz ausgeschlossen an und sorgte mit der

Begründung für Aufsehen. Denn auch wenn die Patentierbarkeit von reiner Software ausgeschlossen sei, so ist ein Computer per se ein technisches Gerät. Und deshalb sei Software, die „auf die technischen Gegebenheiten der Datenverarbeitungsanlage Rücksicht nimmt“, grundsätzlich ein technisches Mittel zur Lösung eines technischen Problems. Und damit grundsätzlich patentfähig.

Das Erfordernis einer Technizität der Erfindung stellte bei diesem Verständnis des BGH kaum noch ein Ausschlusskriterium für die Patentierbarkeit von Software dar. Denn beachtet ein Entwickler etwa, dass seine Software nicht mehr Speicher reserviert, als der Rechner bietet, nimmt die Software schon „Rücksicht auf die technischen Gegebenheiten der Datenverarbeitungsanlage“. Nur ein vollständig plattformunabhängiger Code ohne Steuerung der Hardware würde möglicherweise diese Voraussetzungen gerade nicht erfüllen. Wenn der Softwareentwickler ansonsten aber sauber arbeitet und bei der Gestaltung einer Software auf die verwendete Hardware und ihre Grenzen eingeht, würde die Software bereits die Voraussetzung der „technischen“ Lösung erfüllen und müsste lediglich noch „neu“ und „erfindetisch“ sein. Softwarepatente wären damit grundsätzlich möglich.

Bemerkenswert ist dann aber eine spätere Entscheidung des Gerichts, ebenfalls aus 2010. Der BGH hatte in einem Patentnichtigkeitsverfahren zu entscheiden, in dem das zunächst gewährte Patent zusammengefasst ein Verfahren zur dreidimensionalen Kartendarstellung in Kfz-Navis betraf. Das Bundespatentgericht hatte als Vorinstanz dieses zunächst gewährte Patent für nichtig gehalten. Dagegen wehrte sich der Inhaber des Patents nun mit einer Revision zum BGH.

Kern des angegriffenen Patents war damit ein Verfahren zur Auswahl und Wiedergabe von Informationen, also eine weitgehend reine Softwarelösung. Nur am Rande gab es einen nach klassischem Verständnis technischen Bezug, und zwar die Ermittlung der Fahrzeugposition und der Bewegungsrichtung. Diese Positions- und Richtungsbestimmung war zwar eindeutig technisch, aber ebenso eindeutig nicht neu. Andererseits war die Softwarelösung einer dreidimensionalen Darstellung

nach traditionellem Verständnis nicht technisch, möglicherweise aber neu und erfinderisch.

Der BGH hielte die Frage nach dem Verhältnis von technisch, neu und erfinderisch hier für entscheidend. Und dazu urteilte der BGH, dass untechnische Merkmale bei der Beurteilung der erfinderischen Tätigkeit ausscheiden. Soweit also die Erfindung aus einer Softwarelösung besteht, bleibt diese Softwarelösung für die Merkmale „neu“ und „erfinderisch“ unbeachtet. Denn die Software mag noch so innovativ sein – sie ist nach Auffassung des BGH nicht technisch und deshalb für den Patentschutz unbeachtlich. Das Patent war nach Auffassung des BGH deshalb nichtig.

5.4.5 Was gilt nun?

Daraus wird deutlich, dass ungewiss bleibt, ob es Softwarepatente geben soll oder nicht.

In der viel beachteten Entscheidung vom April 2010 hatte der BGH den Anschein erweckt, als sei ein Patentschutz für Software nun grundsätzlich möglich. Allerdings hatte das Gericht nur über das ausdrückliche Patentverbot von Software entschieden, nicht aber über das Schicksal des konkreten Patents insgesamt und damit eben auch nicht über die Frage nach „neu“ und „erfinderisch“ und den dazugehörigen Maßstäben.

Erst einige Monate später dann hat sich der BGH mit eben jenen allgemeinen Patentanforderungen im Hinblick auf Softwarepatente beschäftigt und zu erkennen gegeben, dass reine Softwarepatente anscheinend nun doch kaum eine Chance haben.

Damit bleibt die Situation komplex. Denn in der Praxis hängt das Schicksal eines Patentantrages erfahrungsgemäß ohnehin sehr stark an der konkreten – sprich: geschickten – Formulierung

5.4.6 Unsere Empfehlung

Euch als Gründern können wir nur raten, das Thema nicht gänzlich aus den Augen zu verlieren. Die aktuelle Ungewissheit hinsichtlich Softwarepatente wird sich durch weitere Gerichtsentscheidungen klären. Und dann solltet Ihr auf die Rechtslage vorbereitet sein. Es wird ohnehin keine „Stunde Null“ für Softwarepatente geben. Denn insbesondere das Europäische Patentamt hat – Rechtslage hin oder her – in der Vergangenheit sehr großzügig Softwarepatente verteilt. Momentan wird sich kaum ein Patentinhaber aus der Deckung trauen: Denn zu groß ist die Gefahr, bei einem Angriff mit einem eigenen Patent dieses anschließend als nichtig zu verlieren. Sollten sich aber Softwarepatente in der Zukunft doch als belastbares Schutzinstrument erweisen, werden sofort unzählige Patente bereitstehen, um gegen Wettbewerber eingesetzt zu werden.



Dr. Hendrik Schöttle
Rechtsanwalt
Nymphenburger Str. 1 80335 München
T +49 (0) 89 5434 8078
E hendrik.schoettle@osborneclarke.de

6 Special: Open-Source-Software

6.1 Was ist Open-Source-Software?

In den letzten Jahren hat Open-Source-Software auf dem Softwaremarkt immer mehr an Bedeutung gewonnen. Waren es zunächst Nischenprodukte, die nicht selten von Spezialisten für Spezialisten entwickelt wurden, und bei denen die Benutzerfreundlichkeit im Hintergrund stand, so eroberte Open-Source-Software in der letzten Zeit auch den breiten Massenmarkt. Ein prominentes Beispiel ist der Web-Browser Firefox, der momentan im Begriff ist, den Internet Explorer vom ersten Platz der Browser-Statistik zu stoßen.

Aber auch bei professionellen Anwendungen im IT- und Industriebereich setzen sich Open-Source-Produkte durch. Nicht selten geschieht dies allerdings „durch die Hintertür“, denn Softwareunternehmen setzen bei der Entwicklung proprietärer Software zunehmend auch Open-Source-Komponenten ein: Was sich als proprietäre Software darstellt, besteht nicht selten zu einem erheblichen Anteil aus Open-Source-Software. Ein gutes Beispiel für ein im Industriebereich weit verbreitetes Open-Source-Produkt ist etwa das bekannte Betriebssystem Linux, das nicht nur auf dem Server-Markt eine wesentliche Rolle spielt, sondern auch als Embedded-System auf Kleingeräten wie Routern, Smartphones, Navigationsgeräten und ähnlichen Devices nicht zuletzt aus Gründen der Ersparnis von Lizenzkosten wirtschaftlich eine interessante Alternative zu proprietärer Software geworden ist.

Doch was macht Open-Source-Software aus? Eine einheitliche, allgemeingültige Definition von Open-Source-Software gibt es nicht. Die Open-Source Initiative (OSI) hat in einer Definition zehn Merkmale festgehalten, die erfüllt sein müssen, damit nach ihrer Ansicht von Open-Source-Software gesprochen werden kann (vgl. <http://www.opensource.org/docs/osd>):

1. Freie Weitergabe – Die Software muss in freier Form weitergegeben werden können
2. Verfügbarer Quellcode – Der Quellcode der Software muss frei verfügbar sein
3. Abgeleitete Arbeiten – Die Lizenz muss abgeleitete Arbeiten (sog. Derived Works) und deren Vertrieb erlauben. Ist der Vertrieb zwingend unter derselben Lizenz vorgesehen, spricht man vom sog. Copyleft-Prinzip
4. Integrität des Quellcodes – Der Vertrieb von Software, die auf dem modifizierten Quellcode basiert, muss erlaubt sein
5. Keine Diskriminierungen von Personen oder Gruppen
6. Keine Nutzungseinschränkung – Der Verwendungszweck der Software darf nicht eingeschränkt werden (z.B. Verbot gewerblicher Nutzung)
7. Lizenzerteilung – Die Lizenz muss für alle Empfänger der Software gelten, die zusätzliche Vereinbarung einer weiteren Lizenz darf nicht verlangt werden

8. Produktneutralität – Die Software muss auch einzeln vertrieben werden dürfen, wenn sie ursprünglich etwa als Teil einer Distribution ausgeliefert wurde
9. Keine Einschränkung anderer Software – Die Software muss auch mit anderer Software, die keine Open-Source-Software ist, vertrieben werden dürfen, etwa auf demselben Medium
10. Technologieneutralität – die Software darf nicht auf eine bestimmte Technologie beschränkt sein.

Es gibt zahlreiche Lizenzen, die zwar in der Open-Source-Community Verwendung finden, die allerdings nicht sämtliche der oben genannten Kriterien erfüllen und daher nicht „OSI-Compliant“ sind. Aus praktischer Sicht macht dies jedoch keinen großen Unterschied. Die vorstehend genannten Kriterien können zumindest als Anhaltspunkte für wesentliche Merkmale von Open-Source-Software herangezogen werden.

6.2 Lizenztypen

Um mit einem Missverständnis gleich vorab aufzuräumen: Open-Source-Software, oft auch als freie Software bezeichnet, bedeutet nicht zwangsläufig, dass der Nutzer darin frei ist, mit der Software zu tun und zu lassen, was er will. Zwar räumen mehrere Open-Source-Lizenzen dem Nutzer der Software weitgehende Freiräume ein, dennoch sehen viele Lizenzen zahlreiche Pflichten vor, die insbesondere bei der Kombination von Open-Source-Software und proprietärer Software nicht selten zu Problemen führen.

Folgende Lizenztypen sind im Wesentlichen voneinander zu unterscheiden:

Copyleft	z.B. GNU GPL; GNU LGPL	Fortentwicklungen der Software und abgeleitete Werke sind wiederum den Bestimmungen der freien Lizenz zu unterstellen
BSD-artige Lizenzen	z.B. BSD-Lizenz; Apache Software License	Weniger Verpflichtungen; keine Pflicht zur Rücklizenzierung
Mozilla	Mozilla Public License, Sun Public License	Mittelweg zwischen Copyleft und BSD
Artistic	Perl Artistic License, Clarified Artistic License	Unterschiedliche Rechtsfolgen je nach Art der Softwareveränderung
Sonstige	Netscape Public License; Apple Public License	Beteiligte Unternehmen legen Quellcode offen und erhalten dafür Privilegien

Wohl am strengsten sind die so genannten Copyleft-Lizenzen, zu denen die am weitesten verbreitete Open-Source-Lizenz, die GNU General Public License (GPL) gehört. Die GPL bestimmt, dass nicht nur die betroffene Open-Source-Software selbst, sondern dass auch sämtliche davon abgeleiteten Werke ebenfalls unter der GPL veröffentlicht werden müssen – der so genannte Copyleft-Effekt.

Weitaus geringere Anforderungen stellen die BSD-artigen Lizenzen an die Verbreitung der Software. Sie sehen hauptsächlich die Nennung eines Copyright-Hinweises sowie die Weitergabe des Lizenztextes vor.

Ein Mittelweg zwischen den Copyleft und BSD-Lizenzen stellen die Mozilla-Lizenzen dar. Sie sehen zwar einen Copyleft-Effekt für die betroffenen Softwarebestandteile vor, lassen allerdings die Integration in proprietäre Softwarebestandteile zu.

Die Artistic-Lizenzen knüpfen unterschiedliche Rechtsfolgen an die Art der Veränderung und Verbreitung der betroffenen Software.

Jeder Versuch, eine auch nur annähernd vollständige Aufzählung sämtlicher weiterer Lizenztypen zusammenzustellen, ist zum Scheitern verurteilt. Dies hat vor allem einen Grund, der aus Entwicklersicht, die sich an Standards und Versionen orientiert, oft ausgeblendet wird: Eine Lizenz ist letztlich nichts weiter als ein Vertrag zwischen dem Lizenzgeber und dem Lizenznehmer. Ein solcher Vertrag unterliegt grundsätzlich der Gestaltungsfreiheit der Parteien, das bedeutet, dass der Entwickler existierende Lizenztypen nach Belieben abändern und seinen Bedürfnissen anpassen kann – was in der Praxis auch häufig vorkommt. Oftmals wird auf einer Projektseite pauschal auf „die GPL“ verwiesen (nicht selten ohne Versionsangabe), dann jedoch die Lizenz um eine oder mehrere Klauseln ergänzt. Derartige Abweichungen sind rechtlich bindend! Man sollte sich also keineswegs auf pauschale Aussagen, womöglich noch von fremden Webseiten verlassen, sondern grundsätzlich auch einen vertieften Blick in den übermittelten Lizenztext werfen.

6.3 Welche Lizenz gilt eigentlich?

Oft ist es gar nicht so einfach, herauszufinden, unter welcher Lizenz ein Softwarepaket vertrieben wird. Auf keinen Fall sollte man sich mit einem Blick auf eine fremde Webseite (z.B. ein Software-Portal) begnügen. Den wichtigsten Anhaltspunkt liefert das Softwarepaket selbst. In der Regel findet sich dort eine `license.txt` oder eine ähnliche Datei, die den betreffenden Lizenztext enthält. Ansonsten schafft nicht selten auch ein Blick auf die Webseite des Entwicklers selbst Klarheit.

Hin und wieder kommt es vor, dass mit einem Versionsprung einer Software auch die Lizenzbedingungen geändert werden. Eine solche Praxis ist aus rechtlicher Sicht durchaus möglich und auch verbindlich: Will der Nutzer der Software auf die neue Version umsteigen, muss er grundsätzlich auch die neuen Lizenzbedingungen akzeptieren. Sind diese Bedingungen für den Nutzer nicht akzeptabel, so bleibt ihm nichts anderes übrig, als auf ein Update zu verzichten und bei der ursprünglichen Version zu bleiben. Für den Softwareentwickler, der Open-Source-Projekte in seine Softwareprodukte integriert, bedeutet dies, dass bei jedem Update derartiger Komponenten zumindest kurz geprüft werden sollte, ob sich bei der Lizenz etwas geändert hat.

6.4 Die richtige Lizenz für die eigene Entwicklung

Wer mit der Entwicklung eines eigenen Softwareprojektes startet, wird schnell mit der Frage konfrontiert, unter welcher Lizenz dieses Projekt veröffentlicht werden soll. Der Entwickler bzw. das Entwicklerteam sollten sich dabei frühzeitig Gedanken über den richtigen Lizenztyp machen. Zunächst ist grundsätzlich zu klären, welche (wirtschaftlichen) Ziele mit dem Endergebnis überhaupt verfolgt werden sollen. Soweit das Projekt unter eine offene Lizenz gestellt werden soll, sollte ein vertiefter Blick auf die gängigsten Lizenzen geworfen werden. Auch wenn die GPL und die LGPL die meistverbreiteten Typen unter den Open-Source-Lizenzen darstellen, bedeutet das nicht, dass sie auf jedes individuelle Softwareprojekt gleich gut passen.

Eine frühzeitige Auseinandersetzung mit dem Thema der passenden Lizenz ist auch deswegen geboten, weil sich eine einmal getroffene Entscheidung später oftmals nur schwer korrigieren lässt: zum einen sind gerade bei freien Softwareprojekten die Entwickler nicht selten nebenberuflich und nur über einen kürzeren Zeitraum an dem Projekt beteiligt. Eine spätere Änderung der verwendeten Softwarelizenz setzt grundsätzlich jedoch die Zustimmung sämtlicher Urheber – also sämtlicher beteiligter Entwickler – voraus. Die Einholung einer solchen Zustimmung scheidet oft jedoch aus tatsächlichen Gründen: die Entwickler sind nicht mehr in das Projekt

involviert und nicht mehr erreichbar. Zum anderen kann die Lizenz eines Softwareproduktes, das einmal auf dem Markt ist, in der Regel nicht zurückgerufen werden. Auch wenn eine Nachfolgeversion des Produktes unter einer anderen Lizenz angeboten wird, können die Nutzer die vorhergehende Version unter der ursprünglichen Lizenz nutzen und im Fall von Open-Source-Lizenzen meist auch weiter verändern und an Dritte weitergeben – was raus ist, ist raus. Sieht das Geschäftsmodell vor, dass zunächst der Markt mit einer kostenlosen Software erobert wird, die dann durch eine kostenpflichtige Variante ersetzt werden soll, so kann eine ungeschickte Wahl der ursprünglichen Lizenz dem ganzen einen Strich durch die Rechnung machen.

6.5 Integration fremder Open-Source-Komponenten in eigene Software und eigene Leistungen

Sollen Open-Source-Komponenten in eigene – gegebenenfalls proprietäre – Softwareprodukte integriert werden oder als Teil von weiteren Leistungen an Kunden vertrieben werden, so ist dringend zu empfehlen, die betroffenen Open-Source-Komponenten in zweierlei Hinsicht zu prüfen: zum einen ist grundsätzlich zu klären, ob die zugrunde liegenden Lizenzbedingungen überhaupt die beabsichtigte Verwendung zulassen. Zum anderen ist zu prüfen, ob die Lizenzbedingungen Anforderungen an die Integration stellen, die das Projekt insgesamt wirtschaftlich unattraktiv oder gar unmöglich machen. Nicht selten führt der Copyleft-Effekt dazu, dass ein ursprünglich proprietäres Produkt nur noch als Open-Source-Produkt auf den Markt gebracht werden kann.

Übrigens: Auch wenn der Kunde keinen Source-Code in die Hände bekommt, besteht durchaus ein tatsächliches Risiko, dass Lizenzverletzungen entdeckt werden, da inzwischen immer leistungsfähigere Scan-Software auf dem Markt ist. Längst hat auch die Open-Source-Community die Verfolgung von Lizenzverletzungen als effektives Mittel zur Durchsetzung der Lizenzbedingungen erkannt, so wurde etwa 2004 das Projekt `gpl-violations.org` ins Leben gerufen. Der Name ist Programm –

ein Blick auf die Webseite zeigt, gegen welche Unternehmen bereits erfolgreich vorgegangen wurde.

Praxistipp: Oft genügt ein Blick auf die jeweiligen Projektseiten, um festzustellen, ob die der Software zugrunde liegenden Lizenzen mit bestimmten anderen Projekten kompatibel sind. Nicht selten kommt es allerdings für die Frage, ob eine Lizenzverletzung vorliegt, auch auf die technische Einbindung der jeweiligen Komponente an. Dann sind Fragen zu klären wie etwa die einer statischen oder dynamischen Verlinkung von Bibliotheken, der Kommunikation der einzelnen Komponenten untereinander (Kommandozeilenparameter, Function Calls, etc.) – spätestens dann sollte ein Fachmann einen Blick auf die technischen und rechtlichen Hintergründe werfen.



Jan Hellenbrand
Rechtsanwalt
Innere Kanalstr. 15 50823 Köln
T +49 (0) 221 5108 4190
E jan.hellenbrand@osborneclarke.de

7 Marken

7.1 Was ist eine Marke?

Unter dem Begriff der Marke werden im allgemeinen Sprachgebrauch Bezeichnungen wie „Coca-Cola“, das Apfelsymbol der Firma Apple oder der Mercedes-Stern verstanden. Dies ist zwar richtig. In rechtlicher Hinsicht bedarf es jedoch einer weiteren Differenzierung. Denn rechtlich gesehen handelt es sich bei den genannten Beispielen zunächst lediglich um Zeichen, nämlich Worte (wie z.B. „Coca-Cola“) oder Bilder / Logos (wie z.B. das Apfel-Logo des Computerherstellers Apple oder der Mercedes Stern). Zu einer Marke werden sie erst dadurch, dass sie für Produkte bzw. Dienstleistungen, wie z.B. Getränke, Computer oder Fahrzeuge, verwendet werden, und zwar in einer Art und Weise, die es ermöglicht, anhand der Zeichen die Produkte einem bestimmten Unternehmen zuzuordnen.

Hinsichtlich der Zeichen (Worte, Logos etc.), die als Marke in Betracht kommen, trifft das deutsche Markengesetz (MarkenG) in § 3 Abs. 1 daher folgende zusammenfassende Aussage:

„Als Marke können alle Zeichen, insbesondere Wörter einschließlich Personennamen, Abbildungen, Buchstaben, Zahlen, Hörzeichen, dreidimensionale Gestaltungen einschließlich der Form einer Ware oder ihrer Verpackung sowie sonstige Aufmachungen einschließlich Farben und Farbzusammenstellungen geschützt werden, die geeignet sind, Waren oder



Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden.“

Im Prinzip können also fast alle denkbaren Angaben als Marke anerkannt werden. Selbstverständlich gibt es von diesem Grundsatz auch Ausnahmen (wie unten unter Ziffer 7.4.1 nachzulesen ist). Merken kann man sich jedoch, dass man sehr viele Zeichen als Marke benutzen kann.

7.2 Wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung von Marken

7.2.1 Finanzieller Wert

Was eine Marke finanziell wert ist, lässt sich nur schwer beurteilen, da nicht klar ist, anhand welcher Faktoren der wirtschaftliche Wert festgestellt werden soll. Soll allein der Umsatz eines Unternehmens, den es mit einer Marke erzielt, maßgeblich sein oder die Bekanntheit der Marke in der Bevölkerung? Als Faustregel lässt sich festhalten, dass eine Marke so viel wert sein dürfte, wie sie gekostet hat. Das heißt, dass z.B. erhebliche Werbeaufwendungen den Wert einer Marke erhöhen. Allerdings lässt sich auch dies nicht pauschalisieren. Denn wurde eine Marke bei ihrer Markteinführung mit Millionenaufwand beworben, dann aber über einen langen Zeitraum hinweg überhaupt nicht mehr benutzt, ist fraglich, ob man dann vertreten kann, die Marke sei Millionen wert.

Einen Überblick über den finanziellen Wert von Marken gibt das Unternehmen „Interbrand“. Interbrand hat eigene Kriterien zur Berechnung eines Markenwerts aufgestellt und veröffentlicht auf seiner Internetseite www.interbrand.com jährlich die anhand dieser Kriterien ermittelten weltweit wertvollsten Marken. Die beste Bewertung im Jahre 2010 erhielt „Coca-Cola“. Interbrand bewertete die Marke „Coca-Cola“ mit einem Wert von über Dollar 70 Mio. Mercedes ist mit Platz 12 im Interbrand-Ranking und einem Markenwert von gut Dollar 25 Mio. die bestplatzierte deutsche Marke.

7.2.2 Wirkungen der Marke im Wirtschaftsleben

Wichtiger als der in Geld bezifferbare wirtschaftliche Wert einer Marke dürften jedoch die Wirkungen sein, die mit Marken verknüpft sind.

7.2.2.1 Herkunftswirkung

Dies ist in erster Linie die bereits eingangs erwähnte Herkunftswirkung (im juristischen Sprachgebrauch als „Herkunftsfunktion“ bezeichnet), d.h. die Tatsache, dass die angesprochenen Verkehrskreise / das Publikum anhand einer Marke ein Produkt oder eine Dienstleistung einem bestimmten Unternehmen zuordnen können. Damit ist nicht gemeint, dass der Betrachter der Marke das konkrete Unternehmen namentlich benennen kann, sondern nur, dass er erkennt, dass Waren / Dienstleistungen mit derselben Marke aus ein und demselben Hause stammen.

7.2.2.2 Qualitäts- und Werbewirkung

Neben der Herkunftsfunktion kommen Marken noch eine Qualitäts- und eine Werbefunktion zu. So wecken Produkte, die mit einer bestimmten, dem Betrachter bereits bekannten Marke gekennzeichnet sind, in der Regel bestimmte Qualitätsvorstellungen über das Produkt.

Von einer Werbefunktion kann deshalb gesprochen werden, weil Kunden heutzutage eine Marke teilweise wichtiger ist als das Produkt selbst. Ein gutes Beispiel hierfür ist der Hersteller Apple. Seine Produkte gelten gemeinhin als „cool“ und liegen im Trend. Auf die Qualität und Funktionalität der Produkte selbst scheint es nur sekundär anzukommen.

7.2.2.3 Markenrechte und Prioritätsgrundsatz

Schließlich ist eine Marke auch deshalb wertvoll, weil sie ihrem Inhaber bestimmte Rechte einräumt. Diese ermöglichen es ihm, im Fall einer Verletzung der Marke

(wichtigstes Beispiel ist die Benutzung der identischen oder ähnlichen Marke durch einen anderen) **Unterlassungs-, Beseitigungs-, Schadensersatz-, Auskunfts- und Vernichtungsansprüche** geltend zu machen. Im deutschen Markengesetz (MarkenG) sind diese Rechte in den §§ 14, 18, und 19 niedergelegt.

Allerdings bestehen diese Ansprüche nur gegenüber solchen Verletzern, denen selbst keine älteren Rechte an der Marke zustehen (Prioritätsgrundsatz). Das bedeutet, dass z.B. derjenige, der seit dem 1. Februar 2011 über eine Marke verfügt, einem anderen, der die identische oder ähnliche Marke am 1. März 2011 verwendet, die Nutzung untersagen kann. Gegenüber einem Dritten, der seit dem 1. Januar 2011 über eine identische oder ähnliche Marke verfügt, könnte er ein solches Verbot jedoch nicht aussprechen.

Aus diesem Grunde sollte man sicherstellen, dass man sich möglichst früh um einen Schutz seiner Marken kümmert.

7.3 Bedürfnis nach einem durch Markeneintragungen abgesicherten Markenschutz

Der Schutz der eigenen Marken ist außerdem auch deshalb erforderlich, da man ansonsten in der Praxis Probleme bekommt, die erwähnten Markenrechte tatsächlich ausüben zu können.

Denn eine Marke, die entsprechende Rechte verleiht, entsteht nicht allein dadurch, dass man sich heute überlegt, morgen ein Produkt zu produzieren und diesem einen bestimmten Namen / eine bestimmte Marke zu geben. Selbst wenn man diesen Plan tatsächlich in die Tat umsetzt, anschließend aber anfangs nur wenige Produkte verkauft, stehen einem nicht zwingend die genannten Markenrechte zu. Insbesondere hat man nicht schon mit der Fertigstellung oder dem Verkauf des ersten Produkts die Möglichkeit, von Dritten zu verlangen, den Produktnamen / die Marke für ähnliche Waren nicht zu verwenden.

7.3.1 Benutzungsmarke

Das deutsche Recht kennt zwar auch eine so genannte Benutzungsmarke (§ 4 Nr. 2 MarkenG). Jedoch birgt die Geltendmachung von Rechten an einer solchen Benutzungsmarke in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten.

Zum einen ist es für die Entstehung einer solchen Marke erforderlich, dass sie im geschäftlichen Verkehr in Deutschland die so genannte Verkehrsgeltung erworben hat. Verkehrsgeltung bedeutet, dass ein ausreichend großer Teil der mit dem Zeichen angesprochenen Verkehrskreise dieses als unternehmens- oder produktidentifizierende Kennzeichnung, d.h. als Marke, verstehen. Damit ist gemeint, dass eine ausreichende Anzahl der angesprochenen Verkehrskreise aufgrund des Zeichens die Ware oder Dienstleistung einem bestimmten Unternehmen zuordnet. Die Verkehrsgeltung ist also ein Zuordnungsgrad, der meist in Prozentsätzen angegeben wird. Problematisch ist hierbei schon, ab welchem Prozentsatz von Verkehrsgeltung gesprochen werden kann. In der Regel geht man davon aus, dass ein Zuordnungsgrad von über 25 % ausreichen dürfte (einfache Verkehrsgeltung). Allerdings gibt es auch Fälle, in denen ein Zuordnungsgrad von über 50 % erreicht werden muss (qualifizierte Verkehrsgeltung). Dies sind vor allem Fälle, in denen die Marke aus Angaben besteht, die für das mit der Marke gekennzeichnete Produkte beschreibend sind. Eine beschreibende Angabe in Bezug auf das Produkt „Fahrrad“ wäre z.B. das Wort „Roller“. Es beschreibt nämlich die Eigenschaft der Ware dahingehend, dass es sich bei einem Fahrrad um ein Produkt handelt, das rollend fortbewegt wird. Würde also jemand seine produzierten Fahrräder mit dem Begriff „Roller“ kennzeichnen und wollte er aufgrund einer angeblichen Benutzungsmarke (an dem Wort „Roller“) es anschließend einem anderen verbieten, „Roller“ für identische oder ähnliche Waren (z.B. Kettcars) zu verwenden, so müsste er zunächst darlegen, dass über 50 % der Verbraucher in dem Begriff „Roller“ einen Hinweis auf sein – wenn auch nicht namentlich bekanntes – Unternehmen sehen, d.h. mit seinem Unternehmen assoziieren (was ihm in dem gewählten Beispiel wohl kaum gelingen wird).

Zum anderen existiert das in der Praxis nicht zu unterschätzende Problem, dass derjenige, der behauptet, durch die Benutzung eines bestimmten Wortes / Zeichens eine Benutzungsmarke erworben zu haben, die entsprechenden Beweise, die eine Verkehrsgeltung belegen, vorlegen muss. In der Praxis ist dies in der Regel nur dadurch möglich, dass man ein Verkehrsbefragungsgutachten in Auftrag gibt. Die Kosten hierfür liegen in der Regel im fünfstelligen Bereich. Hinzu kommt, dass ein Gegner ebenfalls ein entsprechendes Gutachten in Auftrag geben könnte, um das Gegenteil darzulegen, so dass der Ausgang eines Streits trotz eines teuren Gutachtens nach wie vor völlig offen sein kann.

Schließlich ist es bei Benutzungsmarken auch schwierig, den Zeitpunkt zu bestimmen, in dem die Marke die Verkehrsgeltung erstmals erworben hat. Dies ist angesichts des im Markenrecht geltenden Prioritätsgrundsatzes im Fall von Streitigkeiten um eine Marke jedoch von entscheidender Bedeutung.

7.3.2 Vorteile registrierter Marken

Um diese Schwierigkeiten und Kosten zu vermeiden, bietet es sich an, die Existenz und den Zeitrang einer Marke über eine Anmeldung und Registrierung der Marke beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA, <http://www.dpma.de/>) bzw. beim Europäischen Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (HABM, Europäisches Markenamt, <http://www.oami.europa.eu>) abzusichern.

Der Vorteil von Marken, die bei einem Amt offiziell angemeldet und registriert sind, besteht nämlich vor allem darin, dass hier das Alter einer Marke (=Priorität) taggenau mit dem Anmeldetag dokumentiert ist. Deshalb bestehen bei angemeldeten / registrierten Marken keine Unklarheiten, wann diese entstanden sind. Vielmehr steht fest, dass ab dem Zeitpunkt der Anmeldung einer Marke der Inhaber Unterlassungs-, Auskunfts- und Schadensersatzansprüche gegen diejenigen geltend machen kann, die seine Marke nach dem Anmeldezeitpunkt verletzen.

Bei angemeldeten / registrierten Marken stellt sich zudem nicht das Problem der Verkehrsgeltung. Eine eingetragene Marke gewährt dem Inhaber die genannten Rechte unabhängig davon, ob jemand sie kennt oder ob sie im Markt noch völlig unbekannt ist.

Auch in finanzieller Hinsicht ist die Anmeldung einer Marke vorteilhaft. In Deutschland kostet eine Markenmeldung in der Regel EUR 300,00 an amtlicher Grundgebühr. Dieser Betrag kann sich zwar erhöhen, wenn eine Marke für besonders viele Waren oder Dienstleistungen angemeldet werden soll. In der Regel kommt man mit der Grundgebühr jedoch aus. Soweit man im Rahmen der Anmeldung die Hilfe eines Anwalts in Anspruch nimmt, kommen dessen Gebühren hinzu. Verglichen mit den Kosten, die anfallen, wenn man mangels einer eingetragenen Marke versuchen muss, zu beweisen, dass man Inhaber einer Benutzungsmarke, d.h. einer im Verkehr bekannten Marke, ist, stellen sich die Kosten der Markenmeldung als äußerst günstig dar.

7.4 Das Anmelde- / Eintragungs- und Widerspruchsverfahren vor dem Deutschen Markenamt

Wer eine Marke beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) anmeldet, muss folgende Angaben machen (§ 32 Abs. 2 MarkenG):

- Identität des Anmelders
- Wiedergabe der Marke
- Verzeichnis der Waren oder Dienstleistungen, für die die Marke angemeldet wird.

Besonders wichtig ist das Verzeichnis der Waren oder Dienstleistungen. In diesem ist genau anzugeben, welche Art von Waren oder Dienstleistungen mit der einzutragenden Marke gekennzeichnet / "gelabelt" werden sollen. Die in dem Verzeichnis angegebenen Waren oder Dienstleistungen bestimmen nämlich den Umfang der Marke. Wird eine Marke nur für „Getränke“ angemeldet, so kann der Markeninhaber

Dritten nicht verbieten, die Marke z.B. für Bekleidungssteile zu verwenden. Es ist daher sehr wichtig, sich im Vorfeld einer Markenmeldung darüber im Klaren zu sein, wofür man eine Marke bereits heute nutzen will und ob in der nahen Zukunft eventuell noch weitere Waren oder Dienstleistungen unter der Marke angeboten werden sollen.

Darüber hinaus spielt die Frage, für welche Waren oder Dienstleistungen eine Marke angemeldet werden soll eine Rolle bei der Beurteilung, ob eine bestimmte Marke für bestimmte Waren oder Dienstleistungen nicht vielleicht rein beschreibend ist und deshalb vom Markenschutz ausgenommen sein muss.

7.4.1 Absolute Eintragungshindernisse

Fehlt einer Marke für die jeweiligen Waren oder Dienstleistungen die so genannte Unterscheidungskraft, verbietet § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG die Eintragung der Marke. Ein weiteres Eintragungshindernis sieht § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG vor, wenn eine Marke für die Waren oder Dienstleistungen, für die sie angemeldet ist, beschreibend ist.

In beiden Fällen wird eine Markenmeldung vom DPMA zurückgewiesen.

7.4.1.1 Fehlende Unterscheidungskraft

Unterscheidungskraft ist die Fähigkeit eines Zeichens, vom Publikum / Verkehr als Unterscheidungsmittel eines Unternehmens aufgefasst zu werden. Es geht also darum festzustellen, ob der Betrachter eines Produkts, auf dem eine Marke angebracht ist, aufgrund der Marke denkt, dass das Produkt nur von einem bestimmten Hersteller sein kann.

Ein Beispiel für Zeichen, denen die Unterscheidungskraft fehlt, sind Angaben, die als bloßer Werbeappell oder als gebräuchliches Wort der Werbesprache verstanden werden. Aus diesem Grunde ist es z.B. nicht möglich, sich die Worte „super“

oder „neu“ als Marke schützen zu lassen. Würde man diese Worte auf einem Produkt anbringen bzw. eine Dienstleistung damit bewerben, würde das angesprochene Publikum niemals denken, dass die Ware oder Dienstleistung nur von einem bestimmten Unternehmen stammen könne, sondern darin lediglich eine Werbung für das Produkt erkennen.

7.4.1.2 Beschreibende Angaben

Beschreibend ist eine Marke dann, wenn sie lediglich zur Bezeichnung der Art, Beschaffenheit, Menge, Bestimmung des Werts, der geographischen Herkunft, der Zeit der Herstellung oder zur Bezeichnung sonstiger Merkmale der Waren oder Dienstleistungen dient.

Aus diesem Grunde könnte man sich z.B. nicht den Namen der Stadt „Köln“ als Marke für Touristikdienstleistungen schützen lassen. Denn mit der Angabe „Köln“ wird der Ort der Dienstleistungserbringung beschrieben.

Auch Marken, die aus mehreren Worten zusammengesetzt sind, können grundsätzlich beschreibend sein. So wurde z.B. vom DPMA die Markenmeldung „spar-radar“ als beschreibend zurückgewiesen. Interessant hierbei ist, dass diese Marke u. a. für die Ware „Computerprogramme“ angemeldet wurde. Inwiefern für solche Programme „spar-radar“ beschreibend sein soll, erschließt sich auf den ersten Blick nicht. Andererseits ist zu beachten, dass ein Computerprogramm z.B. speziell dafür entwickelt werden kann, „Schnäppchen“ im Internet zu identifizieren. Würde ein solches Computerprogramm als „spar-radar“ gekennzeichnet werden, ist der beschreibende Charakter der Marke offensichtlich.

Diese Beispiele zeigen, dass es durchaus ratsam ist, vor der Anmeldung einer Marke einen Rechts- oder spezialisierten Patentanwalt zu Rate zu ziehen. Dieser kann insbesondere anhand einer Rechtsprechungsrecherche nach ähnlichen Markenmeldungen einschätzen, ob die geplante Marke grundsätzlich eintragungsfähig

ist oder ob die Wahrscheinlichkeit hoch ist, dass die Markenmeldung zurückgewiesen werden wird.

7.4.1.3 Andere absolute Eintragungshindernisse

Neben den beiden Eintragungshindernissen „fehlende Unterscheidungskraft“ und „beschreibende Angabe(n)“ enthält § 8 Abs. 2 MarkenG noch weitere so genannte absolute Schutzhindernisse. Diese spielen in der Praxis jedoch eine weitaus geringere Rolle.

7.4.2 Widerspruchsmöglichkeit für Dritte

Wird eine Markenmeldung nach Überprüfung durch das Markenamt im so genannten Markenblatt veröffentlicht, haben Dritte die Möglichkeit – in der Regel innerhalb von drei Monaten nach Veröffentlichung – einen Widerspruch gegen die Markenmeldung zu erheben.

7.4.2.1 Relative Eintragungshindernisse

Ein solcher Widerspruch kann und wird in der Regel darauf gestützt werden, dass ein Dritter ältere Rechte an einer identischen oder ähnlichen Marke behauptet (so genanntes relatives Eintragungshindernis). Diese Behauptung zu beweisen, wird dann kein Problem für ihn sein, wenn er selbst über eine **eingetragene ältere Marke** verfügt. Stützt er seine behaupteten Rechte jedoch nur darauf, dass er ein ähnliches Zeichen bereits in der Vergangenheit benutzt habe, wird es ihm in der Regel schwerer fallen, die Existenz der behaupteten, älteren Benutzungsmarke zu beweisen. Dies ist ein weiteres Beispiel für den **Vorteil eingetragener Marken** und verdeutlicht nochmals das **Bedürfnis nach einem formellen**, d.h. durch Markenregistrierungen abgesicherten **Markenschutz**.

7.4.2.2 Recherche fremder Rechte vor einer Markenmeldung zur Vermeidung von Widersprüchen

Im Rahmen des Widerspruchsverfahrens wird den Parteien dann Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Dies kann sich je nach Häufigkeit der gewechselten Schreiben über mehrere Jahre ziehen und zusätzliche Kosten mit sich bringen.

Um die Gefahr von Widersprüchen Dritter gegen eine Markenmeldung zu vermeiden, bietet es sich an, vor der Markenmeldung eine so genannte Ähnlichkeitsrecherche durchführen zu lassen. Im Rahmen einer solchen Recherche werden die Register des Deutschen und Europäischen Markenamtes, das Handelsregister sowie Internetadressen nach ähnlichen Worten / Marken durchsucht. Eine solche Recherche wird zwischen EUR 300,00 und EUR 500,00 kosten. Sofern noch andere Datenbanken (insbesondere ausländische Datenbanken) durchsucht werden sollen, können sich die Kosten jedoch in den vierstelligen Bereich erhöhen.

7.5 Markenschutz – Die Rechte des Markeninhabers

Wie bereits erwähnt, verfügt der Inhaber einer Marke über umfassende Rechte an dem Markenbegriff bzw. dem Markenlogo. Er kann Unterlassungs-, Auskunft- und Schadensersatzansprüche gegen jeden geltend machen, der keine älteren Rechte an der Marke hat und diese oder ein ähnliches Zeichen für identische oder ähnliche Waren oder Dienstleistungen im geschäftlichen Verkehr benutzt.

Die in der Praxis größte Relevanz hat dabei der Unterlassungsanspruch. Dies liegt daran, dass es einem Markeninhaber häufig zu allererst darum geht, zu verhindern, dass andere seine Marke (miss)brauchen. Hinzu kommt, dass es in der Praxis häufig auf Schwierigkeiten stößt, den aus einer Markenverletzung resultierenden Schaden konkret zu beziffern.

Was ein Dritter alles zu unterlassen hat, ist in § 14 Abs. 3 und Abs. 4 MarkenG angesprochen. Danach ist es insbesondere untersagt,

- das Zeichen / die Marke auf Waren oder ihren Aufmachungen oder Verpackungen anzubringen
- unter dem Zeichen Waren anzubieten, in den Verkehr zu bringen oder zu den genannten Zwecken zu besitzen
- unter dem Zeichen Dienstleistungen anzubieten oder zu erbringen
- unter dem Zeichen Waren ein- oder auszuführen
- das Zeichen in Geschäftspapieren oder in der Werbung zu benutzen
- ein mit der Marke identisches oder ähnliches Zeichen auf Aufmachungen oder Verpackungen oder auf Kennzeichnungsmitteln wie Etiketten, Anhängern, Aufnähern oder dergleichen anzubringen
- Aufmachungen, Verpackungen oder Kennzeichnungsmittel, die mit einem mit der Marke identischen oder ähnlichen Zeichen versehen sind, anzubieten, in den Verkehr zu bringen oder zu den genannten Zwecken zu besitzen oder
- Aufmachungen, Verpackungen oder Kennzeichnungsmittel, die mit einem mit der Marke identischen oder ähnlichen Zeichen versehen sind, ein- oder auszuführen.

Wichtig ist, dass es für die Durchsetzung dieser Rechte nicht darauf ankommt, ob ein Markenverletzer schuldhaft gehandelt hat. Das heißt: Es spielt keine Rolle, ob der Verletzer Kenntnis von der fremden Marke hatte oder nicht.

Daran zeigt sich, welch scharfes Schwert eine Marke ist. Für den Verletzer einer Marke können unvorhersehbare finanzielle und wirtschaftliche Schwierigkeiten auftreten. Denn hat er beispielsweise ein hohes Budget in die Entwicklung einer Werbekampagne gesteckt, durch die – ohne dass er es wusste – die Rechte einer fremden Marke verletzt werden, kann der Markeninhaber die Verwendung der Werbekampagne untersagen. Auf den Kosten der Werbekampagne bleibt dann der – oft schuldlos und nicht in böser Absicht handelnde – Verletzer sitzen.

Ein wichtiger Punkt in diesem Zusammenhang ist, dass in dem Fall, in dem zwei Unternehmen parallel ein ähnliches Produkt entwickeln und dieses zufälligerweise auch noch ähnlich bezeichnen, in der Regel derjenige die besseren Karten hat, der **zuerst eine Markenmeldung vorgenommen** hat. Denn selbst wenn der Konkurrent mit seinem Produkt als erster auf dem Markt gewesen sein sollte, dürfte es ihm in der Regel schwer fallen – wie oben gezeigt – allein aufgrund der Benutzung entsprechende Rechte an der nicht eingetragenen Marke seines Produkts geltend zu machen.

Noch ungerechter stellt sich die Situation im Falle von Trittbrettfahrern dar, d.h. solchen Personen oder Unternehmen, die z.B. junge Start-up-Unternehmen beobachten und schauen unter welchem Namen diese ihre Produkte auf dem Markt bringen um anschließend diese Namen als Marken anzumelden und dann damit drohen, den weiteren Vertrieb unter der Marke zu untersagen, wenn man sich nicht finanziell einigt. Zwar kann man sich grundsätzlich gegen solch bösgläubige Markenmeldungen verteidigen. Allerdings ist es in der Praxis häufig schwierig, einem anderen tatsächlich die Bösgläubigkeit nachzuweisen.

7.6 Unsere Empfehlung

Euch als Gründern können wir nur raten, das Thema „Marke“ nicht zu vernachlässigen, sondern euch rechtzeitig über einen Namen für euer Produkt oder eure Dienstleistung Gedanken zu machen und frühzeitig eine oder mehrere Marken förmlich bei den entsprechenden Markenämtern anzumelden. Dabei solltet Ihr beachten, als Marke **keine** Worte, Logos etc. zu verwenden, die

- euer Produkt bzw. eure Dienstleistung beschreiben (verwendet Phantasieworte)
- und / oder
- zu den Marken anderer ähnlich sind.



Nico Just LL.M.
Rechtsanwalt
Innere Kanalstr. 15 50823 Köln
T +49 (0) 221 5108 4190
E nico.just@osborneclarke.de

8 Wettbewerbsverbot

8.1 Einleitung

Bereits als Gründer werdet Ihr in einer Vielzahl von Verträgen mit Wettbewerbsverboten konfrontiert. So kann sich beispielsweise die Frage stellen, ob die Gesellschafter oder Geschäftsführer einem Wettbewerbsverbot unterliegen sollen. Auch Finanzinvestoren werden ihr Investment häufig davon abhängig machen, dass Euch als Gründungsgesellschaftern ein Wettbewerbsverbot auferlegt wird. Hiermit will der Investor sicherstellen, dass Ihr nicht in Konkurrenz zu Eurem eigenen Unternehmen tretet. Gleichzeitig können so geheimes Know-how oder der aufgebaute Kundenstamm des Unternehmens geschützt werden.

Vergleichbare Interessen bestehen bei der Veräußerung Eures Unternehmens aus Sicht des Käufers, der verhindern will, dass Ihr unmittelbar nach der Transaktion mit ihm konkurriert oder den übernommenen Kundenstamm abwerbt. Im täglichen Geschäftsleben können Wettbewerbsverbote weiterhin im Rahmen von Kooperationen mit anderen Unternehmen, bei der Beauftragung eines Subunternehmers oder in Lizenzverträgen eine Rolle spielen.

Um bei Vertragsverhandlungen die Bandbreite der eigenen Möglichkeiten und die des zukünftigen Vertragspartners zu kennen, ist es hilfreich, eine erste Einschätzung der kartellrechtlichen Zulässigkeit von Wettbewerbsverboten selbst vornehmen zu können. Dadurch wird nicht nur der Blick für die jeweiligen Vertragsklauseln geschärft, sondern vor allem die eigene Verhandlungsposition gestärkt.



8.2 Allgemeiner Maßstab zur Beurteilung von Wettbewerbsverboten

Der Wettbewerb als wesentlicher Bestandteil eines funktionierenden Marktes unterliegt in Deutschland dem Schutz des deutschen und europäischen Kartellrechts. Das bedeutet allerdings nicht automatisch, dass Wettbewerbsverbote stets unzulässig sind. Vielmehr verbietet das Kartellrecht Wettbewerbsverbote nur dann, wenn diese eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (sog. Kartellverbot) und eine Freistellung der jeweiligen Klausel vom Kartellverbot nicht möglich ist. In bestimmten Situationen sind Wettbewerbsverbote daher zulässig und sogar notwendig, um die Interessen der beteiligten Unternehmen angemessen zu schützen.

Ob ein Wettbewerbsverbot zulässig ist, muss für jeden Einzelfall untersucht werden. Dabei sind die Interessen der durch das Verbot begünstigten Person mit den sich möglicherweise ergebenden wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen des Verbots abzuwägen. Überwiegen im Ergebnis die aner kennenswerten Interessen der begünstigten Person, dann ist das Wettbewerbsverbot zulässig, überwiegen hingegen die wettbewerbs-schädlichen Auswirkungen, so ist das Verbot unwirksam.

Beispiel:

- Ein Unternehmen verpflichtet sich gegenüber einem seiner Konkurrenten, sich gegen Zahlung einer „Prämie“ aus dem Markt zurückzuziehen oder die Herstellung eines bestimmten Produktes einzustellen („Abkauf von Wettbewerb“)

Bei einer solchen Vereinbarung geht es meist allein darum, einen Konkurrenten vom Wettbewerb fernzuhalten bzw. ihn auszuschalten. Dieser Zweck geht in der Regel über das hinaus, was für die Durchführung der Geschäftsbeziehung erforderlich ist. Entsprechend liegt daher meist ein Verstoß gegen das Kartellverbot vor.

- Im Gegensatz dazu ist eine Vereinbarung, welche einen Vertragspartner gegen die Abwerbung von Kunden schützt, mit denen der andere Vertragspartner zur Durchführung des gemeinsamen Vertrages erstmals und zwangsläufig in Berührung kommt, grundsätzlich zulässig. So hat der Bundesgerichtshof eine Klausel für zulässig erachtet, wonach ein Gebäudereinigungsunternehmen einem Subunternehmer während des Bestehens sowie für die Dauer von zwei Jahren nach Beendigung des Auftragsverhältnisses untersagt hatte, eigene Verträge mit den Kunden des Auftraggebers abzuschließen.

Der Gesetzgeber und die Rechtsprechung haben im Laufe der Zeit bestimmte Grundsätze entwickelt, die bei der Beurteilung eines Wettbewerbsverbotes heranzuziehen sind. Dabei ist vor allem zu untersuchen, ob ein Wettbewerbsverbot erforderlich ist, um den beabsichtigten Leistungsaustausch zu sichern. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn der Hauptzweck des zugrunde liegenden Vertrages ohne die Vereinbarung eines Wettbewerbsverbotes gefährdet wäre. Darüber hinaus muss das Wettbewerbsverbot in (1) gegenständlicher, (2) räumlicher und (3) zeitlicher Hinsicht auf das erforderliche Maß begrenzt sein.



8.3 Rechtliche Bewertung einzelner Wettbewerbsverbote

Wettbewerbsverbote sind fester Bestandteil einer Vielzahl von Vertragstypen. Grob unterscheiden lassen sich Wettbewerbsverbote in Gesellschaftsverträgen (dazu unter Ziffer 7.3.1) von Wettbewerbsverboten in Austauschverträgen (dazu unter Ziffer 7.3.2). Gesellschaftsverträge regeln typischerweise die Rechte und Pflichten von Gesellschaftern, die sich zur Verfolgung eines gemeinsamen Zweckes in einer Gesellschaft zusammengeschlossen haben. Als Austauschverträge werden beispielsweise Kauf- und Lieferverträge oder Verträge zur Veräußerung eines Unternehmens bezeichnet, deren Hauptgegenstand den Austausch zweier Leistungen regelt.

8.3.1 Wettbewerbsverbote in Gesellschaftsverträgen

8.3.1.1 Gründungsverträge / Beteiligung von Investoren

Gründungsverträge eines Unternehmens enthalten häufig Wettbewerbsverbote, wonach den Gesellschaftern bzw. den Geschäftsführern die Aufnahme einer eigenständigen Tätigkeit in Konkurrenz zu dem neu gegründeten Unternehmen untersagt wird. Derartige Klauseln sind sinnvoll, weil die auf den gemeinsamen Erfolg gerichtete Zusammenarbeit der Gesellschafter mit Blick auf die Zukunft nicht immer garantiert werden kann. Um den Erfolg des Unternehmens zu sichern, kann in einem Gesellschaftsvertrag beispielsweise folgendes vereinbart werden:

„Die Gesellschafter unterliegen für die Dauer ihrer Beteiligung am Stammkapital der Gesellschaft und für die Dauer eines Jahres nach ihrem Ausscheiden aus der Gesellschaft im Gebiet der Mitgliedstaaten der Europäischen Union (Wettbewerbsgebiet) einem Wettbewerbsverbot. Sie dürfen weder mittelbar noch unmittelbar, weder für eigene noch für fremde Rechnung im Wettbewerbsgebiet irgendeine Tätigkeit entfalten oder Rechtsbeziehungen eingehen, die im Wettbewerb zu den von der Gesellschaft und / oder ihren Tochtergesellschaften tatsächlich betriebenen Ge-

schäften steht oder die einen solchen Wettbewerb fördert. Von dem Wettbewerbsverbot erfasst ist auch die Beteiligung (auf eigene oder fremde Rechnung) an einem Unternehmen, das in irgendeiner Weise mit dem von der Gesellschaft und / oder ihren Tochtergesellschaften betriebenen Unternehmen konkurriert.“¹

Auch bei der Beteiligung von Finanzinvestoren werden Wettbewerbsverbote häufig zu Lasten der Gründungsgesellschafter vereinbart, um den Investoren einen bestimmten Einfluss auf ihr Investment zu sichern. Den Gründungsgesellschaftern wird damit jegliche Konkurrenzfähigkeit für eigene oder fremde Rechnung sowie die Gründung von und die Beteiligung an einem Konkurrenzunternehmen untersagt. Solche und ähnliche Wettbewerbsverbote sind rechtlich unbedenklich, wenn die Gesellschaft ohne das Wettbewerbsverbot durch eine mögliche Konkurrenzfähigkeit der Gesellschafter in ihrem Bestand und ihrer Funktionsfähigkeit gefährdet wäre.

Inwiefern eine Gefahr für die Funktionsfähigkeit der Gesellschaft besteht, ist entscheidend von den Einflussnahmemöglichkeiten des von dem Wettbewerbsverbot betroffenen Gesellschafters abhängig. Daher sind Wettbewerbsverbote für Gesellschafter mit bestimmendem Einfluss grundsätzlich zulässig, während Wettbewerbsverbote zu Lasten von Minderheitsgesellschaftern und Kommanditisten engen kartellrechtlichen Grenzen unterliegen. Aus diesem Grund sind bei Aktienkäufen zu Zwecken der Spekulation oder der Altersvorsorge häufig Ausnahmen für Minderheitsbeteiligungen vorgesehen.

Nach der Rechtsprechung ist vor allem dann von der Notwendigkeit des Wettbewerbsverbotes auszugehen, wenn der Gesellschafter in der Lage ist, die Gesellschaft als leistungsfähigen Wettbewerber zugunsten seiner eigenen Konkurrenzfähigkeit auszuschalten. Eine derartige Einflussnahmemöglichkeit ist etwa bei Gesellschaftern anzunehmen, denen aufgrund des Gesellschafts- und Geschäftsführer-anstellungsvertrages die uneingeschränkte Geschäftsführung übertragen wird. Dies

¹ Wir weisen darauf hin, dass die Verwendung derartiger Klauseln für jeden Einzelfall geprüft werden muss und diese daher nicht ohne weiteres übernommen werden können.

gilt auch für Gesellschafter, die etwa aufgrund ihrer mehrheitlichen Beteiligung maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung ausüben können.

Wie beschrieben, ist bei der inhaltlichen Ausgestaltung des Wettbewerbsverbotes darauf zu achten, dass es nach Ort, Gegenstand und Zeit auf das Maß beschränkt ist, welches erforderlich ist, um den Erhalt der Funktionsfähigkeit der Gesellschaft sicherzustellen.

- Ein Wettbewerbsverbot wäre räumlich zu weitgehend, wenn es sich auch auf Regionen bezieht, die nicht zum (Haupt-)Absatzgebiet des Gesellschaftsunternehmens gehören
- Eine gegenständliche Überschreitung des erforderlichen Maßes wäre anzunehmen, wenn sich das Wettbewerbsverbot auch auf solche Waren und Dienstleistungen bezieht, die von dem Gesellschaftsunternehmen gar nicht angeboten werden
- In zeitlicher Hinsicht können Wettbewerbsverbote zunächst für die Dauer der Zugehörigkeit des betroffenen Gesellschafters zu der Gesellschaft vereinbart werden. Typischerweise gelten Wettbewerbsverbote in Gesellschaftsverträgen aber darüber hinaus für einen bestimmten Zeitraum nach Austritt des Gesellschafters aus der Gesellschaft (sog. nachvertragliches Wettbewerbsverbot). Hierbei ist das erforderliche Maß in zeitlicher Hinsicht nur solange gegeben, wie seitens des ausscheidenden Gesellschafters eine illoyale Verwertung der durch gemeinsame Arbeit in der Gesellschaft erzielten Erfolge droht. Die Rechtsprechung geht davon aus, dass insoweit meist ein Zeitraum von zwei bis drei Jahren angemessen ist, weil sich nach dieser Zeit die während der Zugehörigkeit zur Gesellschaft entstandenen Kundenbeziehungen und sonstigen Verbindungen dergestalt gelöst haben, dass der ausgeschiedene Gesellschafter wie jeder andere Wettbewerber behandelt werden kann

8.3.1.2 Unternehmensveräußerung

Wettbewerbsverbote werden häufig auch aus Anlass einer Unternehmensveräußerung vereinbart. Damit der Erwerber den vollständigen Wert der übertragenen Vermögenswerte erhält, muss er in gewissem Umfang vor Wettbewerbshandlungen des Veräußerers geschützt werden, um das Vertrauen der Kunden gewinnen und sich das betreffende Know-how aneignen und nutzen zu können. Dies kann durch ein Wettbewerbsverbot sichergestellt werden, welches allerdings wiederum nicht über das sachlich, zeitlich und räumlich erforderliche Maß hinausgehen darf.

Wird zusammen mit dem Unternehmen sowohl der Geschäftswert als auch das Know-how übertragen, können Wettbewerbsverbote von bis zu drei Jahren gerechtfertigt sein. Wird nur der Geschäftswert übertragen, verkürzt sich dieser Zeitraum auf höchstens zwei Jahre.

Beschränkt sich die Übertragung de facto auf materielle Vermögenswerte wie Grundstücke, Gebäude oder Maschinen oder auf ausschließlich gewerbliche Schutzrechte (deren Inhaber gegen Rechtsverletzungen durch den Veräußerer sofort gerichtlich vorgehen kann), können Wettbewerbsverbote hingegen als nicht notwendig angesehen werden.

8.3.2 Wettbewerbsverbote in Austauschverträgen

Austauschverträge sind Verträge, aufgrund derer sich die Parteien zur Erbringung einer gegenseitigen Leistung verpflichten. Hierunter fallen beispielsweise klassische Kauf- oder Lieferverträge oder Miet-, Dienst- und Werkverträge. Ebenso wie der Vertragsgegenstand selbst sind auch die jeweiligen Wettbewerbsverbote sehr vielfältig und können daher nur schwer kategorisiert werden.

Im Grundsatz bleibt es allerdings auch bei Austauschverträgen bei den oben beschriebenen Regeln. Danach sind Wettbewerbsverbote in Austauschverträgen immer dann zulässig, wenn der wettbewerbsneutrale Hauptzweck des zugrunde lie-

genden Vertrages ohne die Vereinbarung des Verbots gefährdet wäre. Wiederum ist das Wettbewerbsverbot nach Ort, Gegenstand und Zeit auf das für die Durchführung des Vertrages erforderliche Maß zu beschränken. Dies gilt insbesondere, wenn dem gebundenen Vertragspartner ansonsten jegliche Art der beruflichen Betätigung unmöglich gemacht werden würde.

Um die Zulässigkeit von Wettbewerbsverboten leichter beurteilen zu können, bieten darüber hinaus Gruppenfreistellungsverordnungen eine Hilfestellung. Gruppenfreistellungsverordnungen sind Verordnungen des Europäischen Rates oder der Europäischen Kommission, durch die ganze Gruppen von Vereinbarungen vom Kartellverbot freigestellt werden, weil sich derartige Vereinbarungen typischerweise positiv auf den Wettbewerb auswirken. Einige der Gruppenfreistellungsverordnungen werden durch erläuternde Leitlinien ergänzt.²

Wird ein Wettbewerbsverbot durch eine Gruppenfreistellungsverordnung freigestellt, müssen die konkreten Auswirkungen des Verbotes auf den Wettbewerb nicht zusätzlich überprüft – und im Streitfall bewiesen – werden. Es reicht dann aus, wenn die leichter nachzuweisenden Voraussetzungen der Gruppenfreistellungsverordnung bewiesen werden können. Umgekehrt ist ein Wettbewerbsverbot nicht automatisch unwirksam, wenn die Voraussetzungen der jeweiligen Gruppenfreistellungsverordnung nicht vorliegen – es bedarf dann allerdings einer Einzelfallprüfung, die unter Umständen zu erhöhten Beweisschwierigkeiten führen kann.

Gruppenfreistellungsverordnungen beziehen sich entweder auf horizontale oder auf vertikale Vereinbarungen. Bei horizontalen Vereinbarungen (hierzu unter Ziffer 7.3.2.1) handelt es sich um Verträge, welche zwischen Unternehmen auf gleicher Wirtschaftsstufe – und damit zwischen Wettbewerbern – abgeschlossen werden. Zu nennen sind beispielsweise Kooperationen zwischen Unternehmen, die auf

² Alle Gruppenfreistellungsverordnungen sowie die sie ergänzenden Leitlinien sind auf der Webseite der Europäischen Kommission unter <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/legislation.html> abrufbar. Sie sind auch im Rahmen des deutschen Kartellrechts zu berücksichtigen.

demselben Markt tätig sind. Vertikale Vereinbarungen (hierzu unter Ziffer 7.3.2.2) werden hingegen zwischen Unternehmen getroffen, die auf unterschiedlichen Wirtschaftsstufen stehen. Hierunter fallen beispielsweise Vereinbarungen zwischen Hersteller und Großhändler oder zwischen Großhändler und Einzelhändler.

Unter den Begriff des Wettbewerbers fallen auch potenzielle Wettbewerber. Ein potenzieller Wettbewerber ist ein Unternehmen, bei dem realistisch und nicht nur hypothetisch davon ausgegangen werden kann, dass es als Reaktion auf einen geringen, aber anhaltenden Anstieg der relativen Preise wahrscheinlich innerhalb kurzer Zeit zusätzliche Investitionen tätigen oder sonstige Umstellungskosten auf sich nehmen würde, die erforderlich wären, um in einen bestimmten Markt einzutreten.

8.3.2.1 Wettbewerbsverbote in horizontalen Vereinbarungen

8.3.2.1.1 Forschung und Entwicklung („FuE“)

Wettbewerbsverbote im Bereich FuE können nach der Verordnung (EU) Nr. 1217/2010 („**FuE-GVO**“) grundsätzlich dann freigestellt sein, wenn die folgenden Voraussetzungen vorliegen:

- Die Vereinbarung muss die **gemeinsame** FuE sowie die **gemeinsame** Verwertung der Ergebnisse betreffen
- **Marktanteile:** Der gemeinsame Marktanteil der Vertragspartner an den relevanten Produkt- und Technologiemärkten darf 25 % grundsätzlich nicht überschreiten
- **Kernbeschränkungen:** Die gesamte Vereinbarung darf keine Kernbeschränkungen enthalten. Eine Kernbeschränkung liegt beispielsweise vor, wenn einem Vertragspartner untersagt wird, FuE in einem Bereich, der mit dem Bereich der FuE-Vereinbarung nicht

zusammenhängt, oder aber nach Abschluss der gemeinsamen FuE im Bereich der FuE-Vereinbarung zu betreiben

- **Sonstige Beschränkungen:** Ebenso darf das Wettbewerbsverbot keine sonstige Beschränkung darstellen.

Liegen die genannten Voraussetzungen vor, so sind Wettbewerbsverbote grundsätzlich während der FuE-Tätigkeit freigestellt. Soweit die Ergebnisse gemeinsam verwertet werden, gilt die Freistellung weitere sieben Jahre ab dem Tag des ersten Inverkehrbringens der Vertragsprodukte oder Vertragstechnologien in den Binnenmarkt.

8.3.2.1.2 Technologietransfer („TT“)

Im Bereich von TT-Vereinbarungen erleichtert die Verordnung (EG) Nr. 772/2004 („**TT-GVO**“) die rechtliche Bewertung von Wettbewerbsverboten. In den Anwendungsbereich der TT-GVO fallen beispielsweise Patentlizenzvereinbarungen, Know-how-Vereinbarungen oder Softwarelizenz-Vereinbarungen.

Wettbewerbsverbote in solchen Lizenzverträgen können z.B. vorsehen, dass es dem Lizenznehmer untersagt wird, neben der lizenzierten Technologie eine andere fremde Technologie in Konkurrenz zu dem in Lizenz gefertigten Produkt einzusetzen. Zwischen Wettbewerbern kann ein solches Wettbewerbsverbot nur dann freigestellt sein, wenn der gemeinsame Marktanteil der Parteien auf dem betroffenen Technologie- und Produktmarkt 20 % nicht überschreitet. Bei Vereinbarungen zwischen Nicht-Wettbewerbern darf der individuelle Marktanteil der Parteien auf dem betroffenen Technologie- und Produktmarkt 30 % nicht überschreiten.

Darüber hinaus darf das Wettbewerbsverbot keine Kernbeschränkung (z.B. Preisvorgaben für eine Partei) oder sonstige Beschränkung (z.B. Verpflichtung des Lizenznehmers, dem Lizenzgeber eine Exklusivlizenz für seine eigenen neuen Anwendungen der lizenzierten Technologie zu erteilen) darstellen.

8.3.2.1.3 Sonstige horizontale Vereinbarungen

Neben den genannten Verordnungen hat die Europäische Kommission „Horizontale Leitlinien“ erlassen, welche Kooperationsvereinbarungen zwischen Wettbewerbern erfassen. Die Horizontalen Leitlinien sind – anders als die Gruppenfreistellungsverordnungen – rechtlich nicht verbindlich. Da sie aber die Sichtweise der Europäischen Kommission wiedergeben, bieten sie – neben den oben beschriebenen Grundsätzen – eine wertvolle Orientierungshilfe für die Einschätzung von Wettbewerbsverboten. Die Leitlinien enthalten unter anderem Abschnitte zu den Bereichen FuE, Produktionsvereinbarungen, Einkaufsvereinbarungen, Vermarktungsvereinbarungen sowie Vereinbarungen über Normen.

8.3.2.2 Wettbewerbsverbote in vertikalen Vereinbarungen

8.3.2.2.1 Liefer- und Vertriebsvereinbarungen

Wettbewerbsverbote in vertikalen Vereinbarungen sind immer dann zulässig, wenn sie in den Anwendungsbereich der Gruppenfreistellungsverordnung (EU) Nr. 330/2010 für den Vertrieb von Waren und Dienstleistungen („Vertikal-GVO“) fallen. Diese Verordnung kann ganz allgemein auf alle Vereinbarungen angewendet werden, die zwischen mindestens zwei Unternehmen unterschiedlicher Produktions- oder Vertriebsstufe geschlossen werden und die die Bedingungen des Bezugs, Verkaufs und Weiterverkaufs von Waren oder Dienstleistungen betreffen.

Wettbewerbsverbote sind nach dieser Verordnung unter den folgenden Voraussetzungen freigestellt:

- **Marktanteile:** Der Marktanteil des Lieferanten auf dessen Absatzmarkt sowie der Marktanteil des Käufers auf dessen Bezugsmarkt dürfen 30 % nicht überschreiten

- **Kernbeschränkungen:** Die gesamte Vereinbarung darf keine Kernbeschränkungen wie beispielsweise Preisbindungen oder Gebiets- und Kundenkreisbeschränkungen enthalten
- **Sonstige Beschränkungen:** Ebenso darf das Wettbewerbsverbot keine sonstige Beschränkung darstellen. Das wäre beispielsweise dann der Fall, wenn das Wettbewerbsverbot auf unbestimmte Zeit oder für eine Dauer von mehr als fünf Jahren geschlossen werden würde. Wettbewerbsverbote, deren Dauer sich über den Zeitraum von fünf Jahren hinaus stillschweigend verlängert, gelten als für eine unbestimmte Dauer vereinbart.

Liegen diese Voraussetzungen vor, so können die Parteien ein Wettbewerbsverbot vereinbaren, wodurch beispielsweise der Abnehmer veranlasst wird, keine Waren oder Dienstleistungen zu verkaufen, die mit den Vertragswaren oder Dienstleistungen in Wettbewerb stehen. Ebenso kann der Abnehmer verpflichtet werden, auf dem relevanten Markt mehr als 80 % seines Gesamtbezugs an Vertragswaren oder Dienstleistungen vom Anbieter zu beziehen (Alleinbezugsverpflichtung).

Nach der Vertikal-GVO profitieren nachvertragliche Wettbewerbsverbote von der Freistellung unter anderem nur dann, wenn sie auf höchstens ein Jahr nach Beendigung der Vereinbarung begrenzt sind.

8.3.2.2.2 Kraftfahrzeugsektor

Im Kraftfahrzeugsektor können Vereinbarungen, die den Bezug, den Verkauf oder den Weiterverkauf von Kraftfahrzeugteilen oder Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen für Kraftfahrzeuge betreffen, nach der Verordnung (EU) Nr. 461/2010 („**Aftermarket-GVO**“) vom Kartellverbot freigestellt sein. Wettbewerbsverbote sind nach dieser Verordnung im Wesentlichen unter den oben genannten Voraussetzungen der Vertikal-GVO freigestellt. Freigestellt – und damit zulässig – wäre beispielsweise die Verpflichtung einer freien Werkstatt, für eine Dauer von höchstens fünf Jahren bestimmte Ersatzteile ausschließlich von einem

bestimmten Teilegroßhändler, dessen Marktanteil 30 % nicht übersteigt, zu beziehen.

8.4 Rechtsfolgen bei einem Verstoß gegen das Kartellverbot

Verstößt die Vereinbarung eines Wettbewerbsverbotes gegen das Kartellverbot, so ist die betroffene Vereinbarung nichtig. Eine Durchsetzung gegenüber dem Vertragspartner ist dann nicht mehr möglich.

Nur ausnahmsweise führt der Verstoß gegen das Kartellverbot nicht zur Nichtigkeit der Klausel. Dies ist der Fall, wenn eine an sich rechtswidrige Klausel auf ein zulässiges Maß reduziert werden kann. So kann beispielsweise ein überlanges Wettbewerbsverbot auf das zeitlich zulässige Maß zu beschränken sein. Im Gegensatz dazu können Wettbewerbsverbote, die in sachlicher Hinsicht zu weit gefasst sind, nach der Rechtsprechung nicht entsprechend reduziert werden. Ob ein geographisch zu weitgehendes Wettbewerbsverbot reduziert werden kann, wird in der Rechtsprechung uneinheitlich beantwortet.

Hiervon zu unterscheiden ist die Frage, ob – und inwieweit – sich die Unwirksamkeit der jeweiligen Klausel auf den Restvertrag auswirkt. Hier gilt grundsätzlich, dass der restliche Vertrag jedenfalls dann weiterhin Bestand haben kann, wenn der unwirksame Teil abtrennbar ist, der Vertrag ohne die unwirksame Klausel einen sinnvollen Restgehalt hat und das Festhalten an dem übrigen Vertrag dem hypothetischen Parteiwillen entspricht.

Neben der Rechtsfolge der Unwirksamkeit können die Kartellbehörden Bußgelder gegen natürliche Personen sowie gegen die Unternehmensträger verhängen. Bei natürlichen Personen beträgt die Höchstgrenze EUR 1 Mio., Unternehmensbußgelder können bis zu 10 % des Gesamtumsatzes des Unternehmens betragen. Bußgelder spielen allerdings vor allem bei Hardcore-Kartellen wie Preisabsprachen und Gebietsaufteilungen eine große Rolle, weniger bei klassischen Wettbewerbsverboten. Dennoch sind sie natürlich nicht ausgeschlossen.

Schließlich können Verstöße gegen das Kartellrecht auch zu Schadensersatz- und Unterlassungsansprüchen des geschädigten Vertragspartners führen.

8.5 Fazit

Ebenso wie ein Vertrag ist auch die Beurteilung von Wettbewerbsverboten vielschichtig und komplex. Ob ein Wettbewerbsverbot daher zu Euren Gunsten oder Euren Lasten vereinbart werden darf, muss letztlich für jeden Einzelfall beantwortet werden. Eine wertvolle Orientierungshilfe bieten hierzu die in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze sowie – soweit anwendbar – die Gruppenfreistellungsverordnungen und ihre Leitlinien.

Gerade jungen Unternehmen wird häufig keine andere Wahl bleiben, als Wettbewerbsverbote zu ihren Lasten zu akzeptieren. Dennoch lohnt es sich, zunächst eine Selbsteinschätzung vornehmen zu können, um so in eine stärkere Verhandlungsposition zu gelangen. Darüber hinaus kann so vermieden werden, dass ein Wettbewerbsverbot aufgrund seiner Nichtigkeit nicht durchsetzbar ist oder zu Bußgeldern und Schadensersatzansprüchen führt.



Dr. Benjamin Monheim LL.M.
Rechtsanwalt
Innere Kanalstr. 15 50823 Köln
T +49 (0) 221 5108 4178
E benjamin.monheim@osborneclarke.de

9 Frühphasenfinanzierung des Start-ups durch einen Investor

9.1 Einführung: Notwendigkeit der Frühphasenfinanzierung

Viele junge und ambitionierte Unternehmen werden zwangsläufig mit den eigenen (finanziellen) Ressourcen schnell an ihre Grenzen stoßen. Um das Wachstum des Start-ups zu beschleunigen und dem Tempo des Wettbewerbs Schritt halten zu können, müssen Mitarbeiter eingestellt und Investitionen getätigt werden, die das Start-up mit den zur Verfügung stehenden Mitteln aus Eigenkapital der Gründer und ersten Umsätzen nicht bewältigen kann. Insofern drängt sich in vielen Fällen recht zeitnah die Notwendigkeit auf, sich mit einer (Fremd-) Finanzierung auseinander zu setzen. Banken werden dem Start-up in den meisten Fällen kein Kapital in Form von Krediten zur Verfügung stellen, da von dem Start-up und den Gründern keine hinreichenden Sicherheiten geboten werden können.

Aus diesem Grunde sollten sich Start-ups und Gründer sehr intensiv mit der Frage beschäftigen, ob eine Finanzierung durch Wagniskapitalgeber (Venture Capitalisten) im Frühphasenbereich in Frage kommt.

9.2 Basics zur Finanzierungsrunde, oder: wie kommt das Investment in die Gesellschaft?

Gründer und junge Unternehmer, die auf der Suche nach einem Investment sind, stellen sich immer wieder die Frage, wie eigentlich die Finanzspritze des Investors



in die Gesellschaft fließt. Hierbei gehen Gründer häufig von dem Trugschluss aus, dass das neue Kapital als Gegenleistung für die Übertragung von vorhandenen Geschäftsanteilen geleistet wird. Dem ist jedoch in aller Regel nicht so:

9.2.1 Gegenleistung für neu zu schaffende Geschäftsanteile

Entgegen einer weit verbreiteten Ansicht, zahlt der Investor sein Investment nicht als Gegenleistung für die Übertragung von vorhandenen Geschäftsanteilen. Würde er dies tun, müsste er die Gegenleistung an die Person(en) leisten, die ihm die Anteile übertragen: Die Gründer! Auch wenn dies für die Gründer attraktiv erscheinen mag, findet man diese Strukturierung bei (fast) keiner Finanzierungsrunde, da dies dem Grundgedanken der Unternehmensfinanzierung widerspricht.

Der Investor möchte ja gerade nicht sein Geld an die Gründer persönlich ausschütten, sondern die Finanzierung zum Aufbau des weiteren Geschäftsbetriebs an die Gesellschaft leisten. Aus diesem Grunde wird das Investment stets als Gegenleistung für neu zu schaffende Geschäftsanteile an die Gesellschaft strukturiert.

9.2.2 Kapitalerhöhung

In einem ersten Schritt wird durch notariell zu beurkundenden Gesellschafterbeschluss der zu diesem Zeitpunkt vorhandenen Gesellschafter – üblicherweise also der Gründer – das Stammkapital der Gesellschaft erhöht. Die im Rahmen dieser Kapitalerhöhung neu geschaffenen Geschäftsanteile übernimmt der Investor.

Dabei ist der Betrag der Stammkapitalerhöhung und des dabei zu übernehmenden neuen Geschäftsanteils des Investors so zu bemessen, dass die vom Investor zu übernehmende Beteiligung die jeweils gewünschte prozentuale Beteiligungsquote erreicht. Soll etwa der Investor durch sein Investment bei einer mit einem Stammkapital von EUR 25.000,00 ausgestatteten GmbH eine Beteiligungsquote von 10 % erreichen, ist das Stammkapital um (gerundete; Geschäftsanteile müssen immer auf ganze Euros lauten) EUR 2.778,00 auf EUR 27.778,00 zu erhöhen. Der Inves-

tor übernimmt den oder die neu geschaffenen Geschäftsanteils zum Nennbetrag von insgesamt EUR 2.778,00 und hält somit 10 % des nunmehr EUR 27.778,00 betragenden Stammkapitals. Der Nennbetrag der von den Gründern gehaltenen Geschäftsanteile hat sich also durch diese Kapitalerhöhung nicht verändert, zugleich ist jedoch deren Beteiligungsquote geschmolzen („verwässert“). Betrug also z.B. die Beteiligungsquote eines Gründungsgesellschafters, der einen Geschäftsanteil von EUR 5.000,00 hält, vorher 20 %, hält nach Kapitalerhöhung dieser Gründungsgesellschafter nunmehr noch ca. 18 % des erhöhten Stammkapitals.

9.2.3 Gegenleistung: Das Investment

Als Gegenleistung für die Übernahme der neuen Geschäftsanteile leistet nun der Investor sein Investment. Dabei hat er zum einen den Nennbetrag der von ihm übernommenen Geschäftsanteile zu leisten; in unserem Beispiel also EUR 2.778,00.

Den darüber hinausgehenden Differenzbetrag zum zugesagten Gesamtinvestment leistet der Investor häufig entweder (i) als freiwillige Zuzahlung in die Kapitalrücklage der Gesellschaft oder (ii) durch Gewährung eines Darlehens an die Gesellschaft (Mezzanine-Beteiligung).

Soll in unserem Beispiel ein Gesamtinvestment in Höhe von EUR 500.000,00 geleistet werden, wird der Investor der Gesellschaft weitere EUR 497.222,00 (als Aufgeld oder Darlehen) gewähren. Während die als Alternative (i) genannte Zuzahlung in die Kapitalrücklage eine Eigenkapitalqualifizierung darstellt, ist das als Alternative (ii) genannte Darlehen – jedenfalls wenn es (wie üblicherweise vereinbart) mit einem Wandlungsrecht verbunden ist – zwischen Eigen- und Fremdkapital einzuordnen und wird deshalb als Mezzanine-Beteiligung bezeichnet. Das Wandlungsrecht ermöglicht es dem Investor, das gewährte Darlehen in einer späteren Finanzierungsrunde gegen neu zu schaffende Geschäftsanteile „einzutauschen“. Erst durch diese Wandlung wird aus dem als Fremdkapital gewährten Darlehen Eigenkapital der Gesellschaft. Insofern ist die Gesellschaft bis zu diesem Umwandlungsvorgang

dem Rückzahlungsanspruch aus dem gewährten Darlehen zum Rückzahlungsdatum ausgesetzt.

9.2.4 Höhe des Gesamtinvestments: Pre-Money Bewertung

Die Frage wie hoch das Gesamtinvestment des Investors ausgestaltet sein muss bzw. welche Beteiligungsquote er für sein eingesetztes Kapital erhält, hängt maßgeblich von der Pre-Money Bewertung der Gesellschaft bei der Finanzierungsrunde ab. Je höher die Pre-Money Bewertung ausfällt, umso geringer ist die Beteiligungsquote des Investors. In unserem Beispiel erhält der Investor für EUR 500.000,00 eine Beteiligung von 10 % am Unternehmen; damit beträgt hier die Pre-Money Bewertung der Gesellschaft EUR 4,5 Mio.

9.3 Beteiligungs- und Gesellschaftervereinbarung

Sollten sich das Start-up – bzw. die Gründer als deren aktuelle Gesellschafter – und der Investor auf das Investment – z.B. im vorgenannten Umfang bzw. zu der vorgenannten Pre-Money-Bewertung – einigen, wird das Investment durch eine sogenannte Beteiligungs- und Gesellschaftervereinbarung vertraglich fixiert. Diese Beteiligungs- und Gesellschaftervereinbarung ist durch notarielle Urkunde zwischen den Parteien (= Gründer als aktuelle Gesellschafter, Start-up und Investor) abzuschließen. Dabei besteht diese Vereinbarung aus zwei Hauptabschnitten (die auch in getrennten Urkunden abgeschlossen werden können): (i) der Beteiligungs- und der Gesellschaftervereinbarung.

9.3.1 Beteiligungsvereinbarung

9.3.1.1 Kapitalerhöhung und eigentliches Investment

In dem ersten Abschnitt der Beteiligungs- und Gesellschaftervereinbarung wird das eigentliche Investment vereinbart:

- Die aktuellen Gesellschafter (hier: die Gründer) verpflichten sich zur Schaffung neuer Geschäftsanteile im Rahmen einer Kapitalerhöhung; vgl. oben unter Ziffer 9.2.2).
- Der Investor verpflichtet sich zur Übernahme der neuen – im Rahmen der vorgenannten Kapitalerhöhung zu schaffenden – Geschäftsanteile.
- Daneben verpflichtet sich der Investor zur Zahlung des eigentlichen Investment (i) im Wege der freiwilligen Zuzahlung in die Kapitalrücklage der Gesellschaft oder (ii) durch Gewährung eines Darlehens an die Gesellschaft (Mezzanine-Beteiligung); vgl. oben unter Ziffer 9.2.3).

Der Umfang der im Rahmen der Kapitalerhöhung neu zu schaffenden und von dem Investor zu zeichnenden Geschäftsanteile und die Höhe des Investments werden von der Pre-Money-Bewertung bestimmt. Insofern wird hier auf die Ausführungen unter der Ziffer 9.2.4) ("Höhe des Gesamtinvestments: Pre-Money Bewertung ") verwiesen.

9.3.1.2 Meilensteine

Die auf die neu zu schaffenden Geschäftsanteile zu leistenden Einzahlungen in das Stammkapital sind immer sofort nach Fassung des entsprechenden Kapitalerhebungsbeschlusses zu leisten. Dieser Betrag stellt aber regelmäßig den deutlich kleineren Anteil des Gesamtinvestments dar; der Löwenanteil des Investments wird durch die freiwillige Zuzahlung oder – im Falle der Mezzanine-Beteiligung – durch die Gewährung eines Darlehens gewährt. Im oben genannten Beispiel entfällt auf das Stammkapital ein Betrag in Höhe von EUR 2.778,00 und auf die freiwillige Zuzahlung/das Darlehen ein Betrag in Höhe von EUR 497.222,00.

In vielen Fällen wird der Investor nicht bereit sein, diesen Hauptbetrag des Investments in vollem Umfang in einer Auszahlung zu leisten. Vielmehr wird der Investor seine Auszahlungen in kleinere Beträge aufteilen und nur sukzessive an das Start-up auszahlen wollen. Dies sichert dem Investor ein gewisses Maß an Kontrolle, ob sein Investment auch tatsächlich zielführend bei dem Start-up eingesetzt wird.

Insofern wird – wenn eine solche Tranchenzahlung vorgesehen werden soll – in der Beteiligungsvereinbarung die Erfüllung bestimmter Meilensteine als Auszahlungsbedingung für die jeweiligen Tranchen vereinbart. Bei der Festlegung der einzelnen Meilensteine ist eine sehr umfassende Bandbreite denkbar: von der Anknüpfung an feste Kalenderdaten über die Erreichung bestimmter Umsatzziele oder anderer Unternehmenskennzahlen oder die Erreichung definierter Entwicklungsstufen im Geschäftsmodell des Start-ups. Bei allem Ehrgeiz, den die Gründer und das Start-up bei der Festlegung unternehmerischer Ziele an den Tag legen sollten, sollte bei der Vereinbarung und Festlegung der Meilensteine keine überambitionierte Herangehensweise gewählt werden. Sollte nämlich ein Meilenstein nicht erreicht werden, ist der Investor zur Auszahlung der entsprechenden Tranche (evtl. sogar der nachfolgenden Tranchen) nicht mehr verpflichtet. Da der Investor aber bereits vorab üblicherweise sämtliche von ihm im Rahmen der Finanzierungsrunde zu übernehmenden Geschäftsanteile an dem Start-ups gezeichnet hat, führt das Nichterreichen eines Meilensteins (zunächst) faktisch zu einer Nachbewertung der Finanzierungsrunde zu einer für das Start-up und die Gründer schlechteren Pre-Money-Bewertung als zunächst gewollt. In den meisten Fällen wird es zwar gelingen, auch bei Nichterreichen eines Meilensteins den Investor doch zur Zahlung der entsprechenden Tranche zu überzeugen, jedoch ist dies immer mit einem entsprechenden (Nach-) Verhandlungsaufwand verbunden, den sich der Investor ggf. mit entsprechenden Zugeständnissen "vergolden" lassen wird und eine Verpflichtung des Investors hierzu besteht gerade nicht.

9.3.1.3 Garantien

Üblicherweise wird der Investor von dem Start-up aber vor allem von den Gründern einen ganzen Katalog von Garantien einfordern. Diese umfasst üblicherweise die sogenannten "good title" Garantien, bei denen die Gründer versichern, dass Ihnen die gehaltenen Geschäftsanteile an dem Start-up auch tatsächlich gehören und dass die genannte Gesellschafterstruktur zutreffend ist. Daneben werden ganz regelmäßig Garantien zum Geschäftsbetrieb und vor allem zu den "core assets" des Start-ups verlangt. Bei den "core assets" ist von den Gründern und dem Start-up vor allem auch zu garantieren, dass das Start-up über die für den Geschäftsbetrieb erforderlichen Schutzrechte verfügt. Aller spätestens an dieser Stelle sollte sich das Start-up mit der Frage beschäftigen, ob bzgl. der Schutzrechte eine saubere und lückenlose Entstehung oder Übertragung auf das Start-Up erfolgt ist.

Sollte eine der abgegebenen Garantien falsch sein, steht dem Investor ein entsprechender Garantieanspruch gegenüber den Garantiegebern – also in den meisten Fällen auch gegenüber den Gründern persönlich – zu. Nicht zuletzt aus diesem Grunde muss den Gründern und dem Start-up dringend angeraten werden, höchste Sorgfalt darauf zu verwenden, ob die geforderten Garantien "ohne Bauchschmerzen" abgegeben werden können oder ob hier Entschärfungen verhandelt und vorgenommen werden sollten. Auch bei der Frage, wie ein Garantieanspruch inhaltlich ausgestaltet wird, sind weitreichende Einschränkungen (z.B. im Hinblick auf die Garantiesumme aber auch die Verjährung) möglich, die die Gründer in die Vereinbarung hinein verhandeln sollten.

9.3.2 Gesellschaftervereinbarung

In dem zweiten großen Abschnitt der Beteiligungs- und Gesellschaftervereinbarung werden vor allem die Pflichten und Rechte der Gründer und des Investors jeweils als Gesellschafter zueinander geregelt. Wie oben bereits beschrieben, wird der Investor Gesellschafter an dem Start-up. Hierfür zahlt er ein Investment an das Start-up. Jedoch wird er in den allermeisten Fällen nur als sogenannter Minder-

heitsgesellschafter in den Gesellschafterkreis aufgenommen; im oben beschriebenen Beispiel wird der Gesellschafter (nur) zu 10 % an dem Start-up beteiligt. Diese Minderheitsbeteiligung würde in den meisten Fällen dazu führen, dass sich der Investor dem Willen der Gründer – die ja die übrigen 90 % an dem Start-up halten – unterwerfen müsste. Hierzu ist der Investor vor dem Hintergrund des finanziellen Commitments, welches er gegenüber dem Start-up eingeht, nicht bereit. Daneben sind die Interessen bzw. die Beteiligungsperspektiven zwischen den Gründern auf der einen und dem Investor auf der anderen Seite in den meisten Fällen nicht identisch. Aus diesen Gründen enthält der Abschnitt Gesellschaftervereinbarung umfassende Regelungen zu Sonderrechten des Investors und Sonderpflichten der Gründer.

Wer einen Investor in den eigenen Gesellschafterkreis einladen möchte, muss wissen, dass der Investor immer den Verkauf des Unternehmens anstrebt und dies in einem Zeitraum von vier bis sechs Jahren nach seinem Einstieg. Der Investor gibt Kapital, um dem Unternehmen zu Wachstum zu verhelfen, um es dann mit einer großen Rendite zu verkaufen. Da der Investor in einer sehr frühen Phase der unternehmerischen Entwicklung investiert, ist das Ausfallrisiko (also die Insolvenz des Unternehmens, in das investiert wurde) groß. Andere verkaufte Beteiligungen des Investors müssen daher eine überproportional große Rendite erwirtschaften. Gewinnausschüttungen wird der Investor selten zulassen, denn alles soll dem Wachstum und der Expansion des Unternehmens dienen.

Damit der Investor sein Interesse an einem erfolgreichen Verkauf des Unternehmens bestmöglich absichern kann, hat die Venture Capital/Finanzierungs-Branche in den vergangenen Jahren eine Reihe von rechtlichen Schutzmechanismen entwickelt, die typisch für Gesellschaftervereinbarungen mit einem Investor sind:

9.3.2.1 Vesting

Der Investor investiert nicht nur in die Idee und deren operative und technische Umsetzung, sondern auch in das Know-how der Gründer. Essentiell ist daher, dass

die Gründer aktiv im Unternehmen mitarbeiten, so dass der Investor die gesellschaftsrechtliche Beteiligung der Gründer am Unternehmen an deren operative Tätigkeit für das Unternehmen knüpft (das sog. Vesting).

Verlässt einer der Gründer vor Ablauf einer festgelegten Zeitperiode (in der Regel zwei bis vier Jahre) das Unternehmen, gleich aus welchem Grund, wird er Geschäftsanteile abgeben müssen (z.B. für jeden Monat des Ausscheidens vor Ablauf eines dreijährigen Vestings 1/36). Gerade bei sehr jungen Unternehmen wird oft zusätzlich ein so genanntes „Cliff“ vereinbart, das besagt, dass der Gründer innerhalb z.B. des ersten Jahres bei Ausscheiden immer alle seine Geschäftsanteile verliert. Die Frage wie viele Geschäftsanteile dem Vesting unterliegen ist meistens vom Alter des Unternehmens abhängig; letztlich aber natürlich eine reine Verhandlungssache zwischen Gründern und dem Investor. Dem Gründer kann hier ein Freibetrag gewährt werden, so dass ein Teil der Geschäftsanteile nicht vom Vesting betroffen ist. Der Kaufpreis (oder die Abfindung), den der Gründer für die abzugebenden Geschäftsanteile erhalten soll, richtet sich oft nach dem Grund des Ausscheidens (Bad oder Good Leaver) und variiert zwischen Buch- und Verkehrswert; gelegentlich sogar nur der Nominalwert.

9.3.2.2 Tag along

Das Mitveräußerungsrecht (Tag Along) ermöglicht es dem Investor (vielfach aber auch allen übrigen Gesellschaftern), sich an einen verkaufenden Mitgesellschafter "dranzuhängen". Möchte ein Mitgesellschafter seine Geschäftsanteile an einen dritten Erwerber veräußern, haben die übrigen Gesellschafter das Recht, sich diesem Verkauf zu gleichen Konditionen anzuschließen. Der dritte Erwerber müsste dann sämtliche ihm angebotenen Geschäftsanteile erwerben. Kann oder will er dies nicht, käme z.B. der Verkauf von Geschäftsanteilen der verkaufswilligen Gesellschafter pro rata im Verhältnis ihrer Beteiligung am Stammkapital der Gesellschaft in Betracht, um den Kaufwunsch des Dritten zu bedienen.

9.3.2.3 Drag Along

Die Mitveräußerungspflicht (Drag Along), also das Recht eines Gesellschafters andere "mitzuziehen" ist ein klassisches Investorenrecht. Hierbei wird dem Investor ermöglicht, dass er im Fall des eigenen Verkaufswunsches andere Mitgesellschafter verpflichten kann, auch ihre Geschäftsanteile an einen dritten Erwerber zu veräußern. In der Praxis wird dieses Recht häufig davon abhängig gemacht, dass sich neben dem Investor eine Reihe weiterer Gesellschafter zu diesem Verkauf positiv entschließen oder aber eine bestimmte Mindestbewertung der Gesellschaft erzielt wird. Nach einer gewissen Zeit der Beteiligung eines Investors kann die Situation eintreten, dass dieser sich von seinem Portfoliunternehmen trennen muss, da z.B. die Laufzeit des Investment-Fonds endet. Der Investor muss also verkaufen können und möchte dies natürlich bestmöglich tun. Da sich eine Mehrheitsbeteiligung (oder gar ein Vollverkauf) fast immer besser verkauft als eine Minderheitsbeteiligung, wird es dem Investor daher wichtig sein, auch nach einigen Jahren unabhängig von der Frage einer Bewertung der Gesellschaft oder der Mitwirkung einer bestimmten Gesellschaftergruppe auch Anteile anderer Mitgesellschafter verkaufen zu können.

9.3.2.4 Liquidation Preference

Die Liquidationspräferenz (oder auch der Erlösvorzug) dient dem Schutz des Investors vor allem vor einem schlechten Verkauf des Unternehmens (dem Exit). Ein Beispiel soll dies verdeutlichen. Ein Investor investiert EUR 1 Mio. Die Idee des Unternehmens erweist sich als nicht umsetzbar, so dass das Unternehmen kurze Zeit später wieder liquidiert wird. Zu diesem Zeitpunkt finden sich noch Barmittel in Höhe von EUR 1 Mio. im Unternehmen. Bei einer Beteiligungsquote des VC von 10 % würden diese Barmittel zu 10 % an den Investor und zu 90 % an die übrigen Gesellschafter (hier: Gründer) verteilt. Ein gutes Geschäft für die übrigen Gesellschafter, nicht aber im Interesse des Investors. Der Investor wird daher vereinbaren, dass er aus dem Erlös, der bei einem Verkauf oder bei einer Liquidation des Start-ups erzielt wird, zunächst vorrangig sein eigenes Investment zurückbekommt und der verbleibende Erlös sodann pro rata an alle Gesellschafter (mit oder ohne Inves-

tor je nach Verhandlungserfolg) verteilt wird. Dies ermöglicht es dem Investor, dass er bei einem schlechten Verkauf oder bei einer Liquidation des Unternehmens jedenfalls einen Großteil seines Investments zurückerhält.

9.3.2.5 Anti Dilution Protection

Da der Investor in einer frühen Phase der unternehmerischen Entwicklung investiert, unterliegt er einem hohen Risiko, sich in der Bewertung und der Entwicklung der Gesellschaft getäuscht zu haben. Da ein Folgeinvestor einen „Wissensvorsprung“ durch die Weiterentwicklung des Unternehmens hat, möchte der Investor sich dieses Wissen ebenfalls zunutze machen und vereinbart, dass seine ursprünglich vereinbarte Bewertung an eine in einer Folgerunde niedrigere Bewertung anzupassen ist. Der Investor wird also so gestellt, als ob er sich auf der Basis der niedrigeren Bewertung der Anschlussfinanzierung beteiligt hätte und erhält zum Ausgleich weitere Geschäftsanteile am Unternehmen.

9.3.2.6 Zustimmungs-/Vetorechte des Investors

Üblicherweise wird der Investor einen Katalog von zustimmungsbedürftigen Geschäftsführungsmaßnahmen fordern. Die Vornahme der genannten Geschäftsführungsmaßnahmen wird dann von der Zustimmung des Investors abhängig gemacht.

Da – wie oben beschrieben – der Investor üblicherweise nur eine Minderheitsbeteiligung an der Gesellschaft hält, wird er bei den meisten Mehrheitsbeschlüssen überstimbar sein. Für bestimmte wichtige Gesellschafterbeschlüsse wird der Investor sich Vetorechte vorbehalten. Die entsprechenden Gesellschafterbeschlüsse können also nicht gegen die Zustimmung des Investors gefasst werden.

9.3.2.7 Allgemeines

Die vorstehenden Darstellungen bzgl. denkbarer Regelungen der Gesellschaftervereinbarung dienen lediglich dem Überblick und sind keinesfalls abschließend. Bei

allen Regelungen gibt es zahlreiche Varianten, die sich freundlicher aus Sicht des Investors oder der Gründer darstellen und verhandelbar sind.



Nico Just LL.M.
Rechtsanwalt
Innere Kanalstr. 15 50823 Köln
T +49 (0) 221 5108 4190
E nico.just@osborneclarke.de

10 Fusionskontrolle

10.1 Einleitung

Gerade vor dem Eintritt in den Markt und während der ersten Jahre der Geschäftstätigkeit sind viele Unternehmen auf die finanzielle Unterstützung eines Investors angewiesen. Als Gegenleistung erwirbt der Investor in der Regel Geschäftsanteile sowie die Möglichkeit, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des unterstützten Unternehmens auszuüben. Solche Finanzierungsrunden müssen unter bestimmten Voraussetzungen bei einer Kartellbehörde angemeldet werden und dürfen erst nach entsprechender Freigabe oder nach Ablauf einer gesetzlichen Untersagungsfrist vollzogen werden.

Die gesetzliche Verpflichtung zur Anmeldung solcher Zusammenschlüsse ist selbst vielen Investoren nicht bekannt und mag überraschen, da die Fusionskontrolle als Teil des nationalen und internationalen Kartellrechts üblicherweise vor allem mit größeren Unternehmen in Verbindung gebracht wird. Dennoch kann eine Anmeldepflicht schon dann bestehen, wenn sich Investoren einer bestimmten Größe auch nur kurzfristig an einem jungen Unternehmen beteiligen. Wird die Anmeldepflicht von den beteiligten Unternehmen nicht beachtet, können empfindliche Sanktionen drohen. Diese können durch eine rechtzeitige Anmeldung vermieden werden.



10.2 Anmeldepflicht: Unter welchen Voraussetzungen ist ein Vorhaben anzumelden?

Finanzierungsrunden sind grundsätzlich immer dann anzumelden, wenn ein Zusammenschlusstatbestand erfüllt ist und gleichzeitig bestimmte Umsatzschwellen überschritten werden.

10.2.1 Zusammenschlusstatbestand

Bei Venture Capital (VC)-Finanzierungen sind in der Regel der Zusammenschlusstatbestand des Anteilserwerbs oder des Kontrollerwerbs erfüllt:

Ein **Anteilserwerb** liegt immer dann vor, wenn der Investor mindestens 25 % oder mindestens 50 % des Kapitals oder der Stimmrechte Eures Unternehmens erwirbt. Dabei sind Anteile, die dem Investor bereits gehören, mit einzurechnen. Erwirbt der Investor beispielsweise erstmals Anteile in Höhe von 30 %, und in einer zweiten Runde weitere 30 %, so verwirklicht er in jeder der beiden Finanzierungsrunden den Zusammenschlusstatbestand des Anteilserwerbs. Die erste Voraussetzung für eine Anmeldepflicht ist dann erfüllt.

Unabhängig von der Höhe des zu erwerbenden Anteils lässt sich der Investor häufig bestimmte **Kontrollrechte** einräumen, welche die Möglichkeit gewähren, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit Eures Unternehmens auszuüben und den sachgerechten Einsatz der gewährten Finanzierung sicherzustellen. In diesem Fall ist der Zusammenschlusstatbestand des Kontrollerwerbs erfüllt, und zwar unabhängig von den erworbenen Anteilen. Dies gilt schon, wenn der Investor in die Lage versetzt wird, bestimmte geschäftswesentliche Entscheidungen zu blockieren. Nicht erforderlich ist, dass er Entscheidungen positiv beeinflussen kann. In Betracht kommen vor allem Kontrollrechte in Bezug auf das Jahresbudget, den Geschäftsplan, größere Investitionen sowie die Besetzung der Unternehmensleitung.

10.2.2 Umsatzschwellen

Liegt demnach ein Zusammenschlusstatbestand vor, ist das Vorhaben grundsätzlich anmeldepflichtig, wenn für das zuletzt abgeschlossene Jahr

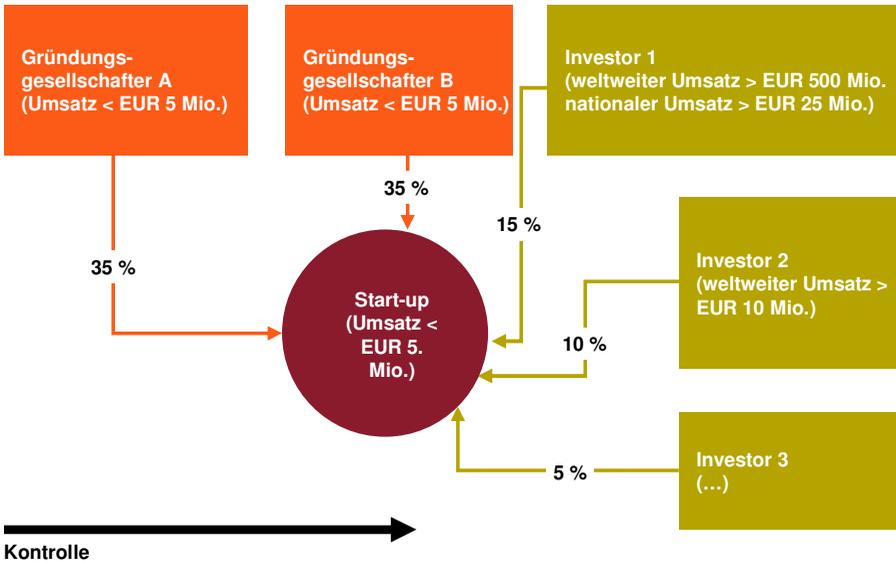
- die weltweiten Umsatzerlöse aller Beteiligten zusammen mehr als EUR 500 Mio. betragen
- die deutschen Umsatzerlöse mindestens eines Beteiligten mehr als EUR 25 Mio. betragen **und**
- die deutschen Umsatzerlöse mindestens eines anderen Beteiligten mehr als EUR 5 Mio. betragen.

Als „Beteiligte“ eines Anteils- oder Kontrollerwerbs gelten dabei Euer Unternehmen sowie die Investoren, die einen der oben genannten Zusammenschlusstatbestände verwirklichen. Zu berücksichtigen sind die Gesamtumsatzerlöse aus dem letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr der Beteiligten. Dabei sind nicht nur die Umsatzerlöse der Beteiligten selbst, sondern auch die ihrer verbundenen Unternehmen zu berücksichtigen. Hierzu zählen alle abhängigen oder herrschenden Unternehmen, also vor allem alle mehrheitlich verbundenen Unternehmen sowie solche, die ein beteiligtes Unternehmen kontrollieren oder von diesem kontrolliert werden.

Oft werden die ersten beiden Umsatzschwellen bereits durch den Investor und seine verbundenen Unternehmen überschritten. Grundsätzlich besteht eine Anmeldepflicht daher schon dann, wenn Euer Unternehmen Umsatzerlöse von mehr als EUR 5 Mio. erzielt. Soweit dies nicht der Fall ist, ist das Vorhaben in der Regel dann anmeldepflichtig, wenn sich ein zweiter (Side)Investor an Eurem Unternehmen beteiligt, welcher Umsatzerlöse von mehr als EUR 5 Mio. erzielt.

Nach Anmeldung des Vorhabens prüft die Kartellbehörde, ob durch den Zusammenschluss der Investoren mit Eurem Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt werden kann. Dies wird regelmäßig nicht der Fall sein, da gerade junge Unternehmen üblicherweise keine oder nur geringe Marktanteile

halten. Die Kartellbehörde gibt das Vorhaben dann meist binnen eines Monats nach Anmeldung frei, so dass es vollzogen werden kann.



10.3 Gibt es Ausnahmen von der Anmeldepflicht?

Auch wenn die unter Ziffer 8.2 genannten Voraussetzungen vorliegen, ist ein Vorhaben ausnahmsweise dann nicht anmeldepflichtig, wenn es nur einen Beteiligten gibt, der im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr Umsatzerlöse von weltweit mehr als EUR 10 Mio. erzielte. Zu berücksichtigen ist auch hier der Konzernumsatz der beteiligten Unternehmen. Nach der Praxis der deutschen Kartellbehörde – dem Bundeskartellamt („BKartA“) – ist diese Ausnahme dann nicht anwendbar, wenn der zweite Investor oder Euer Unternehmen bereits von einem anderen Unternehmen mit Umsatzerlösen von weltweit mehr als EUR 10 Mio. kontrolliert wird.

Ohne Bedeutung ist, in welchen Staaten die beteiligten Unternehmen ihren Sitz haben. Hingegen bedarf es keiner Anmeldung, wenn die Transaktion den deutschen Markt nicht betrifft, also die beteiligten Unternehmen ihre Waren oder Dienstleistungen nicht in Deutschland anbieten.

Sofern die Beteiligten auch über Deutschland hinaus tätig sind, können Anmeldepflichten in weiteren Staaten bestehen. Diese beurteilen sich nach dem jeweiligen Kartellrecht der einzelnen Staaten. In manchen Fällen – die jedoch für das VC-Geschäft eher untypisch sind – ist statt des Bundeskartellamtes die EU-Kommission als europäische Kartellbehörde für die Fusionskontrolle zuständig.

10.4 Zeitplanung: Wann sollte ein Vorhaben angemeldet werden?

Nach Eingang einer vollständigen Anmeldung hat das BKartA zunächst einen Monat Zeit, das Vorhaben freizugeben oder – bei schwierigen Sachverhalten – in ein Hauptprüfverfahren einzutreten. Unbedenkliche Vorhaben werden regelmäßig innerhalb dieser Frist freigegeben. Die Beteiligten sollten das Vorhaben daher spätestens einen Monat vor dem beabsichtigten Vollzug anmelden lassen.

Zusätzlich sollte Zeit eingeplant werden, um die Anmeldung erstellen zu lassen und die hierfür relevanten Informationen zusammenzustellen. Je nach Komplexität des Vorhabens sind dazu mindestens ein bis drei Wochen erforderlich. Im Idealfall sollten Ihr die Anmeldepflicht daher schon frühzeitig während der Vertragsverhandlungen berücksichtigen, um den Vollzug des Vorhabens nicht unnötig aufschieben zu müssen.

10.5 Welche Informationen sind für eine Anmeldung erforderlich?

Um eine Anmeldung möglichst zügig erstellen zu können, solltet Ihr und die Investoren vor allem folgende Informationen vorbereitet haben:

- Erläuterung des Zusammenschlusses sowie Angabe der Umsatzerlöse der Beteiligten (wie oben erläutert)
- Übersicht zu allen verbundenen Unternehmen der Beteiligten
- Beschreibung der Tätigkeit Eures Unternehmens sowie allgemeine Beschreibung der betroffenen Märkte (unter Angabe des Gesamtmarktvolumens, der wichtigsten Wettbewerber und deren Marktanteilen bzw. Konzernumsätzen) und
- Beschreibung der Tätigkeit der Investoren bzw. der mit diesen verbundenen Unternehmen, soweit diese auf den gleichen oder benachbarten Märkten wie Euer Unternehmen tätig sind.

10.6 Ist ein Vollzug vor Freigabe möglich?

Ein Zusammenschluss darf erst dann vollzogen werden, wenn er freigegeben wurde (sog. Vollzugsverbot). Es ist daher nicht zulässig, Anteile an einem Unternehmen vor Freigabe des anmeldepflichtigen Vorhabens zu übertragen oder Kontrollrechte einzuräumen.

Rechtsgeschäfte, die gegen das Vollzugsverbot verstoßen, sind grundsätzlich schwebend unwirksam, d.h. sie werden erst dann (rückwirkend) wirksam, wenn das Vorhaben freigegeben wird. Zudem stellen derartige Verstöße eine bußgeldbewehrte Ordnungswidrigkeit dar.

Um Kauf- und Übereignungsverträge bereits vor Freigabe und ohne Verstoß gegen das Vollzugsverbot schließen zu können, sollten diese mit einer Fusionskontroll-

klausel versehen werden, wonach die Wirksamkeit des Vorhabens unter der aufschiebenden Bedingung steht, dass eine Freigabe erteilt wird.

10.7 Welche Kosten entstehen und wer muss diese tragen?

Die Anmeldung kontrollpflichtiger Zusammenschlüsse ist gebührenpflichtig. Die Höhe der Verwaltungsgebühr bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Kartellbehörde unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Zusammenschlusses. Bei wettbewerbsrechtlich unproblematischen Fällen setzt das BKartA häufig Gebühren im unteren bis mittleren vierstelligen Bereich fest. Hinzu kommen ggf. Kosten für die Erstellung der Anmeldung durch einen Rechtsanwalt.

Schuldner der Gebühr des BKartA sind die beteiligten Unternehmen, also grundsätzlich die Investoren und Euer Unternehmen. Häufig werden die gesamten Kosten als Teil der Finanzierungsrunde angesetzt bzw. direkt durch die Investoren übernommen, welche die Anmeldepflicht auslösen. Dies solltet Ihr mit den Investoren frühzeitig abstimmen.

10.8 Mögliche Folgen bei einem Verstoß gegen die Anmeldepflicht

Gerade im Bereich von VC-Finanzierungen ist den beteiligten Unternehmen mitunter nicht bewusst, dass Zusammenschlussvorhaben vor ihrem Vollzug anmeldepflichtig sein können. Es kommt daher vor, dass anmeldepflichtige Vorhaben ohne die erforderliche Freigabe des Bundeskartellamtes vollzogen werden und damit gegen das Vollzugsverbot verstoßen wird.

In einem solchen Fall drohen Bußgelder gegen die beteiligten Unternehmen und / oder gegen die verantwortlichen Personen in Höhe von bis zu EUR 1 Mio. Bei Unternehmen kann das Bußgeld sogar bis zu 10 % des Gesamtumsatzes betragen. Zudem sind die gegen das Vollzugsverbot verstößenden Rechtsgeschäfts grundsätzlich unwirksam.

Bisher hat das Bundeskartellamt nur in wenigen Fällen eine Geldbuße gegen Unternehmen wegen Missachtung des Vollzugsverbots verhängt. Betroffen waren dabei insbesondere solche Zusammenschlüsse, die zur Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung geführt haben. Im Bereich von VC-Finanzierungen ist dies jedoch regelmäßig nicht der Fall, weil das finanzierte Unternehmen häufig nur geringe Marktanteile hat oder der Investor nicht auf demselben Markt tätig ist. Bußgelder können allerdings auch dann verhängt werden, wenn Unternehmen bewusst oder wiederholt gegen das Vollzugsverbot verstoßen.

Aus dem Verstoß gegen das Kartellrecht folgt auch die (schwebende) Unwirksamkeit bestimmter Rechtsgeschäfte. Davon erfasst wäre beispielsweise die Übertragung von Anteilen und Kontrollrechten an den Investor. Beschlüsse, die unter bestimmender Mitwirkung des Investors zustande kommen, wären ggf. anfechtbar oder sogar nichtig.

10.9 Was sollte nach einem Verstoß gegen das Vollzugsverbot unternommen werden?

Aus Unternehmenssicht stellt sich bei versäumter Anmeldung die Frage, ob diese beim Bundeskartellamt noch nachgeholt werden kann, um so drohende Sanktionen zu vermeiden. Nach der heutigen Verwaltungspraxis des Amtes können bereits vollzogene Zusammenschlussvorhaben nicht mehr „angemeldet“, aber noch „angezeigt“ werden. Zu einer solchen Anzeige sind die Unternehmen stets nach Vollzug eines Zusammenschlusses verpflichtet.

Das Bundeskartellamt prüft dann, ob durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt worden ist. Da dies bei Seed- und Early-Stage-Investitionen grundsätzlich nicht der Fall ist, wird das Amt das Verfahren sodann einstellen und dies den beteiligten Unternehmen mitteilen.

Ob eine Anzeige des Vollzugs erforderlich und sinnvoll ist, sollte für jeden Einzelfall geklärt werden. Beispielsweise ist nicht jeder Zusammenschluss überhaupt anmel-

depflichtig, so dass unter bestimmten Umständen schon kein Verstoß gegen das Vollzugsverbot vorliegt. Eine Anzeige gegenüber der Kartellbehörde ist dann nicht erforderlich.

Soweit allerdings ein Verstoß gegen das Vollzugsverbot feststeht, ist eine Anzeige in der Regel auch sinnvoll, weil das Bundeskartellamt das „Nachtatverhalten“ der Beteiligten auch bei der Bemessung eines etwaigen Bußgeldes berücksichtigt. Aus dem gleichen Grund sollte der Anzeigepflicht nach Entdeckung des Verstoßes möglichst schnell nachgekommen werden. Zudem ist auch der Verstoß gegen die Anzeigepflicht selbst bußgeldbewehrt. Und nicht zuletzt kann nur so die Unwirksamkeit der betroffenen Rechtsgeschäfte vermieden werden.

10.10 Fazit

Das Erfordernis einer kartellrechtlichen Anmeldung wird gerade im Bereich der VC-Finanzierung häufig übersehen oder erst spät berücksichtigt. Um die beschriebenen rechtlichen Schwierigkeiten zu vermeiden, solltet Ihr zusammen mit den Investoren bereits zu Beginn der Verhandlungen klären, ob eine Anmeldepflicht in Deutschland oder weiteren Staaten besteht. Je frühzeitiger diese Prüfung erfolgt, desto schneller kann das Vorhaben letztlich vollzogen werden.

Soweit jedoch bereits gegen das Vollzugsverbot verstoßen wurde, empfiehlt sich regelmäßig die Anzeige des Verstoßes gegenüber dem Bundeskartellamt. Eine unverzügliche Kooperation kann wesentlich dazu beitragen, dass die Kartellbehörde gerade bei Seed- und Early-Stage-Investitionen von der Verhängung eines Bußgeldes absieht. Zudem werden die Beteiligten nur so ihrer Pflicht zu Anzeige des Vollzugs von Zusammenschlussvorhaben gerecht.



Dr. Judith Nink
Rechtsanwältin
Innere Kanalstr. 15 50823 Köln
T +49 (0) 221 5108 4160
E judith.nink@osborneclarke.de

11 Haftung für fremden Content

11.1 Einführung

Nutzer oder User dürfen auf vielen Plattformen in unterschiedlichster Art und Weise und Umfang Content einstellen. Von Internetauktionsplattformen, elektronischen Marktplätzen über Bewertungsplattformen für Produkte bis hin zu User-Kommentaren, Bewertungen von Dienstleistungen oder der Integration von Social Plug-Ins. Die Möglichkeiten der interaktiven Einbindung des Users bei der Nutzung einer Plattform sind vielfältig. Ebenso vielfältig ist der User-Content selbst. Von legalen Produktangeboten, sachlichen und konstruktiven Kommentaren bis hin zu Plagiaten, verbotenen Produkten, Beschimpfungen, Diskreditierungen und gezielten Hetzkampagnen findet sich so ziemlich alles im Netz. Rechtsverletzungen im User-Content finden sich immer wieder. Kaum ein Geschäftsmodell kann sich davor schützen.

Welche Risiken geht Ihr als Plattform-Betreiber dadurch ein, dass Ihr User einbezieht und ihnen eine Plattform für das Anbieten von rechtswidrigen Produkten oder die Abgabe rechtsverletzender Kommentare gibt? Und wie könnt Ihr Euch vor Abmahnungen und Gerichtsverfahren schützen? Mit den nachfolgenden Ausführungen wollen wir diese Fragen beantworten.

11.2 Was ist fremder Content?

Eigener und fremder Content wird rechtlich unterschiedlich behandelt. Für eigenen Content seid Ihr selbst verantwortlich und haftet daher bei Rechtsverletzungen voll, insbesondere auch auf Schadensersatz. Dagegen seid Ihr als Plattformbetreiber für fremden Content nur bedingt verantwortlich. Daher haftet Ihr für fremden Content unter engeren Voraussetzungen und dann auch in erster Linie nur auf Beseitigung des Contents und künftige Unterlassung. Schadensersatz kann von Euch viel seltener und nur unter strengeren Voraussetzungen gefordert werden. Daher ist es wichtig, vorab zu prüfen, ob es sich bei dem Content um Euren eigenen oder fremden Content handelt.

Als eigenen Content sieht die Rechtsprechung sowohl selbst geschaffene als auch solche Informationen an, die Ihr Euch als Plattformbetreiber „zu Eigen gemacht“ habt. Dies bewertet die Rechtsprechung nach der Sichtweise eines verständigen Internetnutzers. Lädt ein User selbst Content auf Eure Plattform, handelt es sich meistens um für Euch fremden Content, wenn dieser von Euch ungeprüft automatisch veröffentlicht wird. Erfolgt dagegen z.B. vor Veröffentlichung auf der Plattform eine redaktionelle Vorabprüfung im Hinblick auf Vollständigkeit und Richtigkeit des Contents durch Euch, macht Ihr Euch den Content „zu Eigen“. Zu Eigen gemachte Inhalte können aber z.B. auch dann vorliegen, wenn User-Kommentare und Bewertungen objektiv betrachtet nicht als Kommentare von Usern erkennbar sind. Zu Eigen gemachter Content heißt für Euch, dass Ihr behandelt werdet, als ob es Eurer eigener Content wäre. Für diesen seid Ihr voll verantwortlich und müsst Euch um die Rechtmäßigkeit und Richtigkeit kümmern.

11.3 Rechtsverletzungen in User-Content

Eine Haftung erfolgt grundsätzlich nur für rechtswidrigen Content. Handelt es sich aber um fremden Content, kommt eine Haftung nur dann in Frage, wenn der Content rechtswidrig ist.

Wann aber ist Content überhaupt rechtswidrig?

Das ist beispielsweise dann der Fall, wenn es sich um Fälschungen, Raubkopien, jugendgefährdende, rassistische oder pornografische Inhalte, unwahre Tatsachenbehauptungen, Beleidigungen, Schmähungen, herabsetzende Äußerungen oder auch Gewaltverherrlichungen und rechtsradikale Tendenzen handelt. Juristisch bewegt man sich dabei im Rahmen von Marken- und Urheberrechtsverletzungen, Jugendschutz, der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, den Tatbeständen der Kreditgefährdung, der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung, und bei Werturteilen dem Eingriff in den Gewerbebetrieb. Content kann auch strafrechtliche Relevanz haben, wenn er z.B. beleidigend, verleumdend, volksverhetzend, gewaltverherrlichend ist.

Während bei Produkten eine Beurteilung der Rechtsverletzung meist leichter feststellbar ist und eher davon abhängt, ob man die Rechtsverletzung auch optisch erkennen kann (Fälschung, Raubkopie etc.), ist dies bei User-Kommentaren und Bewertungen deutlich schwieriger. Ob eine Rechtsverletzung durch den Kommentar des Users erfolgt, hängt immer von den Umständen des jeweiligen Einzelfalles ab und lässt sich nicht pauschalisieren.

11.4 Grundlagen der Haftung für rechtswidrigen fremden Content

Rechtsfolge einer Haftung für rechtswidrigen User-Content ist für Euch als Plattformbetreiber vor allem die Löschung des Contents, die künftige Unterlassung der Veröffentlichung solches rechtswidrigen Contents, sowie unter ganz engen Voraussetzungen auch Schadensersatz.

11.4.1 Notice und Take-Down

Weil der rechtswidrige Content vom User kommt, unterschätzen Plattformbetreiber häufig ihre eigene Haftung. Praktisch werden aber meistens zuerst die Plattformbetreiber auf Beseitigung und Unterlassung in Anspruch genommen, da diese für den

Betroffenen leichter greifbar sind und sie auch die tatsächlichen Möglichkeiten zur Beseitigung der Rechtsverletzung haben.

Dieses Vorgehen wird vom Gesetzgeber und der Rechtsprechung unterstützt: Das Recht sieht die Inanspruchnahme des Plattformbetreibers, insbesondere auf Beseitigung und Unterlassung vor, weil er den Usern ein Forum für die Rechtsverletzungen bietet und dadurch Rechtsverletzungen erst ermöglicht. Da dieser Beitrag zur Rechtsverletzung aber im Vergleich zu dem des Users ein geringer ist, haftet Ihr als Plattform-Betreiber nur unter bestimmten Voraussetzungen, nämlich der Kenntnis der Rechtsverletzung und dem Verstoß gegen zumutbare Prüfpflichten.

11.4.1.1 Positive Kenntnis der Rechtsverletzung

Damit Ihr als Plattformbetreiber in Anspruch genommen werden könnt, ist es erforderlich, dass Ihr positive Kenntnis von der Rechtsverletzung habt. Diese könnt Ihr beispielsweise durch eine Abmahnung oder auch dadurch erlangen, dass Ihr den rechtswidrigen Content selbst entdeckt.

Sobald Ihr als Plattform-Betreiber von dem rechtsverletzenden Content Kenntnis erlangt, müsst Ihr schnell handeln. Dabei solltet Ihr in einem ersten Schritt sofort überprüfen, ob der Content bereits auf den ersten Blick rechtsverletzende Inhalte enthält. Könnt Ihr selbst nicht eindeutig erkennen, ob eine Rechtsverletzung vorliegt, solltet Ihr den entsprechenden User-Content sicherheitshalber rechtlich überprüfen lassen. Kommt Ihr dagegen zu dem Ergebnis, dass der jeweilige User-Content eine Rechtsverletzung enthält, müsst Ihr den betroffenen Content sofort löschen.

11.4.1.2 Zumutbare Prüfpflichten

Ab Kenntnis von der Rechtsverletzung müsst Ihr als Plattform-Betreiber unbedingt tätig werden.

Je nach Art und Ausgestaltung Eures Geschäftsmodells seid Ihr verpflichtet, nun aktiv selbst nach gleichem und unter Umständen auch ähnlichem rechtsverletzendem User-Content zu suchen und diesen dann wiederum umgehend zu löschen.

Die Art und der Umfang der Überprüfung des User-Contents richten sich allein nach den konkreten wirtschaftlichen und tatsächlichen Verhältnissen Eurer Plattform. Berücksichtigt wurden durch die Rechtsprechung bislang z.B. Gewinnorientierung, Umsatz, Mitarbeiter, Größe, Zahl der User, Produkteinstellungen, Kommentarzahlen, etc. Das bedeutet, dass Euch je nach Einzelfall manuelle Kontrollen zumutbar sein können, in anderen Fällen dagegen der Einsatz automatischer Filter ausreicht. Je weniger Kommentare aber täglich abgegeben werden desto eher können Euch manuelle Prüfpflichten zumutbar sein (denn 10 Bewertungen am Tag können einfacher durchgesehen werden als 10.000).

11.4.1.3 Verstoß gegen Lösch- und Prüfpflichten

Zusammen mit der Abmahnung fordert der Verletzte fast immer den Plattform-Betreiber auf, eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abzugeben. Gebt Ihr als Plattform-Betreiber diese ab, haftet Ihr bei jedem Verstoß gegen die Unterlassungserklärung auf eine empfindliche Geldstrafe. Ein Verstoß liegt immer dann vor, wenn Ihr Euren Prüfpflichten (soweit individuell zumutbar) und Löschpflichten nicht nachkommt.

Gebt Ihr die Unterlassungserklärung nicht ab, wird der Verletzte häufig im Rahmen eines gerichtlichen einstweiligen Verfügungsverfahrens versuchen, einen Unterlassungstitel gegen Euch zu erlangen. Ist ein solcher (berechtigter) Titel in der Welt, wird jeder Verstoß mit einem hohen Ordnungsgeld geahndet.

11.4.2 Relevanz für Start-ups

Das vorstehend erläuterte Notice und Take-Down-Verfahren kommt für Euch als Plattform-Betreiber aber nur dann zur Anwendung, wenn der User-Content aus der

Sicht Dritter erkennbar „fremder“ Content ist. Sobald es sich um eigenen oder auch „zu Eigen gemachten“-Content handelt, findet das Notice und Take-Down-Verfahren, das Euch als Plattform-Betreiber privilegiert, keine Anwendung. Ihr haftet dann unmittelbar auf Löschung und Unterlassung, ohne dass es auf die Kenntnis und den Verstoß gegen zumutbare Prüfpflichten ankäme. Bei vorsätzlicher oder fahrlässiger Rechtsverletzung haftet Ihr in diesem Fall auch auf Schadensersatz.

11.5 Unsere Empfehlung

Bereits bei der Ausgestaltung Eurer Plattform solltet Ihr die komplexe Thematik der Abgrenzung von fremden und zu Eigen gemachten Inhalten im Blickfeld haben: Ihr solltet die Plattform derart ausgestalten, dass User-Content nach außen erkennbar User-Content bleibt und Ihr Euch den Content auch nicht durch redaktionelle Überprüfung zu Eigen macht.

Habt Ihr erst einmal eine berechtigte Abmahnung erhalten, so ist das Kind meist schon in den Brunnen gefallen. Neben den Kosten für die Abmahnung, die Ihr in aller Regel tragen müsst, ebenso wie unter Umständen auch die Kosten für ein gerichtliches Verfahren, besteht für Euch vor allem das Risiko von hohen Geldstrafen und Ordnungsgelder bei weiteren Verstößen.

Daher solltet Ihr als Plattform-Betreiber Abmahnungen zuvorkommen, indem Ihr Bereiche, in denen der User auf der Plattform Content einstellen kann, routinemäßig überprüft und offensichtlich rechtswidrige Inhalte sofort löscht. Je nach Größe Eurer Plattform könnt Ihr z.B. Scouts stichprobenartig nach rechtswidrigem Content suchen lassen oder auch automatisierte Filter einsetzen.

Zudem empfehlen wir beispielsweise die Aufnahme von Regeln zur Äußerung durch User. Dies kann z.B. in Form einer Netiquette oder auch innerhalb von Allgemeinen Geschäftsbedingungen geschehen. Zeichnet sich ein User wiederholtermaßen dadurch aus, dass er gegen diese Kommunikationsregeln verstößt, solltet Ihr ihn von der Plattform-Nutzung ausschließen.



Tim Alexander Rupp
Rechtsanwalt
Innere Kanalstr. 15 50823 Köln
T +49 (0) 221 5108 4160
E tim.rupp@osborneclarke.de

12 Allgemeine Geschäftsbedingungen

12.1 Grundlagen

Der Begriff Allgemeine Geschäftsbedingungen bzw. vielmehr die Abkürzung AGB geistern allgegenwärtig überall dort umher, wo es um die rechtlichen Fragen und Grundlagen einer Unternehmensgründung geht. In besonderem Maße gilt dies im Bereich der Online-Plattformen.

Es ist auch allgemein bekannt, dass jedes Unternehmen AGB hat und dass man solche haben sollte. Allerdings zeigt sich immer wieder, dass nicht allen Unternehmen bewusst ist, welche Vor- und Nachteile sie mit sich bringen, welche Anforderungen an die Ausgestaltung zu stellen sind und wie die AGB letztlich Bestandteil der abgeschlossenen Verträge werden.

Vielfach werden AGB schlichtweg als lästige Pflicht empfunden, die man eben erfüllen muss, weil rechtliche Regeln das vorschreiben und weil alle anderen Unternehmen auch welche haben. Dass man diese dann obendrein dem Kunden bzw. User irgendwie zugänglich machen muss und den Kunden bzw. User auch noch damit behelligen muss, diese irgendwie zu akzeptieren, führt nach dem Empfinden der Unternehmer ohne irgendeinen anderen Nutzen nur zu einer katastrophalen Conversion Rate und sollte am besten irgendwie ohne großen Aufwand umgangen werden.

Aus diesem Grund wollen wir Euch in der gebotenen Kürze erläutern, wie AGB rechtlich einzuordnen sind, welche Vor- und Nachteile sie bringen, welchen Nutzen sie für Euch haben und dass es Mittel und Wege gibt, diese zu verwenden, ohne dass man dadurch wegen unzähliger lästiger E-Mails an Kunden und abzuhakender Checkboxes die Hälfte der potenziellen Kunden verliert.

12.1.1 Was sind Allgemeine Geschäftsbedingungen eigentlich (rechtlich)?

Die Grundlage jeglicher geschäftlicher Betätigung unabhängig von Geschäftsmodell, Produkt oder Dienstleistung sind Verträge. Sei es mit den Nutzern einer Online-Plattform, mit Kooperations- oder Vertriebspartnern, mit Lieferanten oder mit den Abnehmern des angebotenen Produkts oder der angebotenen Dienstleistung, keine geschäftliche Beziehung kommt ohne Verträge aus.

Verträgen und ihrem Abschluss liegt in der Rechtsordnung ein gewisses Verständnis vom Verhältnis der an dem Vertrag beteiligten Parteien zugrunde.

Im Grundsatz geht die Rechtsordnung davon aus, dass sich beide Vertragsparteien bei den Verhandlungen und beim Abschluss des Vertrages gleichberechtigt gegenüber stehen und den Inhalt des Vertrages, der die geschäftliche Beziehung zwischen den Parteien regelt, gemeinsam im Rahmen der Privatautonomie festlegen. Lediglich ergänzend zum auf diese Weise zum Ausdruck kommenden Parteiwillen sollte das ausgewogene Gesetzesrecht gelten.

Nicht erst im Rahmen Eurer unternehmerischen Tätigkeit dürftet Ihr bereits mehrfach die Erfahrung gemacht haben, dass dieses Verständnis auf den rechtsgeschäftlichen Alltag und die Art und Weise, wie Tag für Tag Verträge geschlossen werden, nicht mehr zutrifft. Massenproduktion, Massenkonsum und die massenhafte Inanspruchnahme von Werk- und Dienstleistungen haben dazu geführt, dass sich für die immer wiederkehrenden Vertragstypen immer wiederkehrende Vertragswerke etabliert haben, die von den Anbietern der entsprechenden Leistungen standardisiert immer wieder verwendet werden, ohne dass diese vertraglichen Re-

gelingen für Verhandlungen zur Disposition gestellt wurden. Es hat sich sozusagen ein „selbst geschaffenes Recht der Wirtschaft“ entwickelt, bei dem der Vertragsinhalt typischerweise eben nicht mehr von den Vertragsparteien in gleichberechtigten Verhandlungen festgelegt wird, sondern dieser einseitig vom Anbieter bestimmt wird. Dieser Verschiebung des Gleichgewichts zwischen den Parteien musste das Gesetz Rechnung tragen, weshalb in der Folge die gesetzlichen Regelungen entstanden sind, die heute für die Verwendung von AGB maßgeblich sind.

Entsprechend dieser Entwicklung sind AGB nach der gesetzlichen Definition in § 305 BGB für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (der Verwender der AGB) der anderen Partei bei Abschluss eines Vertrages stellt.

Abweichend vom ursprünglichen Verständnis eines Vertrages wird der Vertragsinhalt von einer Partei einseitig festgelegt und steht gerade nicht für Verhandlungen zur Disposition.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass für die Qualifizierung eines Vertragswerks als AGB im Sinne dieser gesetzlichen Definition nicht Voraussetzung ist, dass die AGB auch tatsächlich bereits für eine Vielzahl von Verträgen verwendet wurden. Selbst die erstmalige Verwendung genügt, um das Vertragswerk als AGB zu qualifizieren, wenn dieses mit dem Ziel erstellt wurde, diese Regelungen für eine Vielzahl von Verträgen zu verwenden, um den Inhalt gerade nicht immer wieder zum Gegenstand von Verhandlungen machen zu müssen. Das bedeutet, dass Ihr bereits bei der erstmaligen Verwendung Eurer AGB den gesetzlichen Vorschriften über AGB und deren Verwendung unterliegt, wenn diese mit dem Ziel erstellt wurden, sie künftig für eine Vielzahl der von Euch abzuschließenden Verträge zu verwenden.

12.1.2 Was fällt alles unter den Begriff AGB?

Die oben dargestellte Definition macht deutlich, dass unter den Begriff „AGB“ nicht bloß die Nutzungsbedingungen, die unter irgendeinem versteckten Link irgendwo auf einer Website stehen, zu verstehen sind. Unter diese Definition und damit unter die entsprechenden gesetzlichen Regelungen fällt jede Art von Vertrag, der mit dem Ziel erstellt wurde, immer wieder verwendet zu werden, und damit auch jeder Muster-Kaufvertrag, jeder immer wieder verwendete Lizenzvertrag, jede Standard-Kooperationsvereinbarung, jede Muster-Verschwiegenheitsvereinbarung..., also kurz gesagt: jedes Regelwerk, das Ihr erstellt, um damit immer wiederkehrende geschäftliche Beziehungen zu verschiedenen Vertragspartnern zu regeln.

Maßgeblich ist also, dass der Inhalt grundsätzlich nicht zur Disposition gestellt wird, sondern von Euch als Vertragsinhalt vorgegeben wird.

12.1.3 Relevanz und Bedeutung für die unternehmerische Tätigkeit des Start-up-Unternehmens

Aus den vorstehenden Ausführungen wird ersichtlich, dass AGB unabhängig vom Geschäftsmodell, den angebotenen Produkten oder Dienstleistungen und unabhängig von Anzahl und wirtschaftlichen wie rechtlichen Merkmalen der potenziellen Vertragspartner für die unternehmerische Tätigkeit des Start-up-Unternehmens von erheblicher Relevanz und Bedeutung sind.

Denn letztlich wird natürlich auch für Euch gelten, dass eine geschäftliche Tätigkeit ohne den Abschluss von Verträgen nicht denkbar ist. Und in aller Regel werdet Ihr die Nutzung Eurer Online-Plattform, den Verkauf Eurer Produkte, die Erbringung Eurer Dienstleistungen und alle weiteren rechtlich wie kommerziell aufkommenden Fragen nicht mit jedem einzelnen Vertragspartner neu verhandeln und in einem neuen Vertrag festhalten wollen. Es ist eher davon auszugehen, dass Ihr Nutzungsbedingungen auf Eure Online-Plattform stellt oder einen vorformulierten

Standardvertrag als Grundlage des Vertragsschlusses vorlegt, und damit seid Ihr automatisch Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

Und damit stellen Eure AGB – in welcher Form auch immer – die Grundlage Eurer gesamten unternehmerischen Tätigkeit dar, sie regeln die für Euch sowie Euren Vertragspartner entstehenden Ansprüche, Pflichten, Risiken und alle weiteren rechtlichen wie kommerziellen Fragen, die sich im Laufe einer Geschäftsbeziehung stellen können. Die AGB spiegeln Euer Geschäftsmodell wieder, sie monetarisieren Eure Idee und Euer Konzept und sie sichern Euch vor ungewollter Haftung ab.

Allgemeine Geschäftsbedingungen, die auf Eure Tätigkeit und die sich hierbei ergebenden rechtlichen und kommerziellen Fragen angepasst sind, sind für Euch aus diesen Gründen unverzichtbar.

12.2 Vorteile und Nachteile

Damit steht fest, dass es abgesehen davon, dass irgendwie alle AGB haben, einige andere gute Gründe gibt, sorgfältig auf Euch abgestimmte AGB zu verwenden.

Allerdings unterliegen AGB und ihre Verwendung im Hinblick auf die bereits dargestellte Verschiebung des Gleichgewichts zwischen den Vertragsparteien bei der Verwendung von AGB bestimmten gesetzlichen Regelungen. Diese legen dem Verwender von AGB gewisse Pflichten auf, die unbedingt beachtet und erfüllt werden müssen, um erhebliche nachteilige Konsequenzen zu vermeiden.

Von Nachteilen im eigentlichen Sinne kann man – bei Beachtung der gesetzlichen Vorschriften – bei diesen Pflichten noch nicht einmal sprechen, so dass die Verwendung von sorgfältig angepassten AGB in jedem Fall zu empfehlen ist.

12.2.1 Vorteile der Verwendung von AGB

Aus dem Wesensmerkmal der AGB, dass sie von ihrem Verwender einseitig als (feststehender) Vertragsinhalt vorgegeben werden, ergeben sich für den Verwender eine Reihe von Vorteilen:

So vereinfacht die Verwendung von AGB Eure Geschäftsabwicklung erheblich, da Ihr nicht für jeden einzelnen Vertragspartner neue Verträge entwerfen müsst bzw. Euch jedes Mal erneut mit dem Vertragsentwurf Eures Vertragspartners auseinandersetzen müsst. Eure AGB sind im besten Fall optimal auf Eure Ziele abgestimmt, so dass Ihr damit bestens vertraut seid und sie bei jedem neuen Vertragspartner ungeprüft verwenden und Euch darauf verlassen könnt, dass sie Eure Interessen bestmöglich berücksichtigen.

Zudem sind in Euren AGB bestimmte Punkte, die nach dem sonst anwendbaren Recht nicht zweifelsfrei geklärt sind, bereits zu Euren Gunsten berücksichtigt. Fälle dieser Art sind durchaus denkbar, denn selbst wenn der Gesetzgeber ständig tätig ist und neue Gesetze erlässt oder bestehende Gesetze anpasst, wird er mit der gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und vor allen Dingen technischen Weiterentwicklung nicht Schritt halten können. Aus diesem Grund ist es gerade für Unternehmen aus dem digitalen Wirtschaftssektor sehr ratsam, eventuelle Zweifelsfälle in AGB zu regeln und sich nicht darauf zu verlassen, dass der Gesetzgeber oder die Gerichte für diese Fragen irgendwann eine angemessene Lösung finden.

Einer der bedeutendsten Vorteile der Verwendung von AGB resultiert wiederum aus der Tatsache, dass der Verwender diese einseitig als Vertragsinhalt vorgibt. Auf diesem Wege habt Ihr als Verwender von AGB nämlich die Möglichkeit, gewisse Risiken, die im Rahmen jeder Geschäftsbeziehung entstehen, auf Euren Vertragspartner abzuwälzen bzw. zumindest auf Eurer Seite über das eigentlich vom Gesetz vorgesehene Maß hinaus zu begrenzen. Seien es Dauer und Umfang Eurer Gewährleistungspflicht, Mitwirkungs- und Sorgfaltspflichten oder schlichtweg eine Begrenzung Eurer allgemeinen Haftung im Falle von Schadensersatzansprüchen,

AGB bieten zahlreiche Möglichkeiten, diese Risiken zu Euren Gunsten zu beeinflussen.

12.2.2 Einschränkungen bei der Verwendung von AGB

Die Verwendung von AGB greift – wie mehrfach angedeutet – in das vom Gesetz an sich vorgesehene Gleichgewicht zwischen den an einem Vertrag beteiligten Parteien ein. Im Grundsatz ist diese Verschiebung des Gleichgewichts mit Blick auf die Erfordernisse des sich ständig weiterentwickelnden Wirtschaftsverkehrs von der Rechtsordnung geduldet, wenn nicht sogar gewünscht.

Allerdings müssen der Verschiebung dieses Gleichgewichts gewisse Grenzen gesetzt werden, wenn der Markt und der im Markt stattfindende Austausch von Leistungen fair und damit langfristig überlebensfähig bleiben soll. Aus sich heraus wird der Markt nicht dazu in der Lage sein, diesen Maßstab einzuhalten. Überließe man die auf dem Markt Tätigen ohne jegliche rechtliche Schranken sich selbst und ihren wirtschaftlichen Interessen, wäre von der für einen funktionierenden Wettbewerb zwingend erforderlichen Vertragsgerechtigkeit wohl innerhalb kürzester Zeit nichts mehr übrig. Aus diesem Grund regeln bestimmte gesetzliche Vorschriften die an AGB und ihre Verwendung zu stellenden Anforderungen und sorgen so dafür, dass unangemessene Benachteiligungen derjenigen, die mit den Verwendern von AGB Verträge schließen, vermieden werden.

Werden die aus dem Vertrag resultierenden Risiken zu stark auf den Vertragspartner des Verwenders abgewälzt, resultiert das in unangemessenen Benachteiligungen des Vertragspartners. Regelungen in AGB, die zu unangemessenen Benachteiligungen des Vertragspartners führen, sind daher nach den entsprechenden gesetzlichen Regelungen unwirksam. An deren Stelle kommt das ohne vertragliche Vereinbarung geltende Gesetz zur Anwendung.

Der Begriff der „unangemessenen Benachteiligung“ ist gesetzlich nicht definiert. Aus zahlreichen Gerichtsurteilen, die aufgrund von Streitigkeiten über AGB-

Klauseln ergangen sind, hat sich aber eine allgemeine Definition entwickelt. Danach liegt eine unangemessene Benachteiligung dann vor, wenn der Verwender der AGB durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zugestehen. Diese Definition ist so allgemein gehalten, dass es schwer fällt, an ihr ohne weiteres eine konkret in den AGB gewünschte Klausel zu messen. Allerdings hat sie so den Vorteil, auf eine nahezu unbegrenzte Anzahl von Fällen anwendbar zu sein. In der Rechtsprechung haben sich zahlreiche Fallbeispiele entwickelt, die ergänzend herangezogen werden können. Zudem gibt es gesetzliche Regelbeispiele, bei deren Vorliegen eine unangemessene Benachteiligung bejaht wird. Eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners liegt demnach u.a. vor, wenn die Klausel und ihre Auswirkungen mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelungen, von denen mit den AGB abgewichen wird, nicht zu vereinbaren sind und wenn wesentliche Rechte (des Vertragspartners) oder Pflichten (des Verwenders), die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so eingeschränkt werden, dass die Erreichung des Vertragszweckes gefährdet ist. Darüber hinaus gibt es weitere gesetzliche Regelbeispiele, auf die man im Einzelfall zurückgreifen kann, wobei diese bei Weitem nicht ausreichen, um alle denkbaren Konstellationen zu berücksichtigen.

Am Ende wird es immer eine Frage des Einzelfalls sein, bei der die Entscheidung über die Formulierung und das Ausmaß der gewünschten Regelung sinnvollerweise nach einer sorgfältigen rechtlichen Prüfung erfolgt.

Die Verwendung unwirksamer AGB-Klauseln führt darüber hinaus nicht nur zu deren Unwirksamkeit und der Geltung der gesetzlichen Vorschriften, sondern stellt in zahlreichen Anwendungsbereichen einen zur Abmahnung berechtigenden Umstand dar. Je nach Regelungsgegenstand der rechtswidrigen Klausel können Wettbewerber, betroffene Vertragspartner oder Verbraucherschutzorganisationen zur Abmahnung berechtigt sein. Eine solche Abmahnung ist immer mit unerwünschten Kosten und unangenehmem Aufwand verbunden.

Trotz der zu beachtenden Einschränkungen sind AGB ein sehr sinnvolles Mittel, um die gesamte geschäftliche Tätigkeit bis hin zur täglichen Alltagsarbeit erheblich zu vereinfachen und auf eine rechtlich sichere und zugleich auf die eigenen Ziele und Bedürfnisse zugeschnittene Grundlage zu stellen. Hierzu ist jedoch absolut unverzichtbar, dass die AGB individuell für das jeweilige Geschäftsmodell erstellt und an die Besonderheiten der jeweiligen Geschäftsidee angepasst sind.

12.3 Anforderungen an AGB und ihre Ausgestaltung

12.3.1 Transparenzgebot

Sämtliche gesetzlichen Vorschriften, die sich mit den bei der Verwendung von AGB zu beachtenden Vorgaben befassen, basieren u.a. auch auf dem sog. Transparenzgebot. Dieses besagt, dass AGB nicht unklar, unverständlich oder undurchschaubar sein dürfen. Sollten AGB diese Anforderungen nicht erfüllen, werden sie schon gar nicht wirksam in den Vertrag einbezogen, was dann letztlich zur Folge hat, dass Ihr Euch als Verwender der AGB nicht auf die darin enthaltenen Regelungen berufen könnt.

Um die Anforderungen des Transparenzgebotes zu erfüllen, müssen die AGB die Rechte und Pflichten Eures Vertragspartners in den AGB möglichst klar, einfach und präzise darstellen. Hierzu gehört auch, dass wirtschaftliche Nachteile oder Belastungen, die den Vertragspartner treffen können, so deutlich zu erkennen sind, wie dies den Umständen nach gefordert werden kann. Dies bedeutet letztlich, dass diese Aspekte zumindest nicht verschleiert werden dürfen.

Dies führt aber nicht dazu, dass Ihr als Verwender von AGB dazu verpflichtet seid, Euren Vertragspartner über alle Maßen über sämtliche Risiken und denkbaren Nachteile ausführlich zu belehren. Ohnehin aus dem Gesetz folgende Konsequenzen müsst Ihr weder zwingend in den AGB regeln noch müsst Ihr Euren Vertragspartner hierüber belehren. Auch seid Ihr nicht daran gehindert, unbestimmte Begriffe aus Gesetzen (z.B. „wichtiger Grund“) zu übernehmen.

Beurteilungsgrundlage für die Frage, ob die Klausel hinreichend klar und verständlich ist, ist nicht der flüchtige Betrachter, sondern der sog. „aufmerksame und sorgfältige Teilnehmer am Wirtschaftsverkehr“. Dies gibt Euch einen gewissen Spielraum bei der Ausgestaltung Eurer vertraglichen Regelwerke, da Ihr nicht gezwungen seid, diese für wirklich jedermann einfach und verständlich zu formulieren, sondern hierbei auch die Voraussetzungen und Eigenschaften berücksichtigen könnt, die von einem für Euch geeigneten Vertragspartner erwartet werden können (oder sogar sollten).

12.3.2 Gesetzliche Informationspflichten

Insbesondere im Fernabsatzrecht, d.h. wenn Eure Verträge mit Euren Vertragspartnern nicht im persönlichen Kontakt abgeschlossen werden, sondern – wie bei Start-ups sehr häufig – über Telekommunikationsmittel (insbesondere das Internet), gibt es einige gesetzliche Informationspflichten, die den Anbieter der entsprechenden Leistung treffen.

Diese alle an dieser Stelle aufzuführen, würde den Rahmen eines Überblicks sprengen. Beispielhaft sei nur die Verpflichtung genannt, den Vertragspartner rechtzeitig über die einzelnen Schritte des Vertragsschlusses zu informieren, d.h. der Vertragspartner muss im Detail wissen, durch welches Verhalten er eine für den Vertrag relevante rechtliche Handlung vollzieht (z.B. durch welchen Klick auf welchen Button er ein Angebot zur Registrierung abgibt). Da auf die AGB selbst vor dem Vertragsschluss zumindest ausdrücklich hingewiesen werden muss, damit diese einbezogen werden (hierzu später), ist es absolut sinnvoll wenn nicht notwendig, die entsprechenden Informationen ebenfalls in die AGB aufzunehmen, um alle Informationspflichten zu erfüllen. Allein dies macht es erforderlich, die AGB sehr genau auf das eigene Geschäftsmodell und dessen Umsetzung zuzuschneiden.



12.3.3 Individuelle Erstellung

Nicht nur der letzte Aspekt der vorstehenden Ziffer 11.3.2 zeigt, dass es absolut unerlässlich ist, die AGB immer individuell für die eigene geschäftliche Tätigkeit erstellen (oder zumindest anpassen) zu lassen.

Einerseits ist es – wie oben gezeigt – notwendig, die Eigenheiten (wie z.B. den genauen Verlauf des Vertragsschlusses) des Geschäftsmodells exakt abzubilden, um die gesetzlichen Pflichten zu erfüllen und eine Unwirksamkeit der AGB zu vermeiden.

Andererseits führt die Verwendung unzulässiger AGB dazu, dass Mitbewerber und Verbraucherschutzorganisationen zur Abmahnung berechtigt sind. Dies ist mit einfach zu vermeidenden Kosten und unnötigem Aufwand verbunden.

Und letztlich kann das bloße Kopieren fremder AGB eine Urheberrechtsverletzung darstellen, die ebenfalls in Abmahnungen und daher unnötigen Kosten enden kann.

Aus den vorgenannten Gründen ist es absolut unerlässlich, die zu verwendenden AGB entsprechend den Besonderheiten des eigenen Geschäftsmodells und den Einzelheiten von dessen tatsächlicher und rechtlicher Umsetzung individuell von einem Rechtsanwalt erstellen oder zumindest eine nach dem eigene Empfinden geeignete Vorlage entsprechend anpassen zu lassen.

12.4 Einbeziehung und (nachträgliche) Änderung von AGB

12.4.1 Einbeziehung von AGB

Damit AGB Bestandteil des zwischen Euch und Eurem Vertragspartner geschlossenen Vertrages sind und Ihr Euch auf die darin enthaltenen Regelungen berufen könnt, müssen diese wirksam in den Vertrag einbezogen werden. Denn es genügt nicht, nur hohe Anforderungen in inhaltlicher Hinsicht an die AGB zu stellen. Das ist

nur dann sinnvoll, wenn der Vertragspartner vor Vertragsschluss Kenntnis von diesem Inhalt erlangen kann. Ein Vertrag, von dessen Inhalt einer der Vertragspartner vorher keine Kenntnis nehmen kann, ist nicht mit den grundlegenden Vorstellungen vom Gleichgewicht der Vertragsparteien vereinbar.

Voraussetzung einer wirksamen Einbeziehung der AGB in den Vertrag ist zum einen ein ausdrücklicher Hinweis bei Vertragsschluss darauf, dass der Vertrag unter Geltung der AGB abgeschlossen werden soll, wobei ein Aushang am Ort des Vertragsschlusses genügt, wenn ein ausdrücklicher Hinweis nach den Umständen des Einzelfalles nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich ist. Zur letzten Konstellation gehören Vertragsschlüsse, die in der Regel ohne persönliche Beteiligung der Parteien und ohne ausdrückliche Erklärungen massenhaft geschlossen werden, wie z.B. der Erwerb von Waren an Automaten, die Benutzung eines Parkhauses oder Beförderungsverträge.

Im Internet hingegen wird immer ein ausdrücklicher Hinweis im Rahmen eines Links etc möglich sein. Je nach Ausgestaltung der Website und der auf dieser abzuschließende Verträge gibt es mannigfaltige Möglichkeiten, auf die AGB hinzuweisen und deren wirksame Einbeziehung sicherzustellen. Diese können wir an dieser Stelle nicht abschließend behandeln. Auch hier gilt es, eine für den Einzelfall optimierte Einbindungsmöglichkeit zu erarbeiten.

Zum anderen ist erforderlich, dass der Vertragspartner vor Vertragsschluss eine zumutbare Möglichkeit der Kenntnisnahme von den AGB hatte. Erfolgt der Vertragsschluss unter Anwesenden, muss der Verwender der AGB diese vorlegen oder deren Vorlage zumindest anbieten. Erfolgt ein den obigen Anforderungen entsprechender ausdrücklicher Hinweis, genügt es, wenn die AGB zur Vorlage bereitgehalten werden. Die Vorlage selbst ist dann nur auf Verlangen erforderlich. Bei einem Vertragsschluss unter Abwesenden ist eine Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme nur gegeben, wenn die AGB übersendet werden. Beim Vertragsschluss im Internet (der ja ebenfalls unter Abwesenden stattfindet, da die Parteien sich nicht am selben Ort gegenüber stehen), sind die Anforderungen an die zumutbare

Kenntnisnahme erfüllt, wenn die AGB über einen gut sichtbaren Link aufgerufen und ausgedruckt werden können. Ein unverständlicher Link, aus dem nicht hervorgeht, dass sich dahinter die AGB verbergen, genügt in diesem Zusammenhang nicht. Sind die AGB so ausgestaltet, dass dem Vertragspartner auch ohne die Möglichkeit zum Ausdruck eine kritische Prüfung möglich ist, genügt die bloße Einblendung ohne Druckmöglichkeit. Dies sind Fragen des Einzelfalles, wobei aber ohnehin davon auszugehen sein dürfte, dass es Euch nicht vor unüberwindbare technische oder tatsächliche Hindernisse stellt, im Zweifelsfall den sicheren Weg zu wählen und dem Nutzer die Möglichkeit zum Ausdruck zu geben.

Im Einzelfall wird sich auch hier immer eine ohne größere Probleme umsetzbare Lösung finden lassen.

12.4.2 (Nachträgliche) Änderung von AGB

Die von Euch verwendeten AGB (entweder in Form von „echten“ AGB oder in Form eines Mustervertrages o.ä.) stellen – wie oben dargestellt – die vertragliche Grundlage Eurer geschäftlichen Tätigkeit dar.

Bei geschäftlichen Beziehungen, die nicht bloß den einmaligen Austausch von Leistungen zum Gegenstand haben (wie z.B. Kaufvertrag, Vertrag über eine einmalig zu erbringende Dienstleistung etc.), sondern die Grundlage einer dauerhaften Beziehung sind (z.B. Nutzungsvertrag mit registrierten Nutzern einer Online-Plattform), stellt sich regelmäßig die Frage, wie diese AGB an Änderungen im Geschäftsmodell oder der wirtschaftlichen Ausrichtung, aber auch schlichtweg an die gemachten Erfahrungen so angepasst werden können, dass sie auch gegenüber den bereits bestehenden Vertragspartnern Geltung haben.

Da die AGB aber den bereits abgeschlossenen Vertrag darstellen, auf dessen Inhalt die Parteien sich – auch wenn er von Euch als Verwender vorgegeben wurde – durch Abschluss des Vertrages geeinigt haben, kann der Inhalt nicht ohne weiteres einseitig nachträglich geändert werden. Eine solche einseitige nachträgliche Ände-

rung würde dem grundlegenden rechtlichen Verständnis, dass Verträge so, wie sie abgeschlossen wurden, zu erfüllen sind und dass alle Parteien eines Vertrages grundsätzlich gleichberechtigt sind, widersprechen.

Aus diesem Grund gibt es bei einer beabsichtigten nachträglichen Änderung von AGB gewisse Voraussetzungen, die zu erfüllen sind, damit auch die Änderungen Bestandteil des Vertrages werden und gegenüber dem Vertragspartner Geltung besitzen.

Da die Änderung eines Vertrages genau wie sein Abschluss selbst einvernehmlich durch entsprechende Erklärungen der Parteien erfolgen muss, ist für die Änderung von AGB eine Änderungsvereinbarung erforderlich. Diese wird in der Regel darin liegen, dass dem Vertragspartner die beabsichtigten Änderungen zugänglich gemacht werden und der Vertragspartner diese annimmt.

Die Annahme der Änderungen durch den Vertragspartner muss dabei nicht ausdrücklich (und als Folge umfangreicher Verhandlungen) erfolgen, sondern kann unter bestimmten Voraussetzungen, die Ihr durch entsprechende tatsächliche Ausgestaltung des Ablaufs schaffen könnt, durchaus auch durch Schweigen oder schlüssiges Verhalten zustande kommen.

Erforderlich wird in jedem Fall – genauso wie bei der ursprünglichen Einbeziehung der AGB in den Vertrag – sein, dass dem Vertragspartner die beabsichtigten Änderungen bzw. die neue Version der AGB zugänglich gemacht wird (z.B. durch Zursenden per E-Mail) und der Vertragspartner die Möglichkeit erhält, der Geltung der neuen Version zu widersprechen.

Beispielhaft wollen wir diesen Prozess anhand der Änderung von AGB einer Online-Plattform erläutern:

Eine denkbare – und wohl auch die rechtlich sicherste – Vorgehensweise wäre es, dem Vertragspartner die neue Version unter Hinweis auf die Änderungen per E-Mail

zuzusenden, verbunden mit dem Hinweis, dass diese AGB nach Ablauf einer bestimmten (nicht zu knapp bemessenen) Frist gelten, wenn der Vertragspartner nicht innerhalb dieser Frist der Geltung widerspricht.

Dieser Mechanismus ist dann in den AGB an den entsprechenden Stellen zu verankern.

12.5 Fazit

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind ein sehr nützliches Mittel, die rechtliche, d.h. insbesondere die vertragliche Grundlage Eurer geschäftlichen Tätigkeit mit möglichst wenig Aufwand zu gestalten, inhaltlich aber möglichst günstige, vor allem risikominimierende Regelungen zu finden.

Trotz der rechtlichen Einschränkungen, die bei der Verwendung zu beachten sind, ist die Verwendung von AGB uneingeschränkt zu empfehlen. Bei entsprechender Beachtung erwachsen aus diesen Einschränkungen keine ins Gewicht fallenden Nachteile.

Um aus der Verwendung von AGB aber den vollen Nutzen zu ziehen, die diese potenziell bieten, ist es unerlässlich, die AGB immer individuell auf das eigene Geschäftsmodell angepasst zu erstellen, um die Besonderheiten herauszuarbeiten und sämtliche Risiken, die sich ggf. ergeben könnten, optimal zu erkennen und zu minimieren.



Dr. Stephanie Ostermann
Rechtsanwältin
Innere Kanalstr. 15 50823 Köln
T +49 (0) 221 5108 4168
E stephanie.ostermann@osborneclarke.de

13 Non-Disclosure-Agreements („NDA´s“)

13.1 Einführung

Das Hauptkapital von Start-ups ist ihre Geschäftsidee sowie ihr spezielles Know-How. Aus diesem Grund ist es besonders wichtig, dieses Geschäfts- und Betriebsgeheimnis (wirtschaftliche und technische Informationen) zu schützen und gegenüber Dritten geheim zu halten. Gleichwohl lässt es sich oft nicht vermeiden, diese schützenswerten Informationen zu offenbaren. Die Gefahr in dieses Dilemma zu geraten stellt sich für Euch Start-ups in der Regel erst-mals, wenn es um die Finanzierung Eurer Idee geht. Zu einem späteren Zeitpunkt stellt sich das Problem aber auch dann, wenn Ihr mit Wettbewerbern oder anderen Unternehmen eine Vertragsbeziehung eingeht beziehungsweise eingehen wollt. Bereits während der Vertragsanbahnung seid Ihr und Euer Gegenüber gezwungen, vertrauliche Informationen auszutauschen, um eine Entscheidung über die eigentliche Zusammenarbeit treffen zu können. Ihr offenbart also nicht nur vertrauliche Informationen, sondern Ihr empfangt auch welche.

Da vertrauliche Informationen, wie Ihr in diesem Kapitel erfahren werdet, durch das Gesetz nicht zufriedenstellend geschützt werden, erfordert der Austausch vertraulicher Informationen zwingend den Abschluss einer Geheimhaltungsvereinbarung (engl. Non-Disclosure-Agreement). Die Ausgestaltung eines NDA hängt dabei von

vielerlei Faktoren ab. So macht es beispielsweise einen Unterschied, ob Ihr die Partei seid, die vertraulichen Informationen offenbart oder ob Ihr die Partei seid, die vertrauliche Informationen empfängt. Ebenso ist bei der Ausgestaltung des NDA zu berücksichtigen, um welche Art vertraulicher Informationen es sich handelt.

In diesem Kapitel soll gezeigt werden, aus welchen Grundbausteinen ein NDA besteht und wie diese einzelnen Grundbausteine in der jeweiligen Situation ausgestaltet werden können, um Eure Interessen bestmöglich zu schützen.

13.2 Gesetzlicher Schutz vertraulicher Informationen

13.2.1 Strafrechtlicher Schutz

Nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) wird der Geheimnisverrat an Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen strafrechtlich geschützt, allerdings nur dann, wenn derjenige, der ihn (oder die ebenfalls geschützte Betriebsspionage sowie die Geheimnisverwertung) begeht, Beschäftigter ist und er die Information auf befugte Art und Weise erhalten hat.

13.2.2 Zivilrechtlicher Schutz

13.2.2.1 Nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)

Die Verletzung eines vom UWG geschützten Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses kann nicht nur strafrechtliche, sondern auch zivilrechtliche Folgen nach sich ziehen, sodass derjenige, der den Geheimnisverrat (Betriebsspionage oder Geheimnisverwertung) begeht, auch auf Schadensersatz haftet.

13.2.2.2 Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB)

Zudem besteht sowohl in der Phase der Vertragsanbahnung als auch in der Phase der Durchführung des Vertrags, ja sogar nach dessen Beendigung, eine Pflicht zur

Rücksichtnahme auf die schutzwürdigen Interessen der jeweils anderen Vertragspartei, bei deren Verletzung eine Schadensersatzpflicht entsteht. Dies setzt allerdings voraus, dass aus den Umständen des Einzelfalls der Wille der offenbarenden Vertragspartei zur vertraulichen Behandlung der übermittelten Informationen erkennbar ist und dies durch denjenigen, der die vertraulichen Informationen offenbart hat, bewiesen werden kann.

13.2.3 Zusammenfassung

Das Gesetz gewährt den Schutz vertraulicher Informationen. Allerdings ist dieser auf einen engen Bereich begrenzt oder muss im Einzelfall anhand einer Vertragsauslegung festgestellt und bewiesen werden. Aus diesem Grund und vor dem Hintergrund einer präventiven Warnfunktion sind demnach gute Gründe für den Abschluss eines NDA gegeben. Für den Fall, dass Ihr derjenige seid, der die vertraulichen Informationen offenbart, raten wir dringend dazu, einen NDA abzuschließen.

13.3 Vertraglicher Schutz vertraulicher Informationen

Bei einem NDA gilt, wie bei fast allen Verträgen, Vertragsfreiheit. Das bedeutet, dass die Parteien den Inhalt des NDA grundsätzlich frei bestimmen können. Dies ermöglicht das NDA der jeweiligen Situation entsprechend zu gestalten, vor allem im Hinblick auf die Rechtsfolgen. Allerdings müssen bei der Ausgestaltung des NDA folgende gesetzliche Grenzen eingehalten werden:

- Verbot der Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) und die Verpflichtung, die Gebote der Verkehrssitte zu beachten (§ 242 BGB). Diese Grenzen sind beispielsweise dann überschritten, wenn dem NDA so viele Informationen unterworfen werden, dass der Vertragspartner in seiner unternehmerischen Freiheit eingeschränkt ist.
- In den meisten Fällen wird es sich bei dem NDA um ein solches handeln, das nicht individuell vereinbart oder für den konkreten

Fall ohne Wiederverwertungsabsicht entworfen wurde, sondern von einer der beiden Parteien vorgelegt wird. Ein solches „vorformuliertes“ NDA stellt eine Allgemeine Geschäftsbedingung (AGB) dar, die nach dem deutschen Recht einem besonderen Kontrollmaßstab unterworfen ist (§§ 305 ff. BGB).

13.3.1 Notwendige Regelungspunkte eines NDA

Bevor Ihr Euch über die Ausgestaltung eines NDA Gedanken machen könnt, gilt es folgende Vorfrage zu beantworten:

Welche Partei offenbart vertrauliche Informationen, sprich welche Partei soll durch das NDA geschützt werden?

Seid Ihr die einzige Partei, die vertrauliche Informationen offenbart, so ist eine andere Gestaltungsvariante zu wählen, als wenn beide Parteien vertrauliche Informationen offenbaren oder Ihr gar diejenige Partei seid, der gegenüber vertrauliche Informationen offenbart werden.

Die offenbarende Partei möchte ihre vertraulichen Informationen bestmöglich schützen, den Vertragspartner so weit wie möglich binden und möglichst strenge Rechtsfolgen an eine Verletzung knüpfen. Die empfangende Partei dagegen möchte durch das NDA kein zu hohes Risiko eingehen und demnach nur solche Pflichten eingehen, die sie auch erfüllen kann. Zudem hat sie ein Interesse daran, keine oder nur sehr geringe Rechtsfolgen an eine Verletzung zu knüpfen.

13.3.1.1 Gegenstand des NDA

Für die Parteien eines NDA ist von erheblicher Bedeutung, bei welchen Informationen es sich um vertrauliche Informationen handelt und bei welchen nicht.

13.3.1.1.1 Was sind vertrauliche Informationen?

Auch an dieser Stelle werden die widerstreitenden Interessen der Parteien deutlich:

Die offenbarende Partei hat ein Interesse daran, dass möglichst viele Informationen als vertraulich behandelt werden. Das Interesse der empfangenden Partei dagegen geht dahin, dass möglichst wenige Informationen als vertraulich behandelt werden und diejenigen, die vertraulich sein sollen, eindeutig als solche erkannt werden können. Dies kann dadurch erfolgen, dass nur solche Informationen in den Schutzbereich des NDA aufgenommen werden, die durch einen Vermerk als vertraulich gekennzeichnet sind.

Eine derartige Regelung entspricht allerdings nicht den Bedürfnissen der die vertraulichen Informationen offenbarenden Partei. Sie verlangt der offenbarenden Partei ein hohes Maß an Aufmerksamkeit ab, da die Informationen, die nicht mit einem Vermerk versehen sind, nicht vertraulich sind und damit nicht dem Anwendungsbereich des NDA unterfallen.

Allerdings ist zu beachten, dass eine so genannte „unbegrenzte Blanko-Verpflichtung“, bei der alle Informationen - unabhängig von ihrem Inhalt und ihrer Geheimniswürdigkeit - als vertrauliche Informationen behandelt werden, kartellrechtlich unzulässig ist und auch einer AGB-rechtlichen Prüfung nicht standhalten würde.

Vielmehr empfiehlt es sich, solche Informationen als vertraulich zu behandeln, die im Rahmen des dem NDA zugrunde liegenden Projekts oder der dem NDA zugrunde liegenden (angehen-den) Vertragsbeziehung offenbart werden und die eine vernünftige Person als vertraulich ansehen würde.

13.3.1.1.2 Was sind keine vertraulichen Informationen?

Neben der positiven Regelung, was vertrauliche Informationen sind, sollte das NDA auch eine Regelung darüber enthalten, was keine vertraulichen Informationen sind.

Nicht als vertraulich sollten solche Informationen behandelt werden, die nach Vertragsbeendigung offenbart werden. Auch keine vertraulichen Informationen sind solche, die auf normalem Weg allgemein verfügbar sind oder mithilfe berechtigter Mittel ohne größere Schwierigkeiten zur Kenntnis genommen werden können. Gleiches muss gelten, wenn der Empfänger aufgrund gesetzlicher, gerichtlicher oder behördlicher Anordnung verpflichtet ist, die Informationen zu offenbaren.

Es empfiehlt sich ferner, demjenigen, der sich auf das Vorliegen einer solchen Ausnahme berufen möchte, die Beweislast für das Vorliegen dieser Ausnahme aufzuerlegen.

Auch an dieser Stelle sind die widerstreitenden Interessen der Parteien zu beachten. Da die Ausnahmeklauseln zu einer Einschränkung des Schutzzumfangs führen, solltet Ihr, wenn Ihr derjenige seid, der Informationen offenbart, darauf achten, dass die Ausnahmen eindeutig und abschließend formuliert sind.

13.3.1.2 Geheimhaltungspflichten

Das Kernstück des NDA stellen die Geheimhaltungspflichten dar. Insbesondere für die empfangende Partei ist es von großer Bedeutung, dass die Pflichten, die sich für sie aus dem NDA ergeben, konkret beschrieben werden und dass der Sorgfaltsmaßstab festgelegt wird, der im Umgang mit den vertraulichen Informationen angewendet werden muss. Kernpunkte der Geheimhaltungspflicht sind das Weitergabeverbot (1.3.1.2.1) und die Nutzungsbestimmung (1.3.1.2.2). Sie sollten möglichst umfassend und allgemein, gleichzeitig aber auch detailliert und vorausschauend ausgestaltet und formuliert sein, wobei die Pflichten im Einzelfall erweitert oder spezifiziert werden können.

13.3.1.2.1 Weitergabeverbot

Sinn und Zweck des NDA ist es für die offenbarende Partei, dass die vertraulichen Informationen nicht weitergegeben werden. Da es sich allerdings in der Praxis nicht vermeiden lässt, dass sie nicht nur dem eng begrenzten Personenkreis bekannt sind, dem gegenüber sie ursprünglich offenbart wurden, muss im NDA ausdrücklich geregelt werden, an welche weiteren Personen die vertraulichen Informationen weitergegeben werden dürfen. Eine Weitergabe kann nach dem so genannten „Need-to-know-Prinzip“ erfolgen oder dahingehend beschränkt werden, dass sie nur den Mitarbeitern der empfangenden Partei zugänglich gemacht werden dürfen, die sich den aus dem NDA ergebenden Pflichten schriftlich unterworfen haben. Zudem kann eine Weitergabe auch von einer schriftlichen Einwilligung der offenbarenden Partei abhängig gemacht werden.

13.3.1.2.2 Nutzungsbestimmung

Des Weiteren sollte im NDA der Nutzungszweck der offenbarten vertraulichen Informationen festgelegt werden. So kann an dieser Stelle klargestellt werden, dass mit der Überlassung der Informationen keine Schutzrechte daran eingeräumt werden oder dass keine Kopien angefertigt werden dürfen.

13.3.1.2.3 Sorgfaltsmaßstab

Insbesondere im Rahmen des Sorgfaltsmaßstabs, der im Umgang mit den vertraulichen Informationen von der empfangenden Partei angewendet werden muss, zeigen sich die widerstreitenden Interessen der Parteien. Während die offenbarende Partei ein Interesse daran hat, einen möglichst hohen Sorgfaltsmaßstab anzulegen, hat die empfangende Partei ein Interesse daran, einen möglichst niedrigen Sorgfaltsmaßstab anzulegen.

In der Praxis hat es sich bewährt, den Sorgfaltsmaßstab auf die Sorgfalt zu beschränken, die die empfangende Partei in eigenen Angelegenheiten, also im Um-

gang mit eigenen vertraulichen Informationen anwenden würde. Durch diese Formulierung ist die Haftung der empfangenden Partei auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt (siehe § 277 BGB).

13.3.1.3 Sanktionen

Das NDA kann über noch so viele gut ausgestaltete Geheimhaltungspflichten verfügen - es bleibt eine reine Absichtserklärung, wenn an die Verletzung dieser Geheimhaltungspflichten keine Sanktionen geknüpft sind. Deshalb ist es für die offenbarende Partei zwingend, dass das NDA für den Fall, dass eine der oben beschriebenen Geheimhaltungspflichten von der empfangenden Partei verletzt wird, eine Sanktion vorsieht. Wie Ihr euch unschwer vorstellen könnt, hat die empfangende Partei dagegen ein Interesse daran, dass eine Verletzung der Geheimhaltungspflicht nicht sanktioniert wird.

13.3.1.3.1 gesetzlicher Schadensersatz

Da es sich bei einem NDA um einen Vertrag handelt und damit bei der Geheimhaltungspflicht um eine Vertragspflicht, sieht das Gesetz im Falle einer schuldhaften (vorsätzlichen oder fahr-lässigen) Verletzung der Geheimhaltungspflicht Schadensersatz vor. Dass durch die Verletzung der Geheimhaltungspflicht ein Schaden entstanden ist, muss allerdings die Partei beweisen, die sich auf das Bestehen des Schadens beruft. Dies ist die Partei, die die vertraulichen Informationen offenbart hat.

13.3.1.3.2 Vertragsstrafe

Da aber der Nachweis des durch die Verletzung entstandenen Schadens für die offenbarende Partei nur sehr schwierig zu führen ist, empfiehlt es sich, eine Vertragsstrafe in das NDA aufzunehmen. Neben der Befreiung der offenbarenden Partei von der Aufgabe, den durch die Verletzung entstandenen Schaden nachzuwei-

sen, hat die Vereinbarung einer Vertragsstrafe eine abschreckende Wirkung auf die empfangende Partei.

Ist in dem NDA eine solche Vertragsstrafe vereinbart, so muss die offenbarende Partei nur darlegen und beweisen, dass die empfangende Partei eine Geheimhaltungspflicht verletzt hat. Ob die empfangende Partei die Geheimhaltungspflicht schuldhaft verletzt hat, ist dabei genauso unbeachtlich wie die Frage, ob und wenn ja, in welcher Höhe ein Schaden entstanden ist. Etwas anderes gilt nur dann, wenn es sich bei dem NDA um eine AGB handelt.³ In diesem Fall ist eine verschuldens-unabhängige Vertragsstrafe unwirksam. Die Frage, ob und in welcher Höhe ein Schaden entstanden ist, ist aber ebenfalls unbeachtlich.

Wie die Vertragsstrafe konkret ausgestaltet ist, obliegt den Parteien. Es besteht die Möglichkeit, die Vertragsstrafe pro Verletzung der Geheimhaltungspflicht zu beziffern. Genauso kann die Vertragsstrafe unbeziffert bleiben und die Festlegung der Vertragsstrafe in das billige Ermessen der verletzten Partei (also der Partei, die die vertraulichen Informationen offenbart) gestellt werden. Da sich die empfangende Partei in der Regel gegen die Vereinbarung einer Vertragsstrafe aussprechen wird, kann man dieser in der Weise entgegen kommen, dass man die Vertragsstrafe auf einen bestimmten Maximalbetrag, beispielsweise pro Kalenderjahr, begrenzt.

Die Geltendmachung des tatsächlich entstandenen Schadens ist der offenbarenden Partei durch die Vereinbarung einer Vertragsstrafe unbenommen. In diesem Fall muss sie allerdings, wie bereits ausgeführt, nicht nur die Verletzung der Geheimhaltungspflicht, sondern auch die Schuldhaftigkeit dieser Verletzung sowie den daraus entstandenen Schaden darlegen und beweisen. Gelingt es diese Nachweise zu führen, so stellt sich allerdings die Frage, wie sich der tatsächlich entstandene Schaden und die Vertragsstrafe zueinander verhalten:

³ Bei dem NDA handelt es sich um eine AGB, wenn als NDA ein Vordruck verwendet wird, der nicht zwischen den Parteien verhandelt worden ist

- Handelt es sich bei dem NDA um eine individuelle Vereinbarung, so kann die Anrechnung des tatsächlich entstandenen Schadens auf die Vertragsstrafe ausgeschlossen werden. Dies hat zur Folge, dass sowohl die Vertragsstrafe als auch der tatsächlich entstandene Schaden in voller Höhe geltend gemacht werden können.
- Handelt es sich bei dem NDA dagegen um eine AGB, so muss der tatsächlich entstandene Schaden auf die Vertragsstrafe angerechnet werden.

13.3.1.4 Dauer der Geheimhaltungspflichten

Für die Parteien ist es zudem entscheidend, wie lange die sich aus dem NDA ergebenden Geheimhaltungspflichten gelten. Auch an dieser Stelle verfolgen die Beteiligten unterschiedliche Interessen. Da die offenbarende Partei sicherstellen will, dass ihre vertraulichen Informationen möglichst für immer vertraulich bleiben, hat sie ein Interesse daran, dass die Geheimhaltungspflichten unbegrenzt, auch über das Ende des NDA hinaus, gelten. Demgegenüber ist die empfangende Partei daran interessiert, möglichst bald von den Geheimhaltungspflichten frei zu werden. Sie wird sich demnach dafür aussprechen, dass das Ende der Geheimhaltungspflichten an das Ende des NDA gekoppelt ist.

Wenn das NDA keine Regelung über die Dauer der Geheimhaltungspflichten enthält, so gilt Folgendes:

13.3.1.4.1 Vertragslaufzeit

Während der Laufzeit des NDA bestehen die Geheimhaltungspflichten.

13.3.1.4.2 Nach-Vertragslaufzeit

Ob die Geheimhaltungspflichten auch noch nach dem Ende der Laufzeit des NDA fortbestehen und wenn dies der Fall sein sollte, wie lange, muss durch Auslegung

des NDA ermittelt werden. Dabei ist hypothetisch zu überlegen, was die Parteien gewollt hätten, wenn sie eine Regelung hätten treffen müssen. In der Regel wird man dabei davon ausgehen können, dass die Parteien ihre vertraulichen Informationen so lange schützen wollen, wie diese vertraulich sind. Aus diesem Grund wird sich in den meisten Fällen durch die Auslegung ergeben, dass die Geheimhaltungspflichten nach dem Ende der Laufzeit des NDA unbegrenzt fortbestehen.

13.3.1.4.3 Zusammenfassung

Insbesondere für die die vertraulichen Informationen empfangende Partei ist es wichtig im NDA zu regeln, ob und wenn ja, wie lange die Geheimhaltungspflichten nach dem Ende der Laufzeit des NDA fortbestehen. Fehlt eine solche Regelung, läuft die empfangende Partei Gefahr, dass die Geheimhaltungspflichten unbegrenzt fortbestehen.

13.3.2 Sonstige Regelungen

Neben den oben beschriebenen notwendigen Regelungspunkten gibt es weitere Regelungspunkte, die in ein NDA aufgenommen werden können. Diese sollen im Folgenden in der gebotenen Kürze erwähnt werden.

13.3.2.1 Rückgabepflicht

Die offenbarende Partei hat ein Interesse daran, die überlassenen Informationen nach Beendigung des NDA zurückzuerhalten. Aus diesem Grund kann eine Regelung aufgenommen werden, nach der die empfangenen vertraulichen Informationen unverzüglich und unentgeltlich nach Vertragsende an die offenbarende Partei zurückzugeben beziehungsweise, soweit es sich um unkörperliche Informationen handelt, unwiederbringlich zu löschen sind.

Eine Ausnahme muss allerdings für die Fälle geregelt werden, in denen die empfangende Partei rechtlich zur Aufbewahrung verpflichtet ist. Eine solche Pflicht kann sich beispielsweise aus dem Handelsrecht oder aus dem Steuerrecht ergeben.

An dieser Stelle kann die offenbarende Partei auch in Betracht ziehen zu regeln, dass ein Zurückbehaltungsrecht der empfangenden Partei an den überlassenen Informationen ausgeschlossen ist.

13.3.2.2 Rechtswahl und Gerichtsstand

Insbesondere in internationalen Konstellationen sollte an die Aufnahme einer Rechtswahlklausel sowie an die Vereinbarung eines Gerichtsstandes gedacht werden. Anstelle einer Gerichtsstandvereinbarung kann auch die Durchführung eines Schiedsgerichtsverfahrens vereinbart werden. Der Vorteil eines solchen Verfahrens ist, dass die Verhandlungen nicht öffentlich stattfinden und auch die Schiedssprüche in aller Regel nicht veröffentlicht werden. Dies kann, insbesondere da es um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse geht, ein entscheidendes Kriterium sein, sich für die Durchführung eines Schiedsgerichtsverfahrens zu entscheiden.

13.4 Fazit

Zwar gewährt das Gesetz den Schutz vertraulicher Informationen. Allerdings ist dieser auf einen engen Bereich begrenzt oder muss im Einzelfall anhand einer Vertragsauslegung festgestellt und bewiesen werden.

Da dieser gesetzliche Schutz in der Praxis aber nicht ausreicht, um die vertraulichen Informationen der Parteien zu schützen, empfehlen wir den Abschluss eines NDA. Dieses NDA sollte auf den jeweiligen Einzelfall angepasst werden und möglichst detailliert, insbesondere im Hinblick auf den Vertragsgegenstand, die Geheimhaltungspflichten, die Sanktionen und die Vertragsdauer sein.



Dr. Judith Nink
Rechtsanwältin
Innere Kanalstr. 15 50823 Köln
T +49 (0) 221 5108 4160
E judith.nink@osborneclarke.de

14 Datenschutz

14.1 Grundzüge des Datenschutzes

Das Thema Datenschutz ist in den vergangenen Jahren, insbesondere durch zahlreiche Skandale, verstärkt in den Fokus gerückt. Welche Konsequenzen sich für Unternehmen aus dem Datenschutz ergeben, ist vielen Gründern, aber auch vielen etablierten Unternehmen häufig nicht bewusst.

Dabei drohen bei Missbrauch personenbezogener Daten zum einen empfindliche Geldbußen und zum anderen vor allem Imageverlust und schlechte Presse – was sich für Unternehmen meistens noch viel gravierender auswirkt.

Die nachfolgenden Ausführungen sollen dazu dienen, eine gewisse Grundsensibilität im Bereich des Umgangs mit personenbezogenen Daten zu schaffen und die schlimmsten Fehler zu vermeiden.

14.2 Anwendungsbereich des Datenschutzrechts

Rechtliche Regelungen zum Schutz von personenbezogenen Daten finden sich in den unterschiedlichsten Gesetzen.

Die Datenschutzvorschriften dienen alle dem Schutz des grundgesetzlich geschützten Rechts auf „informationelle Selbstbestimmung“ des Betroffenen. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung umfasst das Recht einer natürlichen Person,



grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung ihrer persönlichen Daten zu bestimmen und zu wissen wer, was, wann und bei welcher Gelegenheit über sie weiß.

Die wichtigsten Datenschutzvorschriften finden sich für Start-ups, die im Online-Bereich tätig sind, im Bundesdatenschutzgesetz, dem Telemediengesetz und dem Telekommunikationsgesetz. Alle datenschutzrechtlichen Vorschriften haben eines gemeinsam: Sie schützen alle nur den Umgang, das heißt die Erhebung, Verwendung, Speicherung und Übermittlung, im Hinblick auf personenbezogene Daten.

Ausblick:

Im Januar 2012 wurde von der Europäischen Kommission ein Entwurf für eine Datenschutzverordnung vorgelegt. Verordnungen gelten unmittelbar in allen Mitgliedsstaaten. Einer Umsetzung durch die nationalen Gesetzgeber bedarf es nicht. Sollte dieser Entwurf beschlossen werden, würden die deutschen Datenschutzregelungen überflüssig und es gäbe einen einheitlichen Datenschutz in der gesamten Europäischen Union. Bis dahin ist es aber noch ein langer Weg. Bis dahin gelten unsere deutschen Gesetze und die darin gestellten Anforderungen weiter.

14.2.1 Personenbezogene Daten

Personenbezogene Daten sind Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbaren Person, wobei Einzelangaben Informationen sind, die sich auf eine bestimmte natürliche Person beziehen oder geeignet sind, einen Bezug zu ihr herzustellen. Können Ihr daher dem Datum nicht direkt eine (bestimmte) Person zuordnen, so liegt nur dann ein Personenbezug vor, wenn die Person bestimmbar ist. Für die Bestimmbarkeit kommt es auf Zusatzwis-

sen, das heißt auf die Kenntnisse, Mittel und Möglichkeiten, an, eine Person anhand der gespeicherten Daten zu identifizieren.

Beispiel: Folgende Daten werden Euch übermittelt:

- Argentinischer Fußballnationalspieler,
- geboren am 24. Juni 1987,
- 1,69m groß.

Zwar wird hier kein Name übermittelt, allerdings weiß jeder Fußballfan und auch jede sonstige Person mit Internetzugang spätestens nach einer Eingabe dieser Daten in eine Suchmaschine, dass es sich dabei um Lionel Andrés Messi handeln muss. Ihr seid also in der Lage, anhand dieser Daten und mit Zusatzwissen einen Bezug zu einer bestimmten Person herzustellen. Die übermittelten Daten sind daher für Euch personenbezogene Daten, auch ohne dass Ihr den Namen der Person genannt bekommt.

Personenbezogene Daten können daher sehr oft vorliegen. So sind beispielsweise E-Mail-Adressen regelmäßig personenbezogene Daten, ebenso Adresse, Telefon- und Faxnummer, Geburtsdatum, etc. Cookies enthalten regelmäßig personenbezogene Daten. Ebenso ordnen die Datenschutzbehörden IP-Adressen immer als personenbezogene Daten ein. Dies entspricht zwar nicht der überwiegenden Auffassung der Gerichte, da aber eine Klärung durch den Bundesgerichtshof noch aussteht und die Datenschutzbehörden die Bußgelder verhängen, handelt es sich dabei um eine durchaus beachtenswerte Auffassung.

14.2.2 Konsequenzen

Handelt es sich um personenbezogene Daten, müsst Ihr die Datenschutzvorschriften beachten. Danach ist grundsätzlich jeder Umgang mit personenbezogenen Daten verboten, es sei denn, es existiert ein Erlaubnistatbestand oder der Betroffene hat in den Datenumgang eingewilligt.

Wichtige Erlaubnistatbestände im Online-Bereich existieren für personenbezogene Daten, die für die Begründung, inhaltliche Ausgestaltung oder Änderung eines Vertragsverhältnisses erforderlich sind (Bestandsdaten), für Daten, die erforderlich sind, um die Inanspruchnahme von Telemedien zu ermöglichen und abzurechnen (Nutzungsdaten) und unter besonderen Voraussetzungen für solche Daten, die für eigene Geschäftszwecke erforderlich sind. In den übrigen Fällen muss das Start-up meistens eine Einwilligung des Betroffenen einholen.

14.3 Einwilligung des Betroffenen

Eine Einwilligung des Betroffenen ist nur dann wirksam eingeholt, wenn sie auf der freien Entscheidung des Betroffenen beruht. Daraus ergibt sich zwangsläufig, dass der Betroffene auch die Möglichkeit bekommen muss, die Datenübermittlung zu verweigern. Daher darf auch nicht der Eindruck vermittelt werden, dass dem Betroffenen im Falle einer Verweigerung der Einwilligung grundlegende vertragliche Leistungen vorenthalten würden; gewisse Einschränkungen bei Verweigerung der Einwilligung in die Datenverarbeitung (Datenübermittlung) können aber sehr wohl zulässig sein. Eine Einwilligung kann auch innerhalb Allgemeiner Geschäftsbedingungen eingeholt werden, sofern sie drucktechnisch hervorgehoben ist.

14.3.1 Einwilligung im E-Commerce

Grundsätzlich muss die Einwilligung zwar schriftlich eingeholt werden, im E-Commerce kann sie aber auch elektronisch, z.B. über ein Web-Formular eingeholt werden. Bei der Einholung einer elektronischen Einwilligung müsst Ihr aber bestimmte Voraussetzungen einhalten, andernfalls ist die Einwilligung nicht wirksam. Ihr müsst sicherstellen, dass

- der Nutzer seine Einwilligung bewusst und eindeutig erteilt hat (durch den Nutzer selbst aktivierbares Kästchen – Opt-in)
- die Einwilligung protokolliert wird

- der Nutzer den Inhalt der Einwilligung jederzeit abrufen kann und
- der Nutzer die Einwilligung jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerrufen kann.

Um tatsächlich frei entscheiden zu können, müsst Ihr den Betroffenen zudem darüber informieren, in welchem Umfang und zu welchem Zweck seine Daten verarbeitet werden sollen.

14.3.2 Die Einwilligung zur Zusendung von Werbung

Newsletter, die unter anderem Werbung beinhalten, bedürfen immer einer Einwilligung des Nutzers. Bei der Einholung einer Einwilligung in den Versand von Werbung sind besondere Voraussetzungen zu beachten. Denn neben den datenschutzrechtlichen Aspekt tritt hier die SPAMing-Problematik. Der Bundesgerichtshof hat daher entschieden, dass sichergestellt werden muss, dass die Einwilligungserklärung auch tatsächlich von dem angegebenen Nutzer stammt. Diese Anforderungen könnt Ihr durch ein so genanntes „Double Opt-in-Verfahren“ gewährleisten:

1. Opt-In:

Eingabe der E-Mail-Adresse durch den Nutzer auf der Homepage mit dem Hinweis, dass der Nutzer durch die Eingabe seiner E-Mail-Adresse in den Erhalt von Newslettern durch das jeweilige Start-up einwilligt.

2. Opt-In:

Technisch lässt sich dies auf unterschiedliche Weise umsetzen:

Alternative 1:

Das Start-up zeigt dem Nutzer den Text der Einwilligungserklärung ein zweites Mal an, und lässt ihn den Inhalt der Einwilligungserklärung mit einem Button bestätigen.

Alternative 2:

Das Start-up versendet an den Nutzer nach Eingabe der E-Mail-Adresse eine E-Mail mit dem Text der Einwilligungserklärung und einem Bestätigungslink, den der Nutzer anklicken muss, um (1) zu bestätigen, dass er derjenige ist, der seine E-Mail-Adresse eingetragen hat und (2) Ihr die Bestätigung protokollieren könnt.

Checkliste zur elektronischen Einwilligung:

- Einwilligung vor der geplanten Verwendung der personenbezogenen Daten einholen
- Inhalt der Einwilligung: Verantwortliche Stelle benennen, welche Daten werden zu welchem Zweck, auf welche Art durch wen verwendet, Hinweis auf das Recht, die Einwilligung zu widerrufen
- der Betroffene muss die Einwilligung höchstpersönlich abgeben
- Einwilligung durch Aktivierung (Häkchen setzen oder Anklicken eines Buttons) ermöglichen und bei Newslettersend zusätzlich Bestätigungslink versenden
- Protokollierung des Zeitpunkts und des Inhalts der Einwilligung sowie Ermöglichen der jederzeitigen Abrufbarkeit dieses Inhalts
- (keine Koppelung der Einwilligung an den Zugang zum Dienst. Nur relevant, wenn das Start-up ein Monopol hat).



14.4 Besondere Fälle

14.4.1 Google Analytics

Das Tracking-Tool Google Analytics ist für die Auswertung der Nutzung des Dienstes sehr beliebt. Der Einsatz von Google Analytics wird von den Datenschutzbehörden seit Herbst 2011 gestattet, sofern man gewisse Vorgaben einhält:

14.4.1.1 Historie

Bislang hielten die Datenschutzbehörden Google Analytics – sowohl in der klassischen Form als auch bei Verwendung des Tools „_anonymizeIp()“ zur "Anonymisierung von 8Bit der IP-Adressen" – für datenschutzwidrig und eine Verwendung nur mit Einholung einer Einwilligung für zulässig, was aber technisch kaum zu bewerkstelligen war, da die IP-Adresse bereits bei Betreten der Webseite erhoben und direkt in die USA zu Google übermittelt wird. Zwar "anonymisiert" das Tool die IP-Adresse des Users zumindest zum Teil, was durch die Datenschutzbehörden auch als ausreichend anerkannt wird. Allerdings verlangen die Datenschutzbehörden zudem die Einräumung einer Widerspruchsmöglichkeit für den User gegen die Anlegung von Nutzerprofilen. Diese Widerspruchsmöglichkeit hatte Google zwar nun ebenfalls umgesetzt, allerdings funktionierte die Widerspruchsmöglichkeit nicht bei allen Browsern, insbesondere bei Safari und Co. ließ sich das Plug-In nicht installieren.

14.4.1.2 Aktuelle Rechtslage

Im Herbst 2011 einigten sich die Datenschutzbehörden und Google. Ergebnis der Verhandlungen ist, dass Google Analytics durch Webseitenbetreiber nunmehr rechtmäßig und datenschutzkonform eingesetzt werden kann, wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

- Vertrag zur Auftragsdatenverarbeitung mit Google (§ 11 BDSG - Vertrag) abschließen
- Anonymisierung der IP-Adressen durch das _anonymizelp()-Tool von Google
- Widerspruchsrecht der Betroffenen durch ein Deaktivierungs-Add-On
- angepasster Datenschutzhinweis in der Datenschutzerklärung mit umfassender Information über die Funktionsweise von Google Analytics und die Rechte des betroffenen Nutzers
- Löschung von Altdaten (bestehende Google Analytics Profile).

Genauere Informationen und den Auftragsdatenverarbeitungsvertrag von Google könnt Ihr hier:

- http://www.google.de/intl/de_ALL/analytics/

und hier

- http://static.googleusercontent.com/external_content/untrusted_dlcp/www.google.de/de/de/intl/de/analytics/tos.pdf

herunterladen.



Tipps und Alternativen:

Da die Datenschutzbehörden immer wieder in einzelnen Bundesländer Webseiten auf die datenschutzkonforme Nutzung von Google Analytics untersuchen, empfehlen wir Euch daher, unbedingt die vorgenannten Anforderungen umsetzen, bevor Ihr Google Analytics einsetzt. Die Datenschutzbehörden können – wenn dies auch in der Regel der letzte Schritt ist – bei nicht Erfüllung dieser Vorgaben, Bußgelder verhängen. Zudem ist nun auch nach der Rechtsprechung anerkannt, dass das Datenschutzrecht wettbewerbsrechtliche Relevanz hat, so dass auch ein gewisses Risiko existiert, dass Wettbewerber Euch wegen der Verwendung von Google Analytics abmahnen oder gerichtlich sogar eine einstweilige Verfügung gegen Euch erwirken, die wiederum bei weiteren Verstößen sofort Ordnungsgelder nach sich zieht.

Wenn Ihr auf Google Analytics verzichten wollt, gibt es einige datenschutzkonforme alternative Tracking-Programme, wie z.B. das kostenlose Webtracking-Programm Piwik (siehe dazu <http://h4.xx0r.de/google-analytics-offiziell-verboden-und-jetzt/> und <http://piwik.org/>).

14.4.2 Social Plug-Ins (Like-Button und Co.)

Sobald Ihr den Like-Button von Facebook oder andere Social Plug-Ins, wie die Gefällt-mir-Buttons von Google+ und Twitter, auf Eurer Webseite eingebunden habt, erheben die Anbieter, d.h. Facebook, Google und Twitter, unmittelbar bei Betreten der Webseite die IP-Adresse des Nutzers und übermitteln diese in die USA – ohne dass es auf ein Anklicken des Social Plug-Ins ankäme. Da die Datenschutzbehörden die Auffassung vertreten, dass die IP-Adresse ein personenbezogenes Datum ist, stellt die Verwendung des Like-Buttons und anderer Social Plug-Ins auf der In-

ternetpräsenz einen Datenschutzverstoß dar, der mit Bußgeld geahndet werden kann.

Nach Auffassung der Datenschutzbehörden ist der Einsatz von Social Plug-Ins – wenn überhaupt - nur mit der sogenannten 2-Klick-Lösung des Heise Verlages zulässig – und selbst diese Lösung ist noch nicht von allen Datenschutzbehörden anerkannt. Diese Lösung funktioniert folgendermaßen:

"Standardmäßig bettet heise online deaktivierte Buttons ein, die keinen Kontakt mit den Servern von Facebook & Co herstellen. Erst wenn der Anwender diese aktiviert und damit seine Zustimmung zur Kommunikation mit Facebook, Google oder Twitter erklärt, werden die Buttons aktiv und stellen die Verbindung her. Dann kann der Anwender mit einem zweiten Klick seine Empfehlung übermitteln. Ist er beim sozialen Netz seiner Wahl bereits angemeldet, erfolgt das bei Facebook und Google+ ohne ein weiteres Fenster. Bei Twitter erscheint ein Popup-Fenster, in dem man den Text des Tweets noch bearbeiten kann." (Quelle: <http://www.heise.de/ct/artikel/2-Klicks-fuer-mehr-Datenschutz-1333879.html>).

Etwas anders beurteilt dies ein Instanzengericht, das sich mit der Verwendung des Facebook Like-Buttons beschäftigte. Die Berliner Richter mussten sich zwar eigentlich nur mit der Frage beschäftigen, ob die Verwendung des Like-Buttons gegen das Wettbewerbsrecht verstößt (was sie verneint haben). Aber sie haben darüber hinaus erwähnt, dass ein Datenschutzverstoß vorliegen könnte, weil der Betreiber der Webseite in seiner Datenschutzerklärung nicht über die Daten, die mit dem Like-Button erhoben werden, informiert hat. Einen weiteren Verstoß haben sie dagegen nicht erwähnt. Soweit sich diese Aussage deuten lässt, halten die Richter daher die Verwendung des Like-Buttons dann für datenschutzkonform, wenn der Webseiten-Betreiber über die durch den Like-Button erhobenen Daten informiert, z.B. in seiner Privacy Policy.

Bitte beachtet aber, dass dies das erste Urteil zum Like-Button ist und das Datenschutzrecht eigentlich nicht Gegenstand der Entscheidung war. Wie die Datenschutzbehörden diesen Sachverhalt beurteilen werden, ist nicht kalkulierbar. Die Rechtslage ist daher immer noch nicht vollständig geklärt. Ihr solltet also weiter vorsichtig sein, wenn Ihr Social Plug-Ins verwenden wollt. Insbesondere solltet Ihr Social Plug-Ins nur mit der 2-Klick-Lösung einsetzen. Und zudem müsst Ihr über die erhobenen Daten und Ihren Zweck informieren (siehe dazu genauer unter Ziffer 11.5 Unterrichtungspflichten).

14.4.3 Cookies

Unklar ist auch die Rechtslage im Hinblick auf Cookies. Nach deutschem Recht genügt es bislang in der Regel, dass der Nutzer durch Einstellungen in seinem Browser das Setzen der meisten Cookies verhindern kann und der Cookie Setzer den Nutzer darüber vorab (zum Beispiel in seiner Datenschutzerklärung) informiert (sogenannte Widerspruchslösung).

Es gibt allerdings eine Richtlinie der EU, die verlangt, dass für Cookies immer eine Einwilligung eingeholt werden muss. Diese ePrivacy Richtlinie hätte bis Mai 2011 durch die Mitgliedsstaaten umgesetzt werden müssen. Deutschland hat dies bislang noch nicht getan. Unklar und in Diskussion ist seitdem, ob die Regelung der ePrivacy Richtlinie nun direkt gilt und Cookies nunmehr ausschließlich mit einer Einwilligung des Nutzers gesetzt werden dürfen und wenn ja, wie man dies am Besten ausgestaltet. Beim Einsatz von Cookies solltet Ihr daher vorsichtig sein und Euch vorab über den aktuellen Stand genau informieren, um etwaige Sanktionen der Datenschutzbehörden zu vermeiden.

14.5 Unterrichtungspflichten

Immer wenn Ihr in irgendeiner Form personenbezogene Daten von Usern erhebt, speichert, verwendet oder an Dritte übermittelt, müsst Ihr den Nutzer darüber informieren, um welche Daten es sich dabei handelt, warum Ihr sie braucht, was Ihr

damit macht und dass der Nutzer sowohl das Recht hat, Auskunft über die zu seiner Person gespeicherten personenbezogenen Daten als auch Löschung, Berichtigung oder Sperrung seiner Daten zu verlangen.

Je nach Umfang der Datenverarbeitung und Geschäftsmodell ist nicht zwingend eine so genannte Privacy Policy – oder auch Datenschutzerklärung genannt – erforderlich. Die Informationen müssen aber auf jeden Fall erfolgen, so dass eine Privacy Policy in aller Regel zu empfehlen ist. Diese ist zudem – wenn sie freundlich formuliert wird – auch geeignet, Vertrauen beim Nutzer zu schaffen. Die Informationen oder die Privacy Policy müssen ständig verfügbar und für den Nutzer leicht auffindbar sein. Dafür empfiehlt sich ein Link am Ende der Webseite zum Beispiel neben dem Impressum.

14.6 Zusammenarbeit mit Dritten / Dienstleistern

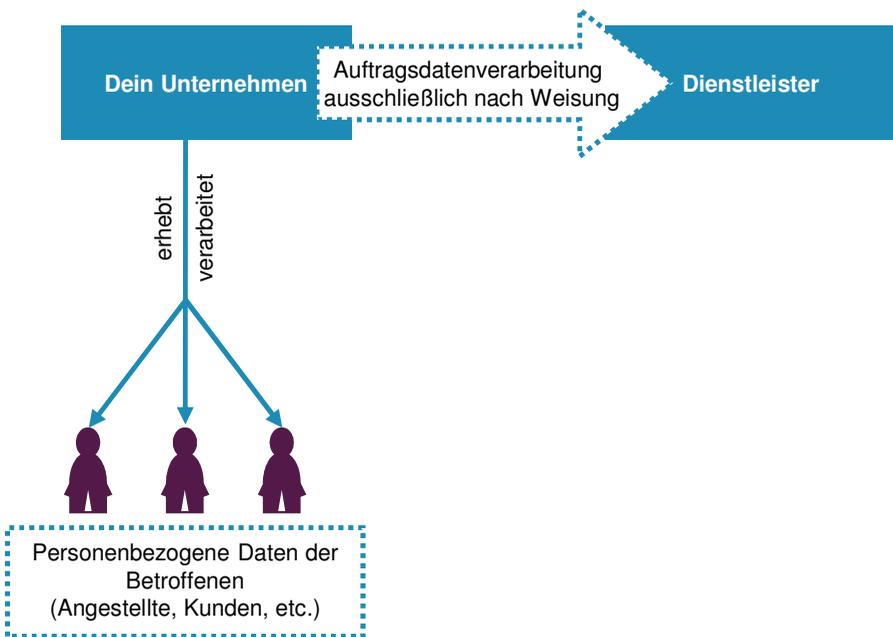
Haben Dienstleister oder andere Unternehmen in irgendeiner Weise Zugang zu den Daten Eurer User, ist immer Vorsicht geboten. Grundsätzlich ist dies nach dem Datenschutzrecht nicht gestattet, es sei denn es existiert ein gesetzlicher Erlaubnistatbestand oder eine Einwilligung des Users (siehe zu den Anforderungen unter Ziffer 11.3 Einwilligung).

Wichtige Erlaubnistatbestände sind für Euch die Auftragsdatenverarbeitung sowie die Übermittlung von Daten zu Abrechnungszwecken.

14.6.1 Auftragsdatenverarbeitung

Speichert ein Dienstleister, wie z.B. ein Hosting-Anbieter, die Daten Eurer User für Euch, so liegt ein klassischer Fall der Auftragsdatenverarbeitung vor. Diese ist gesetzlich ohne Einwilligung des Users zulässig, vorausgesetzt, dass Ihr und der Dienstleister die strengen gesetzlichen Anforderungen einhältet und einen so genannten „Auftragsdatenverarbeitungsvertrag im Sinne von § 11 BDSG“ abschließt. Das Gesetz sieht den Dienstleister als eine Art verlängerten Arm von Euch. Der

Dienstleister darf daher nur nach Euren Weisungen Daten erheben und speichern. Da Ihr für die Speicherung der Daten verantwortlich seid, müsst Ihr den Dienstleister streng kontrollieren und beaufsichtigen, dafür sorgen, dass er die gesetzlichen Mindeststandards in technischer Sicht beachtet und die Daten ausreichend gegen Zugriffe von außen sichert. Die Rahmenbedingungen dafür werden in dem Auftragsdatenverarbeitungsvertrag festgelegt. Ohne Auftragsdatenverarbeitungsvertrag verstößt sowohl Ihr als auch der Hoster gegen datenschutzrechtliche Vorgaben, so dass Datenschutzbehörden gegen Euch und den Hoster jeweils Bußgelder verhängen können.



Zwar ist es eigentlich Eure Aufgabe als verantwortliche Stelle, den Auftragsdatenverarbeitungsvertrag zu stellen und für den Vertragsabschluss zu sorgen. Viele Hoster haben dafür allerdings Standard-Auftragsdatenverarbeitungsverträge. Diese

solltet Ihr aber unbedingt noch einmal von einem fachkundigen Rechtsanwalt dahingehend überprüfen lassen, ob der Vertrag Euren Anforderungen und insbesondere den gesetzlichen Vorgaben entspricht.

14.6.2 Übermittlung zu Abrechnungszwecken

Gesetzlich erlaubt ist zudem insbesondere die Übermittlung an Dienstleister zu Abrechnungszwecken. Für Euch ist dies insbesondere im Hinblick auf die Zusammenarbeit mit Payment-Anbietern und Kreditkarten-Instituten relevant, da diese die Daten des Users zur Abrechnung benötigen.

14.7 Unsere Empfehlung

Wichtig für Euch ist es, bereits vor dem Launch Eures Geschäftsmodells oder vor Erweiterungen und Änderungen des Geschäftsmodells zu analysieren,

- ob personenbezogene Daten erhoben werden
- und wenn ja, zu welchen Zwecken und wer alles Zugriff darauf hat.

Sollen personenbezogene Daten erhoben werden, so solltet Ihr Euch dazu anwaltlich beraten lassen, in welchem Umfang dies gesetzlich zulässig ist, und soweit dies nicht der Fall ist, wie man die Erhebung, Speicherung und Verwendung dieser Daten datenschutzkonform ausgestalten kann. Im Hinblick auf Hosters solltet Ihr immer daran denken, dass in den meisten Fällen ein Auftragsdatenverarbeitungsvertrag geschlossen werden muss.

Bei sonstigen Dienstleistern oder dritten Unternehmen, die Zugriff auf diese Daten haben wollen, ist Vorsicht geboten. Hier empfehlen wir Euch dringend, die Zulässigkeit juristisch überprüfen zu lassen, bevor Ihr personenbezogene Daten an Dritte übermittelt oder diesen Zugriff darauf gewährt.





Dr. Judith Nink
Rechtsanwältin
Innere Kanalstr. 15 50823 Köln
T +49 (0) 221 5108 4160
E judith.nink@osborneclarke.de

15 E-Commerce

15.1 Einführung

Electronic Commerce (E-Commerce) bringt für den Unternehmer logistisch und wirtschaftlich zahlreiche Vorteile. Juristisch allerdings sind damit auch einige Nachteile verbunden. Ihr müsst z.B. gegenüber dem Verbraucher zahlreiche Informationspflichten erfüllen, ihm gewisse Rechte einräumen, die es ihm gestatten, den Vertrag grundlos wieder aufzuheben, und ihm zudem technische Korrekturmöglichkeiten im Bestellvorgang einräumen.

Der Gesetzgeber legt dem Unternehmer diese umfangreichen Pflichten auf, weil er den Verbraucher im Internet als besonders schutzbedürftig ansieht. Dies begründet der Gesetzgeber unter anderem damit, dass

- sich der Verbraucher nicht Face-to-Face von der Identität des Verkäufers und der Qualität der Ware überzeugen kann
- die Abwicklung und Rückabwicklung von Verträgen im Internet risikoreicher als im realen Leben seien
- aggressive oder irreführende Verkaufsmethoden möglich seien
- weniger Schutz des Verbrauchers bei und durch grenzüberschreitende Transaktionen bestünde
- sowie mit Rechtsdurchsetzungsproblemen und Datenmissbrauchsmöglichkeiten durch das Unternehmen.



Kurz: Der Gesetzgeber sieht den Verbraucher gegenüber dem Unternehmer als technisch und strukturell unterlegen an. Diese Unterlegenheit will er durch umfangreiche Pflichten des Unternehmers sowie durch die Sicherstellung technischer und rechtlicher Mindeststandards für eine faire Vertragsanbahnung und einen fairen Vertragsschluss ausgleichen.

15.2 Besondere Informationspflichten des Start-ups

Für Euch gibt es insbesondere vier Punkte, die Ihr beim Handel im Internet beachten müsst. Dies sind zum einen die besonderen Informationspflichten im elektronischen Verkehr (siehe dazu unter Ziffer 12.2.1), Preisangaben (siehe nachfolgend unter Ziffer 12.2.2), die Anbieterkennzeichnung (das so genannte Impressum, dazu unter Ziffer 12.2.3) sowie gegebenenfalls Informationen zur Verwendung von personenbezogenen Daten (dazu unter Ziffer 12.2.4).

15.2.1 Informationspflichten im elektronischen Verkehr

Bei Eurem Angebot im Internet müsst Ihr an unterschiedlichen Stellen bestimmte gesetzliche Vorgaben erfüllen:

Bereits vor Vertragsschluss müsst Ihr dem Kunden Angaben zum Preis (dazu ausführlich unter Ziffer 12.2.2.), zu den voraussichtlichen Lieferzeiten und Versandkosten, den Bezahlungsmöglichkeiten, den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB – was Ihr dabei zu beachten habt, könnt Ihr ausführlich in Kapitel 10 nachlesen), wie der Vertrag zustande kommt und dem Widerrufsrecht (dazu ausführlich unter Ziffer 12.3) machen.

Werden keine Angaben zu **Lieferzeiten** gemacht, darf der Kunde erwarten, dass die Ware sofort geliefert werden kann – das bedeutet innerhalb von ca. zwei bis fünf Tagen. „In der Regel“-Angaben sind unzulässig, „ca.“-Angaben dagegen zulässig. Versandkosten müssen für alle Länder genannt werden, in die geliefert werden soll.

Bei den Angaben zur **Bezahlung** müsst Ihr alle wesentlichen Einzelheiten mitteilen, wie den Zahlungszeitpunkt und mit welchen Zahlungsmitteln (Paypal, Kreditkarte, Lastschrift, Vorkasse etc.) gezahlt werden kann.

Der **Bestellvorgang** muss in jeder Hinsicht transparent ausgestaltet sein. Versteckte oder undurchsichtige Informationen und Preise sind nicht zulässig. Vor Absenden seiner Bestellung müsst Ihr dem Verbraucher die Möglichkeit einräumen, seine Angaben und Daten zu korrigieren.

Neuregelung Buttonlösung:

Neu ist ab Mitte 2012 die Pflicht für eine verbindliche Bestellung einen Button einzusetzen, der gut lesbar ausschließlich mit den Worten:

„zahlungspflichtig bestellen“

oder mit einer anderen entsprechend eindeutigen Formulierung beschriftet sein muss. Die Erfüllung dieser Pflichten ist Voraussetzung für das Zustandekommen des Vertrages im elektronischen Geschäftsverkehr sein, das heißt wird der betreffende Prozess (Kauf, Bestellung, Registrierung oder was auch immer Gegenstand der kostenpflichtigen Leistung sein mag) nicht entsprechend diesen Vorgaben ausgestaltet, wird der Vertrag nicht wirksam geschlossen.

Der Verbraucher muss somit nun ausdrücklich bestätigen, dass seine Bestellung eine Zahlungspflicht auslöst. Der anzuklickende Button ist damit Warnung und Information zugleich. Aufgrund der eindeutigen Formulierung und der Hervorhebung dürfte er von Verbrauchern nicht übersehen werden und somit nur dann angeklickt werden, wenn auch ein Vertragsabschluss gewollt ist.



Nach Eingang der Bestellung müsst Ihr dem Kunden unmittelbar eine **Bestätigungs-E-Mail** zusenden, die Ihr automatisiert nach jeder Bestellung versenden solltet. Die Bestätigungs-E-Mail muss Angaben zum erworbenen Produkt oder der Dienstleistung, zum Preis, zu den Versandkosten, Angaben zum Verkäufer, also Euch, und eine Belehrung über das Widerrufsrecht des Verbrauchers (wie dieses ausgestaltet sein muss, könnt Ihr unten unter Ziffer 12.3 nachlesen) enthalten. Sinnvoll ist zudem, Eure AGB in die Bestätigungs-E-Mail zu integrieren. Dadurch könnt Ihr sicherstellen, dass er diese auch in dauerhaft wiedergabefähiger und speicherbarer Form, das heißt in Textform, erhalten hat (siehe dazu Kapitel 10).

15.2.2 Preisangaben

Nach der Preisangabenverordnung besteht für Unternehmer die Pflicht, Preise bei dem Angebot von Waren in einer bestimmten Art und Weise anzugeben oder – je nach Geschäftsmodell – Preislisten für angebotene Leistungen zu erstellen. Dabei seid Ihr nach der Preisangabenverordnung verpflichtet, grundsätzlich Endpreise, das heißt Brutto-Preise, anzugeben. In den Brutto-Preis gehören nicht die Versandkosten. Zudem seid Ihr auch verpflichtet, den Verbraucher ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass die Umsatzsteuer im Preis bereits enthalten ist. Dies muss aber nicht unmittelbar bei der Ware oder Dienstleistung selbst erfolgen. Den Hinweis könnt Ihr z.B. auch in Eure AGB aufnehmen. Ob zusätzliche Liefer- und Versandkosten anfallen, muss zwar ebenfalls angegeben werden, und auch in welcher Höhe. Die Versandkosten müsst Ihr aber separat zum Brutto-Preis angeben und zwar bereits in der Bewerbung des Produkts mit dem Preis und nicht erst beim Bestellvorgang. Das gleiche gilt auch für Verpackungskosten. Solltet Ihr solche zusätzlich verlangen, müsst Ihr auch diese bereits erstmalig bei der Preiswerbung angeben.

Checkliste bei der Bewerbung einer Ware mit Preis:

- Brutto-Preis
- Hinweis, dass der Brutto-Preis bereits die Umsatzsteuer enthält (kann z.B. in AGB erfolgen)
- Höhe der Versand- und Verpackungskosten.

Beispiel 1:



Sungsam Fernseher 42 LED Wide Screen
EUR 979,00 inkl. 19 % MwSt.
kostenloser Versand

Beispiel 2:



Sungsam Fernseher 42 LED Wide Screen
EUR 979,00 inkl. 19 % MwSt.
zuzüglich Versand- und Verpackungskosten.

Versandkosten:

innerhalb Deutschlands / Österreichs: EUR 9,90

innerhalb Europas: EUR 14,90

Verpackungskosten: EUR 3,00

Beispiel 3:



Sungsam Fernseher 42 LED Wide Screen

EUR 979,00 inkl. 19 % MwSt.

zuzüglich Versandkosten. Mehr Informationen finden Sie hier <auf Versandkostenabelle verlinken>.

15.2.3 Impressum

Nach dem Telemediengesetz seid Ihr verpflichtet, bestimmte Informationen über Euer Unternehmen auf Eurer Webseite zu führen. Diese Informationen werden allgemein unter dem Begriff **Impressum** zusammengefasst. Das Impressum soll dem Verbraucher die Identifizierung von und eine umgehende Kontaktaufnahme mit Euch ermöglichen. Im Impressum müsst Ihr bestimmte Informationen über Euch zwingend zur Verfügung stellen. Welche Informationen das konkret sind, hängt von Eurem Geschäftsmodell ab. Im Internet finden sich einige kostenlose Generatoren für das Impressum. Dort werdet Ihr durch Fragen geleitet und anhand Eurer Antworten wird automatisch ein Impressum erstellt. Diese Maschinen sind ein guter Einstieg. Es empfiehlt sich aber, die fertige Homepage vor dem Launch durch einen Rechtsanwalt prüfen zu lassen (Webseiten-Check). Bei einer solchen Prüfung kann noch einmal final kontrolliert werden, ob das von Euch selbst erstellte oder automatisch generierte Impressum auch vollständig ist.

Anhaltspunkt für den Inhalt des Impressums sind die folgenden Mindestangaben: Euer Firmenname und die Anschrift, Vorstand, Geschäftsführer oder sonstige vertretungsberechtigte Personen, die Angabe einer aktuellen E-Mail-Adresse, die regelmäßig abgerufen wird, Angaben zu den zuständigen Aufsichtsbehörden, sofern solche existieren (z.B. Bundesnetzagentur, Bundesaufsicht für Finanzdienstleistungen, etc.), Eure Handelsregisternummer sowie Eure Umsatzsteuer-Identifikationsnummer. Die Angabe einer Telefonnummer oder gar Faxnummer ist nicht bei jedem Geschäftsmodell zwingend erforderlich, aber zu empfehlen.



Das Impressum müsst Ihr für den Webseiten-User leicht erkennbar und schnell auffindbar platzieren. Dafür genügt ein mit dem Begriff „Impressum“ gekennzeichnete Link – zum Beispiel am Ende der Webseite –, über den der User die Informationen aufrufen kann. Das Impressum muss aber auch von jeder Unterseite der Webseite aufgerufen werden können.

Checkliste Inhalt Impressum:

- Firmenname und Anschrift
- Vorstand, Geschäftsführer oder sonstige vertretungsberechtigte Personen
- E-Mail-Adresse
- Angaben zu den zuständigen Aufsichtsbehörden (z.B. Bundesnetzagentur, Bundesaufsicht für Finanzdienstleistungen, etc.)
- Handelsregisternummer und Registergericht
- Umsatzsteuer-Identifikationsnummer
- (ggf. Telefonnummer und / oder Faxnummer – freiwillig).



Muster-Impressum:

Sports & Fun GmbH
Sportundfunstrasse 1
12345 Weltmeisterland

info@sportsandfun.de

Telefon: +49 221 – 1234567

Fax: +49 221 – 1234589

Geschäftsführer: Max Müller

Handelsregisternummer: ####

Registergericht: Amtsgericht Weltmeisterland

Umsatzsteuer-Identifikationsnummer: 1234567890

15.2.4 Informationen zur Verwendung personenbezogener Daten

Sofern in irgendeiner Form personenbezogene Daten (siehe zum Begriff der personenbezogenen Daten Kapitel 11) des Kunden erhoben, gespeichert, verwendet oder an Dritte übermittelt werden, das heißt im E-Commerce so gut wie immer, müsst Ihr den Kunden und den Nutzer darüber informieren, um welche Daten es sich dabei handelt, warum Ihr sie braucht, was Ihr damit macht und dass der Kunde sowohl das Recht hat, Auskunft über die zu seiner Person gespeicherten personenbezogenen Daten als auch Löschung, Berichtigung oder Sperrung seiner Daten zu verlangen.

Je nach Umfang der Datenverarbeitung und Geschäftsmodell ist eine so genannte Privacy Policy – oder auch Datenschutzerklärung genannt – nicht zwingend erforderlich. Die Informationen müssen aber auf jeden Fall erfolgen, so dass eine Privacy Policy in aller Regel zu empfehlen ist. Diese ist zudem – wenn sie freundlich

formuliert wird – auch geeignet, Vertrauen beim Nutzer zu schaffen. Die Informationen oder die Privacy Policy müssen ständig verfügbar und für den Nutzer leicht auffindbar sein. Dafür empfiehlt sich ein Link am Ende der Webseite zum Beispiel neben dem Impressum (siehe Ziffer 11.5).

15.2.5 Sonstige Pflichten

Gegebenenfalls können je nach Geschäftsmodell noch weitere Informationspflichten auf Euch zukommen. Werden beispielsweise Geräte zusammen mit Batterien verkauft, bestehen bestimmte Informationspflichten nach dem Batteriegesetz. Für Produkte wie Arzneimittel, medizinische Produkte, Lebensmittel, Elektrogeräte etc. bestehen spezielle Kennzeichnungspflichten. Computerspiele, Musik und Filme können indiziert sein oder nur ab einem bestimmten Alter freigegeben sein. In solchen Fällen können Altersverifikationssysteme erforderlich sein.

Die Anforderungen an Hinweis- und Aufklärungspflichten können völlig unterschiedlicher Natur sein. Eine umfassende und abschließende Darstellung und Erläuterung ist aufgrund der Vielfältigkeit von Geschäftsmodellen im Rahmen dieses e-book nicht möglich. Ihr solltet Euch daher unbedingt rechtlichen Rat holen, um sicherzustellen, dass Ihr alle Anforderungen erfüllt und alle Hinweise und Kennzeichnungen korrekt platziert.

15.2.6 Relevanz für Start-ups

Die Nichteinhaltung der oben genannten Pflichten und auch die nicht korrekte Information können für Euch vor allem finanzielle Folgen haben. Verstöße gegen diese Vorschriften werden häufig mit hohen Bußgeldern geahndet. Verbände können Euch wegen wettbewerbswidrigen Verhaltens abmahnen und bei erneutem Verstoß auf Unterlassung verklagen. In diesen Fällen müsst Ihr die Abmahnkosten tragen und bei Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung bei jedem weiteren Verstoß empfindliche Vertragsstrafen zahlen.

Der Verbraucher kann zudem von Euch Schadensersatz verlangen, wenn er durch den Verstoß einen Schaden erlitten hat.

15.3 Widerrufsrecht

Wenn Ihr Waren, Dienst- und Finanzdienstleistungen im Internet anbietet, steht dem Verbraucher in der Regel ein so genanntes Widerrufsrecht zu. Das bedeutet, dass er den Vertrag innerhalb eines bestimmten Zeitraums (der gesetzliche Regelzeitraum beträgt zwei Wochen) ohne Angabe von Gründen einseitig wieder aufheben kann, indem der Verbraucher gegenüber Euch in Textform (z.B. per E-Mail) den „Widerruf“ erklärt oder die Ware innerhalb dieses Zeitraums zurücksendet. Der Gesetzgeber will damit dem Verbraucher die Möglichkeit geben, die Ware – die er nur online und anhand Eurer Beschreibung gesehen hat – zu prüfen. Ein Widerrufsrecht für Unternehmer sieht das Gesetz dagegen nicht vor. Ihr könnt natürlich freiwillig allen Kunden, egal ob sie Verbraucher oder Unternehmer sind, ein Widerrufsrecht einräumen. Wirtschaftlich ist dies bei vielen Geschäftsmodellen aber nicht zu empfehlen, da mit dem Widerruf ein großer logistischer und somit auch finanzieller Aufwand verbunden ist. Wenn Ihr also nur Euren gesetzlichen Pflichten nachkommen wollt, solltet Ihr bei dem Bestellvorgang zwischen der Bestellung durch Verbraucher (mit Widerrufsrecht) und der Bestellung durch Unternehmer (ohne Widerrufsrecht) differenzieren.

Ob ein Widerrufsrecht besteht oder nicht, hängt immer von Eurem konkreten Geschäftsmodell ab. Bei dem Verkauf von Waren besteht es fast immer. Der Begriff der Dienstleistungen ist sehr weit zu verstehen. Darunter kann alles Mögliche fallen, auch die Erbringung von Online-Leistungen, wie dem Angebot von Online-Spielen, das Angebot von „Software as a Service“ etc. Daher kann auch bei sonstigen Angeboten oft ein Widerrufsrecht bestehen. Im Gesetz sind aber auch einige Ausnahmen vorgesehen. Liegen diese vor, hat der Verbraucher ausnahmsweise kein Widerrufsrecht. Ihr solltet immer von einem Rechtsanwalt prüfen lassen, ob ein Widerrufsrecht besteht, um ganz sicher gehen zu können, und Euch im Hinblick auf die konkrete Ausgestaltung unbedingt beraten lassen.



Beachtet, dass Ihr – auch wenn kein Widerrufsrecht besteht, weil eine Ausnahme greift – den Verbraucher darauf hinweisen müsst, dass ein solches nicht besteht.

15.3.1 Widerrufsbelehrung

Von besonderer Wichtigkeit und Bedeutung ist die Belehrung des Verbrauchers über sein Widerrufsrecht. Dies ist zwingend erforderlich. Hier passieren praktisch die meisten Fehler. Wird gar nicht, fehlerhaft, in falscher Form oder auch nur zum falschen Zeitpunkt über das Widerrufsrecht belehrt, verlängert sich zum einen die Frist, in welcher widerrufen werden kann, zugunsten des Verbrauchers (siehe dazu unter Ziffer 12.3.2) und zum anderen können Wettbewerber Euch abmahnen.

Insbesondere der richtige Inhalt des Widerrufsrechts hat Unternehmern in der Vergangenheit große Probleme bereitet und für zahlreiche Abmahnwellen gesorgt. Seit Juni letzten Jahres gibt es eine Musterwiderrufsbelehrung, die Gesetzesrang hat. Wenn Ihr diese – mit den richtigen Textbausteinen – verwendet, könnt Ihr zumindest nicht mehr von Wettbewerbern wegen einer inhaltlich falschen Widerrufsbelehrung abgemahnt werden. Deswegen solltet Ihr unbedingt dieses Muster verwenden.

Leider birgt aber auch das Muster einige Fallstricke. Es muss je nach Geschäftsmodell um bestimmte vorgegebene Textbausteine ergänzt oder gekürzt werden. Zudem muss das Muster rechtzeitig ausgetauscht werden, wenn es vom Gesetzgeber geändert wird. Denn nur in seiner jeweils aktuell gesetzlich gültigen Fassung schützt es Euch vor Abmahnungen und der Verlängerung der Widerrufsfrist.

Zeitlich müsst Ihr über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Widerrufsrechts bereits vor der Bestellung des Verbrauchers hinweisen. Dabei genügt ein deutlicher Hinweis im Bestellvorgang im Online-Shop. Dieser kann zum Beispiel folgendermaßen ausgestaltet sein:

Sie können den Vertrag innerhalb von 14 Tagen widerrufen. Einzelheiten zu Ihrem Widerrufsrecht finden Sie hier <Link auf Widerrufsbelehrung setzen, ent-

weder auf einer separaten Seite oder auf die entsprechende Stelle innerhalb Eurer AGB>.

Noch vor Vertragsschluss seid Ihr verpflichtet, über die genauen Einzelheiten des Widerrufsrechts wie die Ausübung, Informationen zu den Rücksendekosten etc., (dies befindet sich alles in der Musterwiderrufsbelehrung) in Textform, d.h. in dauerhaft wiedergabe- und speicherbarer Form, zu belehren. Diese Belehrung mit dem Inhalt der Musterbelehrung sollte sinnvollerweise in der oben erwähnten automatischen Bestätigungs-E-Mail unmittelbar nach der Bestellung erfolgen. So wahrt Ihr die gesetzliche Vorgabe, vor Vertragsschluss in Textform zu belehren und könnt zudem protokollieren, dass Ihr eine E-Mail mit der Widerrufsbelehrung an den Verbraucher versandt habt. Dadurch verschafft Ihr Euch schon einmal ein Beweismittel für den Fall, dass es zu einem Rechtsstreit kommt und der Verbraucher behaupten sollte, er sei nicht belehrt worden. Lässt Euer Geschäftsmodell eine Belehrung vor Vertragsschluss nicht zu, könnt Ihr seit Juni 2010 auch noch „*unverzüglich nach Vertragsschluss*“ belehren und dennoch die gesetzlichen Zeitvorgaben wahren. Juristisch bedeutet unverzüglich „ohne schuldhaftes Zögern“. Was dies für den Zeitpunkt der Widerrufsbelehrung genau heißt, wird durch die Gerichte noch geklärt werden müssen. In anderen Fällen sollte „unverzüglich“ zeitlich je nach Einzelfall innerhalb von ein bis drei Tagen noch gegeben sein. Aufgrund der technischen Möglichkeiten im E-Commerce ist aber nicht davon auszugehen, dass Ihr Euch so lange Zeit lassen dürft. Vermutlich wird sich „unverzüglich“ im Rahmen von Minuten bis zu wenigen Stunden nach Vertragsschluss einpendeln. Ihr solltet daher am Besten unmittelbar nach Vertragsschluss eine E-Mail mit der Widerrufsbelehrung versenden, um eine Fristverlängerung (siehe dazu unter Ziffer 12.3.2) zu vermeiden.

Beachten müsst Ihr zudem, dass Ihr dem Verbraucher die Kosten der Rücksendung der Ware bei einem Widerruf nur bis zu einem Warenwert von EUR 40,00 auferlegen dürft. Kostet die Ware mehr als EUR 40,00 müsst Ihr die Rücksendekosten selbst tragen. Die Kosten der Zusendung zum Verbraucher müsst Ihr immer übernehmen und dem Verbraucher – wenn er schon gezahlt hat – zurückerstatten.

15.3.2 Widerrufsfrist

Die Widerrufsfrist beträgt 14 Tage, wenn Ihr

- den Verbraucher vor Vertragsschluss oder unverzüglich danach korrekt (Inhalt und Form) über sein Widerrufsrecht belehrt habt und
- Ihr Euren Informationspflichten vor Vertragsschluss (siehe dazu unter Ziffer 12.2.1) nachgekommen seid.

Wurde erst später belehrt, so beträgt die Widerrufsfrist einen Monat. Sie beginnt zudem erst dann zu laufen, wenn Ihr den Informationspflichten vor Vertragsschluss (siehe dazu unter Ziffer 12.2.1) nachgekommen seid. Wurde fehlerhaft belehrt, beginnt die Frist erst zu laufen, wenn Ihr eine korrekte Belehrung nachgeholt habt. Belehrt Ihr gar nicht oder versäumt Ihr es, eine fehlerhafte Belehrung zu korrigieren, erlischt das Widerrufsrecht für den Verbraucher nicht. Er kann auch noch nach Jahren widerrufen.

15.3.3 Rückgaberecht

Anstelle des Widerrufsrechts könnt Ihr unter ganz bestimmten Voraussetzungen dem Verbraucher auch ein Rückgaberecht einräumen. Auch für dieses existiert eine Musterrückgabebelehrung. Praktisch hat das Rückgaberecht aber eine viel geringere Bedeutung und wird hier daher nicht weiter erörtert.

15.3.4 Relevanz für Start-ups

Eine falsche, zu späte oder gar keine Widerrufsbelehrung birgt für Euch zahlreiche finanzielle Risiken. Das Risiko, durch Wettbewerber abgemahnt zu werden, ist praktisch sehr hoch. Die Erfahrungen der letzten Jahre zeigen, dass Abmahnwellen kein theoretisches Schreckensszenario, sondern gängige Praxis sind. Zudem besteht die Gefahr, dass die Widerrufsfrist sich auf einen Monat (zeitlich zu späte Be-

lehrung oder korrigierte zunächst fehlerhafte Belehrung) oder praktisch unendlich verlängert (keine oder nicht korrigierte falsche Belehrung). Verbraucher können dann für Euch unkalkulierbar gegebenenfalls Waren noch Jahre später zurückgeben.

Gerade im Hinblick auf das Widerrufsrecht empfehlen wir Euch daher dringend, eine rechtliche Beratung in Anspruch zu nehmen, um diese Risiken zu vermeiden und daraus resultierende wirtschaftliche Einbußen bereits von vornherein zu vermeiden.

15.4 Unsere Empfehlung

Die Informations-, Kennzeichnungs- und Belehrungspflichten des Unternehmens im E-Commerce sind äußerst komplex und bei der Ausgestaltung sehr fehleranfällig. Zusätzlich besteht vor allem das große Risiko, von Wettbewerbern bei fehlerhaften Informationen etc. abgemahnt zu werden, ganz zu schweigen von denkbaren Geldbußen und den finanziellen Risiken eines „unendlichen“ Widerrufsrechts. Um diese Risiken zu vermindern, empfehlen wir Euch, bestmöglich bereits vor der Live-Schaltung Eures Online-Shops eine rechtliche Beratung in Anspruch zu nehmen und Euch bei der Umsetzung der Pflichten im E-Commerce helfen zu lassen. Unmittelbar vor dem Launch der Webseite empfiehlt sich ein finaler rechtlicher Webseiten-Check, um sicherzustellen, dass Ihr alle Pflichten richtig und komplett erfüllt. Die Ausgabe dieser Kosten lohnt sich im Vergleich zu den Kosten, die bei falscher Umsetzung auf Euch zukommen können.



Anneke Klütsch
Rechtsanwältin
Innere Kanalstr. 15 50823 Köln
T +49 (0) 221 5108 4080
E anneke.kluetsch@osborneclarke.de

16 Gewerbliches Mietrecht

16.1 Einleitung

Bei jeder Unternehmensgründung wird das Start-up bzw. der Gründer auch mit Fragen des gewerblichen Mietrechts konfrontiert, schließlich braucht es für die Umsetzung der Geschäftsidee in der Regel Räumlichkeiten zur Steuerung und Durchführung der geplanten Tätigkeiten. Im Rahmen der Anmietung der Geschäftsräume stellt sich dabei aus Sicht des Gründers zunächst die Frage nach dem richtigen Standort der Gewerbeimmobilie und dann vor allem nach der inhaltlichen Ausgestaltung des Mietvertrages.

In diesem Kapitel wollen wir zeigen, worauf beim Abschluss eines gewerblichen Mietvertrages unter anderem geachtet werden sollte. Denn der gesetzliche Schutz des Geschäftsraummieters ist sehr stark eingeschränkt und bei weitem nicht vergleichbar mit den gesetzlichen Schutzbestimmungen des Wohnraummieters. Das zeigt sich unter anderem daran, dass kein Kündigungs- und Bestandsschutz, besteht wie er aus dem Wohnraummietrecht geläufig ist. Auch die Vorschriften zur Regelung der Miethöhe gelten nicht. Ferner entfallen der spezielle Räumungsschutz für Mietraum und der ausschließliche Gerichtsstand des Amtsgerichts. Umso mehr kommt der Gestaltung des Gewerbebaumietvertrages besondere Bedeutung zu.

16.2 Standortfaktoren

Bei der Suche nach dem perfekten Standort der Geschäftsräume spielen zum Beispiel die folgenden Faktoren eine Rolle: Kosten, Arbeitskräfte, Infrastruktur, Verkehrsanbindung, Erweiterungsmöglichkeiten, Nähe zu Auftraggebern und Lieferanten, Mieterstruktur, Image, Vermieterservice, usw.

16.3 Schriftform

Mietverträge bedürfen nur dann zwingend der Schriftform, wenn sie für einen längeren Zeitraum als ein Jahr abgeschlossen werden. Dieses Erfordernis gilt auch für etwaige spätere Nachträge oder Ergänzungen zum Mietvertrag. Ungeachtet dessen empfiehlt es sich aber immer – schon zu Dokumentations- und Beweis Zwecken – einen schriftlichen Mietvertrag abzuschließen.

Dass zur Einhaltung der Schriftform verlangt wird, dass eine einheitliche Vertragsurkunde von beiden Vertragsparteien eigenhändig unterzeichnet werden muss, liegt noch auf der Hand. Weniger offensichtlich, aber ebenso bedeutsam für die Wahrung der Schriftform ist, dass der Vertragstext alle wesentlichen Absprachen enthalten muss. Unverzichtbar ist dabei die genaue Bezeichnung des Mietobjekts, der Vertragsparteien, der Vertragsdauer, des Mietzinses sowie der sonstigen gegenseitigen Verpflichtungen sowie die Erlaubnis bzw. das Verbot der Untervermietung. Besonders fehleranfällig ist hierbei die genaue Bezeichnung des Mietobjektes hinsichtlich Ort, Lage und Größe. Genau zu bezeichnen sind insoweit etwa auch etwaige mit angemietete Kellerräume oder PKW-Stellplätze. Um Ungenauigkeiten bei der Beschreibung des Mietgegenstandes zu vermeiden ist es häufig empfehlenswert, dem Mietvertrag einen Lageplan anzufügen, in dem das Mietobjekt farblich markiert ist und auf den ausdrücklich Bezug genommen wird. Fehleranfällig ist auch die erforderliche genaue Bezeichnung der Mietparteien bzw. derjenigen Personen, die den Mietvertrag unterschreiben. Es muss dabei beachtet werden, dass die (im Handelsregister angegebenen) Vertretungsverhältnisse im Mietvertrag präzise genannt werden.



Wird die vorgeschriebene Form nicht beachtet, so bleibt der Vertrag dennoch wirksam, gilt aber als auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Das bedeutet in der Praxis, dass der Mietvertrag frühestens zum Schluss des ersten Vertragsjahres kündbar ist. Die Frist beginnt in der Regel mit der Überlassung der Mietsache. Für den Fall von Formverstößen beim Abschluss von Nachtrags- bzw. Ergänzungsvereinbarungen gilt grundsätzlich der gesamte Vertrag als auf unbestimmte Zeit geschlossen, also auch der eigentlich zuvor formgültig abgeschlossene ursprüngliche Mietvertrag. Die Mindestlaufzeit von einem Jahr beginnt dann mit Abschluss des Änderungs- bzw. Ergänzungsvertrages.

16.4 Miete

16.4.1 Ausgestaltung des Mietzinses

Für die Höhe des Mietzinses gibt es bei Gewerberaummietverhältnissen keine gesetzliche Regelung, so dass die Vertragsparteien grundsätzlich frei sind hinsichtlich der vertraglichen Miethöhe.

16.4.2 Umsatzsteuer

Soll zuzüglich zum Mietzins die jeweils geltende Umsatzsteuer entrichtet werden, so ist dies ausdrücklich im Vertrag aufzunehmen. Denn ohne ausdrückliche Vereinbarung besteht keine Verpflichtung, neben der Miete und den Nebenkosten Umsatzsteuer zu leisten.

Umsätze aus der Vermietung von Immobilien sind für den Vermieter aufgrund gesetzlicher Regelung grundsätzlich umsatzsteuerfrei. Der Vermieter hat jedoch die Möglichkeit für die Umsatzsteuer zu optieren. Ist dies der Fall, muss der Mietvertrag eine Klausel enthalten, indem sich der Mieter dazu verpflichtet, das Mietobjekt ausschließlich für die Erzielung von Umsätzen zu verwenden, die den Vorsteuerabzug des Vermieters nicht ausschließen. Für den Mieter bedeutet dies, dass er in den Mieträumen mindestens zu 95% umsatzsteuerpflichtige Geschäfte tätigen muss.

Der Vermieter wird häufig versuchen Schadensersatzpflichten des Mieters daran zu knüpfen, falls dieser gegen die Verpflichtung zur Tätigkeit ausschließlich umsatzsteuerpflichtiger Umsätze verstößt.

16.4.3 Wertsicherung

Der Vermieter hat regelmäßig ein Interesse daran, Kaufkrafteinbußen durch die Vereinbarung von Mietanpassungsklauseln auszugleichen. Zwei häufig anzutreffende Formen zur Mietzinsanpassung sind dabei beispielhaft die Vereinbarung einer Staffelmiete und die Aufnahme einer Wertsicherungsklausel.

16.4.3.1 Staffelmiete

Eine Staffelmiete sieht eine Mietzinserhöhung um einen bestimmten Betrag oder Prozentsatz jeweils nach Ablauf eines bestimmten Zeitraums vor. Bei der Ausgestaltung dieser Faktoren für die Staffelmiete sind die Parteien des Gewerbemietvertrages frei. Nachteil der Staffelmiete ist, dass nicht sicher vorhergesagt werden kann, ob das Mietniveau sich tatsächlich wie erwartet entwickelt. Der hierdurch Benachteiligte kann die negative Abweichung nicht einwenden, um eine überhöhte Mietzinssteigerung abzuwehren oder eine stärkere Anhebung als vereinbart durchzusetzen.

16.4.3.2 Wertsicherungsklausel

Unter bestimmten Voraussetzungen sind auch sogenannte Indexklauseln zulässig, die eine automatische Anpassung des Mietzinses im selben Verhältnis wie die Veränderung eines Lebenshaltungskostenindex vorsehen. Erforderlich ist dafür, dass eine langfristige Bindung des Vermieters vorliegt mit einer Mindestlaufzeit von 10 Jahren. Während dieser Zeit muss für den Vermieter die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung ausgeschlossen sein. Möglich ist jedoch, dass der Mieter das Mietverhältnis vor Ablauf der mindestens zehnjährigen Festlaufzeit kündigt. Darüber hinaus muss die Preisklausel an einen bestimmten Wertmesser gekoppelt sein,

zum Beispiel den des Statistischen Bundesamtes. Zuletzt darf keine Partei unangemessen benachteiligt werden, etwa weil nur einseitig eine Erhöhung, nicht aber eine Ermäßigung des Wertmessers vorgesehen ist.

16.5 Betriebskosten

Wenn im Vertrag nichts anderes vereinbart ist, dann sind mit dem Mietzins alle Nebenkosten abgegolten. Nebenkosten sind dabei alle Kosten, die durch den laufenden Betrieb des Objekts veranlasst werden und periodisch wiederkehren. Regelmäßig enthalten Mietverträge jedoch Regelungen, durch die die Betriebskosten auf die Mieter umgelegt werden. Dabei können im Gewerberaummietverhältnis – anders als im Wohnraummietverhältnis – sämtliche Nebenkosten auf den Mieter umgelegt werden. Es ist daher ratsam, die mietvertraglichen Bestimmungen zu den Betriebskosten sorgfältig zu formulieren und zu prüfen. Idealerweise sollten alle umzulegenden Nebenkosten samt anzuwendendem Verteilerschlüssel im Mietvertrag ausdrücklich aufgeführt werden. Möglich ist auch ein Verweis auf § 2 der Betriebskostenverordnung, der jedoch – weil er auf Wohnraummietverhältnisse zugeschnitten ist – nicht alle bei Geschäftsräumen möglichen Betriebskosten aufzählt.

Die Belastung des Mieters mit den Betriebskosten wird in der Praxis dergestalt gelöst, dass entweder eine Betriebskostenpauschale zu zahlen ist oder eine Betriebskostenvorauszahlung. Im Fall der Betriebskostenpauschale braucht der Vermieter über die Betriebskosten nicht abzurechnen. Anders im Fall der Betriebskostenvorauszahlung. Hier schuldet der Vermieter dem Mieter eine regelmäßige Betriebskostenabrechnung. Eine gesetzliche Frist ist hierfür im Gewerbemietrecht nicht vorgesehen. Es wird jedoch allgemein in Anlehnung an das Wohnraummietrecht eine Abrechnung spätestens 12 Monate nach Ende des Betriebsjahres verlangt. Im Gegensatz zum Wohnraummietrecht führt eine Nichteinhaltung dieser Abrechnungsfrist jedoch nicht dazu, dass der Vermieter mit der Abrechnung nach diesem Zeitpunkt ausgeschlossen ist.



16.6 Mietsicherheit

Der Vermieter verlangt regelmäßig die Stellung einer Mietsicherheit, um sich gegen den Zahlungsausfall des Mieters abzusichern. Anders als im Wohnraummietrecht ist die Höhe dieser Sicherheit nicht auf maximal drei Monatsmieten beschränkt. Die praktisch häufigsten Fälle von Mietsicherheiten sind die Barkaution und die Bankbürgschaft. Dabei ist zu beachten, dass die Barkaution durch den Vermieter grundsätzlich – auch wenn eine entsprechende Vereinbarung im Vertrag fehlt – zu verzinsen ist. Es kann allerdings abweichend vereinbart werden, dass die Verzinsung ausgeschlossen wird. Die Bankbürgschaft verursacht dagegen regelmäßig Kosten in Form einer an die die Bürgschaft gewährende Bank zu zahlenden Avalprovision.

16.7 Gebrauchsüberlassung an Dritte

16.7.1 Untervermietung

Bei langfristigen Mietverträgen, innerhalb deren Laufzeit das Recht zur ordentlichen Kündigung ausgeschlossen ist, sind Klauseln zur Untervermietung für den Mieter von großer Bedeutung.

Das Gesetz sieht vor, dass die Untervermietung zwar gestattet ist, aber der Genehmigung des Vermieters bedarf. Abweichende Vereinbarungen sind möglich, bedürfen aber einer vertraglichen Vereinbarung. Dementsprechend ist es möglich, in den Mietvertrag eine Klausel aufzunehmen, die dem Mieter generell die Untervermietung ohne Zustimmung des Vermieters gestattet.

16.7.2 Personelle und Rechtsformänderungen auf Seiten des Mieters

Als Gebrauchsüberlassung an Dritte und damit grundsätzlich zustimmungsbedürftig seitens des Vermieters können auch personelle und Rechtsformänderungen auf Seiten des Mieters sein. Wenn zum Beispiel der Mieter einen Partner aufnimmt und nunmehr sein Unternehmen, das die Mietsache nutzt, in der Rechtsform einer GbR

oder einer oHG betreibt, so stellt dies eine erlaubnispflichtige Gebrauchsüberlassung an einen Dritten dar. Veräußert der Mieter sein Einzelunternehmen und führt der Käufer dieses unter derselben Firma fort, liegt ebenfalls eine Gebrauchsüberlassung an einen Dritten vor. Dasselbe gilt, wenn der Mieter sein Unternehmen in eine bestehende offene Handels- oder Kommanditgesellschaft einbringt, da dann eine andere Rechtspersönlichkeit die Mietsache gebraucht.

Anders dagegen bei Rechtsformänderungen des Mieters. Diese stellen keine erlaubnispflichtige Gebrauchsüberlassung dar. Dies ergibt sich in der Regel bereits aus dem Umwandlungsgesetz. Auch bei bloßem Wechsel von Gesellschaftern oder Geschäftsführern besteht weitestgehend Einigkeit, dass es sich hier nicht um eine Gebrauchsüberlassung an einen Dritten handelt – und zwar weder bei juristischen Personen noch bei Personenhandelsgesellschaften.

16.8 Rechte des Mieters bei Mängeln

Wie bei jedem anderen vertraglichen Schuldverhältnis stehen dem Mieter grundsätzlich Gewährleistungsansprüche zu, wenn die Mietsache mit Mängeln behaftet ist. So kann der Mieter etwa den Mietzins der Höhe nach mindern, wenn die Mieträume zu Beginn des Mietverhältnisses oder danach mit einem Mangel behaftet sind, der die vertragsgemäße Nutzung aufhebt oder beeinträchtigt. Dabei kommt es nicht darauf an, ob den Vermieter am Entstehen des Mangels ein Verschulden trifft oder nicht. Voraussetzung der Mietminderung ist aber, dass der Mieter dem Vermieter den Mangel unverzüglich angezeigt hat.

Die Gewährleistungsvorschriften des BGB sind allerdings – anders als im Wohnraummietrecht – nicht zwingend. Die Parteien eines Gewerbemietvertrages können also die Gewährleistungsansprüche und -voraussetzungen abweichend von der gesetzlichen Regelung vertraglich festlegen.

16.8.1 Mietminderung

Das Minderungsrecht kann im Gewerbemietvertrag sowohl individualvertraglich als auch formularvertraglich eingeschränkt werden. Nicht möglich ist dagegen der formularmäßige vollständige Ausschluss des Mietminderungsrechtes. Aus Sicht des Mieters ist eine Beschränkung des Minderungsrechts nachteilig, da er hierdurch ein erhebliches Druckmittel aus der Hand gibt. Es sollte daher zumindest darauf geachtet werden, dass das Minderungsrecht nicht allzu sehr auf verschuldensabhängige Mängel beschränkt wird.

16.8.2 Zurückbehaltungsrecht

Neben dem Minderungsrecht steht dem Mieter im Fall der Mangelhaftigkeit der Mietsache ein Zurückbehaltungsrecht zu. Eine Beschränkung ist individualvertraglich wie formularvertraglich zulässig, wenn dies unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Gegenforderungen betrifft.

16.8.3 Schadensersatz

Auch die Schadensersatzpflicht des Vermieters kann einzelvertraglich abbedungen werden. Beim formularmäßigen Ausschluss ist zu differenzieren. Die den Vermieter treffende anfängliche Garantiehaftung für vor Vertragsschluss bereits bestehende Mängel kann grundsätzlich ausgeschlossen werden. Die nachträgliche verschuldensabhängige Haftung des Vermieters kann dagegen jedenfalls für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit nicht abbedungen werden. Möglich ist dagegen der Ausschluss von Schadensersatzansprüchen bei leichter Fahrlässigkeit des Vermieters – solange jedenfalls nicht Schadensersatzansprüchen des Mieters wegen Sachschäden betroffen sind, die durch Mängel der Mietsache verursacht wurden, für die der Vermieter infolge leichter Fahrlässigkeit verantwortlich ist. Ein derartiger Haftungsausschluss würde die Kardinalpflicht des Vermieters einschränken, die Mietsache in einem vertragsgemäßen Zustand zu erhalten.

16.8.4 Aufrechnung

Dem Mieter steht grundsätzlich auch die Möglichkeit zu, gegen Ansprüche des Vermieters, wie etwa der auf Zahlung des Mietzinses, mit eigenen Gegenansprüchen aufzurechnen. Auch dieses Recht kann jedoch in gewerblichen Mietverträgen - auch formularmäßig – auf unstreitige oder rechtskräftig festgestellte Forderungen beschränkt werden. Wem diese Beschränkung zu weitgehend ist, kann alternativ zur Beschränkung der Aufrechnungsmöglichkeiten eine Verpflichtung des Mieters vorsehen, die Aufrechnung vorab mit einer gewissen Frist anzukündigen.

16.9 Vertragsdauer

Es steht den Parteien frei, welche Vertragsdauer des Mietvertrages sie vereinbaren. Grundsätzlich möglich ist dabei sowohl die Vereinbarung von befristeten wie auch von unbefristeten Mietverträgen. Bei befristeten Verträgen, also solchen mit fest vereinbarter Laufzeit, besteht die Möglichkeit sogenannte Verlängerungs- oder Optionsklauseln aufzunehmen. Verlängerungsklauseln zeichnen sich dadurch aus, dass die auf bestimmte Zeit abgeschlossenen Mietverträge sich automatisch verlängern, sofern nicht eine Vertragspartei der Verlängerung widerspricht. Bei der Optionsklausel dagegen wird dem Mieter innerhalb einer Frist das Recht eingeräumt, durch einseitige Erklärung das Vertragsverhältnis zu verlängern. Der Vermieter ist dann an diese verlängerte Vertragslaufzeit gebunden.

Zu beachten ist auch die gesetzliche Regelung, wonach das Vertragsverhältnis sich auf unbestimmte Zeit verlängert, wenn nach Vertragsende der Gebrauch der Mietsache fortgesetzt wird. Um diese Rechtsfolge zu vermeiden, empfiehlt es sich, im Mietvertrag die Geltung der Regelung auszuschließen.

16.10 Beendigung des Mietverhältnisses

Die Ausgestaltung der Mietverträge im Hinblick auf die Vertragslaufzeit hat unmittelbare Auswirkungen auf die Beendigungsmöglichkeiten des Vertrages. So besteht

bei befristeten Mietverträgen – vorbehaltlich einer abweichenden vertraglichen Regelung – keine Möglichkeit der ordentlichen Kündigung. Befristete Mietverhältnisse enden daher regelmäßig durch Zeitablauf – vorbehaltlich einer Verlängerungsklausel. Unbefristete Mietverhältnisse dagegen können während der Vertragsdauer unter Einhaltung der Kündigungsfristen (und zwar ohne Angabe von Gründen) jederzeit ordentlich gekündigt werden. Nach dem Gesetz ist die ordentliche Kündigung bei der Geschäftsraummiete spätestens am dritten Werktag eines Kalendervierteljahres für den Ablauf des nächsten Kalendervierteljahres zulässig. Den Parteien steht es jedoch im Gewerbemietrecht frei, von der gesetzlichen Regelung abweichende längere oder kürzere Kündigungsfristen zu vereinbaren. Bei Vorliegen eines wichtigen Grundes können sowohl befristete als auch unbefristete Mietverträge außerordentlich gekündigt werden. Unter welchen Voraussetzungen ein solcher wichtiger Grund vorliegt, sollte in den Vertrag aufgenommen werden. In jedem Fall muss ein Verstoß gegen wesentliche Vertragsbestimmungen vorliegen, die ein Festhalten am Vertrag unter Abwägung der beiderseitigen Interessen nicht mehr zumutbar machen. Die Beendigung der gewerblichen Tätigkeit oder das Auftreten wirtschaftlicher Schwierigkeiten stellen dabei grundsätzlich keinen wichtigen Grund dar, der eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen würde.

Für den Fall, dass die Mietvertragsparteien sich einig sind, dass der Mietvertrag vorzeitig beendet werden soll, besteht selbstverständlich auch die Möglichkeit, einen Aufhebungsvertrag zu schließen.

16.11 Bauliche Veränderungen und Rückbauverpflichtung

Der Mieter hat auch ohne ausdrückliche Vereinbarung die Pflicht, vor baulichen oder sonstigen Änderungen des Mietobjektes, die in die Substanz, den Grundriss oder das äußere Erscheinungsbild des Mietobjektes eingreifen, die Zustimmung des Vermieters einzuholen. Es kann vertraglich vereinbart werden, dass die Zustimmung schriftlich zu erteilen ist. Ohne Zustimmung des Vermieters kann der Mieter dagegen Maßnahmen vornehmen, die zum Mietgebrauch gehören, wie z. B.

Setzen von Nägeln und Dübeln, Einbau von Raumteilern oder Schiebetüren, Einbauküchen, Verkleben von Teppichböden, etc.

Werden bauliche Veränderungen durch den Mieter vorgenommen, stellt sich stets die Frage des Rückbaus bei Vertragsende. Es sollte daher schon bei der Genehmigung abgesprochen werden, ob ein Rückbau erforderlich ist oder nicht. Der Vermieter kann dabei seine Zustimmung zu baulichen Veränderungen gegebenenfalls von einer zusätzlichen Sicherheitsleistung für die Rückbaukosten abhängig machen. Haben die Mietvertragsparteien keine Regelung getroffen, ist der Mieter stets zum Rückbau und zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands verpflichtet.

16.12 Instandhaltung und Instandsetzung

Die Instandhaltung und Instandsetzung des Mietobjekts und die damit verbundenen Kosten obliegen grundsätzlich dem Vermieter. Unter den Kosten der Instandhaltung werden dabei in der Regel die Kosten verstanden, die zur Erhaltung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs aufgewendet werden müssen, um die durch Abnutzung, Alterung und Witterungseinwirkung entstehenden baulichen und sonstigen Mängel ordnungsgemäß zu beseitigen. Beispielhaft seien hier Wartungsarbeiten genannt. Unter Instandsetzung werden dagegen in der Regel die Maßnahmen zur Reparatur der Mietsache bezeichnet.

Durch Individualvereinbarung können sowohl die Instandhaltung als auch die Instandsetzung sowie die damit verbundenen Kosten in weitem Umfang auf den Mieter abgewälzt werden. Auch durch Formularvereinbarung ist eine Überwälzung möglich, unterliegt jedoch weitergehenden Einschränkungen. So muss sich die Klausel auf die Verpflichtung zur Reparatur solcher Schäden beziehen, die auf dem Mietgebrauch beruhen oder aus dem Risikobereich des Mieters stammen. Die Einschränkungen bedeuten, dass die Abwälzung vornehmlich die Erhaltungslast hinsichtlich des Inneren des Mietobjekts betrifft. Folglich ist beispielhaft eine Übertragung der Instandhaltung von Dach und Fach in AGB nicht zulässig.

16.13 Schönheitsreparaturen

Unter Schönheitsreparaturen versteht man im Mietrecht die Behebung von Schäden und Mängeln, die sich bei vertragsgemäßem Gebrauch des Mietgegenstandes infolge natürlicher Abnutzung, Alterung und Witterungseinflüssen zwangsläufig ergeben (in der Regel das Streichen und das Tapezieren).

Nach dem gesetzlichen Leitbild ist der Vermieter zur Durchführung der Schönheitsreparaturen verpflichtet. In der Praxis bildet diese Regelung jedoch die absolute Ausnahme. Vielmehr wird die Renovierungspflicht durch Individual- oder Formularvereinbarung regelmäßig auf den Mieter abgewälzt. Voraussetzung hierfür ist eine ausdrückliche und hinreichend genaue Vereinbarung der Parteien.

Im Gewerberaummietrecht steht es den Mietvertragsparteien weitgehend frei, die Pflicht zur Durchführung der Schönheitsreparaturen individualvertraglich auf den Mieter zu übertragen. Dies gilt sowohl für die Durchführung der laufenden Schönheitsreparaturen während des Mietverhältnisses als auch für Vereinbarungen über Anfangs- oder Endrenovierungen. Hinsichtlich individualvertraglicher Ausgestaltung bestehen insoweit keine Schranken.

Anders ist die Situation in Bezug auf Formularmietverträge. Unwirksam sind hier zum Beispiel Klauseln, die eine starre Fristenregelung hinsichtlich der Durchführung der laufenden Schönheitsreparaturen vorsehen. Ebenso unwirksam sind Endrenovierungsklauseln, die den Mieter unabhängig vom Bedarf bzw. vom Zeitpunkt der letztenmaligen Durchführung der Arbeiten zur Renovierung verpflichten.





Anne Gebel
Rechtsanwältin
Innere Kanalstr. 15 50823 Köln
T +49 (0) 221 5108 4080
E anne.gebel@osborneclarke.de

17 Geltendmachung und Durchsetzung von Forderungen im Inland

17.1 Einleitung

Leider kommt es hin und wieder vor, dass Kunden für die erbrachten Leistungen nicht oder nicht vollständig bezahlen. Die Gründe hierfür sind unterschiedlich. Neben Zahlungsschwierigkeiten ist ein häufiger Grund auch die Behauptung des Kunden, dass die Leistung nicht oder nur schlecht erbracht worden sei.

In dieser Situation stellt sich immer die Frage: Was tun? Damit verbunden sind natürlich weitere Fragen wie: Was kostet das? Wie viel Zeit bleibt mir dafür?

Das folgende Kapitel soll Euch einen groben Überblick über Möglichkeiten der Forderungsdurchsetzung, die damit üblicherweise verbundenen Kosten sowie das Problem der Verjährung von Forderungen geben.

17.2 Möglichkeiten zur Geltendmachung und Durchsetzung von Forderungen

Grundsätzlich gibt es die folgenden Möglichkeiten, mit denen auf die Bezahlung der offenen Forderungen hingewirkt werden kann. Welche Alternative man wählt, bleibt dabei immer eine Frage des Einzelfalls.



17.2.1 Aufforderungsschreiben ("Mahnung")

Bevor – auch unter Zuhilfenahme eines Anwalts – gerichtliche Schritte eingeleitet werden, sollte der Kunde gemahnt, d.h. zur Zahlung aufgefordert, werden.

Die Vorteile einer Mahnung sind:

- Unkomplizierte und kostenfreie Abwicklung der Angelegenheit, falls sich her-ausstellt, dass der Kunde einfach nur "vergessen" hat, die Rechnung zu bezahlen.
- Der Kunde wird in Verzug gesetzt. Dies ermöglicht Euch unter Umständen zu einem späteren Zeitpunkt Verzugszinsen oder auch die Erstattung außergerichtlicher Anwaltskosten zu verlangen.
- Für den Fall eines späteren Klageverfahrens wird dem Kunden die Möglichkeit genommen, den Anspruch dann "sofort anzuerkennen", was für die Frage der Verteilung der Kosten des Klageverfahrens relevant ist.

Für ein solches Aufforderungsschreiben sollten grundsätzlich folgende Punkte beachtet werden:

- Konkrete Bezeichnung und Bezifferung der offenen Forderung, deren Bezahlung verlangt wird.
 - Setzen einer angemessenen Frist zur Bezahlung der offenen Forderung, wobei eine Zahlungsfrist von 10 bis 14 Tagen üblich und auch angemessenen ist.
 - Ggf. Androhung der Einleitung gerichtlicher Schritte bzw. der Einschaltung eines Anwalts, v.a. wenn bereits andere Mahnungen voran gegangen sind. Ihr solltet auch bereit sein, diese Schritte später tatsächlich einzuleiten und nicht nur "leere Drohungen" auszusprechen.
-



- Versendung des Aufforderungsschreibens vorab per Telefax oder per Einschreiben, damit ihr im späteren Streitfall einen Beleg dafür habt, dass der Gegner das Schreiben auch erhalten hat.

17.2.2 Außergerichtliches Aufforderungsschreiben durch einen Rechtsanwalt

Sofern die eigene Mahnung nicht den gewünschten Erfolg erzielt hat, d.h. keine Zahlung erfolgt ist, kann vor der Einleitung gerichtlicher Schritte erneut eine "Mahnung" durch einen Rechtsanwalt versandt werden. Nicht selten ist es so, dass Kunden aber eben auch erst dann zahlen, wenn ein Anwalt eingeschaltet worden ist.

Der Anwalt kann dem Kunden die Sach- und Rechtslage aus fachkundiger Sicht erläutern und sich mit den gegen die Forderung vorgebrachten Einwänden des Kunden juristisch auseinandersetzen.

Zahlt der Kunde dann noch immer nicht, sollten anschließend die Erfolgsaussichten einer Klage und die damit voraussichtlich verbundenen Kosten und Gebühren geprüft werden.

17.2.3 Außergerichtliche Einigung mit dem Kunden

Ergibt die tatsächliche und rechtliche Prüfung der Angelegenheit, dass die Einwände des Kunden jedenfalls teilweise zutreffend sein könnten oder dass es im Falle eines Klageverfahrens zu Beweisschwierigkeiten kommen könnte, sollte erwogen werden, eine außergerichtliche Einigung mit dem Kunden zu finden.

Einerseits erfordert dies, von der eigenen Forderung Abschläge vorzunehmen, andererseits kann dadurch ein unter Umständen langwieriges und mit zusätzlichen Kosten verbundenes Klageverfahren, dessen Ausgang zudem ungewiss ist, vermieden werden. Letztlich spielen vor allem wirtschaftliche Erwägungen häufig eine Rolle für den Abschluss eines Vergleichs.

Eine Einigung kann je nach dem Umständen des Einzelfalles z.B. auch darin liegen, dass mit dem Kunden eine Vereinbarung getroffen wird, wonach dieser die geschuldete Forderung in Raten bezahlen kann.

17.2.4 Einleitung eines Klageverfahrens

Sofern die vorgenannten Möglichkeiten nicht erfolgreich gewesen sind, weil der Kunde sich weiterhin weigert, die offenen Forderungen zu bezahlen oder auf Zahlungsaufforderungen überhaupt nicht reagiert, sollte die Einleitung eines Klageverfahrens in Erwägung gezogen werden.

17.2.4.1 Wo muss geklagt werden?

Ob eine Zahlungsklage beim Amts- oder Landgericht eingereicht wird, richtet sich üblicherweise nach der Höhe der Forderung. Beträgt diese über EUR 5.000,00, muss die Klage grundsätzlich beim Landgericht eingereicht werden. Liegt die Forderungshöhe bei EUR 5.000,00 oder darunter, ist grundsätzlich das Amtsgericht zuständig. Es gibt jedoch Ausnahmen, wie beispielweise bei Mietangelegenheiten über Wohnraum oder in Familiensachen, für die immer das Amtsgericht zuständig ist.

Welches Gericht örtlich zuständig ist, richtet sich bei natürlichen Personen grundsätzlich danach, wo der Klagegegner seinen Wohnsitz hat. Ist der Klagegegner eine juristische Person, also z.B. eine AG oder GmbH, ist grundsätzlich das Gericht am Sitz der Gesellschaft örtlich zuständig. Allerdings gibt es bei der örtlichen Zuständigkeit von Gerichten zahlreiche Ausnahmen und Sonderregelungen, so dass vor Einreichung einer Klage genau geprüft werden muss, welches Gericht tatsächlich im Einzelfall zuständig ist. Zwischen Kaufleuten und Gesellschaften ist es auch möglich, durch vertragliche Vereinbarung bzw. in allgemeinen Geschäftsbedingungen ("AGB") das im Streitfall örtlich zuständige Gericht gemeinsam festzulegen.

Wird Klage beim Landgericht eingereicht, ist die Vertretung durch einen Rechtsanwalt aufgrund gesetzlicher Regelungen zwingend. Aber auch bei Streitigkeiten vor dem Amtsgericht ist die Einschaltung eines Rechtsanwalts dringend zu empfehlen.

17.2.4.2 Wie lange dauert das Verfahren?

Häufig schreckt man vor der Einleitung von Klageverfahren mit der Befürchtung zurück, dass diese sehr langwierig sind. Zwar gibt es durchaus Verfahren, die sich über viele Monate und auch Jahre erstrecken, allerdings trifft dies keinesfalls pauschal auf alle Klageverfahren zu. Für die Dauer eines Verfahrens spielen neben der Auslastung des zuständigen Gerichts auch der Umfang und die Komplexität der Angelegenheit eine Rolle, wenn beispielsweise zur Aufklärung der zwischen den Beteiligten streitigen Umstände umfangreiche Beweiserhebungen wie z.B. Zeugenvernehmungen erforderlich sind. Ist dies nicht der Fall, kann das Klageverfahren binnen weniger Monate erledigt sein.

17.2.5 Wie hoch sind die Kosten?

Ein wichtiger Aspekt für die Einleitung eines Klageverfahrens und die Einschaltung eines Anwalts ist immer die Frage, welche Kosten damit verbunden sind. Dabei ist zwischen den Anwaltskosten einerseits und den Gerichtskosten andererseits zu unterscheiden.

Wie hoch diese sind, richtet sich grundsätzlich nach der Höhe der beanspruchten Forderung, dem sog. Streitwert. Sowohl für die Gerichtskosten als auch für die Anwaltskosten gibt es zunächst gesetzliche Regelungen. Wegen der Anwaltskosten werden zudem häufig sog. Vergütungsvereinbarungen getroffen. Diese sind Gegenstand einer individuellen Absprache zwischen Mandant und Anwalt.

Neben der Höhe des Streitwerts haben auch andere Faktoren Einfluss auf die Höhe der Anwalts- und Gerichtskosten, wie z.B. ob in einem Klageverfahren ein Termin stattgefunden hat, ob die Gegenseite zum Termin gar nicht erschienen ist, ob die

Gegenseite den Anspruch anerkannt hat oder sich die Parteien des Klageverfahrens während des Prozesses verglichen haben.

Hinzu kommen Mehrwertsteuer, Auslagen für Porto und Telefon sowie – je nachdem wo der Gerichtstermin stattfindet – Reisekosten für den Rechtsanwalt.

Sofern Ihr den Rechtsstreit vollständig gewinnt, muss der Gegner Euch grundsätzlich sowohl die Gerichtskosten als auch die gesetzlichen Anwaltskosten ersetzen. Umgekehrt tragt Ihr in dem Fall, dass der Rechtsstreit von Eurer Seite verloren wird, neben Euren eigenen Anwaltskosten und den Gerichtskosten auch die gesetzlichen Anwaltskosten des Gegners. Daher sollten schon wegen des nicht unerheblichen Kostenrisikos die Erfolgsaussichten einer Klage vor deren Erhebung sorgfältig und mit fachkundiger Hilfe geprüft werden.

Unter bestimmten Voraussetzungen können auch die gesetzlichen Anwaltskosten, die bereits außergerichtlich angefallen sind, im Rahmen eines Klageverfahrens vom Gegner ersetzt verlangt werden.

Sofern Euch nicht genügend Geld zur Verfügung steht, um beispielsweise für die Erhebung einer Klage die Gerichtskosten vorab zu bezahlen, sieht das Gesetz grundsätzlich die Möglichkeit der Gewährung sog. Prozesskostenhilfe vor. Diese ist beim Gericht gesondert zu beantragen und wird nur in Fällen gewährt, in denen der Antragsteller "wirtschaftlich bedürftig" ist und das Gericht der Auffassung ist, dass hinreichend Aussicht besteht, dass die Klage Erfolg haben wird. Zur Darlegung der wirtschaftlichen Bedürftigkeit ist die Abgabe einer Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse notwendig. Für die Einschätzung der Erfolgsaussichten der Klage ist diese dem Prozesskostenhilfeabtrag jedenfalls im Entwurf beizufügen. Ob das Gericht dem Kläger tatsächlich Prozesskostenhilfe gewährt, ist immer eine Frage der Umstände im Einzelfall.

17.2.6 Mahnbescheidsverfahren

Eine weitere Möglichkeit zur Durchsetzung von Geldforderungen ist die Beantragung eines Mahnbescheids. Dafür sind in den einzelnen Bundesländern bestimmte Amtsgerichte als zentrale Mahngerichte zuständig.

Das Mahnverfahren ermöglicht die Vollstreckung einer Geldforderung ohne vorherige Klage, also auch ohne Urteil. Es bietet sich insbesondere dann an, wenn davon auszugehen ist, dass der Kunde sich gegen die Geltendmachung des Anspruchs nicht wehren wird. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn der Anspruch vom Gegner zwar grundsätzlich anerkannt wird, dieser aber nicht in der Lage ist, die Forderung zu bezahlen.

Die Vorteile des Mahnverfahrens sind, dass man relativ zügig und kostengünstiger als im Falle eines Klageverfahrens einen vollstreckbaren Titel gegen den Kunden erlangen kann.

Voraussetzung ist, dass der Kunde gegen den ihm zugestellten Mahnbescheid keinen Widerspruch innerhalb der dafür bestimmten Frist einlegt, so dass nach Ablauf der Frist ein sog. Vollstreckungsbescheid beantragt werden kann. Wird hiergegen kein Einspruch vom Kunden eingelegt, habt ihr einen endgültig vollstreckbaren Titel.

Sofern seitens des Kunden Widerspruch gegen den Mahnbescheid oder Einspruch gegen den Vollstreckungsbescheid eingelegt wird, wird das Verfahren vom Mahngericht an das im Mahnbescheid angegebene Gericht abgegeben. Es wird dann das "normale" Klageverfahren durchgeführt. In diesem Fall fallen zusätzliche Gerichtskosten, so dass zur Einleitung eines Klageverfahrens ohne vorangegangenes Mahnverfahren dann kein Kostenvorteil mehr besteht.

Grundsätzlich empfiehlt sich auch im Falle der Beantragung eines Mahnbescheids die Inanspruchnahme fachkundiger Hilfe.

17.3 Verjährungsfristen

Bei der Durchsetzung von Forderungen ist immer auch zu beachten, dass diese nicht unbegrenzt geltend gemacht werden können. Sofern rechtliche Schritte gegen einen Kunden erwogen werden, müssen diese daher vor Ablauf der Verjährungsfrist eingeleitet werden. Andernfalls droht der Verlust der Forderung, auch wenn diese eigentlich berechtigt war.

Hier beispielhaft einige Verjährungsfristen im Überblick:

- Vertragliche Ansprüche verjähren grundsätzlich innerhalb von drei Jahren ab Entstehung des Anspruchs und Kenntnis davon, wobei die Frist jeweils mit dem Jahresende zu laufen beginnt (Bsp.: Zahlungsanspruch ist am 10. Mai 2011 entstanden, so dass mit Ablauf des 31. Dezember 2014 Verjährung eintritt)
- Gewährleistungsansprüche im Kauf- und Werkvertragsrecht verjähren grundsätzlich innerhalb von zwei Jahren, allerdings gibt es Ausnahmen
- In bestimmten Fällen gibt es besonders gesetzlich geregelte Verjährungs- oder Ausschlussfristen, z.B.: ein Jahr ab Ablieferung des Frachtguts bei Ansprüchen aus der Beförderung beim Frachtvertrag; bei bestimmte Ersatzansprüchen des Vermieters sechs Monate ab Rückgabe der Mietsache oder Beendigung des Mietverhältnisses; zwei Jahre ab Reiseende bei Ansprüchen des Reisenden aus dem Reisevertrag

Es gibt verschiedene Ereignisse oder Maßnahmen, die den Lauf der Verjährungsfrist hemmen oder sogar zu deren Neubeginn führen können. Darüber hinaus können wir Verjährungsfristen auch durch vertragliche Vereinbarung verlängert und unter bestimmten Voraussetzungen auch verkürzt werden.

Die vorstehende Aufstellung ist weder vollständig noch machen sie eine Prüfung der Verjährung von Forderungen im konkreten Einzelfall entbehrlich.



Anne Gebel
Rechtsanwältin
Innere Kanalstr. 15 50823 Köln
T +49 (0) 221 5108 4080
E anne.gebel@osborneclarke.de

18 Insolvenzrechtliche Aspekte

18.1 Einleitung

Auch wenn wir natürlich hoffen, dass Ihr niemals in die Situation kommt über Insolvenzthemen nachdenken zu müssen, so gibt es einige wichtige Aspekte, die Ihr im Insolvenzfall beachten müsst. Egal, ob Ihr selbst von der Insolvenz betroffen seid oder ein Geschäftspartner. In der Krise des eigenen Unternehmens drohen zivil- und strafrechtliche Folgen und im Falle der Insolvenz anderer Unternehmen besteht immer die Gefahr, dass man trotz erbrachter Leistungen kein Geld sieht.

18.2 Was tun, wenn die Krise droht?

Solltet Ihr irgendwann merken, dass es mit Eurem Unternehmen wirtschaftlich bergab geht, muss rechtzeitig die Notbremse gezogen werden. Andernfalls drohen weitreichende Konsequenzen.

18.2.1 Gesetzliche Insolvenzantragspflicht

Für juristische Personen und Gesellschaften, bei denen keine natürliche Person persönlich haftet, sieht das Gesetz in § 15 a Insolvenzordnung die sog. Insolvenzantragspflicht vor. Danach ist das Vertretungsorgan der Gesellschaft verpflichtet, spätestens innerhalb von drei Wochen einen Insolvenzantrag zu stellen, falls ein Insolvenzgrund vorliegt. Bei dieser Frist handelt es sich um eine Höchstfrist, die auch nicht verlängert werden kann.



18.2.2 Wann bin ich verpflichtet, einen Insolvenzantrag zu stellen?

Es gibt zwei Gründe, wann ein Unternehmen insolvenzreif ist und daher Insolvenzantrag zu stellen ist: Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung.

Zahlungsunfähigkeit liegt vor, wenn das Unternehmen nicht in der Lage ist, seine fälligen Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen. Zahlungsunfähigkeit ist in der Regel dann anzunehmen, wenn die Zahlungen eingestellt sind. Davon zu unterscheiden ist die sog. vorübergehende Zahlungsstockung. Diese ist anzunehmen, wenn der Zeitraum nicht überschritten wird, den eine kreditwürdige Person benötigt, um sich die benötigten Mittel zu leihen, damit wieder ausreichend Liquidität vorhanden ist. Eine vorübergehende Zahlungsstockung darf maximal bis zu drei Wochen andauern. Die Abgrenzung zur Zahlungsunfähigkeit fällt häufig schwer und führt nicht selten zur Unterschätzung des Insolvenzrisikos. Als Faustregel gilt: Können 10 % oder mehr von den bestehenden fälligen Zahlungsverpflichtungen innerhalb von spätestens drei Wochen nicht bezahlt werden, ist Zahlungsunfähigkeit gegeben.

Überschuldung hingegen liegt vor, wenn das Vermögen des Unternehmens die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, d.h. die Passiva die Aktiva übersteigen. Allerdings ist Überschuldung dann nicht anzunehmen, wenn die Fortführung des Unternehmens nach den gesamten Umständen überwiegend wahrscheinlich ist.

18.2.3 Wie finde ich heraus, ob mein Unternehmen schon insolvenzreif ist?

Um die Zahlungsunfähigkeit festzustellen, muss eine sog. Liquiditätsbilanz erstellt werden. Es werden dabei den fälligen Zahlungsverpflichtungen die kurzfristig verfügbaren Zahlungsmittel des Unternehmens gegenübergestellt. Kurzfristig verfügbare Zahlungsmittel sind z.B. Bargeld, Kontoguthaben sowie von der Bank genehmigte und nicht ausgeschöpfte Kreditlinien. Der Planungs- bzw. Prüfungszeitraum für die Zahlungsunfähigkeit beträgt grundsätzlich drei Wochen, so dass sowohl erwartete Einzahlungen als auch fällig werdende Auszahlungen innerhalb des Drei-



Wochen-Zeitraums zu berücksichtigen sind. Ist das Unternehmen nach dieser Bilanz nicht in der Lage, mindestens 90 % der fälligen Forderungen zu bezahlen, wird Zahlungsunfähigkeit angenommen.

Die Ermittlung der Überschuldung erfolgt mithilfe einer sog. Überschuldungsbilanz. Darin sind, angelehnt an eine Handelsbilanz, die Aktiva und Passiva gegenüber zu stellen und zu bewerten, um eine bestehende Über- oder Unterdeckung zu ermitteln. Um die rechnerische Überschuldung des Unternehmens zu ermitteln, sind für die Vermögensgegenstände Liquidationswerte anzusetzen. Ergibt sich, dass das Unternehmen rechnerisch überschuldet ist, ist eine Fortbestehensprognose durchzuführen.

Für die Erstellung von Liquiditäts- und Überschuldungsbilanzen gibt es Mustervorlagen.

18.2.4 Was passiert bei verspäteter Insolvenzantragstellung?

Dass es wichtig ist, für ein Unternehmen rechtzeitig Insolvenzantrag zu stellen, zeigen die möglichen straf- und zivilrechtlichen Folgen im Falle verspäteter Insolvenzantragstellung:

18.2.4.1 Strafrechtliche Folgen

Wird versäumt, rechtzeitig Insolvenzantrag zu stellen, droht immer die Gefahr einer strafrechtlichen Verurteilung. Dies ist keine theoretische Gefahr. Denn jede Akte des Insolvenzgerichts landet automatisch bei der Staatsanwaltschaft, die sodann prüft, ob die Voraussetzungen einer Insolvenzstraftat vorliegen. Insolvenzstraftaten sind vor allem Insolvenzverschleppung, Bankrott, die Verletzung von Buchführungspflichten sowie die Gläubiger- und Schuldnerbegünstigung. Darüber hinaus ist nie auszuschließen, dass ein ehemaliger Geschäftspartner Anzeige erstattet, beispielsweise wegen Betrugs oder Untreue, wenn er aufgrund der Insolvenz eines Unternehmens wirtschaftliche Einbußen hinzunehmen hat.

Strafrechtliche Folgen drohen auch dann, wenn das Unternehmen als Arbeitgeber die Beiträge für Arbeitnehmer zur Sozialversicherung oder die Lohnsteuer nicht abführt.

18.2.4.2 Zivilrechtliche Folgen

Die vorgenannten Straftaten ermöglichen den Betroffenen darüber hinaus auch die zivilrechtliche Inanspruchnahme des Geschäftsfleiters (Vorstand, Geschäftsführer etc.). Ebenso kommt dessen Inanspruchnahme für Steuerschulden des Unternehmens in Betracht. D.h. Ihr haftet in diesen Fällen persönlich mit Eurem Privatvermögen für die entstandenen Schäden. Erfahrungsgemäß sind es häufig verärgerte ehemalige Geschäftspartner, die auf diesem Weg versuchen, den ihnen entstandenen Schaden jedenfalls teilweise auszugleichen.

Aber auch der Insolvenzverwalter kann Euch unter Umständen persönlich in Anspruch nehmen, z.B. im Rahmen der sog. Insolvenzverschleppungshaftung bei Nichteinhaltung der Drei-Wochen-Frist und somit verspäteter Insolvenzantragstellung. Darüber hinaus gibt es die sog. Masseschmälerungshaftung, die der Insolvenzverwalter geltend machen kann. Dahinter verbirgt sich die Haftung des Geschäftsfleiters wegen der Vornahme von Zahlungen für das Unternehmen, die nach dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Feststellung der Überschuldung noch geleistet werden. Der Begriff der „Zahlung“ meint dabei neben Barzahlungen auch die Hingabe von Schecks oder die Leistung anderer Gegenstände. Der Geschäftsfleiter haftet allerdings dann nicht, wenn die Zahlungen mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vereinbar sind. Dies ist immer dann der Fall, wenn Zahlungen nicht zur Schmälerung der späteren Insolvenzmasse führen (z.B. weil der weggegebene Gegenstand nicht zum Vermögen des Unternehmens gehört), Zahlungen vorgenommen werden, deren Nichterbringung unter Strafe steht (z.B. Abführung der Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung oder der Lohnsteuer) oder wenn durch die Zahlungen größere Nachteile für die Insolvenzmasse abgewendet werden (z.B. Zahlungen für Strom und Wasser, ggf. auch für Mieten und



Löhne, sofern dadurch die sofortige Stilllegung des Betriebs vermieden werden kann, um Sanierungsmaßnahmen ergreifen zu können).

18.2.4.3 Vermeidung straf- und zivilrechtlicher Folgen

Leider führt die Hoffnung auf eine Besserung der wirtschaftlichen Lage häufig dazu, dass zu spät zwingend erforderliche Schritte eingeleitet werden. Die sich dann ergebenden möglichen Konsequenzen sollten nicht unterschätzt und das Risiko nicht leichtfertig hingegenommen werden.

Wichtig ist in jedem Fall die Einhaltung der maximalen Drei-Wochen-Frist für die Insolvenzantragstellung. Im Übrigen sollte während der Krisenzeit immer darauf geachtet werden, dass keine Verträge mehr geschlossen werden, von denen schon absehbar ist, dass das Unternehmen nicht in der Lage sein wird, diese zu erfüllen. Schließlich sollten nur noch solche Zahlungen vorgenommen werden, die zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs zwingend erforderlich sind, solange Sanierungsmaßnahmen ausgelotet werden. Vorsicht daher z.B. beim Kauf größerer Warenmengen „auf Vorrat“, denn es ist unter Umständen schon absehbar, dass diese nicht mehr bezahlt werden können und Warenvorräte sind zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs auch nicht zwingend erforderlich.

18.2.5 Vorbeugung der Insolvenz bei krisenbedrohten Unternehmen

Sofern Euer Unternehmen nicht insolvenzreif ist, sich allerdings in einer wirtschaftlich schwierigen Lage befindet, gibt es verschiedene Möglichkeiten, die Krise zu überwinden. Wichtig ist dabei, möglichst frühzeitig präventive Maßnahmen zu ergreifen.

Neben der Aufnahme von Bankdarlehen, um kurzfristig neue Liquidität zu erhalten, kommen auch längerfristige Maßnahmen in Betracht.

Einige der vielfältigen Sanierungs- / Restrukturierungsmaßnahmen sind z.B.:

- **Gesellschafterdarlehen:** Gesellschafter, die in wirtschaftlich guten Zeiten vom Erfolg der Gesellschaft profitieren, können in Krisenzeiten dem Unternehmen ein Darlehen gewähren. So kann auch ohne Inanspruchnahme von Bankdarlehen kurzfristig neue Liquidität gewonnen werden. Zu beachten ist, dass dem Unternehmen gewährte Gesellschafter-Darlehen insbesondere während der Krise nicht mehr an die Gesellschafter zurückbezahlt werden sollten. Andernfalls droht die Anfechtung der Rückzahlung im Falle einer späteren Insolvenz.
- **Factoring:** Offene Rechnungen können an ein Factoring-Unternehmen verkauft werden, das binnen weniger Tage die Beträge für die offenen Rechnungen bezahlt, allerdings unter Abzug eines zuvor vertraglich vereinbarten Teilbetrags. Der Vorteil ist, dass dadurch der eigene Aufwand für den Versand von Rechnungen und Mahnungen sowie den Forderungseinzug reduziert wird und kurzfristig Geld zur Verfügung steht. Der Nachteil ist, dass die Rechnungen nicht vollständig bezahlt werden.
- **Sale-and-Lease-Back:** Sofern das Unternehmen selbst über Anlagevermögen (z.B. Grundstücke, technische Anlagen, Maschinen) verfügt, können diese verkauft und anschließend zurückgemietet werden. Damit erhält das Unternehmen Geld und die Gegenstände können trotzdem weiterhin genutzt werden.
- **Leasen statt Kaufen:** Falls das Geld für zwingend notwendige Investitionen fehlt, können die benötigten Gegenstände geleast werden. Die Raten sind feststehend, somit kann die finanzielle Belastung langfristig einkalkuliert werden und das Gesellschaftervermögen wird nicht durch den um ein Vielfaches höheren Kaufpreis zusätzlich belastet.

- Geplante Investitionen sollten verschoben werden, bis sich die wirtschaftliche Lage entspannt hat, um das Geld für andere Sachen zur Verfügung zu haben.
- Vereinbarung neuer Zahlungsziele mit Lieferanten und Dienstleistern, Stundung von Verbindlichkeiten
- Personalabbau

Darüber hinaus gibt es weitere Maßnahmen, die je nach den Umständen des Einzelfalls hilfreich sein können. Sofern im Unternehmen Sanierungs- oder Restrukturierungsmaßnahmen erforderlich sein sollten, empfiehlt es sich, fachkundige Beratung in Anspruch zu nehmen.

18.3 Was tun, wenn der andere nicht zahlt?

Es ist nie ausgeschlossen, dass Unternehmen, mit denen Ihr in geschäftlicher Beziehung steht, in die Krise geraten. Hier gilt der Grundsatz: „Jeder trägt das Insolvenzrisiko seines Geschäftspartners selbst“. Daher ist es ratsam, die eigenen Leistungen für den Insolvenzfall des Geschäftspartners abzusichern.

Probleme können sich in der Insolvenz eines Geschäftspartners jedoch auch mit dem (vorläufigen) Insolvenzverwalter ergeben.

18.3.1 Der Ablauf des Insolvenzverfahrens

Wird für ein Unternehmen Insolvenzantrag gestellt, bestellt das Insolvenzgericht bei laufendem Geschäftsbetrieb regelmäßig einen sog. vorläufigen Insolvenzverwalter, dem besondere Rechte zustehen und der zunächst die Lage des Unternehmens sichten und geordnete Verhältnisse schaffen soll.

Es empfiehlt sich, dass Ihr Rechte, die Euch an bestimmten Gegenständen zustehen und sich im Besitz des insolventen Unternehmens befinden, bereits dem vorläufigen Insolvenzverwalter anzeigt. Werden Aus- oder Absonderungsrechte

geltend gemacht (siehe Erläuterung dazu unter Ziffer 13.3.2 sowie Ziffer 13.5), sollte dem vorläufigen Verwalter gegenüber zunächst ein Weiterveräußerungs- / Verarbeitungsverbot für diese Gegenstände ausgesprochen werden und der Einzug von Forderungen untersagt werden. Anschließend sollte mit dem vorläufigen Verwalter eine gesonderte Vereinbarung über diese Gegenstände getroffen werden.

Wird im Rahmen eines vorläufigen Insolvenzverfahrens das insolvente Unternehmen weiter beliefert bzw. sollen weiterhin Leistungen für das insolvente Unternehmen erbracht werden, sollte unbedingt eine gesonderte Vereinbarung mit dem vorläufigen Verwalter getroffen werden. Diese ist notwendig, weil nur so – jedenfalls bei einem „schwachen“ vorläufigen Verwalter – nur so wirklich sicher gestellt ist, dass Eure Leistungen in dieser Zeit auch bezahlt werden.

Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens sind Forderungen gegen das insolvente Unternehmen beim Insolvenzverwalter anzumelden. Im Rahmen der Forderungsanmeldung sind auch sog. Ab- und Aussonderungsrechte geltend zu machen. Für die Anmeldung von Forderungen im Insolvenzverfahren gibt es Vordrucke, die man entweder im Internet erhält oder vom Insolvenzverwalter selbst. Um die Berechtigung einer angemeldeten Forderung zu belegen, sind der Forderungsanmeldung Unterlagen und Dokumente beizufügen, aus denen die Forderung ersichtlich ist.

Der Insolvenzverwalter prüft die angemeldeten Forderungen und stellt diese zur Insolvenztabelle fest oder bestreitet sie. Im Falle von anerkannten einfachen Insolvenzforderungen wird, je nachdem ob und in welcher Höhe eine Insolvenzmasse vorhanden ist, ggf. die Auszahlung einer sog. Insolvenzquote erfolgen. Häufig bewegt sich die Insolvenzquote lediglich im unteren einstelligen Bereich, so dass von der ursprünglichen Forderung gegen das insolvente Unternehmen letztlich nicht mehr viel übrig bleibt. Bestreitet der Insolvenzverwalter die zur Tabelle angemeldete Forderung, solltet Ihr zunächst die Gründe des Bestreitens erfragen, da sich so etwaige Unklarheiten möglicherweise leicht ausräumen lassen. Sofern der Verwalter trotz Vorlage sämtlicher Unterlagen Eure Forderung nicht anerkennen möchte, bleibt nur noch der gerichtliche Weg. Die Anerkennung einer Insolvenzforderung



gerichtlich zu erstreiten, macht in der Regel aus wirtschaftlichen Gründen jedoch nur Sinn, wenn absehbar ist, dass in dem Insolvenzverfahren die Zahlung einer Insolvenzquote zu erwarten ist.

18.3.2 Wie sichere ich meine eigenen Leistungen ab?

Das Worst-Case-Szenario: Ihr habt Eure Leistungen ordnungsgemäß erbracht, aber bevor die offenen Rechnungen bezahlt sind, wird Euer Geschäftspartner insolvent.

Für diesen Fall empfiehlt es sich, schon bei Abschluss des Geschäfts geeignete Maßnahmen zu ergreifen, die im Insolvenzfall dazu führen, dass Ihr entweder Eure Produkte zurück erhaltet oder diese bezahlt werden.

Möglichkeiten der Absicherung (sog. Sicherungsrechte) sind beispielsweise:

- Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts: Die gelieferte Ware bleibt solange im Eigentum des Verkäufers, bis der Käufer den Kaufpreis vollständig gezahlt hat. Im Insolvenzfall gewährt der Eigentumsvorbehalt ein sog. Aussonderungsrecht. D.h. der Insolvenzverwalter ist verpflichtet, die Sachen entweder herauszugeben oder voll zu bezahlen, wenn ihm der Eigentumsvorbehalt nachgewiesen wird.
- Vereinbarung eines verlängerten Eigentumsvorbehalts: Das bedeutet, dass der Käufer berechtigt ist, die unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Waren im ordnungsgemäßen Geschäftsgang weiter zu veräußern. Gleichzeitig tritt er die Kaufpreisforderung aus dem Weiterverkauf an seinen Verkäufer ab. Der verlängerte Eigentumsvorbehalt gewährt im Insolvenzfall dem gesicherten Unternehmen ein sog. Absonderungsrecht. Der Insolvenzverwalter ist dann zwar berechtigt, die Forderungen aus dem Weiterverkauf

einziehen, muss diese aber – nach Abzug verschiedener Beträge für die Insolvenzmasse – auszahlen, sofern ihm der verlängerte Eigentumsvorbehalt nachgewiesen wird.

- Sicherungsübereignung: Zur Sicherung von Ansprüchen überträgt ein Unternehmen das Eigentum an ihm gehörenden beweglichen Sachen auf ein anderes Unternehmen, bleibt aber gleichzeitig im Besitz der Sachen und nutzt diese weiter (z.B. aufgrund eines Leih- oder Verwahrungsvertrages). Hierbei handelt es sich ebenfalls um ein sog. Absonderungsrecht, dass das gesicherte Unternehmen im Insolvenzfall gegenüber dem Insolvenzverwalter geltend machen kann. Aufgrund des Absonderungsrechts kann jedoch nicht die Herausgabe des sicherungsübereigneten Gegenstands verlangt werden.
- Sicherungsabtretung: Zur Sicherung von Ansprüchen tritt ein Unternehmen ihm gegen Dritte zustehende Forderungen an ein anderes Unternehmen ab. Aufgrund der ihm abgetretenen Forderungen kann das gesicherte Unternehmen im Fall der Insolvenz des Geschäftspartners wiederum ein sog. Absonderungsrecht geltend machen.
- Bürgschaften einer Bank oder eines Dritten: diese haften dann zusätzlich für Verbindlichkeiten des Insolvenzschuldners.
- Rechteeinräumung unter aufschiebender Bedingung: Soweit Ihr einem anderen Unternehmen Rechte an urheberrechtlich geschützten Leistungen einräumt, könnt Ihr den Rechteübergang an die Bedingung der vollständigen Zahlung der vereinbarten Vergütung knüpfen.

Wichtig ist immer, dass die vorstehenden Sicherheiten wirksam zwischen den Vertragsparteien vereinbart worden sind. Oftmals werden Sicherungsrechte in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) geregelt – allerdings ist dabei nicht immer gewährleistet, dass das Sicherungsrecht tatsächlich wirksam vereinbart wird. Prob-

lematisch kann die wirksame Vereinbarung von Sicherungsrechten auch dann sein, wenn eine der Vertragsparteien im Ausland ansässig ist.

Um zu verhindern, dass die Geltendmachung der oben genannten Rechte im Insolvenzfall vereitelt wird, solltet Ihr – sobald Ihr von der Insolvenz eines Kunden erfahrt – sicherheitshalber ein Weiterveräußerungs- / Verarbeitungsverbot gegenüber dem insolventen Unternehmen und dem vorläufigen Insolvenzverwalter aussprechen und den Einzug von zur Sicherheit abgetretenen Forderungen untersagen.

18.3.3 Anfechtung und Aufrechnung im Insolvenzverfahren

In der Insolvenz eines Unternehmens bereiten die Aufrechnung durch Insolvenzgläubiger und die Insolvenzanfechtung durch den Insolvenzverwalter häufig Schwierigkeiten.

Der Verwalter wird versuchen, im Rahmen des Insolvenzverfahrens möglichst viel Insolvenzmasse zu erzielen, da Zweck des Verfahrens die bestmögliche Befriedigung aller Gläubiger ist. Dafür stehen ihm verschiedene gesetzlich vorgesehene Möglichkeiten zur Verfügung, wobei insbesondere die Insolvenzanfechtung häufig anzutreffen ist.

18.3.3.1 Aufrechnung in der Insolvenz

Insolvenzgläubiger, die dem insolventen Unternehmen selbst noch Forderungen schulden, sollten versuchen, mit ihren eigenen Insolvenzforderungen aufzurechnen. Dadurch kann erreicht werden, dass man sich nicht mit der bloßen Insolvenzquote für die eigene Forderung begnügen muss. Die Erklärung der Aufrechnung im Insolvenzverfahren hat daher nicht unwesentliche wirtschaftliche Bedeutung, ist jedoch nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig.

18.3.3.1.1 Das Vertrauen in eine bereits vor Verfahrenseröffnung bestehende Aufrechnungslage wird im Insolvenzverfahren geschützt

Grundsätzlich gilt: eine vor Verfahrenseröffnung entstandene Aufrechnungslage wird auch im Insolvenzverfahren als gesicherte Rechtsposition anerkannt.

Voraussetzungen für eine wirksame Aufrechnung sind:

- Die zur Aufrechnung gestellte eigene Forderung muss fällig und durchsetzbar sein.
- Die Forderung des insolventen Unternehmens muss nicht fällig, jedoch erfüllbar sein.
- Gegenseitigkeit: Die Forderungen müssen zwischen denselben Personen / Unternehmen bestehen.
- Gleichartigkeit: Die wechselseitig geschuldeten Leistungen müssen ihrem Gegenstand nach gleichartig sein. Dies ist bei beidseitigen Geldforderungen der Fall.
- Kein Aufrechnungsverbot: Es gibt gesetzliche Aufrechnungsverbote, die auch im Insolvenzverfahren gelten, z.B. kann keine Aufrechnung gegen Forderungen aus unerlaubter Handlung oder gegen unpfändbare Forderungen erfolgen. Auch Aufrechnungsverbote aufgrund vertraglicher Vereinbarung sind zu beachten.

18.3.3.1.2 Eintritt der Aufrechnungslage im Insolvenzverfahren

Unter bestimmten Voraussetzungen wird auch das Vertrauen auf die künftige Entstehung einer Aufrechnungslage im Insolvenzverfahren geschützt. Das ist dann anzunehmen, wenn die künftige Aufrechnungsbefugnis nicht mehr vom insolventen Unternehmen einseitig verhindert werden kann. D.h. es bestehen bei Insolvenzeröffnung bereits gegenseitige Forderungen, die jedoch aufschiebend bedingt, noch nicht fällig oder noch nicht auf gleichartige Leistungen gerichtet sind.

Die Aufrechnung ist in diesen Fällen allerdings dann ausgeschlossen, wenn die Forderung des insolventen Unternehmens, gegen die Ihr aufrechnen möchtet, unbedingt und fällig wird, bevor Ihr selbst aufrechnen könnt. Die Aufrechnung kann also dann nicht mehr erklärt werden, wenn Eure Forderung, mit der Ihr aufrechnen wollt, zu diesem Zeitpunkt noch nicht fällig oder noch aufschiebend bedingt ist.

18.3.3.1.3 Unzulässigkeit der Aufrechnung

In folgenden Fällen ist die Aufrechnung im Insolvenzverfahren unzulässig:

- Entstehung nach Verfahrenseröffnung: Ist die Forderung des insolventen Unternehmens gegen Euer Unternehmen erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstanden, scheidet eine Aufrechnung Eurer eigenen Forderungen aus.
- Herstellung der Aufrechnungslage nach Verfahrenseröffnung: Wenn Ihr Eure Forderung, mit der Ihr aufrechnen wollt, erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens von einem anderen Gläubiger erworben habt (z.B. durch Abtretung von einem Dritten), ist die Aufrechnung nicht zulässig.
- Anfechtbarkeit der Herstellung der Aufrechnungslage: Die Aufrechnung ist schließlich dann unzulässig, wenn die Handlung, durch die die Aufrechnungslage herbeigeführt wird, nach den Vorschriften der Insolvenzordnung anfechtbar ist.

18.3.3.2 Insolvenzanfechtung

Vermögensverschiebungen, durch die Insolvenzgläubiger benachteiligt werden, können nach den Vorschriften der Insolvenzordnung vom Insolvenzverwalter angefochten, d.h. rückgängig gemacht werden.

Durch die Insolvenzanfechtung soll die Gesamtheit der Insolvenzgläubiger schon in der Zeit vor der Insolvenzeröffnung geschützt werden. Grund ist, dass bei drohen-

der Insolvenz einzelne Gläubiger versuchen, sich selbst abzusichern (z.B. durch eilige Zwangsvollstreckung oder besondere Vereinbarungen mit dem Schuldner), was dann auf Kosten der übrigen Gläubiger geht. Auch verschenken Insolvenzschuldner teilweise im Vorfeld der Insolvenz Teile ihres Vermögens an Angehörige oder schaffen es anderweitig beiseite. Diese Vorgänge können, weil sie die Insolvenzgläubiger insgesamt benachteiligen, durch die Anfechtung wieder rückgängig gemacht werden.

Je nachdem, auf welcher Grundlage der Insolvenzverwalter anfecht, sind unterschiedliche zeitliche Anwendungsbereiche einschlägig. Dabei können Rechtshandlungen bis zu 10 Jahre vor der Stellung des Insolvenzantrags betroffen sein.

Die Gefahr bei der Insolvenzanfechtung ist, dass zum Zeitpunkt der Vornahme der Handlung bzw. des Rechtsgeschäfts ein künftiger Insolvenzantrag noch gar nicht absehbar ist, Ihr aber gleichwohl von der Insolvenzanfechtung betroffen sein könnt.

Voraussetzung jeder Insolvenzanfechtung ist zunächst eine sog. Rechtshandlung, also jedes Handeln, das eine rechtliche Wirkung auslöst. Dies sind insbesondere Verträge (z.B. Kauf-, Miet-, Darlehensverträge), Verfügungen (z.B. Sicherungsübereignungen, Forderungsabtretungen) und Zahlungen. Auch Unterlassungen können anfechtbar sein wie z.B. Unterlassung des Widerspruchs gegen einen Mahnbescheid. Es muss sich für die Insolvenzanfechtung nicht notwendigerweise um Handlungen des Schuldners handeln. Die Handlung, die angefochten wird, muss die Gesamtheit der Insolvenzgläubiger benachteiligen, d.h. die Insolvenzmasse muss infolge der Rechtshandlung vermindert sein. Daran fehlt es, wenn der Schuldner für die von ihm erbrachte Leistung in einem geringen zeitlichen Abstand eine gleichwertige Gegenleistung erhält.

Liegen diese beiden Grundvoraussetzungen (Rechtshandlung und Gläubigerbenachteiligung) vor, kommen – je nach dem vom Insolvenzverwalter geltend gemachten Anfechtungsgrund – weitere Voraussetzungen hinzu.



Insbesondere für das normale Geschäftsleben äußerst relevant und daher sehr häufig anzutreffen ist die Anfechtung wegen kongruenter oder inkongruenter Deckung. Das Gesetz geht davon aus, dass jemand, der die Krise des Schuldners kennt, keinen Schutz verdient, wenn die Krise anschließend binnen kurzer Zeit zu dessen Insolvenz führt.

Diese Anfechtungsmöglichkeit ist selbst dann gegeben, wenn der Gläubiger einen Anspruch auf die erlangte Befriedigung oder Sicherung (= Deckung) hatte und vom Schuldner nichts anderes erhalten hat, als die ihm geschuldete Leistung (=kongruente Deckung). Anfechtbar sind daher Rechtshandlungen innerhalb der letzten drei Monate vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach dem Antrag, wenn dem Gläubiger die Insolvenzreife des Unternehmens bekannt war. Beispiel: Ein Unternehmen bezahlt Eure Rechnungen bei Fälligkeit, wobei Euch bekannt ist, dass es sich in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befindet. Kurze Zeit später stellt das Unternehmen Insolvenzantrag.

Die Möglichkeit der Anfechtung besteht erst recht, wenn der Gläubiger nicht einmal einen Anspruch auf die Leistung hatte, die er erhalten hat (= inkongruente Deckung). Ein Anspruch auf die erlangte Befriedigung oder Sicherung ist beispielsweise dann nicht gegeben, wenn vom Schuldner bereits verjährte Forderungen erfüllt werden, wenn der Schuldner statt – wie vereinbart – bar zu zahlen, Forderungen gegen Dritte abtritt oder wenn vom Schuldner eine noch nicht fällige Rechnung bezahlt wird. Anfechtbar sind auch hier Rechtshandlungen innerhalb der letzten drei Monate vor Stellung des Insolvenzantrags oder nach dem Antrag, wobei es auf Eure Kenntnis von der Insolvenzreife des Unternehmens in diesem Fall nicht ankommt.

Darüber hinaus nicht selten anzutreffen ist die Anfechtung wegen vorsätzlicher Gläubigerbenachteiligung (Anfechtungszeitraum: 10 Jahre vor der Insolvenzantragstellung oder nach dem Antrag) sowie die Anfechtung unentgeltlicher Leistungen (Anfechtungszeitraum: vier Jahre vor der Insolvenzantragstellung).

18.4 Lizenzen in der Insolvenz

Ein komplizierter Komplex im Bereich des Insolvenzrechts ist die Behandlung von Lizenzen im Insolvenzfall.

Insbesondere im Falle der Insolvenz des Lizenzgebers können Probleme auftreten, wenn der Insolvenzverwalter den Geschäftsbetrieb des insolventen Unternehmens nicht fortführen kann. Sofern Geschäftspartner auf die ihnen vom insolventen Unternehmen gewährten Lizenzen zwingend angewiesen sind, geraten sie in Schwierigkeiten, wenn die Lizenzen plötzlich nicht mehr zur Verfügung stehen.

Leider ist die Frage, was mit Softwarelizenzen im Insolvenzfall passiert, derzeit gesetzlich nicht geregelt. Wegen der besonderen Rechte, die dem Verwalter im Rahmen des Insolvenzverfahrens zustehen, ist es auch nicht ohne weiteres möglich, im Lizenzvertrag eine Regelung für den Insolvenzfall eines Vertragspartners zu treffen.

Es gibt verschiedene Lösungsansätze, um die Probleme, die sich im Insolvenzfall bei der Behandlung von Lizenzen ergeben, in den Griff zu bekommen. Diese sind jedoch sehr von den Umständen des Einzelfalls abhängig und nicht in jedem Fall praktikabel.

Ausführungen würden zudem den Umfang des vorliegenden Beitrags sprengen.

An dieser Stelle möchten wir darauf hinweisen, dass das Bundesministerium der Justiz im Januar 2012 einen Referentenentwurf veröffentlicht hat (http://www.bmj.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2012/20120123_Zweite_Stufe_der_Insolvenzrechtsreform_kommt.html?nn=1468940), der unter anderem einen Vorschlag zur Behandlung von Lizenzen in der Insolvenz des Lizenzgebers enthielt. Der Entwurf sieht vor, künftig eine neue Vorschrift in die Insolvenzordnung einzuführen, die es den Lizenznehmern ermöglichen soll, lizenzierte Vermögensstände auch im Falle der Insolvenz eines Lizenzgebers weiterhin nutzen zu dürfen. Hierdurch würde eine gesetzliche Regelung geschaffen, deren Ziel die Behebung

des oben geschilderten Problems ist. In dem im Juli 2012 veröffentlichten Regierungsentwurf

(http://www.bmj.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2012/20120718_Neuregelung%20des_Verbraucherinsolvenz_und_Restschuldbefreiungsverfahrens.html?nn=1356288) findet sich die vorgeschlagenen Neuregelung zur Behandlung von Lizenzen in der Insolvenz des Lizenzgebers allerdings nicht mehr. Es bleibt daher abzuwarten, wie es in dieser Frage weiter geht.

18.5 Begriffserklärungen

- **Absonderungsrecht:** Sind Forderungen eines Gläubigers durch bestimmte Sicherungsrechte (z.B. Sicherungsübereignung, Sicherungsabtretung, verlängerter Eigentumsvorbehalt) gesichert, hat der Gläubiger ein Recht darauf, bevorzugt aus dem Erlös der Verwertung der Sicherheit (z.B. dem Verkauf der zur Sicherheit übereigneten Sache) befriedigt zu werden.
- **Anfechtung:** Recht des Insolvenzverwalters, Handlungen, Geschäfte, Übertragungen von Vermögen etc., die zu Nachteilen für die Insolvenzgläubiger insgesamt oder zur bevorzugten Befriedigung einzelner Gläubiger geführt haben, rückgängig zu machen (z.B. durch Rückübertragung oder Rückzahlung).
- **Aussonderungsrecht:** Sachen, die nicht im Eigentum des Schuldners stehen, muss der Insolvenzverwalter aussondern, d.h. an den Eigentümer herausgeben (so. z.B. bei Sachen, die unter Eigentumsvorbehalt geliefert worden sind). Er darf die Sachen nur behalten, wenn er sie vollständig bezahlt.
- **(Insolvenz)Gläubiger:** diejenige Person oder Firma, der zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein begründeter Anspruch (z.B. auf Kaufpreiszahlung) gegen den insolventen Schuldner zusteht.



- Insolvenzmasse: Vermögen, das zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens dem Schuldner gehört sowie das Vermögen, das während des laufenden Insolvenzverfahrens hinzukommt.
- Insolvenzquote: Prozentualer Anteil, den die Insolvenzgläubiger nach Abschluss des Insolvenzverfahrens von ihrer angemeldeten Forderung erhalten. Sie errechnet sich aus dem Verhältnis der Insolvenzmasse zur Summe aller Verbindlichkeiten.
- Insolvenzreife: Zeitpunkt, ab dem ein Insolvenzgrund (Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung) vorliegt.
- Insolvenzstraftaten: Diese betreffen bestimmte Vorschriften im Strafgesetzbuch (§§ 283 ff StGB). Bei diesen Tatbeständen werden bestimmte Handlungen des Insolvenzschuldners bzw. des Vertretungsorgans während der Krise eines Unternehmens unter Strafe gestellt.
- Insolvenztabelle: Der Insolvenzverwalter hat die bei ihm angemeldeten Forderungen in eine Tabelle einzutragen und diese beim Insolvenzgericht vorzulegen.
- Insolvenzverwalter: Wird vom Insolvenzgericht eingesetzt und soll das Verfahren im Interesse aller Gläubiger und unter Berücksichtigung öffentlicher Interessen abwickeln.
- (Insolvenz)Schuldner: das insolvente Unternehmen bzw. die insolvente Person.
- Vorläufiges Insolvenzverfahren: Zeitraum zwischen der Insolvenzantragstellung und der Eröffnung des Insolvenzverfahrens.
- Vorläufiger Insolvenzverwalter: Man unterscheidet zwischen dem sog. „starken“ und dem sog. „schwachen“ vorläufigen Insolvenzverwalter, wobei der „schwache“ Verwalter der Regelfall ist. Die Unterscheidung ergibt sich aus den unterschiedlichen Kompetenzen. Der vorläufige Verwalter soll das Vermögen des Insolvenz-



schuldners bis zur Entscheidung über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens sichern und kontrollieren und das Unternehmen ggf. fortführen. Er erstellt für das Gericht das Insolvenzugutachten.

18.6 Hilfreiche Seiten im Internet

- Um herauszufinden, ob der Geschäftspartner bereits insolvent ist: www.insolvenzbekanntmachungen.de
- Erklärung von Begriffen zum Thema Insolvenz: www.insolvenzratgeber.de/verzeichnisse/insolvenzlexikon
- Formulare und Merkblätter rund um die Insolvenz (z.B. Formular für Forderungsanmeldungen im Insolvenzverfahren): www.justiz.nrw.de/BS/formulare/insolvenz/index.php
- Informationen zu Unternehmen und deren Jahresabschlüssen: www.unternehmensregister.de
- Muster für eine Liquiditätsbilanz (beachte: Planung muss für Drei-Wochen-Zeitraum erfolgen): [http://www.bmw-
unternehmenspor-
tal.de/mediendb/content/checklisten_uebersichten/controllers/
check_06.pdf](http://www.bmw-unternehmensportal.de/mediendb/content/checklisten_uebersichten/controllers/check_06.pdf)
- Hinweise zur Erstellung einer Überschuldungsbilanz (die Überschuldungsbilanz ist abzuleiten aus der Handelsbilanz): http://bundesrecht.juris.de/hgb/___266.html