

Compliance Berater

5 / 2017

Betriebs-Berater Compliance

3.5.2017 | 5.Jg
Seiten 133–176

EDITORIAL

Armin Fladung, RA, C.O., und **Jasmin Fladung**, LL.M., C.O., DSB
Alles neu macht der Mai! | 1

CORPORATE COMPLIANCE

Dr. Artem Boyko, LL.M.
Compliance in Russland | 133

RISIKOANALYSE UND -IDENTIFIKATION

Dr. Jannis Kamann, RA/FAArbR
Bleibt alles anders: Krankenhaussektor und Kooperationen im Lichte des Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen | 136

Tobias Grambow, FAArbR, **Daniel Weiner**, StB, und **Christine Nitschke**, LL.M., RAin
Compliance im Start-up | 141

Jan Bracke, WP/StB, und **Florian Maciuca**, WP
Tax-Compliance – ausschließlich ein Thema der Steuerabteilung? | 146

COMPLIANCE MANAGEMENT

Verena Brandt und **Dr. Malcolm Gammisch**
Messbarkeit von Nachhaltigkeit und Erfolg von Compliance-Maßnahmen | 150

Dr. Katharina Hastenrath, RAin, und **Hannes Müller**, BSc
Möglichkeiten der Incentivierung von Compliance-gerechtem Verhalten | 154

Dr. Markus Diepold, RA/FAArbR, und **Isabelle Puhl**, RAin
Step-by-step: Spenden- und Sponsoringrichtlinien – muss der Betriebsrat mitbestimmen? | 161

Dr. Thomas A. Jesch, LL.M. (Georgetown), RA/FAStR
Die Compliance-Funktion in der Kapitalverwaltungsgesellschaft – Teil 1 | 165

HAFTUNG UND AUFSICHT

Dr. Michael Johannes Pils, RA
Überblick über die Neue Arbeitsstättenverordnung | 170

Schriftleitung:
CAD-Institut
für Compliance,
Arbeitsrecht und
Datenschutz

CB-BEITRAG

Tobias Grambow, FAArbR, Daniel Weiner, StB und Christine Nitschke, LL.M., RAin

Compliance im Start-up

Der nachfolgende Beitrag gibt einen Überblick über typische, compliancerelevante Fragestellungen in Start-ups, die die ersten Jahre seit der Gründung bereits erfolgreich gemeistert haben und nun zu höheren Weihen streben. Anhand eines fiktiven Beispiel-Start-up werden diese Themenkreise u. a. aus den Bereichen Arbeitsrecht, Steuerrecht und Wettbewerbsrecht behandelt.

I. Einführung: Beispiel-Start-up

Im Jahr 2015 haben sich A, B und C entschlossen, ihren bisherigen Arbeitgeber X, ein großes Unternehmen der Automatisierung, Mobilität, Energie und Informationstechnologie, zu verlassen und ein eigenes Unternehmen aufzubauen. Ziel war es, innovative, ressourcenschonende Antriebssysteme für den Individual-, Nah- und Fern- sowie Frachtverkehr zu entwickeln. Da A, B und C Startkapital benötigten und X sich die Innovationen der drei Gründer zunutze machen wollte, vereinbarten A, B, C und X die Gründung der Y-GmbH, an der X zu 26%, A zu 51%, B zu 13% und C zu 10% beteiligt sind. A und B haben die Geschäftsführung übernommen und beziehen ein Gehalt durch die Y, sind aber nicht zur Sozialversicherung angemeldet. Die Y beschäftigt Arbeitnehmer und freie Mitarbeiter. Nachdem in der Y zunächst gut gestartet ist, planen A, B und C nun ihre Ideen marktreif zu machen. Hierfür benötigen sie weiteres Kapital. X bietet zwar das benötigte Kapital, möchte aber die Produkte selbst fertigen und vermarkten. Damit sind A, B und C nicht einverstanden und haben den US-amerikanischen Investor Z aufgetan, der bereit ist, massiv zu investieren. Sie fragen, ob nicht die Y-GmbH zur Y-AG umgewandelt und anschließend börsennotiert werden könnte, um mit dem Börsengang das nötige Kapital ohne Abhängigkeit von einem Großinvestor wie Z einzusammeln.

Sollte Z zu beteiligen sein, könnte dies aus Sicht von A, B, C und X im Wege einer Kapitalerhöhung erfolgen, an der nur Z teilnimmt. Da die Altbeteiligungen dadurch verwässern, möchten A, B und C zusätzlich zu ihrer Beteiligung sowie ihrer laufenden Einkünfte als Angestellte durch die Gesellschaft sog. Phantom Stocks gewährt bekommen. Z ist damit einverstanden, besteht aber bei der aktuell noch Verluste erwirtschaftenden Y-GmbH in Zukunft auf eine kräftige Dividende „brutto für netto“.

Y möchte ihre Geschäftsidee schützen lassen, erwägt eine Markenmeldung und will künftig aggressiver Werbung betreiben. Dabei sollen auch Fotos und Texte aus dem Internet verwendet werden. Zudem soll als Gründungsjahr künftig das Jahr 2011 angegeben werden, um das Unternehmen erfahrener erscheinen zu lassen. Um Kosten zu sparen, sollen die potentiellen Abnehmer telefonisch von den Vorzügen der Antriebssysteme überzeugt werden. Eines der neuen Antriebssysteme soll werblich den bereits am Markt vorhandenen Antriebssystemen gegenübergestellt werden.

II. Typische Fragestellungen

1. Wie ist der sozialversicherungsrechtliche Status von A und B zu bewerten?

Angestellte Geschäftsführer einer GmbH¹ ohne beherrschenden Einfluss auf die Gesellschaft unterliegen der Sozialversicherungspflicht. Ein beherrschender Einfluss ist regelmäßig anzunehmen, wenn der Geschäftsführer über eine im Gesellschaftsrecht (nicht lediglich Anstellungsvertrag²) wurzelnde Rechtsmacht verfügt, missliebige Weisungen zu verhindern³ bzw. Entscheidungen prägend mitbestimmen. Das ist insbesondere bei Beteiligung über 50% am Stammkapital der GmbH oder einer gesellschaftsvertraglicher Sperrminorität für Gesellschafterbeschlüsse der Fall.⁴ Bislang konnten auch solche angestellten Geschäftsführer ausnahmsweise als Selbstständige zu betrachtet werden, wenn sie faktisch wie ein Alleininhaber die Geschäfte der Gesellschaft nach eigenem Gutdünken führten.⁵ Diese „Kopf und Seele“-Rechtsprechung hat das Bundessozialgericht in mehreren Entscheidungen aus jüngster Zeit aufgegeben.⁶ Demnach wäre die Sozialversicherungsfreiheit von A zutreffend, B jedoch ist tatsächlich abhängig beschäftigt.

2. Wie ist der sozialversicherungsrechtliche Status freier Mitarbeiter zu bewerten?

Mitarbeiter sind nur dann „freie Mitarbeiter“ und unterliegen grundsätzlich nicht der Sozialversicherungspflicht, wenn sie weisungsunabhängig sind und nicht in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers, insbesondere in Bezug auf Zeit, Dauer und Ort der Arbeitsausführung, eingebunden sind. In der Praxis scheidet eine nicht sozialversicherungspflichtige freie Mitarbeit häufig an dem fehlenden Unternehmerisiko dieser Mitarbeiter. Der freie Mitarbeiter muss ein Verlustrisiko

1 Zu Vorständen einer Aktiengesellschaft siehe Grambow, AG 2010, 477.

2 BSG, Urt. v. 11.11.2015 – B 12 KR 10/14 R, DStR 2016, 1275.

3 BSG, Beschl. v. 28.7.2016 – B 12 R 55/15 B.

4 BSG BB 2000, 674; ZIP 2006, 678.

5 BSG, Urt. v. 23.9.1982 – 10 RAr 10/81, BeckRS 2009, 74693; BSG NZA 1991, 324 (Ls.); LSG Baden-Württemberg, Urt. v. 26.6.2012 – L 11 KR 2769/11, BeckRS 2012, 71687.

6 BSG, Beschl. v. 28.7.2016 – B 12 R 55/15 B; BSG, Urt. v. 29.7.2015 – B 12 KR 23/13 R

tragen, z. B. aufgrund von Vergütungsverbindlichkeiten gegenüber eigenem Personal, Mietverbindlichkeiten für Büroräume und Equipment, Fahrtkosten etc.⁷ Ob eine Tätigkeit in einem Beschäftigungsverhältnis ausgeübt wird, richtet sich vielmehr danach, ob nach dem Gesamtbild eine persönliche Abhängigkeit von dem Auftraggeber besteht.⁸ Der freie Mitarbeiter sollte zudem seine Dienste auch anderen Auftraggebern anbieten und ggf. Werbung betreiben. Übt der freie Mitarbeiter seine entgeltliche Tätigkeit neben einem anderen Arbeitsverhältnis oder einer selbstständigen beruflichen Tätigkeit aus, führt dies aber nicht automatisch zu einer Sozialversicherungsfreiheit der Tätigkeit für die Y-GmbH. Aus Risikoeurwägen ist die Geschäftsführung der Y-GmbH gehalten, den Status der „freien Mitarbeiter“ umgehend zu prüfen, in Zweifelsfällen über ein Statusverfahren.

3. Mindestlohn

Seit dem 01.01.2017 beträgt der gesetzliche Mindestlohn 8,84 € brutto je Zeitstunde. Obacht ist bei verstetigten Monatsentgelten zu nehmen. Im Einzelfall können nämlich die Grenzen des gesetzlichen Mindestlohns unterschreiten, da die einzelnen Monate unterschiedlich viele Arbeitstage und damit Arbeitsstunden haben. Es sollte sich also an der Höchstzahl der monatlich möglichen Arbeitstage orientiert werden.⁹ Zuschläge und Zulagen, unwiderrufliche Sonderzahlungen etc. können grundsätzlich in dem Monat, in dem sie dem Arbeitnehmer zufließen, auf den Mindestlohn angerechnet werden.¹⁰ Grundsätzlich ist der Mindestlohn allen Arbeitnehmern zu gewähren, auch geringfügig Beschäftigten. Besondere Relevanz für Start-ups können Praktikanten haben. Nach § 22 Abs. 1 S. 2 MiLoG gelten Praktikanten als Arbeitnehmer mit Mindestlohnanspruch, es sei denn, dass sie:

- ein Praktikum auf Grund einer schulrechtlichen Bestimmung, einer Ausbildungsordnung, einer hochschulrechtlichen Bestimmung oder im Rahmen einer Ausbildung an einer gesetzlich geregelten Berufsakademie leisten oder
- ein Praktikum leisten, das drei Monate nicht überschreitet und der Orientierung für eine Berufsausbildung oder der Aufnahme eines Studiums dient, oder
- ein Praktikum leisten, das drei Monate nicht überschreitet und eine Berufs- oder Hochschulausbildung begleitet und zuvor kein solches Praktikum mit demselben Ausbilder bestanden hat, oder
- an einer Einstiegsqualifizierung nach § 54 a SGB III oder der Berufsausbildungsvorbereitung nach §§ 68 bis 70 BBiG teilnehmen.

Das MiLoG sieht weitgehende Aufzeichnungspflichten für Arbeitgeber vor. Relevant für Start-ups ist die Dokumentationspflicht bei geringfügig Beschäftigten. Diese Aufzeichnungspflicht umfasst Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit. Die Aufzeichnung hat spätestens bis zum Ablauf des 7. auf den Tag der Arbeitsleistung folgenden Kalendertages zu erfolgen. Es besteht zudem eine Aufbewahrungs- und Bereithaltungspflicht für mindestens zwei Jahre, beginnend ab dem für die Aufzeichnung maßgeblichen Zeitpunkt. Die Aufzeichnungspflicht kann auf den Arbeitnehmer übertragen werden.¹¹

4. Steuerliche Aspekte bei Phantom Stocks

Der Zufluss von Phantom Stocks stellt aus Sicht von A, B, und C ertragsteuerlich Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit nach § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 i.V.m § 19 EStG dar; für den Zuflusszeitpunkt und damit die Frage der Bewertung für Zwecke der Lohnbesteuerung kommt es auf die konkrete Ausgestaltung der virtuellen Beteiligung an. Einige Beteiligungsformen sehen bspw. eine Einbuchung in ein virtuelles Mitarbeiterdepot vor, auf das der Arbeitnehmer erst nach gewisser Zeit

zugreifen kann. Hier wird sich die Frage stellen, ab wann dem Arbeitnehmer das steuerlich-wirtschaftliche Eigentum an den Gutschriften auf diesem Depot zusteht, um den korrekten Besteuerungszeitpunkt zu bestimmen, da die korrekte Lohnbesteuerung der Gesellschaft obliegt. Manchmal fällt auch die verfallbare virtuelle Beteiligung beim Ausscheiden an die Gesellschaft zurück, während unverfallbare virtuelle Beteiligungen erhalten bleiben. Aus Sicht des Unternehmens ist also wichtig, eine solche zusätzliche Leistung an die Führungskräfte mit Blick auf die im Auszahlungszeitpunkt erforderliche Liquidität sowie die zeit- und betragsgerechte Lohnbesteuerung sinnvoll zu gestalten und steuerlich korrekt zu erfassen.

„Phantom Stocks/Stock Appreciation Rights“ sind wegen der Verpflichtung der sie gewährenden Gesellschaft zum Barausgleich handels- wie steuerbilanziell beim Begünstigten Forderungen und damit keine „Anteile“ an der Gesellschaft, an deren Anteilskursentwicklung sie festmachen. Sollten A, B und C die phantom stocks vor dem Zufluss in einer Beteiligungsgesellschaft halten, kommt eine Steuerfreistellung i. S. v. § 8b KStG im Zuflusszeitpunkt grundsätzlich nicht in Betracht. Vielmehr sind solche Rechte in einer Beteiligungsgesellschaft i. H. v. ca. 30% steuerbar und -pflichtig; hinzu käme die Besteuerung in Höhe der sog. Abgeltungssteuer (25% zzgl. SolZ und ggf. zuzüglich Kirchensteuer) bei Ausschüttung durch die Beteiligungsgesellschaft an A, B oder C.

Im Ergebnis kann es daher vorzugswürdig sein, die Phantom Stocks im Privatvermögen zu halten.

5. Formwechsel in eine AG und Haftungsrisiken

Viele Start-up-Unternehmer träumen von der Visitenkarte des „Vorstands“ und einem IPO zur Aufnahme weiteren Kapitals. Gerade Software-IPOs der jüngeren Zeit im US-amerikanischen Raum scheinen diese Idee zu beflügeln. Ertragsteuerrechtlich ist der zivilrechtliche Formwechsel einer Körperschaft in eine andere Körperschaft ein Nulium, da es bei einem homogenen identitätswahrenden Formwechsel zu keiner Änderung des Besteuerungsregimes kommt. Der Vorgang findet daher im Umwandlungssteuergesetz keinerlei Erwähnung. Umsatzsteuerrechtlich ist die Y-AG aufgrund des bloßen Wechsels des „Rechtskleids“ dieselbe Unternehmerin wie die „untergehende“ Y-GmbH.¹²

Viele Unternehmer überblicken jedoch die wirtschaftlichen Folgen dieses Weges nicht, sodass sich hier Haftungsrisiken ergeben. Zwar ist der Rechtsformwechsel der Y-GmbH in die Y-AG auch nach den Bestimmungen des Umwandlungsgesetzes unproblematisch möglich.¹³ Jedoch sind sowohl bei dem Formwechsel als auch danach die bei einer AG erhöhten rechtlichen Anforderungen an Gesellschafterversammlungen (dann: Hauptversammlungen) sowie ggf. wertpapierrechtliche Vorschriften nebst Haftungsfolgen zu beachten, Letzteres natürlich nur, sollte die Y-AG tatsächlich börsennotiert werden. Die hohen Aufwendungen im Zusammenhang mit einem Börsengang sowie die erhöhten jährlichen Aufwendungen für die Abhaltung von

7 LSG Bayern, Urt. v. 14.12.2001 – L 4 KR 147/99, BeckRS 9999, 04117.

8 BSG, Urt. v. 29.8.2012 – B 12 KR 25/10 R.

9 Näher hierzu Grambow, ZStV 2015, 81, 84f.

10 BAG, Urt. v. 25.05.2016 – 5 AZR 135/16.

11 Jöris/von Steinau-Steinrück, BB 2014, 2101, 2105; Spielberger/Schilling, NJW 2014, 2897, 2902 m. w. N.

12 Insb. keine Vorsteuerkorrekturen etc., vgl. Tz. 15a.10 Nr. 2 S. 1 und Tz. 18.7 Abs. 2 S. 2 UStAE.

13 § 191 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 Nr. 3 UmwG i. V. m. § 3 Abs. 1 Nr. 2 UmwG.

Hauptversammlungen börsennotierter Gesellschaften, die nach unserer Erfahrung selbst bei einem Gesellschafterkreis bestehend aus wenigen Großaktionären und nur einem begrenzten Aktionärskreis im sog. freefloat unproblematisch die Grenze zum Sechststelligen reiben, sind nicht zu vernachlässigen.

Die Y-AG wird zukünftig ggf. prüfungspflichtig sein; zusätzliche Kosten entstehen, wenn nach internationalen Rechnungslegungsstandards bilanziert werden soll, um das Unternehmen näher am fair-market-value darstellen zu können, was insbesondere für Zwecke der Bilanzierung ggf. nach HGB nicht bilanzierbarer immaterieller Vermögensgegenstände hilfreich sein kann, wenn A, B und C die bisherigen Forschungs- und Entwicklungskosten der Y-GmbH/-AG aktivieren möchten.

6. Gewinnthesaurierung, Beteiligung eines ausländischen Investors

Für viele Start-up-Unternehmer liegt die Attraktivität ihres Engagements nicht im schnellen Geld, sie verzichten meistens auf Ausschüttungen, da sie aus vorangehender Beschäftigung gut versorgt ausgeschieden sind. Solche Unternehmer sehen ihren Mehrwert in einer Wertsteigerung der Beteiligung durch Gehaltsverzicht und Thesaurierung von Gewinnen, um für das Szenario der späteren Veräußerung ihrer Beteiligung an einen Investor die „Braut hübsch zu machen“. Dies ist steuerlich durchaus vernünftig, beträgt die Gesamtbelastung mit Ertragsteuern bei Körperschaften im Falle der Thesaurierung von Gewinnen nur die bereits genannten ca. 30%. Interessierte Investoren korrigieren vor dem Erwerb einer Beteiligung in diesem Falle jedoch häufig den Wert des Unternehmens z. B. durch Einkalkulierung hypothetischer, nach ihrer Auffassung markgerechter Gehälter für das Führungspersonal nach unten. Bei (börsennotierten) Aktiengesellschaften ist eine dauerhafte, vollständige Thesaurierung von Gewinnen ehemals nicht möglich. Es ist daher nicht nur compliant, sondern auch sinnvoll, ein Start-up wie ein „normales“ Unternehmen zu führen und zumindest angemessene Gehälter zu zahlen, um sich im Zeitpunkt des Desinvestments solchen Diskussionen zu entziehen. Der Mehrwert unseres Start-ups wird für A, B und C in den stillen Reserven liegen, die sich insbesondere im Geschäftswert niederschlagen.

Die Beteiligung eines ausländischen Investors an der Y unterliegt steuerlich zunächst keinen Besonderheiten. Jedoch kann die Frage, wie sich der ausländische Investor beteiligt, ob persönlich oder über eine haftungsbeschränkte oder gar -unbeschränkte Gesellschaft, Auswirkungen auf die von der Y zukünftig an ihn zu gewährenden Ausschüttungen zeitigen. Die übliche Beteiligung über eine ausländische, haftungsbeschränkte Kapitalgesellschaft kann bei entsprechender Beteiligungshöhe zwar eine Steuerfreistellung der Dividenden bei dem ausländischen Investor und damit eine Gleichstellung zu einer inländischen Beteiligung dieser Art mit sich bringen, es gilt jedoch neben Art. 10 des für Z einschlägigen DBA Deutschland-USA § 50d EStG zu beachten, der die kapitalertragsteuerfreie Auszahlung der Dividenden von weiteren Voraussetzungen abhängig macht. Unter Umständen ist eine solche Befreiung nach § 50d Abs. 3 EStG gänzlich ausgeschlossen, wenn es sich bei dem ausländischen Beteiligten um eine substanzlose Holding handelt, die nur für Zwecke der Haftungsabgrenzung eingezogen wurde.

7. Steuerfreie Dividenden, Verlustuntergang, Zinsschranke

Sollten A, B, C und X planen, ihre Beteiligungen über jeweils eine Beteiligungsgesellschaft zu halten, kann es bei der angedachten Kapitalerhöhung des Z zu einer Verwässerung ihrer Beteiligung kommen, die die Vereinnahmung steuerfreier Dividenden auch im Inland

ausschließt, da hierfür eine Mindestbeteiligung am Grund- oder Stammkapital von 10%¹⁴ erforderlich ist. Dies ist unproblematisch, solange Gewinne thesauriert werden, da ein Veräußerungsfall die Mindestbeteiligungsgrenze nicht kennt. Sollten die Altgesellschafter jedoch bis dahin auf Dividenden angewiesen sein, wird entweder deren Regulärversteuerung hinzunehmen oder eine Beteiligung an der Kapitalerhöhung des Z erforderlich sein. Um dies zu vermeiden, sollte ein qualifizierter Berater mit der Entwicklung einer kombinierten Eigen- und Fremdkapitalfinanzierung erst durch Z beauftragt werden, bei der z. B. die Fremdfinanzierung zum Zeitpunkt des Desinvestments der Altgesellschafter in Eigenkapital umgewandelt wird.

Auch wenn bisher von nur von der Idealsituation des gewinnerwirtschaftenden Start-ups ausgegangen wurde, stellt sich bei der Y-GmbH die Frage, ob bei ihr nicht aus der Startphase – wie bei den meisten Start-ups mit hohen Forschungs- und Entwicklungsaufwendungen – noch ertragsteuerliche Verlustvorträge vorhanden sind, denen durch die Aufnahme des Investors Z oder andere Maßnahmen auf Gesellschafterebene der Untergang droht. Zwar hat der möglicherweise einschlägige § 8c KStG¹⁵ in den vergangenen Jahren diverse Änderungen und mit dem neuen § 8d KStG eine angenehme Ergänzung zugunsten betroffener Steuerpflichtiger erfahren; es bleiben jedoch Fallstricke, die die richtige Investierung der Gesellschaft in den Fokus der Unternehmensführer rücken sollten. Sind sie – wie A und B bei der Y-GmbH – neben ihrer Beteiligung auch in der Geschäftsführung der Gesellschaft tätig, muss ihnen klar sein, dass ihnen aus Sicht eines reinen Kapitalbeteiligten verständliche Maßnahmen (z. B. der Verkauf der Beteiligung des A an Z oder die zu einer erheblichen Verschiebung der Beteiligungsverhältnisse zugunsten des Z führende Kapitalerhöhung) als Unternehmensleiter von anderen Beteiligten vorgeworfen werden können, wenn sie durch alternative oder zeitlich verzögerte Maßnahmen den Verlustuntergang hätten vermeiden können, solche Gestaltungen aber weder steuerlich haben prüfen lassen noch überhaupt nur angedacht haben; die aus der Startphase dann nicht mehr verrechenbaren Verluste führen in der Gewinnphase zu einer vermeidbaren Definitivbelastung der Gesellschaft mit Ertragsteuern.

Zusätzlich kann ein Verlustuntergang nach § 8c KStG auch negative Auswirkungen auf den Betriebsausgabenabzug von Zinsaufwendungen haben, vgl. § 8a Abs. 1 S. 3 KStG. Stark fremdfinanzierten Start-ups droht durch unüberlegte Maßnahmen damit gleich doppeltes steuerliches Ungemach.

8. Staatliche Förderung

Der Staat hält für Investoren liquiditätswirksame und steuerlich begünstigte Fördermittel bereit wie z. B. den bisher weitestgehend unbekanntesten „INVEST – Zuschuss für Wagniskapital“ des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie.¹⁶ Dieses bis 31.12.2020 befristete Programm unterstützt gezielt junge Unternehmen bei der Gewinnung privater Investoren zur Einwerbung von Wagniskapital mittels Bezuschussung eines Teils des Anteilerwerbs beim Investor. Dieser auch für EWR-Ausländer abrufbare Zuschuss wird über § 3 Nr. 71 EStG für den Investor unter bestimmten Voraussetzungen – die die Y-GmbH erfüllt – einkommensteuerbefreit. Es ist daher sicher compliant, sich

¹⁴ Vgl. § 8b Abs. 1 S. 1 iVm Abs. 4 S. 1 KStG

¹⁵ Für Zwecke der Gewerbesteuer siehe § 10a S. 10 GewStG.

¹⁶ „Überblick zu bestehenden Instrumenten zur Gründungs- und Wachstumsfinanzierung“, Dossier als PDF abrufbar unter <http://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Dossier/mittelstandsfinanzierung.html>

bei einem auf diesem Gebiet fachkundigen Berater über die Möglichkeiten der staatlichen Förderung zu erkundigen.

9. Was ist bei der Werbung und Firmendarstellung compliant?

Y hat in Bezug auf Werbung verschiedene gesetzliche Vorschriften zu beachten. Diese befinden sich u. a. im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Je nach Branche können zudem spezialgesetzliche Regelungen zu berücksichtigen sein.¹⁷ Das UWG untersagt u. a. unwahre oder sonstige zur Täuschung geeignete Angaben, die geeignet sind, den Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.¹⁸ Die Angaben können z. B. die Eigenschaften eines Unternehmens¹⁹ oder die Merkmale von Waren oder Dienstleistungen²⁰ betreffen.

Will Y damit werben, Y sei in der Branche „führend“ (oder das „größte“ oder „beste“ Unternehmen), stellt dies eine sog. Alleinstellungs- bzw. Spitzenstellungswerbung dar, die sowohl produktbezogen (z. B. auf die Qualität) als auch unternehmensbezogen (z. B. auf die Größe oder Marktstellung)²¹ erfolgen kann. So darf nur geworben werden, wenn die Werbebehauptung wahr ist, der Werbende einen deutlichen Vorsprung gegenüber seinen Mitbewerbern vorzuweisen hat und der Vorsprung die Aussicht auf eine gewisse Stetigkeit bietet.²² Relevant ist, wie die Adressaten die Aussage auffassen – eine Mehrdeutigkeit geht zulasten des Werbenden.²³ Sind die Zulässigkeitsvoraussetzungen im Hinblick auf Y nicht erfüllt, darf Y so nicht werben.

Hinweise auf das Unternehmensalter können sowohl direkt (z. B. durch Nennung der Jahreszahl „seit 1998“, „20 Jahre Erfahrung“) als auch indirekt (z. B. durch eine altmodisch anmutende Produktwerbung oder Nutzung antiquierter Begriffe) erfolgen.²⁴ Da Kunden ein hohes Unternehmensalter meist mit Erfahrung, Wirtschaftskraft und Zuverlässigkeit und damit als Qualitätsangabe verbinden²⁵, liegt die Versuchung nahe, das Unternehmen älter darzustellen als es tatsächlich ist. Hiervon ist abzuraten: Dies verstößt gegen das Irreführungsverbot und ist damit unlauter und folglich unzulässig.

Vorsicht ist auch bei der preisgünstigen Werbung per Telefon oder E-Mail geboten – und zwar unabhängig davon, ob sich die Werbung an Unternehmen oder Verbraucher richtet. Hier muss grundsätzlich bereits vor dem ersten Kontakt je nach Art des Adressaten eine bestimmte Art von Einwilligung vorliegen, bevor eine solche Werbung für zulässig erachtet wird.²⁶ Hierunter fällt auch die beliebte „Tell a friend“-Funktion auf Internetseiten.²⁷ Y muss also zuvor die entsprechenden Einwilligungen der Werbeadressaten einholen. Aspekte des Datenschutzes kommen hinzu.

Auch an eine vergleichende Werbung, d. h. eine solche, die Mitbewerber erkennbar macht, stellt das UWG bestimmte Anforderungen. Erkennbar gemacht ist ein Mitbewerber nicht nur, wenn er namentlich bezeichnet oder abgebildet wird²⁸, sondern z. B. auch durch Anspielungen auf seine Werbeslogans.²⁹ Der Vergleich muss sich u. a. auf untereinander substituierbare Waren oder Dienstleistungen sowie objektiv auf wesentliche, relevante, nachprüfbar und typische Eigenschaften oder den Preis dieser Waren oder Dienstleistungen beziehen und darf den Mitbewerber nicht herabsetzen.³⁰ Bei unlauterer Werbung drohen kostspielige Abmahnungen von Mitbewerbern oder Verbänden.

10. Schutz der Geschäftsidee

Das deutsche Rechtssystem kennt keinen Schutz von Ideen als solchen. Es steht grundsätzlich jedem frei, Ideen anderer umzusetzen oder sich von diesen inspirieren zu lassen. Schützbar bzw. geschützt

kann vielmehr nur die konkrete Umsetzung bzw. Ausgestaltung einer Idee sein³¹, z. B. Schutz durch Marken, Designs, Patente, Gebrauchsmuster, das Urheberrecht sowie das Wettbewerbsrecht.

Durch die Anmeldung von Marken lassen sich bestimmte Zeichen (z. B. Namen oder Logos) als Kennzeichen von Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens schützen, wenn sie geeignet sind, diese von denjenigen eines anderen Unternehmens zu unterscheiden.³² Für Erfindungen auf dem Gebiet der Technik ist die Anmeldung zum Patent möglich, sofern diese neu sind, auf einer erfinderischen Tätigkeit beruhen und gewerblich anwendbar sind.³³ Für eine Produktgestaltung kommt, wenn sie neu ist und Eigenart hat, ein Schutz über ein Design in Betracht.³⁴ Das Urheberrecht wiederum schützt Werke wie Sprachwerke, Lichtbildwerke, Darstellungen wissenschaftlicher oder technischer Art (z. B. Zeichnungen, Pläne, Skizzen), wenn sie persönliche geistige Schöpfungen sind.³⁵ Das Wettbewerbsrecht bietet unter bestimmten Voraussetzungen Schutz gegen Nachahmung³⁶ sowie gegen den Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen.³⁷

Während es also jedem gestattet ist, die Idee „ressourcenschonende Antriebssysteme für den Individual-, Nah- und Fern- sowie Frachtverkehr“ zu realisieren, ist es z. B. nicht gestattet, sich geheim gehaltene technische Zeichnungen des Antriebssystems eines Wettbewerbers widerrechtlich zu verschaffen und wirtschaftlich zu verwerten, die für Antriebssysteme eingetragene Marke eines Konkurrenten zur Kennzeichnung der eigenen Antriebssysteme zu verwenden, ein Antriebssystem, das Gegenstand eines Patents ist, herzustellen und anzubieten.

Investor Z wird für seine Entscheidung, ob er Investor werden soll, geheimhaltungsbedürftige Informationen von den Gründern erhalten wollen. In diesem Zusammenhang sind Geheimhaltungsvereinbarungen regelmäßig ein sinnvolles Instrument, um zu verhindern, dass (zukünftige) Geldgeber und Vertragspartner, denen man die Idee anvertraut hat, das Projekt selbst oder mit Dritten umsetzen und der eigenen Umsetzung zuvorkommen.

17 Z. B. aus dem Telemediengesetz, Heilmittelwerbegesetz, Tabakerzeugnisgesetz.

18 § 5 UWG.

19 § 5 Abs. 1 Nr. 3 UWG.

20 § 5 Abs. 1 Nr. 1 UWG.

21 Vgl. Ohly/Sosnitza, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 7. Aufl. 2016, § 5 Rn. 637.

22 BGH, GRUR 1991, 850 – Spielzeug-Autorennbahn.

23 Vgl. Ohly/Sosnitza, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 7. Aufl. 2016, § 5 Rn. 647.

24 Vgl. Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Auflage 2017, § 5 Rn. 4.60.

25 BGH GRUR 81, 69, 70 – Alterswerbung für Filialen; Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Auflage 2017, § 5 Rn. 4.59.

26 § 7 Abs. 2 Nr. 2 bzw. Nr. 3 UWG.

27 BGH GRUR 2013, 1259 (1260) – Empfehlungs-E-Mails.

28 EuGH GRUR 2003, 533.

29 Vgl. Ohly/Sosnitza, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 7. Aufl. 2016, § 5 Rn. 33.

30 § 6 Abs. 2 UWG.

31 Vgl. z. B. BGH GRUR 1987, 704 für das Urheberrecht; OLG Düsseldorf, Urt. v. 24.08.2010 – 20 U 54/10 für das Design, OLG Frankfurt a. M. GRUR-RR 2011, 182 für das Wettbewerbsrecht.

32 § 3 MarkenG.

33 § 1 Abs. 1 PatG.

34 § 2 Abs. 1 DesignG.

35 § 2 UrhG.

36 § 4 Nr. 3 UWG.

37 § 17 UWG.

11. Urheberrecht

Das Einstellen fremder Fotos und Texte z. B. auf einer Webseite ist eine Urheberrechtsverletzung, sofern die Texte und Fotos urheberrechtlichen Schutz genießen und nicht die erforderlichen Nutzungsrechte des Rechteinhabers eingeholt wurden. Fotos genießen nach dem Urheberrechtsgesetz Schutz.³⁸ Texte können als Sprachwerke urheberrechtlich geschützt sein, wenn sie ein gewisses Maß an schöpferischer Eigentümlichkeit/Individualität aufweisen.³⁹ Je länger der Text und je größer der Gestaltungsspielraum, desto wahrscheinlicher ist das Vorliegen eines urheberrechtlich geschützten Werks.⁴⁰ Werden nur Teile eines Werks übernommen, ist entscheidend, ob der übernommene Teil für sich geschützt ist. Alleine der Urheber entscheidet darüber, ob und wie das von ihm geschaffene Werk verwertet wird: Zu diesen Verwertungsrechten gehören z. B. das Vervielfältigen oder Verbreiten des Werks oder das öffentliche Zugänglichmachen im Internet.⁴¹ Wer ein urheberrechtlich geschütztes Werk nutzen will, muss sich gegen Zahlung einer Lizenzgebühr von dem Urheber die erforderlichen Nutzungsrechte einräumen lassen.⁴² Sofern die Fotos und Texte geschützt sind, muss Y die erforderlichen Nutzungsrechte einholen. Ist ein Urheberrecht verletzt, kommen u. a. Unterlassungs-, Auskunfts-, Kostenerstattungs- und Schadensersatzansprüche in Betracht.⁴³

12. Markenmeldung

Marken dienen der Kennzeichnung von Waren oder Dienstleistungen und erfüllen die Funktion eines Herkunftshinweises auf ein bestimmtes Unternehmen. Eine Marke wird von dem angesprochenen Publikum oft mit bestimmten Qualitätsvorstellungen verbunden, weshalb eine Marke einen wichtigen Vermögenswert darstellen kann. Dem Markenschutz zugänglich sind bspw. Wörter und Abbildungen, die geeignet sind, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden.⁴⁴ Nicht eintragungsfähig sind daher u. a. Zeichen, denen jegliche Unterscheidungskraft fehlt oder die sich in beschreibenden Angaben erschöpfen.⁴⁵ Eine Marke gewährt ihrem Inhaber ein ausschließliches Recht. Dies bedeutet, er kann Dritten verbieten, ohne seine Zustimmung im geschäftlichen Verkehr ein identisches oder ähnliches Zeichen für identische oder ähnliche Waren/Dienstleistungen zu benutzen, wenn dadurch bei dem angesprochenen Publikum die Gefahr von Verwechslungen besteht.⁴⁶ Die Anmeldung einer Marke ist daher sehr empfehlenswert. Nicht zu vergessen, sich ggf. auch die gleichlautenden Domains zu registrieren. Für welche Länder eine Marke angemeldet werden sollte, ist abhängig von dem räumlichen Tätigkeitsgebiet des jeweiligen Unternehmens. Um das Risiko zu vermeiden, selbst zum Markenverletzer zu werden, empfiehlt sich eine Markenrecherche im Vorfeld der Anmeldung. Im Fall einer Markenverletzung stehen dem Inhaber grundsätzlich u. a. Unterlassungs-, Auskunfts- und Schadensersatzansprüche sowie Kostenerstattungsansprüche zu.⁴⁷

III. Fazit

Etablierte Start-ups haben sich mit Compliance-Themen zu befassen, die im Gründungsstadium möglicherweise noch keine oder nur eine nachrangige Rolle spielten, insbesondere auch was die richtige Finanzierung ihrer Gesellschaft mit Blick auf den Exit der Gründer angeht. Unkluges Verhalten und Verstöße gegen gesetzliche Vorschriften können nicht nur zivil- und strafrechtliche Konsequenzen haben,

sondern dem Unternehmen auch wirtschaftlich nachhaltig schaden, indem sie ihm z. B. Liquidität für vermeidbare Steuern entziehen. Umgekehrt kann eine gut informierte, compliancebewusst agierende Geschäftsführung den Unternehmenserfolg nachhaltig fördern. Dies setzt eine vorausschauende Unternehmensplanung voraus, die die Wünsche auf Gesellschafterebene mit einbezieht.

AUTOREN



Tobias Grambow, RA und FA für Arbeitsrecht, ist Partner bei der Buse Heberer Fromm Rechtsanwälte Steuerberater PartG mbB am Standort Berlin. Als Vorsitzender der Practice Group Compliance und Mitglied der Practice Group Arbeitsrecht liegt der Schwerpunkt seiner Tätigkeit in der Beratung von Unternehmen im kollektiven Arbeitsrecht und im Bereich Compliance/Haftungsvermeidung.



Daniel Weiner, RA, FA für Steuerrecht und StB, ist Counsel bei der Buse Heberer Fromm Rechtsanwälte Steuerberater PartG mbB am Standort Berlin und Gesellschafter-Geschäftsführer in eigener Steuerberatungsgesellschaft. Seine Schwerpunkte sind das Gesellschafts- und Handelsrecht, das nationale und internationale Steuerrecht sowie die Begleitung von M&A-Prozessen jeder Art.



Christine Nitschke, LL.M. (Dresden/Exeter), RAin, ist Associate bei der Buse Heberer Fromm Rechtsanwälte Steuerberater PartG mbB am Standort Berlin. Der Schwerpunkt ihrer Tätigkeit liegt im Marken-, Urheber- und Wettbewerbsrecht.

38 § 2 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 2 UrhG bzw. § 72 UrhG.

39 § 2 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 UrhG.

40 LG Stuttgart ZUM-RD 2011, 649.

41 § 15 UrhG.

42 § 31 UrhG.

43 §§ 97 ff. UrhG.

44 § 3 MarkenG.

45 § 8 MarkenG.

46 § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG.

47 § 14 Abs. 5 und 6 MarkenG.