



ATHENE

Nationales Forschungszentrum
für angewandte Cybersicherheit

COMPLIANCE

Ein Überblick über wichtige
Rechtsvorschriften für
Startups in der Cybersicherheit

Sarah Stummer (LL.M.)



**StartUp
Secure**

 **ATHENE**

 **Fraunhofer**
SIT

Impressum

Layout und Satz

Kira Eisel

Kontakt

Fraunhofer-Institut für
Sichere Informationstechnologie SIT
Rheinstraße 75
64295, Darmstadt

© Fraunhofer-Institut für
Sichere Informationstechnologie SIT,
Darmstadt, 2022

Hinweise

Dieser Beitrag wurde mit Mitteln des Bundesministeriums für Bildung und Forschung unter dem Förderkennzeichen 16KIS0921(Gründungsinkubator StartUpSecure) gefördert. Darüber hinaus wurde der Beitrag vom Bundesministerium für Bildung und Forschung (BMBF) und vom Hessischen Ministerium für Wissenschaft und Kunst (HMWK) im Rahmen ihrer gemeinsamen Förderung für das Nationale Forschungszentrum für angewandte Cybersicherheit ATHENE unterstützt.

Die in diesem Beitrag enthaltenen Informationen sind sorgfältig erstellt worden, können eine Rechtsberatung jedoch nicht ersetzen. Eine Haftung oder Garantie dafür, dass die Informationen die Vorgaben der aktuellen Rechtslage erfüllen, wird daher nicht übernommen. Gleiches gilt für die Brauchbarkeit, Vollständigkeit oder Fehlerfreiheit, so dass jede Haftung für Schäden ausgeschlossen wird, die aus der Benutzung dieser Arbeitsergebnisse/Informationen entstehen können. Diese Haftungsbeschränkung gilt nicht in Fällen von Vorsatz.

Inhaltsverzeichnis

Impressum	II
Hinweise	II
Inhaltsverzeichnis	III
1. Einleitung	5
2. Hintergrund der Compliance	6
2.1. Compliancepflicht	6
2.2. Relevanz der Compliance für Startups	6
3. Von der Geschäftsidee zum marktreifen Geschäftsmodell	7
3.1. Grundsatz der Nachahmungsfreiheit	7
3.2. Lauterkeitsrechtlicher Nachahmungsschutz	7
3.3. Schutz der Geschäftsidee als gewerbliches Schutzrecht oder Urheberrecht	7
3.3.1 Urheberrechtlich geschützte Werke und verwandte Schutzrechte	7
3.3.2 Patente und Gebrauchsmuster	8
3.3.3 Marken und Designs	9
3.3.4 Geschäftsgeheimnisse	10
3.4. Inanspruchnahme von immaterialgüterrechtlichem Schutz	10
3.5. Vorstellung der Geschäftsidee	11
3.6. Berücksichtigung der perspektivischen Entwicklung des Unternehmens	11
4. Markenaufbau	13
4.1. Rechtliche Rahmenbedingungen des Markenaufbaus	13
4.2. Berücksichtigung der perspektivischen Entwicklung des Unternehmens	13
5. Unternehmensgründung	14
5.1. Überblick über verschiedene Unternehmensformen	14
5.2. Personengesellschaften vs. Körperschaften	14
5.2.1 Überblick über Personengesellschaften	15
5.2.2 Überblick über Körperschaften	15
5.3. Entscheidung für eine Unternehmensform	16

6. Akquise und Werbemaßnahmen	17
6.1. Kundenakquise und Werbung	17
6.1.1. Datenschutzrechtliche Rahmenbedingungen	17
6.1.2. Lauterkeitsrechtliche Rahmenbedingungen	17
6.2. Rechtlicher Rahmen bei Werbung	18
7. Verhalten auf dem Markt	20
7.1. Verhalten gegenüber Mitbewerbern	20
7.2. Wettbewerbsrechtlicher Rahmen	20
7.3. Datenschutzrechtliche Rahmenbedingungen	21
8. Vertragliche Rahmenbedingungen beim Vertrieb	23
8.1. Vertragstypen und deren Ausgestaltung	23
8.2. Zustandekommen eines Vertrags	24
8.3. Einräumung von Nutzungsrechten	24
9. Fazit	25
10. Literaturverzeichnis	26

1. Einleitung

Die Gründung eines Startups in der Cybersicherheit ist mit einer Vielzahl von Aufgaben verbunden. Neben den organisatorischen und wirtschaftlichen Herausforderungen, mit denen sich Gründerinnen und Gründer konfrontiert sehen, gilt es bei der Gründung und beim Aufbau eines langfristig erfolgreichen Unternehmens auch rechtliche Anforderungen und Schranken zu beachten. Hierbei stellen nicht nur die viel diskutierten Fragen nach der zu wählenden Gesellschaftsform und den damit verbundenen rechtlichen Implikationen sowie nach steuerrechtlichen Rahmenbedingungen vor eine Herausforderung, vielmehr sind zusätzlich die Möglichkeiten zum rechtlichen Schutz der Geschäftsidee sowie die beim Marketing und Vertrieb sowie beim sonstigen Marktverhalten zu berücksichtigenden Anforderungen zu berücksichtigen.

Dieser Beitrag diskutiert die Relevanz der Compliance während der Gründungsphase und gibt einen Überblick über wesentliche zu berücksichtigende rechtliche Anforderungen. Die Nennung von Anforderungen in diesem Beitrag erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Es handelt sich ausdrücklich um eine beispielhafte Darstellung wichtiger Anforderungen. Zu berücksichtigen ist auch, dass nicht jede der im Folgenden dargestellten Anforderungen für jedes Startup im Bereich der Cybersicherheit gleich relevant ist. Insofern ist auch zu beachten, dass für Startups – abhängig von den konkret angebotenen Produkten und Dienstleistungen sowie abhängig von Anforderungen ihrer Kunden – weitere, nicht im Folgenden vorgestellte rechtliche Anforderungen berücksichtigt werden müssen.

2. Hintergrund der Compliance

2.1. Compliancepflicht

Deutsche Unternehmen sind – zumindest mittelbar – zur Compliance verpflichtet. Grundsätzlich ergibt sich bereits unmittelbar aus dem geltenden und einzuhaltenden Recht eine Compliancepflicht.¹ Zusätzlich folgt insbesondere aus den §§ 9, 30, 130 OWiG, dass Inhaber eines Betriebes oder Unternehmens für die Einhaltung rechtlicher Vorgaben zu sorgen haben.

Der Begriff Compliance beschreibt gemäß Grundsatz 5 des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) die Pflicht für die Einhaltung gesetzlicher Bestimmungen und interner Richtlinien zu sorgen und auf deren Beachtung im Unternehmen hinzuwirken (Regeltreue).² Gegenstand der Compliance sind folglich alle Maßnahmen eines Unternehmens zur Sicherstellung der Einhaltung rechtlicher, interner und vertraglicher Vorgaben.³ Hierzu zählen sämtliche verbindliche Vorschriften aus Gesetzen, Richtlinien, freiwilligen Kodizes sowie Verträgen.⁴

2.2. Relevanz der Compliance für Startups

Die Relevanz der Compliance für Startups ergibt sich folglich insbesondere daraus, dass eine entsprechende Compliancepflicht besteht. Unabhängig davon, empfiehlt sich die Berücksichtigung rechtlicher Vorgaben durch Startups aber auch aus anderen Gründen: Zum einen kann ein späteres »Nachziehen« hinsichtlich der Einhaltung rechtlicher Anforderungen sehr ressourcenbindend sein und somit das Risiko bergen, dass das Unternehmen mangels Ressourcen auch langfristig nicht compliant agiert. Dies stellt sowohl zum Zeitpunkt der Geschäftsaufnahme als auch während des laufenden Betriebs einen erheblichen Wettbewerbsnachteil dar.

So legen 82% der deutschen Unternehmen Wert darauf, dass ihre Geschäftspartner über ein Compliance Management System verfügen,⁵ und die Compliance somit priorisieren. Zum anderen können bestimmte Handlungen – wie z. B. die frühzeitige Veröffentlichung einer Geschäftsidee, welche künftig immaterialgüterrechtlichen Schutz erlangen soll – im Nachhinein ggf. nicht ausgebessert werden. Insoweit ist Startups auch für ihre eigenen Interessen zu empfehlen die rechtlichen Rahmenbedingungen und Anforderungen bereits ab der Gründung zu berücksichtigen, so dass das Unternehmen und dessen Geschäftsprozesse von Beginn an compliant ausgestaltet sind⁶ (»compliance by design«).

1 Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, § 1 Rn. 28.

2 Grützner/Jakob, Compliance von A-Z, Compliance.

3 Schmidl, IT-Recht von A-Z, Compliance; Koch in Schaub/Koch, Arbeitsrecht von A-Z, Compliance; Groh in Creifelds, Rechtswörterbuch, Compliance.

4 Grützner/Jakob, Compliance von A-Z, Compliance.

5 PwC/MLU Halle-Wittenberg, Wirtschaftskriminalität 2018, S. 34.

6 Schieffer, Compliance bei Startups, CCZ 2018, 93.

3. Von der Geschäftsidee zum marktreifen Geschäftsmodell

Der Grundbaustein eines Startups und eines langfristig erfolgreichen Unternehmens ist die Geschäftsidee, auf der das Geschäftsmodell basieren soll. In diesem Zusammenhang sind neben den organisatorischen und wirtschaftlichen Aspekten, auch rechtliche Aspekte relevant.

Insbesondere sind beim Aufbau eines erfolgreichen Geschäftsmodells die Schutzmöglichkeiten der Geschäftsidee und damit zusammenhängender Erzeugnisse von erheblicher Bedeutung. Diese bestimmen darüber, ob und unter welchen Voraussetzungen die Geschäftsidee und damit zusammenhängende Erzeugnisse als sogenanntes Immaterialgüterrecht geschützt werden können und berechtigen das Startup – sofern Schutz entstanden ist – zur ausschließlichen Nutzung, zur Einräumung von Nutzungsrechten sowie zum Vorgehen gegen Rechtsverletzungen. Zudem beugen sie Rechtsverletzungen von bereits bestehenden Immaterialgüterrechten durch das Startup vor und bestimmen Grenzen hinsichtlich der Nutzung der Geschäftsidee oder anderer Erzeugnisse vor Schutzentstehung.

3.1. — Grundsatz der Nachahmungsfreiheit —

Um Fortschritt und wirksamen Wettbewerb zu ermöglichen, gilt in Deutschland grundsätzlich das Prinzip der Nachahmungsfreiheit. Nach diesem ist eine Nachahmung von Geschäftsideen, Produkten und anderen Erzeugnissen grundsätzlich erlaubt.⁷ Eine Grenze wird dem Grundsatz der Nachahmungsfreiheit durch den Schutz von Immaterialgüterrechten gesetzt, insbesondere durch den lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz und den Schutz gewerblicher Schutzrechte und Urheberrechte.⁸

3.2. — Lauterkeitsrechtlicher Nachahmungsschutz —

Mit dem Ziel wirksamen Wettbewerb zu ermöglichen, definiert das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) Grenzen hinsichtlich geschäftlicher Handlungen.⁹

In diesem Zusammenhang bestimmt das UWG auch eine Grenze zum Grundsatz der Nachahmungsfreiheit. So sind gemäß § 4 Nr. 3 UWG Nachahmungen von Waren oder Dienstleistungen eines Mitbewerbers unzulässig, sofern hierdurch eine vermeidbare Täuschung hinsichtlich der betrieblichen Herkunft herbeigeführt wird (lit. a), eine Rufausbeutung oder Rufbeeinträchtigung der nachgeahmten Ware oder Dienstleistung erfolgt (lit. b) oder die für die Nachahmung erforderlichen Kenntnisse unredlich erlangt wurden (lit. c).

3.3. Schutz der Geschäftsidee als gewerbliches Schutzrecht oder Urheberrecht

Neben dem grundsätzlich bestehenden lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz kann Nachahmungen unter bestimmten Voraussetzungen auch vorgebeugt werden, indem für die Geschäftsidee ein Schutz als gewerbliches Schutzrecht oder Urheberrecht in Anspruch genommen wird. Entsprechenden Schutz können Werke der Literatur, Wissenschaft und Kunst (Urheberrecht), technische Erfindungen (Patentrecht, Gebrauchsmusterrecht), Designs und Formgestaltungen (Designrecht und Markenrecht) und Geschäftsgeheimnisse (Recht der Geschäftsgeheimnisse) genießen.

3.3.1 Urheberrechtlich geschützte Werke und verwandte Schutzrechte

Das Urheberrecht schützt Werke der Literatur, Wissenschaft und Kunst (§ 1 UrhG), welche persönliche geistige Schöpfungen darstellen (§ 2 Abs. 2 UrhG). Hierzu können gem. § 2 Abs. 1 UrhG u.a. Sprachwerke (inkl. Computerprogramme, § 69a UrhG), Musikwerke, Lichtbildwerke, Kunstwerke und Filmwerke zählen. Zudem werden Datenbankwerke (§ 4 UrhG) erfasst. Der Schutz von urheberrechtlich geschützten Werken setzt grundsätzlich voraus, dass es sich um eine (1) vom Menschen geschaffene persönliche Schöpfung handelt, (2) die in Form gebracht wurde und (3)

7 BGH, Urt. v. 12.5.2011 – I ZR 53/10, GRUR 2012, 58 (63).

8 Ohly in Ohly/Sosnitza, UWG, § 4 Unlautere Nachahmung Rn. 3/2.

9 Ohly in Ohly/Sosnitza, UWG, § 4 Unlautere Nachahmung Rn. 3/4.

einen geistigen Inhalt sowie (4) hinreichende Individualität und geistige Schöpfungshöhe aufweist.¹⁰ Hinsichtlich der Individualität und geistigen Schöpfungshöhe gilt hierbei grundsätzlich der sog. Schutz der kleinen Münze,¹¹ nach welchem an die Schöpfungshöhe nur minimale Anforderungen zu stellen sind.¹²

Der urheberrechtliche Schutz entsteht durch Werkschöpfung¹³ und besteht regelmäßig bis 70 Jahren nach dem Tod des Urhebers (§ 64 UrhG). Eine Anmeldung des Werkes ist nicht erforderlich.¹⁴ In seiner Wirkung schützt das Urheberrecht »den Urheber in seinen geistigen und persönlichen Beziehungen zum Werk und in der Nutzung des Werks« (§ 11 UrhG). Insbesondere adressiert das Urheberrecht die Rechte des Urhebers über die Veröffentlichung des Werks (§ 12 UrhG) und die Anerkennung seiner Urheberschaft (§ 13 UrhG) zu bestimmen sowie das Werk in körperlicher und unkörperlicher Form zu verwerten (§§ 15 ff. UrhG) und Anderen Nutzungsrechte an seinem Werk einzuräumen (§ 31 UrhG).

Neben persönlichen geistigen Schöpfungen, adressiert das Urhebergesetz in den §§ 70 ff. UrhG auch verwandte Schutzrechte. Diese schützen nicht die geistige Schöpfung und die persönliche und geistige Beziehung des Urhebers zu dessen Schöpfung, sondern die wirtschaftlichen Investitionen.¹⁵ Durch verwandte Schutzrechte werden werkbähnliche Erzeugnisse oder an der Werkerstellung bzw. -verwertung beteiligte Akteure geschützt.¹⁶ So umfasst der Schutz verwandter Schutzrechte u.a. Lichtbilder (§ 72 UrhG) sowie die Leistung von ausübenden Künstlern (§§ 73 ff. UrhG), Tonträgerherstellern (§§ 85 f. UrhG), Sendeunternehmen (§ 86 UrhG) sowie Datenbankherstellern (§ 87a ff. UrhG). Die Schutzvoraussetzungen sowie die Schutzdauer sind hier je nach verwandtem Schutzrecht unterschiedlich.

3.3.2 Patente und Gebrauchsmuster

Das Patentrecht schützt Vorrichtungen und Verfahren, die eine technische Erfindungen darstellen (§ 1 PatG). Schutzvoraussetzungen sind hierbei, dass es sich um eine (1) technische Erfindung handelt, die (2) neu ist, (3) auf einer erfinderischen Tätigkeit beruht und (4) gewerblich anwendbar ist.¹⁷ Eine technische Erfindung liegt vor, wenn es sich um eine »Lehre zum praktischen Handeln [handelt], die realisierbar und wiederholbar ist und die Lösung technischer Aufgaben durch technische Mittel darstellt«.¹⁸ Neu ist die technische Erfindung gem. § 3 PatG, wenn sie nicht zum Stand der Technik gehört und auf einer erfinderischen Tätigkeit beruht die Erfindung, wenn sie sich für einen Fachmann mit durchschnittlichen Fähigkeiten und mit Zugang zum relevanten Stand der Technik (Durchschnittsfachmann)¹⁹ nicht in naheliegender Weise aus dem Stand der Technik ergibt, § 4 PatG.

Der Patentschutz entsteht durch Registrierung des Patents im Patentregister des Deutschen Patent- und Markenamts (DPMA). Im Rahmen dessen nimmt das DPMA auch eine Prüfung der zuvor dargestellten materiellen Schutzvoraussetzungen vor.²⁰ Der Patentschutz besteht 20 Jahre ab dem Tag, der auf die Anmeldung folgt (§ 16 PatG), berechtigt den Patentinhaber zur ausschließlichen Nutzung der Erfindung und verbietet Dritten die Nutzung der Erfindung ohne die Zustimmung des Patentinhabers (§§ 9, 10 PatG).

Neben dem Patent schützt auch das Gebrauchsmusterrecht (sog. »kleines Patent«) technische Erfindungen. Der Gebrauchsmusterschutz unterscheidet sich jedoch insoweit vom Patentschutz, als dieser nur Vorrichtungen und keine Verfahren (§ 2 GebrMG) umfasst. Zudem erfordert der Gebrauchsmusterschutz anstelle der für ein Patent erforderlichen erfinderischen Tätigkeit lediglich einen erfinderischen

10 Loewenheim/Leistner in Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, § 6 Rn. 13.

11 Loewenheim/Leistner in Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, § 2 Rn. 63.

12 Loewenheim, GRUR 1987, 761 (761).

13 Loewenheim/Peifer in Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, § 7 Rn. 5.

14 Nordemann/Czychowski in Hasselblatt, MAH Gewerblicher Rechtsschutz, § 43 Rn. 20.

15 Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, vor § 70 Rn. 2.

16 Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, vor § 70 Rn. 1.

17 Ann in Ann, Patentrecht, § 10 Rn. 5.

18 Sattler in Sassenberg/Faber, Rechtshandbuch Industrie 4.0 und Internet of Things, § 2 Rn. 16.

19 BGH, Urt. v. 7.9.2004 – X ZR 255/01, GRUR 2004, 1023 (1025).

20 Schäfers in Benkard, Patentgesetz, § 44 Rn. 37.

Schritt. Wenn auch die Tatbestandsmerkmale begrifflich anderslautend sind, unterscheiden sich die Anforderungen an deren Erfüllung nur geringfügig. Vielmehr handle es sich nach Ansicht des BGH sowohl beim erfinderischen Schritt aus dem Gebrauchsmusterrecht als auch bei der erfinderischen Tätigkeit aus dem Patentrecht um ein qualitatives Kriterium, so dass keine brauchbaren Abgrenzungskriterien zwischen den Begriffen²¹ und insoweit auch keine nennenswerten Unterschiede hinsichtlich der Schutzvoraussetzungen für ein Patent und ein Gebrauchsmuster bestehen.²²

Der Gebrauchsmusterschutz entsteht ebenfalls durch Registrierung beim DPMA und besteht 10 Jahre ab Ende des Monats, in dem die Anmeldung erfolgt ist (§§ 4, 23 GebrMG). Eine Prüfung der materiellen Schutzvoraussetzungen durch das DPMA erfolgt hierbei jedoch nicht.²³ Das Gebrauchsmusterrecht berechtigt ausschließlich dessen Inhaber zur Benutzung des Gebrauchsmusters und schließt Dritte von der Nutzung aus, sofern keine Zustimmung des Gebrauchsmusterinhabers vorliegt (§ 11 GebrMG).

3.3.3 Marken und Designs

Sofern z. B. die Form bzw. das Design eines Erzeugnisses geschützt werden soll (z. B. Möbel, Verpackungen oder Autoelemente), kommen weiterhin markenrechtlicher sowie designrechtlicher Schutz in Betracht.

Das Markenrecht schützt Kennzeichen für Waren und Dienstleistungen.²⁴ Diese können unterschiedlich ausgestaltet sein und umfassen neben Worten, Bildern und Klängen (hierzu s. Kapitel 4) insbesondere auch Formen (sog. 3D-Marken). Voraussetzung des Markenschutzes ist grundsätzlich die Markenfähigkeit.²⁵ Diese liegt vor, soweit es sich um ein wahrnehmbares Zeichen handelt, das hinreichend unterscheidungskräftig ist.²⁶ »Unterscheidungskraft ist die einem Zeichen innewohnende (konkrete) Eignung, vom

Verkehr als Unterscheidungsmittel aufgefasst zu werden, das die [...] Waren oder Dienstleistungen somit von denjenigen anderer Unternehmen unterscheidet.«²⁷ Maßgeblich ist hierbei die Auffassung des normal informierten und angemessen aufmerksamen sowie verständigen Durchschnittsverbrauchers.²⁸

Der Markenschutz kann auf unterschiedliche Weise entstehen: durch Eintragung im Markenregister des DPMA (Registermarke), durch Benutzung im geschäftlichen Verkehr und Verkehrsgeltung (Benutzungsmarke, § 4 Nr. 2 MarkenG) sowie durch notorische Bekanntheit (notorisch bekannte Marke, § 4 Nr. 3 MarkenG). Von der Schutzentstehung sind sowohl die weiteren Schutzvoraussetzungen als auch die Schutzdauer abhängig. Unabhängig von der Schutzentstehung ist hingegen die Wirkung des Schutzes; diese ist bei sämtlichen Markenformen identisch und räumt dem Markeninhaber ein ausschließliches Recht zur Nutzung der Marke ein (§ 14 Abs. 1 MarkenG). Dritten ist die Nutzung gemäß §§ 14 Abs. 2, 30 MarkenG ohne Zustimmung des Markeninhabers untersagt.

Sofern die Marke registriert werden soll, setzt der Schutz weiterhin voraus, dass keine Schutzhindernisse bestehen. Diese umfassen u.a. das Fehlen jeglicher Unterscheidungskraft, der Verstoß der Marke gegen die öffentliche Ordnung oder guten Sitten (absolute Schutzhindernisse) sowie dem Markenschutz bzw. der Beständigkeit des Schutzes entgegenstehende Rechte Dritter (relative Schutzhindernisse). Für den Schutz als Benutzungsmarke ist neben der Markenfähigkeit Verkehrsgeltung und für die notorisch bekannte Marke notorische Bekanntheit erforderlich. Verkehrsgeltung ist gegeben, wenn ein nicht unerheblicher Teil der angesprochenen Verkehrskreise eine Verbindung zwischen dem Zeichen und einem bestimmten Unternehmen herstellt und das Erscheinungsbild des Zeichens wieder erkennt. Der Grad der erforderlichen Verkehrsbekanntheit ist hierbei abhängig von der Unterscheidungskraft des Zeichens – je schwächer die Unterscheidungskraft, desto höher muss die

21 BGH, Beschl. v. 20.6.2006 – X ZB 27/05, GRUR 2006, 842 (845).

22 Einsele in Fitzner/Lutz/Bodewig, BeckOK Patentrecht, § 1 GebrMG Rn. 12.

23 Osterrieth in Osterrieth, Patentrecht, Rn. 432.

24 Fezer in Fezer, Markenrecht, § 1 Rn. 9.

25 Ingerl/Rohnke in Ingerl/Rohnke, Markengesetz, § 3 Rn. 1 f.

26 Müller in Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 3 Rn. 8 f.

27 BGH, Beschl. v. 27.4.2006 – I ZB 96/05, NJW 2006, 3002 (3003).

28 EuGH, Ur. v. 12.9.2019 – C-541/18, GRUR 2019, 1194 (1195).

Verkehrsbekanntheit sein.²⁹ Bei normaler Unterscheidungskraft gilt eine Verkehrsbekanntheit von 20% als Richtwert.³⁰

Notorische Bekanntheit wird für den Markenschutz einer ausländischen Marke eingesetzt, die zwar schon bekannt, jedoch noch nicht im Inland eingetragen ist. Es bedarf hierfür eines Bekanntheitsgrads von mindestens 70%.³¹

Der Markenschutz besteht für Registermarken 10 Jahre ab dem Anmeldetag, wobei der Schutz endlos verlängerbar ist (§ 47 MarkenG). Der Markenschutz für Benutzungsmarken sowie für notorisch bekannte Marken besteht, solange die Schutzvoraussetzungen erfüllt sind, also solange die Marke Verkehrsgeltung hat bzw. notorisch bekannt ist.³²

Das Designrecht schützt die äußere Erscheinungsform von Erzeugnissen.³³ Schutzvoraussetzungen für Designs sind deren (1) Neuheit zum Zeitpunkt der Anmeldung, (2) die Eigenartigkeit des Designs sowie (3) das Nichtvorliegen eines Ausschlusses nach § 3 DesignG. Neuheit liegt nach § 2 Abs. 2 DesignG vor, sofern der Öffentlichkeit kein identisches Design zugänglich gemacht wurde. Eigenart hat das Design gem. § 2 Abs. 3 DesignG, »wenn sich der Gesamteindruck, den es beim informierten Benutzer hervorruft, von dem Gesamteindruck unterscheidet, den ein anderes [vor dem Anmeldetag offenbartes] Design bei diesem Benutzer hervorruft«. Ausschlussgründe gemäß § 3 DesignG bestehen bspw. für Erscheinungsformen, die ausschließlich durch deren technische Funktion bedingt sind sowie für Designs, die gegen die öffentliche Ordnung oder gegen die guten Sitten verstoßen. Der Designschutz entsteht durch Eintragung in das Designregister (§§ 11, 27 DesignG) und besteht 25 Jahre ab dem Anmeldetag (§ 27 DesignG). In seiner Wirkung berechtigt es den Designinhaber zur ausschließlichen Nutzung und schließt Dritte von der Nutzung aus (§ 38 DesignG).

3.3.4 Geschäftsgeheimnisse

Rechtlichen Schutz genießen zudem Geschäftsgeheimnisse. Dies setzt gem. § 2 Nr. 1 GeschGehG zunächst voraus, dass es sich um eine Information handelt, die den Personen in den Kreisen, die üblicherweise mit dieser Art von Informationen umgehen, nicht bekannt oder ohne Weiteres zugänglich ist und daher von wirtschaftlichem Wert ist. Zudem muss die Information durch angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen geschützt sein und es muss ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung bestehen. Der Schutz schützt den Inhaber eines Geschäftsgeheimnisses vor dem rechtswidrigen Gebrauch, der rechtswidrigen Nutzung sowie der rechtswidrigen Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses (§ 4 GeschGehG) und gilt, solange die Schutzvoraussetzungen erfüllt sind.³⁴

3.4. Inanspruchnahme von immaterialgüterrechtlichem Schutz

Startups sollten beim Aufbau des Geschäftsmodells prüfen, ob ihre Geschäftsidee immaterialgüterrechtlichen Schutz in Anspruch nehmen kann und welche Vorteile dies im konkreten Einzelfall brächte. So kann es – je nachdem, auf welchem Geschäftsmodell das Startup basiert – von fundamentaler Bedeutung sein, dass immaterialgüterrechtlicher Schutz besteht und das Startup somit in die Lage versetzt wird, allein zur Nutzung berechtigt zu sein und die Nutzungsmöglichkeiten durch Dritte durch die (Nicht-)Vergabe von Lizenzen zu lenken.

Ist die Wirkung des immaterialgüterrechtlichen Schutzes hingegen von nachrangiger Bedeutung, da eine Nachahmung der Geschäftsidee und der damit zusammenhängenden Erzeugnisse, insbesondere der angebotenen Produkte, für das Startup nur geringe Risiken birgt oder unschädlich wäre, kann von einer Inanspruchnahme immaterialgüterrechtlichen Schutzes ggf. auch abgesehen werden.

29 Lange in Lange, Marken- und Kennzeichenrecht, § 3 Rn. 538.

30 Weiler in Kur/v. Bomhard/Albrecht, BeckOK Markenrecht, MarkenG § 4 Rn. 76; Berlit, GRUR 2002, 572(574).

31 Weiler in Kur/v. Bomhard/Albrecht, BeckOK Markenrecht, MarkenG § 4 Rn. 151.

32 Ingerl/Rohnke in Ingerl/Rohnke, Markengesetz, § 26 Rn. 5 f.

33 Götting in Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, § 3 Rn. 19 a.E.

34 Ohly in Harte-Bavendamm/Ohly/Kalbfus, § 4 Rn. 1.

3.5. — Vorstellung der Geschäftsidee —

Unmittelbar mit der Überlegung, ob immaterialgüterrechtlicher Schutz in Anspruch genommen werden soll, ist auch das Vorgehen im Zusammenhang mit der Vorstellung der Geschäftsidee sowie dem Markteintritt verbunden. So möchten Startups ihre Geschäftsidee vor Markteintritt häufig Investoren, potenziellen Kunden sowie ggf. auf Konferenzen, Messen oder Ähnlichem vorstellen, um z. B. Gelder zu akquirieren und die Nachfrage nach der Geschäftsidee zu ermitteln. Bei einem solchen Vorhaben sollten die jeweiligen Schutzvoraussetzungen der Immaterialgüterrechte berücksichtigt werden. So erfordern sowohl der Patent- und Gebrauchsmusterschutz als auch der Designschutz die Neuheit des jeweiligen Schutzguts. Insoweit könnte eine Vorstellung einer Erfindung oder eines Designs vor Eintragung beim DPMA neuheitsschädlich sein und der Schutzfähigkeit der Erfindung bzw. des Designs entgegenstehen.

Hinsichtlich der Neuheitsschädlichkeit bestehen sowohl im Designrecht als auch im Gebrauchsmuster- und Patentrecht Ausnahmen. So sind Offenbarungen von Designs gemäß § 6 DesignG neuheitsunschädlich, soweit das Design der Öffentlichkeit ein Jahr vor dem Anmeldetag zugänglich gemacht wurde (sog. Neuheitsschonfrist) oder die Offenbarung in Folge einer missbräuchlichen Handlung erfolgt ist. Bei Gebrauchsmustern gelten lediglich schriftliche Beschreibungen und Benutzungen des Gebrauchsmusters als neuheitsschädlich. Mündliche Beschreibungen tangieren die Neuheit nicht. Zudem wird gemäß § 3 Abs. 1 GebrMG eine Neuheitsschonfrist von sechs Monaten gewährt, so dass eine Offenlegung unschädlich ist, soweit sie sechs Monate vor der Anmeldung erfolgt. Hinsichtlich Patenten besteht eine solche Neuheitsschonfrist hingegen nicht. Neuheitsunschädlich sind hier gem. § 3 Abs. 5 PatG lediglich solche Offenlegungen, die auf Grund eines offensichtlichen Missbrauchs oder im Rahmen einer amtlichen oder amtlich anerkannten Ausstellung erfolgen.

Zu empfehlen ist bei der Vorstellung von Geschäftsideen – insbesondere für solche, für die ein patentrechtlicher Schutz begehrt wird – gegenüber Investoren oder potenziellen Kunden daher stets der Abschluss eines Non-Disclosure-Agreements.³⁵ Auf Konferenzen, Messen, Ausstellungen und ähnlichem sowie auf dem Markt sollte eine Vorstellung von technischen Erfindungen, für die patentrechtlicher Schutz begehrt wird, erst erfolgen, sobald der Schutz entstanden ist. Technische Erfindungen, für die gebrauchsmusterrechtlicher Schutz begehrt wird können hingegen bereits sechs Monate vor der Anmeldung und Designs zwölf Monate vor dem Anmeldetag vorgestellt werden.

Neben technischen Erfindungen und Designs, stellt die Vorstellung von Details zu der Geschäftsidee auch ein Risiko für deren Schutz als Geschäftsgeheimnis dar. Der Schutz von Informationen als Geschäftsgeheimnis setzt voraus, dass diese durch angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen geschützt werden. Insoweit gilt es auch im Zusammenhang mit Geschäftsgeheimnissen entsprechende Maßnahmen zur Sicherstellung der Vertraulichkeit zu treffen. Eine solche Maßnahme stellt ebenfalls u.a. der Abschluss eines Non-Disclosure-Agreements dar.³⁶

3.6. — Berücksichtigung der perspektivischen Entwicklung des Unternehmens —

Weiterhin sollte bereits beim Aufbau eines Geschäftsmodells die perspektivische Entwicklung des Unternehmens berücksichtigt werden. Im Zusammenhang mit dem immaterialgüterrechtlichen Schutz der Geschäftsidee und damit zusammenhängender Erzeugnisse ist dies im Hinblick auf das sogenannte Territorialitäts- und Schutzlandprinzip von besonderer Relevanz. Nach dem Territorialitäts- und Schutzlandprinzip besteht der immaterialgüterrechtliche Schutz grundsätzlich nur innerhalb des Landes, nach dessen Rechtsordnung der Schutz entstanden ist;³⁷ Schutz in anderen Ländern muss insoweit separat begehrt werden und (theoretisch rechtsverletzende) Handlungen aus anderen Ländern stellen regelmäßig keine Rechtsverletzungen dar.³⁸

35 Thalhofer/Zdanowiecki in Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, § 19 Rn. 12.

36 Maaßen, GRUR 2019, 352 (360).

37 Katzenberger/Metzger in Schrickler/Loewenheim, Urheberrecht, vor § 120 Rn. 110.

38 BGH, Urt. v. 24.5.2007 – I ZR 42/04, ZUM 2007, 644 (645).

Wird perspektivisch eine Erschließung ausländischer Märkte angestrebt, sollte dies daher bereits beim Aufbau des Geschäftsmodells berücksichtigt werden, so dass bereits initial überprüft werden kann, ob ein Angebot des Geschäftsmodells im zu erschließenden Ausland möglich ist und ggf. bereits ein entsprechender Schutz nach dem Recht des zu erschließenden Auslands in Anspruch genommen werden kann.

4. Markenaufbau

Im Rahmen des Aufbaus eines erfolgreichen Geschäftsmodells und eines langfristig erfolgreichen Unternehmens, bedarf es neben der Geschäftsidee auch dem Aufbau eines Markenimages, durch welches der Verkehr die im Rahmen der Geschäftsidee angebotenen Waren oder Dienstleistungen einem konkreten Unternehmen zuordnet und diesen bestimmte Wertschöpfungs- oder Qualitätsmerkmale zuschreibt.³⁹

Startups sollten sich daher frühzeitig überlegen, wie ihre Geschäftsidee am Markt platziert werden soll, unter welchem Namen und mit welchem Logo sie auftreten soll und inwieweit dies rechtlich möglich ist.

4.1. Rechtliche Rahmenbedingungen des Markenaufbaus

Beim Markenaufbau gilt es zunächst zu entscheiden unter welchem Namen, Logo etc. die Geschäftsidee auf dem Markt angeboten werden soll und ob diese die jeweiligen Schutzvoraussetzungen erfüllen. Grundsätzlich kommen als Marke sämtliche Zeichen in Betracht, die geeignet sind Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden. Hierzu zählen u.a. Worte, Abbildungen, Klänge, Farben und dreidimensionale Gestaltungen (§ 3 Abs. 1 MarkenG). Bei der Markenwahl ist zum einen zu berücksichtigen, wie sich das Startup den Markenauftritt grundsätzlich wünscht, d.h. wie die Marke wahrgenommen werden soll (z. B. verspielt, luxuriös oder schlicht), welche Farben genutzt werden sollen und welche Assoziationen beim Verkehr ggf. hervorgerufen werden sollen. Zum anderen ist insbesondere zu berücksichtigen, ob die begehrte(n) Marke(n) die zum Schutz erforderliche Markenfähigkeit aufweisen und hinreichend unterscheidungskräftig sind und ob bereits Markenrechte Dritter bestehen, die durch die begehrte(n) Marke(n) verletzt würden. Weiterhin ist zu entscheiden, ob der Markenschutz durch einen Registereintrag oder durch die Benutzung im geschäftlichen Verkehr erlangt werden soll.

4.2. Berücksichtigung der perspektivischen Entwicklung des Unternehmens

Im Rahmen des Markenaufbaus sollte – wie auch im Zusammenhang mit anderen Immaterialgüterrechten – die perspektivische Entwicklung des Unternehmens berücksichtigt werden. Hierbei sollte einerseits berücksichtigt werden, ob perspektivisch die Erschließung ausländischer Märkte angestrebt wird, sodass bereits beim Markenaufbau eine Marke gewählt werden kann, die auch auf den künftig zu erschließenden ausländischen Märkten genutzt werden kann, ohne Schutzrechte Dritter zu verletzen. Andererseits sollte insbesondere berücksichtigt werden, ob eine Ausweitung der angebotenen Waren und Dienstleistungen geplant ist oder angestrebt wird. Sodann könnte der Markenschutz schon vorab für solche Waren und Dienstleistungen gesichert werden, die das Unternehmen perspektivisch anbieten möchte.

³⁹ Burmann et al., Identitätsbasierte Markenführung, S. 96.

5. Unternehmensgründung

Spätestens, sobald das Geschäftsmodell ausgefeilt und dessen Platzierung am Markt ausgearbeitet ist, kann das Unternehmen gegründet werden. Eine wesentliche Herausforderung im Zusammenhang mit der Unternehmensgründung liegt in der Anzahl verschiedener Unternehmensformen und der für das Geschäftsmodell richtigen Form. Fraglich ist, welche Vor- und Nachteile unterschiedliche Unternehmensformen haben und welche Aspekte Gründer bei der Entscheidung für eine Unternehmensform zugrunde legen sollten.

5.1. Überblick über verschiedene Unternehmensformen

Grundsätzlich wird zwischen Einzelunternehmen und Gesellschaften unterschieden.⁴⁰ Einzelunternehmen werden von einer Person gegründet und geführt.⁴¹ Hierzu zählen Freiberufler, Kleingewerbetreibende und Einzelkaufleute.⁴² Bei Gesellschaften handelt es sich hingegen um einen Zusammenschluss mehrerer Personen⁴³ zur Verfolgung eines konkreten Zwecks.⁴⁴ Der nationale Gesetzgeber stellt hierbei einen abschließenden Katalog an Gesellschaftsformen zur Verfügung (sog. Numerus Clausus der Gesellschaftsformen).⁴⁵

5.2. Personengesellschaften vs. Körperschaften

Bei Gesellschaften gilt es grundsätzlich zwischen Personengesellschaften und Körperschaften zu unterscheiden.⁴⁶ Während Personengesellschaften keine juristischen Personen sind und somit keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzen⁴⁷, sind Körperschaften (mit Ausnahme des nicht-rechtsfähigen Vereins) juristische Personen.⁴⁸ Der nationale Gesetzgeber sowie die höchstrichterliche Rechtsprechung⁴⁹ haben jedoch anerkannt, dass auch Personengesellschaften im Außenverhältnis Rechte und Verpflichtungen eingehen können und somit zumindest teilrechtsfähig sind.⁵⁰

Der wesentliche Unterschied zwischen Personengesellschaften und Körperschaften besteht insoweit nicht mehr in deren Rechtspersönlichkeit, sondern vielmehr in deren Organisationsstruktur sowie den Rahmenbedingungen der Geschäftsführung und der Haftung für Verpflichtungen der Gesellschaft: Während Personengesellschaften durch das Vertrauensverhältnis zwischen deren Mitgliedern geprägt sind und deren Bestand daher von den Mitgliedern abhängt⁵¹, liegt es in der Natur von Körperschaften, dass deren Mitglieder wechseln.⁵² Die Geschäftsführung wird bei Personengesellschaften unmittelbar durch die Gesellschafter übernommen⁵³, wohingegen die Geschäftsführung bei Körperschaften auch von anderen Parteien übernommen werden kann.⁵⁴ Für Verbindlichkeiten der Gesellschaften haften die Gesellschafter einer Personengesellschaft unbeschränkt und persönlich.⁵⁵

40 Schiffers in Prinz/Kahle, Beck'sches Handbuch d. Personengesellschaften, § 1 Rn. 1.

41 Seulen in Semler/Stengel/Leonard, Umwandlungsgesetz, § 152 Rn. 23.

42 Schiffers in Prinz/Kahle, Beck'sches Handbuch d. Personengesellschaften, § 1 Rn. 3.

43 Schäfer in MüKoBGB, § 705 Rn. 60.

44 Schäfer in MüKoBGB, § 705 Rn. 251.

45 Dittert/Regelsberger, DStR 2021, 1887 (1893).

46 Büsching in Römermann, MAH GmbHR, § 1 Rechtsformwahl Rn. 18.

47 Schäfer in MüKoBGB, § 854 Rn. 42.

48 Mansel in Jauernig, BGB, vor § 21 Rn. 1.

49 BGH, Urt. v. 29.01.2001 – II ZR 331/00, NJW 2001, 1056.

50 Hillmann in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, Handelsgesetzbuch, HGB § 124 Rn. 3.

51 Lehmann-Richter in Häublein/Hoffman-Theinert, BeckOK HGB, HGB § 131 Rn. 9.

52 Altmepfen in Altmepfen, GmbHG, § 15 GmbHG Rn. 1.

53 Lieder in Oetker, Handelsgesetzbuch, § 114 Rn. 1f.

54 Grunewald in MüKoHGB, § 164 Rn. 2f.

55 Hillmann in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, Handelsgesetzbuch, § 128 Rn. 1.

Bei Körperschaften ist die Haftung hingegen i.d.R. auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt, so dass weder die Gesellschafter noch die Geschäftsleiter im Außenverhältnis haften können.⁵⁶

5.2.1 Überblick über Personengesellschaften

Typische Personengesellschaften sind die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), die Offene Handelsgesellschaft (OHG) und die Kommanditgesellschaft (KG).

Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist in den §§ 705 ff. BGB geregelt. Sie liegt vor, wenn sich mindestens zwei Personen zusammenschließen, um einen gemeinsamen Zweck zu verfolgen, der nicht im Betrieb eines Handelsgewerbes besteht. Für die Entstehung einer GbR ist gem. § 705 BGB ein formloser Gesellschaftsvertrag erforderlich. Einem Mindestkapital bedarf es nicht.⁵⁷ Wie für Personengesellschaften üblich, übernehmen die Gesellschafter die Geschäftsführung i.d.R. gesamthänderisch (§ 709 BGB), d.h. es bedarf der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter, um eine rechtliche Verbindlichkeit für die GbR einzugehen.

Gewissermaßen aufbauend auf der GbR⁵⁸, stellt eine weitere Personengesellschaft die Offene Handelsgesellschaft (OHG) dar. Eine OHG ist ebenfalls eine Gesellschaft, im Rahmen derer sich zwei oder mehr Personen zusammenschließen, um einen konkreten Zweck zu verfolgen. Hier liegt der Zweck jedoch im Betrieb eines Handelsgewerbes, § 105 HGB. Im Unterschied zur GbR sind in einer OHG die Gesellschafter gem. § 114 HGB regelmäßig zur Einzelgeschäftsführung berechtigt, so dass jeder Geschäftsführer in der Lage ist Verpflichtungen einzugehen, ohne, dass es der vorherigen Zustimmung durch die anderen Geschäftsführer bedarf.⁵⁹ Nach § 115 HGB besteht jedoch ein Widerspruchsrecht der anderen Geschäftsführer.

Neben der OHG, kennt das nationale Recht auch Kommanditgesellschaften (KG) nach §§ 161 ff. HGB. Diese unterscheiden sich insoweit von der OHG, als sie mindestens einen persönlich haftenden Gesellschafter, sog. Komplementär, und mindestens einen Gesellschafter erfordern, dessen Haftung auf die hinterlegte Hafteinlage beschränkt ist (sog. Kommanditist), §§ 161, 171 HGB. Hier obliegt die Geschäftsführung gemäß § 164 HGB dem Komplementär – für Kommanditisten ist die Geschäftsführung grundsätzlich ausgeschlossen. Kommanditisten ist es jedoch möglich Widerspruch einzulegen, soweit es sich um Rechtsgeschäfte handelt, die über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes hinausgehen.

5.2.2 Überblick über Körperschaften

Typische Körperschaften stellen Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH), Unternehmensgesellschaften (UG haftungsbeschränkt), Aktiengesellschaften (AG) und Kommanditgesellschaften auf Aktie (KGaA) dar.⁶⁰

Bei einer GmbH handelt es sich um eine Kapitalgesellschaft⁶¹, die durch einen notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrag und die Einzahlung von 25% des Grundkapitals entsteht. Das Grundkapital muss hierbei mindestens 25.000 Euro betragen. Wie der Name der Gesellschaftsform bereits aussagt, ist die Haftung einer GmbH auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt (§ 13 GmbHG). Die Haftung von Geschäftsführern für Verpflichtungen der Gesellschaft ist insoweit ausgeschlossen.⁶² Die Geschäftsführung kann durch eine oder mehrere Personen übernommen werden, wobei diese Personen sowohl die Gesellschafter als auch andere Personen sein können (§ 6 GmbHG). Hierbei handelt es sich i.d.R. um eine Gesamtvertretung (§ 35 GmbHG).

Sofern das für die Gründung einer GmbH erforderliche Stammkapital nicht geleistet werden kann, besteht die Möglichkeit zunächst eine haftungsbeschränkte

56 Merkt in MüKOGmbHG, § 13 Rn. 340.

57 Haidl in Schulze/Grziwotz/Lauda, BGB: Kommentiertes Vertrags- und Prozessformularbuch, § 705 Rn. 4.

58 Wertenbruch in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, Handelsgesetzbuch, § 105 Rn. 6.

59 Rawert in MüKoHGB, § 114 Rn. 17.

60 Heinrich in Musielak/Voit, Strafprozessordnung, § 17 Rn. 2. Eine weitere typische Körperschaft ist der Verein nach §§ 21 ff. BGB. Diese Gesellschaftsform kommt für Startups jedoch regelmäßig nicht in Betracht.

61 Stengel in Semler/Stengel/Leonard/Seulen, Umwandlungsgesetz, § 3 Rn. 20.

62 Leuering, NJW-Spezial 2019, 15 (15).

Unternehmensgesellschaft (UG haftungsbeschränkt) zu gründen. Hierbei handelt es sich gemäß § 5a GmbHG um eine Gesellschaft, die mit einem Stammkapital gegründet wird, jedoch das Mindeststammkapital einer GmbH unterschreitet (sog. Mini-GmbH). Im Unterschied zur GmbH bedarf es daher zur Gründung eines Mindestkapitals von 1 Euro und weniger als 25.000 Euro. Zudem besteht eine Pflicht zum Vorbehalt einer Rücklage i.H.v. 25% des Jahresgewinns (§ 5a Abs. 3 GmbHG).

Neben GmbH und UG (haftungsbeschränkt), stellt vor allem die Aktiengesellschaft eine typische Körperschaft dar. Bei einer Aktiengesellschaft handelt es sich um eine Kapitalgesellschaft, deren Grundkapital in Aktien zerlegt ist (§ 1 AktG). Sie besteht aus dem geschäftsführenden Vorstand, dem Aufsichtsrat, welcher den Vorstand kontrolliert und der aus allen Aktionären bestehenden Hauptversammlung⁶³ und entsteht durch eine notariell beurkundete Satzung, durch Übernahme aller Aktien durch die Gründer, die Bestellung von Aufsichtsrat und Abschlussprüfer, die Wahl des Vorstands sowie die Eintragung ins Handelsregister.⁶⁴ Letzteres setzt wiederum die Zahlung der in Aktien zerlegten Einlagen i.H.v. mind. 50.000 Euro (§ 7 AktG) voraus.⁶⁵ Auch bei einer Aktiengesellschaft ist nach § 1 AktG die Haftung gegenüber Gläubigern auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt und eine persönliche Haftung des Vorstands ausgeschlossen. Die Geschäftsführung wird (i.d.R. im Rahmen einer gemeinschaftlichen Geschäftsführung) durch den Vorstand übernommen, §§ 76 ff. AktG.

Bei der Kommanditgesellschaft auf Aktie (KGaA) handelt es sich um eine Kapitalgesellschaft, die Elemente der Aktiengesellschaft und Elemente der Kommanditgesellschaft vereint. Insoweit handelt es sich um eine Mischform zwischen Kommanditgesellschaft und Aktiengesellschaft.⁶⁶ Eine KGaA besteht aus mindestens einem persönlich haftenden Gesellschafter (Komplementär) und weiteren sog. Kommanditaktionären, welche an dem in Aktien zerlegten Grundkapital beteiligt sind, ohne persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu haften. Die Organisationsstruktur einer KGaA ähnelt der einer AG – sie besteht aus der Hauptversammlung,

dem Aufsichtsrat und den Komplementären als »geborenem Vorstand«. ⁶⁷ Die Geschäftsführung wird folglich von den Komplementären übernommen. Hierbei handelt es sich – wie auch bei der Kommanditgesellschaft – um eine Einzelgeschäftsführung.

5.3. — Entscheidung für eine Unternehmensform —

Vor dem Hintergrund der dargestellten Unterschiede zwischen den verschiedenen Unternehmensformen sollten Startups ihre Unternehmensform unter Berücksichtigung insbesondere folgender Aspekte auswählen:

- Soll das Unternehmen allein oder mit einer weiteren Person gegründet werden?
- Welche Risiken sind mit dem Geschäftsmodell verbunden? Ist eine Haftungsbeschränkung erforderlich bzw. gewünscht (ggf. auch nur von einem der Gründer)?
- Welches Startkapital steht zur Verfügung?
- Wie soll mit dem Gewinn gehaushaltet werden?
- Wie soll sich das Startup perspektivisch entwickeln?
- Wie aufwendig soll die Unternehmensgründung hinsichtlich Formalitäten und Auflagen sein?

Ausgehend von diesen Fragen können die für Startups spezifischen Vor- und Nachteile der jeweiligen Unternehmensformen abgewogen und bestimmte Unternehmensformen ausgeschlossen werden. So kann eine zielgerichtete Wahl getroffen werden, die auf die aktuellen Gegebenheiten und die perspektivische Entwicklung des Startups und der Gründer abgestimmt ist. Wichtig zu betonen ist hierbei, dass ein Wechsel der Rechtsform zu einem späteren Zeitpunkt möglich ist.⁶⁸

63 Grigoleit in Grigoleit, Aktiengesetz, § 76 Rn. 2.

64 Leistikow in Hamm, Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch, § 44 Rn. 66 ff.

65 Vedder in Grigoleit, Aktiengesetz, § 7 Rn. 1.

66 Servatius in Grigoleit, Aktiengesetz, § 278 Rn. 1.

67 Fett/Stütz, NZG 2017, 1121 (1122).

68 Arnold in Semler/Stengel/Leonard/Seulen, Umwandlungsgesetz, § 240 Rn. 26.

6. Akquise und Werbemaßnahmen

Um die Waren und Dienstleistungen des Startups letztlich »an Mann und Frau« zu bringen, bedarf es Akquise- und Marketingaktivitäten. Zum einen müssen potenzielle Kunden angesprochen und akquiriert werden, etwa durch eine Ansprache auf Messen, durch Anrufe oder durch Brief- oder Mailansprache. Zum anderen werden generelle Werbemaßnahmen ergriffen, z. B. in Form von Plakaten, Flyern oder Onlineanzeigen. Fraglich ist hierbei unter welchen Voraussetzungen (potenzielle) Kunden angesprochen werden dürfen und was bei der Bewerbung von Waren und Dienstleistungen rechtlich zu berücksichtigen ist.

6.1. — Kundenakquise und Werbung

6.1.1 Datenschutzrechtliche Rahmenbedingungen

Je nachdem welche Akquiseaktivitäten erfolgen und welche Werbemaßnahmen eingesetzt werden, können diese mit der Verarbeitung personenbezogener Daten verbunden sein. Dies ist etwa der Fall, wenn potenzielle Kunden per Mail oder Brief angeschrieben, angerufen oder auf andere Weise, z. B. auf einer Messe oder Tagung, direkt angesprochen werden und daraufhin Informationen bereitstellen.

Die Verarbeitung personenbezogener Daten setzt hierbei grundsätzlich das Vorliegen einer Rechtsgrundlage voraus. So muss die Verarbeitung nach Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO rechtmäßig erfolgen. Hintergrund für den Grundsatz der Rechtmäßigkeit ist das nach der DSGVO geltende Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, nach welchem eine Verarbeitung nur rechtmäßig ist, wenn eine Rechtsgrundlage vorliegt.⁶⁹ Dies ergibt sich auch aus Erwägungsgrund 40 DSGVO,⁷⁰ wonach die Verarbeitung auf einer zulässigen Rechtsgrundlage basieren muss.

Rechtsgrundlagen werden hierbei insbesondere durch Art. 6 Abs. 1 DSGVO normiert. Nach Art. 6 Abs. 1 DSGVO ist die Verarbeitung personenbezogener Daten u.a. rechtmäßig, wenn dies eine Einwilligung der betroffenen Person gestattet

(lit. a), die Verarbeitung zur Erfüllung eines Vertrags mit der betroffenen Person oder zur Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen (lit. b) oder einer rechtlichen Verpflichtung (lit. c) erforderlich ist oder berechtigte Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten bestehen, die gegenüber denen der betroffenen Person nicht unterwiegen (lit. f).

Für Akquiseaktivitäten und die diesbezügliche Kundenansprache kommen insbesondere die Einwilligung der betroffenen Person sowie unter bestimmten Voraussetzungen das berechtigte Interesse des Startups in Betracht. Zu beachten sind bei der Wahl der passenden Rechtsgrundlage sowohl der Kontext und die Kategorie des Empfängers als auch das gewählte Kommunikationsmittel. So kann z. B. der Anruf eines von einem Unternehmen benannten Ansprechpartners oder einer Person, zu der bereits vorher Kontakt bestand, i.d.R. auf das berechtigte Interesse des Startups gestützt werden. Ein Anruf von Verbrauchern oder das Anschreiben von Verbrauchern per Mail, insbesondere ohne, dass bereits vorher Kontakt bestand, wird hingegen regelmäßig deren Einwilligung erfordern.

Neben der Rechtsgrundlage für die Verarbeitung sind bei Akquise- und Werbeaktivitäten auch weitere datenschutzrechtliche Pflichten zu beachten. Zu erwähnen ist hier insbesondere die Pflicht des datenschutzrechtlich Verantwortlichen betroffenen Personen eine Datenschutzhinweise zu erteilen, welche u.a. darüber aufklärt zu welchen Zwecken und auf Basis welcher Rechtsgrundlage die jeweiligen personenbezogenen Daten verarbeitet werden. Per Brief und Mail kann dies z. B. ermöglicht werden, indem eine Datenschutzhinweise mitgeschickt oder verlinkt wird. Bei einer persönlichen Ansprache auf Messen oder auf der Straße und einer darauffolgenden Erhebung personenbezogener Daten kann dies durch einen Aushang erfolgen.

6.1.2 Lauterkeitsrechtliche Rahmenbedingungen

Im Zusammenhang mit der Rechtmäßigkeit der Verarbeitung im Sinne des Datenschutzrechts ist weiterhin die

69 Degen/Emmert, Elektronischer Rechtsverkehr, § 8 Rn. 18.

70 Die Erwägungsgründe der DSGVO sind rechtlich zwar unverbindlich, geben jedoch die Intention des Gesetzgebers wieder und können somit zur Auslegung herangezogen werden.

lauterkeitsrechtliche Rechtmäßigkeit zu beachten. So ist die Kundenansprache gegenüber Marktteilnehmern gemäß § 7 UWG unzulässig, soweit sie diese in unzumutbarer Weise belästigen. Eine unzumutbare Belästigung liegt hierbei grundsätzlich vor, soweit eines der Regelbeispiele des Abs. 2 einschlägig ist. Sofern dies nicht der Fall ist, kann eine geschäftliche Handlung auch auf Basis der »kleinen Generalklausel«⁷¹ des Abs. 1 unzumutbar und somit unzulässig sein.⁷²

Gemäß § 7 Abs. 2 UWG sind folgende Ansprachen grundsätzlich unzulässig:

- **Hartnäckige (wiederholte)⁷³ Ansprache eines Verbrauchers, insbesondere durch Briefe oder Printmedien,⁷⁴ obwohl dies erkennbar nicht gewünscht ist**
- **Werbung mittels persönlicher Telefonanrufe, ohne ausdrückliche Einwilligung des beworbenen Verbrauchers oder mutmaßliche Einwilligung des beworbenen sonstigen Marktteilnehmers**
- **Werbung mittels automatischer Anrufmaschinen, Fax oder elektronischer Post ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung**
- **Werbung, bei der die Absenderidentität oder der kommerzielle Charakter verschleiert wird oder keine Widerspruchsmöglichkeit besteht**

Hinsichtlich Werbung unter Verwendung elektronischer Post, also insbesondere durch E-Mail, SMS, MMS oder persönliche Chatnachrichten,⁷⁵ besteht gem. § 7 Abs. 3 UWG eine Ausnahme von der erforderlichen ausdrücklichen Einwilligung, soweit der Werbende die elektronische Postadresse des Kunden im Zusammenhang mit dem Verkauf einer Ware oder Dienstleistung erhalten hat, die elektronische Postadresse zur Direktwerbung für eigene ähnliche Waren oder Dienstleistungen verwendet, der Kunde der Verwendung der E-Mailadresse zu diesem Zweck nicht widersprochen hat und der Kunde sowohl bei der Erhebung der E-Mailadresse als auch bei jeder Verwendung klar und deutlich darauf

hingewiesen wird, dass er ein Widerspruchsrecht hat. Diese Ausnahme kommt insoweit erst in Betracht, wenn bereits bestehende Kunden erneut beworben werden sollen. Für die initiale Kundenansprache ist die Ausnahme nach § 7 Abs. 3 UWG nicht einschlägig. Zudem kommt sie nur dann in Betracht, wenn für eine Kundenansprache nach datenschutzrechtlichen Maßstäben keine Einwilligung erforderlich ist. Andernfalls ist eine Einwilligung einzuholen.

6.2. — Rechtlicher Rahmen bei Werbung —

Zu beachten sind weiterhin rechtliche Grenzen bei der Werbung. Neben den zuvor dargestellten Voraussetzungen für die Zulässigkeit direkter Werbemaßnahmen, gilt es auch bei der Werbung und deren Ausgestaltung selbst rechtliche Rahmenbedingungen zu berücksichtigen.

Zum einen ist bei der Verwendung von Bildern, Melodien, Videos etc. zu prüfen, ob diese rechtlich verwendet werden dürfen und ob – sofern erforderlich – Lizenzen der entsprechenden Rechteinhaber vorliegen. Wird z. B. bei der Erstellung einer Webseite oder bei der Erstellung von Flyern auf Bilder aus dem Internet zurückgegriffen, um die zu übermittelnde Nachricht visuell zu unterstützen, muss darauf geachtet werden, dass entsprechende Bilder urheberrechtlichen Schutz als Lichtbildwerke oder Schutz als verwandtes Schutzrecht (Lichtbild) genießen und für die Nutzung des Bildes daher eine Lizenz des Rechteinhabers erforderlich ist.

Zum anderen sind lauterkeitsrechtliche Grenzen zu beachten. Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) verbietet unlautere geschäftliche Handlungen. Geschäftliche Handlungen sind gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG alle Verhaltensweisen einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt. Zur

71 Janal in Borges/Hilber, BeckOK IT-Recht, § 7 Rdnr. 1; Ohly in Ohly/Sosnitza, UWG, § 7 Rdnr. 4.

72 So auch Leible in Heermann/Schlingloff, Münchner Kommentar zum Lauterkeitsrecht, § 7 Rdnr. 15.

73 BGH, Beschl. v. 30.1.2020 – I ZR 25/19, GRUR 2020, 420 (426); Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 7 Rdnr. 110; Ohly in Ohly/Sosnitza, UWG, § 7 Rdnr. 37.

74 Deutscher Bundestag, BT-Drs. 16/10145, S. 29; Ohly in Ohly/Sosnitza, UWG, § 7 Rdnr. 36

75 Micklitz/Schirnbacher in Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 7 Rdnr. 104.

Konkretisierung der Unlauterkeit, enthält das UWG neben den Generalklauseln in § 3 Abs. 1 und 2 UWG, konkrete Unlauterkeitstatbestände in den §§ 3a-6 UWG. Zudem bestimmt es im Anhang stets unzulässige Tätigkeiten gegenüber Verbrauchern.

Stets unzulässige geschäftliche Handlungen gegenüber Verbrauchern im Zusammenhang mit Werbung sind demnach u.a. Lockangebote (Nr. 5), als Information getarnte Werbung (Nr. 11) sowie Werbung für eine Ware oder Dienstleistung, die der eines bestimmten Herstellers ähnlich ist, wenn dies in der Absicht geschieht, über die betriebliche Herkunft zu täuschen (Nr. 13).

Hinsichtlich der Produktbewerbung ist weiterhin die Vorgabe aus § 6 UWG relevant. Soweit vergleichend geworben wird, ist dies nur gestattet, soweit die vergleichende Werbung keinen der in § 6 UWG gelisteten Tatbestände erfüllt. Demnach darf die vergleichende Werbung u.a. nicht zu einer Verwechslungsgefahr führen, den Ruf eines von einem Mitbewerber verwendeten Kennzeichens in unlauterer Weise ausnutzen oder beeinträchtigen oder Mitbewerber herabsetzen oder verunglimpfen.

7. Verhalten auf dem Markt

Neben dem Einsatz von rechtskonformen Werbemaßnahmen, müssen Startups zusätzlich die Einhaltung der weiteren wettbewerbsrechtlichen Rahmenbedingungen sicherstellen. Hierzu zählen insbesondere die Vorgaben zum Verhalten gegenüber Mitbewerbern, aber auch Vorgaben zum generellen Marktverhalten. Zudem zählen hierzu die kartellrechtlichen Grundprinzipien, insbesondere das sogenannte Kartellverbot. Des Weiteren sind datenschutzrechtliche Grundlagen einzuhalten, welche insbesondere für Startups im Bereich der Cybersicherheit eine besondere Bedeutung haben können.

7.1. — Verhalten gegenüber Mitbewerbern —

Gemäß § 4 UWG sind bestimmte Verhaltensweisen gegenüber Mitbewerbern unlauter. Hierzu zählen u.a. die Herabsetzung oder das Verunglimpfen, die Nachahmung von Waren oder Dienstleistungen sowie die gezielte Behinderung von Mitbewerbern.

7.2. — Wettbewerbsrechtlicher Rahmen —

Neben Mitbewerbern schützt das UWG auch Verbraucher und andere Marktteilnehmer vor unlauteren geschäftlichen Handlungen. Unlauter sind demnach insbesondere Verstöße gegen Marktverhaltensregeln (§ 3a UWG), aggressive geschäftliche Handlungen (§ 4a UWG) sowie irreführende geschäftliche Handlungen (§§ 5, 5a UWG).

So erklärt § 3a UWG den Verstoß gegen eine gesetzliche Marktverhaltensregel für unlauter, soweit der Verstoß geeignet ist die Interessen von Verbrauchern, Mitbewerbern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen. Gesetzliche Marktverhaltensregeln i.S.d. § 3a sind in Deutschland geltende Rechtsnormen, die (auch) dafür bestimmt sind im Interesse von Mitbewerbern, Verbrauchern oder anderen Marktteilnehmern »das Marktverhalten zu regeln und so gleiche Voraussetzungen für die auf diesem Markt tätigen

Wettbewerber zu schaffen.«⁷⁶

Hierzu zählen u.a. Vorgaben aus der Preisangabenverordnung, dem Ladenschlussgesetz sowie der Verpackungsverordnung.

Gemäß § 4a sind auch aggressive geschäftliche Handlungen unlauter, die die Entscheidungsfreiheit eines Verbrauchers oder sonstigen Marktteilnehmers durch Belästigung, Nötigung oder unzulässige Beeinflussung so beeinträchtigen, dass sie geeignet sind den betroffenen Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Handlung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Zu aggressiven geschäftlichen Handlungen zählt zum Beispiel die Ausübung von wirtschaftlichem Druck, etwa die Forderung einer finanziellen Gegenleistung für die Aufnahme eines Produkts in das Sortiment eines marktstarken Unternehmens.⁷⁷ Ein weiterer Anwendungsfall des § 4a UWG stellt Drohung dar.

§ 5 UWG sieht eine unlautere geschäftliche Handlung, wenn eine geschäftliche Handlung insoweit irreführend ist, als sie geeignet ist einen Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Handlung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Eine solche irreführende geschäftliche Handlung liegt vor, wenn sie unwahre oder zur Täuschung geeignete Angaben zu z. B. den wesentlichen Merkmalen der Ware oder Dienstleistung, den Anlass des Verkaufs oder den Rechten des Verbrauchers enthält. § 5a UWG ergänzt § 5 UWG hinsichtlich Unterlassungshandlungen. So kann nach § 5a UWG auch das Verschweigen einer Tatsache irreführend sein, wenn die Information erforderlich ist, damit ein Verbraucher eine informierte geschäftliche Entscheidung treffen kann und wenn das Vorenthalten geeignet ist, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Handlung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.

Neben den lauterkeitsrechtlichen Vorgaben des UWG ist weiterhin das Kartellrecht zu beachten. Das Kartellrecht basiert auf drei Säulen: dem Kartellverbot, dem Missbrauchsverbot sowie der Fusionskontrolle. Für Startups ist hierbei primär das Kartellverbot nach § 1 GWB relevant. Demnach

76 BGH, Urt. v. 11.5.2000 – I ZR 28/98, GRUR 2000, 1076 (1079); BGH, Urt. v. 25.4.2002 – I ZR 250/00, GRUR 2002, 825 (827); Deutscher Bundestag, BT-Drs. 15/1487, S. 19, Ohly in Ohly/Sosnitzer, UWG, § 3a Rdnr. 14; Götting/Hetmank in Fezer/Büscher/Obergfell, Lauterkeitsrecht: UWG, § 3a Rdnr. 59; v. Jagow in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 3a Rdnr. 22.

77 Picht in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG § 4a Rn. 44.

sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, verboten.

Vom Kartellverbot sind gemäß § 2 GWB bestimmte Vereinbarungen freigestellt. Eine solche Freistellung kann durch sog. Gruppenfreistellungsverordnungen wie die Vertikal-GVO, die FuE-GVO, die Spezialisierungs-GVO und die Technologietransfer-GVO erfolgen als auch durch eine Einzelfreistellung. Letzteres setzt voraus, dass die betreffende Vereinbarung, der betreffende Beschluss bzw. die abgestimmte Verhaltensweise zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen und dass die Beschränkungen für die Verwirklichung dieser Ziele unerlässlich sind oder hierdurch keine Möglichkeiten eröffnet werden, den Wettbewerb für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren auszuschalten.

7.3. — Datenschutzrechtliche Rahmenbedingungen⁷⁸

Des Weiteren sind auf dem Markt datenschutzrechtliche Rahmenbedingungen einzuhalten. Neben den o.g. Anforderungen im Zusammenhang mit der Kundenansprache, regelt das Datenschutzrecht auch für andere Verarbeitungskontexte wichtige Grundprinzipien zum Umgang mit personenbezogenen Daten, insbesondere in Art. 5 DSGVO. So dürfen personenbezogene Daten grundsätzlich nur dann verarbeitet werden, wenn eine einschlägige Rechtsgrundlage – wie z. B. die Einwilligung der von der Datenverarbeitung betroffenen Person – vorliegt und die personenbezogenen Daten sachlich richtig sind. Zudem dürfen personenbezogene Daten nur für eindeutige und legitime Zwecke erhoben werden, die bereits vor Beginn der Datenverarbeitung festgelegt werden müssen und die nach der Datenerhebung nicht mehr ohne Weiteres geändert werden dürfen. Auch müssen personenbezogene Daten dem Zweck angemessen und erheblich sein sowie auf das für die Zwecke der Verarbeitung notwendige Maß beschränkt, und sie dürfen nur so lange gespeichert werden, wie dies zur Erreichung des

Verarbeitungszwecks erforderlich ist. Die Verarbeitung personenbezogener Daten muss weiterhin transparent erfolgen. In diesem Zusammenhang regelt das Datenschutzrecht in den Art. 12 ff. DSGVO eine Reihe von Rechten der betroffenen Personen. So muss die betroffene Person vor Beginn der Datenverarbeitung umfangreich über die bevorstehende Datenverarbeitung informiert werden. Zudem erhält sie bezüglich ihrer personenbezogenen Daten u.a. das Recht auf Auskunft, Berichtigung und Löschung.

Das Datenschutzrecht regelt auch, welche datenschutzrechtliche Rolle eine Organisation einnimmt, die personenbezogene Daten verarbeitet. Eine Organisation kann insbesondere über die Zwecke und Mittel der personenbezogenen Datenverarbeitung entscheiden und somit ein »Verantwortlicher« sein. Eine andere Möglichkeit ist, im Auftrag des Verantwortlichen Teilbereiche der Datenverarbeitung zu übernehmen, ohne dabei selbst über die Zwecke und Mittel der Datenverarbeitung zu entscheiden (Auftragsverarbeiter). Auch können mehrere Organisationen gemeinsam über die Zwecke und Mittel der Datenverarbeitung entscheiden und werden dann gemeinsam Verantwortliche. Sowohl gemeinsam Verantwortliche als auch Verantwortliche und ihre Auftragsverarbeiter unterliegen der Pflicht, einen Vertrag zu schließen, der ihre datenschutzrechtlichen Rollen benennt sowie die daraus erwachsenden Rechte und Pflichten regelt (Art. 26, 28 DSGVO). Zudem werden sowohl (gemeinsam) Verantwortliche als auch Auftragsverarbeiter zur Implementierung sog. technischer und organisatorischer Maßnahmen, wie die Verschlüsselung und Pseudonymisierung, verpflichtet.

Insbesondere für Startups im Bereich der Cybersicherheit ist diese Pflicht zur Implementierung von technischen und organisatorischen Maßnahmen von besonderer Bedeutung. So sollten im Zusammenhang mit der Entwicklung von Softwarelösungen die Vorschriften zum Datenschutz durch Technikgestaltung und zu datenschutzrechtlichen Voreinstellungen beachtet werden.

»Datenschutz durch Technikgestaltung« meint, dass der Verantwortliche nicht erst zum Zeitpunkt der Verarbeitung angemessene technisch-organisatorische Maßnahmen zu treffen hat, sondern bereits zum Zeitpunkt der Festlegung der

78 Dieses Kapitel entspricht im Wesentlichen Selzer in Selzer, Datenschutzrecht, Kurze Einführung in das Datenschutzrecht, Rn. 1 ff. und Selzer, DSGVO für Cyber Startups, <https://www.digitalhub-cybersecurity.com/wp-content/uploads/2020/02/Publikation-DSGVO-f%C3%BCr-Cyberstartups-final.pdf>, S. 12 f.

Mittel für die Verarbeitung die Pflicht zum Treffen geeigneter technisch-organisatorischer Maßnahmen berücksichtigen muss. Insbesondere hat der Verantwortliche sicherzustellen, dass die Grundprinzipien des Datenschutzrechts durch technisch-organisatorische Maßnahmen eingehalten werden. Dementsprechend sind bereits während der Konzeptionsphase neuer Softwarelösungen durch Startups die Anforderungen des technisch-organisatorischen Datenschutzes zu berücksichtigen.

»Datenschutzfreundliche Voreinstellungen« meint, dass der Verantwortliche technisch-organisatorische Maßnahmen zu treffen hat, die sicherstellen, dass durch Voreinstellung nur personenbezogene Daten, deren Verarbeitung für den jeweiligen bestimmten Verarbeitungszweck erforderlich ist, verarbeitet werden. Insbesondere müssen solche Maßnahmen umgesetzt werden, damit personenbezogene Daten durch Voreinstellungen nicht ohne Eingreifen des jeweiligen Nutzers der Software einer unbestimmten Zahl anderer Personen zugänglich gemacht werden, wie es häufig bei Social-Media-Angeboten aber auch Apps, im Rahmen derer man z. B. sein Fitnesslevel mit seinen Freunden vergleichen kann, der Fall ist.

Zusätzlich zu den Anforderungen zur Technikgestaltung und datenschutzfreundlichen Voreinstellung sind auch die anderen vorgenannten Anforderungen der DSGVO für die Entwicklung von Softwarelösungen relevant. U. a. ist sicherzustellen, dass nur diejenigen personenbezogenen Daten verarbeitet werden, die für den Verarbeitungszweck unbedingt erforderlich sind und das Beauskunften an betroffene Personen sowie ggf. das Berichtigen von Daten muss möglich sein. Ebenso ist die Software so zu gestalten, dass eine fristabhängige Löschung einzelner Daten umgesetzt werden kann. Auch ist vor dem Anbieten der Software den Informationspflichten nachzukommen usw.

Zwar trifft die Pflicht des Datenschutzes durch Technikgestaltung und der datenschutzfreundlichen Voreinstellungen primär die Verantwortlichen, die die personenbezogenen Daten ihrer Kunden und Mitarbeiter verarbeiten. Jedoch enthält ein Erwägungsgrund der Datenschutz-Grundverordnung eine Art »Aufforderung« an Produktentwickler, dafür Sorge zu tragen, dass die Anforderungen der Datenschutz-Grundverordnung – und insbesondere die Anforderungen an den Datenschutz durch Technikgestaltung und datenschutzfreundliche Voreinstellungen – bereits in der Produktplanung berücksichtigt werden sollten. Das stärkere Argument zur

Umsetzung wird vermutlich jedoch der Umstand sein, dass Verantwortliche regelmäßig nur solche Produkte neu beschaffen können, die die Anforderungen der Datenschutz-Grundverordnung umsetzen.

Sofern personenbezogene Daten in Drittstaaten – das bedeutet außerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums – verarbeitet werden sollen, müssen zusätzliche Garantien nach den Art. 44 ff. DSGVO sicherstellen, dass die personenbezogenen Daten auch im Drittstaat einem mit dem Datenschutzniveau innerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums vergleichbaren Schutz unterliegen.

Des Weiteren regelt das Datenschutzrecht die Pflicht, die Umsetzung des Datenschutzrechts umfangreich zu dokumentieren und in bestimmten Fällen einen Datenschutzbeauftragten zu bestellen, der in der Organisation der erste Ansprechpartner für alle Fragen zum Datenschutz ist.

8. Vertragliche Rahmenbedingungen beim Vertrieb

Sobald das Unternehmen auf den Markt geht und die im Rahmen des Geschäftsmodells angebotenen Waren oder Dienstleistungen anbietet, sind auch vertragsrechtliche Rahmenbedingungen zu berücksichtigen. Im Rahmen dessen ist insbesondere zu berücksichtigen unter welchen Voraussetzungen ein Vertrag zustande kommt und welche Rechte und Pflichten hierbei jeweils bestehen. Zudem ist zu berücksichtigen welche rechtlichen Grenzen bei vertraglichen Vereinbarungen zu beachten sind, insbesondere soweit es sich um vertragliche Vereinbarungen handelt, die als Allgemeine Geschäftsbedingung qualifiziert werden. Auch im Zusammenhang mit dem geschützten geistigen Eigentum sind Grenzen hinsichtlich eingeräumter Nutzungsrechte sowie Möglichkeiten zur Ausgestaltung eines Nutzungsrechts zu beachten.

8.1. — Vertragstypen und deren Ausgestaltung —

Im nationalen Recht wird zwischen verschiedenen Vertragsarten unterschieden, die teilweise oder vollständig als allgemeine Geschäftsbedingung i.S.v. §§ 305 ff. BGB oder als Individualabrede abgeschlossen werden können. Zu den typischen und für Startups relevantesten Vertragsarten zählen Kaufverträge, Mietverträge, Dienstverträge und Werkverträge. Diese unterscheiden sich vor allem hinsichtlich der wesentlichen Vertragspflichten der Parteien sowie hinsichtlich der Gewährleistungspflichten. So ist für einen Kaufvertrag typisch, dass der Verkäufer dem Käufer die Kaufsache endgültig, gegen Zahlung eines Kaufpreises überlässt. Bei einem Mietvertrag wird die Mietsache hingegen lediglich während der Mietzeit überlassen. Im Rahmen eines Dienstvertrags wird die Erbringung einer Dienstleistung geschuldet und im Rahmen eines Werkvertrags die Herstellung eines Werks. Kaufsachen, Mietsachen und Werke müssen hierbei grundsätzlich frei von Sach- und Rechtsmängeln übergeben werden. Diesbezüglich stehen dem Käufer, dem Mieter bzw. dem Besteller Gewährleistungsrechte zu, welche im Falle eines Kaufvertrags i.d.R. zwei Jahre nach Ablieferung der Sache (§ 438 BGB) und im Falle eines Werkvertrags i.d.R. drei Jahre ab

Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist (§§ 634a, 195, 199 BGB) verjähren. Im Mietvertrag bestehen die Gewährleistungsrechte während der gesamten Mietdauer.⁷⁹ Dienstverträge kennen hingegen keine Gewährleistungsansprüche aufgrund mangelhaft erbrachter Dienstleistung.⁸⁰

Zu unterscheiden ist bei vertraglichen Vereinbarungen grundsätzlich zwischen Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Individualabreden. Allgemeine Geschäftsbedingungen sind gemäß § 305 BGB »für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt.« Individualabreden sind hingegen im Einzelnen ausgehandelte Vertragsbedingungen.⁸¹ Relevant ist diese Abgrenzung vor dem Hintergrund, dass bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen Beschränkungen hinsichtlich der inhaltlichen Ausgestaltung bestehen.⁸² So werden insbesondere solche allgemeinen Geschäftsbedingungen kein Vertragsbestandteil, die überraschend oder mehrdeutig sind. Zudem listen §§ 308, 309 BGB unwirksame Regelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf.

Zwar finden die Vorgaben und inhaltlichen Beschränkungen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen gemäß § 310 BGB nur eingeschränkt Anwendung auf Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die gegenüber einem Unternehmer oder einer juristischen Person verwendet werden, es ist jedoch angemessen auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen. Insoweit ist Startups zu empfehlen bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen sowie Klauseln, die regelmäßig als allgemeine Geschäftsbedingungen qualifiziert werden müssen – insbesondere solche zur Gewährleistung und Haftung – juristische Beratung hinsichtlich der rechtskonformen Ausgestaltung einzuholen.

79 Teichmann in Jauernig, BGB, § 536a Rn. 3 f.

80 BGH, Urt. v. 15.7.2004 – IX ZR 256/03, NJW 2004, 2817.

81 Basedow in MüKoBGB, § 305b Rn. 1.

82 Basedow in MüKoBGB, § 305b Rn. 2.

8.2. — Zustandekommen eines Vertrags

Egal, um welchen Vertragstyp es sich handelt und ob es sich hierbei um eine Individualabrede oder um eine Allgemeine Geschäftsbedingung handelt, ein Vertrag kommt gemäß §§ 145 ff. BGB grundsätzlich durch eine Einigung in Form von zwei übereinstimmenden Willenserklärungen (Angebot und Annahme) zustande. Eine Willenserklärung kann hierbei ausdrücklich oder konkludent erklärt werden⁸³ – Schweigen ist i.d.R. nicht ausreichend.⁸⁴

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht im Falle des gewohnheitsrechtlich anerkannten kaufmännischen Bestätigungsschreiben. Beim kaufmännischen Bestätigungsschreiben handelt es sich um ein Schreiben, welches die Bedingungen eines ausgehandelten Vertrags schriftlich fixiert. Ein solches liegt vor, sofern Empfänger und Absender Kaufleute sind oder ähnlich einem Kaufmann am Geschäftsleben teilnehmen, dem Schreiben eine Vertragsverhandlung vorausgegangen ist und das Schreiben in zeitlicher Nähe zu den Vertragsverhandlungen beim Empfänger zugegangen ist. Widerspricht der Empfänger einem kaufmännischen Bestätigungsschreiben nicht unverzüglich, gilt der Vertrag mit dem Inhalt des Bestätigungsschreibens als abgeschlossen.⁸⁵

8.3. — Einräumung von Nutzungsrechten

Sofern im Rahmen der vertraglichen Vereinbarungen Nutzungsrechte eingeräumt werden sollen, sollten die verschiedenen Ausgestaltungsmöglichkeiten berücksichtigt werden. So kann eine Rechteeinräumung an Immaterialgüterrechten in verschiedenen Hinsichten beschränkt werden. Zunächst kann eine Rechteeinräumung in ausschließlicher sowie in nicht-ausschließlicher Form erfolgen. Während dem Lizenznehmer bei einer ausschließlichen Lizenz das ausschließliche Recht zur Nutzung des Immaterialguts eingeräumt und somit jeder Dritte (ggf. auch der Rechteinhaber) von der Nutzung ausgeschlossen ist, können nicht-ausschließliche Lizenzen an mehrere Lizenznehmer erteilt werden. Zudem können Nutzungsrechte in zeitlicher, räumlicher, persönlicher und inhaltlicher Hinsicht beschränkt werden. Eine

Beschränkung in zeitlicher Hinsicht betrifft hierbei die Dauer, in der der Lizenznehmer zur Nutzung berechtigt ist. Eine Beschränkung in räumlicher Hinsicht betrifft das geographische Ausmaß der Nutzungsberechtigung. Persönliche Beschränkungen betreffen den Umfang der berechtigten Personen, z. B. ob eine Lizenz an einen gesamten Konzern, einzelne Tochterunternehmen oder konkrete Personen innerhalb eines Unternehmens erteilt wird. Die inhaltliche Beschränkung betrifft schließlich die konkreten Nutzungsarten (z. B. Vervielfältigung, Verbreitung oder Änderung). Schließlich können Vorgaben hinsichtlich der Entgeltlichkeit, der Übertragbarkeit des Nutzungsrechts sowie der Berechtigung zur Vergabe von Unterlizenzen gemacht werden.

83 Armbrüster in MükoBGB, vor § 116 Rn. .

84 Neuner, JuS 2007, 881(882).

85 Schärtl, JA 2007, 567ff.

9. Fazit

Bei der Gründung eines Unternehmens kommen zahlreiche Aufgaben auf Gründerinnen und Gründer zu. Zwar bringen bereits die organisatorischen und wirtschaftlichen Überlegungen und Aufgaben einen erheblichen Aufwand mit sich. Dennoch ist Startups zu empfehlen von Anfang an auch Complianceanforderungen zu berücksichtigen, um ein langfristig erfolgreiches Unternehmen aufzubauen («compliance by design»). Dies schafft einerseits Sicherheit für das Startup, indem es betriebsbezogene Rechtsverstöße abwehrt und somit das Haftungsrisiko sowie das Risiko sonstiger negativer Folgen, wie Reputationsschäden, Kundenverlust oder Sanktionen, verringert und hierdurch auch sicherstellt, dass für das Startup und dessen erfolgreichen Fortbestand relevante Anforderungen, die im Nachhinein ggf. nicht mehr ausgebessert werden können, von vornherein eingehalten werden. Andererseits kann die frühzeitige Berücksichtigung von Complianceanforderungen einen Wettbewerbsvorteil gegenüber anderen Unternehmen schaffen. So legen 82% der deutschen Unternehmen Wert darauf, dass ihre Geschäftspartner über ein Compliance Management System verfügen,⁸⁶ und somit compliant agieren.

Besonderen Wert sollten Startups hierbei auf immaterialgüterrechtliche (inkl. wettbewerbsrechtliche), datenschutz- und informationssicherheitsrechtliche sowie vertragsrechtliche Anforderungen legen. So kann sichergestellt werden, dass das geistige Eigentum des Startups frühzeitig und entsprechend der perspektivischen Entwicklung des Unternehmens geschützt wird, das Verhalten am Markt sowie der Umgang mit Kunden und deren Daten rechtskonform erfolgt und vertragliche Regelungen die Interessen des Startups schützen.

86 PwC/MLU Halle-Wittenberg, Wirtschaftskriminalität 2018, S. 34.

10. Literaturverzeichnis

- [1] Altmeppen, Holger: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – Kommentar, 10. Auflage, München 2021.
- [2] Ann, Christoph: Patentrecht – Lehrbuch zum deutschen und europäischen Patentrecht und Gebrauchsmusterrecht, 8. Auflage, München 2022.
- [3] Auer-Reinsdorff, Astrid/Conrad, Isabell (Hrsg.): Handbuch zum IT- und Datenschutzrecht, 3. Auflage, München 2019.
- [4] Benkard, Georg (Begr.): Patentgesetz Gebrauchsmustergesetz Patentkostengesetz, 11. Auflage, München 2015.
- [5] Berlit, Wolfgang: Die Verkehrsbekanntheit von Kennzeichen (§§ 9 II Nr. 3, 14 II Nr. 3, 15 III MarkenG), GRUR 2002, S. 572-578.
- [6] Borges, Georg/Hilber, Marc (Hrsg.): Beck'scher Online-Kommentar IT-Recht, 5. Edition, München 2022.
- [7] Burmann, Christoph/Halaszovich, Tilo/Schade, Michael/Hemmann, Frank: Identitätsbasierte Markenführung – Grundlagen-Strategie-Umsetzung-Controlling, 2. Auflage, Heidelberg 2015.
- [8] Creifelds, Carl (Begr.)/Weber, Klaus (Hrsg.): Rechtswörterbuch, 22. Auflage, München 2017.
- [9] Degen, Thomas A./Emmert, Ulrich: Elektronischer Rechtsverkehr – beA, Digitalisierung, Datenschutz und IT-Sicherheit für Anwälte, Justiz, Behörden und Unternehmen – Wegweiser zu Behörden- und Anwaltpostfächern, DE-Mail, ersetzendem Scannen, Cloud- und IT-Sicherheit, Beweisrecht und Langzeitarchivierung, 2. Auflage, München 2021.
- [10] Dittert, Christian/Regelsberger, Dominik: Blick ins Gesellschaftsrecht, DStR 2021, S. 1887-1895.
- [11] Dreier, Thomas/Schulze, Gernot: Urheberrechtsgesetz – Kommentar, 7. Auflage, München 2022.
- [12] Drescher, Ingo/Fleischer, Holger/Schmidt, Karsten (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 3, 4. Auflage, München 2019.
- [13] Fett, Torsten/Stütz, Dominique: 20 Jahre Kapitalgesellschaft & Co. KGaA, NZG 2017, S. 1121-1131.
- [14] Fezer, Karl-Heinz/Büscher, Wolfgang/Obergfell, Eva Inés (Hrsg.): Lauterkeitsrecht – Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Band 2, 3. Auflage, München 2016.
- [15] Fezer, Karl-Heinz: Markenrecht – Kommentar zum Markengesetz, zur Pariser Verbandsübereinkunft und zum Madrider Markenabkommen – Dokumentation des nationalen, europäischen und internationalen Kennzeichenrechts, 4. Auflage, München 2009.
- [16] Fitzner, Uwe/Lutz, Raimund/Bodewig, Theo (Hrsg.): Beck'scher Online-Kommentar Patentrecht, 23. Edition, München 2022.
- [17] Fleischer, Holger/Goette, Wulf (Hrsg.): Münchener Kommentar zum GmbHG, Band 1, 4. Auflage, München 2022.
- [18] Grigoleit, Hans Christoph: Aktiengesetz – Kommentar, 2. Auflage, München 2020.
- [19] Grützner, Thomas/Jakob, Alexander (Hrsg.): Compliance von A-Z, 2. Auflage, München 2015.
- [20] Hamm, Christoph (Hrsg.): Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch, 12. Auflage, München 2022.
- [21] Harte-Bavendamm, Henning/Henning-Bodewig, Frauke/Goldmann, Michael/Tolkmitt, Jan (Hrsg.): Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) – Mit Preisangabenverordnung und Geschäftsgeheimnisgesetz – Kommentar, 5. Auflage, München 2021.
- [22] Harte-Bavendamm, Henning/Ohly, Ansgar/Kalbfus, Björn: Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen – Kommentar, 1. Auflage, München 2020.

- [23] Hasselblatt, Gordian N. (Hrsg.): Münchener Anwaltshandbuch Gewerblicher Rechtsschutz, 5. Auflage, München 2017.
- [24] Häublein, Martin/Hoffmann-Theinert, Roland (Hrsg.): Beck'scher Online-Kommentar HGB, 35. Edition, München 2022.
- [25] Hauschka, Christoph E./Moosmayer, Klaus/Thomas, Lösler (Hrsg.): Corporate Compliance – Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen, 3. Auflage, München 2016.
- [26] Heermann, Peter W./Schlingloff, Jochen (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, Band 1, 3. Auflage, München 2020.
- [27] Ingerl, Reinhard/Rohnke, Christian: Markengesetz – Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen, 3. Auflage, München 2010.
- [28] Joost, Detlev/Strohn, Lutz: Handelsgesetzbuch, Band 1, 4. Auflage, München 2020.
- [29] Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim/Fedderson, Jörn/Alexander, Christian: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb – GeschGehG PAngV UKlaG DL-InfoV P2B-VO, 40. Auflage, München 2022.
- [30] Köhler, Helmut/Piper, Henning (Begr.)/Ohly, Ansgar/Sosnitzka, Olaf: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Preisangabenverordnung – Kommentar, 7. Auflage, München 2016.
- [31] Kur, Annette/von Bomhard, Verena/Albrecht, Friedrich (Hrsg.): Beck'scher Online-Kommentar Markenrecht, 28. Edition, München 2022.
- [32] Lange, Paul: Marken- und Kennzeichenrecht, 2. Auflage, München 2012.
- [33] Leuering, Dieter/Billerbeck, Robert: Die Haftung des Gesellschafters für Verbindlichkeiten der GmbH, NJW-Spezial 2019, S. 15-16.
- [34] Loewenheim, Ulrich (Hrsg.): Handbuch des Urheberrechts, 3. Auflage, München 2021.
- [35] Loewenheim, Ulrich: Der Schutz der kleinen Münze im Urheberrecht, GRUR 1987, S. 761-769.
- [36] Loewenheim, Ulrich/Leistner, Matthias/Ohly, Ansgar (Hrsg.): Urheberrecht UrhG KUG VGG- Kommentar, 6. Auflage, München 2020.
- [37] Maaßen, Stefan: »Angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen« für Geschäftsgeheimnisse, GRUR 2019, S. 352-360.
- [38] Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang (Hrsg.): Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz – Kommentar, 19. Auflage, München 2022.
- [39] Neuner, Jörg: Was ist eine Willenserklärung?, Jus 2007, S. 881-888.
- [40] Oetker, Hartmut: Handelsgesetzbuch – Kommentar, 7. Auflage, München 2021.
- [41] Osterrieth, Christian: Patentrecht, 6. Auflage, München 2021.
- [42] PricewaterhouseCoopers GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft & Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg: Wirtschaftskriminalität 2018. Mehrwert von Compliance – forensische Erfahrungen. Frankfurt am Main 2018.
- [43] Prinz, Ulrich/Kahle, Holger (Hrsg.): Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften – Gesellschaftsrecht – Steuerrecht, 5. Auflage, München 2020.
- [44] Römermann, Volker (Hrsg.): Münchener Anwalts Handbuch GmbH-Recht, 4. Auflage, München 2018.
- [45] Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limpberg, Bettina: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 9. Auflage, München 2021.
- [46] Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limpberg, Bettina: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, 8. Auflage, München 2019.

- [47] Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limpberg, Bettina: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 7, 8. Auflage, München 2020.
- [48] Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limpberg, Bettina: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 8, 8. Auflage, München 2020.
- [49] Sassenberg, Thomas/Faber, Tobias (Hrsg.):
Rechtshandbuch Industrie 4.0 und Internet of Things
– Praxisfragen und Perspektiven der digitalen Zukunft, 2. Auflage, München 2020.
- [50] Schärtl, Christoph: Das kaufmännische
Betätigungsschreiben, JA 2007, S. 567-572.
- [51] Schaub, Günther/Koch, Ulrich (Hrsg.): Arbeitsrecht von
A-Z – verständlich, übersichtlich, klar, 26. Auflage,
München 2022.
- [52] Schieffer, Anita: Compliance bei Startups, CCZ 2018, S.
93-95.
- [53] Schmidl, Michael: IT-Recht von A-Z, 2. Auflage,
München 2014.
- [54] Schulze, Reiner/Grziwotz, Herbert/Lauda, Rudolf (Hrsg.):
Bürgerliches Gesetzbuch – Kommentiertes Vertrags- und
Prozessformularbuch, 4. Auflage, München 2020.
- [55] Selzer, Annika (Hrsg.): Datenschutzrecht – Ein
Kommentar für Studium und Praxis, Stuttgart 2022.
- [56] Semler, Johannes (Begr.)/Stengel, Arndt/Leonard, Nina
(Hrsg.): Umwandlungsgesetz, 5. Auflage, München
2021.
- [57] Spindler, Gerald/Schuster, Fabian: Recht der
elektronischen Medien – Kommentar, 4. Auflage,
München 2019.
- [58] Stürner, Rolf (Hrsg.): Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch
– Kommentar, 18. Auflage, München 2021.