

Dr. Ronald Kandelhard

Existenzgründung und Selbstständigkeit rechtlich richtig



Checkliste Unternehmensrecht:
**Vermeide Kosten, Steuern und Verluste
durch perfekte Strukturen für Dein Business**

Existenzgründung und Selbstständigkeit rechtlich richtig

Checkliste Unternehmensrecht:
Vermeide Kosten, Steuern und Verluste
durch perfekte Strukturen für Dein Business

von

Dr. Ronald Kandelhard
Rechtsanwalt und Mediator
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht
und
Online-Unternehmer
(www.easyRechtssicher.de und www.easyContracts.de)

1. Auflage, Bremen 2018

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|-----------|
| Inhaltsverzeichnis | 2 |
| Vorwort | 6 |
| 1. RECHT ÜBERFLÜSSIG? | 6 |
| 2. REGRETS | 6 |
| 3. HEFT DES HANDELNS | 6 |
| 4. CHECKLISTE ZUM UNTERNEHMENSSTART | 7 |
| A. DIE NAMENSWAHL | 9 |
| I. Markenschutz | 9 |
| 1. Markenklassen | 9 |
| 2. Markenrecherche | 9 |
| 3. Verwechslungsfähigkeit | 10 |
| II. Kennzeichen-Schutz | 10 |
| 1. Suchmaschinen-Recherche | 10 |
| 2. Rechtsfolge | 10 |
| III. Namens- und Firmenrecht | 10 |
| IV. Grenzen aus unlauterem Wettbewerb | 10 |
| 1. Domain-Grabbing | 11 |
| 2. Typo-Squatting | 11 |
| 3. Gattungsbegriffe | 11 |
| 4. Irreführende Bezeichnungen | 11 |
| B. Schutz des geistigen Eigentums | 13 |
| I. Markenschutz erlangen | 13 |
| II. Gewerbliche Schutzrechte (Design oder Patent) | 13 |
| III. Urheberrecht | 13 |
| 1. Geschützte Werke | 13 |
| 2. Schutzvoraussetzungen | 14 |
| a) Schutz von Sprachwerken | 14 |
| b) Musik | 14 |
| c) Lichtbildwerke | 14 |
| d) Filme | 14 |
| e) Darstellungen wissenschaftlicher oder technischer Art | 14 |
| 3. Abwehrrechte | 15 |
| 4. Verwertungsrechte (VG Wort) | 15 |
| IV. Besitzgesellschaft | 16 |
| C. Genehmigungen | 17 |
| I. Vorwort | 17 |
| II. Die Gewerbeanmeldung | 17 |
| 1. Gegensatz Gewerbe und freier Beruf | 17 |
| 2. Sonderfall Digitale Nomaden | 17 |
| 3. Zwischenergebnis | 17 |
| 4. Rechtsfolge einer unterlassenen Anmeldung | 18 |
| 5. Klein- und Nebengewerbe | 18 |
| III. Freiberufler | 19 |
| 1. Vorteile für Freiberufler | 19 |
| 2. Voraussetzungen | 20 |
| a) Definition | 20 |
| b) Katalogberufe | 21 |
| c) Katalogähnliche Berufe | 22 |
| d) Tätigkeitsberufe | 22 |
| e) Indizien | 24 |
| f) Einzelfälle digitaler Berufe | 24 |
| g) Tabellarische Übersicht der freien Berufe für Online Unternehmer: | 27 |

| | |
|--|-----------|
| 3. Abfärbung _____ | 28 |
| IV. Ergebnis Gewerbeanmeldung _____ | 29 |
| V. Steueranmeldung _____ | 30 |
| 1. Formular _____ | 30 |
| 2. Umsatzsteuer-Identifikationsnummer _____ | 30 |
| 3. Ergebnis _____ | 30 |
| 4. Spoiler _____ | 30 |
| VI. Tabellarisches Gesamtergebnis _____ | 31 |
| D. DIE UNTERNEHMENSGRÜNDUNG _____ | 32 |
| I. Gesellschaften (mit beschränkter Haftung) _____ | 32 |
| II. Internationale (digitale) Unternehmen _____ | 32 |
| 1. Rechtsfähigkeit und wie sie erlangt wird _____ | 32 |
| 2. Die Beschränkung der Haftung des Gesellschafters _____ | 33 |
| 3. Generelle Voraussetzungen für Gesellschaften mit beschränkter Haftung _____ | 33 |
| a) Registereintragung als Voraussetzung der Rechtsfähigkeit _____ | 34 |
| b) Mindestausstattung der Gesellschaft (mit beschränkter Haftung) _____ | 34 |
| 4. Tricks von Offshore Rechtsordnungen _____ | 34 |
| III. Internationales Gesellschaftsrecht _____ | 35 |
| 1. Anwendbares Recht für grenzüberschreitende Gesellschaften _____ | 35 |
| a) Die Gründungstheorie (z. B. England) _____ | 36 |
| b) Die Sitztheorie (z. B. bis vor kurzem Deutschland, Niederlande) _____ | 36 |
| c) Unterschiedlicher Begriff des Sitzes einer Gesellschaft _____ | 36 |
| d) Europäische Niederlassungsfreiheit _____ | 37 |
| e) Wettlauf der europäischen Gesellschafts-Rechtsordnungen _____ | 37 |
| f) Deutsche Antwort _____ | 38 |
| g) Europäisches Gesellschaftsrecht _____ | 38 |
| IV. Internationale Prozessrecht _____ | 39 |
| V. Internationales Steuerrecht _____ | 39 |
| 1. Doppelbesteuerung _____ | 39 |
| 2. Nationale Einkommenssteuerrecht _____ | 40 |
| a) Unbegrenzte Einkommenssteuerpflicht natürlicher Personen _____ | 40 |
| b) Steuerpflicht von Körperschaften (juristischen Personen) _____ | 41 |
| c) beschränkte Einkommenssteuerpflicht _____ | 41 |
| 3. Einfach beschränkt reicht nicht: die erweiterte beschränkte Einkommenssteuerpflicht _____ | 41 |
| 4. Wegzugsbesteuerung _____ | 42 |
| a) Grundsatz _____ | 42 |
| b) Funktionsverlagerung _____ | 42 |
| c) Ausnahmeregelungen _____ | 43 |
| VI. Der gemeinsame Meldestandard der OECD _____ | 43 |
| 1. Der Niedergang der Offshore-Standorte _____ | 43 |
| 2. Einführung des gemeinsamen Meldestandards _____ | 45 |
| 3. Generalverdacht für Briefkastenfirmen _____ | 46 |
| 4. Auswege _____ | 48 |
| E. Rechtssichere Website _____ | 49 |
| I. Impressum _____ | 49 |
| 1. Angabe der Telefonnummer _____ | 49 |
| 2. Angabe der Adresse _____ | 50 |
| a) Unternehmen in Deutschland _____ | 50 |
| b) Unternehmen mit Sitz im Ausland _____ | 51 |
| II. Datenschutzerklärung _____ | 51 |
| 1. Die Anwendung der Datenschutzgrundverordnung _____ | 52 |
| 2. Die Konsequenzen der DSGVO für Websites _____ | 52 |
| 3. Datenschutzerklärung formulieren _____ | 53 |
| 4. Erforderliche Informationen _____ | 54 |
| III. Rechtssichere Verwendung von Social Media Plattformen _____ | 54 |
| 1. Schutzrechte Dritter _____ | 54 |
| 2. Die Haftung für alle Fanpages auf Social Media Plattformen _____ | 55 |

| | |
|---|-----------|
| a) Der Fall _____ | 55 |
| b) Geltung unter der DSGVO _____ | 55 |
| c) Einstellung der Social Media Plattformen _____ | 55 |
| d) Alle Unternehmensseiten bei Social Media Plattformen betroffen _____ | 55 |
| e) Der Grund für die Haftung bei Fanpages _____ | 56 |
| f) Ungerechtes Ergebnis _____ | 56 |
| aa) Bauernopfer: Nutzer von Fanpages? _____ | 56 |
| bb) Lösung _____ | 56 |
| IV. Rechtssichere Werbung _____ | 57 |
| 1. Unzulässige Werbung (Belästigung) _____ | 57 |
| a) Werbung _____ | 57 |
| b) Enge Ausnahme: Bestandskunde _____ | 57 |
| aa) Ähnliches Angebot _____ | 58 |
| bb) Hinweis auf Widerspruchsrecht _____ | 58 |
| 2. Unlauterer Wettbewerb: inhaltliche Vorgaben _____ | 58 |
| a) Schwarze Liste _____ | 59 |
| b) Beispiel: Werbung mit Garantien _____ | 62 |
| c) Beispiel: Gewinnspiele _____ | 62 |
| aa) Verbotene Gewinnspiele _____ | 62 |
| bb) Grundsätzlich zulässige Gewinnspiele _____ | 63 |
| cc) Weitere Voraussetzungen _____ | 63 |
| d) Beispiel: Lieferfristen _____ | 63 |
| G. Datenschutz im Unternehmen _____ | 64 |
| I. Verarbeitungsverzeichnis und Datensicherheit _____ | 64 |
| 1. Das Verarbeitungsverzeichnis _____ | 64 |
| 2. Datensicherheit _____ | 65 |
| II. Auftragsverarbeitung _____ | 66 |
| 1. Definition _____ | 66 |
| 2. Weitergabe an Dritte, die nicht Auftragsverarbeitung ist _____ | 66 |
| a) keine Bindung an Weisungen _____ | 66 |
| b) Mischfall Wartung _____ | 67 |
| c) Fachleistungen _____ | 67 |
| d) Zwischenergebnis zum Auftragsverarbeitungsvertrag _____ | 67 |
| 3. Abgrenzung des Auftragsverarbeitungsvertrages _____ | 67 |
| 4. Ergebnis für Websites und Online-Unternehmen _____ | 68 |
| 5. Rechtsfolge _____ | 68 |
| a) unmittelbare Rechtsfolge _____ | 68 |
| b) sich ergebende Anforderung _____ | 68 |
| c) wichtige Konsequenz _____ | 68 |
| 6. Der Vertrag _____ | 68 |
| 7. Besondere technische und organisatorische Maßnahmen _____ | 69 |
| H. VERTRÄGE _____ | 74 |
| I. Unterschied Vertrag und AGB? _____ | 74 |
| 1. Vertrag _____ | 74 |
| 2. Allgemeine Geschäftsbedingungen _____ | 74 |
| a) Leistung und Gegenleistung _____ | 74 |
| b) Individuell ausgehandelte Bedingungen _____ | 74 |
| 3. Ergebnis _____ | 75 |
| II. Die Einbeziehung allgemeiner Geschäftsbedingungen _____ | 75 |
| 1. Hinweis: Ort _____ | 75 |
| a) Vertragsschluss durch Nachrichten (Mail, Brief, Fax) _____ | 75 |
| b) Vertragsschluss auf der Website _____ | 75 |
| 2. Hinweis: Zeit _____ | 76 |
| a) Vertragsschluss durch Nachrichten (Mail, Brief, Fax) _____ | 76 |
| b) Vertragsschluss auf der Website _____ | 76 |
| 3. Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme _____ | 76 |
| a) Vertragsschluss durch Nachrichten (Mail, Brief, Fax) _____ | 76 |

| | |
|--|-----------|
| b) Vertragsschluss auf der Website | 77 |
| 4. Zustimmung des Kunden | 77 |
| 5. Nach Vertragsschluss | 77 |
| 6. Widerstreitende AGB | 77 |
| III. Die 10 besten Gründe, AGB zu verwenden sind: | 78 |
| 1. AGB zwingen Dich, Dein Geschäftsmodell zu formulieren! | 78 |
| 2. AGB sind Kommunikation mit dem Kunden! | 79 |
| 3. (Nur) mit AGB erklärst Du Dein Geschäft dem Richter! | 79 |
| 4. Sonst gelten die AGB des Anderen! | 79 |
| 5. Du kannst in AGB häufige Probleme lösen | 80 |
| 6. Du kannst in AGB Deine Leistungen sichern | 80 |
| 7. Du kannst in AGB weitere Vorteile für Dich vereinbaren | 80 |
| 8. Du kannst in AGB Dich und Deine Mitarbeiter informieren | 81 |
| 9. Du kannst mit AGB Deine gesetzlichen Informationspflichten erfüllen | 81 |
| 10. Du kannst in AGB Streit in die richtigen Bahnen lenken | 81 |
| IV. Alternative Streitschlichtung | 82 |
| FAZIT | 82 |

**Wer rechtliche Fehler vermeidet, spart nicht nur Geld, sondern auch Zeit und Nerven.
Wie das geht, steht in diesem Buch.**

Vorwort

1. RECHT ÜBERFLÜSSIG?

Recht, fragst Du vielleicht: Gibt es dafür keine App? Muss ich das wirklich beachten?

Gerade habe ich das Buch von Derek Sievers, „Anything you want“ gelesen. Sehr empfehlenswert. An einer Stelle rät er, sich um rechtliche Vorschriften nicht zu sorgen. Lieber solle man sich die zeitlichen und finanziellen Mühen für das Recht sparen. Natürlich widerspricht es dem Lean Startup Prinzip, die gesparten Ressourcen gleich in die Beachtung rechtlicher Anforderungen zu stecken, die weder das Business oder (Dereks größte Sorge:) den Kunden weiterbringen.

Gerade unter digitalen Nomaden weit verbreitet sind zudem Versprechungen von (angeblich) rechtsfreien Ländern, in denen man ohne juristische Probleme durch die Businesswelt lustwandelt. Nur, ist es wirklich klug, ein rechtsfreies Business zu haben?

Jedes Business generiert Werte, die aber nur in einer (freiheitlichen) Rechtsordnung sowohl vor anderen als auch dem Staat selbst geschützt werden. Eine (funktionierende) demokratisch legitimierte Rechtsordnung ist immer noch der beste Schutz für jegliche Investitionen in ein Business. Bisher kennen wir ein besseres System nicht. AI und Blockchain werden sich an der Komplexität des Rechts jedenfalls noch eine gewisse Zeit die Nodes ausbeißen.

2. REGRETS

Freiheit oder Nichtbeachtung von Recht kommt immer mit einem Preisschild. Die Chance, dass andere Deinem Business Schaden zufügen oder es gar unterbinden steigt, je weniger Dein Unternehmen das Recht beachtet.

In Wirklichkeit entkommst Du dem Recht sowieso nie! Es gibt keinen Staat ohne Recht, jede Kundenbeziehung ist ein Vertrag – unter welcher Rechtsordnung auch immer. Und jeder Umsatz ist zumindest potentiell steuerbar (und selbst wenn nicht, ist auch das gesetztes Recht).

Legion sind die Fragen, wenn es zu spät ist. Jeder Anwalt kennt das. Der Mandant kommt erst, wenn das sprichwörtliche Kind in den Brunnen gefallen ist. Die Zahlung ist verloren, die Abmahnung eingegangen, der Name geklaut, die Firma insolvent usw. Es gibt unzählige Beispiele für unnötige Kosten, Zeitverschwendungen und Verluste durch fehlende rechtliche Überlegungen vor dem Businessstart.

3. HEFT DES HANDELNS

Aber: Bange machen gilt auch nicht. Keine demokratische Rechtsordnung stellt unüberwindliche rechtliche Hürden auf, um ein Unternehmen rechtssicher zu starten. Jenseits speziell geregelter Branchen (z. B. Finanzinstitutionen, Gesundheitswesen, Glücksspiel etc.) lassen sich die wesentlichen rechtlichen Anforderungen sogar in einer Checkliste erfassen.

4. CHECKLISTE ZUM UNTERNEHMENSSTART

| 1. Name | |
|------------------------------|---|
| <input type="checkbox"/> | wähle einen Namen für Dein Unternehmen, der nicht mit dem Namens-, Firmen-, oder Markennamen eines Anderen in Konflikt steht |
| <input type="checkbox"/> | recherchiere im Internet nach dem geplanten Namen für Dein Unternehmen, Deine Waren oder Dienstleistungen, um zu sehen, ob jemand anders die gleiche gute Idee hatte |
| <input type="checkbox"/> | finde heraus, ob diese Namen bereits als Domain verwendet werden |
| <input type="checkbox"/> | recherchiere beim deutschen und möglichst auch europäischen Patent- und Markenamt, ob der Name bereits als Marke eingetragen ist, wenn möglich, mache auch eine Ähnlichkeitsrecherche |
| <input type="checkbox"/> | überprüfe gegebenenfalls Handelsregister und Telefonbücher auf den gewünschten Namen |
| <input type="checkbox"/> | pass auf, dass der Name nicht irreführend ist |
| 2. Geistiges Eigentum | |
| <input type="checkbox"/> | prüfe, ob eine Markenmeldung sinnvoll ist |
| <input type="checkbox"/> | prüfe, ob Du weiteres geistiges Eigentum hast, das geschützt werden muss (nur ein Urheberrecht entsteht automatisch, beim Design hat ein eingetragenes Design eine längere Schutzdauer, Gebrauchsmuster oder Patent bedürfen immer der Eintragung) |
| <input type="checkbox"/> | wenn möglich, sichere die Rechte außerhalb Deines operativen Unternehmens und schließe mit ihm nur einen Lizenzvertrag |
| 3. Gesellschaft | |
| <input type="checkbox"/> | wähle einen Standort für Dein Unternehmen, lass Dich dabei nicht allein von steuerlichen Wünschen leiten |
| <input type="checkbox"/> | wähle eine passende Rechtsform, relevant in Deutschland sind vor allem Einzelunternehmen (bei zwei oder mehr Beteiligten Gesellschaft bürgerlichen Rechts, OHG oder KG), GmbH (UG) oder GmbH (UG) Co. KG; im Ausland gibt es entsprechende Gestaltungen |
| <input type="checkbox"/> | halte die Gründungsvorschriften ein, beachte bei der Gründung einer Kapitalgesellschaft insbesondere die ordnungsgemäße Kapitalaufbringung |
| <input type="checkbox"/> | soweit Du eine Gesellschaft gründest, erstelle die Gesellschaftsverträge, bei mehreren Beteiligten ist die Hinzuziehung eines Anwalts wenigstens ratsam, bei Kapitalgesellschaften ein Notar in Deutschland obligatorisch |
| <input type="checkbox"/> | kläre, ob Du als Geschäftsführer angestellt sein musst und ob Du sozialversicherungspflichtig bist |
| <input type="checkbox"/> | beauftragte, wenn Du nicht ganz so viel davon verstehst oder der Aufwand nur gering ist, einen guten Steuerberater |
| <input type="checkbox"/> | beachte die Fristen für steuerliche Erklärungen |
| <input type="checkbox"/> | melde Deine Angestellten an (manchmal bist das Du selbst) |
| <input type="checkbox"/> | beachte die DSGVO, erstelle ein Verarbeitungsverzeichnis und stelle Datensicherheit her |
| <input type="checkbox"/> | schließe eine Betriebshaftpflichtversicherung ab (in aller Regel im Verhältnis zu den drohenden Schäden günstig zu haben, beachte hier auch, dass Du trotz Handelns für Dein Unternehmen persönlich haftbar sein kannst) |
| <input type="checkbox"/> | kläre, ob Du weitere Versicherungen benötigst oder solche sinnvoll sind |
| 4. Erlaubnisse | |
| <input type="checkbox"/> | soweit erforderlich, beantrage ein Gewerbe, das ist nicht erforderlich, wenn Du Freiberufler sein kannst |
| <input type="checkbox"/> | beantrage eine Steuernummer und eine Umsatzsteuer-Nummer |
| <input type="checkbox"/> | kläre, ob Du weitere Genehmigungen brauchst |

| 5. Website (s. www.easyRechtssicher.de) | |
|---|--|
| <input type="checkbox"/> | benutze ein Impressum |
| <input type="checkbox"/> | verwende eine Datenschutzerklärung |
| <input type="checkbox"/> | nutze Social Media rechtssicher |
| <input type="checkbox"/> | verschicke keine unerlaubten Werbe-Mails |
| <input type="checkbox"/> | beachte für alle Inhalte das geistige Eigentum Anderer |
| <input type="checkbox"/> | informiere Dich über alle weiteren Anforderungen (Informationspflichten, Verschlüsselung, bestimmter Bestellablauf bei Unternehmen und noch mehr bei Verbrauchern als Kunden) |
| 6. DSGVO (s. www.easyRechtssicher.de) | |
| <input type="checkbox"/> | erstelle ein Verarbeitungsverzeichnis |
| <input type="checkbox"/> | stelle Datensicherheit her nach einer gap analysis |
| <input type="checkbox"/> | schließe Auftragsverarbeitungsverträge soweit erforderlich |
| 7. Verträge (s. www.easyContracts.de) | |
| <input type="checkbox"/> | entwerfe Verträge für alle Deine Kundenbeziehungen, hierbei können AGB sehr hilfreich sein |
| <input type="checkbox"/> | entwerfe Verträge für Mitarbeiter und Freiberufler, jedenfalls, wenn solche Verträge benötigt werden |
| <input type="checkbox"/> | überlege, ob Du auch gegenüber Deinen Lieferanten AGB entwerfen oder verwenden kannst |
| <input type="checkbox"/> | verwende in all Deinen Verträgen Regelungen zur alternativen Streitschlichtung, damit Du möglichst nicht vor Gericht musst und Streitigkeiten schneller, günstiger und mit weniger Schaden für alle Beteiligten lösen kannst |

A. DIE NAMENSWAHL

An erster Stelle steht die Wahl des Namens für Dein Unternehmen und Deine Domain. Die kann, muss aber nicht identisch sein. So nutze ich etwa mit meiner Firma (das bezeichnet einfach nur den Namen eines Unternehmens, ob Einzelfirma oder Gesellschaft) Paragraf7 die Domains www.easyRechtssicher.de¹ und www.easyContracts.de.

I. Markenschutz

Jedes Unternehmen kann einen Namen für sich, aber auch unterschiedliche Namen für einzelne Produkte haben, wie VW Polo, Golf etc. Für alle diese Namen muss man sich überlegen, ob sie markenrechtlich bereits in der entsprechenden Produktkategorie² verwendet und geschützt sind.

Marken sind immer gegen eine verwechslungsfähige Bezeichnung geschützt. Ob eine Marke mit einer anderen verwechselt werden kann, entscheidet sich zum einen anhand der Ähnlichkeit der Zeichen in phonetischer, optischer oder akustischer Hinsicht (z. B. Golf und Gollf) und zum anderen anhand der Ähnlichkeit der Branchen/Geschäftsbereiche für die sie verwendet werden. So wäre ein Auto Gollf mutmaßlich nicht zulässig, wohl aber eine Handcreme Gollf.

Rechtsfolge eines Markenverstoßes wäre, dass der Name (und auch die zugehörige Domain) nach kostenpflichtiger Abmahnung wieder aufgegeben werden muss. Möglich sind auch Schadensersatzansprüche des Markeninhabers.

1. Markenklassen

Für die Ähnlichkeit von Waren und Dienstleistungen gibt es die sog. Markenklassen. Diese können hier, nach Klassen oder nach Alphabet sortiert, [runtergeladen](#)³ werden. Die Markenklassen wurden in einem internationalen Abkommen (dem Nizza-Abkommen) festgelegt. Hier sind verschiedene Branchen/Geschäftsbereiche zu Gruppen zusammengefasst (wobei die Zusammenstellung nicht immer überzeugt). Innerhalb einer Gruppe (Markenklasse) ist im Zweifel eine Ähnlichkeit im Hinblick auf den Gegenstand gegeben. Kommt eine Ähnlichkeit der Zeichen hinzu, sind die Marken verwechslungsfähig.

Zu beachten ist jedoch, dass die Markenklassen lediglich ein Indiz sind, es kann in der gleichen Klasse nicht konkurrierende Bereiche geben und auch klassenübergreifende Konkurrenzen.

2. Markenrecherche

Rat: Um eine Verwechslung auszuschließen, ist eine deutsche⁴ und europäische⁵ Markenrecherche nach dem Begriff selbst und ähnlichen Bezeichnungen durchzuführen (wobei die Top-Level-Domain, also die Endungen wie .de und .com nicht mitzählen). Dabei kann man sich auf die gewünschte Markenklasse und die Markenklassen, die diesen Markenklassen ähnlich sind, konzentrieren.

¹ S. zu diesem Projekt <https://www.citizencircle.de/vom-anwalt-zum-ortsunabhaengigen-unternehmer-ein-interview-mit-ronald-kandelhard/>.

² Siehe näher <https://www.dpma.de/docs/formulare/marken/w7733.pdf>.

³ https://www.dpma.de/marken/klassifikation/waren_dienstleistungen/nizza/index.html.

⁴ Unter <https://register.dpma.de/DPMAREgister/marke/einsteiger>.

⁵ Unter <https://euipo.europa.eu/eSearch/>.

3. Verwechslungsfähigkeit

Wann eine hinreichende Ähnlichkeit gegeben ist, lässt sich nur schwer angeben. Je ähnlicher sich die Waren oder Leistungen sind und je ähnlicher die Namen oder Zeichen, desto eher ist Verwechslungsgefahr gegeben. Im Ergebnis ist es eine Wertung. Als grobe Richtung kann man die Rollen umkehren. Würde man umgekehrt, wenn man selbst der Markeninhaber wäre, befürchten, die Angebote könnten verwechselt werden? Wenn ja, ist eine Verwechslungsgefahr wahrscheinlich.

Rat: Im Zweifel gilt: je weiter weg, desto besser. Wenn Du unbedingt nahe an bestehende Marken anknüpfen willst, ist eine Rechtsberatung kaum zu vermeiden. Oft wird diese aber dahingehen, den sichersten Weg zu wählen und die Ähnlichkeit zu einer eingetragenen Marke zu verringern.

II. Kennzeichen-Schutz

Aber eine Marke muss nicht immer eingetragen sein. Bereits durch die reine Benutzung kann eine Bezeichnung für Waren oder Dienstleistungen als Kennzeichen geschützt sein, wenn sie Verkehrsgeltung erlangt (also in den beteiligten Verkehrskreisen bekannt ist). Puma wäre aufgrund seiner Bekanntheit auch dann (als Kennzeichen ähnlich wie eine Marke) geschützt, wenn der Name nicht im Register eingetragen wäre.

1. Suchmaschinen-Recherche

Rat: Daher sollte vor der Namenswahl auch eine Suchmaschinen-Recherche durchgeführt werden, ob die Domain bereits als Bezeichnung für Waren oder Dienstleistungen verwendet wird. Auch hier kommt es aber auf eine Verwendung in derselben oder einer ähnlichen Markenklasse (letztlich also ein vergleichbares Angebot) an.

2. Rechtsfolge

Auch bei einem Kennzeichenverstoß muss der Name nach kostenpflichtiger Abmahnung wieder aufgegeben werden. Möglich sind erneut auch Schadensersatzansprüche des Kennzeicheninhabers.

III. Namens- und Firmenrecht

Ebenso kann eine Bezeichnung als Name (auch als Künstlername) einer Privatperson (§ 12 BGB) oder einer Firma (§§ 30, 37 HGB) geschützt sein. Wie die Marke vermitteln auch Name und Firma ein vorgehendes absolutes Recht des Inhabers des Namens. Der eigene Name kann aber grundsätzlich verwendet werden.

Auch hier empfiehlt sich eine Recherche im Internet. Weiter wird immer auch auf eine Recherche in Telefonbüchern oder Handelsregistern verwiesen. Da diese örtlich jeweils begrenzt sind, sind derartige Suchen aber mühsam. Sind jedenfalls entgegenstehende Personen- oder Firmenname bekannt, sollte vor der Verwendung ebenfalls Beratung eingeholt oder ein anderer Name gewählt werden.

IV. Grenzen aus unlauterem Wettbewerb

Bei der Namens- und Domainwahl gibt es aber noch weitere Grenzen aus dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG).

Beispiele sind:

1. Domain-Grabbing

Beim Domain-Grabbing wird eine Vielzahl von in Zukunft möglicherweise für Dritte interessanten Domains registriert. Dies kann eine Behinderung des Wettbewerbs darstellen. Trotzdem ist nach der Rechtsprechung Domain Grabbing nur im Extremfall unzulässig, etwa, wenn ganz viele ähnliche Domains registriert werden, um Interessenten praktisch zum Kauf einer Domain zu zwingen. Beispiel: alle Varianten von „Schwamm“ oder „Klempner“.

2. Typo-Squatting

Beim Typo-Squatting werden Tippfehler-Domains registriert, z. B. Autoskout24.de, Immobilien.de oder Versicherungen.de. In diesem Fall muss für den Kunden wenigstens gut erkennbar sein, dass er ein anderes als das gedachte Angebot aufgerufen hat. Es darf also keine Verwechslungsgefahr mit der eigentlichen Seite bestehen. Unter Autoskout24 Autos anzubieten, dürfte sich daher als unerlaubtes Anhängen an einen Wettbewerber darstellen, anders, wenn ein Bügeleisen angeboten werden würde.

3. Gattungsbegriffe

Bei Gattungsbegriffen wird versucht, das entsprechende Angebot zu kanalisieren, z. B. Drohne.de. Dies ist generell zulässig (wer zuerst kommt, mahlt zuerst). Registriert aber jemand gleich alle in Betracht kommenden Schreibweisen und Synonyme mit, kann sich dies als Behinderung des (künftigen) Wettbewerbs darstellen.

Anders kann es bei Berufsbezeichnungen sein, insbesondere bei geschützten Berufen. Hier kann die Verwendung einer Gattungsbezeichnung irreführend sein, wenn die beim Verkehr geweckte Vorstellung unrichtig ist. Unter der Domain „rechtsanwalt.com“ muss daher auch ein anwaltliches Angebot bereit stehen⁶. Ähnlich kann ein unerlaubter Gebrauch eines Titels wie Doktor in der Domain unzulässig sein.

4. Irreführende Bezeichnungen

Daneben kann die Domain auch irreführende Werbung darstellen, etwa durch die unzutreffende Behauptung einer Spitzen- oder gar Alleinstellung. Wer für ein technisches Gerät mit „Simply the best“ wirbt, behauptet nach dem OLG Hamburg etwa eine unzutreffende Alleinstellung⁷. Entsprechend wäre die Wahl einer solchen Domain unzulässig. Ähnliches gilt für die Behauptung, die Nummer 1 zu sein, wenn sich das nicht belegen lässt⁸.

Immer wieder problematisch sind Gebietsangaben, wie „Deutsche“. Die Domain „deutsches-handwerk.de“ suggeriert eine bundesweit bedeutsame Handwerksorganisation. Wird auf ihr bloß ein Handwerker-Portal von einem Einzelkaufmann betrieben, ist das irreführend⁹. Ebenso sollte, wer sich „Deutsches-Anwaltsverzeichnis.de“ nennt, auch bundesweit alle Anwälte gelistet haben, um nicht irre zu führen¹⁰.

⁶ OLG Hamburg, Urt. v. 02.05.2002, Az.: 3 U 303/01.

⁷ OLG Hamburg, Urt. v. 10.12.2008 Az.: 5 U 129/07.

⁸ LG Köln Urt. v. 14.06.2005, Az.: 33 O 107/05.

⁹ OLG Hamburg, Beschl. v. 15.10.2006, Az.: 5 U 185/05.

¹⁰ LG Berlin, Urt. v. 16.12.2002, Az.: 97 O 192/02.

Rat: Es ist daher darauf zu achten, dass die Domain nicht geeignet ist, den Nutzer zu täuschen. Bei allen Gebietsangaben, Gattungsbezeichnungen und Spitzenstellungsbehauptungen in der Domain ist eine vorherige Rechtsberatung empfehlenswert.

B. Schutz des geistigen Eigentums

I. Markenschutz erlangen

Nicht jeder Unternehmensname muss gleich als Marke geschützt werden. Primär an die Person des Ausführenden gebundene Tätigkeiten als Freelancer benötigen nicht zwingend einen Markenschutz.

Anders wird das aber, wenn es um ein Produkt geht, das unter einem bestimmten Namen angeboten wird. Unerheblich ist, ob es sich um ein physisches Produkt handelt oder einen productized service. Hier musst Du beachten, dass eine spätere Eintragung eines Konkurrenten Dir eventuell noch nach Jahren den gesamten Goodwill wegnehmen kann (solange und soweit Du für Dein Angebot nicht bereits Verkehrsgeltung erlangt hast).

Rat: Die Marke solltest Du möglichst vor der ersten Veröffentlichung eintragen. Es gibt nicht wenige, die schnell eine Marke eintragen, wenn sie ein neues Produkt sehen und feststellen, dass die Marke noch nicht eingetragen ist. Selbst wenn Du am Ende Arglist nachweisen kann, sind das ganz und gar unnötige Ausgaben, zumal eine Markeneintragung – jedenfalls für Deutschland – ab 300 Euro zu haben ist.

II. Gewerbliche Schutzrechte (Design oder Patent)

Doch nicht nur eine Marke kann sog. geistiges Eigentum begründen. Daneben gibt es noch weitere sog. gewerbliche Schutzrechte wie Design für Gestaltungen, Gebrauchsmuster (sog. kleines Patent) und Patent für technische Erfindungen. Gebrauchsmuster und Patent müssen eingetragen werden, um geschützt zu werden, ein Design entsteht – wie auch das Urheberrecht automatisch. Trägt man das Design aber ein, hat es eine längere Schutzdauer.

Rat: Möglichst solltest Du diese Rechte auch vor der ersten Benutzung und Veröffentlichung eintragen, bei Patent und Gebrauchsmuster ist das sogar notwendig, weil sie nur auf neue Erfindungen erteilt werden.

III. Urheberrecht

Jeder weiß inzwischen, dass man Bilder, Filme oder Musik ohne Lizenz nicht verwenden darf.

Rat: Verwende möglichst eigene oder rechtmäßig erworbene Inhalte, um nicht mit Urheberrechten Dritter in Konflikt zu kommen.

1. Geschützte Werke

Es gibt viele Inhalte, die urheberrechtlich geschützt sein können. Das Urheberrecht schützt nicht nur echte künstlerische Angebote (die man ohnehin praktisch nie zuverlässig feststellen kann), sondern gem. § 2 Abs. 2 UrhG alle Werke, die persönlich geistige Schöpfungen darstellen. Nur ein wenig genauer ausgedrückt sind persönlich geistige Schöpfungen solche, die individuell einen gedanklichen Inhalt zum Ausdruck bringen. Dies können die ganz unterschiedlichen Werke gem. der Beispielliste in § 2 Abs. 1 UrhG sein; insbesondere Sprachwerke nach Nr. 1, Musik nach Nr. 2, Lichtbildwerke nach Nr. 5, Filmwerke nach Nr. 6 und Darstellungen wissenschaftlicher oder technischer Art nach Nr. 7. Werden diese Darstellungsformen in einer multimedialen Gestaltung zusammengefasst, kann diese eigenständig ein individuelles Werk darstellen.

2. Schutzvoraussetzungen

Wann jeweils ein individueller gedanklicher Inhalt vorliegt, entscheidet sich nach der Schöpfungshöhe. Geschützt ist nicht der alltägliche, der ohnehin naheliegende oder bestimmten Regeln oder Erkenntnissen folgende, sondern nur der individuelle Ausdruck. Wann dies genau vorliegt, kann nur im Einzelfall bestimmt werden und kann sich zudem bei den einzelnen Werkarten auch erheblich unterscheiden. So sind z. B. die Anforderungen an die Individualität von Texten höher als bei Fotografien. Ganz allgemein kann man sagen, je banaler, naheliegender oder allgemeiner der Ausdruck, desto weniger ist ein Werk gegeben und umgekehrt, je besonderer, außergewöhnlicher oder kunstvoller der Ausdruck, desto eher liegt ein Werk vor.

a) Schutz von Sprachwerken

Für Texte nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG bedeutet dies, dass Thema und Umfang einen individuellen Ausdruck haben müssen. Thematische Weite wie bei literarischen Werken lässt viel eher individuellen Ausdruck zu als wissenschaftliche oder technische Texte, bei denen die Darstellung häufiger bestimmten Regeln oder Erkenntnissen folgt. Hier bestehen höhere Anforderungen an die Originalität, die dann durch eine besondere Durchdringung des Themas oder sprachliche Gestaltungskunst erreicht sein kann. Daher kann die einfache und verständliche Darstellung eines komplexen Themas ebenso ein Werk darstellen wie ein Text, der sich durch eine souveräne Beherrschung der Sprache unter Verwendung von Stilmitteln auszeichnet.

Zu beachten ist, dass – wie im gesamten Urheberrecht – nicht der Inhalt des Textes als solcher, sondern nur die eigenschöpferische Gedankenführung und ihr individueller Ausdruck sowie die Auswahl und Zusammenstellung des Materials, geschützt sind. Die Wiedergabe des Inhalts mit anderem Ausdruck ist daher keine Urheberverletzung.

b) Musik

Bei Musik werden geringere Anforderungen an die Schöpfungshöhe gestellt. Es kommt weder auf das Genre noch eine besonders gefällige oder gar künstlerische Tonfolge an. Lediglich einzelne Töne oder Sounds sind nicht geschützt, doch sobald sie sich zu einer Melodie zusammenfügen, kann ein Werk vorliegen. Danach können auch Klingeltöne urheberrechtlich geschützt sein.

c) Lichtbildwerke

Für Fotografien gelten ebenfalls nur geringe Anforderungen an die Schöpfungshöhe. Doch selbst auf diese kommt es nur begrenzt an, da bei Lichtbildwerken auch ein ergänzender Leistungsschutz nach § 72 UrhG besteht. Im Ergebnis ist eigentlich fast jedes Foto geschützt, ohne dass hier die Unterschiede im Detail näher betrachtet werden sollen.

d) Filme

Filmwerke können ebenfalls urheberrechtlichen Schutz genießen. Da erneut eine erhebliche thematische Weite des Ausdrucks besteht, sind die Anforderungen an die Schöpfungshöhe auch hier eher gering.

e) Darstellungen wissenschaftlicher oder technischer Art

Als solche Darstellungen kommen etwa Pläne, Tabellen, Zeichnungen, Skizzen oder Karten in Betracht. Erneut reicht eine gewisse Individualität aus, damit ein Werk vorliegt. Geschützt ist

aber dann nur die individuelle Darstellung und auf keinen Fall der Inhalt oder die zugrundeliegenden Gedanken. Diese bleiben frei¹¹.

3. Abwehrrechte

Wird ein urheberrechtlich geschützter Text kopiert, hat der Urheber dagegen insbesondere die Rechte aus den §§ 97 ff. UrhG. Er kann Unterlassung, ggf. Vernichtung und Schadensersatz fordern.

4. Verwertungsrechte (VG Wort)

Der Urheber (allein) hat das Recht zu entscheiden, ob seine geschützten Inhalte vervielfältigt werden. Er kann dies insbesondere von einer angemessenen Lizenzgebühr abhängig machen. Regelmäßig kann ein Urheber jedoch nicht erkennen, ob und wie oft seine Inhalte kopiert und von Dritten verwertet werden. Deshalb sind in Deutschland die sogenannten Verwertungsgesellschaften gegründet und mit dem Urheberrechtswahrnehmungsgesetz anerkannt worden. Diese setzen im Interesse vieler geschützter Urheber den Anspruch auf angemessene Lizenzgebühren durch. Die bekannteste ist die GEMA für Rechte an Musikstücken. Für urheberrechtlich geschützte Texte ist ihr Pendant die VG Wort. Dies ist ein Verein, in dem sich Verleger und Autoren zur gemeinsamen Verwertung von Urheberrechten zusammengeschlossen haben.

Damit wird auf die Schwierigkeit des einzelnen Urhebers reagiert, überhaupt zu erkennen, wann sein Werk grade kopiert wird, geschweige denn, dies jeweils zu verfolgen. Da dies selbst großen Verwertungsgesellschaften schwer fällt, sind vielfach Pauschalabgaben eingeführt worden, die bei denjenigen ansetzen, die die Möglichkeiten zur Vervielfältigung schaffen. Daher gilt für alle Geräte, die zum Kopieren genutzt werden können, eine Geräte- und Leermedienabgabe an (inzwischen werden diese teilweise ausgehandelt), die von den Herstellern/Importeuren solcher Geräte entrichtet werden müssen. Diese Kosten werden dann über den Kaufpreis auf die Verbraucher umgelegt, so dass letztlich die Allgemeinheit der Erwerber solcher Geräte für die Interessen des Urhebers zahlt. Ähnliches gilt, wenn Urheber zudem im öffentlichen Interesse Verwertungen dulden müssen, wie z. B. bei der Ausleihe in der Bibliothek. Diese müssen ebenfalls eine pauschale Bibliotheksabgabe leisten.

Diese und ähnliche Beiträge werden dann von der VG Wort gesammelt und nach einem Schlüssel auf alle Urheber verteilt, die ihre Werke bei der VG Wort angemeldet haben.

Rat: Um davon zu profitieren, ist nicht mehr als eine Anmeldung erforderlich.

Zum Glück für Online-Unternehmer ist in diesem Bereich die neue digitale Wirklichkeit bereits in der Gesetzgebung angekommen. Daher kann auch der Urheber berücksichtigt werden, der sein Werk lediglich im Internet veröffentlicht hat. Vergütet werden können alle Beiträge im Internet, die – einschließlich Leerzeichen – wenigstens 1.800 Zeichen lang sind (Gedichte dürfen kürzer sein). Neben Beiträgen auf Webseiten sind auch pdf-Dateien oder ePubs erfasst. Es muss sich aber um einen sogenannten stehenden Text handeln; ein Beitrag, der lediglich in eine Multimediapräsentation oder einem Video eingebunden ist, kann derzeit (noch) nicht gemeldet werden. Ebenso darf der Text nicht technisch gegen kopieren geschützt sein (DRM), da die Abgabe für Texte im Internet die Möglichkeit des Speicherns und Ausdrucks abgelten soll.

¹¹ BGH, GRUR 1986, 434f. – Merkmalklötze.

Zu dieser abstrakten Eignung muss aber noch eine konkrete Kopiergefahr hinzukommen, damit ein Beitrag an der Ausschüttung teilnimmt. Diese Hürde ist genommen, wenn der Text eine bestimmte vorher von den Gremien der VG Wort festgelegte Zahl an Aufrufen überschreitet. Festgestellt wird dies anhand von Zählmarken, die in die Webseite eingebaut sein müssen.

Im Ergebnis kann sich so für fleißige Blogger schnell eine dreistellige Zusatzeinnahme ergeben, pro Beitrag wurden etwa für 2015 10 Euro gezahlt, ein Betrag, der mit zunehmender Zahl der gemeldeten Beiträge leider sinkt¹².

IV. Besitzgesellschaft

Rat: Teile und herrsche ist nicht nur eine uralte Kriegsweisheit (Shun Tsu, Die Kunst des Krieges¹³), sondern auch praktisch immer juristisch ein guter Rat. Deshalb sichere Dein geistiges Eigentum möglichst in einer gesonderten Besitzgesellschaft oder für Dich persönlich, nicht aber in dem operativ tätigen Unternehmen. Im Fall einer Insolvenz wird es sonst vom Insolvenzverwalter mit verwertet. Ist es jedoch getrennt registriert, kannst Du den Namen oder das sonstige Recht (Gebrauchsmuster, Design oder Patent) im Grundsatz selbst weiter nutzen.

¹² Details finden sich unter: http://www.vgwort.de/fileadmin/pdf/quoten/Uebersicht_Quoten_2015.pdf.

¹³ Siehe näher <http://www.jopa-news.com/2016/02/24/divide-et-impera-in-griechenland-und-in-der-welt/>.

C. Genehmigungen

I. Vorwort

Unter Selbständigen, Freelancern und digitalen Nomaden ist die Auffassung weit verbreitet, dass der erste formale Schritt in die Selbständigkeit die Anzeige eines Gewerbes beim Gewerbeaufsichtsamt ist. Das ist – so viel sei vorweggenommen – für viele digitale Selbständige, Freelancer und Nomaden unrichtig. Problematisch ist, dass eine Gewerbeanzeige, die an sich nicht notwendig war, diverse *nachteilige* Rechtsfolgen nach sich ziehen kann. Dadurch entstehen wenigstens unnötige Kosten von 20 bis 200 Euro jährlich¹⁴, je nach persönlichem Umsatz, können aber auch vier- oder gar fünfstellige Verluste auftreten¹⁵.

Wie bei rechtlichen Rahmenbedingungen häufig, gibt es aber leider keine einfache Antwort darauf, wann eine Gewerbeanzeige erforderlich ist und wann nicht. Es kommt auf die Umstände des Einzelfalls an, die im Folgenden dargestellt werden.

II. Die Gewerbeanmeldung

1. Gegensatz Gewerbe und freier Beruf

Grundsätzlich muss jeder Selbständige in Deutschland ein Gewerbe anmelden, also jeder, der dauerhaft selbständig Einnahmen erzielt. Ausgenommen davon sind vor allem die Freiberufler. Diese benötigen keine Gewerbeanmeldung.

2. Sonderfall Digitale Nomaden

Die Anmeldung eines Gewerbes bei einem deutschen Gewerbeaufsichts- oder Finanzamt muss gut überlegt werden. In wie weit dies rechtlich erforderlich oder sinnvoll ist, ist von den individuellen Umständen bei jedem digitalen Selbständigen abhängig.

Ortsunabhängig arbeitende Selbständige, insbesondere digitale Nomaden, können unter Umständen auch von unterwegs oder aus dem Ausland ihrer Tätigkeit nachgehen. Darauf gehen wir nachfolgend bei der Unternehmensgründung ein.

Grade für digitale Nomaden gibt es selbst nach deutschem Recht Zweifel an der Verpflichtung zur Gewerbeanmeldung. Nach dem Gewerberecht ist nur ein stehendes Gewerbe anzumelden. Daher spricht manches dafür, dass sich an wechselnden Orten tätige Gewerbetreibende nicht anmelden müssen.

Es wäre aber etwas übereilt, hier Entwarnung zu geben. Leider gibt dazu bisher keine Gerichtsentscheidung und es ist auch fraglich, ob diese dann progressiv im Sinne der Ortsunabhängigkeit ausfällt. Von daher sollte sich jeder, der klar Gewerbetreibender und im Wesentlichen in Deutschland aufhält, beim Gewerbeamt anmelden. Wer aber keine Wurzeln mehr in Deutschland hat, braucht hier auch keine Gewerbeanmeldung.

3. Zwischenergebnis

Jeder, der selbständig in Deutschland tätig ist, ohne Freiberufler zu sein, muss daher ein Gewerbe anmelden. Wie der Namen schon sagt, ist das eher eine Anmeldung, keine Erlaubnis.

¹⁴ Das sind die Kosten, die für die auf die Gewerbeanzeige zwingend folgende Zwangsmitgliedschaft in der IHK wenigstens entstehen. Die Kosten sind von Bundesland zu Bundesland verschieden.

¹⁵ Durch erhöhte Buchhaltungskosten und vor allem unnötige Steuerlasten.

Eine solche ist nur für bestimmte – als besonders regelungsbedürftig eingestufte Berufsgruppen – erforderlich, wie etwa Gastwirte oder Versicherungskaufleute.

4. Rechtsfolge einer unterlassenen Anmeldung

Wird die Gewerbeanzeige außer Acht gelassen, kann es nach der steuerlichen Anmeldung (siehe dazu sogl. zur Steueranmeldung) und einer eventuellen Kontrollmitteilung von Seiten des Finanzamtes zu einer Aufforderung zur Anmeldung des Gewerbes durch die Gemeinde kommen. Nach Informationen von Praktikern aus diversen Bundesländern sollen die Finanzämter die Gewerbeanzeige aber weder *prüfen* noch fordern.

Das schließt nicht aus, dass es im Einzelfall einer unterlassenen Anzeige zu einem Einschreiten der Gemeinde kommt. Dann regelt § 146 Abs. II Nr. 2 lit. a) GewO, dass die nicht erfolgte, nicht rechtzeitige, nicht richtige oder nicht vollständige Anzeige mit einer Geldbuße von bis zu 1.000 Euro gem. § 146 III GewO geahndet wird.

Das gilt aber nur, wenn eine Anmeldepflicht besteht, also nicht bei einer Tätigkeit, die keine Einrichtung in Deutschland hat oder lediglich freiberuflich ist.

Rat: Grade, wenn eine freiberufliche Tätigkeit in Betracht kommt, solltest Du zunächst die Abklärung mit dem Finanzamt versuchen. Wenn Du von dort als Freiberufler anerkannt wirst, ist eine Gewerbeanzeige nicht mehr erforderlich.

Wichtig ist, die Abklärung rechtzeitig zu beginnen. Da auch eine nicht rechtzeitige Anzeige bußgeldbewehrt sein kann, solltest Du bis dahin die selbständige Tätigkeit noch nicht aufgenommen haben. Ansonsten droht Dir ein Bußgeld, wenn Du doch als Gewerbe eingestuft wirst.

Nach verbreiteter Übung bei den Gewerbeämtern kann es zwar sein, dass kein Bußgeld verhängt wird, wenn Du die Anzeige binnen drei Monaten nach der Aufnahme nachholst. Doch besteht darauf kein Rechtsanspruch und es ist nicht gesichert, dass das zuständige Gewerbeamt dieser Übung folgt.

Wird doch einmal ein Bußgeld verhängt, gibt es diverse *Verteidigungsstrategien*. So kann die begründete Annahme, Freiberufler zu sein, dem Vorsatz entgegenstehen (was im Regelfall wenigstens zu einem geringeren Bußgeld führen sollte). Unwissenheit mag vor Strafe manchmal doch zu schützen.

Soweit es digitale Nomaden anbetrifft, sollten diese gar nicht anmeldepflichtig sein. Selbst wenn die Behörde anderer Auffassung ist, sollte man ein Bußgeld aber nicht akzeptieren. Nach dem Grundsatz „nulla poene sine lege“ des Art. 103 II Grundgesetz muss jede (auch nur bußgeldbewehrte) Tat vorher hinreichend klar umschrieben sein, um eine Strafe verhängen zu können. Ein Laie kann aber definitiv nicht annehmen, dass eine an wechselnden Orten ausgeübte Tätigkeit ein „stehendes“ Gewerbe i. S. d. § 14 GewO darstellen soll.

5. Klein- und Nebengewerbe

Gewerberechtlich gleichgültig ist, ob es sich um ein *Kleingewerbe* handelt. Jede nicht-freiberufliche und stationäre, auf Dauer angelegte Tätigkeit zur Gewinnerzielung ist gem. § 14 GewO anmeldepflichtig. Der zeitliche Umfang oder der finanzielle Ertrag sind dafür gleichgültig.

Kleingewerbe können nur etwa von der Umsatzsteuerpflicht befreit (§ 19 I UStG) sein oder keine Buchführungspflichten (§ 141 AO) haben, ein Gewerbe müssen sie dennoch anmelden.

Gewerberechtlich ebenso unerheblich ist, ob es sich um ein *Nebengewerbe* handelt. Auch dies musst Du beim Gewerbeamt unter den genannten Voraussetzungen anmelden. Nebengewerbe kennzeichnet ohnehin eher eine Situation, in der das Gewerbe neben einer angestellten Tätigkeit ausübt wird. Insoweit ist zu beachten, dass eine solche Nebentätigkeit praktisch immer die Information und meistens auch die Genehmigung des Arbeitgebers erfordert, die aber nicht ohne weiteres versagt werden darf.

III. Freiberufler

Selbständige, Freelancer und Nomaden sind ohnehin oft dem freiberuflichen Wirken ähnlich. Autoren, Fotografen und Designer sind klassische Dienstleister, die sich beim Finanzamt als Freiberufler anmelden können und als solche nicht der Gewerbeordnung unterliegen. Ich habe auch lange als Autor und Lehrgangsleiter ohne Gewerbe nebenbei gearbeitet. Für Freiberufler ist eine Gewerbeanzeige weder erforderlich noch möglich¹⁶.

1. Vorteile für Freiberufler

Freiberufler sind in dieser und weiteren Hinsichten gegenüber Gewerbetreibenden **privilegiert**:

- (1) Sie müssen – wie ausgeführt – kein Gewerbe anzeigen.
- (2) Sie brauchen keine Gewerbesteuer zahlen.
- (3) Sie können ihren Gewinn anders als nach § 141 AO (Abgabenordnung) bilanzierungspflichtige gewerbliche Unternehmen (vor allem bei einem Gewinn von mehr als 50.000 Euro) auch anhand einer einfachen (und nicht doppelten¹⁷) Buchführung mittels einer Einnahme-Überschuss-Rechnung ermitteln (einfache Gegenüberstellung von Einnahmen und Ausgaben).
- (4) Freiberufler werden (auf formlosen Antrag beim Finanzamt¹⁸) nach den Ist-Einnahmen und nicht wie bei der für fast alle Gewerbetreibenden geltenden Soll-Besteuerung¹⁹ nach vereinbarten Entgelten zur Umsatzsteuer veranlagt. Die Umsatzsteuer muss daher erst bei tatsächlichem Geldeingang abgeführt werden und nicht etwa schon bei Ausstellen einer Rechnung (was bei spät oder gar nicht zahlenden Kunden erhebliche Liquiditätsengpässe nach sich ziehen kann).
- (5) Freiberufler sind nicht Zwangsmittglied einer IHK und sparen auch die insoweit entstehenden Kosten.
- (6) Freiberufler können mit anderen Freiberuflern eine Partnerschaftsgesellschaft gründen (eine sich aber eher selten anbietende Rechtsform).

¹⁶ Dennoch wird das Gewerbeamt die Anmeldung von sich aus kaum zurückweisen. Das kann dann sogar gegen Dich verwandt werden. So wird auch eine Handelsregistereintragung als Indiz für eine gewerbliche Tätigkeit gewertet. Wer also umsonst ein Gewerbe anmeldet, dem droht der gleiche Vorhalt.

¹⁷ Buchung gleichzeitig in Soll und Haben, siehe näher etwa unter: <http://de.wikipedia.org/wiki/Buchführung>.

¹⁸ Siehe Ziff. 7.8 auf dem Formular Anlage 2.

¹⁹ Siehe dazu näher etwa http://www.hk24.de/recht_und_steuern/steuerrecht/umsatzsteuer_mehrwertsteuer/umsatzsteuer_mehrwertsteuer_national/soll_ist_bestuerung/1167724.

Rat: Danach solltest Du, sofern möglich, eine Stellung als Freiberufler anstreben. Dafür müssen verschiedene Voraussetzungen erfüllt sein:

2. Voraussetzungen

a) Definition

Eine abstrakte Definition des Freiberuflers ist in § 1 Abs. 2 des PartGG (Partnerschaftsgesellschaftsgesetz) enthalten. Dieser lautet:

„Die Freien Berufe haben allgemein auf der Grundlage besonderer beruflicher Qualifikation oder schöpferischer Begabung die persönliche, eigenverantwortliche und fachlich unabhängige Erbringung von Dienstleistungen höherer Art im Interesse der Auftraggeber und der Allgemeinheit zum Inhalt. Ausübung eines Freien Berufs im Sinne dieses Gesetzes ist die selbständige Berufstätigkeit der Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Heilpraktiker, Krankengymnasten, Hebammen, Heilmasseure, Diplom-Psychologen, Mitglieder der Rechtsanwaltskammern, Patentanwälte, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, beratenden Volks- und Betriebswirte, vereidigten Buchprüfer (vereidigte Buchrevisoren), Steuerbevollmächtigten, Ingenieure, Architekten, Handelschemiker, Lotsen, hauptberuflichen Sachverständigen, Journalisten, Bildberichterstatter, Dolmetscher, Übersetzer und ähnlicher Berufe sowie der Wissenschaftler, Künstler, Schriftsteller, Lehrer und Erzieher.“

Klassische Freiberufler sind danach vor allem die Berufsgruppen, die einen über die Gewinnerzielung hinausgehenden Zweck verfolgen (z. B. Gesundheitspflege bei Ärzten oder Rechtspflege bei Rechtsanwälten) und die üblicherweise ein eigenes Standesrecht und oft sogar eine staatliche Vergütungsregelung haben (z. B. RVG für Anwälte, GOÄ für Ärzte oder HOAI für Architekten und Ingenieure). Angehörige dieser Berufe sind – zumindest in Ihrem klassischen Berufsbild – aber selten digitale Selbständige, Freelancer oder Nomaden.

Jedoch zeigen die weiteren Beispiele in der Norm bereits auf, dass sich der Anwendungsbereich keinesfalls auf die klassischen Berufsbilder beschränkt.

Erforderlich ist danach zunächst einmal, dass es sich um höhere Dienste handelt, die von einer besonderen beruflichen Qualifikation oder schöpferischer Begabung getragen werden. Für die erforderliche Qualifikation bedarf es einer höheren Ausbildung, in der Regel einem Hochschulabschluss. Es reichen aber auch verschiedene Lehrgänge, wie etwa bei Sachverständigen oder sonstige – in der Regel, aber nicht zwingend anerkannte – Qualifikationen. Dies dürfte auf viele digitale Selbständige zutreffen.

Weiteres Erfordernis ist, dass es sich um eine persönliche (also keine Angestellte, es sei denn, sie sind gleich qualifiziert oder nur Vorbereiter oder Helfer), eigenverantwortliche und fachlich unabhängige Leistungserbringung handelt. Auch dies dürfte bei digitalen Selbständigen häufig erfüllt sein²⁰.

²⁰ Nicht in § 1 PartGG enthalten, aber ohnehin schwierig abzugrenzen ist, dass für freie Berufe jedenfalls typisch ist, dass für sie ein wert-/tätigkeitsbezogenes Entgelt im Gegensatz zu einem Erfolgshonorar gezahlt wird, BVerfG, BStBl. II 1978, 125, 130; Schmidt-Wacker, § 18 Rn. 61, m. w. Nachw.

Merke: Dennoch gibt es keine feststehende Definition der Freiberufler²¹. Weil es sich um eine historisch gewachsene Gruppe handelt, wird sie nur aus der Ähnlichkeit zu den klassischen freiberuflichen Berufen gebildet. Es kommt also bei neuen Berufen, wie insbesondere den digitalen Berufen, immer darauf an, die Ähnlichkeit zu benennen und zu begründen.

Weitere Beispiele finden sich in der steuerrechtlichen Regelung, aus der ohnehin die wesentlichen Vorteile folgen. § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG (Einkommenssteuergesetz) lautet:

„Zu der freiberuflichen Tätigkeit gehören die selbständig ausgeübte wissenschaftliche, künstlerische, schriftstellerische, unterrichtende oder erzieherische Tätigkeit, die selbständige Berufstätigkeit der Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Rechtsanwälte, Notare, Patentanwälte, Vermessungsingenieure, Ingenieure, Architekten, Handelschemiker, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, beratenden Volks- und Betriebswirte, vereidigten Buchprüfer, Steuerbevollmächtigten, Heilpraktiker, Dentisten, Krankengymnasten, Journalisten, Bildberichterstatte, Dolmetscher, Übersetzer, Lotsen und ähnlicher Berufe. Ein Angehöriger eines freien Berufs im Sinne der Sätze 1 und 2 ist auch dann freiberuflich tätig, wenn er sich der Mithilfe fachlich vorgebildeter Arbeitskräfte bedient; Voraussetzung ist, dass er auf Grund eigener Fachkenntnisse leitend und eigenverantwortlich tätig wird. Eine Vertretung im Fall vorübergehender Verhinderung steht der Annahme einer leitenden und eigenverantwortlichen Tätigkeit nicht entgegen“.

b) Katalogberufe

Danach unterscheidet man Katalogberufe, katalogähnliche Berufe und sog. Tätigkeitsberufe. Als Katalogberufe weist das Bundesministerium der Wirtschaft²² auf vier Berufsgruppen hin:

- 1 **Heilberufe:** Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Heilpraktiker, Krankengymnasten, Hebammen, Heilmasseure und Diplom-Psychologen.
- 2 **Rechts-, steuer- und wirtschaftsberatende Berufe:** Rechtsanwälte, Patentanwälte, Notare, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Steuerbevollmächtigte, beratende Volks- und Betriebswirte und vereidigte Buchprüfer.
- 3 **Naturwissenschaftliche und technische Berufe:** Vermessungsingenieure, Handelschemiker, Architekten, Lotsen und Sachverständige.
- 4 **Kulturberufe:** Journalisten, Bildberichterstatte, Dolmetscher, Übersetzer, Wissenschaftler, Künstler, Schriftsteller, Lehrer und Erzieher.

Für die Angehörigen der Katalogberufe ist es relativ einfach, als Freiberufler anerkannt zu werden, selbst wenn Sie ihre Arbeit im Wesentlichen digitalisiert haben. Ein Beispiel wäre etwa Tim Chimoy von earthcity.de als Architekt²³ oder der Verfasser als Rechtsanwalt.

Ebenso sollte die Anerkennung versucht werden, wenn eine Katalog-Ausbildung vorliegt, das Wissen aber auf digitale Weise vermittelt wird. Ein Beispiel ist etwa Sebastian Kühn von Wirellesslife.de²⁴, der seine vielfachen Beratungsartikel und Masterminds vor dem Hintergrund seines Studiums der Betriebswirtschaft als betriebswirtschaftliche Beratung darstellen kann. Ähnliches dürfte für viele andere digitale Selbständige gelten.

²¹ BVerfG, BStBl. II 1978, 125, 129; Schmidt-Wacker, § 18 Rn. 60, m. w. Nachw.

²² <http://www.bmwi-wegweiser.de/download/katalogberufe.pdf>.

²³ Siehe <http://www.earthcity.de>.

²⁴ Siehe <http://wirelesslife.de>.

c) Katalogähnliche Berufe

Katalogähnliche Berufe zeichnen sich dadurch aus, dass sie ebenfalls eine höhere Ausbildung voraussetzen und den Katalogberufen ähnlich sind. Bei ihnen prüft das Finanzamt im Einzelfall (bei Abgabe des Formulars zur Anmeldung der Steuernummer beim Finanzamt), ob die Voraussetzungen gegeben sind. Anerkannt wurden etwa **Dirigenten, Fotodesigner, Programmierer, Schauspieler, Modedesigner** oder **Werbetexter**. Wiederum Berufe, die unter digitalen Selbständigen verbreitet sind.

d) Tätigkeitsberufe

Da die Entwicklung von Berufen nicht still steht, existiert weiter die Auffanggruppe der Tätigkeitsberufe. Diese zeichnen sich dadurch aus, dass eine wissenschaftliche, künstlerische, schriftstellerische, erzieherische oder unterrichtende Tätigkeit vorliegt.

Wissenschaftlich ist die Lösung einer schwierigen Aufgabe nach streng sachlichen und objektiven Kriterien mittels einer überprüfbaren Methode²⁵. Dazu gehören Forschung, angewandte Wissenschaften²⁶ und Lehre sowie das Erstellen von Gutachten. Dies dürfte unter digitalen Selbständigen seltener der Fall sein. Ein technisch-journalistisches Gegenbeispiel ist aber etwa Ethan Siegel auf Medium.com²⁷.

Künstlerisch ist die freie schöpferische Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen und Erlebnisse mittels einer bestimmten Formensprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden²⁸. Dies kann etwa für bildende **Künstler, Showstars** oder **Entertainer** angenommen werden (auch online, etwa bei Youtube²⁹ oder im Rahmen eines unterhaltenden Blogs denkbar³⁰). Haben die künstlerischen Werke daneben auch einen Gebrauchswert, wie bei **Gebrauchs- und Modegrafikern** oder **Rednern**, ist eine gewisse Gestaltungshöhe erforderlich³¹. Bei Porträt-, Mode- oder Werbe-**Fotografen** hängt die Einordnung davon ab, ob die Bilder nicht allein technische Fertigkeiten voraussetzen, sondern auch eigenschöpferische Elemente aufweisen³².

Schriftstellerisch ist die schriftliche Gestaltung selbständiger Gedanken für die Öffentlichkeit³³. Ein wissenschaftlicher Inhalt oder künstlerische Ausdruck ist nicht erforderlich³⁴. Eine solche Tätigkeit kann auch bei **Journalisten, Publizisten, Autoren** oder **Lektoren** gegeben sein. Ohnehin unterfallen Journalisten und **Bildberichterstatte**r, (ob durch Fotos oder Filme), also auch **Kameraleute** und **Tontechniker** (aber nur bei eigenständiger Motivauswahl)³⁵, bereits den Katalogberufen. Verfasser **redaktioneller Beiträge** im Auftrag von Unternehmen werden

²⁵ So jedenfalls BFH, Az.: VIII R 48/99, BStBl. II 2009, 238; Schmidt-Wacker, § 18 Rn. 62, m. w. Nachw.

²⁶ Schmidt-Wacker, § 18 Rn. 62.

²⁷ <https://medium.com/@startswithabang>.

²⁸ BVerfGE 67, 213, 226; Schmidt-Wacker, § 18 Rn. 66, m. w. Nachw.

²⁹ z. B. Casey Neistat und viele andere Youtuber dürften die Voraussetzungen erfüllen, siehe <https://www.youtube.com/user/caseyneistat>.

³⁰ z. B. der Postillion, siehe <http://www.der-postillon.com>.

³¹ BFH; Az.: IV R 9/77, BStBl. II 1981, 21; BFH, Az.: IV B 200/04, BStBl. II 2006, 709, hält daran trotz berechtigter Kritik im Schrifttum fest.

³² BFH, Urt. v. 7.3.1974, Az.: IV R 196/72, BStBl. II 1974, 383, 385; Kirchhoff-Lambrecht, § 18 Rn. 46, mw.Nachw.

³³ BFH, Az.: I R 16/97, BStBl. II 1982, 22; Schmidt-Wacker, § 18 Rn. 77, m. w. Nachw.

³⁴ BFH, Az.: IV R 4/01, BStBl. II 2002, 475; Schmidt-Wacker, § 18 Rn. 77, m. w. Nachw.

³⁵ ; Schmidt-Wacker, § 18 Rn. 122, m. w. Nachw.

wie **Werbetexter** jedenfalls dann als freiberuflich anerkannt, wenn originelle Gedankenarbeit erforderlich ist³⁶.

Grade bei schriftstellerischer Tätigkeit neigt die Rechtsprechung aber dazu, die Übertragung des *Urheberrechts* als erforderlich anzusehen³⁷; Schriftsteller im **Selbstverlag** sollen gewerblich tätig sein³⁸.

Rat: Eventuell kann es sich daher empfehlen, den Content über eine andere gewerbliche Rechtspersönlichkeit zu vertreiben (also die Webseite etwa als UG zu betreiben und dieser die Urheberrechte zu übertragen). Dann kannst Du Freiberufler sein (bleiben) und nur die Gesellschaft wird gewerblich tätig.

Erzieherische Tätigkeiten als solche scheinen digital (jedenfalls noch) schwer denkbar, doch in Verbindung mit der *unterrichtenden Tätigkeit* können auch **Coaches** in den Genuss der Freiberuflichkeit kommen (jedenfalls, wenn das Coachen von einer besonderen Qualifikation getragen ist). Anerkannt wurden etwa **Kommunikationstrainer**. Ebenfalls unterrichtende Tätigkeit ist etwa juristische **Lehrtätigkeit** eines Richters, eines ausschließlich im Schulungsbereich tätigen **EDV-Beraters** und eines **Moderators** bei Fortbildungsveranstaltungen. Es kommt dabei nicht auf den Gegenstand des Unterrichts an, es kann auch um **Fitness, Reiten** oder **Tanzen** gehen³⁹. Auch **Fitnesstrainer** sind daher bei Selbständigkeit freiberuflich tätig⁴⁰.

Insgesamt sind *Beratungstätigkeiten* immer in der Nähe des freiberuflichen Wirkens. Eine Anerkennung dürfte vor allem dann in Betracht kommen, wenn der Ausübende eine Katalogausbildung hat (Arzt, Rechtsanwalt, Architekt, Ingenieur, Betriebswirt etc.). Doch auch alle anderen Absolventen eines Studiums dürften bei vornehmlich beratender Tätigkeit die Voraussetzungen für Freiberufler erfüllen. Das können **Akustiker, Kommunikationswissenschaftler, Chemiker, Diätassistenten**⁴¹ und weitere mehr ebenso sein, wie Absolventen eher künstlerischer Ausbildungen, wie **Musiker, Künstler, Filmschaffende** oder **Fotografen**.

Gewerblich ist aber wieder die **Finanz-, Anlage- oder Kreditberatung**⁴². Das dürfte eventuell anders sein, wenn keine Vermittlung von Produkten, sondern wirklich reine Wissensvermittlung im Vordergrund steht (wie etwa beim Investment-Punk). Als gewerblich angesehen wurden auch **Ernährungsberater**, aber hier gibt es zur Umsatzsteuer widerstreitende Einschätzungen⁴³, **Ökotrophologen** sollten daher zumindest bei entsprechender Ausbildung die Anerkennung beantragen. Ebenfalls gewerblich soll die psychologische Beratung von Managern

³⁶ FG RhPf, Urt. v. 25.11.1997, Az: 1 K 1305/96, EFG 1998, 136.

³⁷ Dafür Kirchhoff-Lambrecht, § 18 Rn. 48, m. w. Nachw.; dagegen Schmidt-Wacker, § 18 Rn. 155, m. w. Nachw.

³⁸ BFH, Az.: IV B 15/00, BFH NV 2001, 1280; Schmidt-Wacker, § 18 Rn. 78, m. w. Nachw.; zur Kritik daran siehe noch unten zu 3. Infizierung.

³⁹ Schmidt-Wacker, § 18 Rn. 83.

⁴⁰ Schmidt-Wacker, § 18 Rn. 155, m. w. Nachw.

⁴¹ Als den Heilberufen ähnlich anerkannt, s.; Schmidt-Wacker, § 18 Rn. 155, m. w. Nachw.

⁴² BFH, Az.: XI B 28/07, BFH NV 2007, 1883; Schmidt-Wacker, § 18 Rn. 107.

⁴³ Schmidt-Wacker, § 18 Rn. 155, m. w. Nachw.

sein⁴⁴. **Unternehmens-** oder **Umweltberater** können dagegen wieder freiberuflich sein⁴⁵. Berater mit fehlender wissenschaftlicher Basis, wie **Fakire, Parapsychologen** oder **Handaufleger** sind dagegen immer gewerblich⁴⁶.

Doch ist die besondere Ausbildung nicht vorausgesetzt. Auch **Autodidakten** können den Freiberuflern zugerechnet werden, wenn sich der erlernte Hintergrund nur dem einer Katalogausbildung ähnlich darstellt⁴⁷. Ein Beispiel dürfte Vladislav Melnik vom Affenblog⁴⁸ sein, der inzwischen eine anerkannte Expertise bei (individuellen) Werbetexten erreicht hat.

e) Indizien

Insgesamt lassen sich danach folgende Indizien für eine freiberufliche Tätigkeit angeben:

- Ein akademischer Abschluss oder eine höhere Bildung.
- Ein hoher kreativer Anteil bei der Arbeit.
- Für die Arbeit sind hochwertige Zusatzausbildungen notwendig, die absolviert wurden.
- Der Freiberufler ist allein inhaltlich in dem Unternehmen tätig, andere Mitarbeiter sind „nur“ Aushilfen oder "Zuarbeiter".
- Es werden Wissen und Erfahrung auf hohem Niveau verwendet.
- Es geht um Beratung, Coaching, Lehre oder Unterricht.
- Ein besonderes Vertrauensverhältnis zu den Kunden ist wesentlich für die Tätigkeit.
- Im Vordergrund steht eine Dienstleistung, die unter persönlichem Einsatz erbracht wird.
- Das von dem Freiberufler verwendete Know-how entspricht dem Niveau eines in den Katalogberufen genannten Akademikers.

Demgegenüber steht eine ausgeprägte **Makler-, Vermittlungs-** oder **Handelstätigkeit** der Einordnung als freiberuflich regelmäßig entgegen⁴⁹. Damit ist insbesondere das reine **Affiliate-Marketing** als Vermittlungstätigkeit gewerblich.

f) Einzelfälle digitaler Berufe

Insgesamt ergibt sich danach, dass **Webetexter, Fotobearbeiter, Schriftsteller, Übersetzer, Dolmetscher, Filmemacher** und **Kameramänner, Tontechniker** und **Journalisten** sowie sonstige **Künstler** und **Coaches** oftmals den Freiberuflern unterfallen können und damit viele digitale Selbständige, Freelancer und Nomaden kein Gewerbe anmelden müssen⁵⁰.

Grenzfälle sind aber leider viele andere **digitale Berufe**. **Webdesigner** oder **Online-Journalisten** werden vom Finanzamt nicht ohne weiteres anerkannt. Dennoch sollte hier im Hinblick auf die vielfachen eingangs geschilderten Vorteile versucht werden, eine Anerkennung als

⁴⁴ Schmidt-Wacker, § 18 Rn. 155, m. w. Nachw. Stichwort „Psychologe“.

⁴⁵ Schmidt-Wacker, § 18 Rn. 155, m. w. Nachw.

⁴⁶ Schmidt-Wacker, § 18 Rn. 155, m. w. Nachw.

⁴⁷ Schmidt-Wacker, § 18 Rn. 107, m. w. Nachw.

⁴⁸ <http://www.affenblog.de>.

⁴⁹ BFH, Urt. v. 24. 4.1997, Az.: IV R 60/95, BStBl. II 1997, 567, 568; Kirchhoff-Lambrecht, EStG, 14. Aufl. 2015, § 18 Rn. 39, m.w.Nachw.

⁵⁰ Unter Verweis auf das Institut der Freien Berufe an der Universität Erlangen-Nürnberg findet sich eine weitergehende alphabetische Übersicht unter folgendem Link: http://www.existenzgruender.de/SharedDocs/Downloads/DE/Checklisten-Uebersichten/Gruendungswege/03_uebersicht-liste-aehnlichen-Berufe-Taetigkeiten.pdf?__blob=publicationFile.

Freiberufler zu erreichen. Dabei kommt es oft auch ein wenig auf die Darstellung an (zu viel Phantasie sollte man im Hinblick auf die Gefahren der Infizierungstheorie – siehe dazu sogleich – aber nicht walten lassen).

Beispiel: Eine Ernährungsberaterin, die Ökotrophologie studiert hat, die zu 80 % Einzelcoaching gegen Entgelt anbietet und zu 20 % Affiliate-Einkünfte aus dem Blog hat, sollte auf ihr Studium und die Coaching-Kontakte verweisen und nicht nur den Betrieb einer Webseite für Ernährung anzeigen. Dennoch ist die Anerkennung nicht gesichert. Jedoch wäre das ein klarer Fall, in dem die gewerblichen Einkünfte die freiberuflichen „infizieren“, s. dazu sogleich).

Grafiker werden von den Finanzämtern oft als künstlerisch tätig angesehen und deshalb als Freiberufler anerkannt. Bei **Grafik-** und **Industriedesignern** oder **Layoutern** kommt es nach der Rechtsprechung des BFH aber letztlich immer auf den Einzelfall an⁵¹. Bei **Web-Designern** ist etwa eine gewisse Zurückhaltung zu beobachten⁵². Einen **Perspektiv-Designer** hat das FG Nürnberg z. B. als gewerblich eingestuft⁵³. Entscheidend für die Freiberuflichkeit ist jeweils, ob ein künstlerischer Gehalt der gestalterischen Arbeit vorliegt⁵⁴.

Bei **Content-Providern**, **Textern** und **Online-Journalisten** ist nach meiner Auffassung ebenfalls eine journalistisch-schriftstellerische Tätigkeit gegeben, so dass eine Anerkennung als Freiberufler versucht werden sollte. Journalistisch-schriftstellerische Tätigkeit kann sich auf alle tatsächlichen Ereignisse beziehen und bedarf auch keiner besonderen Darstellungshöhe (auch wenn die – insbesondere, wenn sie von einer entsprechenden Ausbildung getragen ist – nicht schaden kann). Von daher dürften viele **Blogger** Freiberufler sein, etwa Caroline Lohmann von Shave the Whales⁵⁵ als Reisejournalistin oder Gesa Neitzel von Bedouin Writer als Schriftstellerin⁵⁶. Der Anerkennung entgegen stehen kann allenfalls das von der Rechtsprechung noch nicht aufgegebene Kriterium der Urheberrechtsübertragung⁵⁷, woran es bei einem eigenen Blog fehlen kann⁵⁸.

Gemeint ist damit das oben bereits angesprochene Kriterium, dass die eigene Verwertung der Urheberrechte gewerblich ist – der Autor ist Freiberufler, der Verlag aber gewerblich. Dann infiziert“ die eigene „Verlagstätigkeit“ das freiberufliche Wirken als Autor. Hier ist wieder an eine z. B UG für den Blog zu denken.

Zwischen Journalisten und Schriftstellern besteht vielfach nur ein gradueller Unterschied. **Schriftsteller** ist, wer für die Öffentlichkeit schreibt und dabei seine eigenen Gedanken wiedergibt, auch wenn diese sich auf tatsächliche Gegenstände beziehen. Eine besondere künstlerische oder wissenschaftliche Höhe der Ausführungen ist nicht erforderlich. Dies beachtet,

⁵¹ BFH, Urt. v. 23.8.1990, Az.: IV R 61/89, BStBl. II 1991, 20, 21.

⁵² Was sich daraus rechtfertigt, dass das Design häufig weniger künstlerischen als praktischen Erwägungen folgt. Dennoch kann eine eventuell vorhandene Nähe zum Programmieren oder zur Kommunikationsberatung durchaus zur Anerkennung führen.

⁵³ FG Nürnberg, Urt. v. 8.7.1977, Az.: V 7/76, EFG 1978, 33, 34.

⁵⁴ Schmidt-Wacker, § 18 Rn. 155, m. w. Nachw.

⁵⁵ Siehe <http://shavethewhales.net>.

⁵⁶ <http://bedouinwriter.com>, jetzt <http://wonderfulwild.com/>.

⁵⁷ Zur Kritik daran s. u. III. 3.

⁵⁸ Siehe dazu oben III. 2. d), weshalb es sich für journalistisch-schriftstellerische Blogger empfehlen kann, den Blog über eine gesonderte UG zu führen.

sollten auch **Content-Provider** den Freiberuflern zugerechnet werden können, sie sind den Werbetextern jedenfalls dann ähnlich, wenn eine gewisse Originalität erforderlich ist. Auch hier kann es aber sicher nicht schaden, wenn bei der Anmeldung beim Finanzamt das *eigene* geistige Element der Tätigkeit in den Vordergrund gerückt wird.

Bei **Programmierern** ging die Rechtsprechung des BFH (Bundesfinanzhof, das höchste deutsche Finanzgericht) zunächst davon aus, dass jedenfalls der Programmierer Freiberufler ist, der sich mit Systemsoftware befasst, im Gegensatz zu „bloßen“ Anwendungs-Programmierern. Inzwischen hat der BFH aber auch diese als *ingenieurähnlich* und damit freiberuflich eingestuft⁵⁹.

Soweit es um **eBooks, Lernprogramme** und weitere Angebote im Internet geht, lassen sich (je nach Inhalt) sowohl künstlerische, schriftstellerische oder unterrichtende (wissenschaftliche) Elemente finden. So ist etwa auch die selbständige Entwicklung von **Softwarelernprogrammen** eine schriftstellerische Tätigkeit, wenn diese für die Öffentlichkeit bestimmt sind⁶⁰. Ähnliches kann für **Bedienungsanleitungen** angenommen werden, wenn der erstellte Text eine eigene gedankliche Leistung des Autors darstellt⁶¹.

Soweit es **EDV-Berater** anbetrifft, gehen die Finanzämter ohne wirkliche Rechtfertigung ebenfalls überwiegend von einer gewerblichen Tätigkeit aus, obwohl **EDV-Consulting** nicht wesentlich anders ist als etwa ein Consulting von Betriebswirten und Ingenieuren, die problemlos als Freiberufler eingeordnet werden. Immerhin ist anerkannt worden, dass **EDV-Berater** im Einzelfall als beratende *Betriebswirte* freiberuflich tätig sein können⁶². Freiberuflich sind im Regelfall aber **IT-Systemadministratoren, IT-Betreuer und IT-Projektleiter**⁶³.

Dagegen ist eine freiberufliche Beratungstätigkeit verneint worden für einen **Organisationsberater für Datenbanken**, einen **PR-Berater**⁶⁴ oder einen extern bestellten **Datenschutzbeauftragten**⁶⁵. Auch bei reiner **SEO-Beratung** dürften die Voraussetzungen freiberuflicher Tätigkeit schwer darzustellen sein. Das kann aber wieder anders sein, wenn diese in einem größeren Zusammenhang komplexer Werbemaßnahmen (Stichwort: anerkannte Werbetexter), Marketingstrategien (Stichwort: Katalogberuf beratender Wirtschaftswissenschaftler⁶⁶) oder Kommunikationskampagnen (Stichwort: anerkannter Kommunikationsberater, insbesondere mit entsprechendem Studium) erbracht wird. Erneut wird deutlich, dass jeweils eine *einzel-fallabhängige* Betrachtung erforderlich ist und vieles auch auf die Darstellung in der Anmeldung ankommt.

⁵⁹ Kirchhoff-Lambrecht, § 18 Rn. 69, m. w. Nachw.

⁶⁰ BFH, Urt. v. 10.9.1998, IV R 142/72, Az.: IV R 16/97, BStBl. II 1999, 215.

⁶¹ Kirchhoff-Lambrecht, § 18 Rn. 48, m. w. Nachw.

⁶² Kirchhoff-Lambrecht, § 18 Rn. 69, m. w. Nachw.

⁶³ Schmidt-Wacker, § 18 Rn. 155, m. w. Nachw., reines Projektmanagement soll aber gewerblich sein, s ebda. Stichwort „Projektmanager“.

⁶⁴ Je nach Darstellung und Nähe zu anerkannten Tätigkeiten – Schriftsteller, Content-Provider, Werbetexter oder Kommunikationstrainer zum Beispiel – meine ich aber, dass hier durchaus eine Anerkennung versucht werden sollte.

⁶⁵ Vgl. Kirchhoff-Lambrecht, § 18 Rn. 69, m. w. Nachw., auch hier kann die Nähe zur juristischen Beratungstätigkeit aber fließend sein.

⁶⁶ Dann kann Anerkennung jedenfalls möglich sein, s. Schmidt-Wacker, § 18 Rn. 155, m. w. Nachw. – Marketingberater.

Beispiel: Würde Sebastian Kühn von Wireless Life⁶⁷ in der Steueranmeldung ausführen: „Betrieb eines Blogs und einer Social Media Plattform“ würde er sicher als gewerblich eingestuft. Meldet er stattdessen: „Verfassen journalistisch-betriebswirtschaftlicher Fach-Artikel über Selbständige im Internet, betriebswirtschaftliche Beratung und Unterrichtung von Selbständigen im Internet und Entwicklung von Schulungsmaterialien“ an, dürfte die freiberufliche Anerkennung nur schwer versagt werden können⁶⁸.

g) Tabellarische Übersicht der freien Berufe für Online Unternehmer:

Zeichen:

- X = freier Beruf,
- O = freier Beruf möglich,
- = freier Beruf nicht möglich
- O/X = überwiegend möglich
- /O = selten möglich

| Beruf | Möglich | Bemerkung |
|-------------------------|---------|-------------------------------|
| Affiliate-Marketing | – | gewerblich |
| Architekt | X | Katalogberuf |
| Arzt | X | Katalogberuf |
| Bildende Künstler | X | Tätigkeitsberuf |
| Blogger | O | bei katalogähnlichem Inhalt |
| Coaching | O/X | Je nach Ausbildung und Inhalt |
| Content-Provider | O | bei gewisser Originalität |
| Datenbank OrgaBerater | – | Nicht anerkannt |
| Datenschutzbeauftragter | – | Nicht anerkannt, zweifelhaft |
| EDV-Berater | –/O | bei Betriebswirten |
| Entertainer | X | Tätigkeitsberuf |
| Ernährungsberater | –/O | bei entsprechender Ausbildung |
| Fotografen | O/X | wenn nicht nur technisch |
| Grafiker | X | Katalogähnlich |
| Journalisten | X | Katalogberuf |
| Kameramänner | O/X | Katalogähnlich |
| Künstler | X | Katalogberuf |
| Online-Journalisten | O | bei gewisser Originalität |
| Programmierer | X | Ingenieurähnlich |
| Rechtsanwalt | X | Katalogberuf |
| SEO-Berater | –/O | bei größerem Zusammenhang |
| Showstars (Youtube) | X | Tätigkeitsberuf |
| Trainer | X | Tätigkeitsberuf |
| Web-Designer | –/O | bei besonderem Gehalt |
| Werbetexter | O/X | bei gewisser Originalität |

⁶⁷ www.wirelesslife.de.

⁶⁸ Selbst wenn der Vertrieb der Unterrichtsmaterialien auch ein gewisses gewerbliches Gepräge hat. Soweit dieser Teil maßgeblich zu den Einnahmen beitragen würde, sollte bei gemischter Tätigkeit über eine Trennung der Tätigkeiten nachgedacht werden, siehe dazu sogleich zu 3.

3. Abfärbung

Die Vorteile des freiberuflichen Status sind aber „selbstverständlich“ nicht ohne steuerliche Gefahren. Wenn Du Deine Unternehmung zu optimistisch als freiberuflich darstellst, obwohl (in nennenswertem Umfang) auch gewerbliche Einkünfte erzielt werden, droht eine „Infizierung“ Deiner freiberuflichen Einkünfte durch die gewerblichen mit der Konsequenz, dass die Einkünfte insgesamt als gewerblich gelten.

Im Grundsatz geht der BFH zwar von einer Trennungstheorie aus. Danach ist bei einem Nebeneinander von gewerblichen und freiberuflichen Tätigkeiten eine getrennte Beurteilung der beiden Einkunftsarten möglich, soweit eine solche nach der Verkehrsanschauung möglich ist⁶⁹. Dabei kann eine *getrennte Buchführung* ein Indiz für die Trennung und Trennbarkeit sein (**Rat:** weshalb in solchen Fällen in jedem Fall getrennt Buch zu führen ist). Nicht trennbar sind die Bereiche aber dann, wenn sie sich gegenseitig bedingen und unlösbar miteinander verflochten sind, wobei es auf das Gesamtbild der Tätigkeit ankommt.

Ein Beispiel, das (leider) auch für viele digitale Selbständige zutrifft, ist der *Selbstverlag* eines Schriftstellers. Da verlegerische Tätigkeit gewerblich ist, nimmt der BFH insgesamt eine gewerbliche Tätigkeit an⁷⁰. Da das Urteil jedoch noch zu Zeiten großer Verlage mit entsprechenden Druck- und Werbeaufwendungen erging, mag daran für den Selbstverlag von eBooks über das Internet gezweifelt werden. Hier erscheint die Selbstvermarktung als untergeordnet gegenüber der schriftstellerischen Tätigkeit. Im Streitfall kann hier eventuell in einem Prozess erfolgreich argumentiert werden, aber derzeit ist noch davon auszugehen, dass der Selbstverlag einer freiberuflichen Tätigkeit entgegensteht. Ein weiteres anschauliches Beispiel für nicht trennbare Tätigkeiten ist die Serienproduktion eines Künstlers im Eigenvertrieb⁷¹.

Bei gemischten Tätigkeiten, die sich schwer trennen und abgrenzen lassen, ist häufig eine Einzelfallbetrachtung und im Zweifel auch qualifizierte Beratung erforderlich. Klassisches Beispiel dürften viele Blogs sein, die sich auch durch Affiliate-Links oder selbstverlegte eBooks monetarisieren, solange die verlegerische Tätigkeit (m. E. nach veraltet) noch als gewerblich angesehen wird.

Anders ist die Abfärb(e) bzw. Infizierungs-)theorie aber anzuwenden, wenn es um gemischte Tätigkeiten einer *Personengesellschaft* (GbR, OHG, KG, PartG) geht. Insoweit fingiert § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG gewerbliche Einkünfte. Eine Aufteilung der Einkunftsarten in einer Personengesellschaft ist daher nach der Rechtsprechung des BFH nicht zulässig⁷². Dabei kommt es auf die Tätigkeit eines jeden Gesellschafters an. Jeder Gesellschafter muss fast ausschließlich freiberuflich tätig sein, damit die Gesellschaft insgesamt noch freiberufliche Einkünfte haben kann⁷³. Nur, wenn die gewerbliche Tätigkeit weniger als 3 % der Gesamtleistung der Personengesellschaft ausmacht und insgesamt nicht mehr als 24.500 Euro im Veranlagungszeitraum netto erlöst werden, gilt sie als ganz gering und führt nicht zur Infizierung.

⁶⁹ Schmidt-Wacker, § 18 Rn. 50, m. w. Nachw.; Kirchhoff-Reiß, § 15 Rn. 68, m.w.Nachw.; Franz, Die einkommensteuerrechtliche Einordnung der gewerblichen und freiberuflichen Tätigkeit unter Berücksichtigung der nicht-selbständigen Tätigkeit, Diss. Heidelberg, 1996, S. 295 unter Verweis auf BFH, Urt. v. 23.10.1956, Az.: I 116/55 U, BStBl. II 1957, 17, 18.

⁷⁰ BFH, Urt. v. 30.10.1978, IV R 15/73, BStBl. II 1979, 236.

⁷¹ BFH, Az.: IV R 15/73, BStBl. II 1979, 236.

⁷² Schmidt-Wacker, § 18 Rn. 50; Franz, a.a.O., S. 206; BFH, Urt. v. 1.2.1979, IV R 113/76, BStBl. II 1979, 574, 576.

⁷³ BFH, Urt. v. 27.08.2014, Az.: VIII R 6/12.

Bei Personengesellschaften sollte also für jede Einkunftsart ein neues Steuersubjekt gegründet werden, damit nicht freiberufliche Einkünfte plötzlich bilanziert werden müssen und der Gewerbesteuer unterfallen.

Rat: Wenn Du sowohl gewerbliche als auch freiberufliche Einkünfte hast, solltest Du die Gründung einer Gesellschaft für die gewerbliche Tätigkeit erwägen, wenigstens aber eine getrennte Buchführung installieren. Das gilt ganz besonders, wenn es um eine Personengesellschaft geht.

IV. Ergebnis Gewerbeanmeldung

Insgesamt solltest Du also zunächst versuchen, Dich als Freiberufler beim Finanzamt anzumelden. Anhand der herausgearbeiteten Kriterien sollte eine Einschätzung und Darstellung gegenüber dem Finanzamt möglich sein, die hinreichende Erfolgsaussichten bietet. Wegen der Gefahr einer Nachbesteuerung gewerblicher Einkünfte nebst dem Vorwurf der Steuerhinterziehung sollte aber nicht versucht werden, gewerbliche Tätigkeiten als freiberuflich zu *bemänteln*. Im Zweifel ist ein offenes Wort gegenüber dem Finanzamt vorzuziehen. Gegebenenfalls kann in Betracht kommen, freiberufliche und gewerbliche Tätigkeiten zu trennen, um wenigstens teilweise den Status des Freiberuflers zu erhalten.

Doch selbst wenn Du gewerblich tätig bist, solltest Du nicht vorschnell ein Gewerbe anzeigen. Nach dem Erfordernis eines gewerblichen Mittelpunktes ist durchaus fraglich, ob vor allem digitale Nomaden überhaupt anzeigepflichtig sind. Da wenigstens die Zwangsmitgliedschaft in der IHK und vielleicht auch ein ARD und ZDF Beitragsservice droht, der auf beruflichen Rechnern den „Genuss“ öffentlich-rechtlichen Fernsehens wittert (man kann auch an Auflagen des statistischen Bundesamtes und manche bürokratischen Konsequenzen mehr denken), solltest Du ein Gewerbe nur anmelden, wenn es eindeutig erforderlich ist (Beispiel: Online-Shop mit Lager in Deutschland).

Noch kostspieliger werden die Konsequenzen einer nicht erforderlichen Gewerbeanzeige, wenn das Finanzamt sie verwendet, um zu argumentieren, dass die von einem digitalen Nomaden (tatsächlich über das Jahr) aus dem Ausland getätigten Lieferungen und Leistungen aus einem inländischen Gewerbe stammen, also in Deutschland steuerbar sind⁷⁴. Daher können die Nachteile durchaus erheblich sein. Es kann, etwa nach einem entsprechenden Verlangen von Finanz- oder Gewerbeaufsichtsamt⁷⁵ zwar eventuell keine andere Wahl bleiben. Im Extremfall sollten aber (nach Beratung mit einem Rechtsanwalt oder Steuerberater) rechtliche Schritte erwogen werden.

Danach sollte, wenn Du keine freiberufliche Tätigkeit darstellen kannst, ein Gewerbe bei dem Gewerbeaufsichtsamt nur bei Tätigkeit aus und in Deutschland erfolgen. Soweit Du Dich beim Gewerbeamt aber nicht anmeldest, gibt es auch keine anschließende Meldung vom Gewerbeamt an das Finanzamt. Dann ist eine eigenständige steuerliche Anmeldung erforderlich.

⁷⁴ Denn nach einem Wegzug können unter den komplizierten Voraussetzungen des § 2 AStG (Außensteuergesetz) aus Deutschland stammende Einkünfte noch bis zu zehn Jahre (!) lang in Deutschland zu versteuern sein, obwohl längst keine Wohnung in Deutschland mehr besteht.

⁷⁵ Zu beachten ist, dass manchmal auch Beamte das von ihnen anzuwendende Recht nicht abschließend richtig beherrschen.

V. Steueranmeldung

1. Formular

Die Relevanz der Gewerbeanzeige wird danach überschätzt. Viel Wesentlicher ist eine Steuernummer. Selbständige, die aus Deutschland arbeiten oder in Deutschland (gegenüber Firmen) tätig werden wollen, benötigen in jedem Fall eine Steuernummer. Diese ist auf jeder Rechnung aufzuführen.

Der Erhalt der Steuernummer erfolgt nach einer Gewerbeanzeige automatisch auf eine entsprechende Mitteilung des Gewerbeaufsichtsamtes an das Finanzamt. Dieses wird Dir dann ein entsprechendes Formular zusenden.

Anders ist dies bei der Aufnahme einer freiberuflichen Tätigkeit (oder eines Gewerbes ohne vorherige Gewerbeanzeige). Diese musst Du bei Beginn der Selbständigkeit beim Finanzamt anzeigen. Entweder online oder vor Ort erhältst Du dafür Formulare, die Du ausfüllen, ausdrucken, persönlich unterschreiben und an das zuständige Finanzamt senden musst. Bejaht das Finanzamt aufgrund des Antrages die Freiberuflichkeit, erhältst Du von dort die Steuernummer, die in der Folge für alle Rechnungen benötigt wird. Sollte das Finanzamt dagegen wider Deinem Antrag von einer gewerblichen Tätigkeit ausgehen, wird es Dich auch entsprechend behandeln und die Vorteile für Freiberufler versagen.

Rat: Selbständige, die freiberuflich tätig, aber bereits gewerblich angemeldet sind und entsprechend ihre Einkünfte versteuern, sollten (ggf. mit ihrem Steuerberater) erwägen, das Gewerbe abzumelden und beim Finanzamt die Anerkennung als Freiberufler zu beantragen.

2. Umsatzsteuer-Identifikationsnummer

Wenn Du darüber hinaus innerhalb der Europäischen Union umsatzsteuerfrei Waren oder Dienstleistungen veräußern möchtest, benötigst Du zudem eine Umsatzsteueridentifikationsnummer. Diese kannst Du online bei dem Bundeszentralamt für Steuern beantragen⁷⁶.

3. Ergebnis

Wesentlich ist also die Steuernummer und – soweit das in Betracht kommt – der Versuch, vom Finanzamt als Freiberufler anerkannt zu werden.

4. Spoiler

Die Zeichen für eine Anerkennung als Freiberufler stehen derzeit gut. In der Rechtsprechung ist durchaus eine Ausweitung der freiberuflichen Tätigkeiten fest zu stellen. Das heißt aber nicht, dass sich dies bereits zu jedem Finanzbeamten rumgesprachen hat. Manchmal werden diese zudem mit der neuen digitalen Realität nicht abschließend vertraut sein. Du musst daher mit Widerständen rechnen. Es kann sein, dass eine neue Berufsbezeichnung bei Beamten einen („ganz selten“) zu beobachtenden Reflex auslöst:

- Ist neu?
- - dann müsste ich für meine Entscheidung die Verantwortung übernehmen:

⁷⁶

http://www.bzst.de/DE/Steuern_International/UST_Identifikationsnummer/FAQ/FAQ_Vergabe_USt_IdNr/Vergabe_FAQ_node.html

- Abgelehnt.

Hier hilft nur eine gute Darstellung bereits bei Antragstellung. Das Rüstzeug solltest Du in den vorliegenden Ausführungen finden können, vielleicht hilft auch persönliche Überzeugungsarbeit mit Beispielen am Amtstisch, wenn alle Stricke reißen aber auch Rechtsmittel in Abstimmung mit einem Rechtsanwalt oder Steuerberater.

VI. Tabellarisches Gesamtergebnis

Die Fallgruppen und Ergebnisse zu Gewerbe- und Steueranmeldung lassen sich damit wie folgt zusammenfassen:

| Art und Ort | Gewerbebeanmeldung | Steueranmeldung |
|--|----------------------------|---|
| gewerblich und fester Standort | X | als Gewerbe |
| freiberuflich und fester Standort | – | als Freiberufler |
| vielleicht freiberuflich und fester Standort | – | als Freiberufler (versuchen) |
| gewerblich ohne Standort | je nach Risikobereitschaft | als Gewerbe |
| freiberuflich ohne Standort | – | als Freiberufler |
| vielleicht freiberuflich ohne Standort | – | als Freiberufler (versuchen) |
| gemischt freiberuflich und gewerblich | –/X | trennen, ein Gewerbe anmelden ⁷⁷ und eine freiberufliche Tätigkeit |

⁷⁷ Zur besseren Trennung sollte hier in jedem Fall eine separate Gesellschaft für die gewerbliche Tätigkeit erwogen werden. Dies erleichtert die Trennung der Einkunftsarten ungemein. Eine Unternehmensgesellschaft haftungsbeschränkt (UG) erfordert nur einen geringen Aufwand, eventuell kommt hier je nach Standort aber auch eine ausländische Rechtsform in Betracht. Dies ist immer Frage einer anwaltlichen Beratung im Einzelfall.

D. DIE UNTERNEHMENSGRÜNDUNG

Jede Aufnahme einer freiberuflichen oder gewerblichen Tätigkeit ist der Start eines Unternehmens (feinsinnige juristische Diskussionen mal außen vorgelassen). Dieses Unternehmen bedarf wenigstens einer Anzeige beim (deutschen) Finanzamt. Ausreichend ist diese Anzeige aber nur für Freiberufler. Ansonsten muss das Gewerbe beim Gewerbeamt angemeldet werden (hier meldet das Gewerbeamt gleich weiter an das Finanzamt, auch hier muss man sich also nur einmal anmelden).

I. Gesellschaften (mit beschränkter Haftung)

Doch auch für die Gründung eines Unternehmens gilt: teile und herrsche. Statt als Einzelunternehmer (oder Freiberufler) tätig zu werden, kann man auch eine Gesellschaft gründen. Dadurch entstehen zwei verschiedene Rechtspersonen: Die Gesellschaft und der oder die Gesellschafter.

Eine noch bessere Abschottung bietet die Wahl einer Gesellschaftsform, bei der die Gesellschafter nicht mit ihrem Privatvermögen für die Schulden aus der Unternehmung *haften*. Erreichen lässt sich dies durch eine GmbH (UG) oder eine GmbH & Co KG (UG & Co KG). Diese zu gründen und zu unterhalten ist nicht wesentlich schwieriger und teurer als ein Einzelunternehmen zu betreiben. Von daher ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung grundsätzlich zu empfehlen.

Eine Ausnahme sind Freiberufler, die damit den Status als Freiberufler verlieren können und ohnehin praktisch immer persönlich haften. Aber auch für diese stehen mit der Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Haftung besondere Rechtsformen zur Verfügung.

II. Internationale (digitale) Unternehmen

1. Rechtsfähigkeit und wie sie erlangt wird

Alle natürlichen Personen sind rechtsfähig (§ 1 BGB), d. h., können Adressat von Rechten und Pflichten sein. Man sollte meinen, damit hat es sein Bewenden, denn wer oder was sollte noch rechtsfähig sein (können)? Doch ist das Recht frei in der Definition der Rechtsträger und kann deshalb der natürlichen Person auch eine „juristische Person“ an die Seite stellen und einfach fingieren, dass diese (weitgehend) dieselben Möglichkeiten haben wie natürliche Personen.

Unternehmer haben ein natürliches Bedürfnis, dass sich die *Risiken* aus ihrem Unternehmen auf das Vermögen dieses Unternehmens begrenzen. Wer immer befürchten muss, dass sein gesamtes Vermögen für neue Risiken verloren geht, überlegt vielleicht zweimal, ob er das Risiko tatsächlich eingeht. Gesamtgesellschaftlich ist die Eingehung von Risiken durch Unternehmer jedoch erwünscht. Deshalb hat staatliche Rechtsetzung seit langem juristische Personen anerkannt.

Hierbei handelt es sich um den Zusammenschluss Mehrerer zu einem gemeinsamen (meist wirtschaftlichen) Zweck, sogenannten Gesellschaften. Heute bedarf es für deren Gründung sogar ausnahmsweise nur eine Person, insbesondere bei den Gesellschaften mit beschränkter Haftung, in den Niederlanden den B.V., im common law Rechtskreis den limited liability companies. Da diese Rechtsform aber mit deutlichem Abstand am häufigsten vorkommt, sind sog. Einpersonen GmbHs in der Rechtswirklichkeit vielfach anzutreffen.

Wenn derartige Gesellschaften nach bestimmten Regeln gegründet und rechtmäßig in ein Register eingetragen sind, erlangen sie *Rechtsfähigkeit*, können also ebenso wie natürliche Personen Rechte und Pflichten begründen, insbesondere selbst Vertragspartner sein. Sie handeln dabei durch ihre Geschäftsführer und sorgen so dafür, dass die eigentlichen Inhaber der Unternehmung (die Gesellschafter), nicht selbst Adressat von insbesondere Verträgen werden (müssen)⁷⁸.

2. Die Beschränkung der Haftung des Gesellschafters

Unausgesprochener Grundsatz des (westlichen) Zivilrechts ist, dass jeder Rechtsträger *unbeschränkt haftet*, mit seinem gesamten Vermögen. Reicht dies nicht aus, um die Schuld(en) zu bedienen, tritt Insolvenz ein.

Wer sich jetzt fragt, wie es dann eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung geben kann, hat schon Wesentliches verstanden. Tatsächlich ist der Name der GmbH in vielfacher Hinsicht falsch. Der Grundsatz vollständiger Haftung gilt unbeschränkt, sogar für Völkerrechtssubjekte, wie anlässlich der Diskussion um Griechenland zu lernen war, erst Recht für die Gesellschaften des Privatrechts. Erfüllt eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung ihre Verbindlichkeiten nicht, *haftet sie unbegrenzt*. Ihr gesamtes Vermögen kann bis zum letzten Cent gepfändet werden. Reicht dies nicht hin, tritt Insolvenz ein. Anschließend, bei gänzlich fehlenden Mitteln sogar ohne vorheriges Insolvenzverfahren, wird die Gesellschaft liquidiert – ein Schicksal, das natürliche Personen zum Glück nicht ereilt, auch wenn früher der sog. Schuldturm fast ähnliche Konsequenzen hatte.

Betrachtet man den Grundsatz unbeschränkter und sogar unbeschränkbarer Haftung, wird deutlich, warum es darauf ankommt, dass die Gesellschaft selbst Träger der Rechte und Pflichten wird und nicht die eigentlichen Inhaber der Unternehmung, die Gesellschafter. Dadurch haftet nur das Vermögen der Gesellschaft, nicht aber das (Privat-)Vermögen der Gesellschafter. Richtig muss es also heißen: Gesellschaft mit unbeschränkter Haftung und gar nicht haftenden Gesellschaftern.

Ein anderes gilt aber, wenn die Rechtsform missbraucht wird. Dann kennt jede – nicht Offshore – Rechtsordnung ganz unterschiedlich ausgestaltete Tatbestände, die den *Durchgriff* auf den Gesellschafter erlauben.

Im Ergebnis weist der Name „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ also darauf hin, dass die Gesellschafter *nicht haften*. Sie haften beschränkt insofern, als sie alles das verlieren, was sie je in die Gesellschaft investiert haben (weil eben die Gesellschaft unbeschränkt haftet), also insbesondere das *Eigenkapital*, das sie in der Gesellschaft angesammelt hatten.

3. Generelle Voraussetzungen für Gesellschaften mit beschränkter Haftung

Es liegt auf der Hand, dass eine durch Gesellschaften bewirkte Haftungsbeschränkung missbraucht werden kann. Kann sich der Gesellschafter hinter der Gesellschaft unbegrenzt verstecken, ist dem Betrug und der Schädigung der Geschäftspartner Tür und Tor geöffnet, insbesondere, wenn der Gesellschafter freie Hand hat, wie lange er die Gesellschaft mit Mitteln

⁷⁸ Heute gilt ähnliches jedenfalls im deutschen Recht für praktisch alle Gesellschaften des Privatrechts, auch ohne, dass sie direkt als juristische Personen angesehen werden.

ausstattet. Deshalb gibt es in jeder westlichen Rechtsordnung Vorschriften, die Missbräuche verhindern sollen.

a) Registereintragung als Voraussetzung der Rechtsfähigkeit

Juristische Personen bedürfen in der Regel einer Eintragung in ein Register, um als juristische Personen rechtsfähig zu sein. Da man sie anders als natürliche Personen nicht sehen, greifen und hören kann, bedarf es wenigstens einer solchen Verkörperung der juristischen Person (z. B. Gesellschaft mit beschränkter Haftung), damit überhaupt klar ist, dass die Gesellschaft existiert. Ansonsten wären juristische Personen unsichtbare Geister des Rechtsverkehrs. Dabei wird regelmäßig eingetragen, wer für die Gesellschaft handelt (Geschäftsführer oder Vorstand) und wer Gesellschafter ist, damit für den Rechtsverkehr und die Behörden erkennbar ist, wer für die Gesellschaft handelt und verantwortlich ist.

b) Mindestausstattung der Gesellschaft (mit beschränkter Haftung)

Kann der Gesellschafter ganz frei entscheiden, mit welchen Mitteln er die Gesellschaft ausstattet, kann er sie so weit aushöhlen, dass im Haftungsfall kein Vermögen der Gesellschaft mehr besteht, also der Gläubiger letztlich leer ausgeht. Um das zu verhindern, kennen alle entwickelten westlichen Rechtsordnungen Vorschriften, die eine bestimmte Kapitalausstattung der Gesellschaft sicherstellen sollen.

Im deutschen Rechtskreis wird dies vor allem durch das *Mindestkapital* sichergestellt, damit wenigstens eine grundlegende Kapitalausstattung vorhanden ist. Deshalb bedarf eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung der Einzahlung von wenigstens 25.000 Euro⁷⁹ von Seiten der Gesellschafter. In der Folge gab es dann eine ganze Reihe von Vorschriften, die gewährleisten, dass dieses Kapital zumindest nicht missbräuchlich unterschritten wird.

Im common law Rechtskreis kennt man zwar kein Mindestkapital, doch wird auch hier, wenn auch auf andere Weise, sichergestellt, dass der Gesellschafter der Gesellschaft nicht unbegrenzt finanzielle Mittel entziehen kann. Dies erfolgt insbesondere durch eine Begrenzung der Vertretungsmacht⁸⁰ und Grenzen für die Entnahme von Gesellschaftsmitteln.

Eine Zwischenform ist die neu geschaffene deutsche Rechtsform der Unternehmensgesellschaft mit beschränkter Haftung (UG), bei der nur ein symbolisch geringes Kapital eingezahlt werden muss, aber wenigstens 25 % der Gewinne in der Gesellschaft verbleiben müssen, bis ein Stammkapital wie bei der GmbH (25.000 Euro) erreicht ist. Dies war die deutsche Antwort auf den sogleich noch zu schildernden Wettlauf der europäischen Gesellschaftsformen durch die Entscheidungen des EuGHs zum Recht auf freie Niederlassung für europäische Gesellschaften⁸¹.

4. Tricks von Offshore Rechtsordnungen

Sämtliche der genannten Voraussetzungen für die Rechtsfähigkeit juristischer Personen in den entwickelten westlichen Rechtsordnungen können sich als Belastung für die Gesellschafter darstellen. Das erforderliche Mindestkapital etwa nach früherem deutschen oder immer noch

⁷⁹ Insgesamt, der Betrag muss aber nicht (sofort) voll eingezahlt werden.

⁸⁰ Sog. *ultra vires* Doktrin.

⁸¹ Siehe dazu unten, II. 1. f).

aktuellem österreichischen Recht bindet Liquidität ebenso wie die nach common law bestehenden Beschränkungen, die Gewinne frei zu entnehmen. Durch die Eintragung im Register können die Gesellschafter jederzeit vom Rechtsverkehr identifiziert und für ihre geschäftlichen Handlungen verantwortlich gemacht werden. Diese Grenzen waren und sind aber der ausbalancierte Preis dafür, dass eine Rechtsordnung überhaupt die Risikoverlagerung auf Gesellschaften erlaubt. Schrankenloses Unternehmertum funktioniert hier – wie auch in anderen Bereichen – nicht.

Um die Gründung von Gesellschaften in ihrem Land zu fördern und auf diese Weise Kapital und Steuererträge zu erhalten, gibt es jedoch seit langem einen Wettlauf von sog. Offshore Rechtsordnungen, die es den Gesellschaftern leicht machen, eine Gesellschaft zu gründen, zu unterhalten und dabei möglichst auch noch *anonym* zu bleiben. Das Gesellschaftsrecht in Offshore Standorten sieht daher grundsätzlich kein Mindestkapital vor. Eine Eintragung in ein Register ist zwar regelmäßig vorgesehen, doch gibt es meist berufsmäßige *Treuhänder* vor Ort, die die Führung der Gesellschaft übernehmen und die allein in das Register eingetragen werden, um den Gesellschaftern Anonymität gegenüber Dritten (und insbesondere den heimischen Finanzbehörden) zu ermöglichen. Diese Treuhänder unterliegen zudem meist ebenso einem ausgeprägten Berufsgeheimnis wie die Banken in den jeweiligen Offshore-Standorten, so dass große Anonymität gewährleistet ist (war).

In der Konsequenz gibt es ganze Branchen außerhalb von Offshore Standorten praktisch nicht mehr. Prominentestes Beispiel sind sicher die Reedereien. Fast alle Schiffe Europas fahren unter zypriotischer oder maltesischer, international auch unter panamaischer Flagge. Aber natürlich dienen derartige Gesellschaften nicht nur der Steuervermeidung, sondern auch weit dunkleren Zwecken wie der Geldwäsche oder gar der Terrorfinanzierung. Eigentlich ist es deshalb überraschend, dass es bis zum 21. Jahrhundert gedauert hat, bis derartige Konstruktionen effektiver bekämpft wurden. Doch Fakt ist, so einfach wie früher ist die Nutzung der Offshore Welt nicht mehr⁸².

III. Internationales Gesellschaftsrecht

1. Anwendbares Recht für grenzüberschreitende Gesellschaften

Sobald ein Sachverhalt nationale Grenzen überschreitet, stellt sich immer die Frage, welche von den zwei oder mehr Rechtsordnungen anwendbar ist. Dies klärt das internationale Privatrecht, welches Regeln dafür enthält, ob das inländische oder das ausländische Recht zur Anwendung kommt. Doch leider gibt es (außerhalb der EU), kein international einheitliches Privatrecht. Vielmehr hat jedes Land sein eigenes internationales Privatrecht, so dass dieses Recht immer in allen betroffenen Rechtsordnungen zu prüfen ist. Das heißt: bei jeder internationalen Rechtsanwendung müssen zuvor in wenigstens zwei Rechtsordnungen die Regeln geprüft werden, die regeln, welches Recht Anwendung findet!

Diese Frage stellt sich im Übrigen auch bei vielen Verträgen, die digitale Nomaden abschließen. Bei jedem grenzüberschreitenden Vertrag muss beantwortet werden, welches nationale Privatrecht im Streitfall Anwendung findet. Immerhin akzeptieren die internationalen Privatrechte weitgehend Rechtswahlklauseln (zumindest unter Unternehmen), so dass sich diese schwierige Frage umgehen lässt, wenn man in seine Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Verträge eine Rechtswahlklausel aufnimmt.

⁸² Siehe dazu später Abschnitt VI. 1.

Ebenso stellt sich aber auch für Gesellschaften, die in einem anderen Land tätig werden, immer die Frage, welches der beiden Rechte auf diese Gesellschaft Anwendung findet. Dazu gibt es international zwei Theorien.

a) Die Gründungstheorie (z. B. England)

Danach kommt es auf das Recht des Staates an, in dem die Gesellschaft gegründet wurde. Ob die Gesellschaft also rechtsfähig ist (selbst Adressat von Rechten und Pflichten sein kann) und alle weiteren auf die Gesellschaft anwendbaren Regeln, richten sich nach dem Recht des *Gründungsstaates*. Käme also eine deutsche Gesellschaft (mit beschränkter Haftung) nach England, würden die englischen Gerichte auf diese Gesellschaft deutsches Recht anwenden. Ebenso wäre nach englischer Sichtweise englisches Recht anwendbar, wenn eine englische Limited z. B. in Deutschland ansässig wird.

b) Die Sitztheorie (z. B. bis vor kurzem Deutschland, Niederlande)

Nach der Sitztheorie kommt es auf das Recht des Staates an, in dem die Gesellschaft ihren Sitz hat. Sitz bedeutet – im Grundsatz⁸³ – der Ort, an dem die wesentlichen Entscheidungen der Gesellschaft getroffen werden. Durch diese Theorie werden der Wegzug und der Zuzug von Gesellschaften deutlich erschwert. Da es immer auf das Recht des Sitzes ankommt, muss eine im Ausland gegründete Gesellschaft sich dann nach dem Recht des (neuen) Sitzlandes immer noch einmal rechtmäßig gründen, um anerkannt zu werden. Bis vor kurzem hörte daher eine deutsche GmbH auf, eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung zu sein, wenn ihr Sitz (der Ort, an dem die Entscheidungen getroffen werden) nach außerhalb Deutschlands verlegt wurde. Sie wurde damit automatisch zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts und die Gesellschafter hafteten dadurch für Schulden der Gesellschaft unbegrenzt!

c) Unterschiedlicher Begriff des Sitzes einer Gesellschaft

Zu allem Überfluss ist aber der Begriff des Sitzes keinesfalls eindeutig. Der Sitz kann formell der Sitz sein, den die Gesellschaft in ihrer Satzung als solchen bestimmt, einfach eine Adresse unter der sie im Idealfall erreichbar ist. Dies entspricht aber jedenfalls nicht der h. M. in Deutschland. Hier wird vielmehr materiell darauf abgestellt, an welchem Ort die wesentlichen Entscheidungen über die Gesellschaft getroffen werden, also im Regelfall der (Haupt-) Aufenthaltsort des Geschäftsführers. Dabei existiert jedenfalls für Deutschland noch keine Meinung, ab welchem Maß eines ausländischen Aufenthaltes von einer Sitzverlegung auszugehen ist.

Also selbst in Staaten, die der Sitztheorie folgen, können je nach Sitzbegriff unterschiedliche Ergebnisse eintreten. Personen, die einem Staat angehörig sind, der der Sitztheorie folgt, müssen also (jedenfalls außerhalb der EU, dazu noch sogleich), sehr genau aufpassen, wenn sie eine nationale Gesellschaft im Ausland führen oder sie eine ausländische Gesellschaft aus dem Inland heraus verwenden wollen⁸⁴.

⁸³ Genauer siehe sogleich am Ende des Kapitels.

⁸⁴ Wobei in Deutschland wahrscheinlich sogar beides gilt, für (ausländische) Gesellschaften in Deutschland gilt der materielle Sitzbegriff, während die h.M. im Personengesellschaftsrecht inzwischen eher der formellen Betrachtungsweise folgt, um einen Wegzug von Personengesellschaften nicht diskriminierend zu Kapitalgesellschaften zu erschweren.

d) Europäische Niederlassungsfreiheit

Nach Art. 54 EUV gilt auch für Gesellschaften das Recht auf Freizügigkeit natürlicher Personen gem. Art. 49 EUV. Sie haben also Niederlassungsfreiheit und können frei entscheiden, in welchem Mitgliedstaat sie ansässig und tätig sein wollen. Unschwer zu erkennen ist, dass ein Recht, welches der Sitztheorie folgt, deutlich größere Schwierigkeiten mit der Niederlassungsfreiheit hat, als ein Recht, welches der Gründungstheorie folgt. Die Gründungstheorie hat keine Probleme, eine inländische Gesellschaft in ein anderes Land zu lassen oder eine ausländische Gesellschaft als solche anzuerkennen, weil ohnehin das Gründungsrecht gilt. Bei der Sitztheorie geht dagegen die Gesellschaft im Zweifel unter, wenn sie die Grenze überschreitet.

Da damit dieser Gesellschaft die Niederlassungsfreiheit genommen ist, weil sie sich nicht nach Belieben (innerhalb der EU) niederlassen kann, entschied der EuGH, dass kein Mitgliedstaat den Wegzug eigener Gesellschaften oder den Zuzug einer anderen EU-Gesellschaft (in diskriminierender Weise) behindern darf. Damit lässt sich die Sitztheorie – innerhalb der EU – nicht mehr aufrechterhalten.

e) Wettlauf der europäischen Gesellschafts-Rechtsordnungen

Vor der Entscheidung des EuGHs waren grenzüberschreitende Sachverhalte bei Gesellschaften eher selten. Viele Staaten wandten streng die Sitztheorie an. In der Konsequenz war es deren Gesellschaften nicht möglich, die Grenze zu überschreiten, ohne sich aufzulösen, weil sie eben nach dem Wegzugsrecht wirksam gegründet waren, aber nicht nach dem Recht des Zuzugortes. Ebenso wenig konnten Gesellschaften aus den Gründungstheoriestaaten zu den Sitztheoriestaaten ziehen, da diese dann ihr Recht anwandten, nach denen die Gesellschaft grade wieder nicht ordnungsgemäß gegründet war und wieder erlöschte.

Mit der EuGH Entscheidung wandelte sich dies. Die Sitztheorie ließ sich danach nur noch sehr eingeschränkt aufrechterhalten. Alle Mitgliedsstaaten waren gezwungen, die Gründungstheorie anzuwenden. In der gesamten EU kommt es danach nur noch darauf an, dass die Gesellschaft in einem Mitgliedsstaat wirksam gegründet wurde. Dieses Recht entscheidet einheitlich, ob die Gesellschaft wirksam gegründet wurde, welche Haftungsbeschränkung gilt, wie die Geschäftsführung zu agieren hat usw.

Damit können sich die Gründer frei aussuchen, wo sie ihre Gesellschaften gründen und welchem Recht sie sich dafür unterstellen. Auf einmal konkurrierten alle europäischen Rechtsordnungen um die Gunst der Gründer. Es gab (und gibt) in Europa jedoch unterschiedliche Strategien, mit denen Gläubiger von Gesellschaften dagegen geschützt werden, dass die beschränkte Haftung durch Gesellschaftsgebrauch missbraucht wird. In Deutschland, Österreich und den Niederlanden war dies etwa die Vorschrift eines bestimmten Mindestkapitals, welches bei der Gründung eingezahlt und später nicht wieder an die Gesellschafter ausgeschüttet werden durfte, für die deutsche GmbH etwa 25.000 Euro. Das common law Englands sieht dagegen kein Mindestkapital vor, gewährleistet den Gläubigerschutz jedoch dadurch, dass es umfangreiche Vorschriften gibt, die ein Abfließen des von der Gesellschaft insgesamt gebildeten Vermögens verhindern. Dies reicht von Beschränkungen der Vertretungsmacht der Geschäftsführer durch die ultra vires Doktrin⁸⁵ bis zu Beschränkungen bei der Entnahme von Gewinnen.

⁸⁵ Es dürfen nur Geschäfte gemacht werden, die dem unmittelbaren Zweck der Gesellschaft dienen, eine Gesellschaft, die Telefone handelt, kann danach nicht ohne weiteres Autos (zum Handeln) erwerben.

Schnell erwies sich jedoch, dass die Rechtsordnungen verloren, die die Hürden als erstes aufstellten, also die Rechtsordnungen mit einem Mindestkapital. Daher verbreiteten sich englische Limiteds in Europa rasend schnell, ohne dass die Gründer auf die später einsetzenden Grenzen bei der Vertretungsmacht und der Gewinnausschüttung geachtet hätten; meist konnten sie sie wohl ohnehin nicht. Um nicht alle Gesellschaften an England zu verlieren, schufen daher fast alle Rechtsordnungen das Mindestkapital ab, nur noch das „gallische Dorf“ Österreich hält beharrlich daran fest.

Inzwischen wird auch von anderer Front der Wettbewerb der Gesellschafts-Rechtsordnungen in Europa neu befeuert. In Form eines Start-ups, unter Abschaffung so viel bürokratischer Hürden wie möglich, hat Estland inzwischen die E-Residency mit der Möglichkeit geschaffen, elektronisch eine Limited Liability Company (Osaühing) in Estland zu errichten und auch noch zu unterhalten, in dem etwa auch die Steuerklärung dazu elektronisch über die elektronische Residency Karte abgewickelt werden kann. Malta scheint dem zu folgen, die Umsetzung hapert aber wohl noch.

Die Gründungstheorie gilt auch für den EWR, Norwegen, Island und Liechtenstein sowie aufgrund eines völkerrechtlichen Vertrages auch für die USA, wobei letztere sogar auch europäische Gesellschaften von US-Bürgern anerkennen müssten.

f) Deutsche Antwort

Damit kommt es in den Sitztheorie-Staaten zu einer Ungleichbehandlung der Inländer, wenn diese nicht wegziehen können, ohne ihre Identität zu verlieren⁸⁶ Dabei soll bereits hier erwähnt werden, dass Deutschland aufgrund der europarechtlichen Ausweitung der Gründungstheorie inzwischen eine Regelung getroffen hat, wonach deutsche Kapitalgesellschaften (AG, GmbH und UG) ihren Sitz folgenlos in das Ausland verlegen können (§§ 4a GmbHG, 5 AktG). Insofern gilt die Sitztheorie in Deutschland nur noch in dieser wesentlichen Hinsicht eingeschränkt.

Dies bedeutet, dass etwa auch Österreicher, deren Staat als wohl einziger in der EU noch am Mindestkapital (10.000 Euro) für Gesellschaften mit beschränkter Haftung festhält, mit 500 Euro eine UG in Deutschland gründen und mit dieser nach Österreich ziehen können. Das deutsche Recht hätte nichts dagegen und das österreichische Recht müsste dies aufgrund der europäischen Niederlassungsfreiheit akzeptieren. Das gleiche gilt im Verhältnis zu Schweizern, doch müsste hier anhand des Schweizer internationalen Privatrechts geprüft werden, ob das Schweizer Recht eine deutsche Gesellschaft mit Sitz in der Schweiz als deutsche Gesellschaft anerkennt (richtet sich dann wieder nach der Gründungs- oder Sitztheorie).

g) Europäisches Gesellschaftsrecht

Nach den Urteilen *Cartesio* und *Vale* muss nach dem EuGH sogar ein grenzüberschreitender *Formwechsel* möglich sein. Danach kann eine Gesellschaft eines Landes – ohne ihre Identität zu verlieren – in eine Gesellschaft eines anderen Landes umgewandelt werden (z. B. eine niederländische BV in eine deutsche GmbH). Der Wegzugsstaat darf dies nicht verhindern und der aufnehmende Staat muss sie zulassen, wenn ein Formwechsel nach seinem nationalen Recht möglich ist.

⁸⁶ Der EuGH hat nur entschieden, dass ein Wegzug nicht zu einer Auflösung einer Gesellschaft führen darf, bevor sich diese dem neuen Rechtsregime des Zuzugsortes unterstellt, fordert aber nicht, dass die Einzelstaaten ihren Gesellschaften den Umzug auch unter Beibehaltung ihrer Identität ermöglichen müssen.

Weiter gibt es inzwischen auch rein europäische Gesellschaftsformen (z. B. die SE), die derzeit aber für kleinere Unternehmen nicht besonders attraktiv sind.

IV. Internationale Prozessrecht

Soweit es um den Gerichtsstand für Streitigkeiten unter den Gesellschaftern geht, gilt nach der Verordnung EU Nr. 1215/2012 (EuGVVÜ) bei Gesellschaften in Europa ein ausschließlicher Gerichtsstand an dem Sitz der Gesellschaft. Hier wendet der deutsche BGH jedenfalls für europäische Gesellschaften folgerichtig die Gründungstheorie an, so dass Gerichtsort immer der Gründungsort ist. Deutsche Gesellschafter einer englischen Limited müssen ihren internen Streit also vor englischen Gerichten führen. Daran kommt man auch nicht mit einer Gerichtsstandsvereinbarung vorbei, da der Gesellschaftsgerichtsstand ein ausschließlicher ist, bei dem eine Gerichtsstandsvereinbarung nicht möglich ist. Einziger Ausweg ist eine **Schiedsgerichtsklausel**.

Rat: Das sollte auch bei jeder Offshore Gesellschaft wenigstens dann berücksichtigt werden, wenn es mehr als einen Gesellschafter gibt. Zwar gilt zumindest außerhalb der EU für eine solche Gesellschaft nicht das EuGVVÜ, doch wird es häufig nicht erwünscht sein, dass die Gerichte des Offshore Standortes entscheiden, insbesondere, wenn dieser Ort von den Gesellschaftern weit entfernt ist und die Gesellschafter die betreffende Rechtsordnung kaum kennen. Da fast alle Länder Schiedsvereinbarungen akzeptieren, dürfte eine Schiedsklausel häufig angezeigt sein; jedenfalls dann, wenn nicht völlig klar ist, ob das Recht des Offshore Standortes Gerichtsstandsvereinbarungen anerkennt.

V. Internationales Steuerrecht

1. Doppelbesteuerung

Wenn Du überlegst, außerhalb Deines Heimatlandes beruflich tätig zu werden (ob mit oder ohne eine Gesellschaft, spielt dabei keine Rolle), musst Du auch das internationale Steuerrecht beachten. Es kann vorkommen, dass Du zweimal steuerliche Verpflichtungen zu erfüllen hast, einmal in Deinem Heimatland, einmal in dem Land, aus dem heraus Du tätig wirst. Auf diese Weise können sich Steuerlasten plötzlich verdoppeln.

International wird eine solche Doppelzahlung in der Regel durch sog. Doppelbesteuerungsabkommen vermieden, die zwischen zwei Staaten geschlossen werden und die in der Regel auf einem Musterabkommen beruhen, welches die OECD entwickelt hat⁸⁷. Jedoch existieren solche Abkommen nur da, wo sie bilateral auch geschlossen wurden. Fehlt ein solches Abkommen, ist es ohne weiteres möglich, dass es zu einer doppelten Besteuerung kommt: wie etwa zwischen Hongkong und Deutschland.

Doch auch jenseits der Gefahr der Doppelbesteuerung kennen viele nationale Rechtsordnungen eine Besteuerung ihrer Staatsbürger über die eigenen Grenzen hinweg. Besonders drastisch gilt dies für US-Amerikaner und Schweizer, die immer ihr gesamtes Welteinkommen dort versteuern müssen, unabhängig davon, wo sie leben und sich aufhalten. Sie können der heimischen Steuer nur entkommen, indem sie ihrer Staatsangehörigkeit entsagen.

⁸⁷ Ist leider nur kostenpflichtig erhältlich, s. <http://www.oecd.org/berlin/publikationen/oecd-musterabkommenzurvermeidungvondoppelbesteuerung.htm> .

Für die meisten anderen Staaten gilt dagegen aufgrund einer entsprechenden Vorgabe in dem Muster Doppelbesteuerungsabkommen der OECD prinzipiell eine Grenze von 183 Tagen. Ist man mehr als diese Zeit im Ausland aufhältig und auch nicht mehr im Heimatland wohnhaft (hat dort seinen Lebensmittelpunkt), sind die Angehörigen solcher Länder im Heimatland im Grundsatz nicht mehr (einkommens-)steuerpflichtig.

2. Nationale Einkommenssteuerrecht

a) Unbegrenzte Einkommenssteuerpflicht *natürlicher Personen*

In Deutschland ist (unbegrenzt) steuerpflichtig, wer hier gem. § 1 EStG wohnt (§ 8 AStG) oder wenigstens seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort (§ 9 AStG) hat. Dann ist man – wie in vielen anderen Staaten auch⁸⁸ –, verpflichtet, sein gesamtes Welteinkommen hier zu versteuern.

Dabei kommt es materiell eigentlich eher auf Deinen gewöhnlichen Aufenthaltsort an. Dieser wird nach § 9 AO dadurch begründet, dass sich aus der Art des Aufenthaltes entnehmen lässt, dass er nicht nur vorübergehend sein soll. Dies ist nach dem Gesetz jedenfalls positiv dann der Fall, wenn der Aufenthalt sechs Monate im Jahr überschreitet. Dabei ist jedoch in negativer Hinsicht grade nicht gesagt, dass ein gewöhnlicher Aufenthalt eindeutig ausscheidet, wenn man nur geringere Zeit im Jahr in Deutschland aufhältig ist.

Rat: Niemals auf die vielfach kolportierten 183 Tage hereinfließen: sie sagen nur, dass man bei mehr als 183 Tagen Aufenthalt in einem Land steuerbar ist, nicht aber, dass man darunter nicht steuerbar ist!

Dennoch wird die 183 Grenze weitgehend beachtet, wenn man denn tatsächlich in Deutschland keine *Wohnung* mehr hat. Doch eine Wohnung ist bereits dann gegeben, wenn man über sie nur für einen Tag des Jahres verfügt (bzw. in ihr wohnt). Unschädlich ist, sich für kurze Zeit etwa über Airbnb oder Untermiete eine Wohnung zu verschaffen und diese zu bewohnen, denn als Wohnung wird nur angesehen, was nach den Umständen auf gewisse Dauer genutzt werden soll. Entscheidend ist der dauerhafte Zugriff auf die Wohnung. Dabei kann schon das Gästezimmer bei den Eltern schädlich werden, wenn dieses tatsächlich vorgehalten wird und man gar einen Schlüssel dafür hat.

Oliver Kahn ist etwa darüber gestolpert, dass er zwar aus steuerlichen Gründen in Österreich wohnte, aber in München bei seiner Schwester noch ein Zimmer hatte, über dessen Schlüssel er verfügte. Dieser Tipp einer Verlassenen hat ihn erhebliche Steuernachzahlungen und eine saftige Geldstrafe gekostet. Bei *Eheleuten* wird im Übrigen praktisch unwiderleglich vermutet, dass die Wohnung des Ehegatten auch von dem anderen genutzt wird, erst recht, wenn dort auch minderjährige Kinder wohnen.

Es sind auch mehrere Wohnsitze möglich, dabei führt es aber schon zur Steuerpflicht in Deutschland, wenn nur einer davon im Inland gelegen ist⁸⁹.

⁸⁸ Ausnahmen sind häufig Offshore-Standorte wie etwa Malta, aber auch z. B. England, hier muss ausländisches Einkommen gar nicht oder jedenfalls nicht ohne weiteres versteuert werden.

⁸⁹ Für Nomaden oder digitale Unternehmer praktisch nicht relevant sollte die erweiterte unbeschränkte Steuerpflicht des § 1 Abs. 2 EStG werden können, diese betrifft nur staatliche Dienstträger.

b) Steuerpflicht von Körperschaften (juristischen Personen)

Ganz ähnlich ist die Rechtslage für Kapitalgesellschaften, die der Körperschaftssteuer unterliegen, also insbesondere UGs und GmbHs. Gem. § 1 Abs. 1 KStG ist auch deren Welteinkommen in Deutschland zu versteuern, wenn sie gem. § 11 KStG ihren Sitz in Deutschland haben. Ebenso wie bei der Wohnung kommt es auch hier auf einen materiellen Begriff des Sitzes an: Maßgeblich ist nach § 10 KStG der Sitz der Gesellschaft. Dies ist der Ort, an dem die *wesentlichen Entscheidungen* der Gesellschaft getroffen werden. Letztlich entscheidet damit der Hauptaufenthaltsort oder gar die Wohnung des Geschäftsführers, wo der Sitz der Gesellschaft ist.

Auf Nomaden sind Gesetz oder Rechtsprechung aber auch hier nicht eingestellt, denn bei wechselnden Aufenthalten soll es auf den Ort ankommen, an dem der Schwerpunkt der geschäftlichen Leitung liegt. Dies mag für *Nomaden* unmöglich festzustellen sein. Die Annahme einer Steuerpflicht in Deutschland sollte dann nicht möglich sein. Jedoch ist das alles nicht gesichert. Ständiges Reisen ist weder im internationalen Gesellschaftsrecht noch im internationalen Steuerrecht vorgesehen.

c) beschränkte Einkommenssteuerpflicht

Doch selbst wenn man in Deutschland nicht unbeschränkt steuerpflichtig ist, bedeutet dies nicht, dass Deutschland ohne weiteres gewillt ist, Einnahmen unbesteuert aus dem Land fließen zu lassen. Denn selbst jemand, der seinen gewöhnlichen Aufenthalt nicht in Deutschland hat, muss gem. § 1 Abs. 4 und § 49 EStG wenigstens die Einnahmen in Deutschland versteuern, die er im *Inland erzielt* hat.

Dies sind nicht ohne weiteres Lieferungen und Leistungen, die etwa ein digitaler Nomade aus dem Ausland nach Deutschland leistet (diese gelten vielmehr als im Ausland erbracht⁹⁰), wohl aber Einnahmen aus Tätigkeiten gegenüber Deutschen, die hier erbracht wurden oder Einnahmen aus Beteiligungen an Gesellschaften, Zinsen auf Kapital oder Mieten für Immobilien in Deutschland (dazu kann sogar der Gewinn aus der Untervermietung der Wohnung gehören, deren Behalten einen unbeschränkt steuerpflichtig gemacht hätte).

Dabei hat bereits die beschränkte Steuerpflicht zur Folge, dass sämtliche ausländischen Einkünfte gegenüber den deutschen Finanzbehörden *angegeben* werden müssen. Denn zwar bleiben die ausländischen Einkünfte steuerfrei, doch werden sie für die Berechnung der Progression berücksichtigt, mit der die inländischen Einkünfte besteuert werden. Wenn etwa der Steuersatz für 10.000 Euro deutsche Einkünfte nur 10 % betragen würde, könnten diese doch mit dem absoluten Spitzensteuersatz (inklusive Reichensteuer) von 45 % zu besteuern sein. Hat der Betreffende also etwa im Ausland noch weitere 130.000 Euro verdient, muss er 4.500 Euro von seinen deutschen Einkünften abführen.

3. Einfach beschränkt reicht nicht: die erweiterte beschränkte Einkommenssteuerpflicht

Damit hat es natürlich nicht sein Bewenden. Es gibt auch noch die erweiterte beschränkte Einkommenssteuerpflicht. Dieser unterliegt gem. § 2 AStG (Außensteuergesetz) derjenige, der

⁹⁰ Nach § 34 d Nr. 2 a) EStG sind ausländische Einkünfte aus Gewerbebetrieb gegeben, wenn sie von einer ausländischen Betriebsstätte gem. § 12 AO oder einen dort tätigen ständigen Vertreter gem. § 13 AO erzielt werden. Das gleiche gilt für sonstige selbstständige Einkünfte natürlicher Personen. Anders nur – für die Umsatzsteuer – nach der europäischen Richtlinie für digitale Leistungen im B2C Geschäft, hier kommt es – ausnahmsweise – auf den Ort an, zu dem die Leistung geliefert wird.

in einem Niedrigsteuerland lebt (einem Land mit einer Steuerlast von maximal einem Drittel der deutschen) und noch – etwa als Anteilseigner einer deutschen Gesellschaft – wirtschaftliche Beziehungen zu Deutschland unterhält. Dann sind noch weitergehend Einkünfte im Inland zu versteuern. Bei einer Abmeldung in ein Niedrigsteuerland sind damit noch weitere Schwierigkeiten möglich, die eine gute steuerliche Beratung erfordern.

4. Wegzugsbesteuerung

Aber auch damit sind die Fälle, in denen der deutsche Staat seine Bürger in das Ausland verfolgt, nicht vorüber. Allein der Wegzug aus Deutschland löst bereits bestimmte Steuerpflichten aus.

a) Grundsatz

Nach § 4 Abs. 3 EStG wird der Ausschluss oder die Beschränkung des deutschen Besteuerungsrechtes aus der Veräußerung und Nutzung eines Wirtschaftsgutes als Entnahme behandelt, die sofort zu einer steuerpflichtigen Einnahme führt. Diese Norm gilt jedoch nur für bestimmte Wirtschaftsgüter und nicht für die bloße Verlagerung von abstrakten, zukünftigen Gewinnpotentialen wie etwa bei einem Einzelunternehmen oder einer Personengesellschaft.

Nach § 16 Abs. 3a EStG ist bei einem Ausschluss oder der Beschränkung des deutschen Besteuerungsrechtes hinsichtlich des Gewinns aus der Veräußerung sämtlicher Wirtschaftsgüter des Betriebs oder eines Teilbetriebs einer Betriebsaufgabe gleichzusetzen. Damit ist der gesamte Wert des Betriebes sofort zu versteuern. Auch hier ist erforderlich, dass etwaige Kundenbeziehungen oder Geschäftschancen zu einem Wirtschaftsgut konkretisiert wurden, das gilt also wieder eher für verfasste Produktionsbetriebe als reine Dienstleistungsunternehmen oder Personengesellschaften.

b) Funktionsverlagerung

Schließlich kann eine Wegzugsbesteuerung aus den Regelungen zur sog. Funktionsverlagerung nach § 1 Abs. 3 S. 9 ff. AStG folgen. Nach herrschender juristischer Meinung finden die Regeln zur Funktionsverlagerung durch das sog. AOA in § 1 Abs. 5 S. 1 ff. AStG auch für Verlagerungen von Funktionen zwischen Betriebsstätten Anwendung⁹¹.

Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist eine Funktionsverlagerung gegeben, wenn „eine Funktion einschließlich der dazugehörigen Chancen und Risiken und der mit übertragenen oder überlassenen Wirtschaftsgüter und sonstigen Vorteile verlagert wird“.

Rechtsfolge ist, dass die steuerlichen Einkünfte der inländischen Betriebsstätte, die in das Ausland verlagert wird, um den Preis erhöht werden, den ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsführer am Markt für die abgegebene Funktion erzielt hätte. Da ein solcher Preis in der Regel am Markt nicht gebildet wird, wird ein hypothetischer Fremdvergleichspreis ermittelt, der schwierig zu berechnen ist.

Der Fremdvergleichspreis wird als Barwert ermittelt, in dem das in der übertragenen Funktion liegende Gewinnpotential nach Steuern (G) mit einem risikoadäquaten Zinssatz (i) diskontiert wird. Dabei ist immer ein besonderer Einflussfaktor, inwieweit bei dem Gewinnpotential ein

⁹¹ Schnitger, IStR 2012, 638.

angemessener Unternehmerlohn als zusätzliche Betriebsausgabe anzusetzen ist. Weil es sich um neue Rechtsgrundsätze handelt, ist hier vieles noch offen.

c) Ausnahmeregelungen

Nach Ansicht der Steuerverwaltung⁹² gilt: „Vorgänge, die von fremden Dritten nicht als Veräußerung oder Erwerb einer Funktion angesehen würden, sind nicht nach den Grundsätzen der Funktionsverlagerung zu behandeln. Es kann sich um geringfügige oder zeitlich begrenzte Verlagerungen handeln (z. B. Bagatellfälle mit Umsatzeinbußen weniger als 1.000.000 Euro) [...]“. Darüber hinaus sieht § 1 Abs. 3 S. 10 AStG drei Ausnahmen von den Grundsätzen Funktionsverlagerung vor. Für all diese Fälle ist aber eine Steuerberatung unerlässlich.

Anzumerken ist noch, dass die Wegzugsbesteuerung *europarechtswidrig* sein könnte und deshalb nach deutschem Recht im Fall eines Wegzuges innerhalb der EU die Wegzugsbesteuerung gestundet und gegebenenfalls ganz erlassen wird.

VI. Der gemeinsame Meldestandard der OECD

1. Der Niedergang der Offshore-Standorte

Jahrzehntelang war Steuerflucht ein einfaches Unterfangen. Wie bereits angemerkt, besonders kleine und arme Länder haben geradezu einen Wettlauf um das einfachste, am wenigstens kontrollierte und stärksten anonymisierte Gesellschaftsrecht geführt. Von Belize nach Uruguay, von der Schweiz über Lichtenstein nach Monaco, von Seychellen bis Hongkong entstanden Unmengen von *Briefkastengesellschaften*; so genannt, weil Ihr ganzes Vermögen oder Unternehmen praktisch nur aus einem Briefkasten und einem Konto bestand und sie ansonsten in dem betreffenden Land nichts anderes unternahmen, als eben Einnahmen/Vermögen zu verstecken.

Dies ist bei den Offshore Standorten sogar Programm, ob in Hongkong oder den Steuerzonen der Arabischen Emirate (z. B. Jebel Ali Free Zone oder Ras al Khaimah), es können nur solche Gesellschaften als Offshore Gesellschaften gegründet werden, die ausschließlich ausländische Einkünfte erzielen und gar nicht im Inland tätig sind. Für Gesellschaften, die auch in dem betreffenden Land tätig werden wollen, gilt ein ganz anderes – viel strengeres – Gesellschaftsrecht.

Um auf diese Weise sein Geld vor der Steuer zu verstecken, bedurfte es bald nicht mehr fin-diger Recherchen, vielmehr wurde es in vielen Banken Teil der normalen Beratung, den Kunden Offshore Gesellschaften zu empfehlen und (teuer) zu verkaufen. Gleichzeitig wurde immer mehr ruchbar, wie mit Hilfe derartiger Gesellschaften internationale Konzerne wie Apple, Starbucks, Amazon und viele andere ihre Steuerlast auf unter 2 % senken konnten.

Musterbeispiel eines solchen Offshore Standortes war das kleine Liechtenstein zwischen Österreich und der Schweiz. Dieses bot nicht nur Gesellschaften mit beschränkter Haftung, bei denen nur ein zur absoluten Berufsverschwiegenheit verpflichteter Treuhänder im Register eingetragen wurde, sondern sogar ebenso anonyme Sondervermögen, Stiftungen liechtensteinischen Rechts, mit denen das Schwarzgeld dann ohne Probleme wieder im Heimatland, etwa in Immobilien, investiert werden konnte. Dadurch brachte es das kleine Liechtenstein zu 31 Versicherungen, 27 Fondsgesellschaften und 15 Banken bei einem per 2008 verwalteten

⁹² VwGrds FV, Rn. 49.

Vermögen von ca. 277 Milliarden Euro. Schätzungen zufolge waren mehr als 95 % davon Schwarzgeld.

Mit der umfassenden Verbreitung wurde es der Politik aber unmöglich, die weltweit grassierende Steuerhinterziehung unter dem Radar zu halten. Die Steuerehrlichkeit der Normalbevölkerung war angeblich deutlich in Gefahr (nicht, dass die Politiker – wie die Schwarzgeldkassen der CDU zeigten – dem widerstehen konnten), so dass sich jetzt auch die langsamsten Politiker zum Handeln herausgefordert fühlten⁹³.

Der Niedergang der Offshore Welt begann jedoch eher auf Initiative einzelner Steuerfahnder mit den sog. Steuer CDs, die insbesondere von Deutschland aufgekauft wurden. Am Morgen des 14. Februar 2008 klingelten, von Fernseh-Kameras werbewirksam begleitet, deutsche Steuerfahnder bei dem Chef der Deutschen Post, Klaus Zumwinkel, um wegen mittels einer liechtensteinischen Stiftung hinterzogener 1,2 Millionen Euro eine Hausdurchsuchung zu starten. Erfahren hatten die Steuerfahnder davon durch eine Daten-CD, die sie von einem Liechtensteinischen Bankangestellten aufgekauft hatten. Seitdem ist Liechtenstein als Offshore Standort weitgehend erledigt. Unmengen von sog. „Briefkastenfirmen“ wurden aufgelöst oder nach Panama und Singapur geschafft⁹⁴. Liechtenstein sah sich erheblichem politischen Druck ausgesetzt und zeichnete plötzlich Doppelbesteuerungs- und Auskunftsabkommen mit wesentlichen Teilen der westlichen Welt. Heute gibt es nur noch halb so viele Stiftungen in Liechtenstein wie vor dem Leak.

Noch schlimmer erging es Zypern. Dieses geriet im Zuge der Griechenlandkrise in erhebliche finanzielle Schieflage und musste im Gegenzug zu einem 10 Milliarden-Hilfspaket der EU die Inhaber der vielen Briefkastengesellschaften (überwiegend Russen) an der Rettung der eigenen Banken mit weiteren 13 Milliarden Euro beteiligen (durch Enteignung ihrer Guthaben bei den faktisch insolventen zypriotischen Banken). Plötzlich war das im sicheren Hafen gewählte Schwarzgeld verschwunden. Zwar gelang es wohl den reichsten Russen, ihr Geld, rechtzeitig gewarnt, noch außer Landes zu bringen, doch grade die Hinterzieher mit kleinerem Vermögen wurden empfindlich getroffen. Völlig unklar ist danach, warum im Internet immer noch verbreitet zypriotische Briefkastengesellschaften promotet werden. Denn ein solcher Standort hat natürlich jegliches Vertrauen der „Investoren“ verspielt und als Offshore-Standort ausgedient, zumal auch Zypern zu ähnlichen Zugeständnissen gezwungen wurde wie Liechtenstein. Die nächste Finanzkrise Zyperns dürfte damit nicht mehr weit hin sein.

Doch es sollte für die Offshore-Welt noch schlimmer kommen. Am 4. April 2013 rächte sich die Umstellung auf die digitale Welt in einem unvorstellbaren Ausmaß. Später Offshore-Leaks getauft, wurde eine unglaubliche Datenmenge aus dem Innersten der Offshore-Standorte öffentlich. 2,5 Millionen Dokumente über 130.000 vermögende Privatpersonen und 120.000

⁹³ Durchaus kann man auch der Auffassung sein, dass es den teilnehmenden Staaten darum geht, dass eigene Steuersubstrat um jeden Preis zu hindern, in das Ausland zu gehen. Da die Top 5% Bestverdienenden (in Deutschland diejenigen, mit einem Einkommen von mehr als 100.000 p. A.), allein 45% des Einkommenssteueraufkommens der Bundesrepublik erbringen, kann deren Abwanderung durchaus fühlbar werden, zumal die Steuertricks der Multinationalen Unternehmen vom Double Irish bis zum Steuersatzkauf in Luxemburg durch das Abkommen unangetastet bleiben.

⁹⁴ Wo ihnen voraussichtlich auch nur eine kurze Pause vergönnt ist.

Offshore-Gesellschaften, Millionen Bankbuchungen, Verträge und Urkunden aus vielen Offshore-Standorten, die genau erkennen ließen, auf welche Wege hier das Geld vor den heimischen Finanzämtern versteckt und gewaschen wurde.

Ganz besonders deutlich wurde gerade bei diesen Dokumenten auch die helfende Hand vieler Banken, der großen deutschen ebenso wie vieler Schweizer Banken, aber auch Banken aus aller Welt, die daraufhin Strafen zwischen mehreren Millionen und einigen Milliarden Euro wegen Beihilfe zur Steuerhinterziehung zahlen mussten. In der Konsequenz bemühen sich jedenfalls europäische Banken ganz besonders darum, ihre steuerhinterziehende Klientel los zu werden.

Dennoch soll immer noch die unglaubliche Summe von 5,8 Billionen Euro in Offshore Standorten versteckt sein. Spitzenreiter ist immer noch die Schweiz mit 1,8 Billionen Euro, gefolgt von Singapur und Hongkong mit je ca. 750 Milliarden Euro.

Ebenso ist immer noch selbst die Niederlande ein Offshore-Standort, da hier – jedenfalls bis vor kurzem – Lizenzeinnahmen nicht versteuert werden müssen. Dies erlaubt u. a. multinationalen Unternehmen wie Starbucks, mithilfe des sog. Irish-Dutch Sandwich, seine Storeeinnahmen weitgehend steuerfrei zu kassieren. Dies funktioniert wie folgt: Alle Stores in Europa zahlen hohe Lizenzabgaben an eine die Marke Starbucks lizensierende Tochtergesellschaft von Starbucks in den Niederlanden. Dadurch machen die Stores national kaum Gewinn. Dieser steuerfreie Gewinn wird dann an eine irische Tochter transferiert, weil in Irland Einnahmen außerhalb Irlands nicht versteuert werden müssen. Von da aus fließen die Gelder dann meist in karibische Holdings, wo sie weitgehend verwahrt werden (müssen), da sie legal nicht in die USA verbracht werden können. Viele US-Multis haben aus diesem Grund Billionen im Ausland vorrätig.

Ähnlich gibt es weitere europäische Staaten, die eigentlich nicht als Steueroasen vermutet werden, aber ebenfalls spezielle Steuererleichterungen bieten. Belgien hält etwa besondere Vorteile für Holdings parat und England sucht sich im Zuge des Brexits auch als neue Steueroase zu positionieren.

Grade für die Großunternehmen funktioniert die Offshore Welt damit immer noch, zur Not handelte man bis vor kurzem jedenfalls noch mit dem heutigen Chef der EU Kommission und vormaligen luxemburgischen Finanzminister einfach Steuern von 1,5 % aus, um dort ansässig zu werden (sic!). Für kleinere Unternehmen oder Steuersünder ist die Nutzung der Offshore Welt dagegen wenigstens sehr schwer geworden.

Dennoch, die Luft für die Offshore Welt wird immer dünner, die Datenlecks reißen nicht ab. Berühmt geworden sind danach etwa noch die Panama Leaks und soeben ist öffentlich geworden, dass Nordrhein-Westfalen erneut über den Ankauf einer Steuer CD verhandelt. Wer Offshore Firmen nutzt, muss allein deshalb immer damit rechnen, dass sein Name plötzlich Teil eines Leaks wird. Wer danach nach Hause kommt, sollte einen guten Steuerstrafverteidiger an seiner Seite haben.

2. Einführung des gemeinsamen Meldestandards

Die Antwort der westlichen Finanzminister wurde 2014 fertig gestellt. Es ist der automatische Informationsaustausch von Konten- und Finanzinformationen. Die OECD (Organisation for

Economic Co-operation and Development der meisten europäischen Staaten plus der Türkei und den USA) verabschiedete hierzu 2014 ein Musterabkommen, das ursprünglich von 51 Staaten ratifiziert wurde. Es hat sich aber als großer Erfolg erwiesen, inzwischen gibt es sogar 91 Mitgliedsstaaten. Darunter findet sich ab 2017 die gesamte EU (außer Bulgarien), aber auch viele berühmte Offshore Standorte wie die Cayman Islands, Seychellen, Gibraltar, Liechtenstein, Malta, Zypern, oder die British Virgin Islands, ab 2018 auch noch weitere bedeutende Offshore-Standorte wie die Vereinigten Emirate, Belize, Hongkong, Singapur, Uruguay und die Schweiz⁹⁵. Hinzu kommen dann auch wichtige westliche Industrienationen wie Kanada, Australien, Neuseeland oder Japan. Es bleiben zwar derzeit (!) noch viele Standorte übrig⁹⁶, wie Georgien, Bosnien, Aserbeidschan, Palau, Vanatu, Thailand, Vietnam und vor allem die Vereinigten Staaten (die aber dahingehende bilaterale Abkommen schließen wollen und bei denen die Daten wohl kaum sicher sind). Doch wirklich interessant sind diese als Offshore Standort sämtlich (derzeit) nicht, allenfalls die USA ließe sich insbesondere mit den Bundesstaaten Delaware, Nevada und Florida als Offshore-Standort begreifen, da Einnahmen außerhalb der USA hier nicht zu versteuern sind.

3. Generalverdacht für Briefkastenfirmen

Gemeldet werden damit von den Banken in den betroffenen Ländern automatisch, also ohne, dass es auch nur einer Anfrage bedarf:

- Zunächst einmal sämtliche Informationen über **bestehende** Konten **natürlicher Personen** (dies umfasst Name, Anschrift, Ansässigkeitsstaaten, Steueridentifikationsnummer sowie Geburtsdatum und -ort jeder meldepflichtigen Person, die Inhaber des Kontos ist, nebst Kontostand zum Jahresende oder dem Datum der Auflösung nebst aufgelaufenen Zins- und sonstigen Erträgen⁹⁷). Dabei wird zwischen Konten mit geringem (bis 1 Millionen US-Dollar) und Konten mit hohem Wert unterschieden. Bei geringem Wert muss das Finanzinstitut lediglich die Ansässigkeit des Kontoinhabers anhand einer mit Belegen versehenen Hausanschrift überprüfen (wahrscheinlich z. B. Stromrechnung oder ähnliches). Es kann aber auch in den bei ihm gespeicherten Daten suchen, ob sich nicht doch Indizien ergeben, dass die Person meldepflichtig ist, weil sie aus einem Teilnehmerstaat des Gemeinsamen Melde-Standards stammt (z. B. durch Daueraufträge in ein Teilnehmerland)⁹⁸. Bei widersprüchlichen Informationen muss das Finanzinstitut sogar eine weitergehende Überprüfung mittels einer Selbstauskunft vornehmen⁹⁹. Bei Konten mit hohem Wert gelten sogar weitergehende Sorgfaltspflichten wie die Suche nach Papierunterlagen oder eine Befragung des Kundenbetreuers.
- Bei **Neukonten natürlicher Personen** (ab 2016) ist immer eine Selbstauskunft und eine Plausibilitätsprüfung durch das Finanzinstitut vorgesehen. Die Bank wird also eine Meldeadresse, eine Steuernummer und geeignete Belege dafür fordern, ehe das Konto überhaupt eröffnet wird. Dabei ist zu beachten, dass die Banken bereits heute recht

⁹⁵ Vgl. die Webseite der OECD: <http://www.oecd.org/tax/transparency/AEOI-commitments.pdf>.

⁹⁶ Vgl. die nicht offizielle Seite: <https://thebanks.eu/articles/countries-which-will-not-automatically-exchange-account-information>, die etwa noch Panama im Widerspruch zu der OECD Seite enthält.

⁹⁷ OECD Gemeinsamer Melde-Standard Abschnitt I A.1, wobei Übergangsfristen für fehlende Informationen nur bis zu zwei Jahre betragen, Abschnitt I C.

⁹⁸ OECD Gemeinsamer Meldestandard Abschnitt III B. 2.

⁹⁹ OECD Melde-Standard S. 14.

mächtige kyc-Software (know your customer) verwenden, die bis hin zu einer Auswertung von Social Media Daten reichen, die Vortäuschung einer fremden Adresse kann also schwierig werden.

- Bei **bestehenden** Konten von **Rechtsträgern** (Gesellschaften oder Trusts), müssen die Finanzinstitute ab einem Kontostand von 250.000 US-Dollar zunächst prüfen, ob der Rechtsträger selbst eine meldepflichtige Person ist und einem Mitgliedsstaat angehört. Das ist der Fall, wenn es sich um eine sog. „passiv Non Financial Entity“ gem. Abschnitt VIII.D.7ff. des OECD-Musterstandards handelt. Das sind nach VII.D.9 alle Gesellschaften, die mehr als 50 % sog. passive Einkünfte (Zinsen, Lizenzgebühren, Mieten etc.) erzielen¹⁰⁰. Bei solchen Gesellschaften muss das Finanzinstitut dann auch noch untersuchen, wer die, die passive Gesellschaft beherrschenden natürlichen Personen sind (Gesellschaftsanteil von 25 % oder mehr) und diese in dem Umfang¹⁰¹ von Abschnitt I A.1. des gemeinsamen Meldestandards der OECD melden¹⁰². Dabei reicht es bereits hin, wenn ein Indiz für eine Ansässigkeit der beherrschenden Person in einem Mitgliedsstaat des Melde-Standards besteht¹⁰³, danach ist es Sache des Kunden, zu belegen, dass er doch nicht aus einem Mitgliedsstaat kommt¹⁰⁴. Gerade digitalen Nomaden dürfte es aber schwerfallen, geeignete Dokumente dafür beizubringen, dass sie nicht in einem Mitgliedsstaat ansässig sind, weil sie grade über keine derartigen Dokumente verfügen.
- Bei **Neukonten** von **Rechtsträgern** gelten die soeben angegebenen Prüfungspflichten dann aber ohne Schwellenwert, d. h. ab da gilt der Generalverdacht gegenüber allen (zu mehr als 50 %) passiven, insbesondere im jeweiligen Inland nicht ansässigen (tätigen) Gesellschaften¹⁰⁵, wenn auch nur ein Indiz für die Beherrschung (Gesellschafter mit mehr als 25 %) durch eine Person aus einem Mitgliedsstaat besteht.

Im Ergebnis wird es damit fast unmöglich, noch Auslandskonten zu unterhalten, von denen der Heimatstaat nicht (automatisch) erfährt. Das kann für alle echten Nomaden, die einen vollständigen Wohnsitz im Ausland haben oder jedenfalls keinen (Rest-) Wohnsitz in ihrem Herkunftsland, zwar an sich gleichgültig sein. Zu beachten ist jedoch, dass die Meldung einer ausländischen Bank über ein Offshore Konto einen Generalverdacht der Steuerhinterziehung (wenn nicht gar schlimmerem wie Geldwäsche) auslöst und sich der Betroffene nachhaltigen Ermittlungen ausgesetzt sehen kann.

¹⁰⁰ Sicher sind hier nur in dem jeweiligen Land aktiv niedergelassene und tätige Unternehmen.

¹⁰¹ Also Name, Anschrift, Ansässigkeitsstaaten, Steueridentifikationsnummer sowie Geburtsdatum und -ort jeder meldepflichtigen Person, die letztlich Begünstigter des Kontos der Gesellschaft oder des Trusts ist, nebst Kontostand zum Jahresende oder dem Datum der Auflösung nebst aufgelaufenen Zins- und sonstigen Erträgen.

¹⁰² OECD Melde-Standard S. 14.

¹⁰³ Vielfach wird insbesondere von einschlägigen Agenturen noch darauf hingewiesen, dass mittels eines Treuhänders die Meldung umgangen werden kann, doch ist das schon im Hinblick darauf unrichtig, dass diese Treuhänder gerade in Offshore-Staaten umfangreich bekannt sind und meist ohnehin berufsrechtlich ebenfalls zur Offenbarung verpflichtet sind.

¹⁰⁴ OECD Melde-Standard Abschnitt III D 1. b).

¹⁰⁵ OECD Melde-Standard S. 14.

Bei diesen Ermittlungen gibt es häufig sogar eine Umkehr der Beweislast. Sowohl der gemeinsame Meldestandard der OECD¹⁰⁶ als auch das deutsche Recht¹⁰⁷ gehen bei Auslands-Sachverhalten davon aus, dass es (im Prinzip) Sache des Steuerpflichtigen ist, zu beweisen, dass er nicht steuerpflichtig ist.

Rat: Jeder digitale Nomade sollte daher alle seine Unterlagen, die auf fremden Aufenthalt hindeuten, sorgfältig aufbewahren, um wenigstens in der Lage zu sein, den Verdacht zu zerstreuen (das gilt zwar auch ohne Offshore-Konto, doch dürften Ermittlungsverfahren dann faktisch seltener zustande kommen).

4. Auswege

Auswege aus dem Generalverdacht der Steuerhinterziehung sind rar gesät. Eine Möglichkeit wäre der echte Wegzug in ein Land, welches Einnahmen aus dem Ausland nicht besteuert, wie in Europa z. B. Malta, Irland und sogar England. Eine bloße Scheinwohnung reicht dafür nicht aus.

Immer wieder gern von entsprechenden Beratern für offshore Lösungen angepriesen sind Lösungen mit einem Wohnsitz in den entsprechenden Staaten. Hier wird dann gern damit geworben, dass man in der betreffenden Steueroase nur z.B. 2 Monate aufhältig sein muss – statt der üblichen 6 – um dort voll steuerpflichtig zu sein – mit natürlich sehr geringen Steuerlasten von oft weniger als 10 %.

Rat: Falle nicht auf diese Regelungen herein. Natürlich hat der Offshore Standort eine solche Regelung, aber dort sind die Steuern niedrig. Die Frage, die Du lösen musst, ist nicht, ob der Offshore Standort Deine Steuern nimmt, sondern ob der Staat, dessen Steuern Du vermeiden möchtest, das anerkennt! Genau das ist aber nicht der Fall. Das deutsche Finanzamt ist die Regelung in dem Offshore Staat gleichgültig, es wird auf die nach den Doppelbesteuerungsabkommen üblichen 6 Monate abstellen und den fremden Wohnsitz darunter grade nicht anerkennen – und dann im Zweifel eben doch besteuern.

Ebenso Legion sind die Werbungen von Offshore Anwaltsfirmen mit einer angeblich echten *Niederlassung*. Da wird dann ein Direktor oder sonst eine Person gestellt, die selbstverständlich nur nach Anweisung handelt (sic!). Gemerkt? Richtig, es kommt darauf an, wo die Entscheidungen getroffen werden. Wo ist das wieder, wenn der Herr Direktor nur auf Anweisung tätig wird? Richtig, das ist eine unzulässige Umgehung. Das wird auch nicht besser, wenn der Herr Direktor ein paar Sachen unterschreibt, eine Umgehung bleibt es alle Mal.

Wer darauf hofft, dass dies unerkannt bleibt, sollte wissen, dass die vielfachen Berater und Treuhänder ganz oft längst bei dem Finanzministerium in Datenbanken stehen. Seit den vielen Leaks stehen da noch mehr von drin als vorher – und selbst wenn jetzt noch nicht, das nächste Leak kommt bestimmt.

Rat: Fingiere keine Niederlassung in einem anderen Land. Anders ist das mit echten Niederlassungen, in denen wirklich Unternehmensfunktionen unterhalten werden. Grade etwa die kanarischen Inseln machen relevante Steuervorteile innerhalb Europas von echten Angestellten und einer wirklichen Niederlassung abhängig. Aber auch in allen Ländern lassen sich echte

¹⁰⁶ OECD Melde-Standard Abschnitt III D 1. b).

¹⁰⁷ Sehr weitgehend § 90 Abs. 2 der deutschen Abgabenordnung (AO).

Niederlassungen gründen, wenn man denn wirklich ausreichende Substanz in dem Land hat (und überhaupt benötigt, für Freelancer ist das kaum darzustellen).

Weitere Ratschläge sind von den individuellen Umständen abhängig und sollten mit qualifizierter Beratung (die nicht davon lebt, Steuersparlösungen selbst zu verkaufen) gesucht werden.

E. Rechtssichere Website

Für eine Website bestehen in Deutschland und Europa viele rechtliche Vorschriften. Das beginnt mit einem Impressum, geht weiter über die Anforderungen des Datenschutzes, das Wettbewerbsrecht, vielfältige Informationspflichten, den Rechtsgrundsätzen zum elektronischen Geschäftsverkehr, der Dienstleistungsinformationsverordnung und dem gesamten Fernabsatzrecht. Insgesamt sind das weit über 200 Anforderungen.

Hältst Du diese nicht ein, drohen vielfältige Rechtsfolgen. Das beginnt nur mit einer Abmahnung von Konkurrenten, Nutzern oder Abmahnvereinen, kann aber auch Unterlassungs- und Beseitigungsklagen auslösen. Weiter kommen Schadensersatzansprüche in Betracht. Behörden können zudem – insbesondere seit Geltung der DSGVO – empfindliche Bußgelder aussprechen.

I. Impressum

Ein Impressum zu erstellen, gelingt mit den verbreiteten Generatoren oder dem easyRechtssicher Kurs Impressum und Datenschutz¹⁰⁸ mit allen Mustern und Videoanleitung schnell und meist auch zuverlässig.

Dennoch gibt es immer wieder Fragen zu dem Thema, insbesondere zu der Angabe der Telefonnummer im Impressum und welche Anforderungen an die im Impressum genannte Adresse zu stellen sind.

1. Angabe der Telefonnummer

Leicht umstritten und ein wenig **kompliziert** ist beim Impressum vor allem die Frage nach der Angabe der **Telefonnummer**. Im deutschen Gesetzestext wird die Telefonnummer sowohl in § 5 TMG und für Geschäfte mit Verbrauchern im Fernabsatz auch noch mal in Art. 246 § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EGBG explizit gefordert. In den zugrundeliegenden europäischen Vorschriften wird jedoch primär eine schnelle und effiziente Kontaktmöglichkeit verlangt.

Deshalb hat der EuGH für das Impressum¹⁰⁹ und das OLG Köln ¹¹⁰ für den Fernabsatz entschieden, dass die Telefonnummer entbehrlich ist, wenn eine gleichwertige Möglichkeit schneller und effizienter Kommunikation besteht. Für das Impressum hat der EuGH ein Kontaktformular ausreichen lassen, während im Fall des OLG Köln sogar die Optionen

- E-Mail
- tatsächlich erreichbarer Chat und
- Rückrufoption

bestanden.

¹⁰⁸ <https://easyrechtssicher.de/impressum-datenschutz/>, auch mit Plugin erhältlich <https://easyrechtssicher.de/datenschutz-plugin-aktion/>.

¹⁰⁹ EuGH, Urt. v. 16.10.2008, Az.: C-298/07.

¹¹⁰ Urt. v. 08.07.2016, Az.: 6 U 180/15.

Wenn also verbreitet zu lesen ist, dass die Telefonnummer entbehrlich ist, ist dies zwar richtig, es müssen dann aber tatsächlich gleichwertige Kommunikationswege bestehen (die Darlegung- und Beweislast dafür liegt beim Anbieter).

Rat: Sind sie nicht ähnlich ausgeprägt vorhanden wie im Fall des OLG Köln, sollte auf die Telefonnummer nicht verzichtet werden. Zusätzlich ist noch darauf hinzuweisen, dass **Dienstleister** nach der DienstleistungsInfoVO ohnehin verpflichtet sind, die Telefonnummer anzugeben.

Danach ergibt sich:

Für reine Vorstellungsseiten, die online maximal Termine vereinbaren, kannst Du versuchen, mit dem Kontaktformular zu arbeiten, solltest dann aber sehr zeitnahe Erreichbarkeit sicherstellen (wahrscheinlich sicherheitshalber sogar weniger als 10 Minuten). Alternativ kann vor allem das Fax als schnelle Kommunikationsform angeboten.

Dienstleister und Unternehmen, die im Fernabsatz an Verbraucher verkaufen, sollten die Telefonnummer dagegen vorsichtshalber angeben, wenn sie nicht über ausgeprägte andere Wege verfügen, schnell erreichbar zu sein.

Insgesamt wird empfohlen, eine Telefonnummer anzugeben, alles andere kann Abmahner herausfordern (nach einer fehlenden Telefonnummer lässt sich hervorragend mit einem [Crawler¹¹¹](#) suchen). Es lässt sich vermuten, dass Websites, die eine tatsächlich gar nicht erreichbare Telefonnummer neben einer E-Mail-Adresse angeben, seltener abgemahnt werden würden, als Websites, die versuchen, mit gleichwertigen Kontaktmöglichkeiten zu arbeiten. Aber das ist nur eine tatsächliche Vermutung. Rechtlich ist und bleibt in den meisten Fällen die Angabe einer tatsächlich erreichbaren Telefonnummer erforderlich und wenigstens sinnvoll.

2. Angabe der Adresse

Ein weiterer Punkt, der hier und da bei der Erstellung des Impressums Schwierigkeiten macht, ist die Angabe der Adresse. Dies gilt besonders bei einem Auslandsbezug des Unternehmens.

a) Unternehmen in Deutschland

Ist der tatsächliche Sitz eines Unternehmens in Deutschland, muss es auch eine deutsche ladungsfähige Anschrift haben. Diese ist gem. § 5 TMG im Impressum anzugeben. Die ladungsfähige Anschrift ist – verkürzt ausgedrückt – der Ort, an dem man die verantwortliche Person eines Unternehmens (den oder die *Inhaber* bei Freelancern, Freiberuflern, Einzelunternehmen und Gesellschaften bürgerlichen Rechts oder die *Geschäftsführer* oder *Vorstände* bei Gesellschaften oder Vereinen) tatsächlich mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit antrifft¹¹².

Es muss also eine Adresse geben, an der es wenigstens ein *Klingelschild* und einen *Briefkasten* auf den *Namen des Unternehmens* (bzw. des Inhabers) gibt. An dieser Adresse sollte dann im Idealfall auch die verantwortliche Person grundsätzlich angetroffen werden können.

Es ist aber keinesfalls zwingend, dass immer die verantwortliche Person selbst an dieser Adresse anzutreffen ist. Zustellungen an große Unternehmen werden nicht alle an den Vorstand

¹¹¹ <https://de.wikipedia.org/wiki/Webcrawler>.

¹¹² vgl. [BGH, Urt. v. 31.10.2000, Az.: VI ZR 198/99, S. 14.](#)

selbst bewirkt. Dafür können Empfangsberechtigte benannt werden. Dazu können von dem Unternehmen Angestellte oder sonstige Bevollmächtigte (etwa Freunde, Verwandte oder die Sekretärin eines Büroservice) bestellt werden. Ist der Inhaber, Geschäftsführer oder Vorstand also längere Zeit abwesend, kann er am Sitz des Unternehmens für eine dort anzutreffende Person eine *Postempfangsvollmacht* ausstellen und so eine ladungsfähige Anschrift haben, die dann nach § 5 TMG im Impressum angegeben werden kann.

Aber *Vorsicht!* Eine solche Vollmacht bedeutet natürlich auch, dass die entsprechenden Schriftstücke dem Unternehmen zugegangen sind, sobald der Empfangsvertreter diese erhalten hat. Leitet dieser die Post nicht weiter, haftet das Unternehmen für jede Versäumnis, die daraus entsteht. Eine Frist, die durch ein Schriftstück in Gang gesetzt wird, wie etwa die Frist, auf eine Klage zu erwidern, beginnt dann unweigerlich. Versäumt man die Reaktion darauf, kann man sich (normalerweise) nicht damit entlasten, der Bevollmächtigte habe die Post nicht weitergeleitet. Einem Postempfangsbevollmächtigten sollte man also *vertrauen* können.

An sich kann man eine Vollmacht nach § 164 BGB formfrei, also auch mündlich erteilen. Fast immer wird das tatsächlich aber nicht akzeptiert. Von daher empfiehlt es sich, die Empfangsvollmacht schriftlich auszustellen. Weil es sich um eine Vollmacht gegenüber – jedenfalls auch – der Deutschen Post handelt, sollte man dabei gewisse Formalien einhalten. Ein *Muster* einer solchen Vollmacht findet sich etwa in den easyRechtssicher-Kursen, kann man aber auch über Google auffindig machen.

b) Unternehmen mit Sitz im Ausland

Ist der Sitz eines Unternehmens tatsächlich im Ausland, kann auch eine ausländische Adresse angegeben werden. In diesem Fall fragt sich aber bereits, ob die Impressumsangaben überhaupt erforderlich sind. Denn auf eine Website findet das Recht am Ort des Unternehmens Anwendung, also auf eine deutsche GmbH, die tatsächlich in Spanien sitzt, ist spanisches Recht anzuwenden (näheres dazu findet sich in diesem [Blogartikel¹¹³](#) zum international auf Websites anwendbaren Recht).

Innerhalb der EU bedeutet das aber, dass Du in jedem Fall ein Impressum brauchst, weil dies eine einheitliche Rechtsvorgabe in der EU ist. Ist das Unternehmen aber außerhalb der EU ansässig, gilt das dortige Recht. Sieht dieses Recht ein Impressum nicht vor, braucht ein Impressum auch nicht angegeben werden¹¹⁴.

Die Frage, wann ein Unternehmen im Ausland ansässig ist, ist eine Frage des internationalen Gesellschaftsrechts und oben bereits beantwortet.

II. Datenschutzerklärung

Eine Datenschutzerklärung ist nach deutschem Recht bereits seit langem erforderlich. Aber auch etwa im anglo-amerikanischen Rechtskreis ist eine privacy policy erforderlich.

¹¹³ <https://easyrechtssicher.de/anwendbares-recht-im-internet/>.

¹¹⁴ LG Siegen, Urt. v. 9.07.2013, Az.: 2 O 36/13.

1. Die Anwendung der Datenschutzgrundverordnung

Seit Mai 2018 gilt in Europa zudem die neue Datenschutzgrundverordnung. Vielfach konnte man lesen, dass die Datenschutzgrundverordnung keine neuen Anforderungen für das deutsche Recht bringt. Daran ist richtig, dass Deutschland bereits bisher recht strenge Vorschriften für den Datenschutz hatte. Richtig ist aber auch, dass diese oft ignoriert wurden.

Genau diese Missachtung will die DSGVO jetzt aber ändern. Sie enthält wesentlich strengere Anforderungen an die Umsetzung und drastisch erhöhte Strafen und Rechtsfolgen. Damit ist nicht nur das Bußgeld gemeint, auf das immer gern verwiesen wird, sondern der in der Praxis sicher oft viel problematischere Schadensersatzanspruch des Art. 82 DSGVO. Danach kann jede Beschwerde eines Kunden mit einem Anspruch auf Erstattung von Anwaltskosten verbunden sein.

2. Die Konsequenzen der DSGVO für Websites

Die DSGVO bringt auch Neuerungen für die Datenschutzerklärung. Hier gilt wie vorher, dass alle und jede Art von Datenverarbeitung oder Sendung von Daten angegeben werden muss. Nach der Datenschutzgrundverordnung sind aber noch mehr Angaben zu machen als vorher.

Näheres ist in der nachfolgenden **Checkliste** dargestellt:

Anzugeben sind:

| Für alle Websites | Informationspflichten |
|-------------------|---|
| 1. | Name des Verantwortlichen (Betreiber der Website) ggf. seines Vertreters (also bei Gesellschaften Geschäftsführer oder Vorstand) |
| 2. | Kontaktdaten des Verantwortlichen |
| 3. | Datenschutzbeauftragter soweit erforderlich |
| 4. | Kontaktdaten des Datenschutzbeauftragten |
| 5. | Zweck der Datenverarbeitung |
| 6. | Rechtsgrundlage jeder Datenverarbeitung (jeweils speziell zugeordnet) |
| 7. | bei Verarbeitung wg. berechtigter Interessen (z. B. Gefahrenabwehr) dieses Interesse |
| 8. | Empfänger der Daten (nicht bei Auftragsverarbeitung – denn das ist Verarbeitung des Betreibers selbst) |
| 9. | Übermittlung in ein Drittland und Bestehen eines Angemessenheitsbeschlusses oder der sonstigen Grundlage für den Export der Daten |

| | |
|-----|--|
| 10. | Speicherdauer wenigstens bestimmbar |
| 11. | Hinweis auf Auskunftsrecht |
| 12. | Hinweis auf das Recht auf Berichtigung |
| 13. | Hinweis auf Recht auf Löschung oder Einschränkung |
| 14. | Hinweis auf Recht auf Widerspruch |
| 15. | Hinweis auf Recht auf Datenübertragung |
| 16. | Hinweis auf Recht, die Einwilligung zu widerrufen |
| 17. | Hinweis auf Beschwerderecht bei einer Aufsichtsbehörde |
| 18. | Aufklärung, ob die Bereitstellung der Daten gesetzlich oder vertraglich vorgeschrieben ist und ggf. Konsequenzen der Nichtbereitstellung der Daten |
| 19. | ob eine automatisierte Entscheidungsfindung oder Profiling erfolgt und wenn ja, die involvierte Logik |
| 20. | in klarer Form und einfacher Sprache |

3. Datenschutzerklärung formulieren

Der beste und einfachste Weg zu einer rechtssicheren Datenschutzerklärung ist alles abzuschalten, was speichert, misst oder sendet. Dann ist die Erklärung sehr kurz, aber entsprechend limitiert ist der Funktionsumfang der Website.

Ansonsten sollte man Datenschutzerklärung nicht einfach kopieren. Im Zweifel erwischt Du nicht die richtigen Texte. Zudem potenzierst Du die Abmahngefahr noch mal, denn auch der Urheber der kopierten Texte sucht vielleicht im Web nach seinen Formulierungen und dann ist schnell auch deshalb eine Abmahnung fällig.

Es gibt vor allem zwei Lösungen für die Datenschutzerklärung. Entweder verwendest Du einen der vielen Generatoren oder ein Plugin. Dabei ist das [easyRechtssicher Plugin](#) die einzige Lösung direkt für das Backend außerhalb komplexer Shoplösungen. Es gibt noch ein anderes Plugin, aber das funktioniert jedenfalls derzeit und seit geraumer Zeit nicht.

Mit einem Plugin kannst Du jederzeit eine neue Seite für die Datenschutzerklärung erstellen. Ändert sich etwas – sei es auf der Website, sei es bei den rechtlichen Anforderungen – kannst Du die Datenschutzerklärung einfach neu erzeugen. So bleibt die Datenschutzerklärung immer aktuell.

Vorteile sind damit:

- Einstellung im Backend, wo man sie braucht, kein copy and paste.
- Einstellungen bleiben immer gespeichert.
- schnelle Änderung nur einer Einstellung für die Anpassung.

4. Erforderliche Informationen

Aber ob Plugin oder Datenschutz-Generator, allein reichen diese Tools niemals aus. Es gibt viele Einstellungen, die auch auf der Website erforderlich sind. Nicht alle Tools darfst Du verwenden, manche musst Du speziell einstellen.

Deshalb ist für eine rechtssichere Website mehr als ein Datenschutz Generator oder ein Plugin erforderlich. Sonst muss man immer noch umfangreich im Netz recherchieren, verliert viel Zeit und weiß am Ende im Zweifel immer noch nicht, was genau gilt.

Wenn Du Glück hast, findest Du in dem Datenschutz-Generator einige wenige Hinweise. Manchmal fehlen Sie sogar ganz, manchmal sind sie nicht vollständig. Bei dem [easyRechtssicher Plugin](#) sind im Backend der WordPress-Seite viele Hinweise enthalten. Zudem gibt das Plugin am Ende der Erstellung einer Datenschutzerklärung immer eine Checkliste aus, welche Einstellungen noch vorzunehmen sind, um die von dem Plugin generierte Datenschutzerklärung rechtssicher zu verwenden.

Darüber hinaus wird das easyRechtssicher Plugin immer auch mit einem der beiden Kurse von easyRechtssicher ausgeliefert. So findest Du leicht alle erforderlichen Informationen, denn im Plugin ist immer auf die Kursseiten verlinkt.

Zudem ist die Erstellung einer Datenschutzerklärung keine statische Angelegenheit. Das versteht sich von selbst, wenn auf der Website etwas geändert wird, aber selbst ohne dem können vielfach Anpassungen erforderlich sein. Durch neue Gesetze (wie insbesondere die DSGVO und schon 2019 voraussichtlich mit der ePrivacy Verordnung) oder neue Urteile entwickelt sich das Recht ständig fort.

Deshalb brauchst Du immer einen Aktualisierungsservice. Den bieten manche Generatoren (kostenpflichtig) an. Auch das easyRechtssicher Plugin¹¹⁵ wird immer aktuell gehalten, was die Muster und die Kursinhalte anbetrifft. Zudem informiert easyRechtssicher für die Dauer der Mitgliedschaft immer, wenn sich rechtliche Änderungen ergeben.

III. Rechtssichere Verwendung von Social Media Plattformen

1. Schutzrechte Dritter

Ein immer wieder kehrendes Problem auf Social Media Plattformen sind die unberechtigte Verwendung von fremden Marken, Fotos und anderen Inhalten. Hier gilt im Grundsatz das gleiche wie für die Website, insofern kann darauf verwiesen werden.

¹¹⁵ <https://easyrechtssicher.de/datenschutz-plugin-aktion/>.

2. Die Haftung für alle Fanpages auf Social Media Plattformen

Am 5. Juni 2018 hat der EuGH entschieden, dass der Betreiber einer Facebook Fanpage für Datenschutzverstöße von Facebook mitverantwortlich ist¹¹⁶. Da Facebook weder vor Erlass der Datenschutzgrundverordnung noch danach dem europäischen Datenschutz entsprochen hat, drohen jedem Unternehmen allein aufgrund einer Unternehmensseite bei Facebook Untersagungsverfügungen, Buß- und Zwangsgelder sowie Abmahnungen.

a) Der Fall

Anlass war der Betrieb einer Unternehmensseite durch eine Bildungseinrichtung. Das Landesamt für Datenschutz beanstandete diese und forderte den Bildungsträger auf, die Fanpage zu deaktivieren. Die Begründung dafür war, dass Facebook von den Nutzern der Fanpage personenbezogene Daten erhebe und weder Facebook noch der Bildungsträger die Besucher der Fanpage (mittels einer Datenschutzerklärung) darauf hingewiesen habe.

Gegen die Untersagungsverfügung und das zu seiner Durchsetzung angedrohte Zwangsgeld legte die Bildungseinrichtung Widerspruch ein. Sie sei für die Datenverarbeitung von Facebook nicht verantwortlich. Das Argument hat der EuGH in konsequenter Auslegung des Verantwortlichen nach der vorherigen Datenschutzrichtlinie zurückgewiesen. Durch die Eröffnung der Fanpage hat die Bildungseinrichtung den Missbrauch der Daten *ermöglicht* und haftet so auch für die Folgen.

b) Geltung unter der DSGVO

Das Urteil des EuGHs gilt auch für die neue Datenschutzgrundverordnung. Zwar ist es noch zu der vorigen Richtlinie ergangen, doch ist der Begriff des Verantwortlichen nach der DSGVO weitgehend gleichgeblieben.

c) Einstellung der Social Media Plattformen

Gegen diese Mithaftung lässt sich praktisch nichts unternehmen. Derzeit ist Facebook in vielerlei Hinsicht nicht datenschutzkonform und lässt sich auch kaum derart einstellen. Facebook ist zudem noch nicht einmal hinreichend transparent. Es ist bereits unmöglich, die genaue Verwendung von Daten durch Facebook auch nur fest zu stellen. Damit scheint es nur noch die Alternative zu geben, eine Facebook Fanpage abzustellen.

d) Alle Unternehmensseiten bei Social Media Plattformen betroffen

Das allein würde jedoch nicht reichen. Das Urteil gilt für alle anderen Social Media Auftritte entsprechend. Ob Instagram, Pinterest, LinkedIn, Twitter, Google +, YouTube, Medium, Reddit, Steemit oder Quora, bei jeder Social Media Plattform wäre zuerst zu prüfen, ob sie

a) DSGVO konform betrieben wird und

b) alle Vorkehrungen möglich sind, die die DSGVO erforderlich macht (Cookie Hinweis, Datenschutzerklärung etc.).

Selbst für deutsche oder europäische Social Media Plattformen wie Xing wäre das noch im Einzelnen zu hinterfragen

¹¹⁶ Siehe EuGH Urt. v. 5.6.2018, Az.: C-210/16, zu finden unter <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=202543&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=298398>.

e) Der Grund für die Haftung bei Fanpages

Im Ergebnis haftet damit jedes Unternehmen für Datenschutzverstöße jeder von ihm verwendeten Social Media Plattform. Aus datenschutzrechtlicher Sicht bleibt das konsequent. Jedes Unternehmen muss seine Software und Partner so auswählen, dass der Datenschutz gewährleistet ist.

In Zeile 40 stellt der Gerichtshof dementsprechend fest:

„Der Umstand, dass ein Betreiber einer Fanpage die von Facebook eingerichtete Plattform nutzt, um die dazugehörigen Dienstleistungen in Anspruch zu nehmen, kann diesen nämlich nicht von der Beachtung seiner Verpflichtungen im Bereich des Schutzes personenbezogener Daten befreien.“

f) Ungerechtes Ergebnis

aa) Bauernopfer: Nutzer von Fanpages?

Damit bleibt aber die berechtigte Frage: Kann es sein, dass die Datenschutzverstöße der großen Social Media Plattformen wirklich auf dem Rücken von deren Nutzern ausgetragen wird? Sollen diese tatsächlich das Bauernopfer sein, um die Social Media Plattformen zum Datenschutz zu verpflichten? Um es auf die Spitze zu treiben, soll jetzt wirklich eine alte Dame, die Strickanleitungen auf Facebook darstellt, für die Verfehlungen von Facebook zahlen?

Hat der EuGH also unrichtig entschieden? Das wird sich zeigen, jedenfalls muss man drei Rechtsgrundsätze beachten:

- Die Social Media Plattformen stehen stärker in der Verantwortung und sind von Behörden in erster Linie in Anspruch zu nehmen – das deutet auch der EuGH an:
„Klarzustellen ist, dass die Akteure in die Verarbeitung personenbezogener Daten in verschiedenen Phasen und in unterschiedlichem Ausmaß in der Weise einbezogen sein“ können, „dass der Grad der Verantwortlichkeit eines jeden von ihnen unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalls zu beurteilen ist.“
- Soweit Nutzer eine Abmahnung oder Schadensersatz geltend machen, weil bei dem Besuch der Fanpage ihr Recht auf Privatsphäre verletzt wurde, liegt das Gegenargument auf der Hand. Zumindest Personen, die zuvor Nutzer der Social Media Plattform waren, haben sich (bewusst) bereits selbst in die Gefahr von Datenschutzverletzungen begeben. Sie könnten unter dem Gesichtspunkt des Widerspruchs gegen das eigene Verhalten (*venire contra factum proprium*) an einer Abmahnung gehindert sein und auch Schadensersatzansprüche können nach § 254 BGB aufgrund eigenem Mitverschulden eingeschränkt oder ganz ausgeschlossen sein.
- Inwieweit Datenschutzverstöße wirklich von Konkurrenten oder Abmahnvereinen abgemahnt werden können ist noch nicht entschieden. Datenschutz dient dem Schutz des einzelnen, nicht einem fairen Wettbewerb. Gerade wenn es um die Zurechnung des Fehlverhaltens Dritter geht (wie hier Facebook z. B.), lässt sich die Abmahnbarkeit durchaus bestreiten.

bb) Lösung

Es empfiehlt sich im Grundsatz, auch bei einer an sich freien Verlinkung auf den eigenen Social Media Auftritt, einen zugehörigen Text in die Datenschutzerklärung aufzunehmen. Das ist auch eine der ersten Handlungsempfehlungen nach dem Urteil des EuGHs. Auch das kannst

Du etwa mit dem [easyRechtssicher Plugin zur Datenschutzerklärung¹¹⁷](#) lösen oder in den Kursen finden.

Weiter solltest Du auch auf der Social Media Plattform eine Datenschutzerklärung an geeigneter Stelle verwenden – ebenso wie dort auch ein Impressum erforderlich ist.

IV. Rechtssichere Werbung

Für die Zulässigkeit von Werbung kommt es zunächst auf die Frage an, gegenüber wem Du mit welchem Medium werben darfst. Danach stellen sich dann noch vielfältige inhaltliche Anforderungen.

1. Unzulässige Werbung (Belästigung)

Eine der neuralgischen Fragen für Online Unternehmer ist, wie man Kunden rechtssicher ansprechen darf. Da die Rechtsprechung praktisch jede Mail, auf der auch nur ein Logo enthalten ist, als Werbung ansieht, benötigst Du fast immer einen Double Opt In. Denn eine Mail mit Werbung ist nur zulässig, wenn der Kunde vorher (!) darin eingewilligt hat, diese zu erhalten. Es gibt aber immer wieder Situationen, in denen ein Double Opt In nicht möglich ist oder der Conversion entscheidend entgegensteht. Es gibt aber einen Trick. Mit bestimmten Vorkehrungen kann man wenigstens in einigen Situationen doch noch den Nutzer werblich ansprechen.

a) Werbung

Werbung ist dabei weit zu verstehen. Dazu gehören nicht nur klassische Werbeanzeigen, sondern jede PR eines Unternehmens. Die überwiegende Meinung geht etwa derzeit sogar davon aus, dass selbst die Bitte um eine Kundenbewertung (z. B. nach einem Kauf auf Amazon) eine (belästigende) Werbung darstellt, die nur mit vorheriger Einwilligung des Kunden zulässig ist¹¹⁸.

Letztlich ist eine Mail an einen Kunden also nur mit dessen Einwilligung zulässig. Diesen Umstand, und das ist der wesentliche Grund für den Double-Opt-In, hat im Fall einer Abmahnung der Seitenbetreiber zu beweisen¹¹⁹.

b) Enge Ausnahme: Bestandskunde

Es ist aber nach [§ 7 Abs. 3 UWG](#) erlaubt, Altkunden anzuschreiben. Doch gibt es dafür verschiedene Voraussetzungen, die nur sehr selten eingehalten werden:

- Zunächst darf man dann nur Werbung für den Bereich machen, in dem der Kunde vorher bereits erworben hat (einem Kunden für Waschmaschinen kann danach nicht zulässig Kosmetik angeboten werden).
- Es muss bei der erstmaligen Speicherung der Daten des Kunden darauf hingewiesen worden sein, dass er der Verwendung seiner Daten für künftige Werbung widersprechen kann.

¹¹⁷ <https://easyrechtssicher.de/datenschutz-plugin-aktion/>.

¹¹⁸ KG Berlin, Urt. v. 16.01.2017, Az.: 16 O 544/16, näher dazu etwa <http://www.internetrecht-rostock.de/internetshop-aufforderung-zur-bewertung-ist-zulaessig.htm>.

¹¹⁹ S. jüngst etwa AG Bonn, Urt. v. 10.05.2016, Az. 104 C 227/15.

aa) Ähnliches Angebot

In der Sache kannst Du eine Werbung für ein *ähnliches Angebot* häufig darstellen. Einem Kunden, der bereits ein eBook als Lead Magnet heruntergeladen hat, kannst Du einen Mail Kurs zu einem ähnlichen Thema anbieten. Einem Kunden, der einen Blogbeitrag freigeschaltet hat, kannst Du für ein Video in dem Bereich interessieren. Einem Kunden, der ein T-Shirt gekauft hat, kannst Du passende Shorts anbieten. Hier ist Deiner Kreativität keine Grenze gesetzt. Je ähnlicher die Produkte oder Dienstleistungen, desto besser.

Keine Voraussetzung ist, dass der Kunde kostenpflichtig gekauft hat. Auch ein Kunde, der nichts bezahlt, ist ein Kunde. Vorsichtshalber sollte man Kunden, die ein kostenfreies Produkt erworben haben, aber nicht danach sofort unter dem Deckmantel des § 7 Abs. 3 UWG ein kostenpflichtiges Produkt anbieten. Dann droht der Einwand, dass ein bezahltes Angebot einem kostenlosen Angebot nicht ähnlich ist. Dennoch, gut gestaltet kann eine Werbung für ein ähnliches Produkt erlaubt und der Beginn einer fruchtbaren Kundenbeziehung sein.

bb) Hinweis auf Widerspruchsrecht

Für ähnliche Waren oder Leistungen ist es Dir also erlaubt, Deinen Kunden nochmals werblich anzusprechen, wenn Du die zweite Voraussetzung erfüllst und den Kunden bei der Speicherung seiner Daten drauf *hingewiesen* hast, dass er der Speicherung seiner Daten *widersprechen* darf.

Genau das ist aber die Voraussetzung, an der es für eine Werbung ohne Double Opt In fast immer scheitert. Ich sehe kaum je eine Website oder einen Bestellprozess, in dem diese Voraussetzung erfüllt wird. Dabei kann genau dieser Hinweis den Unterschied machen, ob man einen Lead doch noch gewinnen kann oder nicht.

Rat: Daher solltest Du den Kunden bei praktisch jeder Datenspeicherung auf einer Website (die ihn zum Kunden macht, nicht bei einer Serviceanfrage im Kontaktformular), darauf hinweisen, dass er der Verwendung seiner Daten für künftige Werbung widersprechen darf.

Jeder kennt wahrscheinlich die einfache Leadgewinnung aus den USA, in der erst mal ohne Opt In und ohne Hinweise einfach nur eine E-Mail-Adresse gesammelt wird, um dann den Sales Funnel in Gang zu setzen. Die Conversion Rate ist dabei sicher besser als mit dem klassischen deutschen Opt In. Dennoch, mit dem Hinweis auf das Widerspruchsrecht und der richtigen Aufeinanderfolge von Leads ist eine solche Gestaltung auch in Deutschland möglich.

2. Unlauterer Wettbewerb: inhaltliche Vorgaben

Nach dem Wettbewerbsrecht können viele, im Internet gar nicht so seltene, Werbemaßnahmen unlauter und damit verboten sein. Wer *irreführend* oder *gar sittenwidrig* wirbt, kann von seinen Konkurrenten und qualifizierten Abmahnvereinen ebenso wie bei urheber- und markenrechtlichen Streitigkeiten abgemahnt und auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden.

Eine abschließende Darstellung von „irreführend“ und sittenwidrig“ ist hier nicht möglich. Bücher dazu mit 1.000 Seiten sind noch verhältnismäßig kurz. Es gibt unzählige Fallkonstellationen, die in der Rechtsprechung entschieden sind und ständig kommen neue hinzu. Die nach-

folgenden Ausführungen sind daher lediglich Beispiele, die ein erstes Gefühl für die Problematik geben können. Als Merkposten lässt sich festhalten, je raffinierter, je suggestiver, je manipulierender die Werbung ist, desto eher ist sie irreführend oder sittenwidrig.

Ein besonderes Einfallstor für Abmahnungen bietet vor allem § 3a UWG. Danach ist es wettbewerbsrechtlich unzulässig, sich durch *Rechtsbruch* einen Vorteil vor Mitbewerbern zu verschaffen, wenn dadurch die Interessen der anderen Marktteilnehmer spürbar beeinträchtigt werden. Da die Rechtsprechung die Grenze der Spürbarkeit recht niedrig ansetzt, kann damit fast jeder Verstoß gegen Gesetze eine Grundlage für eine Abmahnung bieten.

a) Schwarze Liste

Bestimmte besonders relevante Wettbewerbsverstöße sind zudem in Anlage zu § 3 UWG kodifiziert. Diese sog. schwarze Liste der unzulässigen Werbemaßnahmen¹²⁰ kann damit eine weitere Orientierung geben, auch wenn damit längst nicht alle Fälle unlauteren Wettbewerbs erfasst sind.

Alle Werbemaßnahmen auf der schwarzen Liste sind verboten.

Das sind:

- 1 die unwahre Angabe eines Unternehmers, zu den Unterzeichnern eines Verhaltenskodexes zu gehören;
- 2 die Verwendung von Gütezeichen, Qualitätskennzeichen oder Ähnlichem ohne die erforderliche Genehmigung;
- 3 die unwahre Angabe, ein Verhaltenskodex sei von einer öffentlichen oder anderen Stelle gebilligt;
- 4 die unwahre Angabe, ein Unternehmer, eine von ihm vorgenommene geschäftliche Handlung oder eine Ware oder Dienstleistung sei von einer öffentlichen oder privaten Stelle bestätigt, gebilligt oder genehmigt worden, oder die unwahre Angabe, den Bedingungen für die Bestätigung, Billigung oder Genehmigung werde entsprochen;
- 5 Waren- oder Dienstleistungsangebote im Sinne des § 5a Abs. 3 zu einem bestimmten Preis, wenn der Unternehmer nicht darüber aufklärt, dass er hinreichende Gründe für die Annahme hat, er werde nicht in der Lage sein, diese oder gleichartige Waren oder Dienstleistungen für einen angemessenen Zeitraum in angemessener Menge zum genannten Preis bereitzustellen oder bereitstellen zu lassen (Lockangebote). Ist die Bevorratung kürzer als zwei Tage, obliegt es dem Unternehmer, die Angemessenheit nachzuweisen;

¹²⁰ <https://dejure.org/gesetze/UWG/Anhang.html>.

- 6 Waren- oder Dienstleistungsangebote im Sinne des § 5a Abs. 3 zu einem bestimmten Preis, wenn der Unternehmer sodann in der Absicht, stattdessen eine andere Ware oder Dienstleistung abzusetzen, eine fehlerhafte Ausführung der Ware oder Dienstleistung vorführt oder sich weigert zu zeigen, was er beworben hat, oder sich weigert, Bestellungen dafür anzunehmen oder die beworbene Leistung innerhalb einer vertretbaren Zeit zu erbringen;
- 7 die unwahre Angabe, bestimmte Waren oder Dienstleistungen seien allgemein oder zu bestimmten Bedingungen nur für einen sehr begrenzten Zeitraum verfügbar, um den Verbraucher zu einer sofortigen geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, ohne dass dieser Zeit und Gelegenheit hat, sich auf Grund von Informationen zu entscheiden;
- 8 Kundendienstleistungen in einer anderen Sprache als derjenigen, in der die Verhandlungen vor dem Abschluss des Geschäfts geführt worden sind, wenn die ursprünglich verwendete Sprache nicht Amtssprache des Mitgliedstaats ist, in dem der Unternehmer niedergelassen ist; dies gilt nicht, soweit Verbraucher vor dem Abschluss des Geschäfts darüber aufgeklärt werden, dass diese Leistungen in einer anderen als der ursprünglich verwendeten Sprache erbracht werden;
- 9 die unwahre Angabe oder das Erwecken des unzutreffenden Eindrucks, eine Ware oder Dienstleistung sei verkehrsfähig;
- 10 die unwahre Angabe oder das Erwecken des unzutreffenden Eindrucks, gesetzlich bestehende Rechte stellten eine Besonderheit des Angebots dar;
- 11 der vom Unternehmer finanzierte Einsatz redaktioneller Inhalte zu Zwecken der Verkaufsförderung, ohne dass sich dieser Zusammenhang aus dem Inhalt oder aus der Art der optischen oder akustischen Darstellung eindeutig ergibt (als Information getarnte Werbung);
- 12 unwahre Angaben über Art und Ausmaß einer Gefahr für die persönliche Sicherheit des Verbrauchers oder seiner Familie für den Fall, dass er die angebotene Ware nicht erwirbt oder die angebotene Dienstleistung nicht in Anspruch nimmt;
- 13 Werbung für eine Ware oder Dienstleistung, die der Ware oder Dienstleistung eines bestimmten Herstellers ähnlich ist, wenn dies in der Absicht geschieht, über die betriebliche Herkunft der beworbenen Ware oder Dienstleistung zu täuschen;
- 14 die Einführung, der Betrieb oder die Förderung eines Systems zur Verkaufsförderung, bei dem vom Verbraucher ein finanzieller Beitrag für die Möglichkeit verlangt wird, allein oder hauptsächlich durch die Einführung weiterer Teilnehmer in das System eine Vergütung zu erlangen (Schneeball- oder Pyramidensystem);
- 15 die unwahre Angabe, der Unternehmer werde demnächst sein Geschäft aufgeben oder seine Geschäftsräume verlegen;

- 16 die Angabe, durch eine bestimmte Ware oder Dienstleistung ließen sich die Gewinnchancen bei einem Glücksspiel erhöhen;
- 17 die unwahre Angabe oder das Erwecken des unzutreffenden Eindrucks, der Verbraucher habe bereits einen Preis gewonnen oder werde ihn gewinnen oder werde durch eine bestimmte Handlung einen Preis gewinnen oder einen sonstigen Vorteil erlangen, wenn es einen solchen Preis oder Vorteil tatsächlich nicht gibt, oder wenn jedenfalls die Möglichkeit, einen Preis oder sonstigen Vorteil zu erlangen, von der Zahlung eines Geldbetrags oder der Übernahme von Kosten abhängig gemacht wird;
- 18 die unwahre Angabe, eine Ware oder Dienstleistung könne Krankheiten, Funktionsstörungen oder Missbildungen heilen;
- 19 eine unwahre Angabe über die Marktbedingungen oder Bezugsquellen, um den Verbraucher dazu zu bewegen, eine Ware oder Dienstleistung zu weniger günstigen Bedingungen als den allgemeinen Marktbedingungen abzunehmen oder in Anspruch zu nehmen;
- 20 das Angebot eines Wettbewerbs oder Preisausschreibens, wenn weder die in Aussicht gestellten Preise noch ein angemessenes Äquivalent vergeben werden;
- 21 das Angebot einer Ware oder Dienstleistung als "gratis", "umsonst", "kostenfrei" oder dergleichen, wenn hierfür gleichwohl Kosten zu tragen sind; dies gilt nicht für Kosten, die im Zusammenhang mit dem Eingehen auf das Waren- oder Dienstleistungsangebot oder für die Abholung oder Lieferung der Ware oder die Inanspruchnahme der Dienstleistung unvermeidbar sind;
- 22 die Übermittlung von Werbematerial unter Beifügung einer Zahlungsaufforderung, wenn damit der unzutreffende Eindruck vermittelt wird, die beworbene Ware oder Dienstleistung sei bereits bestellt;
- 23 die unwahre Angabe oder das Erwecken des unzutreffenden Eindrucks, der Unternehmer sei Verbraucher oder nicht für Zwecke seines Geschäfts, Handels, Gewerbes oder Berufs tätig;
- 24 die unwahre Angabe oder das Erwecken des unzutreffenden Eindrucks, es sei im Zusammenhang mit Waren oder Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union als dem des Warenverkaufs oder der Dienstleistung ein Kundendienst verfügbar;
- 25 Maßnahmen, durch die der Verbraucher von der Durchsetzung seiner vertraglichen Rechte aus einem Versicherungsverhältnis dadurch abgehalten werden soll, dass von ihm bei der Geltendmachung seines Anspruchs die Vorlage von Unterlagen verlangt wird, die zum Nachweis dieses Anspruchs nicht erforderlich sind, oder dass Schreiben zur Geltendmachung eines solchen Anspruchs systematisch nicht beantwortet werden;

- 26 die in eine Werbung einbezogene unmittelbare Aufforderung an Kinder, selbst die beworbene Ware zu erwerben oder die beworbene Dienstleistung in Anspruch zu nehmen oder ihre Eltern oder andere Erwachsene dazu zu veranlassen;
- 27 die Aufforderung zur Bezahlung nicht bestellter, aber gelieferter Waren oder erbrachter Dienstleistungen oder eine Aufforderung zur Rücksendung oder Aufbewahrung nicht bestellter Sachen und
- 28 die ausdrückliche Angabe, dass der Arbeitsplatz oder Lebensunterhalt des Unternehmers gefährdet sei, wenn der Verbraucher die Ware oder Dienstleistung nicht abnehme.
-

b) Beispiel: Werbung mit Garantien

Ein klassisches Problem im E-Commerce ist die Werbung mit Garantien. § 477 Abs. 2 BGB verlangt, dass der Verbraucher vor dem Vertragsschluss über die *wesentlichen* Garantie-Bedingungen aufgeklärt und ihm die Garantie anschließend in *Textform* (also auf einem dauerhaften Datenträger speicherbar) zur Verfügung gestellt wird. Wer mit Garantien wirbt, muss diese Anforderungen erfüllen, da er ansonsten – wieder unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbruchs – abgemahnt werden kann.

Wesentliche Garantiebedingungen sind dabei

- Anschrift des Garantiegebers,
- Geltungsbereich,
- Laufzeit,
- die Voraussetzungen der Geltendmachung und
- der Umfang.
- weiter muss ein ausdrücklicher Hinweis erfolgen, dass durch die Garantie die gesetzlichen Rechte des Verbrauchers auf Gewährleistung nicht beeinträchtigt werden und neben der Garantie bestehen.

Daneben kann eine Werbung mit Garantien aber auch als solches irreführend sein, z. B. bei nicht einzuhaltenden Erfolgsgarantien oder wenn die Garantie nur einem Verweis auf die gesetzlichen Gewährleistungsrechte gleichkommt, weil dann mit einer Selbstverständlichkeit gem. § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 UWG geworben wird. Auch das ist nicht zulässig.

Rat: Gebe ein „Versprechen“ ab, keine „Garantie“.

c) Beispiel: Gewinnspiele

Rechtlich engen Grenzen unterliegen Gewinnspiele. Inwieweit sie zulässig sind, ergibt sich insbesondere aus § 4 Nr. 6 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG).

aa) Verbotene Gewinnspiele

Danach ist eine Werbung unlauter, bei der die Teilnahme eines Verbrauchers an einem Gewinnspiel „von dem Erwerb einer Ware oder der Inanspruchnahme einer Dienstleistung ab-

hängig“ ist“. Erst recht verboten ist nach § 3 Abs. 3 Nr. 17 UWG (sog. Schwarze Liste), gegenüber dem Verbraucher den Eindruck zu erwecken, er habe einen Preis gewonnen oder werde noch einen Preis gewinnen, wenn dies tatsächlich noch von einer Zahlung abhängig ist.

bb) Grundsätzlich zulässige Gewinnspiele

Im Umkehrschluss dazu ergibt sich, dass Gewinnspiele zulässig sind, wenn weder die Teilnahme an dem Gewinnspiel noch die Gewinnchance von dem Erwerb einer Ware oder Dienstleistung abhängt.

cc) Weitere Voraussetzungen

Weiter darf das Gewinnspiel nicht so ausgestaltet sein, dass weitere Merkmale einer unlauteren Werbung erfüllt sind. Dies kann insbesondere gegeben sein, wenn das Gewinnspiel eine unsachliche Beeinflussung nach § 4 Nr. 1 UWG begründet. Heute müssen dafür besondere Voraussetzungen gegeben sein, weil der Verbraucher grundsätzlich an Gewinnspiele gewohnt sei.

- *Nachträgliche Zugeständnisse*

Unlauter ist es etwa (OLG Köln, Urt. v. 12.09.2007, Az.: 6 U 63/07), wenn der Verbraucher erst erfährt, dass die Teilnahme davon abhängt, dass er mit der Weitergabe seiner persönlichen Daten und mit Werbung einverstanden ist, wenn er sich bereits zur Teilnahme entschlossen hat (also etwa *nachträglich* beim Ausfüllen eines Formulars).

- *Eindeutige Teilnahmebedingungen*

Nach § 4 Nr. 5 UWG sind Gewinnspiele weiter unlauter, „wenn die Teilnahmebedingungen nicht *klar und eindeutig*“ angegeben sind. Es sind daher leicht auffindbare Teilnahmebedingungen erforderlich: die den Veranstalter genau bezeichnen, die Dauer des Gewinnspiels, eventuelle allgemeine Voraussetzungen für die Teilnahme (z. B. Volljährigkeit) und die konkreten Bedingungen dafür (z. B. Art und Umfang eines Bewerbungsschreibens), das Verfahren der Gewinnermittlung, den oder die Gewinn(e) nebst Wertangabe, eventuelle Zusatzkosten (Versand etc.), den Termin für die Verkündung der Gewinner sowie Hinweise zum Datenschutz und ggf. den Ausschluss des Rechtsweges enthalten.

d) Beispiel: Lieferfristen

Da die Gerichte davon ausgehen, dass in Online Shops angebotene Waren aktuell verfügbar sind, wenn kein anderes angegeben ist, muss der Kunde aufgeklärt werden, wenn die Lieferzeit mehr als 5 Tage beträgt.

Auch sonst werden von den Gerichten hier feinsinnige Unterscheidungen gemacht. Die Angabe „voraussichtliche Versanddauer: 3-5 Tage“ ist etwa gem. § 308 Abs. 1 BGB eine unwirksame AGB, die als Rechtsbruch abgemahnt werden kann, weil der Verwender sich damit eine nicht hinreichend bestimmte Lieferfrist vorbehält. Das gleiche gilt für Formulierungen mit „in der Regel“ oder ähnlichen Vorbehalten. Die Angabe: „Lieferung in ca. 3 Tagen“ ist dagegen zulässig¹²¹.

¹²¹ Vgl. OLG Bremen, Urt. v. 5.10.2012, Az.: 2 U 49/12.

G. Datenschutz im Unternehmen

I. Verarbeitungsverzeichnis und Datensicherheit

Die Datenschutzgrundverordnung bringt nicht nur in Bezug auf die Website neue Pflichten wie etwa eine neu gefasste und erweiterte Datenschutzerklärung, sondern auch Pflichten für die Dokumentation und die Absicherung der Datenverarbeitung in Deinem Unternehmen. Das betrifft insbesondere das Verarbeitungsverzeichnis und die die auf der Basis dieses Verzeichnisses herzustellende Datensicherheit.

1. Das Verarbeitungsverzeichnis

Neu durch die DSGVO ist die Pflicht aus Art. 30 DSGVO, ein Verarbeitungsverzeichnis zu erstellen. Abs. 1 lautet (teilw. gekürzt):

„Jeder Verantwortliche und gegebenenfalls sein Vertreter führen ein Verzeichnis aller Verarbeitungstätigkeiten, die ihrer Zuständigkeit unterliegen. Dieses Verzeichnis enthält sämtliche folgenden Angaben:

- den Namen und die Kontaktdaten des Verantwortlichen ... sowie eines etwaigen Datenschutzbeauftragten;
- die Zwecke der Verarbeitung;
- eine Beschreibung der Kategorien betroffener Personen und der Kategorien personenbezogener Daten;
- die Kategorien von Empfängern, gegenüber denen die personenbezogenen Daten offengelegt worden sind....
- gegebenenfalls Übermittlungen von personenbezogenen Daten an ein Drittland....
- wenn möglich, die vorgesehenen Fristen für die Löschung der verschiedenen Datenkategorien;
- wenn möglich, eine allgemeine Beschreibung der technischen und organisatorischen Maßnahmen.“

Derzeit ist der Anwendungsbereich der Norm aber noch unklar. Art. 30 Abs. 5 DSGVO lautet:

„Die in den Absätzen 1 und 2 genannten Pflichten gelten nicht für Unternehmen oder Einrichtungen, die weniger als 250 Mitarbeiter beschäftigen, es sei denn die von ihnen vorgenommene Verarbeitung birgt ein Risiko für die Rechte und Freiheiten der betroffenen Personen, die Verarbeitung erfolgt nicht nur gelegentlich oder es erfolgt eine Verarbeitung besonderer Datenkategorien gemäß Artikel 9 Absatz 1 bzw. die Verarbeitung von personenbezogenen Daten über strafrechtliche Verurteilungen und Straftaten im Sinne des Artikels 10.“

Da es keine Website gibt, die nur *gelegentlich* Daten sammelt, bleibt offen, wo überhaupt Ausnahmen existieren. Erst recht macht mit einer derart weit gefassten Unterausnahme die eigentliche Grenze von sogar mehr als 250 Mitarbeitern keinen Sinn, da viel vorher immer die Unterausnahme erfüllt sein dürfte. Von daher würde die Unterausnahme zur Regel.

Hier wird man die künftige Rechtsentwicklung im Auge behalten müssen, es wird sicher noch Klarstellungen geben. Einstweilen muss jeder Betreiber einer Website davon ausgehen, dass er ein Verarbeitungsverzeichnis braucht.

Das Verzeichnis ist jedoch nicht öffentlich und muss auch nicht den Nutzern der Website ausgehändigt werden, sondern nur auf Anfrage an die Behörde. Dann aber muss man das Verzeichnis sehr *kurzfristig vorlegen*, um eine Auflage oder ein Bußgeld zu vermeiden.

Wenigstens sollte man sich also darauf vorbereiten, ein solches Verzeichnis kurzfristig zu erstellen. Dafür kann man sich [hier¹²²](#) ein pdf-Muster und eine Anleitung für die Erstellung eines solchen Verzeichnisses runterladen. Ansonsten findet sich hier das Muster der [Aufsichtsbehörden¹²³](#), welches ich recht übersichtlich finde.

2. Datensicherheit

Das Verfahrensverzeichnis hat aber nicht nur den Selbstzweck, erstellt zu werden, damit es der Behörde übergeben werden kann. Vielmehr ist es nur das Anfang der Überprüfung des gesamten Datenverkehrs im Unternehmen auf Datensicherheit, inzwischen als „gap analysis“ bekannt.

Es gilt damit, die Lücken zu suchen – und zu beseitigen – die sich aus dem Verarbeitungsverzeichnis ergeben. Jedes einzelne Datenverarbeitungsverfahren (der Kundendaten, der Webitedaten, der Mitarbeiterdaten etc.) muss darauf hin untersucht werden, ob es in datenschutzrechtlicher und -technischer Hinsicht optimiert werden kann oder muss.

Derartige gaps können sich vor allem aus den datenschutzrechtlichen Grundsätzen und den Grundsätzen zur Datensicherheit gem. Art. 32 DSGVO ergeben:

- **Datensparsamkeit:** Ist die Speicherung der je betroffenen Daten und ihre Verarbeitung wirklich notwendig?
- **Datenrichtigkeit:** sind die Daten auf dem neuesten Stand? Gibt es eine Fehlerkorrektur und werden unrichtige Daten gelöscht?
- **Rechtmäßigkeit:** Ist die Verarbeitung der Daten aus einem Grund gem. Art. 6 Abs. 1 DSGVO gerechtfertigt (vor allem Vertragsdaten, Einwilligung und berechtigtes Interesse)?
- **Speicherdauer:** Werden Daten gelöscht, wenn sie nicht mehr notwendig sind? Gibt es eine Automatik, die für eine rechtzeitige Löschung sorgt?
- **Rechte:** Sind möglichst wenig Mitarbeiter mit den Daten in Kontakt, sind diese in Fragen der DSGVO unterweisen?
- **Sicherheit:** Sind die Datenverarbeitungsanlagen hinreichend gegen unbefugten Zugang geschützt?
- **Verschlüsselung:** Sind personenbezogene Daten soweit als möglich verschlüsselt. Sind Datenübertragungswege verschlüsselt (E-Mail?).
- **Datenstabilität:** Sind die Datenverarbeitungssysteme hinreichend stabil und zukunftssicher?
- **Wiederherstellung:** Sind die Systeme hinreichend gegen Datenverlust geschützt? Gibt es eine funktionierende Datensicherung?
- **Überprüfung:** Gibt es eine regelmäßige Prüfung auf Datensicherheit?
- **Dokumentation:** Gibt es eine Dokumentation dieser Maßnahmen (soweit nicht im Verarbeitungsverzeichnis beschrieben)?

¹²² <https://easyrechtssicher.de/impressum-datenschutz-lsww/>.

¹²³ <https://www.projekt29.de/muster-fuer-verzeichnis-der-verarbeitungstaetigkeiten-nach-art-30-dsgvo/>.

Insgesamt kann das Verarbeitungsverzeichnis bereits einigen Aufwand erfordern. Noch mehr gilt das für die Herstellung der Datensicherheit. Mit einem Verarbeitungsverzeichnis lässt sich die Analyse aber vereinfachen und sicher werden in nächster Zeit viele Tools auf den Markt kommen, die die Herstellung der erforderlichen Datensicherheit vereinfachen.

II. Auftragsverarbeitung

Eine der vielbeachteten Neuerungen der DSGVO ist der Auftragsverarbeitungsvertrag, der vor der DSGVO noch Auftragsdatenverarbeitungsvertrag hieß. Am besten kann man den Auftragsverarbeitungsvertrag verstehen, wenn man weiß, warum er vom Gesetz vorgesehen ist. Dann wird auch deutlich, warum das drinsteht, was drinsteht.

Darum vorab: Wie allgemein ist eine Datenverarbeitung grundsätzlich verboten. Das heißt, wer Daten erhält, darf diese an sich nicht an Dritte weitergeben, es sei denn, der Betroffene hat konkret seine Einwilligung zur Weitergabe der Daten an diesen Anbieter erteilt. Damit wird es nachträglich aber fast unmöglich, einen Beauftragten zu wechseln. Wer etwa statt Matomo künftig Google Analytics oder ein neues SaaS Tool aufgrund einer Einwilligung einsetzen will, müsste von allen Betroffenen dazu eine neue Einwilligung einholen (und auch erhalten).

Weil das wenigstens unpraktisch ist und der ökonomischen Realität nicht entspricht, gibt es das Institut der Auftragsverarbeitung. Schließt man einen Auftragsverarbeitungsvertrag, ist die Weitergabe an diesen Dritten erlaubt, weil man einen solchen Vertrag geschlossen hat. Und warum ist das so? Weil in dem Auftragsverarbeitungsvertrag drinsteht, dass der Auftragsverarbeiter zum „verlängerten Arm“ des Auftraggebers wird und nur für diesen und nach dessen Weisung die Daten verarbeitet.

Deshalb braucht man einen Auftragsverarbeitungsvertrag, wenn man Dritte mit der Verarbeitung Eurer Daten beauftragt oder wenn dritte Auftraggeber einen mit der Verarbeitung ihrer Daten beauftragen.

1. Definition

Auftragsdatenverarbeitung liegt immer dann vor,

- wenn eigene Daten an andere Unternehmen, natürliche oder juristische Personen, Behörden oder sonstige Stellen *weitergegeben* werden,
- um sie dort zu speichern oder sonst zu verarbeiten oder, wenn Dritten der Zugriff auf die eigene Datenverarbeitung gegeben wird *und*
- das weitergebende Unternehmen allein über die Zwecke und die Reichweite der Verarbeitung entscheidet.
-

Eine Auftragsverarbeitung nach [Art. 28 DSGVO](#) ist also nur gegeben, wenn ein Dienstleister beauftragt wird, Daten *nach Weisung* des Auftraggebers zu verarbeiten und die *Verantwortung* für die Daten deshalb bei dem Auftraggeber verbleibt.

2. Weitergabe an Dritte, die nicht Auftragsverarbeitung ist

a) keine Bindung an Weisungen

Fehlt das Element der Weisung, bleibt die Verantwortung für die Daten nicht bei dem Auftraggeber. So werden IT-Hardwarewartungsunternehmen oder Logistiker nicht mit einer Datenverarbeitung beauftragt. Sie verarbeiten die Daten vielmehr nur im eigenen Interesse.

b) Mischfall Wartung

Mischfälle sind möglich bei der *Wartung* von Software oder Webseiten. Hier war nach dem vorherigen deutschen Recht in § 11 Abs. 5 BDSG vorgesehen: „wenn die Prüfung oder Wartung automatisierter Verfahren oder von Datenverarbeitungsanlagen durch andere Stellen im Auftrag vorgenommen wird und dabei ein Zugriff auf personenbezogene Daten nicht ausgeschlossen werden kann“, liegt auch eine Auftragsverarbeitung vor. § 11 Abs. 5 BDSG gilt jedoch nicht mehr. Von daher ist eine Wartung, die sich nur auf technische Aspekte bezieht, keine Auftragsverarbeitung mehr.

Anders ist das natürlich, wenn auch eine Pflege von Daten Teil des Auftrages ist, Daten etwa migriert oder neu strukturiert werden sollen. Weil die Abgrenzung schwierig und auch die Rechtslage noch nicht eindeutig geklärt ist, empfiehlt es sich, vorsichtshalber einen Auftragsverarbeitungsvertrag mit dem Wartungsunternehmen zu schließen. Vielfach wird ohnehin derzeit von Auftraggebern immer ein Auftragsverarbeitungsvertrag gefordert, auch wenn keine Auftragsverarbeitung vorliegt.

c) Fachleistungen

Keine Auftragsdatenverarbeitung ist auch die Inanspruchnahme fremder *Fachleistungen* wie Inkasso, Rechtsanwalt, Steuerberater (anders, reine Buchhaltung). Dies gilt vor allem für klassische Freiberufler, primär auch solche, die zur Berufsverschwiegenheit verpflichtet. Diese sind zudem auch nicht im engeren Sinne weisungsgebunden.

In diesen Fällen ist keine Auftragsverarbeitung gegeben, vielmehr handelt es sich bei dieser *Weitergabe von Daten* (für eigene Zwecke des dritten Unternehmens) um eine normale Datenverarbeitung (die eben auch die Weitergabe der Daten an Dritte umfasst). Diese bedarf also einfach einer *Erlaubnisnorm*, muss sich also auf einen der Gründe des [Art. 6 Abs. 1 DSGVO](#) zurückführen lassen (häufigster Fall wird die Verarbeitung von Vertragsdaten sein, aber es kommen auch berechnigte Interessen oder eine Einwilligung in Betracht).

d) Zwischenergebnis zum Auftragsverarbeitungsvertrag

Auftragsdatenverarbeitung ist also nur gegeben, wenn sich der Auftrag auf eine Arbeit grade mit den Daten nach Weisung des Auftraggebers bezieht.

Es kann sich aber für den Fall von Abgrenzungsproblemen empfehlen, wenigstens *vorsorglich* zusätzlich noch einen Auftragsverarbeitungsvertrag zu schließen.

3. Abgrenzung des Auftragsverarbeitungsvertrages

Abzugrenzen ist der Auftragsverarbeitungsvertrag in zweierlei Hinsicht:

- von der *eigenen Datenverarbeitung*, also, wenn nur eigene Angestellte die Daten verarbeiten, das ist noch eigene Datenverarbeitung und nicht Datenverarbeitung durch Dritte (wie man eigene Mitarbeiter zu den Anforderungen der DSGVO verpflichtet, findet sich [hier¹²⁴](#) mit entsprechenden Mustern);

¹²⁴ https://www.lida.bayern.de/media/info_verpflichtung_beschaeftigte_dsgvo.pdf.

- von der *gemeinsamen Verantwortung* für die Datenverarbeitung gem. Art. 26 DSGVO, bei der komplette Funktionen an Dritte ausgelagert werden und diese eigene Entscheidungskompetenzen für die Daten haben (Bsp. Stellung der Personalabteilung durch die Konzernmutter)

4. Ergebnis für Websites und Online-Unternehmen

Typische Fälle einer Auftragsverarbeitung für Websites und Online-Unternehmen sind also:

- Mail (Newsletter) Anbieter
- Host
- Cloud Anbieter
- SaaS Anbieter
- Agentur macht Werbung
- Buchhaltung
- Tracking Software – Beispiel Google Analytics
- Einsatz virtueller Assistenten (je nach Auftragsumfang)

5. Rechtsfolge

a) unmittelbare Rechtsfolge

Unmittelbar hat das Vorliegen einer Auftragsdatenverarbeitung zur Folge, dass gem. Art. 28 Abs. 3 DSGVO ein Vertrag zur Auftragsverarbeitung erforderlich ist. Die Inhalte können dort nachgelesen werden.

b) sich ergebende Anforderung

Weitere Rechtsfolge ist aber, dass der Auftraggeber gem. Art. 28 Abs. 1 DSGVO den Auftragsverarbeiter ordnungsgemäß *auszusuchen* und zu *überwachen* hat. Es darf nur jemand ausgesucht werden, der hinreichende Gewähr für die Einhaltung der Anforderungen der DSGVO bietet.

c) wichtige Konsequenz

Ganz wichtig ist zu verstehen, dass die Auftragsdatenverarbeitung die wesentliche Rechtsfolge hat, dass durch die Auftragsdatenverarbeitung keine Weitergabe von Daten an einen Dritten mehr vorliegt. Man braucht dafür also nicht noch mal einen der Gründe aus Art. 6 DSGVO (insbesondere Vertragsdaten, Einwilligung oder berechtigtes Interesse), sondern kann im Rahmen der eigenen Erlaubnis aus Art. 6 DSGVO die Daten weitergeben.

Insofern gibt es teilweise ein Wahlrecht, Du kannst entweder den Nutzer in die Weitergabe der Daten an einen Dritten einwilligen lassen oder kannst einen Vertrag zur Auftragsdatenverarbeitung mit dem Dritten schließen.

6. Der Vertrag

Erforderlich ist also immer ein Vertrag zur Auftragsverarbeitung. Dieser wird von vielen Dienstleistern – z. B. Google – bereits angeboten. Bei englischsprachigen Dienstleistern nach **data processing agreement** suchen. Eine umfangreiche Übersicht über angebotene Verträge und wo sie zu finden sind für viele Dienstleister findest Du [hier](https://www.blogmojo.de/av-vertraege/)¹²⁵.

¹²⁵ <https://www.blogmojo.de/av-vertraege/>.

Ansonsten gibt es einige Muster im Netz. Auch www.easyContracts.de bietet ein solches Muster speziell für

- virtuelle Assistenten
- Webdesigner
- IT-Leistungen
- Wartung von Websites
- Hosting
- Programmierleistungen
- SaaS
-

an¹²⁶.

Die Schwierigkeit bei allen Mustern liegt immer darin, dass die einzelnen betroffenen Daten und der Umfang der Verarbeitung bestimmt und in den Vertrag eingefügt werden müssen. Bei easyContracts findest Du dazu auch eine Anleitung.

7. Besondere technische und organisatorische Maßnahmen

In allen Verträgen müssen noch technische und organisatorische Maßnahmen (TOM) eingesetzt werden. Damit man einen besseren Überblick bekommt, welche Schutzmaßnahmen im Anhang noch genannt werden können, hier mal eine mögliche Liste der technischen und organisatorischen Schutzmaßnahmen (TOM). Je größer das Unternehmen, desto eher sind solche Maßnahmen erforderlich.

Kleinere Unternehmen können sich auf die Nennung von Passwortschutz, Zutrittskontrolle und Verschlüsselung beschränken, müssen also nicht umfangreiche Eintragungen machen (es gab aber auch schon Fälle, in denen größere Auftraggeber die Maßnahmen als zu gering zurückgewiesen haben).

Vertraulichkeit (Art. 32 Abs. 1 lit. b DS-GVO)

Zutrittskontrolle

Folgende Maßnahmen verhindern, dass unbefugte Personen Zutritt zu Datenverarbeitungsanlagen haben:

- Zutrittskontrollsystem, Ausweisleser (Magnet-/Chipkarte)
- Türsicherungen (elektrische Türöffner, Zahlenschloss, etc.)
- Sicherheitstüren / -fenster
- Gitter vor Fenstern/Türen
- Zaunanlagen
- Schlüsselverwaltung/Dokumentation der Schlüsselvergabe
- Werkschutz, Pförtner
- Alarmanlage
- Videoüberwachung
- Spezielle Schutzvorkehrungen des Serverraums

¹²⁶ <https://easycontracts.de/dein-auftragsverarbeitungsvertrag/>.

- Spezielle Schutzvorkehrungen für die Aufbewahrung von Backups und anderen Datenträgern
- Nicht-reversible Vernichtung von Datenträgern
- Mitarbeiter- und Berechtigungsausweise
- Sperrbereiche
- Besucherregelung (z. B. Abholung am Empfang, Dokumentation von Besuchszeiten, Besucherausweis, Begleitung nach dem Besuch bis zum Ausgang)
- Andere Maßnahmen: [Bitte ergänzen]

Zugangskontrolle

Folgende Maßnahmen verhindern, dass unbefugte Dritte Zugang zu Datenverarbeitungsanlagen haben:

- Persönlicher und individueller Login bei Anmeldung am System/Netzwerk
- Autorisierungsprozess für Zugangsberechtigungen
- Begrenzung der befugten Benutzer
- Single Sign-On
- BIOS-Passwörter
- Kennwortverfahren (Angabe von Kennwortparametern hinsichtlich Komplexität und Aktualisierungsintervall)
- Elektronische Dokumentation von Passwörtern und Schutz dieser Dokumentation vor unbefugtem Zugriff
- Personalisierte Chipkarten, Token, PIN-/TAN, etc.
- Protokollierung des Zugangs
- Zusätzlicher Login für bestimmte Anwendungen
- Automatische Sperrung der Clients nach Zeitablauf ohne Useraktivität
- Firewall
- Andere Maßnahmen: [Bitte ergänzen]

Zugriffskontrolle

Folgende Maßnahmen stellen sicher, dass unbefugte Dritte keinen Zugriff auf Daten haben:

- Verwaltung und Dokumentation von differenzierten Berechtigungen
- Abschluss von Verträgen zur Auftragsverarbeitung für die externe Pflege, Wartung und Reparatur von Datenverarbeitungsanlagen, sofern bei der Fernwartung die Verarbeitung von Daten Gegenstand der Leistung des Auftragnehmers ist.
- Auswertungen/Protokollierungen von Datenverarbeitungen
- Autorisierungsprozess für Berechtigungen
- Genehmigungsprotokolle
- Profile/Rollen
- Verschlüsselung von Datenträgern
- Maßnahmen zur Verhinderung unbefugten Überspielens von Daten auf mobile Datenträger (z. B. Kopierschutz, Sperrung von USB-Ports, Data Loss Prevention System/DLP)
- Mobile Device Management (MDM)
- Vier-Augen-Prinzip

- Funktionstrennung (Segregation of Duties)
- Fachkundige Akten- und Datenträgervernichtung gemäß DIN 66399
- Nicht-reversible Löschung von Datenträgern
- Sichtschutzfolien für mobile Datenverarbeitungsanlagen
- Andere Maßnahmen: [Bitte ergänzen]

Trennungskontrolle

Folgende stellen sicher, dass zu unterschiedlichen Zwecken erhobene Daten getrennt verarbeitet werden:

- Speicherung der Datensätze in physikalisch getrennten Datenbanken
- Verarbeitung auf mindestens logisch getrennten Systemen
- Zugriffsberechtigungen nach funktioneller Zuständigkeit
- Getrennte Datenverarbeitung durch differenzierende Zugriffsregelungen
- Mandantenfähigkeit von IT-Systemen
- Verwendung von Testdaten
- Trennung von Entwicklungs- und Produktionsumgebung
- Andere Maßnahmen: [Bitte ergänzen]

Pseudonymisierung (Art. 32 Abs. 1 lit. a DS-GVO; Art. 25 Abs. 1 DS-GVO)

Die Verarbeitung von Daten erfolgt so, dass die Daten ohne Hinzuziehung zusätzlicher Informationen nicht mehr einer spezifischen betroffenen Person zugeordnet werden können, sofern diese zusätzlichen Informationen gesondert aufbewahrt werden und entsprechende technischen und organisatorischen Maßnahmen unterliegen.

[Bitte das Verfahren zur Pseudonymisierung kurz und verständlich darstellen]

Integrität (Art. 32 Abs. 1 lit. b DS-GVO)

Weitergabekontrolle

Es ist sichergestellt, dass Daten bei der Übertragung oder Speicherung auf Datenträgern nicht unbefugt gelesen, kopiert, verändert, entfernt oder sonst verarbeitet werden können und überprüft werden kann, welche Personen oder Stellen Zugriff auf Daten erhalten haben. Zur Sicherstellung sind folgende Maßnahmen implementiert:

- Verschlüsselung von E-Mail oder E-Mail-Anhängen
- Verschlüsselung von Datenträgern
- Gesicherter File Transfer oder sonstiger Datentransport
- Physikalische Transportsicherung
- Verpackungs- und Versandvorschriften
- Qualifizierte elektronische Signatur
- Verschlüsseltes WLAN
- Fernwartungskonzept (z. B. Verschlüsselung, Ereignisauslösung durch Auftraggeber, Challenge-Response, Rückrufautomatik, Einmal-Passwort)
- Mobile Device Management (MDM)
- Data Loss Prevention System (DLP)
- Regelung zum Umgang mit mobilen Datenträgern (z. B. Laptop, USB-Stick, Mobiltelefon)
- Protokollierung von Datenübertragung oder Datentransport

- Protokollierung von lesenden Zugriffen
- Protokollierung des Kopierens, Veränderns oder Entfernens von Daten
- Andere Maßnahmen: [Bitte ergänzen]

Eingabekontrolle

Durch folgende Maßnahmen ist sichergestellt, dass geprüft werden kann, wer Daten zu welcher Zeit in Datenverarbeitungsanlagen verarbeitet hat:

- Zugriffsrechte
- Systemseitige Protokollierungen
- Dokumenten Management System (DMS) / Enterprise Content Management System (ECMS) mit Änderungshistorie
- Sicherheits-/Protokollierungssoftware
- Funktionelle Verantwortlichkeiten, organisatorisch festgelegte Zuständigkeiten
- Vieraugenprinzip
- Data Loss Prevention System (DLP)
- Andere Maßnahmen: [Bitte ergänzen]

Verfügbarkeit und Belastbarkeit (Art. 32 Abs. 1 lit. b DS-GVO)

Durch folgende Maßnahmen ist sichergestellt, dass Daten gegen zufällige Zerstörung oder Verlust geschützt und für den Auftraggeber stets verfügbar sind:

- Sicherheitskonzept für Software- und IT-Anwendungen
- Backup Verfahren
- Aufbewahrungsprozess für Backups (z. B. brandgeschützter Safe, getrennter Brandabschnitt)
- Gewährleistung der Datenspeicherung im gesicherten Netzwerk
- Bedarfsgerechtes Einspielen von Sicherheits-Updates
- Spiegeln von Festplatten
- Unterbrechungsfreie Stromversorgung (USV)
- Geeignete Archivierungsräumlichkeiten für Papierdokumente
- Brand- und/oder Löschwasserschutz des Serverraums
- Brand- und/oder Löschwasserschutz der Archivierungsräumlichkeiten
- Klimatisierter Serverraum
- Virenschutz
- Firewall
- Notfallplan
- Erfolgreiche Notfallübungen
- Redundante, örtlich getrennte Datenaufbewahrung (Offsite Storage)
- Andere Maßnahmen: [Bitte ausführen]

Verfahren zur regelmäßigen Überprüfung, Bewertung und Evaluierung (Art. 32 Abs. 1 lit. d DS-GVO; Art. 25 Abs. 1 DS-GVO)

Datenschutz-Management

Folgende Maßnahmen sollen gewährleisten, dass eine den datenschutzrechtlichen Grundanforderungen genügende Organisation vorhanden ist:

- Datenschutzleitbild des Anbieters
- Datenschutz-Richtlinie des Anbieters
- Richtlinien/Anweisungen zur Gewährleistung von technisch-organisatorischen Maßnahmen zur Datensicherheit (z. B.: UHB der Sparkasse)
- Benennung eines Datenschutzbeauftragten
- Verpflichtung der Mitarbeiter auf die Vertraulichkeit
- Hinreichende Schulungen der Mitarbeiter im Datenschutz
- Führen eines Verzeichnisses von Verarbeitungstätigkeiten (Art. 30 DSGVO)
- Durchführung von Datenschutzfolgenabschätzungen, soweit erforderlich (Art. 35 DSGVO)
- Externe Prüfung oder Auditierung
- Andere Maßnahmen: [Bitte ausführen]

Management bei Datenschutzverletzungen

Folgende Maßnahmen sollen gewährleisten, dass im Fall von Datenschutzverstößen Meldeprozesse ausgelöst werden:

- Meldeprozess für Datenschutzverletzungen nach Art. 4 Ziffer 12 DSGVO gegenüber den Aufsichtsbehörden (Art. 33 DSGVO)
- Meldeprozess für Datenschutzverletzungen nach Art. 4 Ziffer 12 DSGVO gegenüber betroffenen Personen (Art. 34 DSGVO)
- Andere Maßnahmen: [Bitte ausführen]

Datenschutzfreundliche Voreinstellungen (Art. 25 Abs. 2 DS-GVO)

Datenschutzfreundliche Voreinstellungen sind sowohl bei den standardisierten Voreinstellungen von Systemen und Apps als auch bei der Einrichtung der Verarbeitungen zu berücksichtigen. In dieser Phase werden Funktionen und Rechte konkret konfiguriert, wird im Hinblick auf Datenminimierung die Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit bestimmter Eingaben oder Eingabemöglichkeiten festgelegt und über die Verfügbarkeit von Nutzungsfunktionen entschieden. Ebenso werden die Art und der Umfang des Personenbezugs bzw. der Anonymisierung (z. B. bei Selektions-, Export- und Auswertungsfunktionen, die festgelegt und voreingestellt oder frei gestaltbar zur Verfügung gestellt werden) oder die Verfügbarkeit bestimmter Verarbeitungen, Funktionen oder Protokollierungen.

[Bitte Beispiele benennen]

Auftragskontrolle

Durch folgende Maßnahmen ist sichergestellt, dass Daten nur nach Weisungen des Auftraggebers verarbeitet werden:

- Vereinbarung zur Auftragsverarbeitung mit Regelungen zu den Rechten und Pflichten der Parteien
- Prozess zur Erteilung und/oder Befolgung von Weisungen

- Bestimmung von Ansprechpartnern und/oder verantwortlichen Mitarbeitern
- Kontrolle/Überprüfung weisungsgebundener Auftragsdurchführung
- Schulungen/Einweisung aller zugriffsberechtigten Mitarbeiter beim Anbieter
- Unabhängige Auditierung der Weisungsgebundenheit
- Verpflichtung der Beschäftigten auf die Vertraulichkeit
- Vereinbarung von Vertragsstrafen für Verstöße gegen Weisungen
- formalisiertes Auftragsmanagement
- dokumentiertes Verfahren zur Auswahl von Unterauftragnehmern
- standardisiertes Vertragsmanagement zur Kontrolle von Unterauftragnehmern
- Andere Maßnahmen: [Bitte ergänzen]

H. VERTRÄGE

I. Unterschied Vertrag und AGB?

Tatsächlich für Nicht-Juristen teilweise schwer auseinanderzuhalten sind Verträge und Allgemeine Geschäftsbedingungen.

1. Vertrag

Jeder hat klare Vorstellungen, was ein Vertrag ist. Ein Vertrag ist ein Rechtsgeschäft, das durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen zustande kommt. Willenserklärungen sind Handlungen, die auf die Setzung einer Rechtsfolge gerichtet sind (z. B. einen Vertrag zu begründen).

2. Allgemeine Geschäftsbedingungen

AGB sind dagegen eine Teilmenge aus einem Vertrag, nämlich alle von einer Seite vorformulierten Bedingungen im Rahmen eines Vertrages, ausgenommen Leistung und Gegenleistung selbst.

a) Leistung und Gegenleistung

Jeder von einer Seite vorgedruckte Vertrag enthält daher Allgemeine Geschäftsbedingungen. Ausgenommen davon ist nur Leistung und Gegenleistung, z. B. der Kaufgegenstand (VW Golf) und der Preis (10.000 Euro).

b) Individuell ausgehandelte Bedingungen

Ebenso ausgenommen sind Bedingungen, die individuell vorher *ausgehandelt* wurden. Dafür ist eine tatsächliche Verhandlungsbereitschaft erforderlich. Es reicht nicht, wenn etwa ein leeres Kästchen immer gleich ausgefüllt wird. Z. B. waren früher in AGB 10-Jahres Verträge für viele Versicherungen unwirksam. Daraufhin sahen die Versicherungen in ihren Formularen bei der Laufzeit ein leeres Kästchen vor, in das die Jahreszahl eingetragen werden konnte. Die Versicherungsvermittler waren angewiesen, hier immer 10 einzutragen und trugen die 10 immer handschriftlich ein. Doch mangels einer wirklichen Verhandlung waren das immer noch AGB und die 10 Jahreslaufzeiten unwirksam.

Für eine Aushandlung wäre erforderlich gewesen, dass der Kunde wirklich gefragt worden wäre, welche Laufzeit er wünscht und dieser auch die tatsächliche Möglichkeit gehabt hätte, die Laufzeit auszuhandeln.

Die Voraussetzungen für ein Aushandeln sind damit sehr hoch. Ein Aushandeln wird immer wieder behauptet, kommt tatsächlich aber *selten* vor. Meist hat eine Partei bereits einen Vertrag vorbereitet, der dann eben allgemeine Geschäftsbedingungen enthält, soweit es nicht Leistung und Gegenleistung selbst betrifft.

3. Ergebnis

Das zeigt, Allgemeine Geschäftsbedingungen allein reichen für einen Vertragsschluss nicht aus, immer muss ein Angebot hinzukommen, in dem Leistung und Gegenleistung genannt sind.

Ausreichend ist, „Ich verkaufe Ihnen meinen VW Golf Fahrgestellnummer etc. für 10.000 Euro brutto unter Geltung meiner beigefügten AGB“.

Insofern unterscheidet sich ein vorformulierter Vertrag von den AGB vor allem dadurch, dass in dem Vertrag meist die Vertragsparteien genannt werden und Leistung und Gegenleistung eingefügt sind.

Bei der alleinigen Verwendung von AGB werden diese Vertragsbestandteile dagegen vor allem durch ein gesondertes Angebot, in dem dann auf die AGB verwiesen wird, erfüllt.

II. Die Einbeziehung allgemeiner Geschäftsbedingungen

Allgemeine Geschäftsbedingungen werden dann Vertragsbestandteil, wenn Du als Verwender gemäß § 305 Abs. 2 BGB Deinen Vertragspartner bei Vertragsschluss auf die AGB hinweist und ihm die Möglichkeit verschaffst, von den allgemeinen Geschäftsbedingungen in zumutbarer Weise Kenntnis zu nehmen.

1. Hinweis: Ort

Der Hinweis auf die AGB muss erkennbar sein und darf nicht an versteckter Stelle erfolgen. Im Regelfall sollte er möglichst in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Vertragsschluss (sei es ein Angebotsschreiben per Brief oder Mail oder auch ein Check-Out-Formular) erfolgen. Er darf weder versteckt sein noch in zu viel anderem Text untergehen.

a) Vertragsschluss durch Nachrichten (Mail, Brief, Fax)

Im Rahmen eines Mail- oder Briefwechsels sollte etwa am Anfang oder Ende deutlich auf die AGB hingewiesen werden, z. B. durch folgenden Text:

„Für sämtliche unserer Verträge gelten unsere beigefügten Allgemeinen Geschäftsbedingungen“ (für Mails siehe auch noch sogleich 2. a).

b) Vertragsschluss auf der Website

Kommt der Vertrag auf einem elektronischen Formular zu Stande (Check-Out-Seite), kann der Hinweis direkt im Zusammenhang mit dem Bestell-Button einfach lauten:

„Es gelten unsere AGB“
oder freundlicher:

„Unsere allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten ergänzende Regelungen“

Bei *Verbrauchern* ist es erforderlich, den Link (möglichst direkt) oberhalb des Bestell Button anzubringen. Es sollte gegenüber *Unternehmern* aber entsprechend verfahren werden.

Eine *Opt In* Lösung, bei der die Zustimmung zu den AGB angekreuzt werden muss, ehe bestellt werden kann, ist nur erforderlich, wenn der Hinweis auf die AGB nicht direkt im Zusammenhang mit (bei Verbrauchern zwingend oberhalb von) dem Bestell-Button erfolgen kann. Dann kann sichergestellt werden, dass der Kunde nicht behaupten kann, er hätte die an anderer Stelle stehenden AGB nicht zumutbar zur Kenntnis nehmen können.

2. Hinweis: Zeit

Zu beachten ist, dass dieser Hinweis immer bereits vor Vertragsschluss zu erfolgen hat. Hast Du einen Vertragsantrag bereits angenommen, können die AGB nicht mehr einbezogen werden. Du musst Dir also genau überlegen, wann der Vertrag mit Deinem Kunden zu Stande kommt.

a) Vertragsschluss durch Nachrichten (Mail, Brief, Fax)

Das ist relativ einfach, wenn der Vertrag durch Nachrichten (Brief, Fax, Mail oder sonstige elektronische Nachrichten) zustande kommt und Du einfach etatmäßig in Deinen Nachrichten einen Hinweis auf die AGB führst.

Dafür bietet sich insbesondere das für geschäftliche Mails ohnehin erforderliche Impressum am Ende einer jeden Mail an.

Rat: Am Ende könnte etwa immer der Hinweis enthalten sein:

„Für sämtliche unserer Verträge gelten unsere Allgemeinen Geschäftsbedingungen, abrufbar unter www.homepage.de/agb.“

b) Vertragsschluss auf der Website

Erfolgt der Vertragsschluss auf einer Website, muss der Hinweis – wie bereits ausgeführt – vor der Betätigung des Bestell-Buttons gegeben werden.

3. Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme

Der Hinweis allein reicht aber nicht aus. Der Kunde muss die Möglichkeit haben, die AGB unschwer zur Kenntnis zu nehmen. Er muss sie nicht suchen, im Regelfall nicht nach ihnen fragen (kann bei Unternehmern als Kunden anders sein), viele Klicks überwinden, nicht lesbares Kleingedrucktes vergrößern oder sonstige Aufwendungen treiben. Bildlich gesprochen sollten sie dem Kunden *mundgerecht* dargeboten werden.

a) Vertragsschluss durch Nachrichten (Mail, Brief, Fax)

Erfolgt der Vertragsschluss durch analoge Nachrichten (Brief, im hiesigen Zusammenhang gilt für Fax aber gleiches), müssen die AGB im Grundsatz beigefügt sein. Ein wohl auch heute noch immer wieder auftretender Fehler bei der Einbeziehung kommt beim Faxversand mit auf der Rückseite abgedruckten AGB vor. Für einen Briefwechsel ist der Hinweis auf, auf der Rückseite (tatsächlich) abgedruckte, AGB völlig ausreichend, für den Faxversand wird dann aber gerne übersehen, dass dann auch die Rückseite mit zu senden ist.

Erfolgt der Vertragsschluss durch elektronische Nachrichten, lässt sich die Möglichkeit der Kenntnisnahme leicht herstellen. Entweder werden die AGB schlicht beigefügt oder es wird

(deutlich erkennbar) auf einen anklickbaren Link verwiesen. Soweit die AGB als pdf beigefügt werden, ist nach Meinung mancher Juristen der Acrobat Reader oder die sonstige Möglichkeit, pdf anzuzeigen, angeblich nicht allgemein verbreitet. Daher wird immer noch an manchen Stellen gefordert, einen Link zu dem Download des Acrobat Readers anzugeben. Das scheint zwar übertrieben, sollte zur höchsten Vorsicht aber eingefügt werden.

b) Vertragsschluss auf der Website

Auf der Website ist die Möglichkeit der Kenntnisnahme ebenso einfach zu bewirken wie bei elektronischen Nachrichten. Ein deutliche erkennbarer Link zu einer AGB-Seite oder ein aufrufbares pdf Dokument reicht aus.

4. Zustimmung des Kunden

Weiter muss der Kunde sich mit den AGB einverstanden erklären. Diese Voraussetzung ist automatisch erfüllt, wenn der Kunde nach deutlichem Hinweis bei zumutbarer Möglichkeit der Kenntnisnahme den Vertrag abschließt. Dann sind die AGB Inhalt des Vertrages geworden und gelten (soweit sie wirksam sind) ebenso wie alle anderen explizit ausgehandelten Vertragsbedingungen wie zum Beispiel den Preis.

Jeweils ist nicht erforderlich, dass der Kunde die AGB wirklich liest, anklickt oder gar runterlädt. Der deutliche Hinweis und die zumutbare Möglichkeit der Kenntnisnahme reichen aus.

5. Nach Vertragsschluss

Hast Du die Allgemeinen Geschäftsbedingungen wirksam in den Vertrag einbezogen, musst Du sie im Regelfall nach Vertragsschluss gemäß § 312 i Abs. 1 Nr. 4 BGB und Art. 246a § 4 Abs. 3 EGBGB auch noch speicherbar auf einem dauerhaften Datenträger dem Kunden zur Verfügung stellen.

Solltest Du sie also nicht – was ich empfehle – im Rahmen des Vertragsabschlusses bereits per E-Mail übersandt haben, solltest Du es spätestens nach Vertragsschluss nachholen. Dies gilt im elektronischen Geschäftsverkehr (wenn der Vertrag über Telemedien, also insbesondere auf einer Website, zustande kommt) und Fernabsatz (grob: Vertrag bei nicht gleichzeitiger Anwesenheit der Vertragsschließenden) gleichermaßen.

Rat: Auch wenn es Unterschiede im Detail gibt, Du solltest die AGB immer mit der Vertragsbestätigung speicherbar versenden und bei einer Warenlieferung auch dieser nochmals ausgedruckt beilegen.

6. Widerstreitende AGB

Erfolgt der Vertragsschluss über eine Webseite, sind "Störungen" durch den Kunden nicht denkbar. Du kannst den gesamten Bestellprozess entwickeln und leiten. Anders ist dies, wenn der Vertragsschluss durch das Austauschen von Nachrichten zustande kommt. In diesem Fall kann es sein, dass Dein Vertragspartner in seinen Briefen, Mails oder sonstigen Nachrichten ebenso wie Du darauf hinweist, dass er den Vertrag unter Geltung seiner AGB schließen möchte, die auf seiner Homepage verlinkt angegeben sind. Damit stellt sich die Frage, wie mit einer solchen Situation umzugehen ist.

Im Grundsatz könnte man zunächst der Auffassung sein, dass sich Vertragspartner, die sich über die Anwendbarkeit der Allgemeinen Geschäftsbedingungen noch nicht geeinigt haben,

auch keinen Vertrag schließen können. Dieser setzt grundsätzlich eine Einigung über sämtliche Vertragsbestandteile voraus.

Die Rechtsprechung nimmt Allgemeine Geschäftsbedingungen davon jedoch aus. Sie geht in diesem Fall davon aus, dass der Vertrag dann spätestens mit dem Leistungsaustausch zustande kommt. Der Konflikt der AGB wird so gelöst, dass dann einfach die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der jeweiligen Partei insoweit nicht gelten, wie ihnen in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der anderen Partei widersprochen wird. Da die Geschäftsbedingungen von Ein- und Verkäufer in fast allen Punkten voneinander abweichen, gilt dann im Wesentlichen das Gesetz.

Damit bestehen zwei Reaktionsmöglichkeiten:

Zum einen kannst Du es dabei bewenden lassen und Dich freuen, immerhin die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des anderen abgewehrt zu haben, was für Dich mit vielen Vorteilen verbunden ist, Das wäre Dir nicht gelungen, wenn Du nicht selbst – wirksam – auf allgemeine Geschäftsbedingungen hingewiesen hättest.

Zum anderen kannst Du aber auch auf der Geltung Deiner Allgemeinen Geschäftsbedingungen bestehen. Dann musst Du Deinen Vertragspartner auf den Widerspruch hinweisen und verlangen, dass er sich explizit mit Deinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen einverstanden erklärt. In diesem Fall gelten dann nur Deine Bedingungen. Letztlich kommt es hierfür auf Deine Verhandlungsmacht an. Gerade bei großen Unternehmen als Vertragspartner wirst Du häufiger erleben, dass diese von Dir explizit das Anerkenntnis von deren AGB verlangen und ansonsten nicht bereit sind, mit Dir einen Vertrag zu schließen.

III. Die 10 besten Gründe, AGB zu verwenden sind:

1. AGB zwingen Dich, Dein Geschäftsmodell zu formulieren!

In erster Linie sind Allgemeine Geschäftsbedingungen Kommunikation. Hier erklärst Du Deinem Kunden, was er für sein Geld erhält. Machst Du das nicht, kann bereits der Abschluss des Vertrages scheitern. Dann hast Du keinen Anspruch auf Vergütung.

Rat: Kommuniziere Dein Geschäftsmodell eindeutig!

Je neuer, je ungewöhnlicher, je komplexer Deine Leistungen sind, desto genauer musst Du Dir im Klaren werden, welche Leistung dem Kunden geboten wird. Zwar wirst Du für die Marketingansprache gegenüber dem Kunden ohnehin den Nutzen für diesen kommunizieren, doch ist der Nutzen für den Kunden etwas anderes, als die rechtlichen Leistungsbeziehungen. Sie in AGB zu formulieren, hilft Dir, Dein eigenes Geschäftsmodell zu entwerfen, zu entwickeln und zu skalieren.

Nur, wenn Du ganz einfache, im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) ohne weiteres abgebildete Geschäftsmodelle hast, kann eine solche Klärung entbehrlich sein. Bedenke aber bitte, dass das BGB von 1900 stammt. Das Gesetz kann ohne weiteres den Kauf von 1 kg Mehl, eine Schuhreparatur oder eine Wohnungsmiete abbilden. Software, das Internet oder Leasing kann das BGB dagegen viel weniger, geschweige denn geschlossene Mitgliederbereiche, SaaS oder Apps. In all diesen Fällen helfen grade auch AGB Muster, das Geschäftsmodell in rechtlicher Hinsicht zu durchdenken und zu kommunizieren.

2. AGB sind Kommunikation mit dem Kunden!

Hast Du Dein Geschäftsmodell in rechtlicher Hinsicht für Dich formuliert, musst Du es immer noch dem Kunden erklären. Mag sein, dass Dein gesamtes Angebot auf Deiner Webseite steht. Trotzdem macht es Sinn, in den allgemeinen Geschäftsbedingungen dem Kunden komprimiert zu erklären, welche rechtlichen Beziehungen er mit Dir eingeht.

Nur so kann der Kunde verstehen, wofür er seine Zahlung leistet. Oft lesen Kunden die AGB zwar nicht. Doch spätestens bei Beschwerden ist es hilfreich, wenn Du auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen verweisen kannst, die der Kunde akzeptiert hat.

3. (Nur) mit AGB erklärst Du Dein Geschäft dem Richter!

Es mag sein, dass es inzwischen Richter gibt, die die Online-Welt verstehen. Für die große Mehrheit gilt dies jedoch nicht. Sie haben mit dem Internet möglicherweise nicht mehr zu tun als gelegentliche Klicks auf Facebook oder halten sich bereits für Online-affin, weil sie ab und zu bei eBay einkaufen.

Kommt es zum Streit mit Deinem Vertragspartner, muss der Richter zunächst Dein Geschäftsmodell verstehen. Vorher kannst Du nicht einmal hoffen, eine sinnvolle Entscheidung Deines Rechtsfalles zu erhalten. Ein Richter, der Dein Geschäftsmodell nicht versteht, kann das Gesetz noch so gut anwenden, ein richtiges Urteil wird daraus nur zufällig.

Der Richter wird sich aber nur selten durch die Tiefen Deiner Website klicken. Der Ort, wo Du es ihm am besten erklären kannst, ist ein Rechtstext: Der Vertrag oder jedenfalls die darin einbezogenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Hier wird der Richter finden, welche Leistungsbeziehungen bestehen und dadurch hinreichende Anhaltspunkte gewinnen, wie und welches Recht auf die Leistungsbeziehungen anzuwenden ist.

4. Sonst gelten die AGB des Anderen!

Eigene AGB-Muster zu verwenden, ist im B2B Geschäft schon deshalb ein Muss, weil sonst die Allgemeinen Geschäftsbedingungen Deines Vertragspartners gelten. In der Praxis kommen Verträge häufig durch Mail- oder Schriftverkehr zu Stande. Verweist darin nur Dein Vertragspartner auf sein AGB-Muster, gelten gem. § 305 BGB seine AGB mit allen nachteiligen Regelungen, die darin für Dich enthalten sind.

Zwar können diese nach § 307 BGB unwirksam sein. Gegenüber Unternehmen ist die AGB-Kontrolle aber nicht so weitgehend wie gegenüber Verbrauchern (§ 308 BGB und § 309 BGB gelten hier nicht direkt). Daher kannst Du als Unternehmen durch Regelungen in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen Deines Vertragspartners Rechte an Deinen Arbeitsergebnissen einbüßen, an einen weit entfernten Gerichtsort gebunden werden und viele Nachteile mehr erleiden.

Willst Du dem entgehen, musst Du Deinen Vertragspartner explizit ansprechen und mit ihm vereinbaren, dass seine AGB ebenfalls nicht gelten sollen. Ein Aufwand, der in der Praxis kaum je investiert wird.

Aber, es geht auch einfacher. Es reicht, wenn Du in Deinen Schreiben gleichfalls auf Deine AGB verweist. Dann wird nach § 305 BGB auch Dein AGB-Muster Vertragsinhalt. Einigst Du Dich mit Deinen Vertragspartner anschließend nicht darauf, welche Geschäftsbedingungen gelten sollen, bleiben damit am Ende zwei sich widersprechende Geschäftsbedingungen übrig.

Dies hat die juristische Konsequenz, dass keine der beiden AGB gilt, sondern nur das Gesetz. Damit hast Du auf effektive Weise die Geltung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen Deines Vertragspartners verhindert und brauchst darin enthaltene nachteilige Regelungen nicht zu befürchten (jedenfalls nicht, soweit Dein AGB Muster der AGB Vorlage Deines Vertragspartners widerspricht. Das ist aber regelmäßig der Fall).

5. Du kannst in AGB häufige Probleme lösen

Dein AGB Muster ist auch der Ort, immer wieder auftretende Probleme anzusprechen. Ein klassischer Fall sind die Mitwirkungspflichten des Kunden. Als Anbieter wirst Du von der Rechtsprechung für verpflichtet angesehen, alle erforderlichen Leistungen zu erbringen, die für das Gelingen des Vertrages erforderlich sind. Mitwirkungspflichten des Kunden sind im Bürgerlichen Gesetzbuch nur in sehr geringem Umfang geregelt. Wenn Du also Mitwirkungspflichten nicht klar kommunizierst, wird im Streitfall der Richter Dich für verantwortlich und haftbar ansehen.

Ein Beispiel kann bei Arbeiten mit Daten eines Kunden die Datensicherung sein. Hier solltest Du klar kommunizieren, dass dies auch Sache des Kunden ist. Ein anderes Beispiel sind vom Kunden gestellte Gegenstände. Zum Beispiel kann für Fotos geregelt werden, auf welche Weise, in welchem Format und mit welchen Eigenschaften diese beigestellt werden müssen. Machst Du das nicht, dürfte es schwer werden, zusätzliche Bearbeitungszeiten dem Kunden in Rechnung zu stellen.

6. Du kannst in AGB Deine Leistungen sichern

Nichts ist ärgerlicher, als für Deine Leistung nicht entlohnt zu werden. Dazu kann es kommen, wenn Du Waren lieferst oder Leistungen erbringst und dann die Zahlung nicht erfolgt. Zwar kannst Du insbesondere bei Warenlieferungen Vorkasse vereinbaren, doch im Fall der Insolvenz Deines Kunden kann der Insolvenzverwalter unter Umständen sogar den Kaufpreis zurückfordern. Hier kann die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehaltes eine deutliche Verbesserung Deiner Rechtsposition bringen. Dann muss der Insolvenzverwalter Dir wenigstens den wesentlichen Wert der Ware erstatten.

Bei Dienstleistungen ist die Vereinbarung von Vorleistungen nicht ohne weiteres möglich. Hier kann die Vereinbarung einer Zahlung nach Meilensteinen ungesicherte Vorleistungen vermeiden. Eine weitere Sicherheit können vertragliche Pfandrechte bieten, die ebenfalls in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbart sein müssen.

7. Du kannst in AGB weitere Vorteile für Dich vereinbaren

Je nach Vertragstyp und Art Deines Kunden (Verbraucher oder Unternehmer) kannst Du in Deinem AGB-Muster weitere Vorteile für Dich vereinbaren.

Beispiele sind etwa eine:

- Verbesserung Deiner Rechtsposition bei der Gewährleistung für Fehler
- Erleichterung bei der Haftung für einfache Fahrlässigkeit
- Verkürzung von Verjährungsfristen
- Pauschalierung von schwer beweisbaren Schäden

und vieles andere mehr.

8. Du kannst in AGB Dich und Deine Mitarbeiter informieren

Deine allgemeinen Geschäftsbedingungen sind keine Ein-Weg-Kommunikation. Nicht nur Dein Kunde erfährt, was gelten soll. Deine AGB Vorlage unterrichtet auch Dich selbst. Treten Probleme auf, geben Dir Deine Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch selbst eine Orientierung, wie Du (oder Deine Angestellten) sich verhalten können (und sollen). Hier findest Du, ob die Beschwerde des Kunden berechtigt ist oder nicht. Natürlich musst Du Dich nicht daran halten, übererfüllen ist immer eine gute Idee in der Public Relation. Doch um übererfüllen zu können, muss es erst mal Allgemeine Geschäftsbedingungen geben, die Deine Pflichten zumindest nicht ausufern lassen.

9. Du kannst mit AGB Deine gesetzlichen Informationspflichten erfüllen

Ob im Geschäft mit Unternehmen oder Verbrauchern, Du hast umfangreiche Informationspflichten, wenn Du Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr (vor allem auf einer Website) oder Fernabsatz (Verträge mit Verbrauchern bei nicht gleichzeitiger Anwesenheit, z. B. über Telefon, Fax oder Mail) abschließt. Erfüllst Du diese nicht, kannst Du von Konkurrenten oder einem Abmahnverein teuer abgemahnt werden.

Zum Beispiel musst Du im elektronischen Geschäftsverkehr Deinen Kunden auf der Website darüber informieren, welche Vertragssprachen angeboten werden und sei es nur der Hinweis, dass die Vertragssprache deutsch ist. Das kann zwar auch an anderer passender Stelle auf der Website erfolgen, doch der ideale Ort dafür sind die AGB. Denn bedenke, das ist nur eine von ganz vielen weiteren Informationspflichten, insbesondere im B2C Geschäft.

10. Du kannst in AGB Streit in die richtigen Bahnen lenken

Manchmal ist Kommunikation unvollständig oder einfach nicht genug. Ist ein Streit unvermeidbar, können Allgemeine Geschäftsbedingungen erneut eine kaum zu unterschätzende Erleichterung bieten.

Eine naheliegende Verbesserung Deiner Rechtsposition steht insbesondere im Geschäft mit Unternehmen (B2B) zur Verfügung, die Vereinbarung eines Dir genehmen Gerichtsstandes. Im Grundsatz kannst Du mit Unternehmen frei vereinbaren, welcher Gerichtsort für eine Streitigkeit zuständig sein soll. Regelmäßig wird das Dein Heimatgericht sein. Für die Erreichbarkeit und die Information Deines Anwaltes ist es regelmäßig ein erheblicher Vorteil, an seinem Heimatgericht prozessieren zu können. Kommst Du aus Ingolstadt und musst mehrmals im Jahr für einen Gerichtstermin nach Flensburg, ist der Mehraufwand erheblich.

Noch bedeutsamer ist – und ohne weiteres auch im Geschäft mit Verbrauchern möglich – ist aber die Vereinbarung einer alternativen Streitschlichtung. Ich habe nachfolgend die Gründe dafür genannt, Gerichte möglichst zu meiden. Das geht aber nur, wenn Du Dir aktiv Gedanken

über den Streitfall machst und möglichst vorher in Deinem AGB Muster entsprechende Regelungen triffst.

IV. Alternative Streitschlichtung

Heutzutage gibt es viele Angebote für eine alternative Streitschlichtung. Das sollte zumindest jedem Website-Betreiber klar sein, weil er auf die Verbraucherschlichtungsplattform der EU zu verweisen hat. Hier finden sich viele Institutionen, die eine Streitschlichtung teilweise günstiger und besser anbieten als staatliche Gerichte. Das gilt besonders, wenn es auf Dein Geschäft spezialisierte Schlichtungsstellen gibt (eine Liste [findest Du hier¹²⁷](#)), weil diese im Zweifel sowohl Dich als auch Deine Kunden besser verstehen, als ein in geschäftlichen Dingen häufig unerfahrener Richter.

Kommt davon für Dich nichts in Betracht, bleibt immer noch der Versuch, einer Online-Mediation. Mediation ist eine Konfliktlösung, bei der ein unparteilicher Dritter (Mediator) die Beteiligten unterstützt, ihren Streit einvernehmlich zu lösen. In vertraulichen Verhandlungen entscheiden die Parteien selbst, was sie klären und wie sie in Zukunft miteinander umgehen wollen.

Das hat viele Vorteile:

- die Parteien erarbeiten die Lösung selbstbestimmt
- es geht um zukunftsgerichtete Lösungen
- die Beziehungen zwischen den Beteiligten können erhalten bleiben
- das Verfahren ist oft schneller und kostengünstiger
- es können nicht nur rechtliche, sondern alle Aspekte (z. B. ökonomische oder persönliche) berücksichtigt werden
- das Verfahren ist vertraulich und nicht öffentlich wie ein Gerichtsverfahren
- der Mediator kann frei gewählt werden.

In allen von www.easyContract.de vermittelten Allgemeinen Geschäftsbedingungen findet sich daher auch eine entsprechende Mediationsvereinbarung.

FAZIT

Sieben Plagen oder eben sieben wesentliche rechtliche Anforderungen für Dein Unternehmen. Keine davon stellt aber echtes Hexenwerk da. Mit ein wenig Umsicht und diesem Buch kannst Du alle Anforderungen mit einem Aufwand von weniger als 2.000 Euro erfüllen. Nur die Ausgaben für Buchhaltung und Steuerberatung sind wiederkehrende Positionen.

Insgesamt sind die juristischen Voraussetzungen durchaus mit überschaubarem Aufwand zu erfüllen. Je größer Deine Unternehmung wird, desto unverzichtbarer ist es, sie zu beachten, um kostspielige rechtliche Fehler zu vermeiden. Ich hoffe, dieses Buch hilft Dir dabei.

¹²⁷ <https://www.evz.de/de/schlichtung-und-online-streitbeilegung/beratung-zur-schlichtung/schlichtungsstellen-in-europa/>.