



## NEWSLETTER

### Wettbewerbsrecht

» Achstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen  
Wettbewerbsbeschränkungen - eine Bestandsaufnahme «

von Axel Staudt und Dr. Malte Welters

### Gesellschaftsrecht

» Vorzeitige Wiederbestellung von Vorstandsmitgliedern durch  
den Aufsichtsrat «

von Hendryk Schlitt

### Gesellschaftsrecht

» Investitionszuschuss Wagniskapital des BAFA -  
Neue Förderung für private Investoren zur Beteiligung an Start-ups «

von Axel Staudt und Antonio Calderón

### Aktuelles

» Neue Rechtsprechung des BAG zur Zulässigkeit der Frage  
nach der Schwerbehinderung «

von Ute Spiegel

## Wettbewerbsrecht

### » Achte Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen - eine Bestandsaufnahme «

Am 30. Juni 2013 – ein halbes Jahr später als ursprünglich geplant – ist das Achte Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen („8. GWB-Novelle“) nach zähem politischen Ringen in Kraft getreten. Obwohl die 8. GWB-Novelle das deutsche Kartellrecht nicht grundlegend ändert, führt sie doch einige interessante Neuregelungen ein, von denen wir Ihnen nachfolgend überblicksartig die wesentlichen vorstellen möchten.

#### A. Überblick über das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen („GWB“) regelt das in Deutschland geltende Kartellrecht. Für Sachverhalte mit grenzüberschreitender Bedeutung gilt daneben das weitgehend inhaltsgleiche europäische Kartellrecht. Das GWB schützt den Wettbewerb vor künstlichen Beeinträchtigungen durch

- (i) wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen der Marktteilnehmer („**Kartellverbot**“);
- (ii) missbräuchliche Verhaltensweisen besonders mächtiger Unternehmen („**Missbrauchsaufsicht**“); und
- (iii) die Entstehung monopolistischer Marktstrukturen als Folge von Unternehmenszusammenschlüssen („**Fusionskontrolle**“).

Das **Kartellverbot** (§§ 1 - 3 GWB) untersagt den markt beteiligten Unternehmen in aller Regel, ihre wettbewerbliche Handlungsfreiheit im Wege der Abstimmung künstlich zu beschränken. Die wettbewerbliche Handlungsfreiheit umfasst z.B. die freie Auswahl des Leistungsangebots und der Lieferanten sowie die freie Gestaltungen von Preisen und sonstigen Geschäftsbedingungen. Wenn Unternehmen ein

Kartell bilden, indem sie sich darauf verständigen, in gewissen Bereichen keinen Gebrauch von dieser wettbewerblchen Handlungsfreiheit zu machen (z.B. durch Preisabsprachen), verfälschen sie das Ergebnis des Wettbewerbs und schädigen ihre Kunden.

Die **Missbrauchsaufsicht** (§§ 19 - 21 GWB) untersagt besonders mächtigen Unternehmen, ihre Lieferanten, Abnehmer und Wettbewerber durch leistungsfremde Mittel zu benachteiligen, etwa indem sie Lieferanten exklusiv an sich binden, ihr Angebot künstlich verknappen oder überhöhte Preise verlangen.

Die **Fusionskontrolle** (§§ 35 - 42 GWB) schützt den Wettbewerb mittels eines strukturellen Ansatzes. Zusammenschlüsse von Unternehmen einer gewissen Größenordnung (insbesondere gemeinsamer weltweiter Jahresumsatz größer als 500 Mio. Euro) müssen demnach in aller Regel beim Bundeskartellamt angemeldet werden. Bislang hatte das Bundeskartellamt solche Zusammenschlüsse zu verbieten, falls sie die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung mit sich brachten.

#### B. Überblick über die Neuregelungen

Die durch die 8. GWB-Novelle eingeführten Änderungen betreffen vor allem die Missbrauchsaufsicht, die Fusionskontrolle und die kartellrechtlichen Verfahrensvorschriften.

##### I. Änderungen der Missbrauchsaufsicht

- 1) Die 8. GWB-Novelle teilt die Regelungen zum Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (bisher § 19 GWB) auf einen neu eingeführten § 18 GWB (Voraussetzungen der Marktbeherrschung) und auf den umformulierten § 19 GWB (Voraus-

setzungen des Missbrauchs) auf. Dadurch wird das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung deutlich übersichtlicher und anwenderfreundlicher, ohne dass es inhaltlich geändert wird.

- 2) Gleichzeitig erhöht der Gesetzgeber die Marktanteilsschwelle, an die er die Vermutung der Marktbeherrschung eines einzelnen Unternehmens knüpft. Zukünftig wird die Einzelmarktbeherrschung erst ab einem Marktanteil eines Unternehmens von 40 % und nicht wie bisher ab einem Marktanteil von 30 % vermutet (§ 18 Abs. 4 GWB). Die Vermutung der Marktbeherrschung bewirkt in kartellrechtlichen Zivilverfahren (z.B. Schadensersatzklagen kartellgeschädigter Unternehmen) eine Umkehr der Beweislast. Dementsprechend müssen Unternehmen in zivilrechtlichen Streitigkeiten zukünftig erst ab einem Marktanteil von 40 % beweisen, dass sie nicht marktbeherrschend sind und zu diesem Zweck aufzeigen, dass auf dem relevanten Markt trotz ihres hohen Marktanteils eine hinreichende Wettbewerbsintensität herrscht. In Verwaltungsverfahren (insbesondere Bußgeldverfahren) des Bundeskartellamts gilt die Beweislastumkehr aufgrund rechtsstaatlicher Prinzipien nicht (direkt).

## II. Änderungen der Fusionskontrolle

- 1) Auf den ersten Blick am bedeutendsten scheint die Änderung des vom Bundeskartellamt in Fusionskontrollverfahren anzulegenden Prüfungsmaßstabs. War ein anmeldspflichtiger Zusammenschluss vor der 8. GWB-Novelle lediglich zu untersagen, „*wenn zu erwarten [...] [war], dass er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt*“, soll nach der neuen Formulierung des § 36 Abs. 1 GWB ausreichen, dass „*wirksamer Wettbewerb erheblich behindert würde*“ (sogenannter SIEC-Test). Durch die Neuformulierung des § 36 Abs. 1 GWB wird der in der deutschen Fusionskontrolle geltende Prüfungsmaßstab vollständig dem europäischen angepasst. Dadurch soll die Übertragbarkeit europäischer Gerichtsentscheidungen auf das deutsche Recht (und umgekehrt) erleichtert sowie einem Auseinanderdriften bei der Fusionskontrollordnungen vorgebeugt werden. Da die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung aber den Hauptanwendungsfall der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs bildet, dürfte sich der Prüfungsmaßstab der deutschen Fusionskontrolle inhaltlich nicht nennenswert verändern.
- 2) Von praktischer Relevanz ist die Verschiebung der sogenannten „*Bagatellmarktklausel*“ von § 35 Abs. 2 Nr. 2 GWB in § 36 Abs. 1 Nr. 2 GWB. Vor der 8. GWB-Novelle hat die Bagatellmarktklausel Zusammenschlüsse, die wegen der Größe der beteiligten Unternehmen prinzipiell anmeldspflichtig waren, von der Anmeldepflicht ausgenommen, soweit sie einen Markt mit einem Jahresumsatz von weniger als 15 Mio. Euro betrafen, der seit mindestens fünf Jahren existierte. Die Verschiebung dieser Bagatellmarktklausel in § 36 Abs. 1 Nr. 2 GWB führt dazu, dass Zusammenschlüsse nunmehr auch anmeldspflichtig sind, wenn sie ausschließlich einen solchen Bagatellmarkt betreffen. Allerdings darf das Bundeskartellamt Zusammenschlüsse nicht verbieten, weil sie wirksamen Wettbewerb auf einem Bagatellmarkt erheblich behindern. Im Ergebnis bleiben Zusammenschlüsse auf Bagatellmärkten somit privilegiert. Die Verschiebung der Bagatellmarktklausel hat allerdings zur Folge, dass die Zusammenschlussbeteiligten die oftmals mit Unsicherheiten hinsichtlich der Marktabgrenzung belastete Frage, ob ein Bagatellmarkt vorliegt, nicht mehr vor der möglichen Anmeldung und in eigener Verantwortung beantworten müssen. Dies ist nunmehr Aufgabe des Bundeskartellamts nach der obligatorischen Anmeldung.
- 3) Schließlich erweitert die 8. GWB-Novelle die Pflicht zur Anmeldung von (freiwilligen) Zusammenschlüssen nunmehr ausdrücklich auch auf gesetzliche Krankenkassen. Damit lebt faktisch der Rechtszustand vor dem 15. November 2011 wieder auf, als das Bundeskartellamt Zusammenschlüsse gesetzlicher Krankenkassen bereits prinzipiell als anmeldspflichtig angesehen hatte. Aufgrund eines Urteils des Landessozialgerichts Hessen, das

die Anwendbarkeit der deutschen Fusionskontrollvorschriften auf gesetzliche Krankenkassen verneinte, sah sich das Bundeskartellamt aber fortan an einer fusionskontrollrechtlichen Prüfung gehindert. Gegen fusionskontrollrechtliche Entscheidungen des Bundeskartellamts können gesetzliche Krankenkassen gemäß § 202 SGB V vor den Sozialgerichten klagen. Somit gilt für gesetzliche Krankenkassen ein anderer Rechtsweg als für sonstige Unternehmen, die fusionskontrollrechtliche Entscheidungen des Bundeskartellamts vor den Zivilgerichten überprüfen lassen müssen.

### III. Änderungen der Verfahrensvorschriften

- 1) Der durch die 8. GWB-Novelle neu eingeführte § 81 a GWB verpflichtet Unternehmen in gegen sie gerichteten kartellrechtlichen Bußgeldverfahren zur Auskunft über ihre Umsätze (mit bestimmten Unternehmen). Diese Umsätze bilden die Grundlage der Entscheidung der zuständigen Kartellbehörde über die Höhe eines zu verhängenden Bußgelds. Bislang waren die betroffenen Unternehmen nicht zu einer solchen Auskunft verpflichtet, so dass die Kartellbehörden die Umsatzinformationen im Ermittlungsweg in Erfahrung bringen mussten.
- 2) Der neu eingeführte § 32 Abs. 2 a) GWB stellt nunmehr klar, dass die zuständige Kartellbehörde betroffene Unternehmen nicht nur dazu verpflichten kann, ein kartellrechtswidriges Verhalten abzustellen, sondern gleichzeitig auch dazu, kartellrechtswidrig erwirtschafteter Vorteile an die Geschädigten zurückzuerstatten. Ob den Kar-

tellrechtsbehörden diese Handlungsmöglichkeit zur Verfügung steht, war bislang nicht endgültig geklärt.

- 3) Schließlich verbessert die 8. GWB-Novelle die kartellrechtliche Position bestimmter Verbraucherverbände, welche die Befugnis erhalten, kartellrechtliche Unterlassungsansprüche gerichtlich geltend zu machen (33 Abs. 2 Nr. 3 GWB).

**Fazit:** Durch die nunmehr in Kraft getretene Änderung des GWB wird das deutsche Kartellrecht weiter dem europäischen Kartellrecht angeglichen und einige durch Gerichtsurteile in der Vergangenheit geschaffene Rechtsunsicherheiten beseitigt. Ein ursprünglich geplanter wesentlicher weiterer Aspekt der Änderung des GWB ist jedoch im Gesetz nicht umgesetzt. Das Handeln der gesetzlichen Krankenkassen untereinander und gegenüber den Patienten ist weiterhin dem Anwendungsbereich des materiellen Kartellrechts entzogen. Diese im Gesetzesentwurf der Bundesregierung noch vorgesehene Änderung war unter anderem die Ursache, warum das Gesetz nicht wie geplant am 1. Januar 2013, sondern erst ein gutes halbes Jahr später in Kraft treten konnte, da sich die politischen Parteien im Bundestag und Bundesrat hierauf nicht verständigen konnten. Insgesamt bleibt jedoch festzuhalten, dass die Änderung des GWB einige offene Fragen klärt und zu mehr Rechtssicherheit für Unternehmen führt. Außerdem wurde die ökonomische Relevanz durch den Prüfungsmaßstab „erhebliche Behinderung von wirksamem Wettbewerb“ in der Fusionskontrolle und die Anlegung der Vermutung für Marktbeherrschung gestärkt.



Axel Staudt  
Rechtsanwalt und Partner  
staudt@franzlegal.com



Dr. Malte Welters  
Rechtsanwalt  
welters@franzlegal.com

Gesellschaftsrecht» Vorzeitige Wiederbestellung von Vorstandsmitgliedern durch den Aufsichtsrat «  
(Zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 17. Juli 2012, Az. II ZR 55/11)

**Die bisher umstrittene Frage, ob der Vorstand einer Aktiengesellschaft auch „entgegen“ § 84 Abs. 1 AktG vor Beginn des letzten Jahres seiner bisherigen Amtszeit neubestellbar sein kann, wurde im letzten Jahr durch den Bundesgerichtshof geklärt. Er erteilte dem Teil der Rechtsprechung und der Literatur, die bislang in der vorzeitigen Amtsniederlegung zur Ermöglichung der Neubestellung eines Vorstands eine unzulässige Gesetzesumgehung sahen, eine Absage. Mit der herrschenden Meinung in der Literatur und einem anderen Teil der Rechtsprechung erklärte er dieses Vorgehen für eine zulässige Gestaltungspraxis.**

Der Vorstand einer Aktiengesellschaft wird durch den Aufsichtsrat bestellt. Gemäß § 84 Abs. 1 Satz 1 AktG beträgt die Amtszeit des Vorstandsmitglieds höchstens fünf Jahre, wobei eine wiederholte Bestellung bzw. Verlängerung der Amtszeit in den Grenzen des § 84 Abs. 1 Satz 3 AktG zulässig ist. Danach kann der für eine Neubestellung des Vorstands oder der Verlängerung der Amtszeit eines amtierenden Vorstands erforderliche Aufsichtsratsbeschluss frühestens ein Jahr vor Ablauf der bisherigen Amtszeit wirksam gefasst werden. In der Praxis besteht jedoch ein erhebliches Interesse daran, auch vor Ablauf des letzten Jahres die Bestellung eines Vorstandsmitgliedes verlängern zu können. Als Grund kann etwa in Betracht kommen, dass eine weiterhin langjährige Bindung gewünscht wird, um Abwerbeversuchen von Mitbewerbern zuvorzukommen. Auch der Wunsch nach Planungssicherheit bei langfristig angelegten Großprojekten kann dazu führen, dass die Kontinuität auf dem Vorstandsposten sichergestellt werden muss, damit diese Projekte auch unter der Leitung des planenden Vorstands ausgeführt und vollendet werden können.

Vor diesem Hintergrund hat es sich eingebürgert, dass der Aufsichtsrat zusammen mit dem Vorstandsmitglied die bisherige Bestellung zum Vorstand aufgehoben und damit beendet haben, so dass § 84 Abs. 1 Satz 3 AktG der erneuten Bestellung des Vorstandsmitglieds auf die gesetzlich zulässige Höchstdauer von fünf Jahren nicht weiter entgegenstand.

Diese Praxis wurde jedoch sowohl in der juristischen Fachliteratur (zum Beispiel *Mertens/Cahn* in Kölner Kommentar zum AktG, 3. Auflage 2010, § 84 Rn. 23 m.w.N.), als auch in der Rechtsprechung (zum Beispiel OLG Zweibrücken, DB 2011, S. 754; AG Duisburg, NZI 2008, S. 621) als Umgehung des Gesetzes angesehen und daher für unzulässig gehalten. Dadurch entstand eine erhebliche Rechtsunsicherheit sowohl für das Vorstandsmitglied, wie auch für die Gesellschaft selbst. Beide Seiten mussten immer damit rechnen, dass die gewählte Gestaltungsweise einer gerichtlichen Überprüfung nicht würde Stand halten können. Anstatt der gewünschten Planungssicherheit wäre plötzlich der Situation zu begegnen, dass der Vorstand weder wirksam bestellt und – je nach Ausgestaltung des Anstellungsvertrages – nicht einmal mehr vertraglich an das Unternehmen gebunden war. Dies mag ein Aufsichtsrat im Einzelfall als Hintertür genutzt haben, wenn sich die Arbeit des Vorstandes nicht wie erwartet weiterentwickelte. Auf der anderen Seite hätte sich auch der Vorstand auf die angebliche Unwirksamkeit berufen können, um so doch jederzeit zu einem Mitbewerber wechseln zu können oder erheblich gesteigerte Bezüge zu fordern. Weiterhin stellte sich für die Gesellschaft das gravierende Problem, dass sämtliche in der Vergangenheit liegende Handlungen des unwirksam bestellten Vorstandsmitglieds gegenüber Dritten auf ihre rechtliche Bindungs-

wirkung zu überprüfen wären. Angesichts dieser Unwägbarkeiten musste daher sorgsam abgewogen werden, ob der Weg der vorzeitigen Neubestellung noch gangbar war, oder ob die damit verbundenen Risiken zu hoch erschienen.

Im letzten Jahr hatte sich allerdings der Bundesgerichtshof mit eben dieser Frage auseinandersetzen. Durch das Urteil des Bundesgerichtshofes vom 17. Juli 2012 (Az. II ZR 55/12) konnte dabei erfreulicherweise einiges an Rechtssicherheit zurück gewonnen werden. Der Bundesgerichtshof stellte fest, dass diese Gestaltungsmöglichkeit keine Umgehung des Aktiengesetzes darstellt. Daher müssen auch keine besonderen rechtfertigenden Gründe vorliegen, wenn diese Gestaltungsvariante gewählt wird. Sinn und Zweck des § 84 Abs. 1 Satz 3 AktG ist nicht eine vorzeitige Verlängerung der Vorstandsmitglieder zu verhindern, sondern den Aufsichtsrat dazu zu zwingen, sich mindestens alle fünf – in Sonderfällen sechs – Jahren mit der Frage auseinanderzusetzen, ob das Vorstandsmitglied noch immer geeignet ist, die Geschicke der Gesellschaft weiterzuführen, ohne dass die Gesellschaft bei einer Trennung eine Abfindung zahlen muss oder einen wichtigen Grund dafür benötigt. Durch die vorzeitige Neubestellung setzt sich der Aufsichtsrat jedoch schlicht früher als nach fünf Jahren wieder mit der Frage der Geeignetheit des Vorstandsmitglieds auseinander. Dies führt nicht dazu, dass er nicht nach spätestens fünf Jahren erneut die Entscheidung treffen muss, ob die Bestellung des Vorstandsmitglieds erneuert werden soll.

Dem Urteil des Bundesgerichtshofes lag dabei ein besonders gelagerter Sachverhalt zur Ent-

scheidung vor. Die vorzeitige Neubestellung der Vorstände für weitere fünf Jahre wurde hier nämlich einen Tag vor Ablauf der Amtszeit der Aufsichtsratsmitglieder durchgeführt. Am folgenden Tag wurde im Rahmen der Hauptversammlung der Gesellschaft der Aufsichtsrat neu zusammengesetzt. Dies hatte zur Folge, dass im neu gewählten Aufsichtsrat nur noch die Hälfte der Mitglieder den Vorständen zugeneigt war, während die andere Hälfte diese ablehnte. Damit wäre eine Neubestellung nicht mehr möglich gewesen. Obwohl ein Teil des Aufsichtsrats sogar wichtige Gründe zur Abberufung des Vorstandsmitglieds sah, konnten diese Mitglieder eine vorzeitige Abberufung der Vorstände nicht durchsetzen, so dass der neu zusammengesetzte Aufsichtsrat trotz zum Teil fehlender Vertrauensbasis langfristig mit dem Vorstand arbeiten muss. Ungeachtet dessen hielt der Bundesgerichtshof daran fest, dass der Aufsichtsrat auch in dieser Konstellation lediglich von dem ihm zustehenden Instrumentarium gebraucht gemacht hat. Er wies allerdings darauf hin, dass auch Aufsichtsratsbeschlüsse zur einvernehmlichen Aufhebung und Neuabschluss der Vorstandsbestellung wegen Rechtsmissbrauchs unwirksam sein können. Angesichts des entschiedenen Sachverhalts wird man jedoch gewichtige Gründe für einen Rechtsmissbrauch verlangen müssen.

**Fazit:** Damit kann festgehalten werden, dass der Bundesgerichtshof in einem für die Praxis wichtigen Urteil weitgehende Rechtssicherheit geschaffen hat, indem er die vorzeitige einvernehmliche Aufhebung der Vorstandsbestellung unter gleichzeitiger erneuter Bestellung zum Vorstand ausdrücklich für zulässig erklärt hat.



Hendryk Schlitt  
Rechtsanwalt  
[schlitt@franzlegal.com](mailto:schlitt@franzlegal.com)

## Gesellschaftsrecht

## » Investitionszuschuss Wagniskapital des BAFA - Neue Förderung für private Investoren zur Beteiligung an Start-ups «

Seit dem 15. Mai 2013 bietet das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle („BAFA“) den „Investitionszuschuss Wagniskapital“ an. Das Förderangebot richtet sich an private Investoren (insbesondere Business Angels), die sich mit Eigenkapital an jungen innovativen Unternehmen („Start-up“) beteiligen wollen. Bei Erfüllung der Fördervoraussetzungen erhält der Investor 20% des für den Erwerb der Beteiligung zu zahlenden Betrages vom BAFA erstattet. Wenn der Investor seine Anteile vor Ablauf einer Mindesthaltedauer von drei Jahren veräußert, muss er den Zuschuss an das BAFA zurückzahlen.

Start-ups können sich auf Antrag die Förderfähigkeit für den Investitionszuschuss Wagniskapital durch das BAFA bescheinigen lassen und dies bei der Akquise von Investoren einsetzen.

Unabhängig davon, ob sich der Investor an einem bereits bestehenden Unternehmen oder an einer Gründung beteiligen möchte, muss der Investor seinen Förderungsantrag zwingend vor Abschluss des entsprechenden Beteiligungs-/Gesellschaftsvertrages für das zu fördernde Investment beim BAFA einreichen. Andernfalls ist eine Förderung ausgeschlossen.

### 1. Umfang der Förderung

Die Förderung besteht in der Erstattung von 20% des Investments für den Anteilserwerb. Bemessungsgrundlage bilden der im Gesellschafts-/Beteiligungsvertrag genannte Nominalwert der Geschäftsanteile und ein gegebenes falls zusätzlich zu erbringendes Agio (Aufgeld).

Um die Fördervoraussetzungen zu erfüllen, muss der Investor dem Start-up mindestens € 10.000 zur Verfügung stellen. Sind Zahlungen des Investors an das Start-up an die Erreichung

von Meilensteinen geknüpft, gilt die Grenze von € 10.000 für jede einzelne Tranche des Investments. Die Tranchen können höchstens über einen Zeitraum von 15 Monaten gestreckt werden.

Die Höchstgrenze des zu bezuschussenden Investments beträgt pro Jahr und pro Investor € 250.000, für das betroffene Start-up € 1.000.000 pro Jahr. Werden diese Grenzen überschritten, wird die Förderung nur bis zu den jeweiligen Höchstbeträgen gewährt.

### 2. Förderungsvoraussetzungen und Folgen für die (gesellschafts-)vertragliche Gestaltung

Um die Förderung zu erhalten und auch behalten zu dürfen, müssen die nachfolgend aufgeführten Voraussetzungen vorliegen. Soweit einige dieser Voraussetzungen unmittelbare Auswirkungen auf die Gestaltung des Beteiligungs-/Gesellschaftsvertrages haben bzw. haben können, sind entsprechende Hinweise und Tipps aufgenommen.

- a) Durch das Start-up, das zwingend eine Kapitalgesellschaft sein muss (also insbesondere GmbH, auch in der Form der UG, und AG), zu erfüllende Voraussetzungen:

#### Im Zeitpunkt der Antragsstellung:

- Nicht älter als zehn Jahre (gerechnet ab Eintragung im Handelsregister).
- Klein (weniger als 50 Mitarbeiter (FTE) und einen Jahresumsatz oder eine Jahresbilanzsumme von höchstens € 10 Millionen).
- Kein „Unternehmen in Schwierigkeiten“ im EU-rechtlichen Sinne. Als „in Schwierigkeiten“ gilt danach ein Unternehmen, das weder mit eigenen noch mit Fremdmitteln in der Lage ist, entstehende Verluste aufzufangen. Unternehmen in den ersten drei Jahren

ab Gründung gelten dabei generell nicht als „in Schwierigkeiten“ im vorgenannten Sinne.

- Nicht an einer Börse gelistet.

Während der dreijährigen Mindesthaltedauer des Investors:

- Innovativ (dazu muss es laut Handelsregisterauszug einer innovativen Branche angehören). Dazu hat das BAFA eine Liste von mehr als 20 Branchen veröffentlicht, die als innovativ und förderfähig gelten. Diese reichen von der Herstellung von chemischen oder pharmazeutischen Erzeugnissen, über Maschinenbau, Telekommunikation und Informationstechnologie, Werbung und Marktforschung bis hinzu – auf den ersten Blick wenig innovativ erscheinenden – Branchen wie Bibliotheken, Museen und zoologische Gärten.

**Tipp:**

***Bereits bei Festlegung des im Gesellschaftsvertrag aufzunehmenden Gesellschaftszwecks sollte eine Formulierung gewählt werden, die eine „innovative“ Branche im Sinne der Förderbedingungen erfüllt. Ebenso sollte sichergestellt werden, dass die tatsächliche Geschäftstätigkeit des Start-ups auch diesen Bereich umfasst.***

- Unabhängig, also nicht von einem anderen Unternehmen beherrscht.

**Tipp:**

***Es ist davon auszugehen, dass der Begriff „Beherrschung“ im Sinne des Aktienrechts zu verstehen ist. Danach wird eine Beherrschung vermutet, wenn mehr als 50% der Anteile oder Stimmrechte einem anderen Unternehmen zustehen. Eine Beherrschung durch einen Gesellschafter kann sich jedoch auch aus anderen Gesichtspunkten ergeben, wie Veto-Rechten, dem Recht zur Benennung des Geschäftsführers oder Vorstands, etc.***

- Hauptsitz in der EU und wenigstens eine im Handelsregister eingetragene Zweigniederlassung oder Betriebsstätte in Deutschland.
- Aufnahme der Geschäftstätigkeit spätestens ein Jahr nach Abschluss des Gesellschafts-/Beteiligungsvertrages.

**Tipp:**

***Im Falle einer solchen verspäteten Aufnahme der Geschäftstätigkeit sind bei einer GmbH/UG auch stets die Regelungen zur sogenannten „wirtschaftlichen Neugründung“ zu beachten, um eine Haftung der Gesellschafter für die bis zur Aufnahme der Geschäftstätigkeit begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu vermeiden.***

b) Durch den **Investor** zu erfüllende Voraussetzungen:

- Natürliche Person mit Hauptwohnsitz in der EU. Alternativ ist auch ein Erwerb durch eine Holding-GmbH möglich, die einer natürlichen Person mit Hauptwohnsitz in der EU allein gehört. Der alleinige Geschäftszweck der Holding-GmbH muss dann im Eingehen und Halten von Beteiligungen bestehen.

**Tipp:**

***Unklar ist bisher, ob es sich auch um eine Holding-UG handeln darf. Da die UG rechtlich gesehen grundsätzlich eine GmbH ist und lediglich mit einem geringeren Stammkapital als EUR 25.000 gegründet werden kann, was zur Anwendung einiger Sondervorschriften führt, ist nicht ersichtlich, warum nicht auch eine UG zulässig sein sollte. Hier wird jedoch abzuwarten sein, wie das BAFA diese Frage behandeln wird.***

- Nicht mit dem Start-up verbunden. Dies wäre der Fall, wenn der Investor oder eine ihm nahestehende Person in einem Zeitraum von zwei Jahren vor dem Eingehen der Beteiligung bis zum Ende der Mindesthaltedauer als Angestellter bzw. in der Geschäftsleitung des Start-ups gegen Bezahlung tätig war bzw. ist. Dies gilt auch, wenn die Tätigkeit gegen Bezahlung bei einem mit dem Start-up im Sinne des Aktienrechts verbundenen Unternehmens erfolgte. Eine die Förderung ausschließende Tätigkeit stellen auch Beratungs-, Management und Bürodienstleistungen dar, auch wenn die Gegenleistung angemessen ist. Zudem wird eine Verbundenheit vermutet, wenn der Investor direkt oder indirekt durch eine ihm nahestehende Person mehr als 25% der Anteile oder Stimmrechte am Start-up innehat.



- erstmalige Beteiligung des Investors.

**Tipp:**

***Eine Förderung scheidet daher für bereits bestehende Gesellschafter aus.***

c) **Weitere** Voraussetzungen:

- Es muss sich um Eigenmittel des Investors handeln, der Investor darf den zu investierenden Betrag nicht z.B. durch Bankdarlehen fremdfinanzieren.
- Die vom Investor übernommenen Anteile müssen neu ausgegeben werden.

**Tipp:**

***Wenn sich der Investor nicht bereits an der Gründung des Start-ups beteiligt, wird die Förderung lediglich für Anteilserwerbe im Rahmen einer Kapitalerhöhung gewährt. Eine Förderung eines Erwerbs bereits bestehender, z.B. von den Gründern gehaltener Anteile scheidet aus. Damit kann es im Rahmen eines geförderter Investments nicht zu einem Cash-Out für einen oder mehrere Gesellschafter kommen.***

- Bei den Anteilen muss es sich um „gewöhnliche“ Anteile halten, d.h. sie müssen vollumfänglich an Chancen und Risiken des Start-ups beteiligt sein. Dies ist erfüllt, wenn keine Vereinbarungen bestehen, nach denen
  - der Investor eine vom Gewinn unabhängige Fixvergütung erhält,
  - das Risiko des Investors minimiert wird,
  - der Investor Vorrechte auf Gewinnausschüttungen, bei der Liquidation oder der Insolvenz der Gesellschaft erhält.

**Tipp:**

***Hiervon nicht umfasst sind laut Förderbedingungen gewöhnliche Anti-Dilution und Liquidationspräferenzen, wenn diese für alle Investoren einer Finanzierungsrunde gleich ausgestaltet sind. Dabei dürfte die Grenze zwischen dem, was gewöhnlich ist und was nicht, fließend sein.***

- dem Investor das Recht auf Entschädigungszahlungen eingeräumt werden.

**Tipp:**

***Aus den bisher veröffentlichten Förderunterlagen geht nicht hervor, ob mit „Entschädigungszahlungen“ auch Zahlungen wegen Verletzung der im Rahmen einer Beteiligungsvereinbarung üblicherweise abzugebenden Garantien bezüglich bestimmter die Gesellschaft betreffenden Angelegenheiten gemeint sind. Nach dem Wortlaut des Begriffs könnte auch eine teilweise Rückzahlung des Investments an den Investor oder eine Bewertungsanpassung bei Nichterreichen bestimmter Kennzahlen durch das Start-up ähnlich eines sogenannten Ratchets adressiert sein.***

- der Investor die Möglichkeit erhält, vor Ablauf der Mindesthaltfrist, aus dem Start-up auszusteigen.

**Tipp:**

***In der Beteiligungsvereinbarung und/oder der Gesellschaftsvertrag sollte ein Lock-up für die übernommenen Anteile des Investors von 3 Jahren vereinbart werden, innerhalb derer der Investor diese Anteile nicht veräußern kann.***

- Der Anteilserwerb muss auf Basis eines vom Start-up erstellten Businessplans erfolgen und der Investor muss eine (realistische) Exit-Strategie verfolgen.
- Der investierte Betrag muss dem Start-up tatsächlich zur Verfügung gestellt werden. Daher ist eine Umwandlung von bereits gewährten Darlehen oder auch die Rückführung von durch den Investor gewährten Darlehen nicht zulässig.

**Tipp:**

***Eine Förderung wird nur dann gewährt, wenn der investierte Betrag tatsächlich an das Start-up gezahlt wird und dieser der Gesellschaft auch für den Aus- und Aufbau des Geschäftsbetriebes zur Verfügung steht. Dabei ist eine Rückzahlung von Verbindlichkeiten gegenüber dem Investor förderschädlich.***

Der Gesellschaftsvertrag und eine etwaig zusätzlich abgeschlossene Beteiligungsvereinbarung sind an das BAFA zur Prüfung zu übermitteln, ob die Fördervoraussetzungen einge-

halten sind. Aus Sicht des Investors, der die Förderung erhalten möchte, ist bei der Vertragsgestaltung darauf zu achten, dass er – entgegen der üblicherweise geltenden Vertraulichkeitsregelung – berechtigt ist, den Beteiligungsvertrag gegenüber dem BAFA offenzulegen.

### 3. Fazit

Auf den ersten Blick scheint das BAFA in Kooperation mit dem Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie eine interessante Fördermöglichkeit für den Bereich Wagniskapital anzubieten. Einige nicht unerhebliche Einzelfragen sind jedoch noch ungeklärt. Zudem werden dem Investment, das mit Hilfe dieser Förderung finanziert werden soll, einige Korsettstangen verpasst, so dass sich noch die tatsächliche Praxistauglichkeit unter Beweis stellen muss.



Axel Staudt  
Rechtsanwalt und Partner  
staudt@franzlegal.com



Antonio Calderón  
Senior Associate  
Rechtsanwalt  
calderon@franzlegal.com

## Arbeitsrecht

### » Neue Rechtsprechung des BAG zur Zulässigkeit der Frage nach der Schwerbehinderung «

**Vor Abschluss des Arbeitsvertrages** ist es dem Arbeitgeber grundsätzlich nicht gestattet, einen Bewerber nach einer Behinderung oder Schwerbehinderung zu fragen. Eine solche Frage würde eine Benachteiligung behinderter Menschen darstellen und gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) verstoßen. Stellt der Arbeitgeber im Vorstellungsgespräch gleichwohl die Frage nach einer Behinderung, so darf der Bewerber die Unwahrheit sagen („Recht zur Lüge“). Der Arbeitgeber kann aus der unrichtigen Beantwortung seiner unzulässigen Frage keine Rechte herleiten, insbesondere ist es ihm nicht möglich, den Arbeitsvertrag wegen einer arglistigen Täuschung anzufechten. Ausnahmsweise darf der Arbeitgeber vor Abschluss des Arbeitsvertrages nach einer Behinderung fragen, wenn die Behinderung die vertragsgemäße Arbeitsleistung dauerhaft unmöglich macht und ihr Nichtvorliegen deshalb eine wesentliche und entscheidende Voraussetzung für die Tätigkeit darstellt.

Noch nicht höchstrichterlich geklärt war bislang die Frage, ob der Arbeitgeber einen Mitarbeiter nach seiner Einstellung nach einer Schwerbehinderung fragen darf. Das Bundesarbeitsgericht hat jüngst entschieden, dass es dem Arbeitgeber jedenfalls **nach Ablauf einer sechsmonatigen Probezeit** erlaubt ist, einen Mitarbeiter nach seiner Schwerbehinderung zu fragen. Der Arbeitnehmer muss eine solche Frage aufgrund seiner Rücksichtnahmepflicht wahr-

heitsgemäß beantworten.

Im Rahmen von betriebsbedingten Kündigungen ist die Kenntnis von der Schwerbehinderung insbesondere für die Durchführung einer **ordnungsgemäßen Sozialauswahl** von erheblicher Bedeutung. Infolge der Nichtberücksichtigung einer Schwerbehinderung kann die Sozialauswahl fehlerhaft und damit eine Kündigung unwirksam sein.

Auch zur **Vermeidung einer Ausgleichsabgabe** wegen der Nichtbeschäftigung der gesetzlich vorgeschriebenen Zahl schwerbehinderter Menschen besteht für den Arbeitgeber ein Interesse an der Kenntnis der Zahl der schwerbehinderten Menschen in seinem Betrieb.

Die Kenntnis von der Schwerbehinderteneigenschaft eines Mitarbeiters zwingt den Arbeitgeber selbstverständlich auch zur Beachtung der Schutzvorschriften zugunsten schwerbehinderter Menschen (z.B. Sonderurlaub). Dennoch sollte jeder Arbeitgeber regelmäßig prüfen, ob es für seinen Betrieb nicht vorteilhafter ist, Mitarbeiter nach ihrer Schwerbehinderung zu befragen.

**Praxistipp:** Arbeitgeber sollten von ihrem Recht zur Frage nach der Schwerbehinderung Gebrauch machen. Insbesondere bei der Vorbereitung von Kündigungen ist die Kenntnis von der Schwerbehinderung wichtig, da der Arbeitgeber

zunächst die **Zustimmung des Integrationsamtes** zur Kündigung einholen muss. Die Kündigung eines schwerbehinderten Mitarbeiters ohne Zustimmung des Integrationsamtes ist un-

wirksam. Durch die nachträgliche Einholung der Zustimmung verzögert sich der Kündigungsprozess regelmäßig um mindestens zwei Monate.



Ute Spiegel  
Rechtsanwältin und Partnerin  
Fachanwältin für Arbeitsrecht  
[spiegel@franzlegal.com](mailto:spiegel@franzlegal.com)