

START-UP / VENTURE CAPITAL

Liebe Leserin, lieber Leser,

Halbzeit im Jahr 2019 – wir wollen die Gelegenheit nutzen, um kurz durchzuatmen und Bilanz zu ziehen. Deutschland entwickelt sich zunehmend zum Gründerland und neben den alten Problemen, wie z.B. den im internationalen Vergleich zu kleinen Finanzierungsrunden, hat sich unser Start-up-/ Venture Capital-Team über zu wenig Arbeit im ersten Halbjahr 2019 nicht beschweren können. Wir freuen uns sehr über das starke Wachstum in unserem Bereich und den großen Zuspruch, den wir für unsere Arbeit erhalten. Wir möchten uns daher bei all unseren Mandantinnen und Mandanten, den alten wie den neuen, für das entgegengebrachte Vertrauen bedanken. Wir haben großen Spaß mit Euch und freuen uns bereits auf die nächsten Projekte.

Leider müssen wir zugeben, dass unser Newsletter aufgrund der vielen Arbeit etwas gelitten hat – daher jetzt eine Halbjahresausgabe.

In diesem Newsletter findet ihr folgende Beiträge:

- Unser Berliner Kollege **Tassilo Klesen** beschäftigt sich mit dem Trendschlagwort „*Purpose*“ und wie dies rechtlich abgesichert werden kann.
- Im Anschluss haben wir unseren Kollegen **Dr. Christian Gloger**, Partner der New Yorker Kanzlei Kleinberg, Kaplan Wolff & Cohen, gebeten, uns zu berichten, wie und wo man in den USA derzeit am besten Kapital einsammelt.
- Mit dem Beitrag von **Laureen Lee** bleibt unser Blick über den Teich gerichtet. Laureen liefert basierend auf der EuGH Entscheidung *Maximilian Schrems gegen Facebook Ireland Limited* die Antwort auf die Frage, wann personenbezogene Daten in die USA übermittelt werden dürfen.
- Unser Münchner IP-Rechtler **Christian Hess** gibt einen Überblick über das neue Geschäftsgeheimnisgesetz.
- Von unserem arbeitsrechtlichem Duo **Dr. Erik Schmid** und **Dr. Michaela Felisiak** haben wir zwei Beiträge. Neben der aktuellen und berichtenswerten EuGH Entscheidung vom 14. Mai 2019 zur Überwachung der Arbeitszeit setzen sich die beiden noch mit der praktischen Frage auseinander, ob es zulässig ist, sich mit WhatsApp Nachricht krank zu melden.

- Den Abschluss macht **Christian Kalusa** mit dem Beitrag *Auf ein Wort zum Vesting*; nur zu oft sind uns in den letzten Monaten Klauseln vorgelegt worden, die mit Vesting erstmal wenig tun haben. Christian stellt hier einiges klar.

Viel Spaß bei der Lektüre und bleibt uns treu!

Mit besten Grüßen

Euer BEITEN BURKHARDT Start-up/Venture Capital Team

VERANSTALTUNGS- KALENDER

4. Start-up Night 2019

Die vierte VIR & TIC Travel Start-up Night 2019 findet dieses Mal im Frankfurter Büro von BEITEN BURKHARDT statt. Die Veranstaltung ist für Start-ups mit einem maximalen Alter von drei Jahren ab Gründungszeitpunkt kostenfrei.

Die Travel Start-up Nights sind eine gemeinsame Initiative des Travel Industry Clubs und des VIR. Sie verfolgen das Ziel, etablierte Player und junge Gründer der Tourismus-Branche zu ver-

knüpfen und so die Innovationskraft der Touristik in Deutschland weiter zu fördern. Die Veranstaltungen finden in lockerer Atmosphäre statt und laden so zum ungezwungenen Netzwerken ein. Seien Sie als etabliertes Touristikunternehmen dabei und lassen sich vom Gründerspirit inspirieren! Die Teilnahme ist für VIR-Mitglieder kostenfrei.

Bitte entnehmen Sie weitere Details dem nachfolgenden Termin- eintrag.

Termin: [Frankfurt am Main, 28. August 2019](#)

Corporate Venturing – Richtig strategisch in Start-ups investieren

Im Rahmen des Workshops sollen die wichtigsten Punkte bei der Umsetzung einer Corporate Venturing Strategie in rechtlicher und betriebswirtschaftlicher Hinsicht diskutiert werden:

- wesentliche Eckpunkte von Direktinvestments in Start-ups aus der Sicht eines Corporates,
- Aufbau von Accelerator- und Incubator-Programmen,
- notwendige organisatorische Maßnahmen auf Corporate-Ebene zur Erzielung eines strategischen Mehrwerts durch Direktinvestments,
- Window on Technology durch Investments in VC-Fonds-Strukturen,
- der Vergleich von Direktinvestments und Investments in VC-Fonds-Strukturen bei der Wahl der passenden Corporate Venturing-Strategie,
- Vergleich bestehender Corporate Venturing-Strategien mit neuen Ansätzen.

Bitte entnehmen Sie weitere Details dem nachfolgenden Termin- eintrag.

Termin: [Frankfurt am Main, 29. August 2019](#)

Verantwortungseigentum für Start-ups

Während einige Dax-Konzerne noch damit befasst sind, einen klaren Arbeitszweck zu finden (Handelsblatt v. 18.04.2019 – „Die Frage nach dem Warum: Was unserer Arbeit Bedeutung verleiht“) und die unter dem englischen Begriff „Purpose“ bekannte Gemeinwohlorientierung wieder in Mode kommt (FAZ v. 11.02.2019 – Timo Meynhardt, „Purpose – mehr als eine Managermode?“), sind viele Start-ups bereits bei der Gründung oder im frühen Stadium entschlossen, sogenanntes Verantwortungseigentum zu vereinbaren und rechtlich abzusichern.

HINTERGRUND

Doch was bedeutet Verantwortungseigentum?

Kurz gefasst gehören Unternehmen sich selbst bzw. haben Verantwortungseigentümerstrukturen, wenn sie rechtlich bindend sichergestellt haben, dass (1) eigenständige Verantwortungseigentümer die volle Verantwortung für das Unternehmen tragen, und (2) nur solche Personen Eigentümer werden, die sich dem Zweck des Unternehmens verbunden fühlen und nicht ausschließlich durch monetäre Anreize motiviert sind.

Dem liegen zwei Grundsätze zugrunde:

DAS SELBSTBESTIMMUNGSPRINZIP

Entscheidungen werden im Unternehmen von Menschen getroffen und ausgeführt, die aktiv im Unternehmen tätig sind, und nicht von fernen Investoren oder Shareholdern. Die Mehrheit der Stimmrechte – also die Steuerung der Erfüllung des Zwecks des Unternehmens – liegt in den Händen der Verantwortlichen; damit ist das Unternehmen selbstbestimmt. Die Verantwortungseigentümer übernehmen die unternehmerische Verantwortung für das Handeln, die Werte und das Vermächtnis des Unternehmens. Das Eigentum an den Stimmrechten kann nicht weitervererbt oder frei verkauft werden, sondern kann nur an solche Menschen übertragen werden, die direkt mit dem Zweck des Unternehmens verbunden sind. Unternehmen können also nicht als Spekulationsgut behandelt und meistbietend verkauft werden. Wichtig dabei ist, dass Stimm- und Gewinnrechte grundsätzlich voneinander getrennt sind, um sicherzustellen, dass ökonomische Interessen nicht die Entscheidungsfindung dominieren.

DAS SINNPRINZIP

Außerdem ermöglicht Verantwortungseigentum, dass alle im Unternehmen die Gewinne als Mittel zum Zweck und nicht als Selbstzweck sehen können. Gewinne werden hauptsächlich reinvestiert, zur Rückzahlung von Investoren und zur Zahlung von Gehältern genutzt oder gespendet.

MOTIVATION

Welche Motivation haben Gründer, die sich für das Verantwortungseigentum entschließen?

Es hat sich hier ein ganzes Bündel an Motivationen herauskristallisiert:

- Sinn- und Wertetreue;
- Langfrist-Orientierung;
- Produktivität, Motivation und Bindung von Talenten;
- Kundenbindung;
- Unabhängigkeit und Nachhaltigkeit.

Das Ziel der Einrichtung einer Verantwortungseigentumsstruktur ist die Verankerung der Sinn- und Werteorientierung in den Strukturen des Unternehmens. Es ermöglicht Generationen von treuhänderischen Eigentümern, die Unternehmensidee zu verwirklichen, dabei den Werten des Unternehmens treu zu bleiben und diese weiter zu entwickeln. Die berechnete Hoffnung ist, dass das Unternehmen in Verantwortungseigentum auf lange Sicht wirtschaftlich erfolgreicher ist.

RECHTLICHE UMSETZUNG – VETO-ANTEIL MODELL

Wie können die oben dargestellten Ziele rechtlich bindend abgesichert werden?

Es gibt hier verschiedene Modelle. Im deutschsprachigen Raum haben sich vor allem drei Typen entwickelt: (i) Das Veto-Anteil-Modell, (ii) das Einzelstiftungsmodell und (iii) das Doppelstiftungsmodell.

Da die Gründung einer eigenen Stiftung für ein Start-up in der Regel nicht in Frage kommt, bietet sich hier vor allem das Veto-Anteil Modell an:

Das Veto-Anteil Modell zeichnet aus, dass die gesellschaftsrechtliche Struktur eines Unternehmens relativ schlank bleiben kann. Die Fixierung des Verantwortungseigentums wird durch einen „Golden Share“ gewährleistet.

In Unternehmen nach dem Veto-Anteil Modell werden drei Klassen von Geschäftsanteilen gebildet:

A-ANTEILE („TREUHÄNDERANTEILE“)

Diese Anteile werden von denjenigen Menschen gehalten, die im Unternehmen arbeiten. Sie sind mit Stimmrechten ausgestattet.

Die Anteile sind weder verkäuflich, noch können sie vererbt werden. Wie die Geschäftsanteile weitergegeben werden können, wird in der Satzung geregelt. Beispielsweise können die scheidenden Treuhänder Nachfolger vorschlagen, werden Nachfolgegremien gebildet oder obliegt diese Entscheidung den Mitarbeitern.

B-ANTEILE

Diese Anteile werden von Investoren, gemeinnützigen Organisationen, Mitarbeitern oder Gründern gehalten und gewähren Dividendenrechte ohne Stimmrechte. Die Dividendenrechte sind dann gedeckelt, wenn sie von im Unternehmen beschäftigten Personen gehalten werden, um Interessenkonflikte zu vermeiden. In jedem Fall ist es ratsam, ein Rückkaufrecht zu regeln für den Fall, dass sich die Liquiditätssituation bessert.

VETO-ANTEIL („GOLDEN SHARE“)

Das Halten dieser Anteile erlaubt es, jeglicher Entscheidung zu widersprechen, die sich gegen die Prinzipien von Verantwortungseigentum richten, zu denen sich das Unternehmen zuvor verpflichtet hat. Dabei muss bei dem Entwurf der Satzung und der Gesellschaftervereinbarung sorgfältig geprüft und sichergestellt werden, dass sich das auferlegte Korsett nicht in der Zukunft als zu sperrig herausstellt.

Der Anteil wird von einer „Veto-Dienstleister“-Stiftung gehalten. Die Stiftung muss seinerseits bestimmte Anforderungen erfüllen, um für diesen Zweck in Frage zu kommen.

FAZIT UND AUSBLICK

Die Verankerung des Verantwortungseigentums in der rechtlichen Struktur eines Start-ups wird zunehmend attraktiv und angefragt. Zwar hat sich mit dem Veto-Anteil-Modell eine vergleichsweise einfach umzusetzende Struktur entwickelt.

Allerdings wurden bereits in mehreren europäischen Ländern eigene Rechtsformen gegründet, die dem Sinn und Zweck des Verantwortungseigentums noch besser gerecht werden. Die Purpose-Stiftung hat für Deutschland bereits einen konkreten Vorschlag gemacht. Es wäre zu begrüßen, wenn sich der deutsche Gesetzgeber dieser Entwicklung zeitnah widmen würde, um keinen Wettbewerbsnachteil zu riskieren.



Tassilo Klesen

Rechtsanwalt
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Berlin

What Non-U.S. Venture Capital Fund Managers Need To Know Before Pursuing U.S. Investors

As the European venture capital fund industry continues to grow, many German and other European-based venture capital fund managers seeking to raise capital from U.S. investors are realizing that the United States regulatory landscape for private investment funds presents several challenges. While U.S. investors generally have an appetite for investing in early-stage or later-stage ventures around the globe, there are a number of business, legal, regulatory and tax hurdles to jump through for everybody who aims to tap into the U.S. market. This article summarizes key legal and U.S. regulatory considerations under the U.S. Securities Act of 1933, as amended (the “SECURITIES ACT”), as well as a parti-

cular exemption for venture capital fund managers from registration as an investment adviser under the U.S. Investment Advisers Act of 1940, as amended (the “**ADVISERS ACT**”). We will address in separate articles considerations under other relevant U.S. laws governing the private investment funds industry, including important restrictions for U.S. capital raising pursuant to the U.S. Investment Company Act of 1940, as amended (the “**INVESTMENT COMPANY ACT**”). We will also separately address the adequate U.S. tax structure for a successful fund raising in the United States. Interested venture capital fund managers should also become familiar with effective marketing strategies, which include capital introduction meetings, road shows, the appropriate presentation of the manager’s track record and the engagement of the “right” service providers (placement agents, legal counsel, fund administrators and auditors) that can be determinative for the success of any U.S. fund raising.

PART 1 – THE RULES AND REGULATIONS GOVERNING PRIVATE FUND OFFERINGS IN THE U.S.

In an effort to protect U.S. investors and the integrity of the securities industry, several rules and regulations have been developed over the years that impose certain restrictions on soliciting and accepting investments from U.S. Investors. Moreover, in the wake of several large scale frauds, like Ponzi schemes, the industry has evolved to become more conscious and vigilant about protecting Investors.

Any offering of “securities” in the U.S. must be conducted in compliance with applicable U.S. security laws, including the U.S. Securities Act of 1933, as amended (the “**SECURITIES ACT**”). The term “securities” generally covers the offering of “shares”, “units” or “interests” in private equity funds, venture capital funds, real estate funds or hedge funds, whether structured as limited partnerships or any other kind of company. Therefore, it is important for private fund managers, including venture capital funds, to be familiar with the various rules and regulations before beginning activities that target U.S. investors. Importantly, the sale of an interest in an investment fund that violates the Securities Act is arguably void, and investors may claim under U.S. federal or state laws to get all of their invested capital back which they may do if that fund is facing significant losses.

WHY CARE ABOUT ACCREDITED INVESTORS?

Under the Securities Act, an issuer that offers or sells its securities in the United States must register the offering of those securities under Section 5 of the Securities Act or must qualify for an exemption from such requirement. Such an exemption is available for any offering of securities which does not involve a “public offering”.

Because there could be different views on what exactly constitutes a “public offering”, Rule 506 of Regulation D promulgated by the U.S. Securities and Exchange Commission (“**SEC**”) provides for a “safe harbor” under Section 4(a)(2) of the Securities Act. If an

issuer of securities (including a venture capital fund) satisfies the conditions of the Rule 506 safe harbor, its offering will be deemed non-public and exempt from the Securities Act’s registration requirements. The overwhelming majority of venture capital and other private investment fund managers choose to satisfy the conditions under subsection (b) of Rule 506 to utilize this safe harbor.

Generally, the Rule 506(b) safe harbor permits an issuer to sell its securities only to persons who are “accredited investors”¹. “Accredited investors” are defined in Rule 501(a) of Regulation D, and include, among others:

- Natural persons who, either individually or jointly with their spouse, have a net worth, exclusive of their primary residence, in excess of U.S.\$1 million, or who have had an annual income in excess of U.S.\$200,000 (or U.S.\$300,000 when combined with their spouse’s income) in each of the last two years and have a reasonable expectation of reaching the same income level in the current year; and
- Entities that have total assets in excess of \$5 Million.

NO GENERAL SOLICITATION

Rule 506(b) under Regulation D limits the manner in which an issuer can offer its securities to potential investors. Any form of “general solicitation or general advertising” will disqualify an offering from the Rule 506(b) safe harbor. In practical terms, fund managers who wish to rely on this safe harbor need to send materials to prospective investors in a targeted manner only (and not, for example, post such materials on a website that is accessible to the public in general).

Whether an act constitutes a “general solicitation or general advertising” can be a complex question, and U.S. legal counsel should be consulted prior to engaging in public discussions or presentations of the fund or the Manager.

IS GENERAL SOLICITATION ALLOWED UNDER RECENT RULE 506(C)?

Pursuant to the Jumpstart Our Business Startups Act of 2012 (the “**JOBS ACT**”), the SEC also promulgated Rule 506(c) under Regulation D, which permits an offering to be deemed a “non-public offering” even if it involves general solicitation (i.e., advertising), given certain conditions. While this relatively recent rule created a lot of initial buzz, the private investment fund industry generally favors Rule 506(b), which does not permit general solicitations.²

OTHER REGULATION D REQUIREMENTS; STATES’ “BLUE SKY” FILINGS

An issuer relying on Regulation D is also required to file with the SEC an online, publicly available, notice on “Form D” within 15 days following the date of the first sale of securities in the applicable offering.

¹ The offer may in theory also include up to 35 non-accredited investors. However, if a fund does accept non-accredited investors, it is obligated to satisfy several other conditions which render accepting the non-accredited investors impractical in many cases. In addition, given the relatively low threshold that an investor needs to meet to qualify as an “accredited investor”, it is industry practice to accept only accredited Investors.

² In order to qualify for Rule 506(c): (i) there cannot be any unaccredited investors (while under Rule 506(b), however, an offering can remain within the safe harbor if it ends up having up to 35 unaccredited, but sophisticated investors); (ii) the fund must take “reasonable steps” to verify the accredited investor status of each investor and it is possible that these steps will include a review of the investors’ tax returns or other similar documents that few investors are willing to provide (while under Rule 506(b), however, the fund can have investors self-verify their accredited investor status without providing any back-up documentation); and (iii) the fund must have elected the Rule 506(c) safe harbor for the offering and can no longer rely on Rule 506(b) (for instance, if the fund discovers that one of the persons who purchased securities in the Rule 506(c) offering is not accredited, the fund cannot amend its election to Rule 506(b)).

The U.S. state in which a U.S. investor resides may have securities laws of its own (often referred to as “blue sky” laws) which are typically nearly identical in substance to the Securities Act. Most states will permit an offering that qualified for the Regulation D safe harbor to be exempt from state registration. However, states often require that a copy of the Form D filed with the SEC be filed with the state for a fee.

ANY BAD ACTORS?

An offering is disqualified from relying on the Rule 506(b) safe harbor if the issuer or certain other persons (including, for example, an investor beneficially owning 20% or more of the issuer’s voting power) is a “bad actor”, which means having a relevant criminal conviction, regulatory or court order or other disqualifying event occurring on or after September 23, 2013. The issuer can continue relying on the Rule 506(b) safe harbor if, having used reasonable care, it did not identify any covered person as being a “bad actor”. Because of this, U.S. legal counsel typically works with fund managers to produce questionnaires that will permit the fund to claim it used reasonable care to identify bad actors.

OTHER CONSIDERATIONS RELATING TO PRIVATE FUND OFFERINGS

European venture capital fund managers should also be familiar with the following regimes, which go beyond the scope of this article:

Under anti-fraud provisions of various U.S. laws governing transactions in securities, an offer of securities needs to be made on the basis of adequate disclosure. Investment fund managers need to provide U.S. investors with all the “material” information that a reasonable investor would want to have before making an investment decision. The question of what information is material should take into account industry practice, laws and regulations applicable to registered offerings that reasonable investors typically expect. As a practical matter, fund managers work closely with U.S. legal counsel to prepare offering memoranda that contain accurate and complete information about the fund and the material risks the investment presents.³

PART 2 – IS THE INVESTMENT MANAGER EXEMPT FROM SEC REGISTRATION?

In connection with any U.S. fund raising efforts, the investment manager of venture capital or other private investment funds must also analyze whether the management of assets attributable to U.S. investors, or the management of an investment fund organized under any U.S. law, may require the registration of the investment manager as an “investment adviser” with the SEC pursuant to the Advisers Act. The investment adviser registration,

and potential exemption thereof, is an important U.S. regulatory threshold question that is completely separate from compliance with the requirements of a private placement of fund interests in the United States. Investment Adviser regulation under U.S. law is complex, and this article can only provide a brief overview.⁴

As a general matter, a German or other European-based investment manager that has no place of business in the United States⁵ does not have to register as an investment adviser with the SEC if it can rely one of the following exemptions:

It will either rely on Section 7(d) of the Advisers Act, provided that (i) the manager has no place of business in the United States, (ii) has no “U.S. clients”⁶, and (iii) does not manage any non-U.S. fund that has any “U.S. investor”; or

It will claim the so called “foreign private adviser” exemption under Section 203(b)(3) of the Advisers Act, provided that (i) the manager has no place of business in the United States, (ii) all of the manager’s clients are “private funds”⁷, (iii) the manager has, in total, less than 15 U.S. clients and U.S. investors, and (iv) the manager manages less than \$25 million in aggregate assets across all of its clients attributable to U.S. clients and U.S. investors.

VENTURE CAPITAL FUND MANAGER EXEMPTION?

The two exemptions from investment adviser regulations discussed above will very often not be available for a German or other European-based investment manager because U.S. investors will typically prefer to invest through an investment fund organized under U.S. law for tax reasons and other considerations.⁸ Such a U.S. fund is a “U.S. client” of the investment manager, and U.S. persons investing in the fund are “U.S. investors”, for purposes of the Advisers Act. Therefore, the two exemptions discussed above would not be available as soon as the investment manager manages an aggregate of \$25 million or more in assets attributable to U.S. clients and U.S. investors across all of the investment manager’s clients.

However, there are other exemptions that are potentially available. In particular, Section 203(l) of the Advisers Act provides an exemption from registration as an investment adviser for any person whose only advisory clients are solely “venture capital funds”. Such venture capital advisers can claim the status of an “exempt-reporting adviser”, i.e., they are subject to a less stringent form of SEC registration that requires the investment manager to file a simplified Form ADV and comply with only a limited universe of Advisers Act rules.

³ Note that other rules and regulations restrict the kind of information that can be provided. For instance, there is guidance as to the provision of investment track records, selective disclosure of past investments, etc.

⁴ See the following general overview on investment adviser regulation with the SEC: <https://www.sec.gov/divisions/investment/iaregulation/memoia.htm>. See also “Regulation of Investment Advisers by the U.S. Securities and Exchange Commission”, March 2013, at: https://www.sec.gov/about/offices/oia/oia_investman/plaze-042012.pdf.

⁵ Rule 203(m)-1 under the Advisers Act defines a “PLACE OF BUSINESS” by reference to Rule 222-1(a) under the Advisers Act as any office where the adviser “regularly provides advisory services, solicits, meets with, or otherwise communicates with clients,” and “any other location that is held out to the general public as a location at which the investment adviser provides investment advisory services, solicits, meets with, or otherwise communicates with clients.”

⁶ As an important distinction under the U.S. investment adviser regulation, the “CLIENT” of an investment manager is the investment fund or (in case of a separately managed account) the individual or other legal entity whose assets are being managed on a discretionary or non-discretionary basis. Importantly, the “INVESTORS” in an investment fund managed by the investment manager are not “clients”. Generally speaking (and with few exceptions), a client is a “U.S. client”, and an investor is a “U.S. investor”, if that client or investor is a “U.S. PERSON” as defined under Rule 902(k) of Regulation S promulgated under the Securities Act.

⁷ Being a “PRIVATE FUND” has to do with the investment fund’s status under the Investment Company Act. Simply speaking, to rely on the foreign private adviser exemption, all clients of the manager must be (i) investment funds (i.e., they cannot be managed account clients) and (ii) exempt from registration with the SEC as an “investment company” either in reliance of Section 3(c)(1) of the Investment Company Act (which limits the number of investors to 100) or (ii) Section 3(c)(7) of the Investment Company Act (which limits the investors to “qualified investors” as defined under the Investment Company Act). Details around these important exemptions under the Investment Company Act are complex and will be covered in a separate article.

⁸ In many cases, funds for U.S. investors are organized as Delaware limited partnerships.

Pursuant to the applicable Advisers Act rule, a venture capital fund is a private fund that:

- holds, immediately after the acquisition of an asset, at least 80 percent of its capital commitments in “qualifying investments” (determined excluding short-term holdings) which generally consist of equity securities of “qualifying portfolio companies” that are directly acquired by the fund (see further described below);
- does not borrow or otherwise incur leverage, other than limited short-term borrowing (excluding certain guarantees of qualifying portfolio company obligations by the fund)⁹;
- represents itself as pursuing a venture capital strategy to its investors and prospective investors¹⁰; and
- is not registered under the Investment Company Act and has not elected to be treated as a business development Company.

“QUALIFYING INVESTMENTS” are generally “equity securities”¹¹ that were acquired by the fund in one of three ways that each suggest that the fund’s capital is being used to finance the operations of businesses, rather than for trading in secondary markets:

- any equity security issued by a qualifying portfolio company that is *directly* acquired by the private fund from the company (“DIRECTLY ACQUIRED EQUITY”);
- any equity security issued by a qualifying portfolio company in exchange for *directly* acquired equity issued by the same qualifying portfolio company (this exception permits the fund to participate in the reorganization of the capital structure of a portfolio company); and
- any equity security issued by a company of which a qualifying portfolio company is a majority-owned subsidiary, or a predecessor, and that is acquired by the fund in exchange for *directly* acquired equity (this exception enables the fund to acquire securities in connection with the acquisition (or merger) of a qualifying portfolio Company).

A “QUALIFYING PORTFOLIO COMPANY” is defined as any company that:

- at the time of investment, is not a publicly traded company in the U.S.;¹²
- does not incur leverage in connection with the investment by the *private* fund and distribute the proceeds of any such borrowing to the private fund in exchange for the private fund investment; and

- is not *itself* a fund (i.e., the company must be an operating company).

Thus, to meet the definition, at least 80 percent of a fund’s investment in each portfolio company must be acquired directly from the company, in effect limiting a venture capital fund’s ability to acquire secondary market shares to 20 percent of the fund’s investment in each company.

The SEC argued as follows:

“We believe that the limit on secondary purchases remains an important element for distinguishing advisers to venture capital funds from advisers to the types of private equity funds for which Congress did not provide an exemption. However, as discussed above, a venture capital fund may purchase shares in secondary markets to the extent it has room for such securities in its non-qualifying basket.”¹³

The SEC Staff issued in December 2013 additional guidance regarding the venture capital exemption.¹⁴ To summarize, it permits:

- investments *through* wholly-owned holding companies (without violating the requirement to make “direct” investments);
- acceptance of non-U.S. or U.S. tax-exempt investors through a feeder fund;
- investments in “warehoused” investments (i.e., investments that were initially acquired, on a temporary basis, by the manager and then transferred to the fund); and
- transfer of investments to “side funds” so that each funds holds its pro rata share of each Investment.

SHOULD WE DO IT?

Navigating the regulatory landscape in the United States can seem perplexing and overwhelming. However, the U.S. regulatory regime applicable to soliciting and accepting investments in venture capital funds is fairly comprehensive and has proven manageable for quite some time. With the appropriate legal and compliance advice and processes, accessing the U.S. market is often a very viable option.



Dr Christian Gloger

Attorney at Law (New York) | LL.M. (NYU) | M.A.
Kleinberg, Kaplan, Wolff & Cohen, P.C.
551 Fifth Avenue
New York, NY 10176

⁹ Borrowing cannot exceed 15 percent of the fund’s capital contributions and uncalled committed capital, and any such borrowing, indebtedness, guarantee or leverage is for a non-renewable term of no longer than 120 calendar days.

¹⁰ Meeting this requirement depends on facts and circumstances as to how the fund describes its strategy to investors, but does not require the use of “venture capital” in the fund’s Name.

¹¹ This includes common stock as well as preferred stock, warrants and other securities convertible into common stock in addition to limited partnership interests.

¹² The Rules provides that the company is not “a reporting or foreign traded company” and does not have a control relationship with a reporting or foreign traded company. Note that the investment is permitted if the portfolio company becomes a reporting company after the Investment.

¹³ See SEC Release No. IA-3222; File No. S7-37-10, page 25, at: <https://www.sec.gov/rules/final/2011/ia-3222.pdf>.

¹⁴ See <https://www.sec.gov/divisions/investment/guidance/im-guidance-2013-13.pdf>. The SEC further recently amended the venture capital exemption to clarify that “small business investment companies” are “venture capital funds”: <https://www.sec.gov/investment/secg-rules-203-i-1-and-203-m-1-ia40>.

Schrems vs. Facebook: Viel Lärm um Nichts? Wann dürfen personalbezogene Daten in die USA übermittelt werden?

Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs („EuGH“) vom 6. Oktober 2015 (C-362/14) schlug große mediale Wellen. Maximilian Schrems, ein österreichischer Jurist und Datenschutzaktivist, klagte wegen angeblich rechtswidriger Übermittlung seiner personenbezogenen Daten durch Facebook Irland an Facebook USA. Der EuGH gab Herrn Schrems Recht und stellte in seinem Urteil u.a. fest, dass die Grundsätze des Safe Harbor Programms nicht ausreichend sind, um für ein angemessenes Datenschutzniveau bei den Empfängern in den USA zu sorgen. Der bisherigen Safe Harbor-Praxis wurde damit der Boden entzogen. Seitdem müssen Internationale Datenübermittlungen in unsichere Drittländer wie die USA auf andere Adäquanzmechanismen gestützt werden.

KONSEQUENZEN FÜR DEN INTERNATIONALEN DATENTRANSFER

Das Urteil wird zwar häufig im Zusammenhang mit sozialen Netzwerken erwähnt, hat jedoch auch heute ganz generell gravierende Auswirkungen auf internationale Datenübermittlungen. So erhalten sehr viele deutsche Unternehmen Unterstützung durch Dienstleister in den USA für IT-Tools im Bereich der Personal- oder Kundenverwaltung, des Hostings oder für Cloud-Anwendungen. Relevanz hat das Urteil auch für Übermittlungen innerhalb eines Konzerns, wenn z. B. deutsche Unternehmen Arbeitnehmerdaten an ihre Konzernmutter oder an verbundene Unternehmen in den USA auf Grundlage von Matrixstrukturen übermitteln.

Der Handlungsbedarf ist groß, da Unternehmen bereits von Datenschutzbehörden dazu aufgerufen wurden, unverzüglich ihre Verfahren zur Übermittlung in die USA datenschutzgerecht zu gestalten und darüber Auskunft zu erteilen. Viele Datenschutzbehörden weisen derzeit darauf hin, dass Unternehmen mit Sanktionen rechnen müssen, wenn sie sich weiterhin auf das Safe Harbor-Programm verlassen und keine nach der Datenschutzgrundverordnung („DS-GVO“) zulässigen Alternativen implementieren.

PRAKTIKABLE ALTERNATIVEN FÜR DAS SAFE HARBOR-PROGRAMM

Als Alternativen zu Safe Harbor kommen vor allem folgende drei Möglichkeiten in Betracht: die Einwilligung des Betroffenen, die EU-Standardvertragsklauseln oder das EU-US Privacy Shield (der Nachfolger des Safe Harbor-Programms). (Die sog. Binding Corporate Rules werden in der Regel nur im Rahmen von Übermittlungen innerhalb des Konzerns relevant und hier daher nur kurz erwähnt.)

EINWILLIGUNG

Zum leichteren Verständnis wird die Einwilligung nicht abstrakt, sondern anhand von Mitarbeiterdatenübermittlungen diskutiert. Denkbar ist es, von jedem Arbeitnehmer eine Einwilligung ein-

zuholen, nach der das Unternehmen die personenbezogenen Daten des Arbeitnehmers für bestimmte Zwecke an einen Empfänger in Drittstaaten übermitteln darf, bei dem kein angemessenes Datenschutzniveau besteht. Jedoch wurde die Einwilligung im Arbeitsverhältnis schon vor der Entscheidung des EuGH kritisiert, da es hier an der freien Entscheidung des Arbeitnehmers fehlen kann. Zweifel an der Freiwilligkeit entstehen, da das zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bestehende Über- und Unterordnungsverhältnis dem Arbeitnehmer womöglich keine andere Wahl lassen könnte als zuzustimmen. Zu erwähnen sind auch die praktischen Probleme, die entstehen, wenn der Arbeitnehmer gar nicht einwilligt oder seine Einwilligung widerruft und daher seine Daten nicht übermittelt werden dürfen oder gelöscht werden müssen. Daher bietet sich die Einwilligung nur in besonderen Ausnahmefällen an, um eine Übermittlung von Arbeitnehmerdaten in die USA zu ermöglichen, z. B. wenn sie im Einzelfall rein vorteilhaft für den Arbeitnehmer ist, etwa bei einem Bonus- oder Reward-Programm.

EU-US PRIVACY SHIELD – SAFE HARBOR 2.0?

Auch die Politik hat auf die Safe Harbor-Entscheidung reagiert. Inzwischen wurde ein Nachfolgeprogramm mit dem Namen EU-US Privacy Shield zwischen der EU und den USA verhandelt und von der EU-Kommission im Juli 2016 für zulässig erklärt. Wie bereits bei dem Vorgänger können sich US-Unternehmen im Wege der Selbstzertifizierung verpflichten, die Datenschutzgrundsätze des Privacy Shields einzuhalten. Unterdessen mehren sich Stimmen in der Wissenschaft und Politik, die Kritik an dieser neuen Lösung äußern und bezweifeln, dass die Vorgaben des EuGH berücksichtigt werden. So äußern der Vorgänger des Europäischen Datenschutzausschusses und das EU-Parlament vor allem Bedenken zur praktischen Umsetzung in den Unternehmen und monieren Vollzugsdefizite. Problematisch ist auch, dass sich US-Behörden weiterhin Vorbehalte ausbedingen, um Daten zu Zwecken der nationalen Sicherheit zu erheben und das Privacy Shield keinen adäquaten Schutz dagegen bietet. Der erwartete Showdown blieb jedoch (vorerst) aus. Die EU-Kommission bestätigte Ende 2018, dass das EU-US Privacy Shield trotz der gerügten Defizite ein angemessenes Datenschutzniveau gewährleistet. Auch Herr Schrems beschäftigt den EuGH mit der Wirksamkeit des Privacy Shields. Es ist daher nicht auszuschließen, dass das EU-US Privacy Shield Programm einer kritischen Prüfung durch den EuGH nicht standhält. Praktisch hat das EU-US Privacy Shield das Safe Harbor-Programm zwar ersetzt. Es bleibt jedoch abzuwarten, ob auch dieses Programm für ungültig erklärt wird und darauf basierende Datenübermittlungen rechtswidrig werden.

EU-STANDARDVERTRAGSKLAUSELN

Schließlich stellen die sog. EU-Standardvertragsklauseln ein beliebtes Element zur Herstellung eines angemessenen Datenschutzniveaus für den Betroffenen beim Empfänger dar. Bei diesen handelt es sich um Verträge, die zwischen dem Unternehmen in der EU und dem Empfänger der Daten in einem Drittstaat, in dem kein angemessenes Datenschutzniveau herrscht, abgeschlossen werden. Die EU-Standardvertragsklauseln dürfen nicht modifiziert werden. Möglich ist aber, geschäftsbezogene Regelungen zu treffen, sofern diese nicht im Widerspruch zu den EU-Standardvertragsklauseln stehen. In Reaktion auf die Safe Harbor-Entscheidung bieten Dienstleister aus den USA ihren europäischen

Kunden Lösungen an, in denen die EU-Standardvertragsklauseln eine zentrale Rolle spielen. Da die EU-Standardvertragsklauseln nicht modifiziert werden dürfen, passen diese Lösungen nicht immer auf die Anforderungen im Einzelfall, sodass zunächst eine gründliche (datenschutz)rechtliche Prüfung anzuraten ist.

Da einige Argumente des EuGH Urteils auch auf die EU-Standardvertragsklauseln übertragbar erscheinen, sind diese in die Kritik geraten. Dennoch sehen die europäischen Datenschutzbehörden die EU-Standardvertragsklauseln derzeit noch als mögliche Alternative zu Safe Harbor (und dem Nachfolger, dem Privacy Shield) an. Doch auch hier ist Herr Schrems nicht untätig geblieben. Am 9. Juli 2019 fand die mündliche Verhandlung vor dem EuGH in dem Fall C311/18 zur Gültigkeit der Standardvertragsklauseln statt. Dieses Verfahren stellt ein großes Risiko für Datentransfers in Länder außerhalb des EWR dar, da die Standardvertragsklauseln bisher die meistgenutzte Grundlage sind. Falls die Standardvertragsklauseln vom EuGH für ungültig erklärt werden, könnte der Datentransfer in die USA mangels praktikabler Alternativen vorübergehend lahm gelegt werden. Die Entscheidung des EuGH wird nächstes Jahr erwartet. Bis dahin bleibt unklar, ob die Standardvertragsklauseln in Zukunft noch als ausreichend angesehen werden können, um ein angemessenes Datenschutzniveau sicherzustellen. Derzeit ist diese Alternative jedoch gegenüber den anderen Alternativen zu Safe Harbor zu bevorzugen.



Laureen Lee
Rechtsanwältin | LL.M.
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
München

Das neue Geschäftsgeheimnisgesetz – Ein Überblick über Systematik und Neuerungen

Am 26. April 2019 ist das neue deutsche Geschäftsgeheimnisgesetz (GeschGehG) in Kraft getreten, das einen gesamt-europäischen Standard für den Schutz von Geschäftsgeheimnissen festlegt.

Das GeschGehG stellt den Schutz von Geschäftsgeheimnissen auf neue – nunmehr zivilrechtliche – Füße. Es gibt dem Inhaber eines Geschäftsgeheimnisses spezialgesetzliche Ansprüche, etwa auf Beseitigung und Unterlassung, Vernichtung, Herausgabe, Rückruf, Entfernung aus dem Markt und Auskunft, die den Ansprüchen bei den herkömmlichen gewerblichen Schutzrechten entsprechen.

Neu sind vor allem die prozessualen Regelungen für Geschäftsgeheimnisverletzungsprozesse, die dem Inhaber eines Geschäftsgeheimnisses das gerichtliche Vorgehen gegen Verletzungen seines Geschäftsgeheimnisses vereinfachen.

DAS GESCHÄFTSGEHEIMNIS – ZENTRALER BEGRIFF

Der zentrale Begriff ist das Geschäftsgeheimnis, das in § 2 Nr. 1 GeschGehG definiert wird, als eine Information,

- a) die weder insgesamt noch in der genauen Anordnung und Zusammensetzung ihrer Bestandteile den Personen in den Kreisen, die üblicherweise mit dieser Art von Informationen umgehen, allgemein bekannt oder ohne Weiteres zugänglich ist und daher von wirtschaftlichem Wert ist; und
- b) die Gegenstand von den Umständen nach angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen durch ihren rechtmäßigen Inhaber ist; und
- c) bei der ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung besteht.

Geschäftsgeheimnisse können sowohl technisches Know-how als auch sonstige Betriebsgeheimnisse wie etwa Kunden- und Lieferantenlisten, Geschäftszahlen, Preise etc. sein. Nicht vom Schutz umfasst ist das Erfahrungswissen der Arbeitnehmer. Die Nutzung und damit auch die Weitergabe solcher Informationen kann ausgeschiedenen Mitarbeitern nur durch explizite vertragliche Wettbewerbsverbote untersagt werden, und auch nur unter – strengen – Voraussetzungen, die einen zeitlich begrenzten Schutz ermöglichen.

Die sicherlich wichtigste Schutzvoraussetzung ist die Forderung von den Umständen nach angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen. Was eine angemessene Geheimhaltungsmaßnahme darstellt, richtet sich nach dem konkreten Einzelfall. Bestimmende Faktoren können bspw. sein, wie bedeutend die betreffende Information für das Unternehmen ist. Die Konstruktionspläne für das wichtigste Produkt eines Unternehmens müssen besser geschützt werden als etwa Kundenlisten für ein Massenprodukt. Auch die Größe und die Möglichkeiten des betroffenen Unternehmens, entsprechende Geheimhaltungsmaßnahmen zu treffen, wird eine Rolle bei der Bewertung einer Maßnahme als angemessen spielen. Im Ergebnis wird es empfehlenswert sein, ein abgestuftes Schutzsystem zu implementieren, z.B. nach dem Wert der jeweiligen Information oder über einen eingeschränkten Zugang zu ihr.

ERLAUBTE HANDLUNGEN, HANDLUNGSVERBOTE UND AUSNAHMEN

Das GeschGehG zählt beispielhafte Handlungen auf, durch die ein Geschäftsgeheimnis rechtmäßig erlangt werden darf. Selbstverständlich sind Parallelschöpfungen, also Eigenentwicklungen, erlaubt. Eine wichtige Neuerung ist, dass Reverse Engineering nunmehr grundsätzlich erlaubt ist, wenn das betreffende Produkt vom Inhaber des Geschäftsgeheimnisses öffentlich verfügbar gemacht, d. h. auf den Markt gebracht, wurde oder es sich im rechtmäßigen Besitz der Person befindet, die das Reverse Engineering vornimmt, ohne dass eine Beschränkung etwa durch eine entsprechende vertragliche Vereinbarung besteht.

Ferner stellt das GeschGehG klar, dass Geschäftsgeheimnisse nicht gegen den Willen des Inhabers oder entgegen einer vertraglichen Verpflichtung erlangt, offengelegt oder genutzt werden

dürfen. Erfasst werden hiervon Handlungen der typischen Betriebsespionage wie Kopieren von Dokumenten und Gegenständen. Auch wer Geschäftsgeheimnisse von Dritten erhalten hat, darf diese nicht nutzen oder offenlegen, wenn es ersichtlich war, dass diese Dritte das Geschäftsgeheimnis unbefugt erlangt haben.

Diese Verbote gelten nicht, wenn sie z.B. die freie Meinungsäußerung, die Arbeit der Presse oder die Aufdeckung von Straftaten behindern. Im Ergebnis tritt der Geheimnisschutz hinter die Belange des öffentlichen Interesses zurück.

ANSPRÜCHE DES INHABERS EINES GESCHÄFTS- GEHEIMNISSES BEI VERLETZUNG

Das GeschGehG gibt dem Inhaber eines Geschäftsgeheimnisses umfangreiche und weitreichende Möglichkeiten an die Hand, Rechtsverletzern den Vertrieb von rechtsverletzenden Produkten zu verbieten und für vergangene Verletzungshandlungen Schadensersatz zu fordern. Dabei hat das GeschGehG gezielt den Begriff des rechtverletzenden Produkts sehr weit gefasst. § 2 Nr. 3 GeschGehG legt fest, dass dies Produkte sind, deren Konzeption, Merkmale, Funktionsweise, Herstellungsprozess oder Marketing in erheblichem Umfang auf einem rechtswidrig erlangten, genutzten oder offengelegten Geschäftsgeheimnis beruht.

Zur Unterbindung zukünftiger Verletzungen stehen dem Inhaber eines Geschäftsgeheimnisses gegen den Rechtsverletzer weitgehende Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche ähnlich wie bei den bekannten Rechten des geistigen Eigentums, wie Patente, Marken oder Urheberrechten, zu. Weiter hat der Verletzte einen Anspruch auf Vernichtung oder Herausgabe von Unterlagen oder Gegenständen, die das Geschäftsgeheimnis verkörpern und auf Rückruf, Entfernung und Rücknahme vom Markt sowie Vernichtung von rechtsverletzenden Produkten. Zur Aufdeckung des Umfangs der Verletzungshandlungen gibt das GeschGehG dem Inhaber eines Geschäftsgeheimnisses einen weitgefassten Auskunftsanspruch.

Für vergangene schuldhaftige Rechtsverletzungen steht dem Inhaber eines Geschäftsgeheimnisses nach dem GeschGehG ein Schadensersatzanspruch gegen den Rechtsverletzer zu. Zur Berechnung des Schadensersatzanspruchs kann der Verletzte zwischen mehreren Berechnungsmethoden die für ihn günstigste auswählen. In Frage kommen der Ersatz des entgangenen Gewinns des Inhabers, Schadensberechnung auf der Basis eines fiktiven angemessenen Lizenzsatzes oder die Abschöpfung des Gewinns des Rechtsverletzers.

SCHUTZ DES GESCHÄFTSGEHEIMNISSES IM VERLETZUNGSPROZESS

Bislang war die gerichtliche Durchsetzung von Ansprüchen wegen der Verletzung eines Geschäftsgeheimnisses mit dem Risiko für den Inhaber verbunden, das Geschäftsgeheimnis offenlegen zu müssen, um vor Gericht zu obsiegen. Daher waren Verletzungsprozesse eher wenig beliebt. Das GeschGehG trägt diesen Bedenken Rechnung und stellt dem Inhaber mehrere Schutzmaßnahmen für den Verletzungsprozess zur Verfügung.

Der Inhaber kann schon mit der Klage beantragen, dass das Gericht bestimmte Informationen als geheim einstuft. Die beantragende Partei muss lediglich glaubhaft machen, dass es sich bei den betreffenden Informationen um ein Geschäftsgeheimnis handelt. Liegt ein Geschäftsgeheimnis vor, verpflichtet das Gericht die Parteien, Anwälte, Zeugen und Sachverständige zur Vertraulichkeit. Außerdem dürfen diese Informationen außerhalb des Gerichtsverfahrens nicht genutzt oder offengelegt werden. Verstöße können mit einem Ordnungsgeld bis zu EUR 100.000,00 geahndet werden. Weiter ist es möglich, den Zugang zu Dokumenten und zur mündlichen Verhandlung auf eine bestimmte Anzahl an zuverlässigen Personen zu beschränken. Dritte können im Rahmen einer Akteneinsicht nur auf geschwärzte Dokumente zugreifen.

FAZIT

Corporates sollten vor allem bei Start-ups, die (noch) keine Schutzrechte halten oder deren Wert auf Geschäftsgeheimnissen aufbaut, das GeschGehG im Blick haben. Das GeschGehG wertet den Geheimnisschutz auf und nähert ihn, insbesondere bei der Rechtsdurchsetzung, stark den Spezialgesetzen des geistigen Eigentums, wie Patent-, Marken- oder Urheberrechtsgesetz an. Der Inhaber erhält damit weitreichende Ansprüche, um gegen Rechtsverletzer vorzugehen und den ihm entstandenen Schaden ersetzt zu bekommen, ohne eingetragene Schutzrechte zu haben.

Um durch das GeschGehG geschützt zu sein, ist es aber erforderlich, dass der Inhaber sorgsam mit Informationen, die ein Geschäftsgeheimnis enthalten, umgeht. Es ist ratsam, ein auf den jeweiligen Einzelfall bezogenes abgestuftes Schutzkonzept zu implementieren und gegenüber Dritten eine Absicherung der Geschäftsgeheimnisse über konkrete, auf den Einzelfall abgestimmte Geheimhaltungs- und Nutzungsbeschränkungsvereinbarungen anzustreben.

Die neu eingeführten Regelungen zum Geheimnisschutz im Prozess können den Inhaber angemessen absichern, damit ein Vorgehen gegen einen Rechtsverletzer nicht zum Verlust des Geschäftsgeheimnisses durch eine vollständige Offenlegung gegenüber dem Rechtsverletzer und der Öffentlichkeit führt.



Christian Hess

Rechtsanwalt | LL.M. (Stellenbosch University)
Fachanwalt für Gewerblichen Rechtsschutz
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH
München

Schluss mit der flexiblen Arbeitszeiteinteilung? Neue Grenzen für Start-ups?

Der heutige Arbeitsalltag ist schnelllebig. Dies gilt erst recht für Start-ups, die von der Schnelllebigkeit, Kreativität und Selbstverwirklichung der Mitwirkenden leben. Mit dem früher vorherrschenden Bild eines achtstündigen Arbeitstags, der mit dem Verlassen des Büros endet, hat das nichts mehr zu tun.

Dank der Digitalisierung ist die Erbringung der Arbeitsleistung oftmals nicht mehr an die Präsenz in einem Büro gekoppelt. Gleiches gilt für den Ideenfluss. Mit dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 14. Mai 2019 (C-55/18) könnte damit Schluss sein.

KÜNFTIGE PFLICHT ZUR ÜBERWACHUNG DER ARBEITSZEIT

Nach dem am 14. Mai 2019 ergangenen Urteil des EuGH (C-55/18) müssen die Mitgliedstaaten Arbeitgeber verpflichten, ein objektives, verlässliches und zugängliches System einzurichten, mit dem die tägliche Arbeitszeit der Arbeitnehmer gemessen werden kann.

Für Start-ups, bei denen das Thema Arbeitszeit oftmals sehr flexibel gehandhabt wird, wirft dieses Urteil zahlreiche Fragen auf. Die wichtigste dürfte sein, ob das Urteil dazu führt, dass der flexiblen Arbeitszeiteinteilung ein Riegel vorgeschoben wird.

AUSGANGSLAGE

Die Regelungen des Arbeitszeitgesetzes sind unflexibel und passen vielfach nicht mehr zu den heutigen Arbeits- und Arbeitszeitmodellen. Es ist kein Geheimnis, dass eine Vielzahl der Arbeitnehmer täglich gegen das Arbeitszeitgesetz (ArbZG), insbesondere gegen die werktägliche Höchstarbeitszeit, die Ruhepausen und Ruhezeiten verstößt.

Es handelt sich dabei nicht immer um missbräuchliche Fälle, in denen rücksichtslose Arbeitgeber Arbeitnehmer in einer Notlage ausbeuten. Verstöße gegen das Arbeitszeitgesetz sind auf der einen Seite oft von Arbeitnehmern selbst ausdrücklich gewollt. Zu denken ist beispielsweise an die Fälle, in denen Arbeitnehmer freiwillig die Pausen durcharbeiten (Verstoß gegen die Ruhepause), um früher Feierabend machen zu können. Auch lässt sich eine klare Trennlinie gerade bei Start-ups schwer ziehen. Zu unterscheiden, wann man konkret arbeitet und wann man konkret lebt, ist bei einer kreativen Tätigkeit oft schwer.

Auf der anderen Seite kann diese Freiheit auch als Belastung empfunden werden, wenn Arbeitgeber den technischen Fortschritt nutzen, um eine ständige Verfügbarkeit der Mitarbeiter zu beanspruchen.

DER FALL DES EUGH

Dem Schutz der Arbeitnehmer trägt der EuGH mit dem aktuellen Urteil Rechnung. Verstöße gegen das Arbeitszeitgesetz lassen sich ohne Dokumentationspflicht der Arbeitszeit (Beginn

und Ende der Arbeitszeit sowie Pausen) nicht bzw. nur schwer nachweisen. Entsprechend müssen die Mitgliedstaaten nach dem Urteil des EuGH vom 14. Mai 2019 (C-55/18) Arbeitgeber verpflichten, ein objektives, verlässliches und zugängliches System einzurichten, mit dem die tägliche Arbeitszeit der Arbeitnehmer gemessen werden kann.

Die Klage der spanischen Gewerkschaft gegen die Deutsche Bank in Spanien hat damit große Auswirkungen auf die bisherige Arbeitszeit-Praxis in Europa. Der EuGH entschied, dass ein solches System zur Überprüfung der Einhaltung der vereinbarten Arbeitszeit notwendig sei, da es andernfalls für Arbeitnehmer äußerst schwierig oder gar unmöglich sei, ihre Rechte durchzusetzen.

Ähnlich wie in Deutschland müssen nach spanischem Recht Unternehmen bis jetzt nur Listen der geleisteten „Überstunden“ führen. Eine grundsätzliche Verpflichtung zur umfassenden Arbeitszeiterfassung gibt es bislang weder in Spanien noch in Deutschland. D.h. im Regelfall besteht auch in Deutschland eine Dokumentationspflicht erst ab mehr als acht Stunden werktäglicher Arbeitszeit.

WAS KOMMT AUF UNS ZU?

Aus Sicht von jungen Gründern stellt sich die Frage, ob bestehende Arbeitszeitmodelle (bspw. Vertrauensarbeitszeit) überdacht werden müssen und wie die Arbeitszeiten der Mitarbeiter kontrolliert werden können.

Die Frage, in welcher Form Systeme zur Überwachung der geleisteten Arbeitszeiten eingeführt werden, geht in verschiedene Richtungen. Die Spekulationen reichen von der Überwachung des Ein- und Ausloggens am Computer bis hin zu Scans der Augeniris, an Hand derer mit Hilfe von biometrischen Daten, die Art der Nutzung des Computers überprüft werden soll. Vielleicht liegt darin auch die Chance für (neue) Start-ups, Ideen zur dauerhaften und lückenlosen Erfassung der Arbeitszeit mit Apps, Chips, etc. zu entwickeln und zu verwirklichen?

Der Aufschrei ist groß. Datenschutzrechtliche Themen werden in der aktuellen Diskussion nicht immer berücksichtigt. Außerdem wird bei den diskutierten Lösungsansätzen oft vergessen, dass selbst die Einführung entsprechender Systeme nur die halbe Miete ist. Schließlich wird nicht nur während der Zeit vor dem Computer gearbeitet.

FAZIT

Erst mal Ruhe bewahren. Es bleibt abzuwarten, wie der deutsche Gesetzgeber die Verpflichtung zur Arbeitszeiterfassung ausgestaltet wird. Der Bundesarbeitsminister Hubertus Heil hat angekündigt, bis Ende des Jahres 2019 das Urteil umzusetzen und eine gesetzliche Regelung gefunden zu haben. Die Bestrebungen der Koalition, Arbeitszeitmodelle zu flexibilisieren, stellen hierbei sicherlich eine Herausforderung dar. Allerdings betonte der EuGH, dass es den Mitgliedstaaten obliegt, konkrete Modalitäten zu treffen und den Besonderheiten des Tätigkeitsbereichs und der Größe bestimmter Unternehmen

Rechnung zu tragen. Es bleibt also zu hoffen, dass der prophezeite Rückschritt ausbleibt und gerade die Situationen für Start-ups hierbei berücksichtigt werden.



Dr. Michaela Felisiak
Rechtsanwältin | LL.M.
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
München



Dr. Erik Schmid
Rechtsanwalt | Fachanwalt für Arbeitsrecht
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
München

„Smiley mit Fieberthermometer im Mund“: die „WhatsApp-AU“

WhatsApp hat die Kommunikation vereinfacht und verbildlicht. Für (fast) jede Situation gibt es einen Smiley bzw. einen Emoji. Stellen Sie sich bitte die Smileys und Emojis in folgender Reihenfolge vor: „Winkende Hand“, „Nerd Gesicht“, „Nichts-Böses-Sehen-Affe“, „Gesicht mit Fieberthermometer im Mund“, „Gesicht mit Schutzmaske“, „Gesicht mit Kopfverband“, „Krankenhaus“, „Zeichen für Daumen runter“, „Tablette“, „Spritze“, „Bett“, „Schlafendes Gesicht“ und „Haus mit Garten“. Und was bedeutet das? „Hallo Chef, mir geht es sehr schlecht, ich bin krank, ich werde das Bett hüten und mich gesund schlafen. Es ist mir unmöglich zur Arbeit zu kommen, ich werde zu Hause bleiben.“ So oder so ähnlich könnte dem Arbeitgeber die Krankheit angezeigt werden. Aber wäre auch eine „WhatsApp-Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung“ zulässig? „Denkendes Gesicht“.

In den letzten Wochen ist in der Presse viel über die online- oder WhatsApp-Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung geschrieben worden. Seit Januar 2019 soll für EUR 9,00 unter „AU-Schein.de“ eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung beantragt werden können, die zunächst per WhatsApp übermittelt wird. Möglich macht das die Aufhebung des Fernbehandlungsverbots und die Zulässigkeit von ärztlichen Behandlungen oder Beratungen über Kommunikationsmedien ohne persönlichen ärztlichen Kontakt und ohne persönliche Untersuchung online. „Erstauntes Gesicht“, „Stirnrunzelndes Gesicht mit offenem Mund“.

DIE PFLICHTEN DES KRANKEN ARBEITNEHMERS BEI DER ARBEITSUNFÄHIGKEIT

Eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit liegt juristisch vor, wenn ein regelwidriger körperlicher oder geistiger Zustand besteht und dadurch die ausgeübte Tätigkeit nicht mehr oder nur

unter der Gefahr der Verschlimmerung der Erkrankung ausgeführt werden kann. „Nerd Gesicht“.

Zu den Pflichten („*Ermahnendes Gesicht*“) des Arbeitnehmers bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit gehören die Anzeigepflicht, die Nachweispflicht und die Förderung der Genesung. Unter der Anzeigepflicht nach § 5 Abs. 1 S. 1 EFZG ist die unverzügliche formlose Mitteilung des Arbeitnehmers an den Arbeitgeber über die Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtlichen Dauer zu verstehen. Die Anzeige kann formlos, z. B. telefonisch, per E-Mail oder per WhatsApp erfolgen. Unter der Nachweispflicht ist die Vorlage einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung gemäß § 5 Abs. 1 S. 2 EFZG zu verstehen.

ANFORDERUNGEN AN EINE WIRKSAME ARBEITSUNFÄHIGKEITSBESCHEINIGUNG

Wenn die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit länger als drei Kalendertage andauert, haben Arbeitnehmer die gesetzliche Pflicht (§ 5 Abs. 1 S. 2 EFZG) dem Arbeitgeber eine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung spätestens am darauffolgenden Arbeitstag vorzulegen. Die Bescheinigung/das ärztliche Attest ist von einem approbierten Arzt auszustellen. Die AU muss den Namen des Arbeitnehmers, den Beginn und die voraussichtliche Dauer der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit benennen. Ebenfalls muss auf der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung enthalten sein, wann der Arzt die AU festgestellt hat und ob es sich um eine Erst- oder Folgebescheinigung handelt. Wenn nur eine dieser zwingenden Angaben fehlt, liegt keine ordnungsgemäße Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vor. Die ärztliche Diagnose der Krankheit ist bereits aus datenschutzrechtlichen Gründen auf der Bescheinigung für den Arbeitgeber nicht zu nennen.

ERSCHÜTTERUNG DES BEWEISWERTES EINER ARBEITSUNFÄHIGKEITSBESCHEINIGUNG

Bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit ist der Arbeitnehmer von der Arbeitspflicht befreit. Der Arbeitgeber muss hingegen für die Dauer von bis zu sechs Wochen als Ausnahme vom Grundsatz „Kein Lohn ohne Arbeit“ bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit Entgeltfortzahlung leisten (§ 3 Abs. 1 EFZG). „Smiley hat Dollarzeichen in den Augen“.

Der Arbeitnehmer ist für die Voraussetzungen dieser Entgeltfortzahlungspflicht und damit für die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit darlegungs- und beweiselastet. Regelmäßig wird dieser Nachweis über die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erbracht. AU's haben in Deutschland einen sehr hohen Beweiswert. Bei ernsthaften Zweifeln kann der Beweiswert erschüttert werden. Der Beweiswert der AU kann beispielsweise erschüttert werden, wenn die AU ohne Untersuchung bzw. nur nach telefonischer Rücksprache erteilt wurde, bei einer rückwirkenden Datierung einer AU, wenn die Erkrankung durch den Arbeitnehmer angekündigt wird, bei häufigen Krankheiten nach Urlaubsende, vor oder nach dem Wochenende oder Feiertagen oder an Brückentagen oder bei mit einer AU unvereinbaren Freizeitaktivität. Eine Erschütterung der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung führt dazu, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsunfähigkeit – ohne Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung – beweisen muss.

DIE WHATSAPP-AU „ERSTAUNTES GESICHT“, „STIRNRUNZELNDES GESICHT MIT OFFENEM MUND“

Es ist kein Geheimnis, dass bei einigen Ärzten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen – trotz des hohen Beweiswertes – „sehr leicht“ erlangt werden können. Jetzt soll die AU noch einfacher – online – vom Sofa aus beschafft werden können? „Gesicht mit explodierendem Kopf“, „knallrotes Gesicht mit fluchenden Symbolen über dem Mund“.

Die Nachweispflicht soll – jedenfalls bei Erkältungskrankheiten „Niesendes Gesicht“ – vereinfacht werden, in dem z.B. über „AU-Schein.de“ ein „Tele-Arzt über WhatsApp“ Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen erteilt. Der Arbeitnehmer hat über das Online-Portal Fragen zu seinem Gesundheits- bzw. Krankheitszustand zu beantworten und kann eine – maximal 3-tägige – Krankenschreibung erhalten. Vor Erteilung der AU werden die Fragen und der Gesundheitszustand angeblich von einem Arzt – das ist Voraussetzung der AU – überprüft. Über WhatsApp erhält der Arbeitnehmer die AU für den Arbeitgeber am selben Tag und zwei Tage später per Post. Die Zulässigkeit und der Beweiswert einer Online-AU stehen letztendlich noch nicht abschließend fest. Jedenfalls gibt es noch keine gerichtliche Entscheidung.

Arbeitgeber, die Zweifel an der Krankheit, an der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit und/oder an der online-Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung haben, können wie bei jeder herkömmlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung auch den Beweiswert einer Online-AU erschüttern. Der Beweiswert der Online-AU könnten Arbeitgeber jedoch zusätzlich dadurch erheblich erschüttern, dass bei diesem Online-Angebot die Rückdatierung von der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit in der AU von bis zu drei Tagen angeboten wird, obwohl die Rückdatierung von AU nach ständiger Rechtsprechung Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit hervorrufen könnte. Der Beweiswert der Online-AU könnte auch dadurch erschüttert werden, da das Online-Angebot mit einer 100 prozentigen Erfolgswahrscheinlichkeit einer Krankenschreibung wirbt. In der Praxis wird auch bei persönlichem Kontakt mit Ärzten häufig und lange krankgeschrieben. Eine 100 prozentige Krankenschreibungsquote könnte jedoch gegen die ärztlichen Grundsätze verstoßen.

Ob sich die Online-AU per WhatsApp durchsetzt, bleibt genauso abzuwarten, wie deren Rechtswirksamkeit.



Dr. Michaela Felisiak
Rechtsanwältin | LL.M.
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
München



Dr. Erik Schmid
Rechtsanwalt | Fachanwalt für Arbeitsrecht
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
München

Dieser Beitrag ist in ähnlicher Version im [arbeitsrechtlichen Blog des Rehm-verlags](#) erschienen.

Auf ein Wort zum Vesting

Eine der zentralen Regelungen in jedem Beteiligungsvertrag ist das *Vesting*. Trotz der Bedeutung der Klausel landen immer wieder Klauseln auf unseren Schreibtischen, die weder für Gründer noch für Investoren funktionieren und die sich zwar an die üblichen Begrifflichkeiten anlehnen, diese aber falsch verwenden; daher ist es Zeit für ein „Auf ein Wort zum Vesting“:

SINN UND ZWECK DES VESTINGS

Die Gründer sind das eigentliche Asset eines jeden Start-ups. Sie haben die Geschäftsidee entwickelt und sollen diese natürlich auch nach Durchführung einer oder mehrerer Beteiligungsrunden weiterentwickeln.

Der Super-Gau für jedes Start-up und damit auch für ein Investment in ein Start-up ist es, wenn sich einzelne Gründer – aus welchem Gründen auch immer – aus dem operativen Geschäft des Start-ups zurückziehen bzw. zurückziehen wollen. Es ist daher von zentraler Bedeutung, und zwar nicht nur für Investoren, sondern auch für die Gründer untereinander, dass die Gesellschafterstellung der Gründer auf der einen Seite und ihre Rolle im operativen Geschäft des Start-ups auf der anderen Seite miteinander verknüpft werden. Dies geschieht durch das Vesting, das die Gründer idealerweise bereits bei Gründung der Gesellschaft untereinander vereinbaren und auf das jeder Investor bestehen wird.

Die grundsätzliche Funktionsweise einer Vesting Regelung ist schnell erklärt:

EBENE 1: Für den Fall, dass die aktive Rolle eines Gründers in Bezug auf das operative Geschäft des Start-ups während einem zu vereinbarenden Vesting-Zeitraum endet, bietet der jeweilige Gründer im Rahmen einer Gesellschaftervereinbarung der Gesellschaft, den Investoren und/oder den übrigen Gesellschaftern seine Anteile (ganz oder teilweise) gegen eine Abfindung (*Vesting Consideration*) zur Abtretung an. Abgesehen von Investments in sehr frühen Phasen des Start-ups, wird in der Regel zudem vereinbart, dass die Anzahl der Anteile, die dem Vesting unterliegen, über einen vereinbarten Zeitraum (*Vesting Period*) abschmilzt. Dies geschieht üblicherweise linear in zu vereinbaren Stufen (z.B. monatlich oder quartalweise), wobei in frühen Finanzierungsrunden in der Regel eine *Cliff-Period* vereinbart wird, während der das lineare Abschmelzen zunächst aufgeschoben wird. Hat sich ein Gründer seine Anteile (ganz oder teilweise) über die Vesting Period zurückverdient, spricht man von „*gevesteten Shares*“. Die *gevesteten Shares* werden vom anfänglichen Abtretungsangebot ausgenommen. Von einem *Accelerated Vesting* wird gesprochen, wenn vereinbart wird, dass sämtliche Anteile im Fall eines Exits „*gevestete Shares*“ sind.

EBENE 2: Die Differenzierung zwischen Good und Bad Leaver bringt die zweite Ebene in die Vesting-Regelung. Während ein Good Leaver das Start-up aus Gründen verlässt, die er nicht zu vertreten hat, hat der Bad Leaver „*den Goldenen Löffel*“ geklaut und muss das Start-up aus Gründen verlassen, die er zu vertreten hat. Ausgehend davon bekommt der Good Leaver eine Abfin-

dung, die sich am Verkehrswert orientiert und der Bad Leaver eine Abfindung, die sich am Buchwert der Anteile orientiert.

Unübersichtlich wird es dann, wenn Ebene 1 und Ebene 2 miteinander vermengt werden: Relativ häufig ist dabei noch die Variante anzutreffen, in der ein Bad Leaver sämtliche Anteile und zwar auch die gevesteten Shares abtreten muss. Die Regelung ist zwar für die Gründer sehr hart, aber das Risiko, solange Good und Bad Leaver klar definiert sind, für die Gründer kalkulierbar. Terminologisch falsch sind hingegen die Vesting Regelungen, die zwar von gevesteten Shares sprechen, die Anteile aber nicht wirklich „vesten“, sondern sich lediglich die Höhe der Abfindung über die Vesting-Periode verschiebt. Hier hängt es am erfahrenen Berater, den Gründer über die eigentliche Funktionsweise aufzuklären und gegebenenfalls zu korrigieren.

Abgesehen von diesen begrifflichen Ungenauigkeiten wird bei den Vesting-Regelungen in der Regel viel zu wenig Energie in die Rechtsfolgen investiert: Nicht selten schlittert ein Start-up in einem Vesting-Fall so tief in die Krise, dass es sich die Annahme der Abtretung auch zum Buchwert nicht mehr leisten kann. Es ist daher von besonderer Bedeutung, sicherzustellen, dass dem jeweiligen Gründer die Abfindung in möglichst kleinen Tranchen gezahlt werden kann und dass die Anteile unabhängig von der Zahlung der Abfindung stimmrechtlos gestellt werden können.



Christian Philipp Kalusa

Rechtsanwalt
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
München

Impressum

BEITEN BURKHARDT

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
(Herausgeber)
Ganghoferstraße 33 | D-80339 München
AG München HR B 155350/USt.-Idnr: DE-811218811

Weitere Informationen (Impressumsangaben) unter:
<https://www.beiten-burkhardt.com/de/impressum>

REDAKTION (VERANTWORTLICH)

Christian Philipp Kalusa | Rechtsanwalt

© BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH.
Alle Rechte vorbehalten 2019.

HINWEISE

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar.

Wenn Sie diesen Newsletter nicht mehr erhalten möchten, können Sie jederzeit per E-Mail (bitte E-Mail mit Betreff „Abbestellen“ an newsletter@bblaw.com) oder sonst gegenüber BEITEN BURKHARDT widersprechen.

IHRE ANSPRECHPARTNER

BERLIN

Lützowplatz 10 | 10785 Berlin
Dr. Christian von Wistinghausen | Rechtsanwalt | LL.M.
Tel.: +49 30 26471-351 | Christian.Wistinghausen@bblaw.com

DÜSSELDORF

Cecilienallee 7 | 40474 Düsseldorf
Dr. Sebastian Weller | Rechtsanwalt
Tel.: +49 211 518989-134 | Sebastian.Weller@bblaw.com

FRANKFURT AM MAIN

Mainzer Landstraße 36 | 60325 Frankfurt am Main
Dr. Gesine von der Groeben | Rechtsanwältin
Tel.: +49 69 756095-393 | Gesine.vonderGroeben@bblaw.com

HAMBURG

Neuer Wall 72 | 20354 Hamburg
Torsten Cülter | Rechtsanwalt
Tel.: +49 40 688745-118 | Torsten.Cuelter@bblaw.com

MÜNCHEN

Ganghoferstraße 33 | 80339 München
Dr. Mario Weichel | Rechtsanwalt
Tel.: +49 89 35065-1303 | Mario.Weichel@bblaw.com