

# START-UP / VENTURE CAPITAL

## Liebe Leserinnen und Leser,

die ersten beiden Monate des Jahres sind schon wieder wie im Flug vergangen. Dabei freuen wir uns insbesondere über unsere beiden neuen Kooperationen mit The Growth Stage und dem Werk1 in München.

The Growth Stage ist im Herbst 2018 als weltweit erste Finanzierungsplattform für private Wachstumsunternehmen an den Markt gegangen. Wir arbeiten seit dem 31. Januar 2020 als exklusiver rechtlicher Berater in Deutschland mit The Growth Stage zusammen und unterstützen damit auch über diese Plattform Unternehmen dabei, Zugang zu institutionellen Investoren zu erhalten. (Den Link zur Pressemitteilung findet Ihr [hier](#).)

Ein Grund dafür, warum sich das Start-up Öko System in München so gut entwickelt, ist das Digitale Gründerzentrum Werk1. Neben zwei Coworking Spaces beherbergt das Werk1 einen Inkubator mit Fokus auf digitale Start-ups aller Branchen sowie den Accelerator InsurTech Hub Munich im Bereich InsurTech und HealthTech. Wir haben uns entschieden, Werk1 als Partner zu unterstützen und zwar nicht nur finanziell, sondern auch rechtlich. Unser Werk1-Team, bestehend aus Experten aus dem Gesellschaftsrecht, dem Arbeitsrecht, dem IP/IT-Recht sowie dem Datenschutzrecht fördert und unterstützt die Werk1 Start-ups mit Workshops und regelmäßigen Office Hours. Daneben stehen wir den Werk1 Start-ups jederzeit mit Rat und Tat zur Seite.

Nach unserem üblichen Veranstaltungskalender findet Ihr in diesem Newsletter die folgenden Beiträge:

- **Dr. Gesine von der Groeben** aus unserem Frankfurter Büro berichtet über die Besonderheiten von M&A für Start-ups.
- Unser Hamburger Kollege **Jan Christian Eggers** beschäftigt sich mit der Frage, wann die Kartellbehörde bei der Veräußerung von Start-ups mitredet.
- Unsere Organhaftungsexperten **Dr. Daniel Walden** und **Dr. Florian Weichselgärtner** haben die Haftungsrisiken für Manager bei Start-ups und die Möglichkeit, diese Risiken über eine D&O Versicherung abzusichern, analysiert und diese Fragen mit dem Versicherungsexperten **Marcus Helmich** von der hendricks GmbH besprochen.

- **Tassilo Klesen** und **Dr. Eva Kreibohm** beschäftigen sich mit dem „wirtschaftlich Berechtigten“ und dabei insbesondere mit der neuen Geldwäscheprüfung durch Notare – die wir ab jetzt alle auf dem Schirm haben müssen, um unnötige Verzögerungen bei der Beurkundung zu vermeiden.
- **Jan Mohrmann** aus unserem Frankfurter Büro und **Christian Philipp Kalusa** aus unserem Münchener Büro berichten über ihre jüngste Erfahrung bei der Ausgestaltung eines Aktienoptionsprogramms und den für die Besteuerung maßgeblichen Bewertungs- und Zuflusszeitpunkt.
- Mit den vielen Missverständnissen in Bezug auf das Thema „Probezeit“ räumen unsere Münchener Arbeitsrechtsexperten **Dr. Erik Schmid** und **Dr. Michaela Felisiak** auf.
- **Frank Mayer** von der Barmer Versicherung liefert abschließend Antworten hinsichtlich der richtigen Krankenversicherungen für Gründer und Gründerinnen.

Viel Spaß beim Lesen!

Wir halten Euch auf dem Laufenden.

Euer BEITEN BURKHARDT Start-up/Venture Capital Team

## Veranstaltungen

Selbstverständlich finden unsere Veranstaltungen und Workshops im Bereich Start-ups und Venture Capital auch im Jahr 2020 statt. Aufgrund der aktuellen durch das Coronavirus bedingten Situation kann es allerdings sein, dass wir die Termine in die zweite Jahreshälfte verschieben. Bitte informiert Euch daher auf unserer Website über die aktuellen Termine. #flattenthecurve

### Erfolgreicher Unternehmerabend „Startups & Mittelstand – eine perfekte Synergie für die Zukunft?!“ in Frankfurt

In einer Abendveranstaltung am 12. Februar 2020 in Frankfurt, die wir zusammen mit dem Netzwerk für Familienunternehmen ALPHAZIRKEL International durchführten, sind ca. 60 Interessierte mit uns der Frage „Startups & Mittelstand – eine perfekte Synergie für die Zukunft?!“ nachgegangen. (Den Link zur Kurzmitteilung findet Ihr [hier](#).)

## Über den Tellerrand – M&A für Start-ups

*Mergers & Acquisitions bei Start-ups – „Nur für Große“ oder logischer nächster Schritt?*

Denken Gründer eines jungen, innovativen Start-ups darüber nach, sich mit einem Wettbewerber zusammenzuschließen (mergers oder diesen bei ausreichend Kapital gar aufzukaufen (acquisitions), mag das zunächst nach einem Widerspruch klingen. Schließlich bringt man dieses Thema doch viel eher mit größeren Unternehmen in Verbindung, die kleine Konkurrenten „schlucken“ wollen. Aber ist dem wirklich so?

Viele Gründer kommen nach einiger Zeit (oft erst nach mehreren Jahren) an einen Punkt, an dem der zeitliche Aufwand für Bereiche ihres Unternehmens, mit denen sie sich eigentlich gar nicht vertieft auseinandersetzen wollen oder können, unverhältnismäßig hoch geworden ist. Themen wie HR oder Compliance erfordern bei steigender Mitarbeiterzahl und wachsender Professionalisierung immer mehr Aufmerksamkeit. Ebenso verhält es sich mit der Buchhaltung, die insbesondere am Jahresende nicht mehr so einfach „nebenbei“ erledigt werden kann oder der Planung und Ausgestaltung von Sales-Kampagnen. Eigenes Personal für diese Komplexe lohnt sich aber oft noch nicht.

Kommen dann noch fehlende Wachstumsaussichten dazu, z. B. weil der Markt für das eigene Produkt erschöpft scheint oder es an neuen Ideen mangelt, kann es nicht schaden, den Fokus einmal von der Entwicklung nur des eigenen Unternehmens zu lösen.

Da man in der Regel ohnehin die engere Konkurrenz im Blick hat, wird man dann möglicherweise feststellen, dass andere Start-ups oder sogar etablierte mittelständische Unternehmen ganz ähnliche Probleme haben. Kontakte, mit denen man sich über solche Themen austauschen kann, können sich auch auf anderem Wege ergeben, z. B. über spezielle Workshops für Gründer oder kleine bis mittelständische Unternehmen, über einen Inkubator oder über eine Hochschule.

Findet man dort einen Gleichgesinnten, kann die große Chance für beide heißen: **Synergien nutzen!**

#### SYNERGIEN ERKENNEN UND NUTZEN

Wie das im Detail aussieht, ist dann eine Sache des konkreten Einzelfalls. Hat ein Start-up z. B. ein System entwickelt, das sich mit vereinfachtem Vertrieb und Austausch von Arzneimitteln in und zwischen Krankenhäusern beschäftigt, gibt es gleich mehrere Möglichkeiten, Synergien für sich zu nutzen, insbesondere der Zusammenschluss mit einem anderen Start-up, das:

- ein ähnliches System für Arztpraxen oder Apotheken entwickelt hat; so wird der Markt deutlich erweitert, und es entstehen neue Schnittstellen für den Austausch der Produkte;
- ein insgesamt sehr ähnliches System entwickelt hat; so können Ideen ausgetauscht und das System verbessert werden; außerdem nimmt man sich gegenseitig die Konkurrenz;
- ein ähnliches System im Ausland betreibt; beide Unternehmen können so ihren Absatzmarkt erweitern;
- ein neuartiges System entwickelt hat, das die Auslieferung und damit den Vertrieb deutlich beschleunigt oder besonders ökonomisch und/oder ökologisch ist.

#### CHANCEN

Die Chancen, die sich daraus ergeben, sind zum großen Teil offensichtlich. Neben den Synergieeffekten sind das vor allem die Einbringung neuer Ideen und Persönlichkeiten sowie die Zusammenführung des jeweiligen Knowhows. Gleichzeitig kann der Aufwand für Human Resources, Buchhaltung sowie Sales und Marketing für die Gründer gemindert werden, wenn das neu zusammen entwickelte Unternehmen groß und professionell genug agiert, um für diese Bereiche Fachpersonal einzustellen zu können. Falls es dies bereits gibt, können hier Kosten gespart werden, ebenso wie z. B. bei der Miete der Büroräumlichkeiten, Lagern, etc.

#### RISIKEN

Die Risiken sollten allerdings auch nicht aus dem Auge verloren werden. Zum einen besteht wie bei jeder Entscheidung mit einer solchen Tragweite ein großes wirtschaftliches Risiko für alle Beteiligten. Zum anderen können die Synergieeffekte auch Nachteile mit sich bringen, bspw. nimmt man dem eigenen Start-up die

Möglichkeit, aus eigener Kraft ins Ausland zu expandieren, wenn man dort durch den Zusammenschluss bereits vertreten ist.

Auch auf persönlicher Ebene kann es problematisch werden. Unabhängig davon wie professionell die jeweiligen Akteure agieren. Wenn zwei Gründer, die sich jeweils mit dem Gedanken, die eigene Idee zu verwirklichen, zusammenschließen, müssen sie immer Kompromisse eingehen. Das kann im Einzelfall nicht nur anstrengend werden. Es kann dauerhaft für schlechte Stimmung im neuen Unternehmen sorgen und so zum Scheitern der gemeinsamen Anstrengung führen. Dies gilt insbesondere bei einem „gleichberechtigten“ Zusammenschluss, weniger beim finanziell sehr aufwendigen Ankauf des anderen Unternehmens.

### BEISPIEL MODOMOTO UND OUTFITTERY

Entscheidet man sich trotz aller Risiken, sich mit einem anderen Unternehmen in irgendeiner Art zusammenzuschließen, können daraus ungeahnte Potentiale entstehen. Dies zeigten zuletzt nicht nur die bekannten Start-up-Größen Modomoto und Outfittery, die Ende 2019 fusioniert haben und dadurch ihren Umsatz enorm steigern wollen, während sie gleichzeitig viele Kosten, die derzeit doppelt anfallen, einsparen können.

### FINANZIERUNG

Die Finanzierung dieses Prozesses muss dabei frühzeitig im Auge behalten werden. Selbstverständlich ist das beim „Ankauf“ eines Wettbewerbers. Aber auch bei einer reinen Fusion spielt sie eine erhebliche Rolle. Die Kosten für Berater, Ummeldungen, das Abflauen des Tagesgeschäfts während der Transaktionsvorbereitung, etc. können oft nicht allein mit Eigenkapital getragen werden. In diesem Fall benötigt man zur Finanzierung eine Bank oder einen Investor, die beide Unternehmen vorher ausführlich wirtschaftlich überprüfen werden. Nach welchen Maßstäben der Wert der Wettbewerber festgesetzt wird, unterliegt keinen festgesetzten Regeln, was es für Einsteiger schwierig macht, diesen Prozess zu durchdringen. Eine einfache aber ungenaue Methode ist z.B. die Hochrechnung des Umsatzes eines Unternehmens auf mehrere Jahre.

In jedem Fall muss eine Art Ankaufspreis beider Unternehmen bestimmt werden, anhand dessen sich die Anteile der Gründer am späteren Unternehmen bestimmen. Oftmals muss aber auch bereits in diesem Stadium einer der Gründer ausbezahlt werden, wenn er sich von dem Projekt lösen will.

Zur sicheren Abwicklung, die elementarer Grundstein für den Erfolg ist, sollte deswegen einiges **dringend beachtet werden**:

- Das andere Unternehmen sollte rechtlich und finanziell ausführlich durchleuchtet werden, um alle Risiken abschätzen zu können („Due Diligence“).
- Man sollte sich frühzeitig darüber Gedanken machen, welche Art des „Zusammenschlusses“ man anvisiert kann und will – Fusion, Joint Venture, der Ankauf des kleineren Wettbewerbers.
- Es sollten rechtzeitig Rechts- und Steuerberater ins Boot geholt werden.

- Sinnvoll kann auch die Einschaltung eines M&A-Beraters sein, der bei der Suche eines geeigneten Wettbewerbers und dessen Analyse unterstützt und den gesamten Prozess begleitet.
- Der gesamte Prozess kann bei aller Professionalität noch viele Monate in Anspruch nehmen, während derer das Tagesgeschäft regelmäßig hinten ansteht.
- Der Zeitpunkt des Zusammenschlusses muss strategisch geplant werden. Zu früh in der eigenen Entwicklung kann diese durch das Stocken des Tagesgeschäfts behindert werden. Zu spät droht die Stagnation der gesamten Entwicklung.

Um die eingangs aufgeworfene Frage zu beantworten: Ein „logischer nächster Schritt“ ist ein Zusammenschluss mehrerer Wettbewerber nicht immer, die Haltung, dies sei „nur für Große“ aber noch viel weniger. M&A bietet für ein Start-up schlicht enormes Entwicklungspotential bei nicht zu unterschätzenden Risiken – ebenso wie die Gründung eines Start-ups selbst.



### Dr. Gesine von der Groeben

Rechtsanwältin  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Frankfurt am Main

## Veräußerung von Start-ups – redet die Kartellbehörde mit?

In vielen Fällen bedarf die Veräußerung eines Start-ups an einen Investor keiner vorherigen Anmeldung beim Bundeskartellamt oder anderen Kartellbehörden. Denn ob ein Unternehmenskauf anmeldepflichtig ist, hängt in den meisten Ländern von den Umsätzen des Erwerbers und des Zielunternehmens ab. Eine Anmeldepflicht beim deutschen Bundeskartellamt ist unwahrscheinlich, wenn der Gesamtumsatz des Zielunternehmens unter EUR 5 Mio. liegt. Anders ist dies jedoch, wenn das Zielunternehmen diesen Umsatz zwar nicht erreicht, das Transaktionsvolumen – d.h. in erster Linie der vereinbarte Kaufpreis – aber mindestens EUR 400 Mio. beträgt. Eine ähnliche transaktionsvolumenbezogene Auslösung der Zusammenschlusskontrolle gibt es in Österreich (hier liegt die Grenze bei EUR 200 Mio.). Im Kartellrecht anderer Länder kann eine Anmeldepflicht zudem unabhängig von den Umsätzen der beteiligten Unternehmen auch unter anderen Voraussetzungen ausgelöst werden: In Spanien und Portugal zum Beispiel reichen Marktanteile der beteiligten Unternehmen in einer bestimmten Höhe hierfür aus.

Ist der Unternehmenskauf erst einmal anmeldepflichtig, darf er nicht vollzogen werden, bevor die Freigabe der Kartellbehörde(n) vorliegt. Bei ihrer Prüfung untersucht die Kartellbehörde den

Unternehmenskauf darauf, ob er geeignet ist, wirksamen Wettbewerb erheblich zu behindern. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn der Unternehmenskauf zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung des Erwerbs oder Zielunternehmens führt. Solche Fälle sind zwar insgesamt recht selten; liegt jedoch ein solcher Fall vor, wird der Zusammenschluss untersagt und darf nicht vollzogen werden.

Bei der kartellbehördlichen Prüfung der Veräußerung eines Start-ups spielt es in der Regel eine Rolle, ob der Erwerber und das Start-up schon aktuell im Wettbewerb zueinander stehen, ob das Start-up potentieller Wettbewerber des Erwerbers ist (und möglicherweise nur noch etwas Zeit braucht, bis es wirklich zum Wettbewerber wird) oder ob die beiden Unternehmen (auch künftig) nicht Wettbewerber sind. Je intensiver das Wettbewerbsverhältnis zwischen Erwerber und Start-up ist bzw. je wahrscheinlicher es ist, dass das Start-up ein heranwachsender Wettbewerber des Erwerbers ist, desto genauer wird die Prüfung der Kartellbehörde ausfallen. Hat der Erwerber bereits eine sehr starke Marktposition und wäre das Start-up schon aktuell oder voraussichtlich innerhalb der nächsten drei Jahre in der Lage, dem Erwerber Wettbewerb zu machen, kommt eine Untersagung in Frage. Ein „Aufkauf“ des von dem Start-up ausgehenden Wettbewerbs durch den Erwerber kann nämlich eine marktbeherrschende Stellung verstärken oder – wenn das Start-up schon aktueller Wettbewerber ist und dem Erwerber den entscheidenden „Marktmachtschub“ gibt – entstehen lassen.

Die EU-Kommission hat bei verschiedenen Gelegenheiten darauf hingewiesen, dass Start-ups als Innovationsfaktor einen besonderen wettbewerblichen Wert haben. Ihre Innovationskraft kann zum einen die Marktposition eines Erwerbers verstärken. Fällt die Innovationskraft des Start-ups nach der Übernahme als eigenständige wettbewerbliche Kraft am Markt aus, kann dies zudem den Anreiz für den Erwerber und andere Wettbewerber verringern, ihre Innovationsanstrengungen selbst zu steigern. Dies kann den Wettbewerb zu Lasten der Verbraucher dämpfen.

#### FAZIT

Die Veräußerung von Start-ups wird in vielen Fällen keiner kartellrechtlichen Anmeldepflicht unterliegen. Wenn das Start-up sich bereits mit größeren Umsätzen am Markt etabliert hat oder der Transaktionswert besonders hoch ist, kann aber eine Anmeldepflicht in Deutschland und/oder im Ausland entstehen. Wird eine Anmeldung erforderlich, so können die besonderen wettbewerblichen Eigenschaften von Start-ups, insbesondere ihre Innovationskraft, zu einer besonders genauen Prüfung des Unternehmenskaufs durch die Kartellbehörde(n) führen.



#### Jan Christian Eggers

Rechtsanwalt | LL.M.  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Hamburg

## Haftungsrisiken für Manager bei Start-ups und deren Absicherung durch eine D&O-Versicherung

In aller Regel wollen die Gründer vermeiden, für das Start-up mit ihrem gesamten Privatvermögen unbeschränkt persönlich zu haften. Typischerweise wird daher als Unternehmensträger eine Gesellschaft genutzt, z. B. eine GmbH. Hier haften die Gesellschafter – über ihre Kapitaleinlage hinaus – in der Regel nicht persönlich. Gerade bei Start-ups wird in der Anfangseuphorie allerdings häufig übersehen, dass auch bei Nutzung einer Gesellschaft als Unternehmensträger weiterhin das Risiko einer unbeschränkten persönlichen Haftung besteht, und zwar für die Geschäftsleiter der Start-up-Gesellschaft. Denn diese sind der Start-up-Gesellschaft gegenüber verpflichtet, die Geschäfte mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns zu führen. Geschäftsleiter, die ihre Pflichten verletzen, haften der Gesellschaft gegenüber für den entstandenen Schaden (vgl. § 43 GmbHG).

Manager sind im Rahmen ihrer täglichen Arbeit daher stets einem persönlichen Haftungsrisiko ausgesetzt. Das beginnt bei der seit dem Siemens-Skandal allseits bekannten Pflicht der Geschäftsleitung, dafür Sorge zu tragen, dass sämtliche relevanten Gesetze eingehalten werden (Compliance). Derartige gesetzliche Vorgaben nehmen stetig zu, die Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) ist hier nur ein Beispiel. Auch darüber hinaus muss die Geschäftsleitung das Unternehmen sorgfältig organisieren. Im Übrigen ist der Geschäftsleitung bei unternehmerischen Entscheidungen zwar ein weiter, aber eben auch nicht schrankenloser Ermessensspielraum eröffnet. Insbesondere muss die Geschäftsleitung auch dann auf Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Gesellschaft handeln. Läuft etwas schief und entsteht der Gesellschaft ein Schaden, wird heutzutage häufig fast schon reflexartig die Frage aufgeworfen, ob die Geschäftsleitung hierfür verantwortlich gemacht werden kann. Wenn nicht schon enttäuschte Gesellschafter eine Haftung der Geschäftsleiter für den entstandenen Schaden in den Raum stellen, ist es im Falle einer Insolvenz spätestens der Insolvenzverwalter, der das frühere Handeln der Geschäftsleiter überprüft.

Vor diesem Hintergrund ist es heute für Unternehmen nahezu Standard, eine sog. D&O-Versicherung abzuschließen. Diese bietet im Rahmen der jeweiligen Versicherungsbedingungen Versicherungsschutz, wenn Geschäftsleiter wegen einer Pflichtverletzung bei ihrer Tätigkeit für die Gesellschaft für einen Schaden in Anspruch genommen werden. Bei Start-ups sind die Haftungsrisiken von Managern häufig sogar deutlich höher als bei bereits etablierten Unternehmen. Bewährte Arbeitsabläufe/-anweisungen existieren häufig noch nicht. Mit vielen Themen bzw. Problemstellungen wird das Unternehmen meist erstmals konfrontiert, weshalb Erfahrungswerte fehlen und insoweit Unwägbarkeiten bestehen. Oftmals reichen auch die personellen und/oder finanziellen Ressourcen nicht aus, um alle relevanten Fragestellungen zu erkennen und hinreichend sorgfältig zu prüfen. Gerade bei

Start-ups ist daher ein ausreichender Versicherungsschutz, insbesondere im Bereich D&O, zu empfehlen.

Ein Grund, weshalb wir mit einem führenden Versicherungsmakler gesprochen haben, inwieweit sich diese Risiken versichern lassen und was bei dem Abschluss der Versicherungen zu beachten ist. Wie so oft kommt es auf die Details an, bei Versicherungen insbesondere auf den Umfang des Versicherungsschutzes und die konkreten Versicherungsbedingungen.

#### **Welche Haftungsrisiken bestehen für Manager bei Start-ups?**

Nach dem Gesetz haften Geschäftsleiter bei Vermögensschäden auf Grund von Sorgfaltspflichtverletzungen unbeschränkt mit ihrem gesamten Privatvermögen gegenüber dem eigenen Start-up-Unternehmen. Die Mehrzahl der Start-ups gehen leider in die Insolvenz. Die häufigsten Gründe liegen in mangelhaften Businessplänen, ungenügender Eigenkapitalausstattung, fehlender Anschlussfinanzierung oder keinem Plan „B“. Auch fehlendes Marketing oder Defizite bei der Buchführung oder im Personalwesen können zur Insolvenz führen. Dann sind es nicht nur Kunden, sondern auch amtliche Instanzen wie Finanzbehörden, Datenschutzbehörden, aber auch Sozialversicherungsträger oder Krankenkassen, die heute sehr viel gezielter als noch vor wenigen Jahren gegen Rechtsverstöße vorgehen. Gleichzeitig hat sich die Anspruchsmentalität verändert. Bei Vermögensschäden zögern Anteilseigner und vor allem der vom Gericht eingesetzte Insolvenzverwalter nicht lange. Sie wollen, dass die Verantwortlichen Vermögensschäden ersetzen, die dem Start-up entstanden sind. Der Insolvenzverwalter hat insoweit ein eigenes Haftungsrisiko, dem er Rechnung trägt, indem er Schadensersatzansprüche gegen Organmitglieder im Vorfeld der Insolvenz prüfen muss, um die Insolvenzmasse zu vergrößern.

#### **Kann man typische Organpflichten benennen?**

Ich muss als Geschäftsleiter natürlich die formalen Regeln einhalten, also alle Gesetze und die Firmensatzung. Zudem muss ich Sorgfaltspflichtverstöße vermeiden, die zu nachteiligen Geschäften bzw. Risiken für das Start-up führen, wie Fehlinvestitionen oder Verbindlichkeiten. Typische Organpflichten als Geschäftsführer bestehen darin, richtiges Personal auszuwählen, den Geschäftsbetrieb richtig zu organisieren und die Einhaltung der gesetzlichen, betrieblichen und kaufmännischen Regeln ständig zu überwachen. Dies gilt verschärft, wenn das Geld knapp wird. Kontrollpflichten bestehen auch für Aufsichts- oder kontrollierende Beiräte. Auch diese haften unbeschränkt mit Ihrem Privatvermögen gegenüber dem Start-up, wenn sie die Geschäftsführung nicht richtig beaufsichtigen und dies zu Vermögensschäden führt oder man Schadensersatzansprüche gegen die Geschäftsleiter nicht verfolgt.

#### **Genau für solche Fälle sorgen Unternehmen doch vor und schließen auf Firmenkosten D&O-Managerhaftpflichtversicherungen für ihre Führungskräfte ab. Sollte das auch für Start-ups gelten?**

Unbedingt. Die Risiken sind dieselben. Schließlich können Manager für Fehlentscheidungen schon bei leichter Fahrlässigkeit persönlich haftbar gemacht werden und das unbegrenzt. Im Ernstfall

übernimmt die D&O-Versicherung die Rechtskosten für die Abwehr von unberechtigten Schadensersatzansprüchen und gleicht berechtigte Ansprüche aus. Ein Schadenausgleich ist auch im Sinne der Anteilseigner, da eine spätere Vollstreckung in das Privatvermögen wenig aussichtsreich ist und so ein gewisser „Bilanzschutz“ für die Gesellschafter gewährleistet wird.

#### **Wie hoch sind die Prämien üblicherweise und welche Unterlagen benötigt ein Versicherer für den Abschluss?**

Das hängt von der gewünschten und am Markt erhältlichen Deckungssumme ab und hierfür vor allem vom Businessplan. Denn ob und in welcher Höhe und Umfang ein Versicherer hierfür Deckung bieten möchte, steht und fällt mit dessen positiver Bewertung. Eine möglichst ausführliche mehrjährige Darstellung der geplanten wirtschaftlichen Entwicklung und Finanzierung ist für die Risiko-beurteilung des Versicherers und den Erhalt eines vernünftigen Angebotes wichtig. Auch der Lebenslauf der Geschäftsführer sowie deren Erfahrungen im Geschäftsfeld spielen bei der Risiko-beurteilung eine Rolle. Passen alle Faktoren, so sind Deckungssummen bis EUR 2–3 Mio. zu Prämien zwischen EUR 2.000–4.000 denkbar. Diese sind regelmäßige Betriebsausgaben.

#### **Was ist, wenn das Unternehmen eine solche D&O nicht finanzieren möchte, da sich die Gesellschafter dagegen aussprechen?**

Dann besteht die Möglichkeit, dass der Geschäftsführer eine persönliche D&O-Versicherung nur für sich aus eigener Tasche privat finanziert. Die Anforderungen an die benötigten Unterlagen sind dieselben. Wer auf eigene Rechnung eine persönliche D&O-Versicherung abschließt, besitzt seine eigene Deckungssumme, die er mit niemandem teilen muss. Allerdings erhöht sich in der Praxis dann auch das Risiko, allein in die Haftung genommen zu werden, wenn dies bekannt wird. Daher sollte ein privater Abschluss gegenüber der Firma möglichst nicht publik gemacht werden.

#### **Was ist, wenn beim Start-up überraschend die Staatsanwaltschaft vor der Bürotür steht oder Post von einer Ermittlungsbehörde eingeht, die wegen behaupteter Delikte (z. B. Datenschutzverletzungen, Steuerhinterziehung etc.) um Auskunft bittet?**

Wir empfehlen, eine Unternehmens-Strafrechtsschutzversicherung abzuschließen, die ebenfalls das Start-up zahlen kann. Denn wenn Behörden ermitteln, dann ist das nicht steuerbar. Dem Staat geht es keineswegs darum, die juristische Person, also das Unternehmen zur Verantwortung zu ziehen, sondern den/die Unternehmensleiter und/oder die verantwortlichen Mitarbeiter. Wer sich gegen ein Strafverfahren wehren muss, braucht einen guten Strafverteidiger. Und der hat durchaus seinen Preis. Eine gute Strafrechtsschutzversicherung deckt auch dessen Stundensätze ab. Will das Unternehmen die Versicherungsprämie nicht bezahlen, so ist ebenfalls eine persönliche Strafrechtsschutzversicherung auf eigene Rechnung anzuraten.

## Worauf sollte man beim Einkauf von solchen Versicherungspolicen achten?

Auf das „Kleingedruckte“. Der Versicherungsmarkt für Managerversicherungen ist uneinheitlich und für Geschäftsführer oder auch Juristen nur schwer überschaubar. Neben einem guten Produkt, welches die genannten Risiken umfassend absichert, ist eine hohe Beratungsexpertise elementar, damit der Manager im Schadenfall nicht allein „im Regen steht“. Als Spezialmakler stellen wir hierfür neben D&O-Expertenteams zusätzlich ein eigenes Rechtsanwaltsnetzwerk sowie eine eigene Schadenabteilung zur Verfügung, die als Schnittstelle zwischen Kunde und Versicherer fungiert und für den Manager im Schadenfall da ist.



**Dr. Daniel Walden**  
Rechtsanwalt  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
München



**Dr. Florian Weichselgärtner**  
Rechtsanwalt | Wirtschaftsmediator (CVM)  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
München



**Marcus Helmich**  
D&O-Versicherungsmakler hendricks GmbH

## Wirtschaftlich Berechtigter – zum Transparenzregister und Neues zur Geldwäscheprüfung durch Notare

Zum 1. Januar 2020 ist das Gesetz zur Umsetzung der Änderungsrichtlinie zur Vierten EU-Geldwäscherichtlinie in Kraft getreten, durch welches u. a. das Geldwäschegesetz (GwG) geändert wurde. Wir nehmen diese Änderung des Geldwäschegesetzes zum Anlass, auf das Thema „wirtschaftlich Berechtigter“ und dessen Identifizierung und Meldung einzugehen. Dabei zeigen wir auch auf, dass und wann das Thema für Start-ups eine Rolle spielen kann.

Unabhängig von den bestehenden Meldepflichten des/der wirtschaftlich Berechtigten zum Transparenzregister (siehe 1.) ist die Bestimmung und Meldung des wirtschaftlich Berechtigten für gesellschafts- und immobilienrechtliche Vorgänge und Transaktionen von hoher Relevanz, weil Notare umfassende Prüfungspflichten

im Hinblick auf die Ermittlung der wirtschaftlich Berechtigten haben. Durch die Gesetzesänderung wurden für bestimmte Vorgänge sogar Beurkundungsverbote neu eingeführt, die in bestimmten Konstellationen bei Nicht-Ermittlung des wirtschaftlich Berechtigten bzw. bei Nicht-Vorlage der Registrierung im Transparenzregister bestehen. Vor diesem Hintergrund ist zu erwarten, dass die Unternehmen verstärkt Auskunft über ihre wirtschaftlich Berechtigten werden geben müssen, wenn gesellschafts- und immobilienrechtliche Vorgänge beurkundet werden sollen (siehe 2.). Gerade im Vorfeld von Finanzierungsrunden müssen sich Gründer darauf einstellen, dass die wirtschaftlich Berechtigten aller involvierten Personen und Gesellschaften, also aller bestehenden und zukünftigen Gesellschafter, benannt bzw. ermittelt werden müssen.

### 1. MELDUNGEN ZUM TRANSPARENZREGISTER

Juristische Personen des Privatrechts (also auch die klassischen Formen GmbH und Unternehmergesellschaft/UG (haftungsbeschränkt), siehe 1.2) und eingetragene Personengesellschaften sind seit Oktober 2017 verpflichtet, der Bundesanzeiger Verlags GmbH als registerführende Stelle ihre wirtschaftlich Berechtigten zur Eintragung in das Transparenzregister elektronisch über die Website [www.transparenzregister.de](http://www.transparenzregister.de) mitzuteilen. Anzugeben sind zu dem/den wirtschaftlich Berechtigten Vor- und Nachname, Geburtsdatum, Wohnort, Art und Umfang des wirtschaftlichen Interesses sowie die Staatsangehörigkeit.

Bei Verstößen gegen diese und weitere Pflichten aus dem GWG drohen erhebliche Bußgelder. Das Bundesverwaltungsamt (BVA) ahndet verspätete Mitteilungen deutlich milder als nicht erfolgte Meldungen – nach dem Bußgeldkatalog des Bundesverwaltungsamts verüffacht sich das Bußgeld bei Nicht-Meldern.

Unabhängig von den empfindlichen Bußgeldern sind ab Januar 2020 bestandskräftige Bußgeldentscheidungen, die wegen Verstößen gegen die Mitteilungspflicht ergangen sind, nach § 57 GwG-neu im Internet zu veröffentlichen.

Die Registrierungspflicht im Transparenzregister gilt zunächst nur für inländische Gesellschaften. Ausländische Gesellschaften müssen aber dann im deutschen Transparenzregister oder in dem Transparenzregister eines EU-Mitgliedstaates registriert sein, wenn sie eine Immobilie in Deutschland erwerben wollen (siehe 2.).

#### 1.1 WIRTSCHAFTLICH BERECHTIGTER

Wirtschaftlich Berechtigte sind stets natürliche Personen. Deren Ermittlung ist mehrstufig und erfolgt nach folgenden Grundsätzen:

- Bei Kapital- oder Personengesellschaften ist/sind wirtschaftlich Berechtigte(r) die natürliche Person(en), die unmittelbar oder mittelbar mehr als 25 Prozent der Kapital- oder Stimmanteile halten oder auf vergleichbare Weise Kontrolle ausüben.
- Falls auf der ersten Beteiligungsebene nicht nur eine natürliche Person, sondern auch Gesellschaften beteiligt sind, müssen deren Gesellschafter weiter betrachtet werden (zweite Beteiligungsebene); ab dieser Ebene gilt jedoch nicht mehr der 25 Prozent-Schwellenwert. Hier ist entscheidend, ob tatsächlich Kontrolle ausgeübt werden kann. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn ein Gesellschafter mehr als

50 Prozent der Kapitalanteile hält, mehr als 50 Prozent der Stimmrechte kontrolliert oder beherrschenden Einfluss ausüben kann. Diese Untersuchung muss für jede Gesellschaft erfolgen, bis am Ende nur noch natürliche Personen stehen.

- Ergänzend muss abgeklärt werden, ob eine natürliche Person aus anderen Gründen die Entscheidungen der Gesellschaft maßgeblich beeinflussen oder verhindern kann (z.B. wegen Beherrschungsverträgen, Sonderrechten, Sperrminoritäten, Addition mittelbarer Beteiligungen, Stimmbindungsvereinbarungen, etc.). Zudem ist bei treuhänderisch gehaltenen Geschäftsanteilen der wirtschaftlich Berechtigter der Treugeber.
- Kann nach den vorstehend skizzierten Grundsätzen kein wirtschaftlich Berechtigter ermittelt werden (etwa weil die fünf Gesellschafter einer Gesellschaft je 20 Prozent der Geschäftsanteile halten), gilt nach § 3 Abs. 2 S. 5 GwG als wirtschaftlich Berechtigter der gesetzliche Vertreter, der geschäftsführende Gesellschafter oder der Partner des Vertragspartners. Es gibt daher immer einen wirtschaftlich Berechtigten.

Die vorstehenden Grundsätze machen deutlich, dass die Frage des wirtschaftlich Berechtigten komplex sein kann und insbesondere im Falle mehrstufiger Beteiligungsstrukturen sowie bei Abweichungen der Kontrollstruktur von den Beteiligungsverhältnissen (etwa aufgrund von Treuhand-, Stimmbindungs- oder Beherrschungsvereinbarungen) näherer Untersuchung bedarf.

## 1.2 MELDEPFLICHTEN BEI GMBHs UND UNTERNEHMERGESELLSCHAFTEN (HAFTUNGSBESCHRÄNKT)

Die gute Nachricht ist, dass für die im Start-up Bereich üblichen GmbHs und UGs (haftungsbeschränkt) nach § 20 Abs. 2 GwG grundsätzlich eine Fiktion der Mitteilung des wirtschaftlich Berechtigten gilt, wenn die Gesellschafterliste (oder das Musterprotokoll) beim Handelsregister elektronisch abrufbar ist. In diesen Fällen besteht (automatisch) eine Eintragung der Gesellschaft in Transparenzregister. Dem Transparenzregisterauszug lässt sich dann entnehmen, dass keine Angaben zu den wirtschaftlich Berechtigten mitgeteilt wurden (sog. Negativattest).

Die Pflicht zur Mitteilung trotz abrufbarer Gesellschafterliste besteht aber dann fort, wenn sich aus der Gesellschafterliste nicht unmittelbar der wirtschaftlich Berechtigte ergibt, etwa weil Geschäftsanteile treuhänderisch gehalten werden oder weil an der Gesellschaft juristische Personen oder Personengesellschaften beteiligt sind, deren wirtschaftlich Berechtigte nicht aus elektronisch abrufbaren Dokumenten oder Eintragungen ermittelt werden können (dies ist in der Regel bei Gesellschaftern mit Sitz im Ausland der Fall).

Es ist deshalb bei jeder Finanzierungsrunde, in der sich ein Investor mit mehr als 25 Prozent am Start-up beteiligt (oder durch eine Finanzierungsrunde eine solche Schwelle erreicht) vorsorglich zu prüfen, ob eine Meldepflicht besteht (siehe 1.4). Zu beachten ist

auch, dass die Beteiligung von mehreren Investoren ggf. zusammenzurechnen ist (etwa aufgrund Stimmbindung oder der Tatsache, dass auf mehrere Investoren einheitliche Kontrolle ausgeübt wird).

## 1.3 MELDEPFLICHTEN BEI KOMMANDITGESELLSCHAFTEN (KGS)

Die Mitteilungsfiktion nach § 20 Abs. 2 GwG greift bei KGs nur in Ausnahmefällen. Begründet ist dies darin, dass im aktuellen Abdruck des Handelsregisters lediglich die Haftsumme der Kommanditisten i.S.v. § 171 HGB eingetragen ist, nicht aber deren Pflichteinlage (= Kapitalanteile). Haftsumme und Kapitalanteile können ganz erheblich voneinander abweichen. Zudem lässt sich ohne Kenntnis der Kapitalbeteiligung des Komplementärs, die ebenfalls nicht im Handelsregister eingetragen wird, die prozentuale Beteiligung der Kommanditisten nicht ermitteln.

Mangels Mitteilungsfiktion besteht daher bei KGs in aller Regel eine Pflicht zur Meldung des/der wirtschaftlich Berechtigten zum Transparenzregister.

## 1.4 ERMITTLUNGS- UND DOKUMENTATIONSPFLICHT

Hat ein Unternehmen keine Angaben seiner wirtschaftlich Berechtigten erhalten (§ 20 Abs. 3 GwG), muss es von seinen Anteilseignern in angemessenem Umfang Auskunft zu den wirtschaftlich Berechtigten des Unternehmens verlangen. Nach § 20 Abs. 3a GwG-neu hat das Unternehmen Auskunftersuchen sowie die eingeholten Informationen zu dokumentieren. Verstöße sind bußgeldbewährt.

## 2. GELDWÄSCHEPRÜFUNG DURCH NOTARE – INSBESONDERE AUSWIRKUNGEN AUF FINANZIERUNGSRUNDEN

Notare sind immer verpflichtet, die formell Beteiligten, also die Erschienenen, zu identifizieren (durch gültigen Personal- bzw. Reisepass).

Darüber hinaus müssen Notare aber bei allen Beurkundungen im gesellschaftsrechtlichen Bereich (bei GmbHs also insbesondere Gründungen, Änderungen von Gesellschaftsverträgen, Kapitalerhöhungen sowie Geschäftsanteilskauf- und Abtretungsverträge; also auch bei jeder Finanzierungsrunde) zusätzlich die wirtschaftlich Berechtigten identifizieren.<sup>1</sup> Soweit bei gesellschaftsrechtlichen Vorgängen die Fiktionswirkung reicht (siehe 1.2 und 1.3), genügt für die notarielle Prüfung zunächst die Vorlage eines Nachweises der Registrierung in einem Register bzw. die Einsichtnahme in dieses Register (insbesondere in die Gesellschafterliste bei einer GmbH). Ergänzend ist allerdings erforderlich, dass der betroffene Beteiligte mitteilt, dass die Angaben in diesem Register auch ein vollständiges Bild über die wirtschaftlich Berechtigten geben. Dies deshalb, weil es z.B. Stimmbindungs- oder Treuhandvereinbarungen geben könnte, die dazu führen, dass der wirtschaftlich Berechtigte nicht aus der Gesellschafterliste zu entnehmen ist.

<sup>1</sup> Schließlich sei der Vollständigkeit halber – wenn auch für die meisten Start-ups von geringerer Relevanz – auf die seit 1. Januar 2020 verschärften Pflichten der Notare bei Immobiliengeschäften hingewiesen: Bei Beteiligung von Gesellschaften an Geschäften im Anwendungsbereich des § 1 GrEStG (insbesondere Grundstückskaufverträge, aber auch gesellschaftsrechtliche Vorgänge, bei denen eine inländische Immobilie auf einen anderen Rechtsträger übergeht) müssen die Notare zwingend die Eigentums- und Kontrollstruktur der beteiligten Gesellschaft(en) abfragen. Ohne Vorlage einer schlüssigen Dokumentation der Eigentums- und Kontrollstruktur gilt ein Beurkundungsverbot. Erwirbt eine ausländische Gesellschaft eine Immobilie, muss sie zudem zwingend im Transparenzregister Deutschlands oder eines EU-Mitgliedsstaates registriert sein. Vor der Beurkundung muss daher ein Nachweis der Registrierung vorgelegt werden oder die Notare selbst Einsicht genommen haben. Anderenfalls besteht wiederum ein Beurkundungsverbot.

Es ist zu erwarten, dass – gerade in Fällen, in denen eine Vielzahl von Gesellschaftern an einem Start-up beteiligt ist – die Ermittlung der jeweiligen wirtschaftlich Berechtigten aufwendig und insbesondere bei ausländischen Gesellschaftern auch kompliziert werden kann. Dies sollte bei der Vorbereitung von Finanzierungsrunden berücksichtigt werden, damit es durch die erforderlichen Prüfungen durch die Notare und deren zu erwartender Rückfragen an das Start-up nicht zu Verzögerungen kommt.



### Tassilo Klesen

Rechtsanwalt  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Berlin



### Dr. Eva Kreibohm

Rechtsanwältin | Notarin (Amtssitz Berlin)  
Of Counsel  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Berlin

## Bewertungs- und Zuflusszeitpunkt bei Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen

Das wichtigste Asset eines Start-ups sind neben den Gründern die eigenen Mitarbeiter. Zwar sind Start-ups hip und immer mehr kluge Köpfe entscheiden sich gegen eine Laufbahn im großen Konzern und für eine Karriere in einem aufstrebenden Start-up, allerdings wollen auch diese Mitarbeiter für ihre Leistung angemessen bezahlt werden. Da Start-ups insbesondere in den frühen Phasen regelmäßig nicht über das Kapital verfügen, um marktübliche Gehälter zu zahlen, sind Mitarbeiterbeteiligungsprogramme das Mittel der Wahl, um sicherzustellen, dass die Mitarbeiter ausreichend incentiviert sind, das Unternehmen gemeinsam mit den Gründern aufzubauen.

Marktüblich, insbesondere bei exitorientierten Start-ups, sind dabei virtuelle Mitarbeiterbeteiligungsprogramme. Dem jeweiligen Mitarbeiter werden virtuelle Anteile am Unternehmen zugeteilt, über die diesem das Recht eingeräumt wird, im Fall definierter Ausübungsereignisse (üblicherweise dem Exit – sei es in Form des Unternehmensverkaufs oder einem Börsengang) einen Anteil vom Erlös ausgezahlt zu bekommen, der dem Anteil der „echten“ Gesellschafter des Start-ups entspricht. Der Mitarbeiter wird so dem Gründer gleichgestellt und entsprechend incentiviert neben dem Gründer auf den gemeinsamen Exit hinzuarbeiten.

Für die Gesellschaft haben virtuelle Beteiligungsprogramme den großen Vorteil, dass den Begünstigten keine „echten“ Gesellschafterrechte zustehen (z. B. Auskunftsrechte und Mitbestimmungsrechte) und die Gesellschafterstruktur durch diese rein schuld-

rechtlichen Abreden nicht verändert wird. Aber auch für den Begünstigten haben virtuelle Mitarbeiterbeteiligungsprogramme einen großen Vorteil: Steuern sind für die Gewährung der virtuellen Anteile erst dann zu zahlen, wenn es zu einem Zufluss kommt, d. h. tatsächlich Zahlungen vorgenommen oder Anteile am Unternehmen übertragen werden.

Ein großer Nachteil besteht darin, dass für die Berechnung der Lohn- bzw. Einkommensteuer und der Sozialversicherungsbeiträge ebenfalls auf den Zeitpunkt des Zuflusses abgestellt wird. Sämtliche Wertsteigerungen in der Zeit vor Zufluss unterliegen damit der Lohn- bzw. Einkommensteuer (mit dem persönlichen Steuersatz in Höhe von bis zu 47,5 Prozent) und es sind ggf. auch zusätzliche Sozialversicherungsbeiträge abzuführen. Gerade bei Start-ups, bei denen ein rasanter Anstieg des Unternehmenswerts erwartet wird, führt dies zu einer hohen Belastung mit Lohn- bzw. Einkommensteuer und Sozialversicherungsbeiträgen, die die Mitarbeiterbeteiligung im Einzelfall unattraktiv werden lässt. Denn für den Mitarbeiter bleibt es so eine Unbekannte, ob er ggf. den größten Teil der angedachten Incentivierung an den Staat abführen darf.

#### BEISPIEL

Der Mitarbeiter erhält im ersten Jahr 100 Anteile, die einen Marktwert von EUR 200 haben. Die Haltefrist beträgt drei Jahre. Bei Ende der Haltefrist ist der Marktwert auf EUR 1.000 gestiegen.

#### ERGEBNIS

Der lohnsteuer- und sozialversicherungspflichtige geldwerte Vorteil beträgt EUR 1.000.

Vor diesem Hintergrund fragen einige unserer Mandanten die „klassischen“, aufwändigeren Wege der Mitarbeiterbeteiligung bei uns an, im Rahmen derer dem Mitarbeiter direkt oder indirekt, über eine eigens hierzu gegründete Gesellschaft, von Anfang an „echte“ Anteile am Start-up gewährt werden. Da es für die Bewertung des geldwerten Vorteils dann auf den Zeitpunkt der Übertragung der Anteile ankommt, sind in diesen Fällen sowohl Lohn- und Einkommensteuer als auch die Sozialversicherungsbeiträge entsprechend niedriger. Die nachfolgende, bis zum Verkauf durch den Mitarbeiter entstehende Wertsteigerung des Start-ups unterliegt dann nur noch der Abgeltungsteuer in Höhe von 26,375 Prozent.

#### ERGEBNIS IM BEISPIEL

Der lohnsteuer- und sozialversicherungspflichtige geldwerte Vorteil beträgt EUR 100.

Ein Nachteil kann in diesem Fall aber sein, dass Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträge bereits im Zeitpunkt der Übertragung der Anteile entstehen und die entsprechenden Beträge vom Arbeitgeber einzubehalten oder ggf. sogar vom Mitarbeiter anzufordern sind. Hat der Mitarbeiter eine Haltefrist einzuhalten, bedeutet dies, dass er bereits Steuern zahlen muss, bevor er die

erhaltenen Anteile zu Geld machen kann. Daher wird sich der Mitarbeiter so in diesem Fall wenig incentiviert fühlen.

Die Kunst ist es daher, diese „klassischen“ Mitarbeiterbeteiligungsprogramme so zu konzipieren, dass für die Bewertung des geldwerten Vorteils auf einen frühestmöglichen Zeitpunkt (z.B. den Eintritt des Mitarbeiters in das Programm) und für den Zeitpunkt des Einhalts von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen auf einen spätestmöglichen Zeitpunkt (z.B. Ende der Haltefrist) abgestellt werden kann.

Dies kann im Einzelfall in der Weise geschehen, dass Anteile am Unternehmen bei Eintritt in das Programm gegen ein verbilligtes Entgelt so übertragen werden, dass das Unternehmen die Anteile im Grundsatz auf den Mitarbeiter überträgt, jedoch sichergestellt ist, dass der Mitarbeiter über die Anteile während der Haltefrist nicht verfügen kann und auch nicht in sonstiger Weise aus ihnen profitiert.

#### ERGEBNIS IM BEISPIEL

Der lohnsteuer- und sozialversicherungspflichtige geldwerte Vorteil beträgt EUR 100. Die Lohnsteuer und die Sozialversicherungsbeiträge sind aber erst nach Ablauf der Haltefrist zu entrichten, so dass der Mitarbeiter diese Steuern ggf. auch aus dem Verkauf der Anteile nach Ablauf der Haltefrist finanzieren kann.

Zu einem entsprechenden Programm haben wir Anfang des Jahres wieder mit Erfolg beraten. Gerne stehen wir Ihnen daher bei Fragen zu diesem Thema zur Verfügung.



#### Jan Mohrmann

Rechtsanwalt | Steuerberater  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Frankfurt am Main



#### Christian Philipp Kalusa

Rechtsanwalt  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
München

## „Drum prüfe wer sich ewig bindet!“ – Die Probezeit im Arbeitsverhältnis

Arbeitgeber und insbesondere Start-ups, die kein Geld und keine Zeit zu verschenken haben, sollten die Probezeit im Arbeitsverhältnis gut nutzen. Die Zeit auf Probe dient dazu etwas zu testen, bevor ein Zustand verfestigt wird. Beispielsweise wird der Wein im Restaurant auch probiert, bevor er getrunken wird, das Auto Probe gefahren, bevor es gekauft wird und der Partner getestet, bevor er geheiratet wird und so sollte auch der neue Arbeitnehmer in der Anfangsphase erprobt werden. Dabei wird die „Probezeit“ im Arbeitsverhältnis umgangssprachlich anders verstanden, als sie gesetzlich geregelt ist.

#### DIE PROBEZEIT ALS VERKÜRZTE KÜNDIGUNGSFRIST

Die Probezeit – wie sie vom Gesetz verstanden wird – ist in § 622 Abs. 3 BGB (Bürgerliches Gesetzbuch) geregelt:

*„Während einer vereinbarten Probezeit, längstens für die Dauer von sechs Monaten, kann das Arbeitsverhältnis mit einer Frist von zwei Wochen gekündigt werden.“*

Wenn eine „Probezeit“ im Arbeitsvertrag im Sinne des § 622 Abs. 3 BGB vereinbart wird, ist ausschließlich eine Regelung über die Kündigungsfrist während der Probezeit gemeint. Mit der Vereinbarung einer Probezeit beträgt die Kündigungsfrist für die Dauer der Probezeit einheitlich zwei Wochen. Es gilt auch nicht – wie sonst üblich – eine Kündigung nur zu einem bestimmten Beendigungstermin (Monatsende, Quartalsende, Jahresende). Eine ausdrückliche Vereinbarung der kurzen Kündigungsfrist ist nicht erforderlich. Längere Kündigungsfristen während der Probezeit können vereinbart werden. Die „Probezeit“, wie sie kraft Gesetz verstanden wird, meint damit ausschließlich die kurze zweiwöchige Kündigungsfrist maximal während der ersten sechs Monate des Arbeitsverhältnisses. Für Start-ups ist eine kurze Kündigungsfrist mit einem Ablauf der Frist zu jedem Zeitpunkt sinnvoll, da Arbeitnehmer, die nicht ins Team passen oder die keine Leistung bringen, nicht unnötig lange „mitgeschleppt“ und bezahlt werden müssen.

#### DIE PROBEZEIT ALS WARTEFRIST

Die Probezeit – wie sie umgangssprachlich verstanden wird – ist in § 1 Abs. 1 KSchG (Kündigungsschutzgesetz) geregelt:

*„Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses gegenüber einem Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis in demselben Betrieb oder Unternehmen ohne Unterbrechung länger als sechs Monate bestanden hat, ist rechtsunwirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist.“*

Während der ersten sechs Monate eines Arbeitsverhältnisses sind Kündigungen – ohne dass es einer ausdrücklichen Regelung im Arbeitsvertrag bedarf – ohne Kündigungsgrund im Sinne des Kündigungsschutzgesetzes zulässig. Kündigungen während der ersten sechs Monate des Arbeitsverhältnisses dürfen jedoch nicht schikanös, willkürlich oder diskriminierend sein. Während

der Wartezeit gemäß § 1 Abs. 1 KSchG sind aber Kündigungen zulässig, wenn es einfach „nicht passt“.

### **VERZICHT AUF DIE „PROBEZEIT“ BEDEUTET VERZICHT AUF DIE KURZE KÜNDIGUNGSFRIST**

Wenn der Arbeitsvertrag eines Start-ups eine Klausel enthält, wie „es wird keine Probezeit vereinbart“, ist mit dieser Regelung kein Verzicht auf die sechsmonatige Wartezeit zum Eingreifen des allgemeinen Kündigungsschutzes nach § 1 Abs. 1 KSchG vereinbart. Es ist nur eine Klarstellung, dass keine Probezeit im Sinne des § 622 Abs. 3 BGB vereinbart wurde und damit keine kürzeren Kündigungsfristen gelten. Kündigungen sind damit dennoch in den ersten sechs Monaten ohne Kündigungsgrund zulässig (LAG Baden-Württemberg vom 18.06.2019 – 15 Sa 4/19).

#### **TIPP**

Kündigung kann auch am letzten Tag der „Probezeit“ zu-  
gehen.

Es existiert ein Gerücht, dass eine Probezeitkündigung nur zulässig ist, wenn die Kündigungsfrist innerhalb der Probezeit endet. Beispiel: Beginn eines Arbeitsverhältnisses am 01. Januar 2020 und damit Ablauf der Wartezeit am 30. Juni 2020. Nach diesem Gerücht müsste die Probezeitkündigung mit Zwei-Wochen-Kündigungsfrist spätestens am 16. Juni 2020 dem Arbeitnehmer zugehen. Das Gerücht ist falsch. Es reicht aus, wenn die Probezeitkündigung am letzten Tag der „Probezeit“ oder Wartezeit dem Arbeitnehmer zugeht. Im Beispiel also am 30. Juni 2020, das Arbeitsverhältnis würde dann am 14. Juli 2020 enden.

### **VERLÄNGERUNG DER PROBEZEIT**

Im Zusammenhang mit der Probezeit wird auch von Start-ups immer wieder die Frage nach der Verlängerung der Probezeit im Arbeitsverhältnis gestellt. Mit dieser Frage ist jedoch nicht gemeint, dass für eine längere Dauer als sechs Monate die kürzeren Kündigungsfristen nach § 622 Abs. 3 BGB vereinbart werden sollen, sondern dass das Kündigungsschutzgesetz für eine längere Dauer als sechs Monate nicht greifen soll.

Wenn der Arbeitgeber merkt, dass die Zusammenarbeit mit einem Arbeitnehmer nicht passt oder der Arbeitnehmer die Anforderungen nicht erfüllt, unsympathisch ist oder nicht zum Team passt, sollte „in der Probezeit“ gekündigt werden. Dies gilt insbesondere in kleineren Einheiten, wie bei Start-ups. Sechs Monate ist an sich ein langer Zeitraum, um Arbeitnehmer „auszuprobieren“. Wir haben oft die Erfahrung gemacht, dass ein Arbeitnehmer, der sich innerhalb von sechs Monaten nicht beweisen konnte, es auch danach nicht schafft. Dennoch erleben wir es in der Praxis immer wieder, dass Arbeitgeber und Start-ups nach einer Verlängerungsmöglichkeit der Probezeit fragen. Eine Verlängerung der Probezeit im Sinne einer Verlängerung der Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG zur Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes oder im Sinne des § 622 Abs. 3 BGB zur Verlängerung der Anwendbarkeit der kurzen Kündigungsfrist, ist unzulässig. Dennoch gibt es eine von der Rechtsprechung als zulässig anerkannte Möglichkeit der „Probezeitverlängerung“.

### **SACHGRUNDLOSE BEFRISTUNG UND SACHGRUND-BEFRISTUNG**

Wenn der Arbeitgeber kurz vor Ablauf der sechsmonatigen Probezeit unsicher ist, ob er mit dem Arbeitnehmer weiterhin zusammenarbeiten möchte oder nicht, kann das Arbeitsverhältnis bzw. die Probezeit nicht durch eine sachgrundlose Befristung im Sinne des § 14 Abs. 2 TzBfG (Teilzeit- und Befristungsgesetz) verlängert werden. Die sachgrundlose Befristung setzt voraus, dass mit demselben Arbeitgeber zuvor kein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestand. Diese Voraussetzung läge nicht vor, da während der bisherigen Probezeit ja ein Arbeitsverhältnis bestand.

Zulässig ist immer eine Sachgrundbefristung. In der Praxis ist es jedoch schwer für eine „Verlängerung“ der Probezeit einen Sachgrund im Sinne des § 14 Abs. 1 TzBfG (z. B. Vertretung eines anderen Arbeitnehmers, Befristung, die auf einem gerichtlichen Vergleich beruht) zu finden.

### **LÖSUNGSMÖGLICHKEIT**

Während der Probezeit gelten regelmäßig kurze Kündigungsfristen. Die Rechtsprechung billigt im Ergebnis die „Probezeitverlängerung“, indem in zulässiger Weise die Kündigung des Arbeitsverhältnisses oder die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Auflösungsvertrag während der Probezeit nicht mit der kurzen, sondern mit einer länger bemessenen Kündigungsfrist erfolgen darf, um den Arbeitnehmer weiter zu erproben. Damit wird die Probezeit faktisch verlängert und das Kündigungsschutzgesetz wird „ausgetrickst“. Die Kündigung oder Beendigung durch Aufhebungsvertrag wird während der Probezeit und damit im Zeitpunkt, in dem das Kündigungsschutzgesetz nicht anwendbar ist, ausgesprochen bzw. abgeschlossen. Das Arbeitsverhältnis endet aber, wenn das Kündigungsschutzgesetz schon anwendbar ist. Für eine zulässige „Probezeitverlängerung“ sind folgende Voraussetzungen einzuhalten:

- keine signifikante Verlängerung der regelmäßig kurzen Kündigungsfrist von zwei Wochen während der Probezeit, drei bis vier Monate Kündigungsfrist sind wohl eine angemessene Dauer;
- der Arbeitnehmer ist während der Probezeit über die Nicht-Bewährung sowie über die weitere Bewährungschance zu informieren;
- die „Probezeitverlängerung“ darf nicht allein oder überwiegend im Interesse des Arbeitgebers erfolgen (z. B. zur Überbrückung eines Personalengpasses);
- der Arbeitnehmer muss die Chance zur Wiedereinstellung haben (Wiedereinstellungszusage);
- im Falle eines Aufhebungsvertrags müssen typische Elemente, wie Freistellung, Zeugnis, Abfindung oder Rückgabe von Firmeneigentum, geregelt sein.

Unter Berücksichtigung dieser Kriterien darf ein Arbeitgeber, der die Probezeit als nicht bestanden ansieht, anstelle der Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der kurzen Probezeitkündigungsfrist von in der Regel zwei Wochen dem Arbeitnehmer eine Bewährungschance geben, wenn er nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) mit einer überschaubaren, längeren Kündigungsfrist kündigt oder einen Aufhebungsvertrag abschließt und dem Arbeitnehmer für den Fall seiner Bewährung die Wiedereinstellung zusagt.

### BEENDIGUNGSINSTRUMENT KÜNDIGUNG, AUFHEBUNGS- ODER ABWICKLUNGSVERTRAG

Als Instrument zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses während der Probezeit mit längerer Frist zur weiteren Erprobung kann in zulässiger Weise die Arbeitgeberkündigung, der Aufhebungsvertrag oder der Abwicklungsvertrag genutzt werden. Es ist darauf zu achten, dass alle Formalitäten eingehalten werden, beispielsweise bei der Kündigung die Schriftform und die etwaige vorherige Betriebsratsanhörung.

### MAXIMALE VERLÄNGERUNGSDAUER DER PROBEZEIT

In der Rechtsprechung ist nicht ganz eindeutig, um welche Frist die Probezeit verlängert werden darf. Es soll ein angemessenes Verhältnis zwischen der vertraglichen bzw. gesetzlichen oder tarifvertraglichen Kündigungsfrist in der Probezeit, dies sind oftmals nur zwei Wochen, und der Verlängerung herangezogen werden. Einigkeit besteht, dass in keinem Fall die längste mögliche einschlägige Kündigungsfrist überschritten werden darf. Nach § 622 BGB ist die längste Kündigungsfrist sieben Monate. In verschiedenen Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte wird jedenfalls eine Verlängerung der Probezeit durch eine Kündigungsfrist von drei oder vier Monaten als zulässig angesehen.

### INFORMATION DES ARBEITNEHMERS

Um eine unzulässige sachgrundlose Befristung auszuschließen, ist die Information des Arbeitnehmers erforderlich, dass er sich in der Probezeit nicht bewährt hat und auch, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Chance gibt, sich bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu bewähren. Zudem hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer in Aussicht zu stellen, dass er, wenn er die Bewährungschance nutzt, wieder eingestellt wird. Wenigstens die Schlagworte „weitere Bewährungschance“ und „Wiedereinstellung in Aussicht stellen“ sollten in der Kündigungserklärung oder in dem Abwicklungs- bzw. Aufhebungsvertrag unbedingt enthalten sein.

In der Kündigungserklärung oder dem Abwicklungs- bzw. Aufhebungsvertrag darf nicht enthalten sein, dass die längere Frist aufgrund von betriebsbedingten Gründen erfolgt, da damit dokumentiert wäre, dass die Verlängerung allein oder überwiegend im Interesse des Arbeitgebers, z. B. aufgrund eines Personalengpasses, erfolgt.

„Alles hat ein Ende...“ auch das Arbeitsverhältnis. In vielen Fällen ist es ratsam, die Probezeit für eine abschließende Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu nutzen. Start-ups sparen damit viel Zeit, viel Geld und viel Ärger. Wenn eine Verlängerung angedacht ist, dann müssen unbedingt die Kriterien eingehalten werden und

insbesondere sollte die Verlängerung nicht mehr als drei, maximal vier Monate andauern.



### Dr. Michaela Felisiak

Rechtsanwältin | LL.M.  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
München



### Dr. Erik Schmid

Rechtsanwalt | Fachanwalt für Arbeitsrecht  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
München

## Fragen der Krankenversicherung für Start-ups

*Interview mit Frank Mayer, der als Regionalgeschäftsführer der BARMER in Frankfurt am Main seit 2015 Unternehmerinnen und Unternehmer im Rhein-Main-Gebiet berät*

**Herr Mayer, für junge Unternehmerinnen und Unternehmer und die, die es werden wollen, stellt sich die Frage nach einer guten Gesundheitsversorgung in der Selbstständigkeit. In diesem Fall bieten sich Alternativen zur freiwilligen Weiterversicherung in der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV). Private Krankenversicherer wirken mit niedrigen Tarifen gerade in den ersten, wirtschaftlich fordernden Gründerjahren attraktiv. Was müssen Selbstständige wissen, um derzeit eine umsichtige Entscheidung zu treffen?**

Vor allem sollten Überlegungen zu den langfristigen Entwicklungen in die Entscheidung einbezogen werden. Vor Jahren waren die Tarife der Privaten Krankenversicherungen (PKV) noch relativ stabil, das heißt, die Zeit der Ersparnis gegenüber der GKV war entsprechend lang. Erst mit 50 bis 60 Jahren musste in der PKV mehr gezahlt werden und das durchschnittliche Lebensalter war deutlich geringer. Die Rechnung stimmte zumeist. Der Beitragsunterschied zur GKV schwindet aktuell allerdings viel früher, meist schon mit dem 40. Lebensjahr. Der Zeitraum, in dem für die PKV mehr gezahlt wird als für die GKV, verlängert sich – verstärkt durch die höhere Lebenserwartung – enorm. Der Ersparnis von 10 Jahren stehen oftmals 40 Jahre gegenüber, in denen man in der PKV mehr zahlt. Laut Finanztest muss im Alter mit mindestens dem dreifachen Einstiegsbeitrag gerechnet werden.

### Wie sieht es abseits dieser wirtschaftlichen Überlegungen mit dem Leistungsspektrum aus? Können die Gesetzlichen Krankenversicherungen hier mithalten?

Abseits vom gesetzlich vorgeschriebenen Leistungsrahmen handeln alle Kassen – auch die Gesetzlichen – ihr konkretes Leistungsspektrum durch Versorgungsverträge aus. GKV-Versicherten steht zudem ein breites Spektrum an Zusatzversicherungen, beispielsweise für Zahnbehandlungen außerhalb der Regelversorgung, zur Verfügung. Die pauschale Annahme, dass man in PKV für höhere Aufwendungen stets die bessere Versorgung erhält, ist nicht haltbar. Die BARMER legt zum Beispiel großen Wert auf Gesundheitsprävention, gute Heil- und Hilfsmittelversorgung, hohe Qualitätsstandards und lückenlose Versorgung bei Ärzten sowie den Schutz der Familie. Selbstständige Unternehmerinnen und Unternehmer müssen sich deshalb fragen: „Wie soll mein Leben in Zukunft aussehen? Welche Versorgung brauche ich? Was bedeuten diese Entscheidung für Partner und Kinder?“

### Welche Rolle spielt die Familienplanung bei der Entscheidung für eine Krankenversicherung?

Die Wahl zwischen Privater und Gesetzlicher Krankenversicherung ist eine Systemscheidung mit weitreichenden Folgen für die Zukunft. Wer hier nicht vorausplant, trifft mitunter Entscheidungen, die auch für Ehepartner und Kinder Folgen haben. Die Private Krankenversicherung bietet im Gegensatz zur Gesetzlichen keine kostenlose Familienversicherung, für jedes Kind muss folglich ein Beitrag entrichtet werden. Mutterschaftsgeld wird nicht gezahlt und auch Krankengeld für den Krankheitsfall eines Kindes entfällt meistens. Auf arbeitsweltliche Veränderungen, wie zum Beispiel Teilzeitregelungen oder Erziehungsurlaub, nimmt der Tarif der PKV keine Rücksicht, während er sich in der GKV nach der Höhe des aktuellen Einkommens richtet. Eine Rückkehr in die GKV ist nur möglich, wenn das Gehalt unter die sogenannte Jahresarbeitsentgeltsgrenze sinkt. Die liegt in 2020 bei EUR 5.212,50. Mit dem 55. Lebensjahr gibt es gar kein Zurück mehr, selbst bei Arbeitslosigkeit nicht.

### Welches System passt sich komplexen und sich verändernden Lebenswelten eher an?

Gerade junge Menschen brauchen eine flexible Gesundheitsversorgung, die sich an Lebenssituationen, Ziele und Wünsche im Wandel anpasst. Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber erst kürzlich die Rechte der Versicherten gestärkt: In Zukunft sind Kassenwechsel leichter zu vollziehen, was den Wettbewerb erhöht. Ein Eintritt in die PKV ist dagegen eher so, als würde man sich lebenslang an einen Mobilfunktarif binden. Die BARMER hat den Anspruch, auf moderne Lebenswelten im Wandel zu reagieren und weiterhin führende Versorgungskonzepte für Menschen mit Initiative und Lebensmut zu bieten. Das Familien-Plus-Paket der BARMER ist deshalb speziell auf Alltag, Berufs- und Familienleben von Eltern und Kindern ausgelegt – wer weiß, vielleicht folgt ja auf eine Unternehmensgründung die Familiengründung.



**Frank Mayer**

Regionalgeschäftsführer der BARMER  
Frankfurt am Main

## 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 2020.

### 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](mailto:newsletter@bblaw.com)) oder sonst  
gegenüber BEITEN BURKHARDT widersprechen.

### IHRE ANSPRECHPARTNER

#### BERLIN

Lützowplatz 10 | 10785 Berlin  
Tassilo Klesen | Rechtsanwalt  
Tel.: +49 30 26471-351 | [Tassilo.Klesen@bblaw.com](mailto:Tassilo.Klesen@bblaw.com)

#### DÜSSELDORF

Cecilienallee 7 | 40474 Düsseldorf  
Dr. Sebastian Weller | Rechtsanwalt  
Tel.: +49 211 518989-134 | [Sebastian.Weller@bblaw.com](mailto: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](mailto:Gesine.vonderGroeben@bblaw.com)

#### HAMBURG

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

#### MÜNCHEN

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