

# Start-up / Venture Capital

Februar 2018

## Editorial

Liebe Leserinnen und Leser,

wir blicken im Bereich Start-up / Venture Capital auf ein spannendes und arbeitsreiches Jahr 2017 zurück. Wir durften zahlreiche Start-ups, VCs, Business Angels und Corporates bei Gründungen, Beteiligungs- und Finanzierungsrunden, Roll-outs, Exits, dem Aufbau zahlreicher Kooperationen und vielen weiteren Projekten begleiten. Wir waren bei vielen Erfolgen dabei und haben uns umso mehr gefreut, wenn wir auch kurze Zeit nach dem Scheitern einer Idee wieder angerufen wurden und uns vom nächsten Projekt berichtet wurde.

Wir möchten daher zum Jahresanfang erneut die Gelegenheit nutzen, um uns bei Ihnen allen für die vertrauensvolle Zusammenarbeit zu bedanken. Wir hoffen, diese auch in diesem Jahr erfolgreich fortzusetzen.

Die ersten Wochen des neuen Jahres sind schon wieder im Eiltempo verstrichen und die neuen Projekte aus dem Bereich Start-up / Venture Capital bereits in vollem Gange. Besonders intensiv war der Anfang des Jahres dabei für unsere Datenschutzrechtsexperten, da am 25. Mai 2018 die Datenschutzgrundverordnung in Kraft treten und das Datenschutzrecht europaweit vereinheitlichen wird. Hierdurch werden Unternehmen und insbesondere auch digitale Geschäftsmodelle von Start-ups zukünftig aufgrund umfangreicher Dokumentations- und Rechenschaftspflichten mit neuen Herausforderungen konfrontiert. Deshalb beginnen wir unseren ersten, quartalsweise erscheinenden Start-up / Venture Capital Newsletter im Jahr 2018 mit einem Beitrag unserer Kollegin Susanne Klein, in dem sie einen kurzen Überblick über die durch die Datenschutzgrundverordnung ausgelösten Veränderungen zusammengestellt hat.

Aufgrund des positiven Feedbacks, das wir zu unserer Start-up / Venture Capital Workshop-Reihe aus dem letzten Jahr erhalten haben, haben wir uns entschlossen, auch in diesem Jahr wieder Workshops zu u. E. relevanten Themenfeldern an unseren Standorten in Deutschland anzubieten. Die genaue Planung unserer diesjährigen Workshop-Reihe entnehmen Sie bitte dem beigefügten Veranstaltungskalender.

Wir freuen uns auf ein spannendes und erfolgreiches Jahr 2018 gemeinsam mit Ihnen!

Mit herzlichen Grüßen

Ihr BEITEN BURKHARDT Start-up / Venture Capital-Team

## Inhalt

I. <b>Veranstaltungskalender</b>	Seite 1
II. <b>Datenschutzrecht</b>	
Alles neu macht der Mai – DSGVO bei Start-ups	Seite 2
III. <b>ICOs</b>	
Initial Coin Offering (ICO) als Finanzierungsinstrument	Seite 3
IV. <b>Patent- und Technologierecht</b>	
Begrenzung des Technologierisikos: Neues beim Schutz von Know-how	Seite 5
V. <b>Gesellschaftsrecht</b>	
Down-Round Protection bei Venture Capital Investments	Seite 6
VI. <b>Arbeitsrecht</b>	
DOS and DONT'S - Der Arbeitsvertrag im Start-up	Seite 7
VII. <b>Steuerrecht</b>	
Verlustvorträge im Rahmen der Finanzierungsrunde	Seite 8
VIII. <b>ESOPS</b>	
5 Fakten zur Mitarbeiterbeteiligung	Seite 9
Steuerpflichtiger Arbeitslohn im Fall von Mitarbeiterbeteiligungsmodellen	Seite 10
<b>Hinweise und Impressum</b>	Seite 11

## I. Veranstaltungskalender

### Vorbereitung einer Finanzierungsrunde

Im Rahmen des Workshops werden die vor einer anstehenden Finanzierungsrunde wesentlichen Schritte und Überlegungen – von der integrierten Planungsrechnung über Bewertungsfragen bis hin zu den wesentlichen Bestandteilen eines Term Sheets – anhand einer realistischen Case Study im kleinen, ausgewählten Teilnehmerkreis simuliert.

Bitte entnehmen Sie weitere Details dem jeweiligen Termineintrag.

#### Termine:

- [Frankfurt am Main, 7. März 2018](#)
- [Berlin, 12. März 2018](#)
- [München, 13. März 2018](#)
- [Düsseldorf, 14. März 2018](#)
- [Hamburg, 20. März 2018](#)

## Verhandlung eines Beteiligungsvertrags

Im Rahmen des Live-Workshops verhandeln die ausgewählten Teilnehmer mit ein bis zwei anwesenden VC-Vertretern in realistischer Atmosphäre die wichtigsten Klauseln eines Term Sheets. Zuvor gibt es als Vorbereitung eine kleine Einführung sowie ein individuelles Coaching zu jeder Term-Sheet-Klausel.

Bitte entnehmen Sie weitere Details dem jeweiligen Termineintrag.

### Termine:

- [Berlin, 11. Juni 2018](#)
- [Frankfurt am Main, 13. Juni 2018](#)
- [Hamburg, 26. Juni 2018](#)
- [München, 27. Juni 2018](#)
- [Düsseldorf, 28. Juni 2018](#)

## Corporate Venturing – Richtig strategisch in Start-ups investieren

Im Rahmen des Workshops werden wir gemeinsam mit Corporate-Vertretern die wichtigsten Punkte bei der Umsetzung einer Corporate Venturing-Strategie analysieren. Die zentralen Themen des Workshops sind:

- Welches Start-up passt zu welchem Corporate?
- Die Eckpunkte bei der Bewertung von Start-ups.
- Die passende Corporate Governance Strategie für ein Start-up.
- Besonderheiten bei der Verhandlung und Ausgestaltung von Beteiligungsverträgen.

### Termine:

- Frankfurt am Main, 5. September 2018
- Hamburg, 6. September 2018
- Berlin, 11. September 2018
- Düsseldorf, 12. September 2018
- München, 13. September 2018

## Start-up - Mashup

Zusammen mit unseren Experten aus dem Datenschutzrecht, dem Arbeitsrecht, dem IP / IT-Recht und dem Gesellschaftsrecht diskutieren wir mit Gründern und Investoren die aktuellen rechtlichen Entwicklungen im Bereich Start-up / Venture Capital.

### Termine:

- Hamburg, 23. Oktober 2018
- Frankfurt am Main, 24. Oktober 2018
- Düsseldorf, 25. Oktober 2018
- Berlin, 30. Oktober 2018
- München, 31. Oktober 2018

## II. Datenschutzrecht

### Alles neu macht der Mai – DSGVO bei Start-ups

In noch nicht einmal mehr vier Monaten ist es soweit: Die Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) wird am 25. Mai 2018 Geltungskraft erlangen und ab diesem Zeitpunkt unmittelbar anwendbares Recht in Europa sein. Damit wird der Datenschutz auf eine neue Grundlage gestellt, die nicht nur zur europaweiten Rechtsvereinheitlichung, sondern auch zur Stärkung des Datenschutzniveaus insgesamt beitragen soll. Aber wann greifen die Regelungen der DSGVO überhaupt ein und was bedeuten sie für Start-ups?

Wichtig ist zunächst die Klarstellung, dass es um den Schutz personenbezogener Daten geht. Dies sind alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen (Art. 4 Nr. 1 DSGVO). Es genügt dabei, wenn mithilfe von technischen oder auch rechtlichen Mitteln herausgefunden werden kann, um welche konkrete Person es sich handelt, um in den Anwendungsbereich der DSGVO zu fallen. Umgekehrt folgt daraus, dass die DSGVO nicht mehr anwendbar ist, sobald der Personenbezug entfernt wird, also eine Anonymisierung durchgeführt wird. Eine Pseudonymisierung ist hierfür jedoch nicht ausreichend, weil in diesem Fall zumindest potentiell die hinter dem Pseudonym stehende Person wieder ermittelt werden kann.

Ebenso wichtig – und zugleich beruhigend – ist des Weiteren die Tatsache, dass wesentliche Grundregeln, die wir bereits aus dem BDSG kennen, unverändert bleiben werden. Dies gilt insbesondere für das bekannte sog. Verbot mit Erlaubnisvorbehalt: Die Verarbeitung personenbezogener Daten ist verboten, wenn sie nicht entweder durch eine Einwilligung des Betroffenen oder durch einen gesetzlichen Erlaubnistatbestand gerechtfertigt ist (Art. 6 DSGVO). Neu ist allerdings, dass der für die Datenverarbeitung Verantwortliche jederzeit darlegen und nachweisen können muss, dass die Datenverarbeitung rechtmäßig erfolgt ist (Art. 5 Abs. 2 DSGVO). Das Gesetz verpflichtet die Unternehmen damit zu einer umfassenden Dokumentation und Rechenschaftslegung über sämtliche Datenverarbeitungsvorgänge, sog. Accountability, die praktisch jedes Unternehmen derzeit vor eine Herausforderung stellt.

Der erste Schritt zur Erfüllung dieser Pflichten dürfte in der Erstellung eines aktuellen Verarbeitungsverzeichnisses bestehen, welches ohnehin im Regelfall gesetzlich vorgeschrieben ist (Art. 30 DSGVO). Hier sind die einzelnen Verarbeitungsprozesse unter Nennung der konkreten Daten, der betroffenen Personen sowie diverser darüber hinausgehender Einzelangaben aufzulisten, wodurch der Grundstein für eine nachhaltige Dokumentation gelegt sein dürfte. Da im Verarbeitungsverzeichnis zudem die Löschrufen für die jeweiligen Datenkategorien anzugeben sind, kann hieraus zugleich die Basis für das ebenfalls zu erstellende Löschkonzept abgeleitet werden. Nachdem auch und gerade in Zeiten von Big Data der Grundsatz der Datensparsamkeit zu beachten ist, sollten Start-ups von vorneherein festlegen, welche Daten wann nicht mehr gebraucht werden und wie diese dann zu löschen sind. Am besten wird ein Automatismus implementiert, und sei er auch nur zur Erinnerung, die manuelle Prüfung und Löschung auch tatsächlich durchzuführen, damit dies im Jungunternehmer-Alltag nicht vergessen wird.

Gleichermaßen bedeutsam ist die Erstellung eines Konzeptes, wie mit Datenschutzverstößen umzugehen ist, damit im Falle eines Falles keine wertvolle Zeit verloren wird. Denn die DSGVO verschärft

auch insoweit die Rechtslage und fordert, dass Datenschutzverstöße in der Regel unverzüglich, zumindest innerhalb von 72 Stunden der zuständigen Aufsichtsbehörde und ggf. auch den Betroffenen zu melden sind (Art. 33, 34 DSGVO). Deshalb sollten die in solchen Fällen einzuhaltenden Prozesse vorab klar definiert sein. Gleiches gilt im Übrigen für den Umgang mit Anfragen von Personen, die ihre durch die DSGVO deutlich gestärkten Betroffenenrechte ausüben möchten. Auch dies sollte keine Überraschung für das Unternehmen sein, sondern lediglich einen standardisierten Ablauf auslösen. Werden diese Maßnahmen schließlich noch durch eine aktuelle Datenschutzerklärung ergänzt, die umfangreiche Informationen über Art und Umfang der Datenverarbeitung gibt, sind Start-ups auf einem guten Wege, ein effektives Datenschutzmanagementsystem zu etablieren.

Von wesentlicher Bedeutung dürften für die neuen Business-Modelle weiterhin die Grundsätze „Privacy by design“ und „Privacy by default“ sein, die in Zukunft verpflichtend einzuhalten sind (Art. 25 DSGVO). Gemeint ist, dass bei jeder Datenverarbeitung im Vorhinein entweder durch die technische Gestaltung oder durch die gewählten Voreinstellungen gewährleistet ist, dass nur diejenigen Daten verarbeitet werden, die für den verfolgten Zweck tatsächlich notwendig sind, und dass diese Datenverarbeitung dann auch rechtmäßig erfolgt. Dementsprechend sollten diese Prinzipien gerade bei der Produktentwicklung eine tragende Rolle spielen. Je nach Geschäftsmodell und/oder dem Einsatz neuer Technologien kann auch eine Datenschutzfolgenabschätzung unter Einbindung des Datenschutzbeauftragten (sofern vorhanden) erforderlich werden (Art. 35 DSGVO). Hierbei handelt es sich um eine Abwägung der Risiken für die Rechte und Freiheiten der von der Datenverarbeitung Betroffenen, und falls tatsächlich ein Risiko bestehen sollte, sind die Aufsichtsbehörden zu informieren, denen ein Prüfungsrecht zusteht. Im schlimmsten Fall können bestimmte Datenverarbeitungen untersagt werden, was natürlich verheerend für das geplante Business sein kann. In den meisten Fällen wird die Zusammenarbeit mit der Aufsichtsbehörde jedoch dazu führen, dass die Datenverarbeitung auf rechtmäßige Weise erfolgen kann, indem bspw. bestimmte Modifikationen vorgenommen werden. Es schadet also nichts, die mit dem eigenen Geschäftsmodell verbundenen Datenverarbeitungen im Voraus einmal kritisch zu betrachten.

Das gilt erst recht vor dem Hintergrund, dass die Bußgelder erheblich steigen werden und bis zu EUR 20 Mio. oder 4 Prozent des Jahresumsatzes betragen können, je nachdem, welcher Betrag höher ist. Zugegebenermaßen werden diese Summen im Start-up-Bereich bis auf Weiteres nicht zu erwarten sein. Aber auch ein von der Behörde festgesetztes „angemessenes“ Start-up-Bußgeld kann im Einzelfall durchaus schmerzhaft sein – und soll es nach den Grundgedanken der DSGVO auch, um die gewünschte abschreckende Wirkung zu entfalten.

Übrigens: Es hilft nicht unbedingt, den Firmensitz oder die Datenverarbeitung ins außereuropäische Ausland zu verlegen, wenn die geschäftlichen Tätigkeiten des Start-ups dennoch in der EU ausgeführt werden. Die Regelungen der DSGVO sind nämlich auch dann anzuwenden, wenn Personen in der EU Leistungen angeboten werden, und seien es nur kostenlose Dienste, oder wenn das Verhalten von Personen in der EU beobachtet wird. Gerade bei neuartigen Tracking-, Profiling- und Auswertungstools, die den europäischen Markt erobern sollen, werden die Vorgaben der DSGVO deshalb weiterhin zu beachten sein.

Wenn Sie Fragen zu diesem Thema haben, laden Sie sich gerne die BB Datenschutz-App herunter.



Die BB Datenschutz-App ist im iTunes App-Store für iOS-Geräte (iPhone und iPad) verfügbar



**Susanne Klein, LL.M.,**  
Rechtsanwältin, Fachanwältin für  
Informationstechnologierecht,  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH,  
Frankfurt am Main

### III. ICOs

#### Initial Coin Offering (ICO) als Finanzierungsinstrument

Ein Gang an die Börse mittels IPO ist ein durch zahlreiche Gesetze, Verordnungen und sonstige Vorschriften hochregulierter Prozess. Die klassische Finanzierungs- oder Beteiligungsrunde, obgleich mittlerweile zu einem gewissen Grad standardisiert und bestimmten Gepflogenheiten folgend, erfordert dennoch zumeist die Hinzuziehung von Rechtsanwälten und ggf. anderen Experten, jedenfalls für bestimmte Spezialfragen. Beide Finanzierungsinstrumente verursachen mithin nicht unerhebliche Transaktionskosten.

Gerade für Start-ups, die in ihrem Geschäftsmodell bereits einen Bezug zu Software haben oder deren Produkt aus einer bestimmten Software besteht, verspricht ein sog. Initial Coin Offering (ICO), also der erstmalige Verkauf von Coins (synonym: Token) auf einem öffentlichen Markt, eine einfache, günstige und – in der Hoffnung vieler Unternehmen – sehr einträgliche Finanzierungsvariante zu sein. Da die erforderlichen Coins in der Regel auf der Blockchain-Technologie basieren, wurden ICOs zuerst und hauptsächlich von Unternehmen im Blockchain-Ecosystem durchgeführt, eine zwingende Voraussetzung ist das aber nicht.

#### 1. Was ist ein ICO?

Grundsätzlich stellen ICOs für ein Unternehmen (Emittent) eine Möglichkeit dar, durch den Verkauf von Coins gegen gängige Kryptowährungen wie Bitcoin oder Ether und deren anschließenden Umtausch in staatliche Währungen die für die weitere Entwicklung eines Start-ups oder eines isolierten Projektes erforderlichen Eigenkapitalmittel einzunehmen.

Die ausgegebenen Coins sind mit bestimmten Rechten, Befugnissen und/oder Funktionalitäten ausgestattet, die es den Besitzern ermöglichen, beispielsweise die Strategie des Emittenten durch Ausübung von Stimmrechten zu beeinflussen, einen etwaigen Gewinn des Emittenten durch Geltendmachung der auf den Coins hinterlegten Gewinnbezugsrechte zu beziehen oder die Dienstleistungen des Emittenten in gewissem Umfang durch Nutzung der auf den Coins hinterlegten Funktionalitäten in Anspruch zu nehmen. Denkbar und bereits vorgekommen ist es auch, dass die Käufer/Anleger lediglich

auf eine Wertsteigerung der Coins spekulieren.

## 2. Vorteile für Start-ups

Die wichtigsten Vorteile sind:

- Im Vergleich zu einer klassischen Finanzierungsrunde viel geringere Transaktionskosten im Verhältnis zum eingenommenen Kapital;
- Abgesehen von der Programmierung der Coins, eine geringere Komplexität des Finanzierungsprozesses;
- Potenziell um ein Vielfaches höhere Einnahmen, u. a. aufgrund des Crowdfunding-Charakters.

Insbesondere die in Anbetracht des hohen Einnahmepotenzials sehr geringen Transaktionskosten machen diese Finanzierungsvariante wirtschaftlich sehr attraktiv. Dennoch sollte ein ICO nur nach einer gründlichen Potenzialanalyse sowie in technischer und rechtlicher Hinsicht sorgfältig strukturiert durchgeführt werden.

## 3. Risiken für Investoren

Die potenziellen Gefahren für Anleger liegen auf der Hand:

- Es handelt sich um einen Sektor, der je nach Strukturierung der ausgegebenen Coins noch völlig unreguliert sein kann, in dem jedoch teils um ein Vielfaches höhere Summen bewegt werden als in einer üblichen Beteiligungsrunde - Finanzierungsvolumina im zweistelligen Millionenbereich sind nicht die Ausnahme, sondern die Regel.
- Unabhängig davon, ob es sich um einen sog. Pre-Sale (also einen vor dem eigentlichen ICO stattfindenden, begrenzten Verkauf von Coins zu häufig reduzierten Preisen) handelt oder nicht, investieren Anleger bei ICOs in aller Regel in einem extrem frühen Stadium. Daraus ergibt sich, wie auch bei klassischen Early Stage-Finanzierungen, ein hohes Totalverlustrisiko;
- Mangels einer Due Diligence bzw. eines Prospektes ist die Informationslage für den Investor im Vergleich zu klassischen Beteiligungsformen weniger detailliert und gesichert;
- Es ist ein Merkmal von ICOs, dass eine große Anzahl von Anlegern jeweils nicht allzu hohe Beträge investiert und dafür im Vergleich zu einer klassischen Venture Capital-Beteiligung nur sehr wenige Rechte erhält. Insofern besteht eine Parallele zu einem IPO. Um angesichts der immer weiteren Verbreitung von ICOs nicht marginalisiert zu werden, versuchen (spezialisierte) VC-Investoren, sich durch besondere vertragliche Abreden noch vor dem ICO vertragliche oder gesellschaftsrechtliche Sonderrechte einräumen zu lassen, welche die Rechtsstellung „einfacher“ Coin-Investoren beeinträchtigen können.
- Die Emittenten haben ihren Sitz teilweise (dies gilt nicht für die Schweiz) in Jurisdiktionen, die eine Rechtsverfolgung erschweren. Dies gilt einerseits für rechtswidriges Verhalten im Zusammenhang mit dem Verkauf der Coins als auch für die Geltendmachung etwaiger mit den Coins verbundenen Rechte;
- Sollte sich das Investment aufgrund rechtswidrigen Verhaltens zu einem späteren Zeitpunkt als wertlos herausstellen, ist es schwierig, jemanden dafür haftbar zu machen.

Diese Risiken sind allerdings sämtlich im Vorhinein bekannt oder sollten dies zumindest sein.

## 4. Der rechtliche Rahmen

Die Strukturierung der Coins bestimmt, welche gesetzlichen Regelungen auf den ICO Anwendung finden:

Handelt es sich bei den ausgegebenen Coins um Finanzinstrumente, so wird in der Fachliteratur diskutiert, ob und inwieweit die Prospektrichtlinie, die Finanzmarktrichtlinie, die Richtlinie über die Verwalter alternativer Investmentfonds (AIFM-RiLi) sowie die Geldwäschereichtlinie einschließlich der jeweiligen Umsetzungsgesetze zu beachten sind. Derzeit ist ein sehr beliebter Sitz von Coin-Emittenten die Schweiz, namentlich der Kanton Zug, da die gesetzlichen Rahmenbedingungen für internationale Kapitalmaßnahmen sehr liberal sind. Dort sind unter bestimmten Voraussetzungen das Bankgesetz und die einschlägigen aufsichtsrechtlichen Normen zu berücksichtigen.

In vertrags- und gesellschaftsrechtlicher Hinsicht ist die sog. Decentralized Autonomous Organization (DAO), eine Organisationsform die vermehrt als Coin-Emittentin auftritt, von besonderem Interesse. Die – bisher noch ungeklärte – Einordnung dieser Organisation in vertrags- und/oder gesellschaftsrechtliche Kategorien entscheidet mit über die Rechte, die Anleger gegenüber einer DAO als Coin-Emittentin haben.

Schließlich gilt es bei der rechtlichen Planung eines ICOs die Frage nach dem zwischen dem Coin-Emittenten, den Anlegern und den Aufsichtsbehörden anwendbaren Recht in die Überlegungen einzu beziehen. Der Umstand, dass die Coins rein elektronisch und dezentral ausgegeben werden können, eröffnet diesbezüglich eine große Flexibilität. Gleichwohl ist nicht zu unterschätzen, dass die Wahl der Jurisdiktion, z. B. durch Begründung eines Gesellschaftssitzes in einem bestimmten Staat, Auswirkungen auf die Wahrnehmung des ICOs und/oder des dahinterstehenden Projektes bei den potenziellen Anlegern haben wird und deshalb nicht jedes „Schlupfloch“ hinsichtlich Steuerbelastung, Anforderungen an die Corporate Governance oder Compliance-Vorschriften genutzt werden sollte. Eine gute Reputation des Emittenten bzw. des Projektes ist immer noch eine wesentliche Voraussetzung eines gelungenen ICOs. Sie sollte nicht durch die Wahl einer Rechtsordnung von zweifelhaftem Ruf aufs Spiel gesetzt werden.

## 5. Fazit

ICOs bieten eine wirtschaftlich interessante Alternative zu klassischen VC-Finanzierungen. Die funktionale Strukturierung der auszugebenden Coins beeinflusst den rechtlichen Rahmen. In jedem Fall bietet die rechtliche Strukturierung eines ICOs aber (noch) große Flexibilität.

Aus Investorensicht wird zu beobachten sein, ob VCs den „normalen“ Anlegern im Rahmen von ICOs gleichgestellt (bleiben) werden oder es ihnen gelingt, z. B. durch eine Beteiligung im Vorfeld des ICO eine Sonderstellung unter den Investoren zu erreichen.

Aus juristischer Sicht sind steuerliche, gesellschaftsrechtliche und regulatorische Aspekte in die Strukturierung eines ICOs einzubeziehen. Im Übrigen spielt die öffentliche Wahrnehmung des Emittenten und/oder des zu finanzierenden Projektes eine entscheidende Rolle für

den wirtschaftlichen Erfolg eines jeden ICOs. Diese hängt nicht zuletzt vom Grad der durch die Investoren wahrgenommenen Rechtssicherheit und der Reputation der anwendbaren Rechtsordnung ab.



**Dr. Mario Weichel,**  
Rechtsanwalt  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH,  
München

## IV. Patent- und Technologierecht

### Begrenzung des Technologierisikos: Neues beim Schutz von Know-how

Das Coca-Cola-Logo und die Flaschenform sind weltbekannt. Die Rezeptur hingegen ist bestgeschütztes Geheimnis der Herstellerin. Know-how und Geschäftsgeheimnisse können bei effizienter Geheimhaltung den Unternehmenswert maßgeblich beeinflussen und sind oft die Wurzel hieraus hervorgehender Registerschutzrechte, bsp. Patente.

Das Technologierisiko kann in solchen Fällen sehr hoch sein. Entsprechend wichtig ist es, im Rahmen der Investitionskriterien die zum Schutz von Know-how bestehenden Maßnahmen einzubeziehen. Für Gründer ist es daher unerlässlich, den Kern ihrer Geschäftsidee zu schützen. Als potentieller Investor kann auch auf die Verbesserung oder sogar Ersterarbeitung entsprechender Maßnahmen hingewirkt werden. Was ist zu tun?

Seit gut einem Jahr ist die europäische **Geschäftsgeheimnis-Richtlinie** (Richtlinie (EU) 2016/943) in Kraft. Sie muss bis Juni 2018 in nationales Recht umgesetzt werden. Die Richtlinie definiert ein Geschäftsgeheimnis mit drei Kriterien. Die entsprechenden Informationen müssen:

- geheim sein;
- von kommerziellem Wert sein, weil sie geheim sind; und
- Gegenstand angemessener Geheimhaltungsmaßnahmen sein.

Es ist von Vorteil, das eigene Know-how unter Einhaltung dieser Anforderungen zu bewahren. Die - noch in deutsches Recht umzusetzende - Geschäftsgeheimnis-Richtlinie sieht vor, dass die Geschäftsgeheimnisse, die die genannten Kriterien erfüllen besonderen Schutz erhalten. So kann u. a. für die rechtswidrige Nutzung oder Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses eine Entschädigung und zukünftige Unterlassung verlangt werden. Diese Rechtsfolgen sind nicht neu. Die bisherige Regelung nach deutschem Recht in §§ 17, 18 UWG ist ähnlich strukturiert.

Neu ist, dass ein Geschäftsgeheimnis nach der EU-Richtlinie „an-

gemessene Geheimhaltungsmaßnahmen“ fordert. In einer rechtlichen Auseinandersetzung wird ein Inhaber von Know-how also nachweisen müssen, welche konkreten Maßnahmen er zum Schutz dieser wichtigen Informationen ergriffen hat.

Aus praktischer Sicht stellt sich die Frage, wie hoch die Hürden dieser angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen angesetzt werden und wie zur Ausarbeitung von betrieblichen Schutzmaßnahmen vorzugehen ist. Hierzu bieten sich folgende gedankliche und zu verschriftlichende Eckpunkte an:

#### a) Welche betrieblichen Informationen sind relevantes geheimes Know-how?

Es ist zu klären, in welchen Bereichen überhaupt schutzwürdige Informationen vorhanden sind. Zumeist wird die Suche in der Forschungs- und Entwicklungsabteilung - dem Nucleus eines produktbezogenen Start-ups - beginnen. Darüber hinaus sollten zumindest Produktion, Vertrieb und der nachgelagerte technische Service einbezogen werden. Bei dienstleistungsbezogenen Start-ups kann relevantes Know-how in (eventuell nicht sichtbaren Teilen) der Öffentlichkeitspräsentation liegen, so bspw. bei software-implementierter ortsbezogener Konkretisierung eines Online-Angebots.

#### b) Welche Personen haben Zugang zu diesen Informationen und wer entscheidet hierüber?

Die Mitarbeiter einer Forschungs- und Entwicklungsabteilung sind unmittelbar befasst. Aber auch Werkstudenten oder Praktikanten wird in der Praxis regelmäßig Zugang gewährt. Neben der Identifikation der Know-how-Träger ist auch eine Identifikation der jeweiligen disziplinarisch Vorgesetzten notwendig, um eine Koordination und Steuerung zu ermöglichen.

#### c) Wie können die Informationen angemessen geschützt werden?

Ein angemessener Schutz orientiert sich am Wert der Information. Es besteht eine Wechselwirkung, die im Ergebnis auch zur vollständigen Verweigerung des Zugangs führen kann. So ist nachvollziehbar, dass die Rezeptur von Coca-Cola nie in die Hände eines Praktikanten gelangen darf. Ebenso sollte mit strategisch wichtigem Know-how verfahren werden. Wenn ein Foto oder eine CAD-Zeichnung des neuen Prototyps aus PR-Zwecken im firmeneigenen Blog gezeigt oder bei einer offenen Investorenrunde an die Wand geworfen wird, kann der Know-how-Charakter bereits unwiederbringlich verloren sein. Daher sind die Verhältnisse zu Mitarbeitern und (potentiellen) Geschäftspartnern bereits vor Offenbarung von Know-how vertraglich zu regeln. Die IT-Architektur muss, bspw. durch interne Zugriffsbeschränkungen auf Server, eine entsprechende reale Organisation von Arbeitsabläufen in digitaler Form abbilden. Eine Überwachung von Zugriffen kann in späteren Auseinandersetzungen entscheiden den Vorteil bringen, ist aber im Verhältnis zur Unternehmenskultur abzuwägen. Bei der konkreten Entwicklung von Geheimnischutzmaßnahmen sind - ausgehend von dem Wert der Information - der jeweilige Aufwand und der hierdurch erzielbare Sicherheitsgewinn abzuwägen.

Im Bereich Know-how-Schutz waren präventive Maßnahmen schon immer unerlässlich. Einmal weitergegebenes Wissen kann nicht wieder aus den Köpfen getilgt werden. Ein auch in Zukunft erfolgreicher Know-how-Schutz muss eine einzelfallbezogene Auseinanderset-

zung und die Entwicklung und Dokumentation konkreter Maßnahmen umfassen.



**Christian H. Werkmeister, LL.M.,**  
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Gewerblichen  
Rechtsschutz,  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH,  
München

## V. Gesellschaftsrecht

### Down-Round Protection bei Venture Capital Investments

Eine der größten Herausforderungen bei einem Investment in ein Start-up ist die Bewertung des Start-ups. Während klassische Zukunftserfolgswertverfahren (bspw. Discounted Cash Flow- oder Ertragswertverfahren) eine aus der Vergangenheit abgeleitete Prognose der künftigen Entwicklung des zu bewertenden Unternehmens - bis hin zu einem sog. eingeschwungenen Zustand - benötigen, zeichnen sich Start-ups gerade dadurch aus, dass ihre vergangene Entwicklung aufgrund des erwarteten Wachstums häufig keine Leitlinien für die künftige Entwicklung bereitstellen kann. Auch die Anwendung von Vergleichswertverfahren (bspw. EBIT-Multiplikator) gestaltet sich bei Start-ups schwierig, da belastbare positive Bezugsgrößen in jungen Phasen häufig nicht zu beobachten sind.

Die Bewertung von Start-ups in frühen Entwicklungsphasen gründet daher zu einem großen Teil auf der Einschätzung qualitativer Faktoren des zu bewertenden Unternehmens (bspw. Geschäftsmodell, Gründer-Team etc.) und ist daher mit einer besonderen Unsicherheit verbunden.

Um dieser Unsicherheiten bei der Bewertung eines Start-ups entgegenzutreten, wird in Gesellschaftervereinbarungen im VC-Bereich regelmäßig ein Verwässerungsschutz als Down-Round Protection vereinbart. Die Funktion dieser Down-Round Protection und was bei deren Ausgestaltung zu beachten ist, wird nachstehend in der gebotenen Kürze dargestellt.

#### I. Ziel der Down-Round Protection

Der im Rahmen der Down-Round Protection vereinbarte Verwässerungsschutz geht über das gesetzliche Bezugsrecht eines Gesellschafters, nach dem dieser an einer Kapitalerhöhung im Verhältnis seiner bisherigen Beteiligung teilnehmen darf, hinaus. Ziel der Down-Round Protection ist es, einen Investor vor der wirtschaftlichen Verwässerung im Fall einer niedrigeren Unternehmensbewertung in einer späteren Finanzierungsrunde (sog. Down-Round) zu schützen. Um Funktion und Ziel der Down-Round Protection zu verdeutlichen, nachfolgendes Beispiel:

**Series A:** Das Stammkapital der A-GmbH beträgt EUR 25.000 und ist eingeteilt in 25.000 Geschäftsanteile zu je EUR 1. Die mit Investor A vereinbarte Pre-Money Bewertung liegt bei EUR 3.000.000. Der Wert

der Geschäftsanteile liegt damit bei EUR 120 pro Anteil. Investor A investiert EUR 1.000.000 und wird zur Übernahme von 8.333 Geschäftsanteilen zu je EUR 1 zugelassen (zzgl. einer freiwilligen Zuzahlung in die Kapitalrücklage von EUR 991.667). Post-Money liegt der Wert der A-GmbH bei EUR 4.000.000, was einer Beteiligung des Investors A i. H. v. 25 Prozent aufgrund seines Investments i. H. v. EUR 1.000.000 entspricht.

**Series B:** In einer späteren Finanzierungsrunde einigen sich die Gründer mit Investor B lediglich auf eine Pre-Money Bewertung von EUR 3.000.000. Der Wert der Geschäftsanteile (Pre-Money) liegt damit nur noch bei EUR 90 pro Anteil. Investor B investiert ebenfalls EUR 1.000.000 und wird in der Series B zur Übernahme von 11.111 Geschäftsanteilen zu je EUR 1 (zzgl. einer freiwilligen Zuzahlung in die Kapitalrücklage von EUR 988.889) zugelassen. Nach Abschluss der Series B (Post-Money) liegt der Wert der A-GmbH wieder bei EUR 4.000.000. Das Stammkapital der A-GmbH hat sich nach Abschluss der Series B von EUR 33.333 auf EUR 44.444 erhöht.

Investor A hält jetzt nicht mehr 25 Prozent der Anteile ( $\triangleq 8.333/33.333$ ), sondern nur noch 19 Prozent ( $\triangleq 8.333/44.444$ ), so dass seine Beteiligung nach Abschluss der Series B im Ergebnis EUR 250.000 an Wert verloren hat (Wert Series A: 25 Prozent von EUR 4.000.000  $\triangleq$  EUR 1.000.000, Series B: 19 Prozent von EUR 4.000.000  $\triangleq$  EUR 750.000). Investor B hält hingegen bei gleichem Investment wie Investor A 25 Prozent der Anteile mit einem Wert von EUR 1.000.000. Über die Down-Round Protection wird dieser wirtschaftlichen Verwässerung der Beteiligung des Investors A entgegengewirkt, indem diesem das Recht eingeräumt wird, ohne Zuzahlung in die freie Kapitalrücklage Anteile zum Nennwert von EUR 1 zu zeichnen.

Bei der konkreten Ausgestaltung der Down-Round Protection ist zu beachten, dass diese nicht dazu dient, negative Wertentwicklungen des Start-ups zugunsten der Investoren auszugleichen, indem die prozentuale Beteiligung der Gründer immer weiter gesenkt wird. Ziel der Down-Round Protection bei Beteiligungen in ein Start-up ist es lediglich, den anfänglich beschriebenen Unsicherheiten bei der Bewertung eines Start-ups entgegenzuwirken.

#### II. Umfang der Down-Round Protection

Entscheidend ist damit, wie viele (siehe Ziffer 1) und unter welchen Voraussetzungen Anteile im Rahmen der Down-Round Protection gewährt werden (siehe Ziffer 2).

##### 1. Berechnungsmethode

In welchem Umfang der betroffene Investor im Rahmen der Down-Round Protection Anteile nachzeichnen darf, hängt von der vereinbarten Berechnungsmethode ab. Ist eine *Full-Ratchet* Berechnung vereinbart, wird der Preis der betroffenen Anteile schlicht entsprechend dem in der Down-Round vereinbarten Preis angepasst. Investor A würde so wirtschaftlich Investor B gleichgestellt werden. Aufgrund der drastischen Konsequenzen der *Full-Ratchet Methode* für die Beteiligungsquote der Gründer und aufgrund der Tatsache, dass im Rahmen dieser Berechnung das jeweilige Volumen der einzelnen Investitionsrunden nicht berücksichtigt ist, wird diese Form der Down-Round Protection von den wenigsten Investoren eingefordert.

Marktstandard ist die *Weighted Average Methode*, in der das Volumen der vorherigen Finanzierungsrunde und der Down-Round bei der Ermittlung eines Durchschnittspreises berücksichtigt werden. Hier

gibt es unterschiedliche Ansätze um den volumenbasierten Durchschnittspreis zu berechnen, die sich generalisierend in *Narrow Based* und *Broad Based* aufteilen lassen. Der Unterschied dieser Ansätze liegt im Umfang der Investments in das Start-up, die bei Berechnung des Durchschnittspreises berücksichtigt werden.

## 2. Grundsätze bei der Ausgestaltung der Down-Round Protection

Zunächst hat selbstverständlich der nächste Investor maßgeblichen Einfluss darauf, ob und in welchem Umfang die Down-Round Protection gewährt wird. Braucht das Start-up dringend Kapital und sperrt sich der Investor gegen eine bestehende Regelung, haben die Altinvestoren regelmäßig die Wahl zwischen einem Totalverlust oder der Zustimmung zu den Bedingungen des neuen Investors. Lässt man diese faktische Begrenzung zunächst außen vor, lassen sich insbesondere über den vorstehend dargestellten Zweck der Down-Round Protection die folgenden sinnvollen Grenzen dieser Regelungen ableiten.

### 2.1 Zeitliche Begrenzung

Die Down-Round Protection sollte sowohl in die Vergangenheit, als auch in die Zukunft begrenzt werden:

- Vergangenheit: Der Schutz wird nur den Investoren gewährt, die der Investitionsrunde, in der die Down-Round Protection vereinbart wird, hinzugetreten sind. Im Rahmen der Series A wird daher auch nur den Series A Investorenschutz gewährt und nicht den (alten) Seed-Investoren.
- Zukunft: Die Down-Round Protection wird nur für die unmittelbar folgende Runde gewährt. Mit der nächsten Runde wird die ursprüngliche Bewertung entweder bestätigt oder über die Down-Round Protection korrigiert. Die weitere Entwicklung des Start-ups fällt in das originäre Risiko des VC-Investors; hier sollte daher kein weiterer Verwässerungsschutz auf Kosten der Gründer gewährt werden.

### 2.2 Pay-to-Play

Weiter empfiehlt es sich, nur den Investoren Down-Round Protection zu gewähren, die auch weiter in das Start-up investieren wollen. Nach dieser sog. Pay-to-Play-Regelung erhält nur der Investor Down-Round Protection, der pro rata an der Finanzierungsrunde der Down-Round teilnimmt und nicht nur die Anteile zeichnet, die ihm im Rahmen der Down-Round Protection zustehen.

## III. Fazit

Die Down-Round Protection in Form des Verwässerungsschutzes ist ein wirksames Mittel, mit dem sich Investoren vor den Bewertungsrisiken bei Investments in Start-ups schützen können. Allerdings sollte insbesondere der Zweck dieses Schutzes bei seiner konkreten Ausgestaltung berücksichtigt werden.



**Christian Philipp Kalusa,**  
Rechtsanwalt,  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH,  
München

## VI. Arbeitsrecht

### DOS and DONT'S - Der Arbeitsvertrag im Start-up

Fehler bei der Einstellung und der Gestaltung von Arbeitsverträgen können Unternehmen teuer zu stehen kommen, das gilt insbesondere für Start-ups. Bei Berücksichtigung der folgenden DOS and DONT'S behalten Start-ups bei der Einstellung von Arbeitnehmern die gewünschte Flexibilität und vermeiden Kostenfallen.

#### Einfühlungsverhältnis

Bevor ein Mitarbeiter eingestellt wird, besteht das nachvollziehbare Bedürfnis, den Mitarbeiter besser kennenzulernen. Ein Bewerbungsgespräch reicht hierzu oftmals nicht aus. Insbesondere bei jungen Start-ups arbeiten deshalb potenzielle Mitarbeiter „zur Probe“ für eine Tage, Wochen oder gar Monate unentgeltlich mit. Dies ist gefährlich, da sich schnell ein unbefristetes Arbeitsverhältnis entwickeln kann. Die unentgeltliche „Probearbeit“ (sog. Einfühlungs- oder Schnupperverhältnis) ist nur in den sehr engen Grenzen zulässig, dass der potenzielle Mitarbeiter maximal für einen oder zwei Tage „reinschnuppert“, er nicht zur Arbeitsleistung verpflichtet ist und er völlig frei ist, zu kommen und zu gehen.

#### Arbeitsvertrag - Erfordernis der Schriftform?

Es stellt sich immer wieder die Frage, ob ein Arbeitsvertrag schriftlich abgefasst werden muss. Nach der gesetzlichen Regelung muss er dies nicht. Das Nachweisgesetz sieht zwar vor, dass der Arbeitgeber spätestens einen Monat nach dem vereinbarten Beginn des Arbeitsverhältnisses die wesentlichen Vertragsbedingungen schriftlich niederzulegen hat. Ein Verstoß hiergegen ist jedoch unbeachtlich. Allein aus Beweis Zwecken und zur Vermeidung von Missverständnissen ist zu raten, dass die vereinbarten Vertragsbedingungen schriftlich niedergelegt und von Arbeitgeber und Arbeitnehmer unterzeichnet werden.

#### Probezeit / Probezeitkündigung

Im Arbeitsvertrag kann eine Probezeit vereinbart werden (§ 622 Abs. 3 BGB). Während dieser maximal sechsmönatigen Probezeit kann das Arbeitsverhältnis mit einer kurzen Kündigungsfrist von zwei Wochen gekündigt werden. Unabhängig von dieser Probezeit gilt während den ersten sechs Monaten des Arbeitsverhältnisses das Kündigungsschutzgesetz nicht. Dies bedeutet, dass innerhalb dieses Zeitraums eine Kündigung ohne betriebsbedingten, verhaltensbedingten oder personenbedingten Kündigungsgrund möglich ist. Dies ist ein großer Vorteil. Es ist deshalb dringend zu empfehlen, vor Ablauf der ersten sechs Monate zu überlegen, ob es Sinn macht, das Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitnehmer fortzuführen oder nicht.

#### Befristung

Eine andere Möglichkeit, einen Arbeitnehmer vorübergehend oder probeweise zu beschäftigen, ist die Befristung. Neben der Befristung des Arbeitsvertrages mit Sachgrund (z. B. zur Vertretung eines Arbeitnehmers in Elternzeit) gibt es auch die sachgrundlose Befristung. § 14 Abs. 2 TzBfG nennt für die wirksame Befristung des Arbeitsvertrages ohne Sachgrund folgende Voraussetzungen:

- Maximale Dauer der sachgrundlosen Befristung von zwei Jahren (z. B. 1. Januar 2018 bis 31. Dezember 2019);

- Höchstens dreimalige Verlängerung des kalendermäßig befristeten Arbeitsvertrages innerhalb diesen Zeitraums von zwei Jahren (z. B. sachgrundlos befristetes Arbeitsverhältnis von sechs Monaten wird dreimal um jeweils weitere sechs Monate verlängert);
- Keine Zuvor-Beschäftigung des Arbeitnehmers bei demselben Arbeitgeber im Rahmen eines befristeten oder unbefristeten Arbeitsverhältnisses.

Bei der sachgrundlosen Befristung ist zwingend darauf zu achten, dass der befristete Arbeitsvertrag zwingend vor Arbeitsaufnahme von beiden Parteien unterzeichnet wird. Bei der Befristung gilt zwingend die Schriftform. Andernfalls entsteht ein unbefristetes Arbeitsverhältnis, das auch durch einen späteren Abschluss eines befristeten schriftlichen Arbeitsvertrags nicht wirksam befristet werden kann.

### Nachvertragliches Wettbewerbsverbot

Der Wunsch eines Start-ups, dass ein Mitarbeiter nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht zur Konkurrenz wechselt oder selber Wettbewerb betreibt, ist nachvollziehbar. Es sollte dennoch gut überlegt werden, ob ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot vereinbart wird. Dies bedeutet, dass der Arbeitnehmer maximal für zwei Jahre Wettbewerb zu unterlassen hat, im Gegenzug jedoch eine sog. Karrenzentschädigung erhält, die mindestens 50 Prozent seiner bisherigen Bruttomonatsvergütung ausmacht. Oftmals ist es dem Unternehmen bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht wert, soviel Geld für ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot zu bezahlen. Eine Lösung vom nachvertraglichen Wettbewerbsverbot ist nur während des bestehenden Arbeitsverhältnisses mit einer Frist von einem Jahr möglich.

### Ausschlussklauseln

Ansprüche verjähren nach deutschem Recht in der Regel drei Jahre nach der Fälligkeit. Dies gilt auch für Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis. „Arbeitsvertragliche Ausschlussklauseln“ haben schon oft den Arbeitgeber vor hohen Zahlungen an Mitarbeiter bewahrt. Mit einer Ausschlussfrist wird geregelt, dass Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis spätestens drei Monate gegenüber der anderen Arbeitsvertragspartei in Textform geltend gemacht werden müssen, andernfalls sind sie verfallen. Soweit der Anspruch abgelehnt wird, ist er innerhalb von weiteren drei Monaten gerichtlich geltend zu machen. Andernfalls ist er auch verfallen. Beispielsweise werden bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses oftmals angebliche Überstunden für die letzten Jahre geltend gemacht. Mit einer solchen Ausschlussfrist muss damit nur über die letzten drei Monate gestritten werden.

Bei der Einstellung von Mitarbeitern und bei der Gestaltung des Arbeitsvertrags sind an diese DOS and DONT'S zu denken. Damit kann viel Geld gespart werden.



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

## VII. Steuerrecht

### Verlustvorträge im Rahmen der Finanzierungsrunde

Start-ups weisen aufgrund ihrer mit der Geschäftsentwicklung verbundenen Anlaufkosten regelmäßig steuerliche Verlustvorträge auf, die in Zukunft – ab Erreichen der Gewinnschwelle – mit positiven steuerlichen Ergebnissen verrechnet werden können. Wirtschaftlich betrachtet stellen steuerliche Verlustvorträge daher einen finanziellen Vorteil für die Gesellschafter dar, der aus Sicht des Investors ebenfalls die Profitabilität der Beteiligung erhöhen kann (Tax Shield).

Im Zusammenhang mit einer Finanzierungsrunde ist zu berücksichtigen, dass nach § 8c KStG nicht genutzte körperschaftsteuerliche sowie nach § 10a GewStG nicht genutzte gewerbsteuerliche Verlustvorträge von Kapitalgesellschaften grundsätzlich anteilig bzw. vollständig untergehen, wenn innerhalb von fünf Jahren mehr als 25 Prozent (§ 8c Abs. 1 Satz 1 KStG) bzw. mehr als 50 Prozent des Kapitals (§ 8c Abs. 1 Satz 2 KStG), der Mitgliedschaftsrechte, der Beteiligungs- oder Stimmrechte der betreffenden Kapitalgesellschaft an einen Erwerber, eine diesem nahestehende Person oder eine Erwerbergruppe mit gleichgerichteten Interessen übertragen werden, oder ein vergleichbarer Sachverhalt vorliegt.

Hintergrund der Regelung ist die Intention des Gesetzgebers, dass nur diejenigen Gesellschafter „in den Genuss“ der Nutzung steuerlicher Verlustvorträge kommen sollen, die diese Verluste in der Vergangenheit selbst erwirtschaftet haben. So sollte durch die Einführung von § 8c KStG im Rahmen des Unternehmensteuerreformgesetz 2008 insbesondere die Nutzung von steuerlichen Verlustvorträgen im Wege des sog. Mantelkaufs neugeregelt werden.

Für Start-ups bedeutet dies, dass im Rahmen einer Finanzierungsrunde das Risiko besteht, dass bestehende steuerliche Verlustvorträge untergehen können. Hier hat der Gesetzgeber zwar Ausnahmen von der grundsätzlichen Regelung des § 8c KStG vorgesehen (sog. Konzernklausel sowie Stille Reserven-Klausel), nur dürfte deren praktische Relevanz jedenfalls in frühen Finanzierungsrunden doch stark eingeschränkt sein.

Dies u. a. erkennend, wurde mit dem Gesetz zur Weiterentwicklung der steuerlichen Verlustverrechnung bei Körperschaften ein neuer § 8d KStG eingeführt, der auch im Fall eines schädlichen Beteiligungserwerbs nach § 8c KStG die weitere Nutzung der Verluste vollständig ermöglichen soll (vgl. Deutscher Bundestag, Gesetz vom 20. Januar 2016, BGBl. I 2016, 2998). Voraussetzung ist, dass der Geschäftsbetrieb der Körperschaft erhalten bleibt und eine anderweitige Nutzung der Verluste ausgeschlossen ist. Die gesetzliche Neuregelung gilt rückwirkend ab dem 1. Januar 2016. Die Idee ist, dass über § 8d KStG nicht mehr auf die Gesellschafter, sondern auf den entsprechenden Betrieb abgestellt wird, der die steuerlichen Verluste in der Vergangenheit erwirtschaftet hat. Dadurch sollen insbesondere auch junge Technologieunternehmen gefördert werden, die Investoren für Finanzierungsrunden gewinnen wollen und regelmäßig die Voraussetzungen der o. g. „Konzernklausel“ und der „Stille-Reserven-Klausel“ nicht erfüllen (vgl. BT-Drs. 18/9986, Kapitel A sowie Anlage 1, Kapitel A ff.).

Die Anwendung des § 8d KStG auf Antrag des Steuerpflichtigen sowie die Weiterführung und kontinuierliche Nutzung der steuerlichen Verlustvorträge hängen nicht nur von vergangenheitsbezogenen, sondern auch von diversen zukunftsbezogenen Anforderungen ab.

Hierbei sind insbesondere die zukunftsbezogenen Anforderungen relevant, da diese mangels gesonderter Frist bis zum vollständigen Verbrauch des fortführungsgebundenen Verlustvortrags zu beachten sind. § 8d Abs. 2 KStG nennt hierbei sieben Ereignisse, von denen jedes separat zum Untergang des Fortführungsgebundenen steuerlichen Verlustvortrages führt.

### Fazit

§ 8d KStG ist zwar grds. begrüßenswert, beinhaltet jedoch – auch in Folge der Komplexität – erhebliche Unwägbarkeiten bzw. Restriktionen. Daher sollte im Zusammenhang mit der Aufnahme neuer Gesellschafter bspw. im Rahmen einer Finanzierungsrunde stets geprüft werden, welche Regelung – § 8c KStG vs. § 8d KStG – sich aus wirtschaftlicher Betrachtung als vorzugswürdig erweist.

### Wichtiger Hinweis

Zu beachten ist zudem, dass das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) § 8c Abs. 1 Satz 1 KStG durch Beschluss vom 29. März 2017 (Az. 2 BvL 6/11) für verfassungswidrig erklärt hat. Das BVerfG räumt dem Gesetzgeber bis zum 31. Dezember 2018 die Möglichkeit ein, die Beseitigung des verfassungswidrigen Zustands rückwirkend zum 1. Januar 2008, dem Zeitpunkt der erstmaligen Einführung der Norm, herbeizuführen. Sollte der Gesetzgeber dieser Verpflichtung nicht nachkommen, führt dies automatisch zur rückwirkenden Nichtigkeit der Norm ab dem 1. Januar 2008.

Zudem hat der 2. Senat des Finanzgerichts Hamburg mit Beschluss vom 29. August 2017 (2 K 245/17) das BVerfG (Az. 2 BvL 19/17) zu der Frage angerufen, ob der derzeitige § 8c Abs. 1 Satz 2 KStG verfassungswidrig ist.

Wie sich diese aktuellen Entwicklungen künftig auf Verlustvorträge von Start-ups im Rahmen von Finanzierungsrunden auswirken werden bleibt zum jetzigen Zeitpunkt abzuwarten und sollte dringend beobachtet werden.



**Sebastian Zajons,**  
Steuerberater, Wirtschaftsprüfer,  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
Hamburg

## VIII. ESOPS

### 5 Fakten zur Mitarbeiterbeteiligung

Gerade Start-ups, die zu Beginn möglicherweise noch nicht über ausreichend Cashflow verfügen, um ihren Mitarbeitern hohe Vergütungen zu bieten, besondere Talente aber an sich binden möchten, räumen diesen häufig eine Beteiligung am Unternehmen ein. Auch von Investoren wird die Einrichtung eines Mitarbeiterbeteiligungsprogramms oft als Bedingung für eine Beteiligung gefordert.

#### Beteiligung ist nicht gleich Beteiligung

Häufig werden den Mitarbeitern gar nicht tatsächlich Geschäftsanteile

an der Gesellschaft (meist handelt es sich um eine GmbH oder UG) übertragen, sondern es werden diesen sog. virtuelle Anteile oder Virtual Stock Options eingeräumt. Es handelt sich dabei um eine vertragliche Vereinbarung über eine Bonuszahlung die sich am Unternehmenswert orientiert. Die Mitarbeiter sind dann nicht am Kapital der Gesellschaft beteiligt und haben weder Stimm- noch Informationsrechte, wie sie normale Gesellschafter haben, sondern erhalten „nur“ eine Zahlung. Der Vorteil für die Gründer und Investoren liegt auf der Hand: der Gesellschafterkreis vergrößert sich nicht und ihre Beteiligung schrumpft nicht, was der Fall wäre, wenn sie Anteile abgeben oder neue Anteile im Wege einer Kapitalerhöhung ausgeben würden.

#### Die Lohnsteuer schlägt zu

Wenn über ein Mitarbeiterbeteiligungsprogramm diskutiert wird, werden häufig die steuerlichen Auswirkungen außer Acht gelassen: auf Seiten des Mitarbeiters kann die Zahlung aus virtuellen Anteilen lohnsteuerpflichtig sein. Auf der anderen Seite wird der Betrag, den der Mitarbeiter erhält auch nicht als Dividende bzw. Veräußerungsgewinn besteuert, wenn es sich um rein virtuelle Anteile handelt. Zur Frage der Besteuerung tatsächlich gewährter und nicht nur virtueller Anteile in Form von Aktien siehe auch den nächsten Beitrag von Jan Mohrmann.

#### Wette auf die Zukunft

Wer bei Virtual Stock Options an jährliche Bonuszahlungen denkt, liegt meist falsch. Denn in der überwiegenden Zahl der Fälle wird die Zahlung in der vertraglichen Vereinbarung an den erfolgreichen Exit geknüpft. Der Mitarbeiter erhält also nur im Fall des erfolgreichen Verkaufs des Unternehmens eine Beteiligung, die sich bei einer virtuellen Beteiligung am Kaufpreis, also letztlich am Unternehmenswert orientiert. Dadurch soll der Mitarbeiter motiviert werden, ebenso wie die Gründer und Investoren, mit seiner Leistung auf einen erfolgreichen Exit hinzuwirken.

#### Das Kleingedruckte

Ein Virtual-Stock-Option-Vertrag, der häufig als Zusatzvereinbarung zum Arbeitsvertrag geschlossen wird, wird neben der virtuellen Beteiligung in der Regel noch weitere Klauseln enthalten: so wird dort meist geregelt sein, dass von der Exit-Beteiligung des Mitarbeiters in Höhe eines bestimmten Prozentsatzes des erzielten Verkaufspreises noch die Anschaffungskosten der Investoren und eventuell ein darüber hinausgehender Betrag (sog. Liquidationspräferenz) abgezogen werden.

Außerdem kann die virtuelle Beteiligung in Form eines sog. Vestings von der Dauer der Beschäftigung des Mitarbeiters abhängig gemacht werden. Das heißt, je länger der Mitarbeiter beim Unternehmen ist, desto mehr virtuelle Anteile erhält er und desto höher seine Partizipation im Fall eines Verkaufs.

Schließlich werden häufig sog. *Good Leaver*- und *Bad Leaver*-Klauseln in den Vertrag aufgenommen: verlässt der Mitarbeiter unverschuldet das Unternehmen (z. B. wegen Krankheit), kann er seine virtuelle Beteiligung behalten und partizipiert trotz seines Ausscheidens an einem späteren Verkauf. Verlässt er das Unternehmen hingegen als „Bad Leaver“ (z. B. aufgrund einer Kündigung durch das Unterneh-

men aus wichtigem Grund), dann verliert er seine virtuelle Beteiligung.

### Verknüpfung mit dem Arbeitsvertrag

Aus Mitarbeitersicht ist es wichtig, dass der Virtual-Stock-Option-Vertrag ausdrücklich rechtlich mit dem Arbeitsvertrag verknüpft wird. Denn in diesem Fall bleibt seine Beteiligung auch bei einem Betriebsübergang, der keinen Exit darstellt (z. B. weil ein bestimmter Schwellenwert an verkauften Anteilen nicht erreicht wird), bestehen und geht auf den neuen Betrieb über. Der Mitarbeiter behält dann seinen Anspruch auf die spätere Exit-Beteiligung.



**Dr. Gesine von der Groeben,**  
Rechtsanwältin,  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
Frankfurt am Main

### Steuerpflichtiger Arbeitslohn im Fall von Mitarbeiterbeteiligungsmodellen

Insbesondere in der Start-up-Phase eines Unternehmens besteht häufig ein Interesse daran, die Leistung der Mitarbeiter an Stelle eines höheren Gehalts durch eine Beteiligung am Erfolg des Unternehmens zu honorieren. Die Formen einer solchen Beteiligung sind vielfältig. Gelegentlich werden den Mitarbeitern dabei Aktien oder Optionen auf Aktien des Unternehmens eingeräumt, sofern es sich bei dem Start-up um eine Aktiengesellschaft handelt. Je nach Ausgestaltung kann eine solche Beteiligung aber lohnsteuerpflichtig sein.

In der Praxis kann dies zu unliebsamen Überraschungen für den Arbeitnehmer führen, da das Unternehmen in diesen Fällen verpflichtet ist, die anfallende Lohnsteuer entweder vom übrigen Arbeitslohn einzubehalten oder aber vom Arbeitnehmer anzufordern. In beiden Fällen führt dies zu der wenig motivierenden Folge, dass der Arbeitnehmer zunächst „Weniger“ vom Netto als ohne das Mitarbeiterbeteiligungsprogramm hat.

Mitarbeiterbeteiligungsprogramme sollten daher so ausgestaltet werden, dass entweder keine Lohnsteuer anfällt oder Lohnsteuer jedenfalls erst dann zu entrichten ist, wenn für den Mitarbeiter ein Anlass und ein Anreiz besteht, die Aktien zu veräußern, sodass die nunmehr anfallende Lohnsteuer für ihn nicht weiter ins Gewicht fällt.

#### Geldwerter Vorteil

Der Lohnsteuer unterliegen nur geldwerte Vorteile, die dem Arbeitnehmer durch eine unentgeltliche oder verbilligte Überlassung von Aktien eingeräumt werden. Demgegenüber unterliegen Wertsteigerungen der an den Mitarbeiter bereits überlassenen Aktien erst bei deren Veräußerung der Abgeltungsteuer von zurzeit 26,375 Prozent.

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Abgrenzung ist in der Regel der Zeitpunkt der Verschaffung der Verfügungsmacht, also ab wann der Ar-

beitnehmer die Aktien selbst veräußern, d. h. zu Geld machen kann. Muss er zu diesem Zeitpunkt weniger zahlen als er normalerweise müsste, liegt die Annahme eines geldwerten Vorteils nahe.

Freilich kann der Fall z. B. auch so liegen, dass die Aktien vom Mitarbeiter zwar schon unwiderruflich gekauft wurden, jedoch erst zu einem späteren Zeitpunkt auch tatsächlich übertragen werden. In diesem Fall ist danach zu differenzieren, ob der Arbeitnehmer im Zeitpunkt des Kaufs den vollen Marktpreis oder aber einen günstigeren als den Marktpreis gezahlt hat. Bei Zahlung des vollen Marktpreises ist in der Regel für die Annahme eines geldwerten Vorteils kein Raum (Ausnahme: Wertgarantie durch Arbeitgeber). Die vor und nach der tatsächlichen Übertragung eingetretenen Wertsteigerungen unterliegen dann lediglich bei Veräußerung der Abgeltungsteuer. Wurde dagegen ein Kaufpreis unterhalb des Marktpreises vereinbart, liegt in Höhe der Differenz zum Marktpreis im Erwerbszeitpunkt ein lohnsteuerpflichtiger geldwerter Vorteil vor.

#### Aktioptionen

Ein geldwerter Vorteil liegt auch dann vor, wenn dem Arbeitnehmer das Recht eingeräumt wird, Aktien zu einem späteren Zeitpunkt vergünstigt zu kaufen. Auch hier liegt der geldwerte Vorteil in der Differenz zum Marktpreis im Erwerbszeitpunkt.

#### Zeitpunkt der Besteuerung

Liegt ein geldwerter Vorteil vor, kommt es auf den Zeitpunkt der Besteuerung an. Wie bereits erwähnt, sollte dieser zeitlich möglichst weit nach hinten geschoben werden.

Lohnsteuer entsteht bei Zufluss des geldwerten Vorteils. Dies ist der Zeitpunkt an dem die wirtschaftliche Verfügungsmacht an den Aktien auf den Mitarbeiter übergeht. Ausreichend ist, wenn er die Aktien zu Geld machen kann.

Soll der Zeitpunkt der Versteuerung zeitlich nach hinten geschoben werden, ist daher darauf zu achten, dass die Aktien zunächst im Depot des Arbeitgebers verbleiben und durch entsprechende Gestaltungen auch nicht durch den Arbeitnehmer gegen den Willen des Arbeitgebers veräußert werden können.

Ähnliches gilt bei Aktioptionen. Hier kommt es grundsätzlich erst dann zu einem lohnsteuerpflichtigen Zufluss, wenn der Arbeitnehmer die Option ausübt und die Aktien verbilligt erwirbt. Etwas Anderes kann allerdings gelten, wenn der Arbeitnehmer die Aktioptionen veräußern kann. Auch hier muss daher darauf geachtet werden, dass der Arbeitnehmer die Optionen ausüben, jedoch nicht veräußern kann.

#### Resümee

Bei der Ausgestaltung der Mitarbeiterbeteiligungsprogramme sind u. a. die lohnsteuerlichen und sozialversicherungsrechtlichen Folgen zu berücksichtigen. Denn der Arbeitnehmer soll durch die Mitarbeiterbeteiligungsprogramme motiviert werden. Kontraproduktiv wäre daher im Zusammenhang mit Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen eine Verpflichtung zum Einbehalt von Lohnsteuer vom restlichen Arbeitslohn, die beim Arbeitnehmer als „Weniger“ vom Netto wahrgenommen werden könnte.

Im Fall von nicht gehandelten Aktien könnte es insoweit schon aus-

reichen, wenn dem Arbeitnehmer lediglich das Recht eingeräumt wird, Aktien für den vollen Marktpreis zu erwerben. In diesem Fall liegt kein geldwerter Vorteil vor. Gleichwohl hätte der Mitarbeiter die exklusive Möglichkeit mittels Aktienerwerb an dem Unternehmenserfolg zu partizipieren und dürfte diese Möglichkeit durchaus zu schätzen wissen.

Bei gehandelten Aktien würde dagegen die Einräumung einer Erwerbsmöglichkeit zum vollen Marktpreis keinen besonderen Vorteil darstellen, da der Arbeitnehmer sowieso in der Lage wäre, Aktien des Unternehmens zu erwerben. In diesen Fällen kommt nur eine verbilligte Überlassung in Betracht. Das Mitarbeiterbeteiligungsprogramm sollte dann so ausgestaltet werden, dass der geldwerte Vorteil möglichst erst dann versteuert werden muss, wenn eine Veräußerung der Aktien attraktiv erscheint. Dies erfolgt in der Regel dadurch, dass die Mitarbeiterbeteiligungsprogramme so ausgestaltet werden, dass die wirtschaftliche Verfügungsmacht an den Aktien erst zu einem späteren Zeitpunkt auf den Mitarbeiter übergeht.



**Jan Mohrmann**  
Rechtsanwalt, Steuerberater,  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
Frankfurt am Main

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

© BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH.  
Alle Rechte vorbehalten 2018.

## 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/hinweise/impressum>

## Redaktion (verantwortlich)

Christian Kalusa

## Ihre Ansprechpartner

**Berlin** • Kurfürstenstraße 72-74 • 10787 Berlin  
Dr. Christian von Wistinghausen, Rechtsanwalt  
Tel.: +49 30 26471-351 • [Christian.Wistinghausen@bblaw.com](mailto:Christian.Wistinghausen@bblaw.com)

**Düsseldorf** • Cecilienallee 7 • 40474 Düsseldorf  
Prof. Dr. Hans-Josef Vogel, Rechtsanwalt  
Tel.: +49 211 518989-0 • [Hans-Josef.Vogel@bblaw.com](mailto:Hans-Josef.Vogel@bblaw.com)

**Frankfurt am Main** • Mainzer Landstraße 36  
60325 Frankfurt am Main  
Dr. Andreas Lober, Rechtsanwalt  
Tel.: +49 756095-582 • [Andreas.Lober@bblaw.com](mailto:Andreas.Lober@bblaw.com)

**Hamburg** • Neuer Wall 72 • 20354 Hamburg  
Sebastian Zajons, Steuerberater & Wirtschaftsprüfer  
Tel.: +49 40 688745-0 • [Sebastian.Zajons@bblaw.com](mailto:Sebastian.Zajons@bblaw.com)

**München** • Ganghoferstraße 33 • 80339 München  
Roland Startz, Rechtsanwalt  
Tel.: +49 89 35065-1394 • [Roland.Startz@bblaw.com](mailto:Roland.Startz@bblaw.com)



Weitere interessante Themen und Informationen zu Start-ups / Venture Capital finden Sie in unserem Onlinebereich.



BEIJING • BERLIN • BRÜSSEL • DÜSSELDORF • FRANKFURT AM MAIN  
HAMBURG • MOSKAU • MÜNCHEN • ST. PETERSBURG

[WWW.BEITENBURKHARDT.COM](http://WWW.BEITENBURKHARDT.COM)