ORRICK LEGALNINJA SERIES

3

ARBEITSRECHT FÜR TECHNOLOGIE-UNTERNEHMEN

Neuauflage 2023

orrick

VC & TECH BRIEFINGS GERMANY

Inhaltsverzeichnis

A. Arbeitsrecht 4-45

I. Einleitung 4

II. Rechtliche Stellung der Gründerinnen 5

III. Die ersten Teammitglieder: Arbeitnehmer, Freelancer, Praktikanten, Werkstudenten 9

IV. Der erste Arbeitsvertrag 15

V. Mitarbeiterincentivierung und mobiles Arbeiten 25

VI. Freelancer-Verträge 28

VII. Arbeitnehmerüberlassung 30

VIII. Recruiting und Onboarding 31

IX. Beendigung von Arbeitsverhältnissen und Off-Boarding 34

X. Know-how Schutz und Wettbewerbsverbote 43

B. Unsere internationale Plattform für Tech-Unternehmen 46-49

C. Die Autoren 50

Klicken Sie auf die obigen Inhalte und navigieren Sie zu Ihrem gewünschten Kapitel

Die Orrick Legal Ninja Series

Die Orrick Legal Ninja Series – OLNS

Mit unseren auf Technologietransaktionen spezialisierten Teams in allen wichtigen Märkten dieser Welt begleiten wir zahlreiche deutsche Tech-Unternehmen auf ihrem Wachstumspfad. Als eine der führenden Tech-Kanzleien weltweit fühlen wir uns darüber hinaus verpflichtet, die Gründerszenen in den USA und Deutschland noch stärker zu vernetzen.

Aus diesem Grund haben wir die Orrick Legal Ninja Series (OLNS) ins Leben gerufen. Mit dieser periodisch erscheinenden Serie wollen wir Überblicke zu aktuellen rechtlichen Entwicklungen geben, aber auch vertieft Themen vorstellen, die für Start-ups und ihre Investoren besonders wichtig sind.

Hinter OLNS steht ein multidisziplinäres Team aus unseren weltweit mehr als 25 Büros. Dieses hat es sich zur Aufgabe gemacht, unseren großen internationalen Erfahrungsschatz im Bereich Venture Capital und Technologietransaktionen für diejenigen nutzbar zu machen, die in Deutschland Venture und Innovation unternehmerisch nach vorne bringen.

Woher das "Ninja" im Namen kommt? Vielleicht weil einige von uns in den Neunziger Jahren einfach sehr viel Fernsehen geschaut haben… Im Ernst, ein "Ninja" ist gerade im angelsächsischen Sprachraum zum Synonym geworden für "jemand(en), der sich in einer bestimmten Fähigkeit oder Aktivität hervortut". Das ist unser Anspruch, wenn wir junge Tech-Unternehmen und ihre Investoren maßgeschneidert beraten. Wir hoffen, dass unsere OLNS Euch dabei hilft, "Ninja Entrepreneurs" zu sein.

Wir hoffen, dass Euch die Neuauflage der dritten Ausgabe unserer OLNS gefällt. Wenn Ihr Anregungen habt, nehmt bitte Kontakt mit uns auf, Eure Erfahrungen interessieren uns sehr. Wir wollen uns kontinuierlich weiterentwickeln, um unsere Mandanten bestmöglich begleiten zu können.

Im Namen des Orrick-Teams

André Zimmermann

Orrick — Leiter der deutschen Arbeitsrechtspraxis

I. Einleitung

Junge Tech-Unternehmen konzentrieren sich zu Beginn voll auf ihre Produkte, wollen pitchen und VC-Investoren an Bord holen. Jeder Euro im Budget zählt, Personal ist oft begrenzt und externer Rat erscheint teuer. Legal-Themen stehen daher nicht immer ganz oben auf der Agenda.

Trial and error kann im Arbeitsrecht für Gründerinnen[1] und junge Unternehmen allerdings schnell teuer werden, etwa wenn ein Key Employee mit wichtigem Know-how zum Wettbewerber wechselt und kein wirksames nachvertragliches Wettbewerbsverbot vereinbart wurde. Durch eine systematische Herangehensweise und frühzeitige externe Beratung lassen sich Pitfalls vermeiden.

Seit vielen Jahren haben wir Erfahrung damit, deutschen und internationalen Tech-Unternehmen Starthilfe zu geben – von der Einstellung der ersten Mitarbeiter, über mehrere Finanzierungsrunden bis hin zum IPO. In unserem OLNS#9 haben wir unsere Erfahrungen und praktischen Ratschläge für die Gründung und Skalierung eines Tech-Unternehmens zusammengestellt.

Unseren Erfahrungsschatz möchten wir im Rahmen der Orrick Legal Ninja Series auch im Arbeitsrecht mit Gründerinnen und jungen Tech-Unternehmen teilen und den Blick auf einige besonders kritische Punkte lenken.

1. Gründerinnen sind bei uns weiblich, Gründer anderen Geschlechts sind aber immer mitgemeint. Wenn wir darüber hinaus die männliche Form verwenden, geschieht das zur besseren Lesbarkeit, wir meinen damit immer alle Geschlechter.

II. Rechtliche Stellung der Gründerinnen

DE EN

Die Gründung kurz nach der Schule oder während des Studiums ist in Deutschland eher Ausnahme als Regel. Das Durchschnittsalter deutscher Gründerinnen liegt bei rund 38 Jahren. Häufig sind Gründerinnen zum Zeitpunkt der Gründung daher Arbeitnehmer eines anderen Unternehmens. Hieraus können sich Probleme ergeben.

1. GRÜNDUNG IN EINEM BESTEHENDEN ARBEITSVERHÄLTNIS

Grundsätzlich gilt für jeden Arbeitnehmer ein Wettbewerbsverbot während des laufenden Arbeitsverhältnisses, auch wenn das nicht ausdrücklich im Arbeitsvertrag vereinbart ist. Wenn sich das Start-up im selben Markt wie der Arbeitgeber der Gründerin bewegt, wird sie daher sehr wahrscheinlich gegen dieses Wettbewerbsverbot verstoßen. Sofern das Geschäftsmodell des Start-ups eine Neuentwicklung betrifft, die die Gründerin während ihrer Arbeitszeit für ihren Arbeitgeber oder jedenfalls auf Grundlage ihrer durch die Tätigkeit erlangten Erkenntnisse entwickelt hat, kann die Gründerin auch verpflichtet sein, die Neuentwicklung zunächst ihrem Arbeitgeber anzubieten. Oft sehen Arbeitsverträge weiter vor, dass Nebentätigkeiten, einschließlich der Gründung von Unternehmen, nur mit vorheriger Zustimmung des Arbeitgebers erlaubt sind.

Um Schadensersatzansprüche und sonstige Ansprüche des Arbeitgebers zu vermeiden, sollten diese Punkte vor der Gründung geprüft und gegebenenfalls eine schriftliche Vereinbarung mit dem Arbeitgeber geschlossen werden, in der festgehalten wird, dass die Gründung und die Tätigkeit für das Start-up nicht gegen das Wettbewerbsverbot verstoßen und eine erforderliche Zustimmung erteilt wird. Bei Fragen zu Erfindungen und Entwicklungen solltet Ihr früh professionellen Rechtsrat einholen, um spätere Auseinandersetzungen zu vermeiden.

Zu den Besonderheiten von Gründungen, bei denen das in einer Hochschule oder einem Forschungsinstitut geschaffene geistige Eigentum genutzt werden soll siehe OLNS#10 (Aus-) Gründungen an deutschen Hochschulen.

Die bislang erschienenen Ausgaben findet Ihr hier: https://www.orrick.com/de-DE/Practices/Orrick-Legal-Ninja-Series-OLNS.

2. GRÜNDERIN ALS (GESELLSCHAFTER-)GESCHÄFTSFÜHRER

Die meisten Start-ups werden in Deutschland in Form einer GmbH oder einer UG (haftungsbeschränkt) gegründet. Daneben stehen Gründerinnen weitere Rechtsformen wie die GbR oder Einzelunternehmen zur Verfügung. In aller Regel spricht die Haftungsbeschränkung für die Wahl von GmbH oder UG.

In der Gründungsphase eines Start-ups übersehen Gründerinnen überraschenderweise oft einen wichtigen Punkt: Sich selbst. Sind sie "nur" Gründerinnen oder auch Gesellschafter oder Geschäftsführer? Oder alles auf einmal?

Regelmäßig sind die Gründerinnen kapitalmäßig beteiligt, also Gesellschafter, und operativ tätig. Sie treiben das Geschäft voran, und zwar häufig, ohne dass es hierfür eine belastbare rechtliche Grundlage gibt – etwa einen Dienstvertrag als Gesellschafter-Geschäftsführer. Und wenn es einen gibt, fehlen nicht selten wesentliche Regelungen oder die Regelungen passen nicht richtig, etwa weil sie den Fall eines Fremdgeschäftsführers (ein Geschäftsführer ohne Kapitalbeteiligung, also nicht Gesellschafter) regeln, die Gründerinnen aber als Gesellschafter-Geschäftsführer tätig sind.

Häufig wird ein online kostenlos verfügbares Muster genommen oder ein Template von einem befreundeten Start-up. Beides ist besser als nichts, aber sicher nicht ideal. Nicht zuletzt, weil professionelle Kapitalgeber sich die Dokumentation der Vertragsverhältnisse der Gründerinnen genau ansehen werden, lohnt es sich, hierfür etwas Zeit zu investieren.

Wenn eine der Gründerinnen als Gesellschafter ihres Start-ups selbst Geschäftsführer wird, ist sie als Gesellschafter-Geschäftsführer tätig, also als Geschäftsführer mit Kapitalbeteiligung. Das ist typisch für Start-ups. In manchen Fällen oder ab einem bestimmten Zeitpunkt nach der Gründung kann es sinnvoll sein, einen Dritten an Bord zu holen – einen Fremdgeschäftsführer, also einen Geschäftsführer ohne Kapitalbeteiligung. Das kann etwa dann der Fall sein, wenn den Gründerinnen bestimmtes Know-how fehlt oder jemand außerhalb des Gründerkreises den Markt besonders gut kennt oder eine hohe Reputation genießt.

Es kann nebeneinander mehrere Gesellschafter- und/oder Fremdgeschäftsführer geben. Mehr als zwei Geschäftsführer sind in einem jungen Unternehmen aber eher unüblich. In jedem Fall sollten bei mehreren Geschäftsführern die unterschiedlichen Zuständigkeiten und die Frage der Vertretung geklärt werden: Soll ein Geschäftsführer allein Verträge schließen können oder müssen sie das gemeinsam tun?

CHECKLISTE: WAS SOLLTE MINDESTENS IM GESCHÄFTSFÜHRERDIENSTVERTRAG GEREGELT WERDEN?

- ☑ Bezeichnung der Position (z.B. CFO), Dienstsitz
- ☑ Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis (ggf. einschließlich Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot nach § 181 BGB)
- ☑ Liste zustimmungspflichtiger Geschäfte
- ☑ Aufgaben und Pflichten
- ☑ Nebentätigkeiten
- ☑ Wettbewerbsverbot während der Laufzeit des Dienstvertrages und ggf. auch danach (ggf. Vertragsstrafe vorsehen für Verstöße)
- ☑ Vergütung (Festgehalt, variable Vergütung) und weitere Benefits (z.B. Firmenwagen, D&O-Versicherung, sonstige Versicherungen)
- ☑ Urlaub
- ☑ Auslagen und Reisekosten
- ☑ Vergütung bei Krankheit
- ☑ Geheimhaltungspflichten
- ☑ Erfindungen, Urheberrechte und sonstige Schutzrechte
- ☑ Laufzeit, Kündigungsfristen und Freistellung
- ☑ Rückgabe von Arbeitsmitteln, Unterlagen und Daten
- ☑ Ausschlussfristen
- ☑ Übliche Schlussbestimmungen

3. SOZIALVERSICHERUNGSPFLICHT DER GESELLSCHAFTER-GESCHÄFTSFÜHRER?

Ein häufiges Problem ist die sozialversicherungsrechtliche Einordnung der Geschäftsführer, also die Frage, ob das Unternehmen für sie Sozialversicherungsbeiträge abführen muss. Fremdgeschäftsführer sind wie Arbeitnehmer abhängig beschäftigt und damit immer sozialversicherungspflichtig tätig. Auf das Gehalt von Fremdgeschäftsführern sind daher Sozialversicherungsbeiträge zu zahlen.

Für Gesellschafter-Geschäftsführer sind nur dann keine Sozialversicherungsbeiträge zu zahlen, wenn sie maßgeblichen Einfluss auf die Gesellschaft aufgrund ihrer Gesellschafterstellung haben und so verhindern können, Anweisungen der Gesellschafterversammlung folgen zu müssen.

Das wird jedenfalls angenommen bei einer (auch mittelbaren) Kapitalbeteiligung von mindestens 50 %. Eine im Gesellschaftsvertrag vereinbarte Sperrminorität oder Stimmbindungsvereinbarungen können auch einem Gesellschafter-Geschäftsführer mit einer geringeren Beteiligung einen maßgeblichen Einfluss geben und zur Befreiung von der Sozialversicherung führen. Hier kommt es allerdings auf den Einzelfall an und die Anforderungen sind recht hoch. Mit einer zielorientierten Formulierung der gesellschaftsrechtlichen Dokumentation und der Dienstverträge sowie entsprechender Umsetzung in der Praxis sind die Chancen für eine Befreiung hoch.

Zu beachten ist, dass sich die Beurteilung der Sozialversicherungspflicht mit der Zeit ändern kann, etwa wenn sich die Beteiligungsverhältnisse ändern, weil in Finanzierungsrunden neue Gesellschafter an Bord kommen. Dann ist die Frage der Sozialversicherungspflicht der Gesellschafter-Geschäftsführer neu zu beantworten.

Die Anforderungen der Rechtsprechung an die Sozialversicherungsfreiheit von Gesellschafter-Geschäftsführern mit Minderheitsbeteiligung haben sich in letzter Zeit verschärft und Sozialversicherungsträger haben nach Betriebsprüfungen vermehrt Nachforderungen für Gesellschafter-Geschäftsführer geltend gemacht. Diese Beträge können zusammen mit den anfallenden Säumniszuschlägen eine große finanzielle Belastung für das Start-up sein, da das Unternehmen hierauf alleine haftet (Arbeitnehmer- und Arbeitgeberanteil!) – und zwar für die vergangenen vier Jahre.

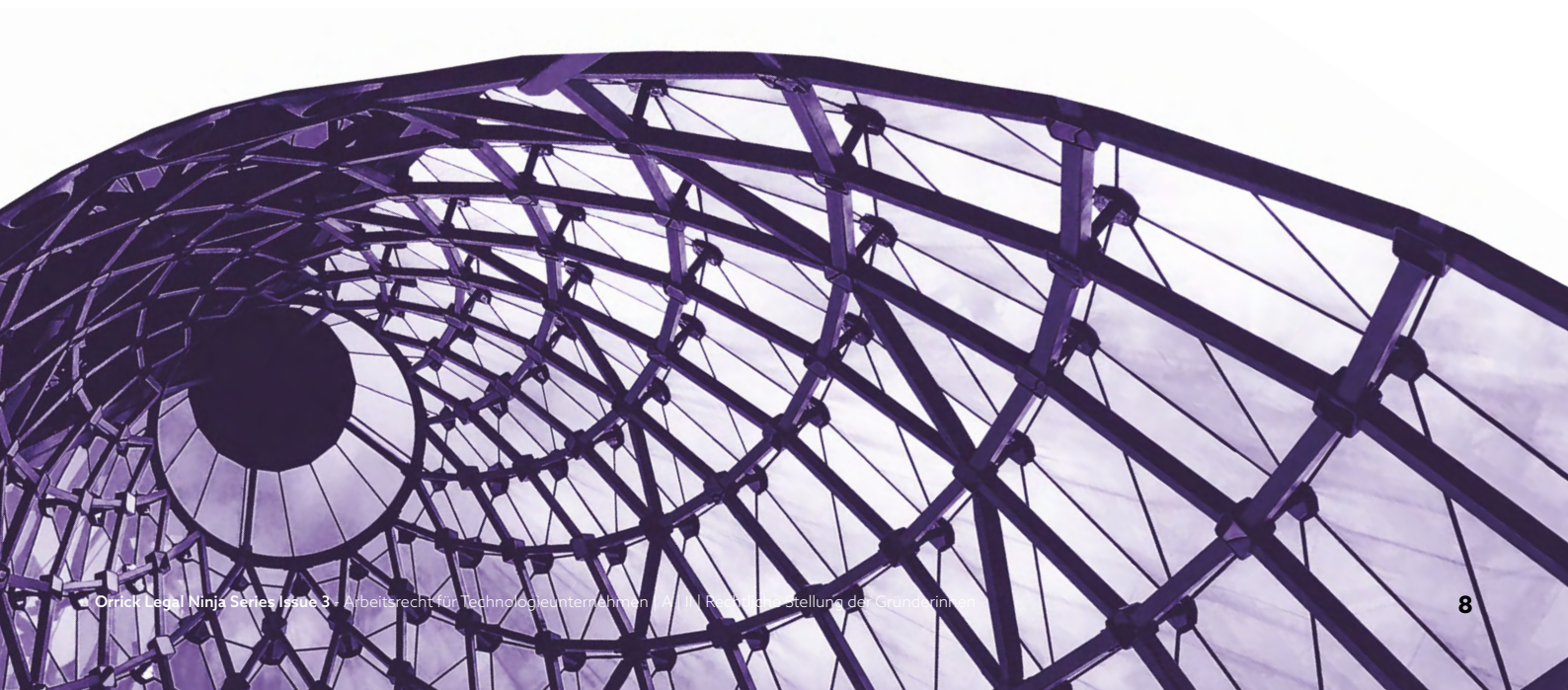
4. SICHERHEIT DURCH STATUSFESTSTELLUNGSVERFAHREN

Im Zweifel sollte ein Statusfeststellungsverfahren bei der Clearingstelle der Deutschen Rentenversicherung durchgeführt werden, um die Frage der Sozialversicherungspflicht der Gesellschafter-Geschäftsführer zu klären. Das Formularpaket zur Statusfeststellung mit Erläuterungen zum Ausfüllen ist auf der Homepage der Deutschen Rentenversicherung Bund www.deutsche-rentenversicherung.de verfügbar (nur in Deutsch).

Anträge können elektronisch an die Clearingstelle gesendet werden (Bundesweite-Clearingstelle@drv-bund.de-mail.de). Es sind sämtliche Dokumente über die Tätigkeit beizufügen, vor allem Dienstvertrag, Gesellschaftsverträge und Handelsregisterauszüge. Nach Antragseingang und erster Prüfung fordert die Clearingstelle bei Bedarf unter Fristsetzung weitere Angaben und ggf. Unterlagen an. Bevor die Rentenversicherung einen Bescheid erlässt, werdet Ihr angehört, wenn die Rentenversicherung von Sozialversicherungspflicht ausgeht.

Schon bei der Antragstellung sollte ein Experte eingeschaltet werden. Wenn man hier nämlich ungünstige Angaben macht, kann es schwierig sein, diese später zu korrigieren. Jedenfalls kann es dann aber deutlich länger dauern. Über einen professionell vorbereiteten Antrag bei einfacher Gestaltung entscheidet die Clearingstelle in der Regel innerhalb von vier bis sechs Wochen. Bei einer komplexeren Gestaltung (z.B. mittelbare Beteiligung, Sperrminorität) entscheidet die Clearingstelle regelmäßig innerhalb von drei bis vier Monaten.

Ein Antrag ist nur so lange möglich, wie noch kein anderes Verwaltungsverfahren von den Behörden eingeleitet wurde. Die Rentenversicherung wertet beispielsweise schon eine angekündigte Betriebsprüfung als Einleitung eines Verwaltungsverfahrens. Sobald Zweifel aufkommen, solltet Ihr also handeln!



III. Die ersten Teammitglieder: Arbeitnehmer, Freelancer, Praktikanten, Werkstudenten ...

DE EN

- Irgendwann kommt jedes erfolgreiche Start-up an den Punkt, an dem die Arbeitskraft der Gründer (und natürlich die Unterstützung von Friends & Family) nicht mehr reicht: Das Team muss größer werden.
- Es gibt ganz unterschiedliche Möglichkeiten, wie Ihr Euren Personalbedarf deckt – alle haben Vor- und Nachteile. Neben dem Einsatz von Arbeitnehmern (Voll- oder Teilzeit, befristet oder unbefristet) und Freelancern[2] ist bei jungen Unternehmen der Einsatz von Praktikanten, Werkstudenten und Minijobbern beliebt.
- Es lohnt sich, über die verschiedenen Optionen des Staffing nachzudenken und zusammen mit einem Experten ein maßgeschneidertes Konzept aufzusetzen.

1. ARBEITNEHMER ODER FREELANCER?

Für jedes Teammitglied in einem Start-up, das nicht als Praktikant oder Werkstudent anfangen soll (zu diesen Optionen später), muss vor Arbeitsbeginn richtig entschieden werden, ob es als Arbeitnehmer oder als Freelancer tätig werden soll.

Häufig neigen junge Unternehmen dazu, zu Beginn in großem Umfang zunächst Freelancer zu beauftragen und nach weiterem Wachstum mehr und mehr zu Arbeitsverträgen überzugehen. Der Einsatz von Freelancern erscheint günstiger, weil das Unternehmen für sie keine Sozialabgaben zahlen muss und Freelancer nicht denselben Schutz genießen wie Arbeitnehmer. Die erste Zeit des Vertragsverhältnisses als Freelancer wird auch oft als vorgeschaltete Probezeit genutzt, nach der entschieden wird, ob dem Freelancer ein Arbeitsvertrag angeboten wird.

Die richtige Einordnung als Arbeitnehmer oder Freelancer ist jedoch schon am Anfang wichtig: Scheinselbstständigkeit, also die fehlerhafte Einordnung eines Arbeitnehmers als Freelancer, kann erhebliche Auswirkungen auf das Unternehmen haben – von der rückwirkenden Haftung für Steuern und Sozialversicherungsbeiträge (Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteil!) bis hin zu Reputationsschäden und sogar strafrechtlicher Verantwortung der Geschäftsführer (bei Vorsatz).

2. Nur diesen Begriff verwenden wir in der deutschen Fassung. Gerne werden Freelancer auch als freie Mitarbeiter, Auftragnehmer, Subunternehmer, Berater, Consultant, Selbstständige oder Self-Employed bezeichnet.

2. DIE WICHTIGSTEN ABGRENZUNGSKRITERIEN IM ÜBERBLICK

Leider ist es nicht immer einfach festzustellen, ob es sich bei einzelnen Teammitgliedern um Arbeitnehmer oder Freelancer handelt. Klar ist: Teammitglieder werden nicht dadurch zu Freelancern, weil man sie so (oder ähnlich) nennt oder der Vertrag als "Vertrag über freie Mitarbeit" oder "Beratervertrag" bezeichnet wird. Vielmehr ist entscheidend, wie der Vertrag in der Praxis gelebt wird. Die Rechtsprechung hat eine Vielzahl von Kriterien entwickelt, anhand derer sie die Einteilung vornimmt, wobei diese Kriterien nicht immer einheitlich angewendet und gewichtet werden. Wie ein Teammitglied eingeordnet wird, ist daher nicht immer klar vorhersehbar.

Die wichtigsten Kriterien sind Weisungsgebundenheit und die Einbindung in die Organisation. Wenn das Teammitglied also kleinschrittige Arbeitsanweisungen von Euch erhält, seine Arbeitszeit nicht selbst frei einteilen kann, Visitenkarten und E-Mail-Adresse des Start-ups ohne besondere Kennzeichnung als Externer nutzt, ein Badge und uneingeschränkten Zugang zu allen Räumen und internen Netzwerken hat, an allen Firmen-Events teilnimmt und weitere Benefits bekommt, spricht sehr viel dafür, dass es sich um einen Arbeitnehmer handelt und somit ein Fall von Scheinselbstständigkeit vorliegt.

Ein so klarer Fall ist in der Praxis selten. Oft bewegen sich die Modelle in einer Grauzone. Dann müsst Ihr sicherstellen, dass möglichst wenige Kriterien erfüllt werden, die für Arbeitnehmerstatus sprechen und möglichst viele, die einen Status als Freelancer begründen. Das lässt sich durch entsprechende Vertragsgestaltung erreichen, vor allem aber durch die Gestaltung der tatsächlichen Abläufe. Die Papierform kann noch so gut sein: Sie wird nie eine ihr widersprechende, möglicherweise jahrelange Praxis aufwiegen.

Neben dem Problembewusstsein für das Thema, das in Grundzügen auf allen Ebenen vorhanden sein sollte (etwa durch regelmäßige Trainings), sind interne Prozesse und Strukturen erforderlich, die zum einen die Gestaltung der Freelancer-Verträge erfassen, zum anderen den Einsatz der Freelancer im day-to-day. Sehr leicht umzusetzen ist auf der vertraglichen Ebene bei Freelancern etwa eine regelmäßige *Freelancer Self-Certification*, eine Bestätigung durch den Freelancer, dass er bestimmte Voraussetzungen einer selbstständigen Tätigkeit erfüllt, etwa weitere Kunden hat, mit denen er einen nicht unerheblichen Teil seiner Umsätze erzielt.

> Wenn ich einen Vogel sehe, der wie eine Ente geht und wie eine Ente schwimmt und wie eine Ente quakt, nenne ich diesen Vogel eine Ente.[3]

3. Der "Ententest" (duck-typing, duck test) geht wohl zurück auf dieses Gedicht von James Whitcomb Riley. Mit ihm wird die Natur eines bestimmten Phänomens nur anhand von außerhalb sichtbarer Verhaltensweisen und Eigenschaften analysiert (Text leicht abgewandelt übernommen von Wikipedia). Im Wesentlichen lässt sich damit auch die Methode beschreiben, mit der Gerichte und Behörden versuchen, Arbeitnehmer und Freelancer voneinander abzugrenzen. Eine Ente bleibt eine Ente, auch wenn man ihr ein anderes Label umhängt. Und genauso ist es bei Teammitgliedern, die alle Merkmale eines Arbeitnehmers erfüllen.

CHECKLISTE: ARBEITNEHMER VS. FREELANCER

FÜR ARBEITNEHMERSTATUS SPRECHEN:

Weisungsrecht des Unternehmens im Hinblick auf

- ☑ Arbeitsort
- ☑ Arbeitszeit
- ☑ Art und Weise der Tätigkeit

Eingliederung in Organisation, etwa erkennbar an

- ☑ Einordnung in Organisation und Hierarchie
- ☑ Aufnahme in Org Charts, Telefonverzeichnisse und E-Mail-Verteiler
- ☑ Zuweisung eines Büros
- ☑ Vertretung von Arbeitnehmern (z.B. Urlaub, Krankheit)
- ☑ Überlassung von Laptop und Smartphone
- ☑ Teilnahme an Firmen-Events
- ☑ Gewährung derselben Benefits (z.B. kostenlose oder vergünstigte Verpflegung, Fitnessstudio)
- ☑ Visitenkarte und E-Mail-Adresse ohne deutliche Kennzeichnung als Externer
- ☑ Uneingeschränkter Zugang zu internen Datenbanken und Kommunikationsplattformen wie Dropbox, Slack, Gmail, Citrix

Weitere Kriterien

- ☑ Identische Tätigkeit wie Arbeitnehmer
- ☑ Tätigkeit nur für ein Unternehmen
- ☑ Eigene Arbeitskraft geschuldet
- ☑ Detaillierte Berichtspflichten
- ☑ Monatliche Festvergütung
- ☑ Gewährung typischer Arbeitgeberleistungen (z.B. Urlaub, Entgeltfortzahlung, Überstundenvergütung)
- ☑ Führung von Personalakten

FÜR STATUS ALS FREELANCER SPRECHEN:

Kein Weisungsrecht des Unternehmens im Hinblick auf Arbeitsort, Arbeitszeit, Art und Weise der Tätigkeit

Keine Eingliederung in Organisation, insbesondere

- ☑ Kein eigenes Büro im Unternehmen
- ☑ Keine Vertretung von Arbeitnehmern (z.B. Urlaub, Krankheit)
- ☑ Nutzung eigener Arbeitsmittel (Laptop, Smartphone)
- ☑ Keine Einordnung in Organisation und Hierarchie
- ☑ Keine Teilnahme an Firmen-Events
- ☑ Keine Gewährung von Benefits für Arbeitnehmer
- ☑ Keine Aufnahme in Org Charts, Telefonverzeichnisse, E-Mail-Verteiler
- ☑ Keine Visitenkarte und E-Mail-Adresse des Unternehmens oder nur mit klarer Kennzeichnung als Externer
- ☑ Eingeschränkter Zugang zu internen Datenbanken und Kommunikationsplattformen wie Dropbox, Slack, Gmail, Citrix

Weitere Kriterien

- ☑ Keine vergleichbare Tätigkeit wie Arbeitnehmer
- ☑ Tätigkeit für mehrere Unternehmen
- ☑ Unternehmerisches Auftreten am Markt (z.B. eigene Homepage, E-Mail, Visitenkarten)
- ☑ Nicht eigene Arbeitskraft geschuldet, Erlaubnis zum Einsatz von anderen Personen
- ☑ Keine oder eingeschränkte Berichtspflichten
- ☑ Keine monatliche Festvergütung, sondern projektbezogene Vergütung oder Stundenhonorar
- ☑ Keine Gewährung typischer Arbeitgeberleistungen (z.B. Urlaub, Entgeltfortzahlung, Überstundenvergütung)
- ☑ Gewerbeanmeldung

3. FOLGEN VON SCHEINSELBSTSTÄNDIGKEIT

Oft fällt Scheinselbstständigkeit erst nach einiger Zeit auf, zum Beispiel, wenn mit Investoren über einen Einstieg verhandelt wird. Diese prüfen dann im Rahmen der Due Diligence die rechtlichen Risiken. Eine Schar von Freelancern, die nach dem Ergebnis der Due Diligence wahrscheinlich als Arbeitnehmer einzustufen sind, kann die anfängliche Lust auf ein Investment ziemlich schnell trüben, jedenfalls aber die Konditionen des Einstiegs aufgrund der damit verbundenen finanziellen Risiken (vor allem in Form von Nachzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen) erheblich beeinflussen. Daneben kann ein Fall von Scheinselbstständigkeit im Rahmen einer Betriebsprüfung der Sozialversicherung aufgedeckt werden oder bei der Trennung von einem (vermeintlichen) Freelancer, der versucht, sich einzuklagen und das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses geltend macht.

In einem solchen Fall bestehen hohe finanzielle Risiken: Sozialversicherungsbeiträge für Renten-, Kranken-, Arbeitslosen- und Pflegeversicherung müssen für bis zu vier Jahre (bei Vorsatz gar 30 Jahre!) nachentrichtet werden. Das Unternehmen haftet dabei sowohl für seinen Anteil der Sozialversicherungsbeiträge als auch für den Anteil des Arbeitnehmers. Hinzu kommen Säumniszuschläge und Zinsen.

Daneben treten steuerliche Folgen: Das Unternehmen kann etwa von den Finanzbehörden auf die nicht abgeführte Lohnsteuer in Anspruch genommen werden, zwar mit der Möglichkeit des Rückgriffs beim Arbeitnehmer, diese geht in der Praxis aber oft ins Leere. Auch muss das Unternehmen dem Finanzamt den Vorsteuerabzug aus der Umsatzsteuer des Freelancers zurückerstatten.

Neben diese erheblichen finanziellen Belastungen treten die neuen Rechte der Freelancer als Arbeitnehmer: Ihnen stehen sämtliche Rechte eines Arbeitnehmers zu, etwa Anspruch auf Urlaub, Entgeltfortzahlung bei Krankheit und Mindestlohn sowie Kündigungsschutz – und zwar rückwirkend ab Beginn des Vertragsverhältnisses bis zur Grenze der Verjährung. Zu diesen rechtlichen und finanziellen Risiken treten Risiken für die Reputation des Unternehmens, die weiteres Wachstum hemmen können.

Sehr ähnliche Probleme können auftreten, wenn man statt der direkten Anstellung eines Freelancers den Weg über einen Werk- oder Dienstvertrag mit einem Service Provider wählt. Auf dem Papier wird ein Werk- oder Dienstvertrag mit dem Provider vereinbart, in der Praxis wird der Externe aber schlicht überlassen, weil er eingesetzt wird wie eigene Arbeitnehmer des Start-ups. Dann liegt illegale Arbeitnehmerüberlassung vor, die zu sehr ähnlichen Haftungsrisiken führt wie Scheinselbstständigkeit. Auch diese Konstellationen sollte man sich daher genau anschauen.

Insgesamt gibt es daher gute Gründe für junge Technologieunternehmen, sich mit dem Thema Scheinselbstständigkeit früh intensiv auseinanderzusetzen und zu prüfen, welche Funktionen bei einer realistischen Betrachtung tatsächlich mit Freelancern besetzt werden können. In Zweifelsfällen hilft auch hier nur ein Statusfeststellungsverfahren.

4. DER EINSATZ VON PRAKTIKANTEN UND WERKSTUDENTEN

Die Beschäftigung von Praktikanten und Werkstudenten eignet sich gut, um junge Talente auf lange Sicht an das Unternehmen heranzuführen und zum gegenseitigen Kennenlernen. Beide Vertragstypen haben aber auch Nachteile und bergen Risiken, vor allem wenn sie als Ersatz für reguläre Arbeitnehmer verwendet werden.

5. WAS BEIM EINSATZ VON PRAKTIKANTEN WICHTIG IST

Praktikanten sind per Definition vorübergehend praktisch tätig, um sich die für einen – meist akademischen – Beruf notwendigen praktischen Kenntnisse, Fertigkeiten und Erfahrungen anzueignen. Dabei gelten Praktikanten nicht als Arbeitnehmer, da bei ihnen nicht die Erbringung von Arbeitsleistung im Vordergrund steht, sondern der Ausbildungszweck.

Auch hier reicht es nicht, einen "Praktikantenvertrag" zu vereinbaren, wenn der Praktikant in der Praxis wie ein Arbeitnehmer eingesetzt wird. Bei einem solchen Scheinpraktikum wird er dann Anspruch auf Vergütung wie andere vergleichbare Arbeitnehmer haben und grundsätzlich unter alle arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften fallen. Beides, Schriftform und gelebte Praxis, müssen dem Ausbildungszweck eines Praktikums entsprechen. Dokumentiert den Ausbildungszweck in einem Praktikumsplan und lebt das Vertragsverhältnis so.

Grundsätzlich gilt für Praktikanten das Mindestlohngesetz. Der Mindestlohn beträgt seit dem 1. Oktober 2022 EUR 12,00 brutto je Arbeitsstunde. Nur in besonderen Fällen kann ein unbezahltes Praktikum angeboten werden, etwa bei im Rahmen der Ausbildungsordnung vorgeschriebenen Praktika für Studierende und Auszubildende (Pflichtpraktikum) oder im Rahmen eines Orientierungspraktikums vor Aufnahme eines Studiums oder einer Ausbildung von bis zu drei Monaten.

6. DER EINSATZ VON WERKSTUDENTEN ALS WEITERE OPTION

Werkstudenten werden in der Regel während der Semesterferien in Vollzeit oder auch während der Vorlesungszeit in Teilzeit tätig. Anders als Praktikanten gelten sie als Arbeitnehmer, da bei ihnen nicht der Ausbildungszweck im Vordergrund steht, sondern die Arbeitsleistung. Es sind daher grundsätzlich alle arbeitsrechtlichen Regeln anzuwenden – etwa Regelungen über Entgeltfortzahlung bei Krankheit, Mindesturlaub, Kündigungsschutz und Befristungen. Auch für Werkstudenten gilt der Mindestlohn.

Werkstudenten zeichnen sich allerdings durch eine andere Besonderheit aus: Sie genießen das Werkstudentenprivileg. Das bedeutet, dass das Unternehmen für sie keine Sozialversicherungsbeiträge zahlen muss, wenn es sich um an einer Hochschule eingeschriebene Studenten handelt und die wöchentliche Arbeitszeit 20 Stunden nicht überschreitet (40 Stunden während der vorlesungsfreien Zeit).

Das ist ein erheblicher finanzieller Vorteil, wobei Rentenversicherungsbeiträge hiervon ausgenommen und grundsätzlich zu zahlen sind, soweit nicht eine geringfügige Beschäftigung vorliegt und sich der Student von der Rentenversicherungspflicht hat befreien lassen.

Die Voraussetzungen des Werkstudentenprivilegs sollten in dem Werkstudentenvertrag dokumentiert und in der Praxis beachtet werden, vor allem die Einhaltung der zeitlichen Höchstgrenzen. Es sollte vertraglich vorgesehen werden, dass der Student jedes Semester eine Immatrikulationsbescheinigung vorlegt. Wenn das Werkstudentenprivileg verloren geht, etwa weil der Student nicht immer immatrikuliert ist, müssen Sozialabgaben vom Unternehmen nachgezahlt werden, was beim Einsatz von mehreren Werkstudenten schnell teuer werden kann.

QUICK CHECK – PRAKTIKANTEN UND WERKSTUDENTEN

MINDESTLOHN FÜR PRAKTIKANTEN?

1. Freiwilliges oder verpflichtendes Praktikum?
2. Wenn freiwillig: Orientierungspraktikum (maximal drei Monate) vor Aufnahme des Studiums?
3. Wenn verpflichtend: Während und nicht vor oder nach der Ausbildung?

Wenn die Fragen 2 oder 3 mit Ja beantwortet werden, hat der Praktikant wahrscheinlich keinen Anspruch auf den Mindestlohn.

SOZIALVERSICHERUNGSBEITRÄGE FÜR PRAKTIKANTEN?

- Verpflichtendes Praktikum? Keine Sozialversicherungspflicht.
- Freiwilliges Praktikum? Sozialversicherungspflicht besteht grundsätzlich, aber möglicherweise greift das Werkstudentenprivileg.

WAS IST BEI WERKSTUDENTEN ZU BEACHTEN?

- Zeitlicher Umfang eingehalten? (max. 20 Stunden bzw. in Semesterferien 40 Stunden/Woche);
- Achtung: Parallele Beschäftigungen werden zusammengerechnet!
- An Hochschule eingeschrieben? (Kein Promotionsstudent, nicht mehr als 25 Semester, kein Urlaubssemester, kein Teilzeitstudium)
- Wo besteht die Krankenversicherung? (Bei Familienversicherung über die Eltern darf nicht mehr als EUR 520 verdient werden)

7. GERINGFÜGIGE BESCHÄFTIGUNG

Von geringfügiger Beschäftigung spricht man, wenn ein Arbeitnehmer nicht mehr als EUR 520 pro Monat, also EUR 6.240 pro Jahr (Stand: 1. Oktober 2022) verdient (Entgeltgeringfügigkeit) oder die Beschäftigung von vornherein auf zwei Monate oder 50 Kalendertage im Kalenderjahr beschränkt ist und nicht berufsmäßig ausgeübt wird (Zeitgeringfügigkeit).

Zwar eignet sich der Einsatz von geringfügig Beschäftigten damit grundsätzlich für kurzzeitige Projekte; sie können zur Abdeckung von Auftragsspitzen flexibel eingesetzt werden und ihr Einsatz ist darüber hinaus in gewisser Hinsicht sozialversicherungsrechtlich privilegiert. Aber die Arbeitszeit und das Gehalt mehrerer geringfügiger Beschäftigungen werden zusammengerechnet, womit diese Beschäftigungsmöglichkeit für qualifizierte Arbeitnehmer meist nicht in Frage kommt.

Geringfügig Beschäftigte haben grundsätzlich die gleichen Rechte wie Arbeitnehmer, die in Vollzeit tätig sind. Sie haben etwa Anspruch auf Urlaub und Entgeltfortzahlung bei Krankheit. Für sie gilt insbesondere auch das Mindestlohngesetz, so dass höchstens 43,33 Stunden (Stand: 1. Oktober 2022) im Monat gearbeitet werden dürfen (bei Entgeltgeringfügigkeit). Das Mindestlohngesetz sieht daneben Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflichten für die tägliche Arbeitszeit von geringfügig Beschäftigten vor. Verstöße gegen diese Pflichten können mit einem Bußgeld von bis zu EUR 30.000 geahndet werden.

IV. Der erste Arbeitsvertrag

DE EN

Oft wird für den ersten Arbeitsvertrag ein online kostenlos verfügbares Muster genommen oder ein Template von einem befreundeten Start-up. Beides ist besser als gar keine dokumentierte Vereinbarung – was in der Praxis überraschend oft vorkommt – aber nicht ideal.

KÖNNEN WIR DAS MIT DOCUSIGN UNTERSCHREIBEN?

DocuSign, PandaDoc und andere Formen von E-Signing sind nützliche Tools. Wenn das Gesetz Schriftform verlangt, reicht E-Signing aber nicht.

FOLGENDE DOKUMENTE KÖNNEN MIT DOCUSIGN, PANDADOC ETC. UNTERZEICHNET WERDEN:

- Geschäftsführerdienstverträge
- Vereinbarungen über zusätzliche Benefits, etwa Virtual Options oder Bonus
- Arbeitsverträge (Ausnahmen: Befristete Arbeitsverträge und nachvertragliche Wettbewerbsverbote)
- Abmahnungen
- Bestätigung einer Eigenkündigung des Arbeitnehmers
- Abwicklungsverträge

FOLGENDE DOKUMENTE KÖNNEN NICHT MIT DOCUSIGN, PANDADOC ETC. UNTERZEICHNET WERDEN:

- Befristete Arbeitsverträge
- Berufsausbildungsverträge
- Nachvertragliche Wettbewerbsverbote
- Kündigungen
- Aufhebungsverträge
- Zeugnisse
- Arbeitsverträge, die auflösende Bedingungen enthalten (etwa, dass ein ausländischer Arbeitnehmer eine gültige Aufenthaltserlaubnis haben muss)

1. GIBT ES BESTIMMTE FORMVORSCHRIFTEN FÜR DEN ABSCHLUSS VON ARBEITSVERTRÄGEN?

Nein. Das deutsche Arbeitsrecht verlangt nicht, dass Arbeitsverträge eine bestimmte Form haben. Eine mündliche Vereinbarung genügt ebenso wie die einfache Aufnahme der Arbeit oder ein Austausch von E-Mails. Auch die Verwendung von DocuSign oder anderer E-Signing-Lösungen für Arbeitsverträge funktioniert grundsätzlich.

Aber: Spätestens zum Tätigkeitsbeginn muss dem Arbeitnehmer eine vom Arbeitgeber unterschriebene Niederschrift der wesentlichen Vertragsbedingungen ausgehändigt werden. Seit dem 1. August 2022 ist ein Verstoß hiergegen sogar mit einem Bußgeld bis zu EUR 2.000 pro Verstoß bewehrt.

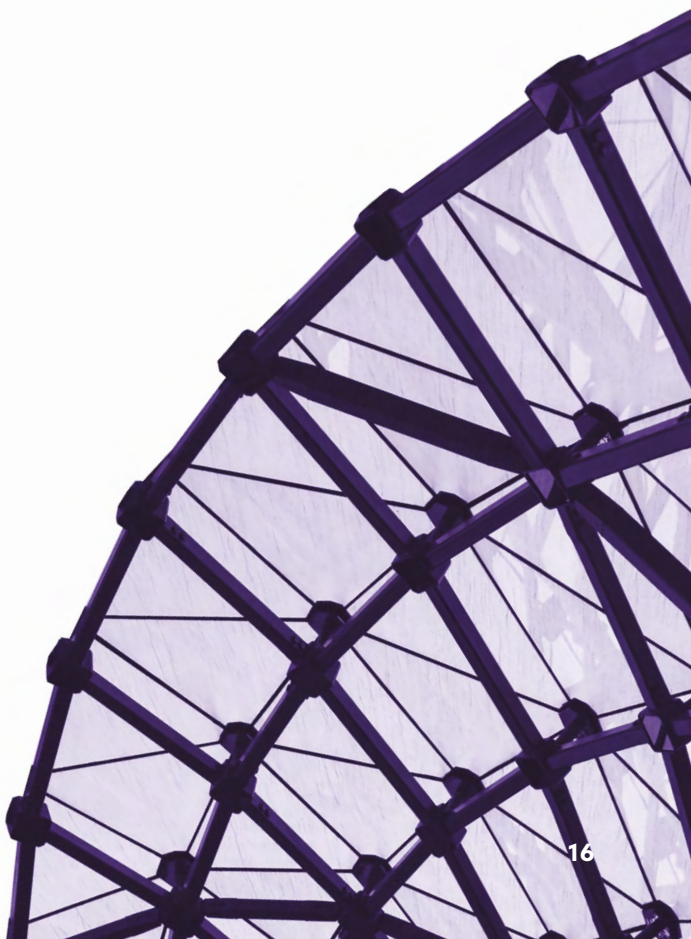
Der zwingende Inhalt des Nachweises über die wesentlichen Vertragsbedingungen des Arbeitsverhältnisses umfasst unter anderem:

- die Dauer der Probezeit
- das Fälligkeitsdatum für die Gehaltszahlung
- die vereinbarten Arbeitszeiten
- vereinbarte Ruhepausen
- die Möglichkeit, Überstunden anzuordnen sowie deren Voraussetzungen
- etwaige Ansprüche auf eine betriebliche Altersversorgung
- das Verfahren bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses
- zumindest den Hinweis auf das Schriftformerfordernis und die Kündigungsfristen
- sowie die Frist für die Erhebung einer Kündigungsschutzklage

Wenn Ihr auch weiterhin Arbeitsverträge mit E-Signing-Lösungen unterzeichnen wollt, müsst Ihr dem Arbeitnehmer spätestens am ersten Arbeitstag jedenfalls einen solchen handschriftlich unterschriebenen Nachweis überreichen oder ihm per Post übersenden.

Und Vorsicht: Manche Vereinbarungen müssen die gesetzliche Schriftform erfüllen, um wirksam zu sein. Das heißt: Originalunterschriften von Arbeitgeber und Arbeitnehmer sind erforderlich. Das gilt vor allem für Befristungen und für nachvertragliche Wettbewerbsverbote. Wird eine Befristung etwa zunächst nur mündlich vereinbart und erst nach Tätigkeitsbeginn schriftlich fixiert, ist bereits ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zustande gekommen. Näheres zur Befristung von Arbeitsverhältnissen haben wir weiter unten zusammengefasst.

Im Regelfall empfiehlt es sich daher, besser gleich einen schriftlichen Arbeitsvertrag zu schließen. Zumindest in Deutschland werden die meisten Kandidaten auch heute noch ein unterschriebenes physisches Dokument erwarten.



2. WELCHE SPRACHE SOLLEN WIR WÄHLEN?

Englisch ist in den meisten jungen Tech-Unternehmen mittlerweile die (in)offizielle Unternehmenssprache. Auch Arbeitsverträge und sonstige Vereinbarungen mit Arbeitnehmern können auf Englisch gefasst sein. Es gibt keine Pflicht, Arbeitsverträge auf Deutsch zu erstellen. Falls es allerdings einmal zu einem Rechtsstreit kommen sollte oder eine Behörde die Vorlage von Arbeitsverträgen verlangt, muss eine deutsche Übersetzung geliefert werden.

Nicht selten wird die gesamte arbeitsrechtliche Dokumentation zu Beginn nur auf Englisch erstellt, um den Aufwand gering zu halten und die Dokumente schlank. Im Zweifel sollten sich Start-ups für Englisch oder bilinguale Fassungen entscheiden. Hiermit lassen sich internationale Talente besser ansprechen und für VC-Geber von außerhalb Deutschlands wird die Due Diligence beim Einstieg deutlich leichter.

3. WIE SIEHT ES MIT TEMPLATES AUS DEM INTERNET AUS?

Wir wollen sicher nicht alle online verfügbaren Templates verurteilen. Oft enthalten sie die für einen Arbeitsvertrag wesentlichen Regelungen. Und generell kann man sagen: Ein solches Muster ist meist besser als gar kein schriftlicher Arbeitsvertrag. Die Qualität der Templates ist allerdings sehr unterschiedlich und ihre Verwendung erweist sich oft als kostspielig, weil sie nicht auf das Unternehmen angepasst sind. Das merkt man aber leider immer erst, wenn es zu spät ist.

So sind beispielsweise für Tech-Unternehmen Geheimhaltungspflichten und Regelungen zur Übertragung von Schutzrechten essentiell. In frei verfügbaren Mustern sind solche Regelungen nicht selten gar nicht oder nur sehr dürftig enthalten, so dass sie nicht auf das Unternehmen oder die Rolle passen. Häufig finden sich in Mustern auch Platzhalter und mehrere Alternativklauseln, vor Unterschrift wird dann aber nichts eingetragen oder ausgewählt. Solche Unklarheiten gehen zu Lasten des Unternehmens.

Generell gilt: Im Arbeitsrecht wird viel durch die Rechtsprechung geregelt. Urteile sorgen häufig dafür, dass jahrelang ganz selbstverständlich verwendete Klauseln in Arbeitsverträgen plötzlich unwirksam werden. Regelungen in Arbeitsverträgen unterliegen nämlich als Allgemeine Geschäftsbedingungen einer besonderen gerichtlichen Kontrolle: Sie dürfen den Arbeitnehmer nicht unangemessen benachteiligen und müssen klar und verständlich sein. Die Gerichte legen hier strenge Maßstäbe an. Einem Muster sieht man aber häufig nicht an, auf welchem Stand der Rechtsprechung es sich befindet – oder ob der Verfasser überhaupt die Rechtsprechung berücksichtigt hat.

Das sind Probleme, die natürlich nicht gleich über Erfolg oder Misserfolg des Start-ups entscheiden. Zu unangenehmen und nicht selten teuren Überraschungen führen sie aber regelmäßig.

Zumindest für die Key Employees und wichtige Know-how Träger solltet Ihr maßgeschneiderte (bilinguale) Arbeitsverträge mit externer Hilfe erstellen. Diese Entwürfe lassen sich dann mit wenig Aufwand so anpassen, dass sie auch für andere Positionen geeignet sind, was das Budget schont.

4. WER SOLL DAS UNTERSCHREIBEN?

Ein paar Gedanken zu Umfang und Sprache: Ein bilingualer Arbeitsvertrag in Juristendeutsch mit 36 Seiten und vier Anlagen, der alle Eventualitäten bis hin zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei Erwerbsminderung und Renteneintritt abdeckt, schreckt Talente ab und vermittelt nicht unbedingt das Image eines jungen Unternehmens. Formuliert Eure Arbeitsverträge so, dass sie leicht verständlich sind. Lasst Überflüssiges weg. Der Arbeitsvertrag vermittelt ein Stück der Unternehmenskultur, ein entscheidendes Attraktivitätsmerkmal für Talente. Inhalt und Sprache sollten hierzu passen.

Anwälte lieben Sicherheit und gehen bei der Gestaltung immer vom Worst Case-Szenario aus, das dann auch detailliert in Mustern abgedeckt wird. Viele der Regelungen, die man heute in üblichen Mustern findet, kann man aber vor allem in jungen Unternehmen ganz weglassen, weil die Zahl der echten Problemfälle im Promille-Bereich liegt. Verzichtet Ihr auf diese überflüssigen Regelungen, lässt sich die Zahl der Seiten schon leicht halbieren. Überlegt mit externer Hilfe, welche Regelungen für Euch wirklich wichtig, welche nice to have sind und auf welche Ihr verzichten könnt. Kürze und Klarheit helfen beim Recruiting. Keep it simple!

Verwendet einen schlanken Arbeitsvertrag mit den wesentlichen Regelungen in klarer Sprache, in dem sich auch der Geist Eures Unternehmens spiegelt. Auch Duzen ist erlaubt!

CHECKLISTE: WAS SOLLTE MINDESTENS IM ARBEITSVERTRAG GEREGELT WERDEN?

- ☑ Name und Anschrift von Arbeitnehmer und Arbeitgeber
- ☑ Bezeichnung der Position (z.B. Software Developer), Arbeitsort/Home Office
- ☑ Tätigkeitsbeginn, Probezeit (maximal 6 Monate)
- ☑ Tätigkeitsbeschreibung
- ☑ Versetzungsklausel
- ☑ Vergütung (Festgehalt, variable Vergütung) und weitere Benefits, Vergütung von Überstunden
- ☑ Arbeitszeit, Nebentätigkeiten
- ☑ Wettbewerbsverbot (vertraglich und ggf. nachvertraglich bei Key Employees)
- ☑ Urlaub
- ☑ Auslagen und Reisekosten
- ☑ Entgeltfortzahlung
- ☑ Geheimhaltungspflichten
- ☑ Erfindungen, Urheberrechte und sonstige Schutzrechte
- ☑ Telefon-, EDV- und E-Mail-Nutzung (Privatnutzung erlaubt?)
- ☑ Kündigungsfristen, Freistellung
- ☑ Rückgabe von Arbeitsmitteln, Unterlagen und Daten
- ☑ Ausschlussfristen
- ☑ Übliche Schlussbestimmungen

5. WELCHE RECHTLICHEN GRENZEN MÜSSEN WIR BEI DER ARBEITSZEIT EINHALTEN?

Das Arbeitszeitgesetz (ArbZG) enthält zwingende Vorgaben und Grenzen für die Arbeitszeit. Das Gesetz gilt grundsätzlich für alle Arbeitnehmer in Deutschland (mit Ausnahme der leitenden Angestellten). Regelungen, die gegen das Gesetz verstoßen, sind unwirksam. Und gegen Unternehmen, die mehr als die zulässige Arbeitszeit arbeiten lassen oder andere zwingende Vorgaben nicht beachten, können Bußgelder von bis zu EUR 15.000 je Verstoß verhängt werden. Die recht strengen Vorgaben des Gesetzes wurden noch nicht an die Arbeitswelt 4.0 angepasst und geben Unternehmen grundsätzlich wenig Flexibilität.

6. HÖCHSTARBEITSZEIT, SONN- UND FEIERTAGE

Die Arbeitszeit darf in der Regel acht Stunden pro Arbeitstag nicht überschreiten. Arbeitszeit meint die Zeit vom Beginn bis zum Ende der täglichen Arbeit, Pausen nicht eingerechnet. Arbeitstage sind die Tage von Montag bis Samstag, wobei in den meisten Tech-Unternehmen eine Fünf-Tage-Woche die Regel ist.

Die Arbeitszeit kann auf bis zu zehn Stunden pro Arbeitstag verlängert werden, wenn sie durchschnittlich acht Stunden pro Arbeitstag innerhalb von sechs Kalendermonaten oder innerhalb von 24 Wochen nicht überschreitet.

Die Arbeit an Sonn- und Feiertagen ist grundsätzlich verboten. Es gibt zwar einen umfangreichen gesetzlichen Katalog von Ausnahmen, der jedoch für die meisten Start-ups nicht von Bedeutung ist.

7. RUHEPAUSEN UND RUHEZEIT

Das Gesetz regelt Ruhepausen genau: Arbeitnehmer dürfen nicht länger als sechs Stunden ohne Ruhepausen arbeiten. So muss die Arbeitszeit nach mehr als sechs Arbeitsstunden durch eine zuvor festgelegte Pause von mindestens 30 Minuten unterbrochen werden, die in zweimal 15 Minuten aufgeteilt werden kann. Bei einer Arbeitszeit von mehr als neun Stunden muss die Pause mindestens 45 Minuten betragen.

Am Ende des Arbeitstages muss der Arbeitnehmer eine ununterbrochene Ruhezeit von elf Stunden haben. Während dieser Zeit darf der Arbeitnehmer keinen Verpflichtungen gegenüber seinem Arbeitgeber unterliegen, die ihn daran hindern, seine Freizeit frei zu genießen. Das heißt: Auch keine E-Mails checken.

Vorsicht: Das Arbeitszeitgesetz verpflichtet den Arbeitgeber, die Arbeitszeit der Arbeitnehmer zu erfassen, sobald sie acht Stunden übersteigt. Diese Aufzeichnungen sind mindestens zwei Jahre lang aufzubewahren. Verstöße gegen diese Aufzeichnungspflicht können mit Bußgeldern bis zu EUR 15.000 geahndet werden.

Vor kurzem hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, dass aus Sicht des Arbeitsschutzrechts auch eine vollständige Arbeitszeiterfassung notwendig sein kann. In welchen Fällen und in welchem Umfang genau das zu erfolgen hat, ist noch nicht ganz klar und wird die Praxis in den nächsten Jahren erst zeigen. Eine gesetzliche Regelung dazu wird voraussichtlich im Frühjahr 2023 kommen.

Diesen Punkt solltet
Ihr daher im Blick behalten
und Euch hierzu beraten lassen.

Die Pflichten des Arbeitszeitgesetzes treffen (allein) das Unternehmen. Es reicht daher nicht, die Arbeitnehmer hierauf hinzuweisen und darauf zu vertrauen, sie werden diese Grenzen schon einhalten. Um sicherzustellen, dass dringend notwendige Arbeiten auch außerhalb der üblichen Arbeitszeiten erledigt werden können, lässt sich anhand flexibler Arbeitszeitmodelle häufig eine geeignete Lösung finden, die mit dem Arbeitszeitgesetz compliant ist. Für junge Tech-Unternehmen kommt neben üblichen Vereinbarungen wie Gleitzeit beispielsweise oft auch Rufbereitschaft in Betracht.

8. WIE SOLLEN WIR ÜBERSTUNDEN REGELN?

Überstunden sind in Start-ups natürlich üblich. Wenn die Vergütung nicht oberhalb der Beitragsbemessungsgrenze der gesetzlichen Rentenversicherung liegt,[4] haben Arbeitnehmer regelmäßig Anspruch auf Überstundenvergütung oder Freizeitausgleich.

Um die finanzielle Belastung des Start-ups durch Überstunden gering zu halten, sollte der Arbeitsvertrag eine Regelung zur teilweisen Abgeltung von Überstunden durch das Festgehalt enthalten, im Übrigen Freizeitausgleich vorsehen und unbedingt eine wirksame Ausschlussfrist. In der Abgeltungsklausel muss die Zahl der Überstunden, die mit der Festvergütung abgegolten sein sollen, beschränkt sein und in einem angemessenen Verhältnis zur regelmäßigen Arbeitszeit stehen, andernfalls ist sie unwirksam. In welchem Umfang genau Überstunden pauschal mit dem Festgehalt abgegolten werden können, ist noch nicht geklärt. Wir empfehlen, 20 % der regelmäßigen wöchentlichen oder monatlichen Arbeitszeit nicht zu überschreiten. Wichtig ist, dass auch unter Einbeziehung der Überstunden der gesetzliche Mindestlohn nicht unterschritten werden darf.

Oft sind die erforderlichen Begrenzungen in Klauseln zur Überstundenabgeltung allerdings nicht gewünscht. Hierbei spielt auch eine Rolle, dass hierdurch der Eindruck erweckt werden kann, Überstunden in dem genannten Umfang werden in jedem Fall anfallen, was abschrecken kann. Oder es wird befürchtet, man bringt den Arbeitnehmer durch die Formulierung überhaupt erst auf die Idee, Überstundenvergütung zu verlangen und sie genau aufzuschreiben.

Hat man eine wirksame Ausschlussfrist vereinbart, kann man auch eine (unwirksame) Abgeltungsklausel ohne die oben genannten Einschränkungen aufnehmen. Eine Ausschlussfrist regelt, dass ein entstandener Anspruch innerhalb einer bestimmten Zeit geltend gemacht werden muss. Wird er nicht geltend gemacht, verfällt er. Die Zeit zur Geltendmachung des Anspruchs (etwa auf Überstundenvergütung) muss mindestens drei Monate betragen.

Enthält der Arbeitsvertrag eine wirksame Ausschlussklausel, ist das finanzielle Risiko für das Start-up nämlich sehr überschaubar: Arbeitnehmer machen Überstundenvergütung in der Praxis erst bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses geltend, nicht im laufenden Arbeitsverhältnis. Wurde daher die kürzestmögliche Ausschlussfrist von drei Monaten wirksam vereinbart, geht es nur um Überstundenvergütung für eben drei Monate – und nicht mehrere Jahre.

Eine Regelung zur Abgeltung von Überstunden bei einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Stunden könnte etwa lauten:

> Mit Deiner Vergütung nach Ziffer [■] sind bis zu 16 Überstunden im Monat abgegolten, wenn dadurch nicht der gesetzliche Mindestlohn unterschritten wird. Wenn Du darüber hinaus arbeitest, werden wir diese zusätzlichen Überstunden nach unserer Wahl durch Freizeit oder zusätzliche Vergütung ausgleichen.

4. 2023: EUR 87.600 (West) und EUR 85.200 (Ost). Die Werte beziehen sich auf das jährliche Brutto-Einkommen.

9. SONDERREGELUNGEN FÜR BESTIMMTE POSITIONEN

In bestimmten Fällen solltet Ihr darüber nachdenken, Sonderregelungen aufzunehmen.

Zum Beispiel sollten zumindest die Arbeitsverträge der Key Employees und Know-how Träger aus dem R&D Bereich besondere Regelungen zur Übertragung von urheberrechtsfähigen oder sonstigen schutzrechtsfähigen Arbeitsergebnissen oder der Einräumung entsprechender Nutzungs- und Verwertungsrechte enthalten. Für patent- oder gebrauchsmusterfähige Erfindungen enthält das Arbeitnehmererfindungsgesetz (ArbNErfG) allerdings zwingende Regelungen, von denen nicht abgewichen werden darf.

Bei Key Employees im R&D und Sales-Bereich und Positionen im Management lohnt es sich, über nachvertragliche Wettbewerbsverbote (dazu später) nachzudenken, um einen Verlust von Kunden an Wettbewerber zu verhindern.

10. WELCHE REGELN GELTEN FÜR BEFRISTUNGEN?

Viele Start-ups bevorzugen zu Beginn befristete Arbeitsverträge. Befristungen geben dem Unternehmen mehr Flexibilität, denn häufig ist am Anfang nicht klar, ob die Stelle ein Jahr nach Vertragsschluss noch gebraucht wird (oder noch bezahlt werden kann). Wirksame Befristungen schützen das wachsende Start-up auch vor teuren Trennungen, wenn die Voraussetzungen für den allgemeinen Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz erfüllt sind (dazu weiter unten). Das Arbeitsverhältnis endet bei einer (wirksamen) Befristung nämlich automatisch zu dem vereinbarten Zeitpunkt, ohne dass es einer Kündigung bedarf (oder einer Abfindung).

Doch befristete Arbeitsverträge sind auch Ausgangspunkt mancher Probleme. Sie eignen sich nicht für alle Positionen. So werden High Potentials im Technologiebereich fast immer eine feste Stelle suchen (und in der Regel auch finden). Eure Arbeitgeberattraktivität werdet Ihr durch intensive Nutzung von Befristungen kaum steigern und die Fluktuation im Team kann hoch sein. Wenn das Start-up in der Early Stage-Phase erst wenige Teammitglieder hat, was der Regelfall ist, könnt Ihr Euch ohnehin schnell und ohne Abfindung trennen, so dass Befristungen in diesem Stadium keinen Vorteil bringen. In der Expansion Stage werdet Ihr die Nutzung von Befristungen möglicherweise überdenken wollen.

Ob und wie Ihr befristete Verträge verwendet, solltet Ihr also immer gut überlegen und Eure Entscheidung der jeweiligen Entwicklungsphase des Start-ups anpassen.

Vorsicht: Seit 1. August 2022 muss bei befristeten Arbeitsverhältnissen die Probezeit im Verhältnis zu der Dauer der Befristung und der Art der Tätigkeit stehen. Nähere Angaben zu diesem Verhältnis enthält das Gesetz aber nicht. Wir halten grundsätzlich eine Probezeit von drei Monaten bei einer Befristung von zwei Jahren nicht für unangemessen.

11. BEFRISTUNGEN MÜSSEN IN SCHRIFTFORM VEREINBART WERDEN

Befristungen müssen zwingend in Schriftform vereinbart werden, also mit Originalunterschriften von beiden Seiten auf der Vertragsurkunde. Befristungen, die nur in E-Mails oder WhatsApp dokumentiert oder nur mit DocuSign, PandaDoc etc. unterschrieben sind, sind unwirksam. Als Folge entsteht ein unbefristetes Arbeitsverhältnis.

ACHTUNG:
Eine sachgrundlose Befristung kann nur vor Aufnahme der Tätigkeit in Schriftform wirksam vereinbart werden.

12. BEFRISTUNG MIT SACHGRUND

Die grundlegende Frage bei einer Befristung ist immer, ob für die Befristung ein Sachgrund besteht. Sachgründe können etwa vorübergehender Bedarf (z.B. ein zeitlich begrenztes Projekt), die Vertretung eines anderen Arbeitnehmers (Klassiker: Elternzeit) oder der ausdrückliche Wunsch des Arbeitnehmers nach einer Befristung (die Anforderungen dafür sind hoch!) sein. Diesen Sachgrund müsst Ihr bei einem Streit nachweisen können.

Grundsätzlich können Befristungen mit Sachgrund beliebig oft vereinbart und verlängert werden. Eine zeitliche Grenze oder eine Höchstzahl von Verlängerungen gibt es (derzeit) nicht. Bei mehrmaliger Verlängerung kann es bei einem Streit aber schwierig sein, nachzuweisen, dass der Bedarf an der Arbeitsleistung wirklich nur vorübergehend ist.

DOCH VORSICHT:
Auch wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer davon ausgehen, dass ein Sachgrund vorliegt – ein Gericht kann das anders sehen. Die Grenzen der Sachgründe sind sehr eng. Wenn nicht ein klarer Fall eines Sachgrundes vorliegt (etwa Vertretung in der Elternzeit), solltet Ihr eher auf eine sachgrundlose Befristung ausweichen.

13. SACHGRUNDLOSE BEFRISTUNG BEI NEUEINSTELLUNGEN

Start-ups wählen oft die sachgrundlose Befristung. Hier kann der Arbeitsvertrag (nur) bei Neueinstellungen ohne einen besonderen Grund grundsätzlich auf zwei Jahre befristet werden, innerhalb derer der Vertrag dreimal verlängert werden kann. Und Start-ups, die jünger als vier Jahre sind, können den Vertrag sogar auf maximal vier Jahre befristen und innerhalb dieser Zeit beliebig oft verlängern.

Aber auch bei der sachgrundlosen Befristung gibt es einige Punkte, die Ihr beachten müsst:

- Vereinbart keine sachgrundlose Befristung mit Arbeitnehmern, die vorher schon einmal (befristet oder unbefristet) für Euch tätig waren. Nur ausnahmsweise ist auch hier eine sachgrundlose Befristung möglich, wenn das frühere Arbeitsverhältnis schon sehr lange zurückliegt, was bei jungen Tech-Unternehmen praktisch nicht relevant wird.
- Ein befristeter Arbeitsvertrag kann nur dreimal verlängert werden, bis zu einer Gesamtdauer von zwei Jahren. Bei Start-ups, die jünger als vier Jahre sind, kann der Vertrag auch mehrfach (keine Höchstgrenze) verlängert werden, bis zu einer Gesamtdauer von vier Jahren.
- Niemals den Vertrag verlängern und gleichzeitig andere Vertragsänderungen (z.B. Anpassung der Vergütung oder der Arbeitszeit) vornehmen. Hier sollten immer zwei getrennte Vereinbarungen mit unterschiedlichen Daten getroffen werden.
- Verlängerungen müssen nahtlos sein und vor dem vereinbarten Enddatum schriftlich vereinbart werden. Sonst kommt bei Fortsetzung der Tätigkeit über das ursprüngliche Enddatum hinaus ein unbefristeter Vertrag zustande.

14. WAS PASSIERT BEI FEHLERHAFTER BEFRISTUNG?

Fehler bei Befristungen führen nicht zur Unwirksamkeit des gesamten Arbeitsvertrags, sondern nur zur Unwirksamkeit der Befristung. Das heißt: Es kommt (ungewollt) ein unbefristeter Arbeitsvertrag zustande.

Wenn sich der Arbeitnehmer auf die Unwirksamkeit der Befristung berufen will, muss er allerdings innerhalb von drei Wochen nach Ablauf der Befristung Klage beim Arbeitsgericht erheben. Der Vertrag wird also nicht automatisch entfristet.

V. Mitarbeiterincentivierung und mobiles Arbeiten

DE EN

Junge Tech-Unternehmen können ihren Mitarbeitern oft kein hohes Gehalt bieten, da sie noch in der Entwicklungsphase sind und keine ausreichenden finanziellen Mittel zur Verfügung haben. Allerdings brauchen sie gut qualifizierte Mitarbeiter, die ihr Know-how einbringen und das Start-up vorantreiben. Daher spielen moderne Formen der Mitarbeiterincentivierung eine wichtige Rolle bei Start-ups, um den Mitarbeitern ein attraktives Arbeitsumfeld anzubieten. Vorbild hierfür sind vor allem US-amerikanische Tech-Unternehmen. Incentivierungsprogramme sind auch in Deutschland möglich, lassen sich aber nicht immer eins zu eins in das deutsche Rechtssystem übertragen und sollten daher individuell angepasst werden.

Hervorzuheben sind vor allem Mitarbeiterbeteiligungsprogramme wie ESOPs (Employee Stock Option Programs) und VSOPs (Virtual Stock Option Programs) als wichtige Hebel, um Top-Talente zu gewinnen. Diesem Thema haben wir uns detailliert in OLNS#8 gewidmet, um Gründerinnen einen umfassenden Überblick über die Möglichkeiten eigenkapitalbasierter und virtueller Mitarbeiterbeteiligungsprogramme zu geben.

Im Folgenden findet Ihr noch weitere Möglichkeiten, Eure Arbeitgeberattraktivität zu steigern.

1. UNBEGRENZTER URLAUB (UNLIMITED PAID TIME OFF)

Unlimited PTO (PTO steht für "paid time off", also "bezahlte Freizeit") bedeutet unbegrenzter Urlaub. Bei vielen US-Tech-Unternehmen ist unbegrenzter Urlaub schon Realität. Bei Unlimited PTO wird den Mitarbeitern keine bestimmte Zahl von Urlaubstagen zugesagt, sondern Mitarbeiter erhalten stattdessen die Freiheit, sich bei Bedarf frei zu nehmen – solange das den Geschäftsbetrieb nicht stört. Das gibt den Mitarbeitern größere Flexibilität und ist oft ein Pluspunkt bei Arbeitgeberattraktivität. Viele Start-ups in Deutschland überlegen, ebenfalls unbegrenzten Urlaub einzuführen oder haben das schon getan.

Wir raten hier allerdings zu sorgfältiger Umsetzung, da nach dem deutschen Urlaubsrecht einige Regelungen strenger ausgestaltet sind als in den USA. So regelt das Bundesurlaubsgesetz einen Mindesturlaub von 20 Tagen im Jahr, in bestimmten Fällen die Möglichkeit der Übertragung auf das nachfolgende Jahr und die finanzielle Abgeltung von nicht genommenem Urlaub bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Kann das Gewähren des "unbegrenzten Urlaubes" in den USA den administrativen Aufwand (Urlaubsantrag, Aufschreiben und Nachverfolgen der Urlaubstage, etc.) wesentlich erleichtern, so kann dieses Ziel in Deutschland allerdings kaum erreicht werden. Aufzeichnung von Urlaub bleibt weiterhin eine wichtige Aufgabe eines jeden Arbeitgebers, um die Einhaltung des gesetzlichen Mindesturlaubsanspruchs von 20 Tagen im Jahr nachweisen zu können. Auch mit Blick auf die gesetzliche Pflicht zur Abgeltung des nicht genommenen Urlaubs bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist das "Urlaubstracking" empfehlenswert. Damit es bei der Abgeltung von nicht genommenem Urlaub im Zusammenspiel mit unbegrenztem Urlaub keinen Streit gibt, ist es wichtig, schon im Arbeitsvertrag eine Urlaubsregelung zu finden, die den unbegrenzten Urlaub berücksichtigt und diesen von dem gesetzlichen Mindesturlaubsanspruch abgrenzt.

Ein weiteres Problem von unbegrenztem Urlaub ist, dass Mitarbeiter diesen im Fall von Krankheit nutzen, weil es ihnen einfacher scheint, dann unbegrenzten Urlaub zu nehmen als eine Krankschreibung einzureichen. Da Arbeitgeber nach sechs Wochen der Arbeitsunfähigkeit grundsätzlich das Gehalt nicht weiter zahlen müssen, ist wichtig, dass kranke Mitarbeiter keinen unbegrenzten Urlaub nehmen, sondern sich krankschreiben lassen.

Letztlich hat das Modell einige Risiken und gewisses Missbrauchspotential. Da Unternehmen standardmäßig 28 bis 30 Urlaubstage im Jahr bieten – also wesentlich mehr als gesetzlich vorgeschrieben –, erscheint das Modell des unbegrenzten Urlaubs auch gar nicht mehr notwendig zu sein. Dennoch ist es möglich, unbegrenzten Urlaub mit der richtigen vertraglichen Gestaltung auch in Deutschland einzuführen.

2. FLEXIBLES ARBEITEN UND EIGENVERANTWORTUNG

Flexible Arbeitszeiten oder mobiles Arbeiten, zum Beispiel aus dem Co-Working Café, von zu Hause oder aus dem Ausland? All das ist heute, insbesondere in Folge der Corona Pandemie nicht mehr so abwegig. Flexible Arbeitsmodelle im Hinblick auf Zeit und Ort kann Mitarbeiter zufriedener machen – und entspricht dem heutigen Verständnis einer globalisierten Arbeitswelt. Einige wichtige Aspekte des mobilen Arbeitens (wir meinen damit nicht nur Home Office sondern jede Art mobilen Arbeitens) gilt es allerdings zu beachten.

Vertragliche Regelungen sind wichtig, nur so kann man sicherstellen, dass die gesetzlichen Anforderungen mobiler Arbeit eingehalten werden. Etwa: Werden Kosten für das „mobile Office" übernommen (z.B. Strom, Internet und Equipment)? Und was ist mit Reisekosten, wenn der Mitarbeiter an einem In-Person Meeting teilnehmen soll? Zählt der Weg als Arbeitszeit? All das hängt regelmäßig von der konkreten Vereinbarung ab und kann von Fall zu Fall variieren. Wenn dem Mitarbeiter etwa kein Arbeitsplatz im Büro zur Verfügung gestellt wird, so ist es sehr wahrscheinlich, dass das Unternehmen die Reisekosten für den Weg und andere Aufwendungen ersetzen muss. Vertragliche Vereinbarungen bringen mehr Klarheit und vermeiden Streit, Missverständnisse und Frust.

Weitere wichtige Punkte sind Sozialversicherung und Steuern. Grenzüberschreitende Sachverhalte sind heute nicht unüblich. Insbesondere Mitarbeiter aus dem Tech-Sektor, deren Arbeit nur mit einem Laptop und von überall aus möglich ist, möchten häufig aus persönlichen Gründen für eine gewisse Zeit aus einem anderen Land arbeiten können. Das Unternehmen muss aber aufpassen, dass es nicht seine Arbeitgeberpflichten im Ausland vernachlässigt: Es kann sein, dass bei mobiler Arbeit im Ausland Steuern und Sozialabgaben auch in diesem Land für den dort tätigen Mitarbeiter abgeführt werden müssen.

Das hängt oft von der Dauer des Auslandsaufenthalts ab. Mitarbeiter, die im europäischen Ausland arbeiten und in Deutschland sozialversichert bleiben wollen, brauchen eine A1 Bescheinigung von der zuständigen Behörde. Das erfordert meistens eine Vereinbarung zwischen dem Unternehmen und dem Mitarbeiter und selbstverständlich das Vorliegen der Voraussetzungen für die A1 Bescheinigung. In keinem Fall kann die Arbeit im Ausland auf Dauer angelegt sein, denn dann ist eine Sozialversicherungsplicht in Deutschland eher nicht gegeben. Im nicht-europäischen Ausland wird es komplizierter, denn hier gibt es keine einheitlichen Regelungen wie in der EU. Sofern ein Sozialversicherungsabkommen zwischen Deutschland und dem ausgewählten Land besteht, kann gewährleistet werden, dass der Mitarbeiter und das Unternehmen nur in einem der beiden Länder Sozialabgaben zahlen müssen. Wenn kein Abkommen besteht, kann es sogar sein, dass in beiden Ländern Sozialversicherungspflicht besteht und das Unternehmen auch im Ausland seinen Abführungspflichten nachkommen muss. Das muss für jeden Einzelfall geprüft werden, im Zweifel auch von einem ausländischen Anwalt. Um komplizierten Konstellationen aus dem Weg zu gehen, empfiehlt es sich grundsätzlich, die Möglichkeit mobiler Arbeit nur in Deutschland zuzulassen. Tätigkeiten im Ausland sollten immer zeitlich begrenzt sein. Falls allerdings damit die Interessen der Mitarbeiter nicht ausreichend berücksichtigt sind, müssen Unternehmen in jedem Fall genau wissen, welches Arbeitsmodell der Mitarbeiter wählt, um den sozialversicherungs- und steuerrechtlichen Verpflichtungen im In- und Ausland nachkommen zu können.

Weiterhin müssen Richtlinien eingeführt werden, um vertrauliche Informationen und Daten des Unternehmens zu schützen, denn mobiles Arbeiten geht nun mal mit einem Verlust von Kontrollmöglichkeiten des Unternehmens einher. Mitarbeiter müssen wissen, wie sie die Daten des Unternehmens sichern und schützen müssen, vor allem vor einer Einflussnahme von Dritten. Das gilt vor allem dann, wenn sie den Laptop an öffentlichen Orten oder ihr privates Gerät im mobilen Office verwenden. Das Unternehmen muss entsprechende Vorkehrungen für die IT-Sicherheit treffen, bestenfalls mit klaren Vorgaben in Policies.

Letztlich spielt der Arbeitsschutz bei mobiler Arbeit eine wichtige Rolle. Hierfür bleibt das Unternehmen weiter verantwortlich, auch wenn der Mitarbeiter gar nicht im Betrieb tätig ist. Auch dieser Aspekt sollte entweder im Rahmen von Unternehmensrichtlinien genau erfasst sein oder individuell mit dem Mitarbeiter vereinbart werden. Es sollte eine separate Gefährdungsbeurteilung für Mitarbeiter in mobiler Arbeit geben und Mitarbeiter sollten darüber informiert werden, welche Maßnahmen sie im mobilen Office ergreifen können, um einen sicheren Arbeitsplatz zu haben. Aufgrund des Verlusts von Kontrollmöglichkeiten ist hier viel Zusammenarbeit und Vertrauen zwischen Unternehmen und Mitarbeiter gefragt.

VI. Freelancer-Verträge

Kaum ein Start-up kommt ohne Freelancer aus. Sie bringen Erfahrung und Know-how aus anderen Projekten mit und belassen dem Start-up die nötige Flexibilität, sich schnell wieder voneinander trennen zu können. Aber Gründerinnen sollten sich bereits von Beginn an darüber klar sein: Freelancer sind nicht als günstiger Ersatz von Arbeitnehmern gedacht.

Ganz entscheidend ist – wie oben schon geschildert – zunächst zu klären, ob man wirklich einen Freelancer beauftragt oder doch eigentlich einen Arbeitnehmer einstellt. Dafür sind die oben genannten Kriterien entscheidend.

1. SCHRIFTLICHE VERTRÄGE SCHLIESSEN

Wenn die Prüfung ergibt, dass wirklich ein Freelancer beauftragt wird, ist es wichtig, einen schriftlichen Vertrag zu schließen. Das klingt einfach, doch hieran fehlt es schon bei erstaunlich vielen Unternehmen: Teilweise sind Freelancer seit Monaten (oder sogar Jahren) tätig, ohne dass es eine schriftliche Dokumentation hierüber gibt. Das ist für Start-ups vor allem dann ein Problem, wenn bei einer Finanzierungsrunde im Rahmen der Due Diligence oder einer Betriebsprüfung der Status geprüft wird.

2. HINWEISE AUF ARBEITNEHMERSTATUS VERMEIDEN

Beim Inhalt sind einige Punkte zu beachten: Der Vertrag darf vor allem keine Hinweise auf Weisungsrechte des Start-ups enthalten. Gewisse zeitliche Vorgaben für die Leistung sind grundsätzlich zulässig, aber sie sollten nicht zu detailliert sein. Typische Klauseln aus Arbeitsverträgen dürfen in Freelancer-Verträgen nicht enthalten sein. Regelungen über Urlaub und Entgeltfortzahlung bei Krankheit sind etwa immer klare Hinweise auf Scheinselbstständigkeit.

Besondere Vorsicht ist geboten bei Wettbewerbsverboten und Verboten der Leistungserbringung durch Dritte. Denn es macht gerade den Freelancer aus, dass er auch für Dritte tätig werden und seine Leistung unter gewissen Voraussetzungen auch durch Dritte erbringen kann. Zwar ist die Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots während und selbst nach der Vertragslaufzeit grundsätzlich zulässig. Das sollte aber besonders sorgfältig formuliert werden, auch wenn hier die strengen Anforderungen für Wettbewerbsverbote mit Arbeitnehmern nicht gelten.

3. DIE BEHANDLUNG VON FREELANCERN

Häufig wollen junge Unternehmen eine einheitliche, integrative Unternehmenskultur leben. Sie behandeln daher alle Teammitglieder, ob Freelancer oder Arbeitnehmer, ganz bewusst gleich. Das schafft aber Probleme, weil Freelancer dann nicht gut als Externe erkennbar sind. Sie müssen in gewisser Hinsicht gerade anders behandelt werden. Auch die Teilnahme an kostenlosem Catering und Events für Arbeitnehmer solltet Ihr vermeiden, da das ebenfalls Hinweise sind auf Integration und Scheinselbstständigkeit.

Achtet hierauf von Anfang an. Denn wenn den Freelancern diese Benefits erst einmal gewährt werden, um sie dann nach einer rechtlichen Prüfung wieder zu entziehen, kann das für die Stimmung toxisch sein.

Entscheidend für die Einordnung als Freelancer oder Arbeitnehmern sind letztlich nicht die Regelungen im Vertrag, sondern wie dieser in der Praxis gelebt wird, sodass es vor allem erforderlich ist, die Regelungen auch entsprechend umzusetzen.

VII. Arbeitnehmerüberlassung

Arbeitnehmerüberlassung (auch Zeitarbeit oder Leiharbeit genannt), früher überwiegend im Blue-Collar-Bereich verbreitet, sehen wir inzwischen auch viel bei Tech-Companies.

Arbeitnehmerüberlassung bedeutet: Ein Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) wird von seinem Arbeitgeber (Verleiher oder Zeitarbeitsunternehmen) bei einem anderen Unternehmen (Entleiher oder Einsatzunternehmen) eingesetzt. Im Unterschied zu einer Tätigkeit auf Dienst- oder Werkvertrags wird der entliehene Arbeitnehmer dabei bei dem Einsatzunternehmen wie ein „eigener" Arbeitnehmer in die Abläufe voll integriert.

Der Vorteil für das Einsatzunternehmen liegt vor allem darin, dass kein Arbeitsverhältnis zu dem Leiharbeitnehmer entsteht. Der Entleiher muss sich also nicht kümmern um Kündigungsschutz, Sozialversicherung usw. All das macht der Verleiher als Arbeitgeber des Leiharbeitnehmers. Ein weiterer Vorteil ist, dass Leiharbeitnehmer – anders als Freelancer oder Mitarbeiter von Dienstleistern – voll in die Arbeitsabläufe integriert werden können wie alle anderen Mitarbeiter. Gerade auf den Team-Spirit kann sich das vorteilhaft auswirken.

Für Arbeitnehmerüberlassung gelten aber sehr genaue gesetzliche Regeln. Der Gesetzgeber hat eine grundsätzliche Skepsis gegenüber diesem Arbeitsmodell, das vor allem aus seiner Geschichte im Blue-Collar Bereich herrührt. Aus diesem Grund gilt es viele Vorgaben zu berücksichtigen, vor allem das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG). Falls das nicht gelingt, besteht das Risiko, dass der Leiharbeitnehmer doch zu einem Arbeitnehmer des Einsatzunternehmens wird. Die meisten Vorgaben gelten für den Verleiher, seit einigen Jahren gibt es spezielle Anbieter mit Fokus auf den Tech-Sektor.

Wir haben zusammengefasst, worauf Ihr besonders achten solltet, wenn Ihr Leiharbeitnehmer in Eurem Start-Up einsetzen wollt:

Achtet darauf, dass der Verleiher eine **Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis in Deutschland** hat. Einige Anbieter aus dem Ausland bieten sogenannte Employer of Records Leistungen (EoR) auch in Deutschland an und vertreten dabei die Auffassung, dass sie dafür keine Erlaubnis nach deutschem Recht brauchen. Doch Vorsicht: Das ist bislang nicht gesetzlich geregelt oder von Gerichten entschieden. Wir raten deshalb dazu, nur einen Anbieter zu wählen, der nachweisbar mit dem deutschen Gesetz compliant arbeitet.

Höchstüberlassungsdauer beachten. Derselbe Leiharbeitnehmer darf grundsätzlich höchstens 18 Monate bei Euch eingesetzt werden. Das solltet Ihr von Anfang an berücksichtigen. Doch auch wenn Ihr langfristige Unterstützung braucht, scheidet Arbeitnehmerüberlassung nicht direkt aus. Wenn die Chemie stimmt, werden Leiharbeitnehmer nach 18 Monaten häufig von den Einsatzunternehmen übernommen, hier funktioniert die Überlassung praktisch als verlängerte Probezeit und – bestenfalls – als Sprungbrett.

Equal-Pay und Equal-Treatment beachten. Leiharbeitnehmer müssen grundsätzlich genauso behandelt und vor allem genauso bezahlt werden wie Eure eigenen, vergleichbaren Mitarbeiter. Eine abweichende Behandlung des Leiharbeitnehmers ist nur zulässig, wenn eine tarifvertragliche Regelung eine Abweichung zulässt. Leiharbeit ist also eher kein Instrument, um Lohnkosten zu sparen.

VIII. Recruiting und Onboarding

DE EN

Recruiting wird nur selten ohne Stellenanzeigen funktionieren. Hierbei müssen vor allem die Vorgaben des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) beachtet werden. Bei einem Verstoß steht dem abgelehnten Bewerber im schlimmsten Fall eine nicht unerhebliche Entschädigung wegen Diskriminierung zu.

In Summe können diese Entschädigungszahlungen gerade für junge Unternehmen zu einer echten finanziellen Herausforderung werden, auch wenn wir in Deutschland keine Diskriminierungsklagen auf Zahlung mehrerer Millionen sehen, wie sie in den USA als Punitive Damages möglich sind.

1. STELLENANZEIGEN RICHTIG FORMULIEREN

Grundsätzlich verbietet das AGG Benachteiligungen aus den folgenden Gründen:

- Rasse oder ethnische Herkunft
- Geschlecht
- Religion oder Weltanschauung
- Behinderung
- Alter
- Sexuelle Identität

Nur in ganz seltenen und im Gesetz vorgesehenen Ausnahmefällen ist eine Benachteiligung aus diesen Gründen zulässig – etwa, wenn es darum geht, bestehende Nachteile auszugleichen (man spricht hier von einer positiven Maßnahme oder Affirmative Action) oder wenn der Grund wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt. Im Regelfall werden diese Ausnahmevorschriften von den Gerichten jedoch sehr eng ausgelegt und sind für Start-ups nicht relevant.

Schon in Stellenanzeigen müssen die Vorgaben des AGG beachtet werden. Unabhängig von der Art und Weise der Veröffentlichung, sollten sie deshalb sorgfältig formuliert werden. Scheinbar nebensächliche Details können schon als Indiz für eine Diskriminierung gewertet werden.

Zunächst ist wichtig, die Stellenanzeige geschlechtsneutral zu formulieren. Man kann zum Beispiel eine geschlechtsunabhängige Funktionsbezeichnung wählen ("Projektleitung") oder die männliche und die weibliche Berufsbezeichnung nennen ("Entwickler/in"). Ergänzend sollten sämtliche Geschlechter aufgezählt werden ("männlich/weiblich/divers" oder "m/w/d").

Vermeidet Formulierungen, die Rückschlüsse auf das gewünschte Alter der Bewerber erlauben. Das gilt nicht nur für die offensichtlichen (und inzwischen seltenen) Fälle der ausdrücklich genannten Altersgrenze ("Software Entwickler bis 40 Jahre"). Die Gerichte nehmen Altersdiskriminierung auch schon an, wenn den Bewerbern in der Anzeige eine langfristige Perspektive in einem "jungen und dynamischen Team" geboten wird. Bei Formulierungen wie "Berufsanfänger gesucht" und bei Bezügen zu kürzlich erlangten Hochschulabschlüssen solltet Ihr vorsichtig sein.

Hinweise auf Diskriminierungen aus Gründen der Rasse oder ethnischen Herkunft können sich vor allem aus den geforderten Sprachkenntnissen ergeben. So ist etwa die Voraussetzung "Deutsch als Muttersprache" oder "akzentfreies Deutsch" nur selten zulässig. Sicherer ist es, wenn Ihr die Anforderungen so formuliert, dass sie von jedem Bewerber, unabhängig von seinem Alter oder seiner Herkunft, erfüllt werden können – also etwa: "sehr gute Kenntnisse der deutschen Sprache". Selbst solche Formulierungen sind von Gerichten allerdings schon als Indiz für Diskriminierung gewertet worden.

Wie und wo Ihr Eure Anzeigen schaltet – auf Portalen wie indeed oder StepStone, Jobbörsen für Start-ups oder über Social Media – könnt Ihr selbst entscheiden. Problematisch ist allerdings, wenn bestimmte Gruppen klar favorisiert und andere von vornherein ausgeschlossen werden. Wer etwa eine Anzeige so platziert, dass sie in sozialen Netzwerken nur bestimmten Nutzergruppen angezeigt wird (z.B. Männer zwischen 25 und 35 Jahren), bewegt sich rechtlich auf dünnem Eis.

Auch wenn Ihr für das Sourcing einen Headhunter einsetzt, gelten die Regeln des AGG. Das heißt: Vermittelt Euch der Headhunter unter Verstoß gegen ein Diskriminierungsverbot einen Bewerber, können unzulässig abgelehnte Bewerber auf Entschädigung klagen. Um Euch für diesen Fall abzusichern, solltet Ihr versuchen, in der Vereinbarung mit dem Headhunter eine Freistellung zu vereinbaren.

2. VORAUSWAHL TREFFEN

Nach Eingang von Bewerbungen müsst Ihr eine diskriminierungsfreie Vorauswahl treffen. Die unterbliebene Einladung zu einem Bewerbungsgespräch kann nämlich eine Benachteiligung im Sinne des AGG sein. Ihr solltet daher die Vorauswahl nur anhand zulässiger Kriterien treffen, etwa der Qualifikation des Bewerbers. Merkmale wie Alter oder Herkunft dürfen keine Rolle spielen.

3. BEWERBUNGSGESPRÄCHE FÜHREN

Für Bewerbungsgespräche hat die Rechtsprechung über die Jahre einen umfassenden Katalog unzulässiger Fragen entwickelt. Wird in einem Bewerbungsgespräch dennoch eine unzulässige Frage gestellt, wird eine unzulässige Benachteiligung vermutet. Der Arbeitgeber muss dann nachweisen, dass eine Diskriminierung nicht stattgefunden hat, um Entschädigungsansprüche zu vermeiden. Außerdem hat der Bewerber bei unzulässigen Fragen ein Recht zur Lüge. Eine spätere Anfechtung des Arbeitsvertrags mit Verweis auf die wahrheitswidrige Antwort ist dann nicht möglich. Diese Fragen solltet Ihr kennen.

Fragen nach Ausbildung, Qualifikation und beruflichem Werdegang sind natürlich zulässig. Fragen nach den Sprachkenntnissen des Bewerbers und seiner Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis dürfen gestellt werden, da vor allem die letztgenannten Punkte Voraussetzung für eine legale Beschäftigung sind.

FRAGEN ZU DEN FOLGENDEN THEMEN SOLLTET IHR GRUNDSÄTZLICH VERMEIDEN, WENN NICHT AUSNAHMSWEISE EIN BERECHTIGTES INTERESSE BESTEHT:

- Alter und Geburtsdatum
- Familienstand
- Geburtsname
- Herkunft und Staatsangehörigkeit
- Religion und Weltanschauung
- Partei- und Gewerkschaftszugehörigkeit
- Schwangerschaft
- Familienplanung
- Sexuelle Identität
- Behinderungen

4. DOKUMENTATION DES BEWERBUNGS- UND AUSWAHLPROZESSES

Das gesamte Bewerbungs- und Auswahlverfahren sollte dokumentiert werden. Nur dann könnt Ihr Euch im Streitfall überzeugend verteidigen. Haltet bei jedem Bewerber den Grund für die Absage schriftlich fest. Natürlich dürfen diese Aufzeichnungen keine Hinweise auf Diskriminierungen enthalten.

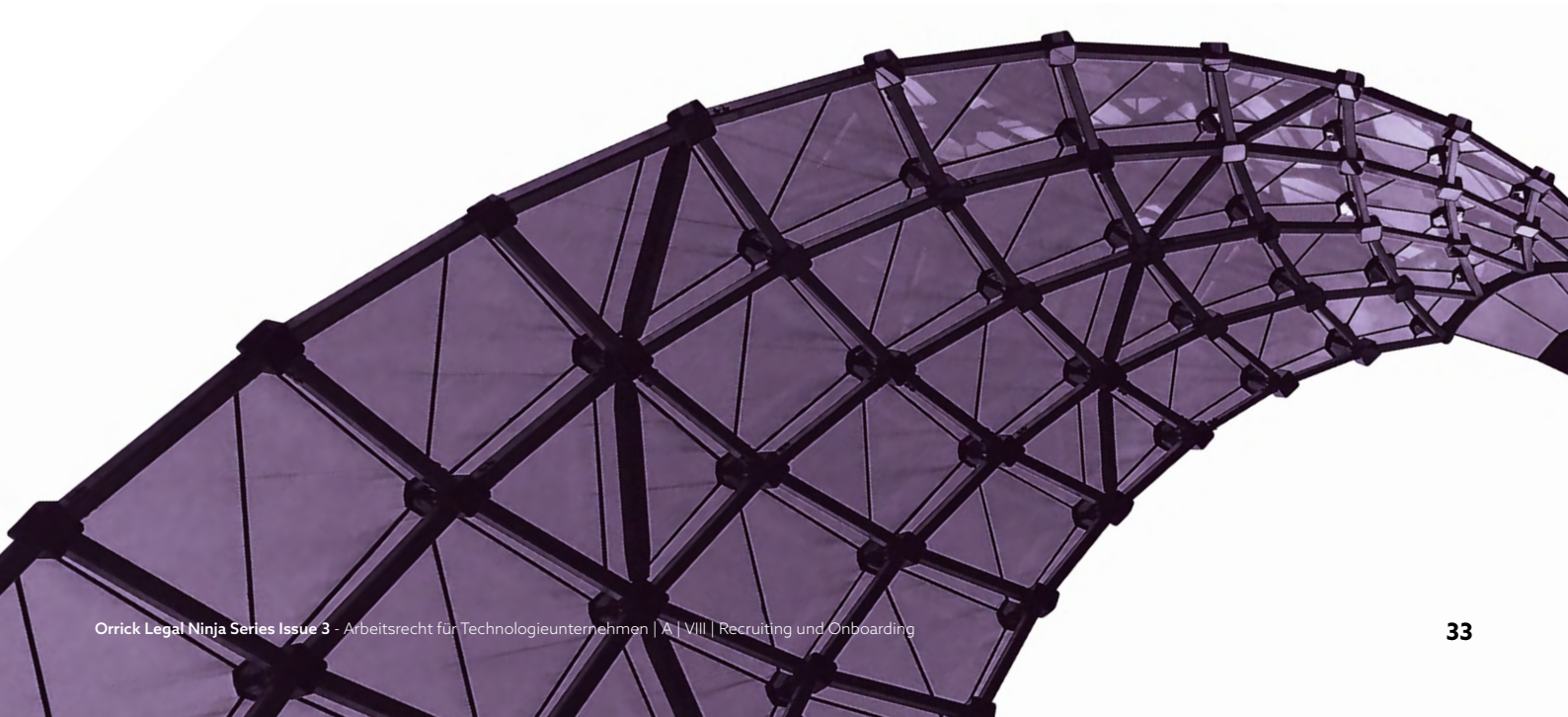
Um Klagen auf Grundlage des AGG vorzubeugen, kann es sinnvoll sein, dem Bewerber den Grund für die Ablehnung gar nicht mitzuteilen. Verpflichtet seid Ihr dazu nämlich nicht.

5. SCHUTZ VOR ANSPRÜCHEN DES ALTEN ARBEITGEBERS

Sobald ein neuer Arbeitnehmer eingestellt wird, muss die Einhaltung nachvertraglicher Pflichten gegenüber dem alten Arbeitgeber sichergestellt werden. Dabei geht es vor allem um nachvertragliche Wettbewerbs- und Abwerbeverbote und Geheimhaltungspflichten. Das sollte zu Beginn des Arbeitsverhältnisses mit dem Arbeitnehmer geklärt und dokumentiert werden.

An diese nachvertraglichen Pflichten ist zwar unmittelbar nur der Arbeitnehmer selbst gebunden; nur er hat eine eventuell vereinbarte Vertragsstrafe an seinen alten Arbeitgeber zu zahlen. Auswirkungen auf das Start-up sind aber nicht ausgeschlossen, auf jeden Fall sorgt es für Unruhe und erschwert den Start. Der alte Arbeitgeber kann unter bestimmten Voraussetzungen auch direkt gegen den neuen Arbeitgeber vorgehen und Unterlassung sowie möglicherweise Schadensersatz verlangen.

Ferner muss sichergestellt sein, dass Arbeitnehmer keine geschützten Informationen von ihrem vorherigen Arbeitgeber mitnehmen (etwa USB-Sticks, Cloud-basierte Daten, E-Mails). Bei Wechsel eines Know-how Trägers von einem Wettbewerber sollte der Arbeitsvertrag hierzu besondere Regelungen enthalten.



IX. Beendigung von Arbeitsverhältnissen und Off-Boarding

DE EN

Junge Unternehmen schrecken oft zurück vor der Einstellung von Arbeitnehmern, weil sie befürchten, sich von ihnen bei Problemen nicht mehr trennen zu können (oder nur gegen eine hohe Abfindung). Auch wenn das deutsche Recht "at-will"-Employment nach U.S. Standard nicht kennt – also die jederzeitige Möglichkeit der Vertragsparteien, sich ohne Grund und Frist voneinander zu trennen – ist diese Sorge oft unbegründet. Kündigungsschutz greift nämlich nur unter bestimmten Voraussetzungen ein.

1. WANN HABEN ARBEITNEHMER KÜNDIGUNGSSCHUTZ?

Das Kündigungsschutzgesetz (KSchG) gewährt Arbeitnehmern nach sechs Monaten allgemeinen Kündigungsschutz, wenn das Unternehmen mehr als zehn Arbeitnehmer in Deutschland beschäftigt. Dann (erst) braucht man für die Kündigung einen gesetzlich anerkannten Grund.

Freelancer und die Geschäftsführer zählen für den Schwellenwert von zehn Arbeitnehmern nicht und Arbeitnehmer in Teilzeit nur anteilig[5]. Auszubildende und Praktikanten zählen ebenfalls nicht für den Schwellenwert, Leiharbeitnehmer nur unter bestimmten Voraussetzungen.

Ein Start-up wird den Schwellenwert jedenfalls am Anfang noch nicht überschreiten, so dass der allgemeine Kündigungsschutz nicht greift: Das Unternehmen kann das Arbeitsverhältnis ohne besonderen Grund kündigen. Die Kündigung darf allerdings nicht sittenwidrig oder willkürlich sein oder gegen ein Diskriminierungsverbot des AGG verstoßen. Innerhalb dieser Grenzen ist das Unternehmen aber frei, zu kündigen, soweit nicht ausnahmsweise besonderer Kündigungsschutz gilt (dazu weiter unten). Lediglich die vereinbarte Kündigungsfrist muss eingehalten und eine formal korrekte Kündigung erstellt werden.

Bewegt sich das Start-up knapp unterhalb der Schwelle von zehn Arbeitnehmern, solltet Ihr Optionen wie den Einsatz von Freelancern, Praktikanten und externen Dienstleistern prüfen, um die Schwelle nicht zu überschreiten. Ihr solltet Euch darüber klar sein, dass neue Spielregeln gelten, sobald Ihr den Schwellenwert überschreitet – und zwar für alle Arbeitnehmer.

5. ≤ 20 Stunden/Woche: 0,5; ≤ 30 Stunden/Woche: 0,75.

2. WELCHE KÜNDIGUNGSGRÜNDE SIND ANERKANNT?

Sobald bei weiterem Wachstum der Schwellenwert überschritten wird und der Arbeitnehmer schon mehr als sechs Monate bei Euch tätig ist, findet das Kündigungsschutzgesetz Anwendung. Das Gesetz verlangt für eine Kündigung durch das Unternehmen einen Grund. Die Zeiten, in denen das Start-up kündigen konnte, weil ein Arbeitnehmer "nicht ins Team passt", sind dann vorbei.

Die Kündigung ist nur wirksam, wenn sie sozial gerechtfertigt ist durch

- personenbedingte Gründe (z.B. langandauernde Krankheit oder häufige Kurzerkrankungen),
- verhaltensbedingte Gründe (z.B. Verstoß gegen Wettbewerbsverbot, häufiges Zuspätkommen, Arbeitsverweigerung, Straftaten zum Nachteil des Unternehmens) oder
- dringende betriebliche Gründe (z.B. Einstellung einer Produktlinie, Outsourcing).

Die Anforderungen an die einzelnen Gründe sind hoch und die Arbeitsgerichte tendenziell arbeitnehmerfreundlich.

Für eine verhaltensbedingte Kündigung ist beispielsweise regelmäßig mindestens eine vorherige Abmahnung wegen einer vergleichbaren früheren Pflichtverletzung erforderlich. Hieran fehlt es in der Praxis oft. Gerade junge Unternehmen mit kleinen Teams verzichten mit Blick auf ihre Unternehmenskultur bewusst auf Abmahnungen.

Exkurs:

Kündigung wegen Low Performance

Grundsätzlich kann man ein Arbeitsverhältnis wegen schlechter Leistungen kündigen. Das ist jedoch in der Regel ein langwieriges Verfahren, wenn der allgemeine Kündigungsschutz greift, der Arbeitnehmer also seit mehr als sechs Monaten bei Euch tätig ist und Ihr regelmäßig mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt.

Der Arbeitnehmer muss für eine Kündigung wegen Low Performance seiner Pflicht zur Erbringung einer durchschnittlichen Leistung auf der Grundlage seiner individuellen Leistungsfähigkeit nicht nachkommen. Seine Leistung muss deutlich unter dem Durchschnitt einer vergleichbaren Gruppe von Arbeitnehmern liegen und diese schlechte Leistung muss über einen längeren Zeitraum andauern.

Es gibt keine feste Regel, welcher Zeitraum zu berücksichtigen ist oder in welchem Prozentsatz die schlechte Leistung unter dem Durchschnitt liegen muss. Das hängt vom Einzelfall ab (z.B. Stellenbeschreibung, Messbarkeit der Leistung, Vergleichbarkeit mit anderen Arbeitnehmern).

Mindestens eine Abmahnung ist erforderlich. Abschließend muss eine Interessenabwägung durchgeführt werden. Nur wenn das Interesse des Unternehmens überwiegt, ist die Kündigung wirksam. Aufgrund der Vielzahl von Faktoren und deren Bewertung (durch ein Arbeitsgericht) hängt das Ergebnis dieser Interessenabwägung vom Einzelfall ab.

Exkurs:

Was ist ein Performance Improvement Plan?

Zur Vorbereitung einer Kündigung wegen Low Performance ist das folgende Verfahren empfehlenswert:

Zunächst sollte die schlechte Leistung eines Arbeitnehmers mit ihm selbst besprochen und in einem *Performance Improvement Plan* (PIP) unter Berücksichtigung der folgenden Punkte detailliert festgehalten und Verbesserungsmöglichkeiten vereinbart werden:

- Beschreibung der Leistungsdefizite
- Ursachen für die Leistungsdefizite
- Verbesserungspotenziale
- Maßnahmen, die der Arbeitnehmer ergreifen wird
- Unterstützungsmaßnahmen des Unternehmens
- Zeitrahmen für die besprochenen Verbesserungen

Sollte der Arbeitnehmer seine Leistung nicht verbessern, muss ihm gegenüber mindestens eine Abmahnung ausgesprochen werden.

Diese Abmahnung muss enthalten:

- Wann und wie der Arbeitnehmer mit seiner schlechten Leistung gegen seine vertraglichen Pflichten verstoßen hat
- Wie und was der Arbeitnehmer stattdessen hätte leisten sollen
- Die Warnung, dass ihm gekündigt wird, wenn er erneut seine Pflichten verletzt

Nur wenn nach der Durchführung des PIPs und Ausspruch einer Abmahnung weiter Leistungsdefizite vorliegen, kann eine Kündigung ausgesprochen werden.

Der Arbeitnehmer wird sehr wahrscheinlich gegen die Kündigung klagen. Um die Einhaltung des Prozesses vor dem Arbeitsgericht nachweisen zu können, muss das Unternehmen eine belastbare Dokumentation mindestens über folgende Punkte führen:

- Ablauf und Ergebnisse der Diskussion zum PIP
- Das Beurteilungsfeedback
- Ablauf und Ergebnis des PIP
- Die anschließende Entwicklung/Bewertung
- Abmahnung(en) und weitere Kommunikation

Betriebsbedingte Kündigungen sind regelmäßig schwer zu begründen. Eine betriebsbedingte Kündigung setzt voraus, dass die Position des Arbeitnehmers aufgrund einer unternehmerischen Entscheidung wegfällt. Die unternehmerische Entscheidung selbst wird vom Arbeitsgericht nicht geprüft. Die Arbeitsgerichte werden nur prüfen, ob die Entscheidung des Arbeitgebers offensichtlich willkürlich war, nicht, ob sie aus unternehmerischer Sicht angemessen war. Die unternehmerische Entscheidung ist vor der Kündigung zu treffen und sollte dokumentiert werden.

Darüber hinaus darf im Unternehmen keine Stelle frei sein, auf welcher der Arbeitnehmer weiterbeschäftigt werden kann. Dabei spielt es keine Rolle, ob sich eine freie Stelle auf der gleichen oder einer niedrigeren Hierarchieebene befindet. Das Unternehmen muss den Arbeitnehmer aber nicht auf eine höhere freie Stelle befördern.

Schließlich muss bei einer betriebsbedingten Kündigung eine Sozialauswahl gemacht werden. Das heißt: Das Start-up kann nicht frei entscheiden, von welchem Arbeitnehmer es sich betriebsbedingt trennen will. Bei der Sozialauswahl sind die Arbeitnehmer, die bei dem Unternehmen über einen längeren Zeitraum gearbeitet haben, älter sind, mehr Unterhaltspflichten haben und schwerbehindert sind, am besten geschützt. Eine Auswahl anhand dieser gesetzlichen Kriterien führt selten zu dem Dream Team, das man an Bord halten will. Auch ist der Prozess der Sozialauswahl fehleranfällig.

Insgesamt lässt sich sagen, dass die Anforderungen an die Kündigungsgründe hoch sind und selbst Experten oft nicht vorhersagen können, ob eine Kündigung vor Gericht hält. Eine Ausnahme gilt praktisch nur für Fälle klarer und gut dokumentierter erheblicher Pflichtverletzungen, die vorher abgemahnt wurden oder die so erheblich sind, dass eine Abmahnung nicht verlangt wird (z.B. Straftaten zum Nachteil des Unternehmens). Da man nur selten einen solch klaren Fall hat, bieten Unternehmen in der Praxis oft einen Aufhebungsvertrag und eine Abfindung an (dazu weiter unten).

3. DIE PROBEZEIT RICHTIG NUTZEN

In der Probezeit (das Gesetz nennt sie Wartezeit) kann Arbeitnehmern ohne Grund gekündigt werden, auch wenn das Unternehmen mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt. Die Kündigungsfrist in dieser Zeit beträgt mindestens zwei Wochen.

Eine Probezeitkündigung kann noch am letzten Tag der Probezeit ausgesprochen werden, spätestens an diesem Tag muss sie dem Arbeitnehmer zugehen. Die Kündigung muss also nicht etwa mit einer Frist von zwei Wochen vor dem Ende der Probezeit ausgesprochen werden. Das wird manchmal übersehen.

Da in der Probezeit kein Kündigungsschutz gilt, solltet Ihr sie nutzen, um zu prüfen, ob der Arbeitnehmer gut ins Team passt und die Leistungen stimmen. Start-ups ist oft nicht klar, dass eine Trennung innerhalb der Probezeit sehr einfach ist, danach deutlich schwieriger – und dann eine Abfindung fällig werden kann.

Ihr solltet die Probezeit daher erfassen und tatsächlich zur Erprobung nutzen. Innerhalb der Probezeit sollten mindestens zwei Feedback-Termine liegen. Und wenn Ihr feststellt, dass es nicht passt: Besser innerhalb der Probezeit kündigen (oder die Probezeit "verlängern", dazu jetzt) statt darauf zu vertrauen, dass es schon klappen wird. Erfahrungsgemäß wird es das in den meisten Fällen nicht.

4. KÖNNEN WIR DIE PROBEZEIT NICHT EINFACH VERLÄNGERN?

Die Probezeit ist auf maximal sechs Monate begrenzt und kann darüber hinaus nicht einfach so verlängert werden. Manchmal reichen sechs Monate aber nicht, um festzustellen, ob jemand wirklich in das Team passt. Hier gibt es eine Möglichkeit, die Probezeit um eine gewisse Zeit zu "verlängern" und das Eingreifen des Kündigungsschutzes nach sechs Monaten zu verhindern:

Ihr kündigt dem Arbeitnehmer in der Probezeit. Dabei nehmt Ihr aber nicht die kurze Kündigungsfrist von zwei Wochen, sondern eine längere Kündigungsfrist, etwa zwischen zwei und vier Monaten. Diese verlängerte Kündigungsfrist dient dann als Bewährungsfrist: Sollte sich der Arbeitnehmer bis zum Ende dieser Frist gut in das Team eingefügt haben und seine Leistungen stimmen, kann die Kündigung zurückgenommen werden und das Arbeitsverhältnis wird fortgesetzt. Verläuft diese Bewährungszeit nicht positiv, bleibt es bei der Kündigung innerhalb der Probezeit, ohne dass Kündigungsschutz eingreift.

Wichtig ist, den Arbeitnehmer frühzeitig, noch während der Probezeit auf seine bisherige Nichtbewährung anzusprechen. Bei Ausspruch der Kündigung muss ihm klar die Möglichkeit der Rücknahme der Kündigung bei Bewährung aufgezeigt werden. Wenn Ihr die Probezeitverlängerung nur zur Überwindung eines personellen Engpasses verwendet, etwa um ein Replacement zu suchen, ohne dass dem Arbeitnehmer wirklich eine Bewährungschance gegeben wird, wird das im Streitfall vor Gericht wahrscheinlich keinen Bestand haben.

5. BESONDERER KÜNDIGUNGSSCHUTZ

Bestimmte Arbeitnehmergruppen haben zusätzlich besonderen Kündigungsschutz.

Besonderen Kündigungsschutz haben zum Beispiel:

- Schwerbehinderte Arbeitnehmer: Eine Kündigung ist nach sechs Monaten nur mit vorheriger Zustimmung des Integrationsamtes möglich, einer Behörde für die Belange schwerbehinderter Menschen.
- Frauen während der Schwangerschaft und bis vier Monate nach der Geburt: Eine Kündigung ist nur ausnahmsweise mit vorheriger Zustimmung der zuständigen Behörde möglich.
- Elternzeit: Eine Kündigung ist ab Antrag auf Elternzeit nur ausnahmsweise mit vorheriger Zustimmung der zuständigen Behörde möglich.
- Pflegezeit: Eine Kündigung ist ab Ankündigung bis zur Beendigung der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung oder der Pflegezeit nach dem Pflegezeitgesetz nur ausnahmsweise mit vorheriger Zustimmung der zuständigen Behörde möglich.

Diese Aufzählung ist nicht abschließend. Bevor Ihr darüber nachdenkt, zu kündigen oder Gespräche über eine einvernehmliche Trennung anzustoßen, solltet Ihr anhand aller verfügbaren Informationen prüfen, ob der Arbeitnehmer möglicherweise besonderen Kündigungsschutz genießt.

6. KÜNDIGUNGEN RICHTIG ERSTELLEN

Inhaltlich ist eine Kündigung keine große Herausforderung: Es muss nur hinreichend klar werden, dass das Unternehmen das Arbeitsverhältnis kündigen will und zu welchem Zeitpunkt. Grundsätzlich muss in der Kündigung kein Grund angegeben werden. In der Regel solltet Ihr den Grund nicht erwähnen, da das in einem späteren Gerichtsverfahren zu Schwierigkeiten führen kann.

Die Kündigung muss in jedem Fall schriftlich erfolgen. Das heißt: Die Kündigung muss im Original von einer vertretungsberechtigten Person unterschrieben werden und dem Arbeitnehmer im Original zugehen. Am sichersten ist immer die Unterzeichnung durch einen gesetzlichen Vertreter, etwa den einzelvertretungsberechtigten GmbH-Geschäftsführer. Es ist sinnvoll, im Handelsregister die Vertretungsmacht vorher noch einmal zu prüfen.

Wenn sich die Vertretungsmacht der Person, die die Kündigung unterschreiben soll, nicht aus dem Handelsregister ergibt (z.B. bei einem HR Manager), sollte der Kündigung immer eine Originalvollmacht des gesetzlichen Vertreters beigefügt werden.

Andernfalls kann der Arbeitnehmer die Kündigung wegen fehlender Vorlage der Vollmacht zurückweisen. Das ist allerdings nicht möglich, wenn er von der Bevollmächtigung Kenntnis hatte. Hiervon wird regelmäßig beim Head of HR ausgegangen, soweit dessen Kündigungsbefugnis im Unternehmen allgemein bekannt ist.

Eine mündliche Kündigung oder Kündigung per E-Mail, SMS oder WhatsApp ist immer unwirksam. Eine E-Mail mit beigefügtem Scan einer unterschriebenen Kündigung reicht ebensowenig aus wie eine durch DocuSign, PandaDoc etc. verifizierte Unterschrift.

7. ZUGANG DER KÜNDIGUNG RICHTIG DOKUMENTIEREN

Last but not least: Dokumentiert den Zugang der Kündigung, vor allem bei fristlosen Kündigungen (dazu unten mehr) und Kündigungen in der Probezeit. In diesen Fällen kommt es nämlich auf den genauen Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung an und das Unternehmen muss diesen Zeitpunkt in einem Rechtsstreit beweisen können.

Der Zugang der Kündigung kann zum Beispiel gut durch persönliche Übergabe und Empfangsbestätigung dokumentiert werden. Daneben ist die Zustellung durch Boten mit Zustellprotokoll eine sichere Option.

(Einwurf- und Übergabe-) Einschreiben sind keine gute Idee, weil man mit ihnen den Zugang der Kündigung nicht nachweisen kann. Wenn es auf den genauen Zeitpunkt des Zugangs ankommt (z.B. bei einer Probezeitkündigung), solltet Ihr die persönliche Übergabe oder die Zustellung über Boten wählen.

8. WELCHE KÜNDIGUNGSFRISTEN MÜSSEN WIR BEACHTEN?

Es gibt gesetzliche Mindestkündigungsfristen, die nicht unterschritten werden dürfen. Selbst wenn im Arbeitsvertrag eine kürzere Kündigungsfrist vereinbart wird, gilt die gesetzliche Mindestfrist. Längere Kündigungsfristen können grundsätzlich frei vereinbart werden. Das ist vor allem wichtig bei Key Employees, um einen plötzlichen Wechsel zum Wettbewerber zu verhindern. Die Frist für eine Kündigung des Arbeitnehmers darf allerdings nicht länger sein als für eine Kündigung durch das Unternehmen.

Der Arbeitnehmer ist gesetzlich nur an eine recht kurze Kündigungsfrist von vier Wochen bis zum 15. oder zum Ende eines Kalendermonats gebunden. Das heißt: Die gesetzliche Verlängerung der Kündigungsfristen mit zunehmender Dauer des Arbeitsverhältnisses gilt nur für die Kündigung durch das Unternehmen. Es ist aber zulässig (und grundsätzlich zu empfehlen), im Arbeitsvertrag zu vereinbaren, dass diese Verlängerung auch für eine Kündigung durch den Arbeitnehmer gilt.

DIE GESETZLICHEN MINDESTKÜNDIGUNGSFRISTEN FÜR EINE KÜNDIGUNG DURCH DAS UNTERNEHMEN RICHTEN SICH DANACH, WIE LANGE DAS ARBEITSVERHÄLTNIS BEI KÜNDIGUNG SCHON BESTANDEN HAT:

- Während einer vereinbarten Probezeit von bis zu sechs Monaten: Zwei Wochen zu einem beliebigen Zeitpunkt
- Falls keine Probezeit vereinbart wurde oder danach: Vier Wochen zum 15. oder zum Ende eines Kalendermonats
- Nach zwei Jahren: Ein Monat zum Ende eines Kalendermonats
- Nach fünf Jahren: Zwei Monate zum Ende eines Kalendermonats
- Nach acht Jahren: Drei Monate zum Ende eines Kalendermonats

Die Kündigungsfrist steigt weiter bis auf maximal sieben Monate zum Ende eines Kalendermonats nach 20 Jahren.

9. AUSNAHMSWEISE FRISTLOS KÜNDIGEN

Bei schwerwiegendem Fehlverhalten des Arbeitnehmers kann man außerordentlich fristlos kündigen. Schon ab dem nächsten Tag muss der Arbeitnehmer dann nicht mehr beschäftigt werden und das Arbeitsverhältnis hat mit Zugang der Kündigung geendet, wenn sie denn wirksam war.

Erfahrungsgemäß fällt es vielen Start-ups schwer, selbst festzustellen, ob die Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung vorliegen. Die Anforderungen sind hoch. Wird sie unberechtigt ausgesprochen, müssen Vergütung und Sozialversicherungsbeiträge für die Zeit, in der nicht gearbeitet wurde, nachgezahlt werden. Das kann schnell teuer werden.

Ein Problem ist oft die Kündigungserklärungsfrist. Eine fristlose Kündigung kann nur innerhalb von zwei Wochen nach Kenntnis der zur Kündigung berechtigenden Umstände ausgesprochen werden. Dass die Frist eingehalten wurde, muss vom Unternehmen in einem Prozess dargelegt werden. Das kann vor allem bei längeren internen Ermittlungen schwierig sein, da hier die Ermittlungsschritte im Einzelnen geschildert werden müssen.

Kurz zusammengefasst: Die Prüfung und das Verfahren für eine fristlose Kündigung sind kompliziert, die Frist ist kurz. Hier sollte so früh wie möglich ein Anwalt eingeschaltet werden.

10. EINVERNEHMLICHE BEENDIGUNG DURCH AUFHEBUNGSVERTRAG

Wenn beide Seiten das Arbeitsverhältnis beenden wollen, bietet sich ein Aufhebungsvertrag an, in der Regel gegen Zahlung einer Abfindung. Die wesentlichen Vorteile für das Unternehmen: Der Aufhebungsvertrag führt zu einer schnellen und rechtssicheren Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Gerichtsverfahren hingegen dauern lang, binden Ressourcen, können der Reputation schaden und ihr Ausgang ist oft nicht vorhersehbar.

Ein Aufhebungsvertrag bedarf der Schriftform. Wie bei der Kündigung reichen etwa Scan, E-Mail und WhatsApp nicht. Es reicht aber aus, wenn jede Partei die für die andere Partei bestimmte Version unterschreibt.

Für Aufhebungsverträge gibt es keine festen inhaltlichen Vorgaben, so dass die Bedingungen der Trennung frei verhandelt und vereinbart werden können. Ein Widerrufsrecht steht dem Arbeitnehmer nach Abschluss nicht zu. Allerdings gilt das Gebot des fairen Verhandelns: Wenn das Unternehmen den Arbeitnehmer etwa in eine psychische Drucksituation bringt oder eine solche Situation ausnutzt, um den Abschluss des Aufhebungsvertrages zu erreichen, ist der Aufhebungsvertrag unwirksam. Unter bestimmten Voraussetzungen können Aufhebungsverträge angefochten werden.

11. WELCHE ABFINDUNGEN SIND ÜBLICH?

Neben Beendigungszeitpunkt und Freistellung ist Kernstück des Aufhebungsvertrages in der Regel die Abfindung. Grundsätzlich haben Arbeitnehmer keinen Anspruch auf Zahlung einer Abfindung. Wenn eine Kündigung wirksam ist, endet das Arbeitsverhältnis und es ist keine Abfindung zu zahlen. Ist die Kündigung unwirksam, stellt das Gericht das fest und das Arbeitsverhältnis besteht fort. Das Gericht kann grundsätzlich keine Abfindung zusprechen. Unternehmen sind jedoch in der Regel bereit, eine Abfindung zu zahlen, weil oft unklar ist, ob eine Kündigung vor Gericht halten wird und dann das Risiko von Gehaltsnachzahlung und Wiedereinstellung besteht.

Marktüblich sind Abfindungen zwischen 0,5 und 1,5 Gehältern pro Jahr der Beschäftigung. Ob nur das reine Festgehalt oder auch Bonuszahlungen und sonstige Leistungen für die Berechnung zu berücksichtigen sind, ist Verhandlungssache. In der Praxis werden solche Zahlungen oft zumindest anteilig einbezogen.

Wie hoch der Faktor im Einzelfall ist, hängt maßgeblich davon ab, wie hoch die Chancen sind, dass die Kündigung wirksam ist. Stehen die Chancen hierfür gut, liegt der Faktor eher bei 0,5 oder darunter. Stehen die Chancen hierfür eher nicht so gut, wird der Faktor bei 1,0 oder darüber liegen. Auch die persönlichen Umstände des Arbeitnehmers (z.B. Alter, Unterhaltspflichten) spielen eine große Rolle dabei, ob und auf welchen Faktor man sich schnell einigen kann.

12. ERLEDIGUNG ALLER ANSPRÜCHE REGELN

Jeder Aufhebungsvertrag sollte eine umfassende Erledigungsklausel enthalten, d.h. eine Regelung, die besagt, dass keine weiteren Ansprüche mehr aus dem Arbeitsverhältnis bestehen. Allerdings darf eine solche Klausel nicht nur Ansprüche des Arbeitnehmers erfassen, sondern muss beidseitig ausgestaltet sein, also auch Ansprüche des Start-ups gegen den Arbeitnehmer abdecken. Daher solltet Ihr vorher unbedingt prüfen, ob noch irgendwelche Ansprüche gegen den Arbeitnehmer bestehen (z.B. aus einem gewährten Darlehen oder Schadensersatzansprüche).

CHECKLISTE: WAS SOLLTE EIN AUFHEBUNGSVERTRAG REGELN?

- ☑ Beendigungszeitpunkt, ggf. Recht zur vorzeitigen Beendigung
- ☑ Freistellung
- ☑ Vergütung (Festgehalt, variable Vergütung) und weitere Benefits bis zum Beendigungszeitpunkt
- ☑ Abfindung
- ☑ Resturlaub (Berücksichtigung bei Freistellung oder Abgeltung)
- ☑ Auslagen und Reisekosten
- ☑ Rückgabe von Arbeitsmitteln, Unterlagen und Daten
- ☑ Zeugnis
- ☑ Kommunikation/Sprachregelung intern/extern (abhängig von Position)
- ☑ Wettbewerbsverbot
- ☑ Geheimhaltungspflichten
- ☑ Erledigungsklausel

X. Know-how Schutz und Wettbewerbsverbote

DE EN

Für Technologieunternehmen ist es entscheidend, ihr Know-how zu schützen und im Unternehmen zu halten. Das kann vor allem über Wettbewerbsverbote und Retention-Zahlungen sichergestellt werden.

1. SCHUTZ VON GESCHÄFTSGEHEIMNISSEN

Gerade junge Tech-Unternehmen arbeiten in einem kompetitiven Umfeld, in dem der Schutz des eigenen Know-Hows und der eigenen Geschäftsgeheimnisse besonders wichtig ist. Hierzu bietet das Geschäftsgeheimnisgesetz (Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen – GeschGehG) einige wirksame Mechanismen. So kann der Arbeitgeber von ehemaligen Mitarbeitern die Herausgabe oder Vernichtung von Geschäftsgeheimnissen verlangen, hat Auskunftsansprüche über Rechtsverletzungen und kann den Rückruf von Produkten verlangen, die Geschäftsgeheimnisse verletzen.

Was ein Geschäftsgeheimnis ist oder sein kann wird dabei relativ breit verstanden. Es muss nur ein berechtigtes Interesse des Unternehmens an der Geheimhaltung bestehen.

GESCHÄFTSGEHEIMNISSE KÖNNEN DEMNACH ZUM BEISPIEL DIE FOLGENDEN INFORMATIONEN SEIN:

- ☑ Kundenlisten
- ☑ Individuelle Preise, die einzelne Kunden für Eure Produkte zahlen
- ☑ Informationen über Eure Produkte, insbesondere Code
- ☑ Liste Eurer Geschäftspartner und Zulieferer
- ☑ Eure Unternehmensstrategie und Pläne für neue Produkte

Informationen, an deren Geheimhaltung Ihr kein legitimes Interesse habt, können keine Geschäftsgeheimnisse sein, etwa Informationen über Straftaten oder Ordnungswidrigkeit durch Arbeitnehmer oder Geschäftsführer.

Doch einen Haken hat das Gesetz: Ein Geschäftsgeheimnis wird nur dann geschützt, wenn es zum einen tatsächlich geheim ist, also nicht bereits der breiten Öffentlichkeit bekannt, und Ihr selbst angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen ergriffen habt. Wer sich also auf den rechtlichen Schutz seiner Geschäftsgeheimnisse berufen will, muss das Geheimnis vorher erst einmal selbst schützen – oder es zumindest versucht haben.

WIR HABEN AUFGELISTET, WELCHE MASSNAHMEN ZUM SCHUTZ VON GESCHÄFTSGEHEIMNISSEN IHR UMSETZEN KÖNNT:

- ☑ Geheimhaltungsklauseln in Arbeitsverträgen
- ☑ Interne Polices, wie die Mitarbeiter erkennen was ein Geschäftsgeheimnis ist
  und wie sie damit umgehen dürfen
- ☑ Beschränkter Zugang zu Geschäftsgeheimnissen auf "need-to-know" Basis
- ☑ Passwortschutz und individuelle Zugangsprofile
- ☑ Regelmäßige Hinweise auf Geheimnisschutz an die Mitarbeiter
- ☑ Firewalls
- ☑ Besuchermanagement (NDAs!)

Wenn Ihr diese Schutzmaßnahmen umsetzt und dokumentiert, habt Ihr gute Chancen, den Schutz Eurer Geschäftsgeheimnisse gerichtlich durchsetzen zu können.

2. VERTRAGLICHE WETTBEWERBSVERBOTE

Wettbewerbsverbote können das Know-how von jungen Tech-Unternehmen effektiv schützen. Es sind zwei Wettbewerbsverbote zu unterschieden: Solche, die schon während der Vertragslaufzeit gelten, vertragliche Wettbewerbsverbote, und solche, die nach Beendigung des Vertrags gelten sollen, nachvertragliche Wettbewerbsverbote.

Dass ein Arbeitnehmer seinem Arbeitgeber während der Vertragslaufzeit keine Konkurrenz machen sollte, ist eigentlich selbstverständlich. So sehen das auch die deutschen Arbeitsgerichte, mit der Folge, dass ein Wettbewerbsverbot auch gilt, wenn es nicht ausdrücklich im Arbeitsvertrag vereinbart wurde.

Es lohnt sich dennoch, das Wettbewerbsverbot ausdrücklich in den Arbeitsvertrag aufzunehmen, denn nur so wissen beide Seiten, wo die genauen Grenzen des Wettbewerbsverbots verlaufen.

Unklarheiten herrschen sonst etwa häufig beim Halten von Anteilen von Konkurrenzunternehmen oder einer selbstständigen Tätigkeit in der Freizeit. Es können Vertragsstrafen für den Fall eines Verstoßes vereinbart werden, die allein oft schon abschreckend wirken. In der Praxis ist es für das Unternehmen außerdem oft schwierig, genau nachzuweisen, welcher Schaden durch den Wettbewerbsverstoß entstanden ist. Hier hilft die Vertragsstrafe, die praktisch einen pauschalen Schadensersatz bietet.

Ein guter Arbeitsvertrag wird daher immer ein vertragliches Wettbewerbsverbot enthalten. Bei einem Verstoß gegen das vertragliche Wettbewerbsverbot kann das Start-up das Arbeitsverhältnis kündigen und möglicherweise Schadensersatz oder, wenn vereinbart, eine Vertragsstrafe verlangen.

3. NACHVERTRAGLICHE WETTBEWERBSVERBOTE

Komplizierter sind die nachvertraglichen Wettbewerbsverbote. Sie müssen ausdrücklich und in Schriftform vereinbart werden und unterliegen hohen Anforderungen.

Sie können direkt im Arbeitsvertrag vereinbart werden oder später in einer Ergänzungsvereinbarung. Es kommt etwa im Rahmen von Finanzierungsrunden oder anderen Transaktionen nicht selten vor, dass im Rahmen der Due Diligence festgestellt wird, dass Key Employees oder C-Level Management keinen nachvertraglichen Wettbewerbsverboten unterliegen. Dann werden oft entsprechende Ergänzungsvereinbarungen geschlossen, weil die Investoren verständlicherweise ein sehr großes Interesse daran haben, dass die Key Player nicht von einem auf den anderen Tag zum Wettbewerber wechseln.

Nachvertragliche Wettbewerbsverbote können für maximal zwei Jahre nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses vereinbart werden. Sie haben aber eine wichtige Wirksamkeitsvoraussetzung: Die Karenzentschädigung. Das Unternehmen muss dem Arbeitnehmer für den Zeitraum, in dem das nachvertragliche Wettbewerbsverbot gelten soll, mindestens die Hälfte der letzten vertragsmäßigen Leistungen (Festvergütung, variable Vergütung und sonstige Benefits) zahlen.

Da mit nachvertraglichen Wettbewerbsverboten erhebliche finanzielle Verpflichtungen verbunden sind, sollte immer im Einzelfall entschieden werden, ob dieser Schutz gewünscht und sein Geld wert ist. Eine günstigere, oft ebenso effektive Möglichkeit des Know-how-Schutzes sind längere Kündigungsfristen kombiniert mit einem kurzen nachvertraglichen Wettbewerbsverbot. Es kann hier vorgesehen werden, dass sich die Dauer des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots um eine vorangehende Freistellung verkürzt.

Wird eine Karenzentschädigung nicht vereinbart, hat der Arbeitnehmer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Wahl: Wenn er sich an das Wettbewerbsverbot halten will, hat er auch einen Anspruch auf die Karenzentschädigung. Er kann aber auch entscheiden, sich nicht an das Wettbewerbsverbot halten zu wollen. Das Unternehmen hat ein solches Wahlrecht nicht.

Das Unternehmen hat allerdings die Möglichkeit, auf das nachvertragliche Wettbewerbsverbot zu verzichten mit der Folge, dass es mit dem Ablauf eines Jahres seit Erklärung des Verzichts von der Pflicht zur Zahlung der Entschädigung frei wird. Der Arbeitnehmer ist hingegen unmittelbar nach Erklärung des Verzichts frei, Wettbewerb zu treiben, wenn das Arbeitsverhältnis schon geendet hat. Mit Blick auf die finanziellen Belastungen des Start-ups durch Karenzentschädigungen sollte regelmäßig geprüft werden, ob auf einzelne Wettbewerbsverbote nicht verzichtet werden kann, etwa weil sich der eingestellte Arbeitnehmer doch nicht als der Rockstar entpuppt, der er zu sein schien. Bei einem frühen Verzicht kann man jegliche Karenzentschädigung vermeiden.

Darüber hinaus ist die örtliche und sachliche Konkretisierung des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots nicht ganz einfach. Hier wird im Zweifel von Arbeitsgerichten eine Interessenabwägung vorgenommen. Wenn dem Arbeitnehmer mehr untersagt wird, als es dem berechtigten Interesse des Unternehmens entspricht, ist das nachvertragliche Wettbewerbsverbot insoweit regelmäßig unwirksam.

Da es bei Wettbewerbsverboten in aller Regel schwierig ist, bei einem Verstoß einen konkreten Schaden nachzuweisen, sollte es durch eine Vertragsstrafe abgesichert werden.

Grundsätzlich haben Unternehmen bei der Vereinbarung nachvertraglicher Wettbewerbsverbote mit Geschäftsführern größere Flexibilität als bei Arbeitnehmern. Das liegt daran, dass die strengen gesetzlichen Schutzvorschriften bei nachvertraglichen Wettbewerbsverboten für sie nicht gelten. Doch auch hier ist Vorsicht geboten. Die Rechtsprechung hat auch bei Geschäftsführern bestimmte Vorgaben zu Dauer und Karenzentschädigung gemacht.

4. RETENTION BONUS

Eine weitere Variante des Know-how-Schutzes sind Retention-Zahlungen. Wie funktioniert das? In einer Vereinbarung wird dem Teammitglied zugesagt, dass eine bestimmte Zahlung erfolgt, wenn das Arbeitsverhältnis zu einem bestimmten Zeitpunkt noch besteht. Man kann den Retention Bonus auch als Treuebonus betrachten: Gezahlt wird nur, wenn das Arbeitsverhältnis zu dem vereinbarten Tag noch besteht. Dadurch wird der Arbeitnehmer incentiviert, das Arbeitsverhältnis zumindest bis zu diesem Zeitpunkt fortzusetzen.

Wichtig ist, dass keine Voraussetzungen für die Zahlung des Retention Bonus aufgenommen werden, die an eine bestimmte Performance oder die Erreichung von Zielen anknüpfen. Sonst könnten auch bei früherem Ausscheiden anteilige Zahlungen geschuldet sein.

Unsere internationale Plattform für Technologieunternehmen

DE EN

Dedicated to the needs of technology companies and their investors

Apple | Micron | Microsoft | Oracle | Sonos | Workday
Atomico | Coatue | Turn/River | Warburg Pincus

Orrick counsels more than 3,700 venture-backed companies and 90+ unicorns as well as the most active funds, corporate venture investors and public tech companies worldwide. Our focus is on helping disruptive companies tap into innovative legal solutions. We are ranked #11 firm for global M&A volume (MergerMarket) and the #1 most active law firm in European venture capital (*PitchBook*).

JUVE 2021 AWARDS

The leading German legal database JUVE **nominated** us **for Private Equity and Venture Capital Law Firm of the Year** in Germany 2021 and 2019, and named our partner Sven Greulich one of the top VC lawyers in Germany (2022/2023)

The LEGAL 500

Leader in Venture Capital and Corporate Practice
Legal 500

PitchBook

#1 Most Active VC law firm in Europe
for 27 quarters in a row
PitchBook Q3 2022

The 2022 State of European Tech Report prepared by *Atomico* in partnership with *Slush,* Orrick, Lazard and Silicon Valley Bank, is the deepest, data-led investigation into the European tech ecosystem and empowers us all to make data-driven decisions in the year to come.

DE EN

A TRULY GLOBAL PLATFORM.

Coatue
as co-lead investor in N26's $900 million Series E

GIC
on its investment in EcoVadis' $500 million financing round

Energy Impact Partners
as lead investor in Grover's $330 million Series C

Haniel
on its investment in the €200 million Series A of 1KOMMA5°

Contentful
on its $175 million Series F

WE ADVISE TECH COMPANIES AT ALL STAGES:

Representing **90+ unicorns**

10 of the world's **20 largest public tech companies**

In 2022, advised on more than **1,050 VC financings** valued at **over $43 billion** for companies based in **50+** countries.

Operating in 25 markets worldwide, we offer holistic solutions for companies at all stages, executing strategic transactions but also protecting intellectual property, managing cybersecurity, leveraging data and resolving disputes. We are helping our clients navigate the regulatory challenges raised by new technologies such as crypto currencies, autonomous vehicles and drones. A leader in traditional finance, we work with the pioneers of marketplace lending.

We innovate not only in our legal advice but also in the way we deliver legal services. That's why Financial Times has named Orrick top 3 for innovation seven years in a row – and also selected us as the Most Digital Law Firm in North America in 2020.

DE EN

We analyze our closed venture financing transactions and convertible loan note financings across our European offices, to offer strategic insight into the European venture capital market:

Nearly 500 venture financing deals across Europe in 2021, with an aggregate deal value of more than $20 billion.

Based on first-hand insights from the law firm that closed more than twice as many venture deals as any other firm in Europe in the last several years, we have unique insights for investors and high-growth companies into the customs in the European venture market.

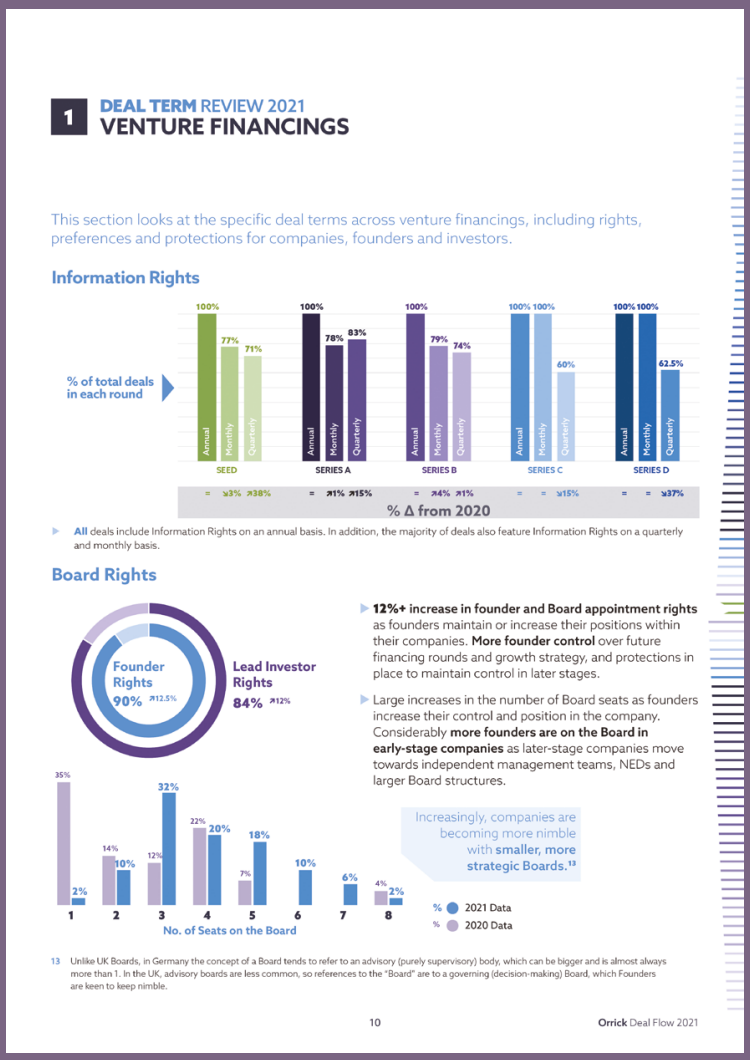
For crucial topics such as

Valuation | Liquidation Preference | Anti-Dilution Protection | Exit Considerations | Board Composition | IPO regulations | and much more

we know what has been contractually regulated in hundreds of venture transactions each year that Orrick advised on in Europe.

And we can break this data down by various categories such as geography, financing type, series, volume, type of investors involved and much more.

Deal Flow 3.0 with our analysis of the 2022 deal terms will come out in early 2023 and be available at orrick.com.



1 DEAL TERM REVIEW 2021
VENTURE FINANCINGS

This section looks at the specific deal terms across venture financings, including rights, preferences and protections for companies, founders and investors.

Information Rights

% of total deals in each round

	SEED	SERIES A	SERIES B	SERIES C	SERIES D
Annual	100%	100%	100%	100%	100%
Monthly	77%	78%	79%	100%	100%
Quarterly	71%	83%	74%	60%	62.5%
% Δ from 2020	↘3% ↗38%	↗1% ↗15%	↗4% ↗1%	↘15%	↘37%

All deals include Information Rights on an annual basis. In addition, the majority of deals also feature Information Rights on a quarterly and monthly basis.

Board Rights

Founder Rights 90% ↗12.5%

Lead Investor Rights 84% ↗12%

12%+ increase in founder and Board appointment rights as founders maintain or increase their positions within their companies. More founder control over future financing rounds and growth strategy, and protections in place to maintain control in later stages.

Large increases in the number of Board seats as founders increase their control and position in the company. Considerably more founders are on the Board in early-stage companies as later-stage companies move towards independent management teams, NEDs and larger Board structures.

Increasingly, companies are becoming more nimble with smaller, more strategic Boards.[13]

No. of Seats on the Board	1	2	3	4	5	6	7	8
% 2021 Data	35%	14%	12%	22%	7%	10%	6%	4%
% 2020 Data	2%	10%	32%	20%	18%	10%	6%	2%

13 Unlike UK Boards, in Germany the concept of a Board tends to refer to an advisory (purely supervisory) body, which can be bigger and is almost always more than 1. In the UK, advisory boards are less common, so references to the "Board" are to a governing (decision-making) Board, which Founders are keen to keep nimble.

10 Orrick Deal Flow 2021

DE EN

INNOVATION INSPIRES US.

And we're committed to leading it. We're working to improve legal services delivery.

WE INNOVATE BY:

IMPROVING WORKFLOW WITH HUMAN-CENTERED DESIGN.

APPLYING ANALYTICS TO LEGAL PROBLEMS.

BRINGING GREATER CERTAINTY TO PRICING.

FT INNOVATIVE LAWYERS NORTH AMERICA **2022 WINNER**

Winner of the Reinventing Legal Practice category with our MAPE 2.0 platform that transforms M&A execution by making it more effective and efficient.

Winner of the Business Resilience category with our legal work helping Texas recover from its worst ever energy infrastructure failure.

Top 3 for Innovation, 7 years in a row

In its annual Innovative Lawyers Report, Financial Times has named Orrick top 3 for innovation seven years in a row for various projects focused on delivering innovative solutions – and also selected us as the Most Digital Law Firm in North America in 2020.

> *Orrick is reimagining how to use data in the delivery of legal services.*
>
> REENA SENGUPTA – RSG CONSULTING

C.

Die Autorinnen und Autoren

DE EN

Christina Bouchot
Los Angeles
cbouchot@orrick.com

Christina Queiros Bouchot, Partnerin der Praxisgruppen Arbeitsrecht und Prozessführung, unterstützt Arbeitgeber bei ihrer Personalentwicklung, um die besten Talente an die Unternehmen zu binden und eine positive Unternehmenskultur zu schaffen. Außerdem berät sie Arbeitgeber bei verschiedenen Transaktionen. Christina Bouchot berät Mandanten zudem zu zentralen arbeitsrechtlichen Fragestellungen und Compliance-Themen im Rahmen von Unternehmensgründungen, zur Gestaltung von arbeitsrechtlichen Richtlinien, bei dem Einsatz von Wettbewerbsverboten, zur Einhaltung von Lohnregelungen und des Arbeitszeitrechts und bei Personalabbau. Weitere Themenfelder sind interne Untersuchungen und Beschwerden im Zusammenhang mit Vorwürfen wegen sexueller Belästigung, Whistleblowing und Diskriminierung. Sie hat Erfahrung in der anwaltlichen Vertretung von Unternehmen aus verschieden Branchen, mit einem klaren Fokus auf Technologieunternehmen und Private-Equity-Firmen, deren Unternehmenskulturen und arbeitsrechtliche Herausforderungen sie im Detail kennt.

Sven Greulich
Düsseldorf
sgreulich@orrick.com

Dr. *Sven Greulich*, LL.M. (Cantuar), EMBA, Partner im Bereich Technologietransaktionen und M&A, ist spezialisiert auf Venture Capital-Finanzierungen und die Beratung wachstumsstarker Technologieunternehmen. Seine Tätigkeit für innovative Technologieunternehmen gerade an der Schnittstelle zwischen Deutschland und den USA wurde mehrfach ausgezeichnet (Financial Times, JUVE, Handelsblatt/BestLawyers, Legal500, Chambers Europe). Das Fachmagazin JUVE zählt Sven zu den 20 führenden Venture-Capital-Beratern in Deutschland.

Louisa Kallhoff
Düsseldorf
lkallhoff@orrick.com

Louisa Kallhoff ist Managing Associate im Düsseldorfer Büro und gehört der Praxisgruppe Arbeitsrecht an. Sie berät nationale und internationale Unternehmen, die meisten davon aus dem Tech-Sektor, bei allen arbeitsrechtlichen Fragestellungen.

Marianna Karapetyan
Düsseldorf
mkarapetyan@orrick.com

Marianna Karapetyan ist Managing Associate im Düsseldorfer Büro und gehört der Praxisgruppe Arbeitsrecht an. Sie berät nationale und internationale Unternehmen in allen Fragen des individuellen und kollektiven Arbeitsrechts mit einem besonderen Branchenfokus auf Tech-Unternehmen.

Anna Suh
Sacramento
anna.suh@orrick.com

Anna Suh ist Counsel und spezialisiert auf die Beratung zu Diskriminierung, Belästigung und verbotener Maßregelung sowie auf die Themen Vergütung und Arbeitszeit. Von Technologieunternehmen wird sie besonders dafür wertgeschätzt, dass sie diese immer mit Blick auf das Business berät, sodass diese ihre Ziele jetzt und in der Zukunft erreichen. Anna Suh arbeitet seit Jahren mit Unternehmen aus allen Wachstumsphasen zusammen, um rechtliche Lösungen zu finden, die die Ziele der Unternehmen voranbringen. Ihre Mandanten wenden sich an sie, wenn sie praxisgerechte und skalierbare Lösungen für ihre komplexen HR-Compliance- und HR-Themen suchen.

André Zimmermann
(Author and Editor)
Düsseldorf
azimmermann@orrick.com

Dr. *André Zimmermann*, LL.M., Partner und Leiter der deutschen Praxisgruppe Arbeitsrecht, berät Unternehmen in allen Wachstumsphasen, von Start-ups und Scale-ups über Unicorns bis hin zu internationalen Konzernen, in sämtlichen arbeitsrechtlichen Angelegenheiten. Dies umfasst die Begleitung im Tagesgeschäft bis hin zu komplexen Transaktionen, von der strategischen Planung bis zur Post-Merger-Integration. Von JUVE wird er seit 2017 als "oft empfohlener" Anwalt im Arbeitsrecht geführt. Handelsblatt/BestLawyers empfehlen André seit 2020 als einen der besten Anwälte Deutschlands im Arbeitsrecht.

Frühere Ausgaben dieser Reihe

OLNS #1 — Venture Debt für Technologieunternehmen
Mai 2019

Venture Debt - Eine attraktive Ergänzung zur Eigenkapitalfinanzierung für Start-ups mit starken Bestandsinvestoren, die hohe Flexibilität und allenfalls geringe Verwässerung für die Gründer und Bestandsinvestoren mit sich bringt.

OLNS #2 — Wandeldarlehen für Technologieunternehmen
August 2019

Wandeldarlehen bilden, insbesondere aufgrund ihrer flexiblen Verwendbarkeit und geringeren Komplexität gegenüber "ausgewachsenen" Eigenkapitalfinanzierungen, einen wichtigen Bestandteil im Finanzierungsportfolio eines Start-ups. Ein Wandeldarlehen ist grds. nicht darauf angelegt, zurückgezahlt zu werden, sondern zu einem späteren Zeitpunkt in eine Eigenkapitalbeteiligung am Start-up gewandelt zu werden.

OLNS #3 — Arbeitsrecht für Technologieunternehmen
Januar 2023 (diese Neuausgabe ersetzt die Ausgabe vom Dezember 2019)

Junge Technologieunternehmen konzentrieren sich zu Beginn voll auf ihre Produkte, wollen pitchen und VC-Investoren an Bord holen. Jeder Euro im Budget zählt, Personal ist oft begrenzt und externer Rat erscheint teuer. Legal Themen stehen daher nicht immer ganz oben auf der Agenda. Trial and Error kann im Arbeitsrecht für Gründer und junge Unternehmen allerdings schnell teuer werden.

OLNS #4 — Corporate Venture Capital
März 2020

Corporates stehen durch disruptive Technologien unter massivem Innovationsdruck und ein gutes CVC-Programm bietet mehr als nur Kapital - der Zugang zu Unternehmensressourcen und Absatzmöglichkeiten sind nur einige Aspekte, die CVC so attraktiv machen. Dieser Leitfaden zeigt Best Practice sowohl für Unternehmen als auch Start-ups und zeigt die entscheidenden Punkte im Umgang mit CVC auf.

OLNS #5 — Venture-Finanzierungen nach dem Schwarzen Schwan
April 2020

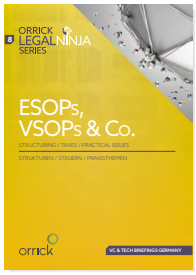
Im derzeitigen Marktumfeld sind alle Marktteilnehmer und insbesondere Unternehmer gut beraten, sich auf eine Verknappung auf den Finanzierungsmärkten vorzubereiten und so gut wie möglich zu versuchen, den Sturm zu überstehen. In diesem Leitfaden teilen wir u.a. Beobachtungen zu den jüngsten Entwicklungen und praktische Hinweise für das Fundraising in (historisch) unsicheren Zeiten. Wir geben zunächst einen kurzen Überblick über das aktuelle Finanzierungsumfeld, bevor wir auf einzelne Vertragsbedingungen und Strukturelemente der Finanzierung eingehen, über die sich Gründer und Investoren nun vermehrt und bisweilen unter geänderten Vorzeichen unterhalten werden.

OLNS #6 — Tech-Unternehmen durch die Krise führen
Mai 2020

Ein junges Technologieunternehmen durch eine globale wirtschaftliche Krise zu führen, ist eine sehr herausfordernde Aufgabe, aber wenn sie gemeistert und das Start-up richtig positioniert werden kann, kann es Marktanteile gewinnen, wenn die Märkte wieder zurückkommen. Während sich OLNS#5 auf Venture-Finanzierungen in Krisenzeiten konzentrierte, wollen wir mit OLNS#6 einen umfassenden Überblick über die rechtlichen Aspekte einiger der wichtigsten operativen Herausforderungen geben, mit denen sich Gründer jetzt befassen müssen. Hierzu zählen u.a. Überwachungspflichten und Haftungsrisiken sowohl der Geschäftsführer als auch des Beirats, Maßnahmen zur Senkung der Personalkosten, Herausforderungen im Bereich IP/IT und Datenschutz im Home-Office, effektives Vertragsmanagement und Herausforderungen bei der Umstrukturierung von Darlehensfinanzierungen.

OLNS #7 — Flip it Right: doppelstöckige US-Holding-Strukturen für deutsche Start-ups
Januar 2021

Ein deutsches Technologieunternehmen kann von einer doppelstöckigen Struktur mit einer US-Holdinggesellschaft enorm profitieren. Das gilt einerseits für das Fundraising in den USA in frühen Runden, aber auch mit Blick auf einen US-Exit und die höheren Bewertungen von Technologieunternehmen im US-Markt. Der Einstieg in eine solche doppelstöckige Struktur (sei es durch einen "Flip" oder vom Reißbrett) erfordert jedoch eine sorgfältige Planung und Implementierung. OLNS#7 zeigt, was es dabei zu beachten gilt und wie man rechtliche und steuerliche Fallstricke vermeidet.



OLNS #8 — ESOPs, VSOPs & Co.: Strukturen / Steuern / Praxisthemen
Juni 2021

Mitarbeiterbeteiligungsprogramme spielen für junge Unternehmen eine entscheidende Rolle bei der Gewinnung und Bindung von Top-Talenten. Eine Beteiligung am Unternehmen belohnt Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter dafür, dass sie das Risiko eingehen, in ein junges Unternehmen einzusteigen. Dem höheren Risiko steht die Chance gegenüber, am zukünftigen Erfolg dieses Unternehmens zu partizipieren. Weil sich Start-ups die höheren Löhne etablierterer Unternehmen regelmäßig nicht leisten können, sind Mitarbeiterbeteiligungsprogramme für sie einer der wichtigsten Hebel, um ihr Team zu rekrutieren. Mit OLNS#8 wollen wir Start-ups und Investoren gleichermaßen helfen, Mitarbeiterbeteiligungsprogramme zu verstehen, anreizkongruent zu strukturieren und sauber umzusetzen.

OLNS #9 — Venture Capital Deals in Germany: Pitfalls, Key Terms and Success Factors Founders Need to Know
Oktober 2021

Gründung und Skalierung eines Tech-Unternehmens sind große Herausforderungen. Wir wollen Gründerinnen und Gründern helfen, sich auf die Entwicklung ihres Start-ups zu konzentrieren und ihnen zumindest was das Rechtliche angeht den Rücken freihalten. OLNS#9 fasst unsere Erfahrungen aus der Zusammenarbeit mit unzähligen Start-ups und Scale-ups weltweit zusammen. Der Guide enthält praktische Ratschläge wie man ein Unternehmen gründet, wie man (nicht) den Cap Table zusammenstellt, Dynamiken im Gründungsteam und Equity-Splits, Finanzierungsoptionen für Start-ups, den Finanzierungsprozess, die wichtigsten Vertragsbedingungen und vieles mehr. OLNS#9 ist ausschließlich in englischer Sprache verfügbar.

OLNS #10 — (Aus-)Gründungen an Deutschen Hochschulen
November 2022

Deutsche Universitäten werden immer mehr zum Ausgangspunkt der Gründung innovativer Unternehmen. Gleichzeitig stehen aber gerade universitäre Spin-offs auch vor besonderen Herausforderungen, von denen einige – mit den richtigen Fördersystemen und Prozessen – wesentlich weniger belastend sein könnten. OLNS#10 gibt Gründerinnen und Gründern einen Überblick, wie man ein universitäres Start-up auf die Beine stellt. Wir geben unsere Erfahrungen zu Themen wie der Zusammensetzung des Gründungsteams und dessen Anteilsverteilung, die Strukturierung des ersten Cap Table, ein geeignetes rechtliches Setup (Founder Holdings und US-Holdingstrukturen) und die Finanzierungsphase weiter. Dabei kommen wir auch immer wieder auf die Besonderheiten von IP-basierten Spin-offs zurück, insbesondere wenn es darum geht, wie ein Start-up effizient auf das IP der Universität zugreifen kann.

Herausgeber:
Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP,
Heinrich-Heine-Allee 12, 40213 Düsseldorf, Deutschland,
Tel.: +49 (0)211/367870, Internet: www.orrick.de

Vertretungsberechtigt in Deutschland und verantwortlich für redaktionelle Inhalte i.S.d. § 55 Abs. 3 des Staatsvertrages für Rundfunk und Telemedien sind Dr. Oliver Duys und
Dr. Christoph Brenner (Managing Partner Deutschland),
Heinrich-Heine-Allee 12, 40213 Düsseldorf und
Lenbachplatz 6, 80331 München Deutschland,
Tel.:+49 (0)211/367870, E-Mail: duesseldorf@orrick.com

Copyright:
Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP, 2023. Alle Rechte vorbehalten. Das Orrick-Logo und "Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP" sind eingetragene Marken der Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP.

Version: Januar 2023

Haftungsausschluss:

Diese Publikation dient allein der allgemeinen Information und berücksichtigt nicht die individuellen Umstände des Einzelfalls. Diese Publikation erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Sie dient nicht dazu und kann keine einzelfallbezogene Beratung durch kompetente Rechts-, Steuer- und andere Berater ersetzen und darf nicht entsprechend verwandt werden. Diese Publikation stellt weder ausdrücklich noch stillschweigend ein Angebot oder die Annahme eines Angebots auf Abschluss eines Auskunfts- oder Beratungsvertrages dar. Die in dieser Publikation enthaltenen Meinungen, Auslegungen und Vorhersagen geben allein die Ansichten der Autoren wieder, welche nicht notwendigerweise der Ansicht der Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP entsprechen. Auch wenn sich die Autoren um eine korrekte Darstellung in dieser Publikation bemüht haben, übernehmen weder sie, noch die Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP noch sonst jemand in Verbindung mit den Vorgenannten Gewähr, Einstandspflicht oder Haftung hierfür.

Anwaltswerbung.

Acknowledgements

Die Autoren danken Lars Wöhning und Justine Koston aus dem Know-how-Team von Orrick für ihre wertvollen Beiträge zu dieser Publikation. Sie sind weiterhin Andreas Gerhards und Denise Kiel vom Business-Development-Team, Dean Skibinski und Nuno Teixeira aus Orricks Design-Team sowie der wissenschaftlichen Mitarbeiterin Asalia Melanie Scheibner und dem ehemaligen Associate Dr. Hendrik Völkerding für die wertvolle Hilfestellung und Unterstützung bei der Erstellung, graphischen Umsetzung und Produktion der neuesten Ausgabe der Orrick Legal Ninja Series dankbar.

DE EN

IHRE ANSPRECHPARTNER

Dr. André Zimmermann, LL.M.

T +49 211 3678 7260
azimmermann@orrick.com

DÜSSELDORF

Orrick-Haus
Heinrich-Heine-Allee 12
40213 Düsseldorf
T +49 211 3678 70

MÜNCHEN

Lenbachplatz 6
80333 München
T +49 89 383 9800

orrick.de

AMERICAS | EUROPE | ASIA

Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP | 51 West 52nd Street | New York, NY 10019-6142 | United States | tel +1 212 506 5000

Attorney advertising. As required by New York law, we hereby advise you that prior results do not guarantee a similar outcome.

©2023 Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP. All rights reserved.

orrick

ORRICK LEGALNINJA SERIES

3

EMPLOYMENT LAW FOR TECH COMPANIES

Revised 2023 Edition

orrick

VC & TECH BRIEFINGS GERMANY

Table of Contents

A. Employment Law 4-45

I. Introduction 4

II. The Founders' Legal Status 5

III. The First Team Members: Employees, Contractors, Trainees, Working Students 9

IV. Drafting Your First Employment Contract 15

V. Employee Incentives and Mobile Work 25

VI. Contractor Agreements 28

VII. Agency Work 30

VIII. Recruiting and Onboarding 31

IX. Termination of Employment and Off-Boarding 34

X. Know-how Protection and Non-Competes 43

B. Our International Platform for Tech Companies 46-49

C. The Authors 50

Click on the above contents to navigate to your intended chapter

About the Orrick Legal Ninja Series

DE EN

About the Orrick Legal Ninja Series – OLNS

In substantially all of the major world markets, we have dedicated technology lawyers who support young German tech companies on their growth trajectory through all stages. As one of the top tech law firms in the world, we are particularly committed to bringing the American and German entrepreneurship ecosystems closer together.

For this purpose, we have launched the Orrick Legal Ninja Series (OLNS). With this series, we will provide overviews on current legal trends and take deeper dives on certain legal topics that are particularly relevant for start-ups and their investors.

The OLNS will be co-authored by a multidisciplinary team of attorneys from our national and international offices. It is our goal to tap into the rich reservoir of the venture capital and technology law know-how of our international platform and make it available to the exciting German entrepreneurship and innovation scene

Why "*Ninja Series*"? This title might simply reflect the fact that some of us watched a little too much TV in the 1990s. But, seriously, "Ninja" has come to signify "a person who excels in a particular skill or activity." That's what the Orrick team strives to be when it comes to providing tailored advice to growing tech companies and their investors. We hope that the OLNS also empowers you to be Ninja entrepreneurs.

We hope you enjoy the new edition of the third issue of our OLNS. If you would like to discuss it further, please contact us. We would love to learn about your experiences with these topics, so please share them with us. We constantly strive to evolve and grow in order to best serve our clients.

On behalf of the Orrick Team,

André Zimmermann

Head of Orrick's German Employment Law Practice

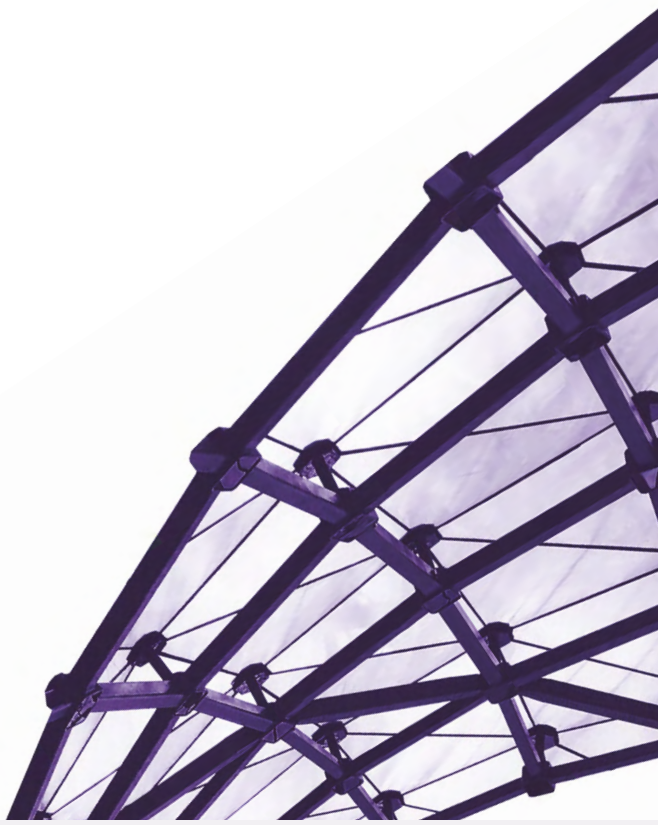
I. Introduction

At start-up, young tech companies focus entirely on their products, want to pitch and bring VC investors on board. Every euro in the budget counts, personnel is often limited, and legal advice seems expensive. For these understandable reasons, legal issues are not always top of mind.

But trial and error with employment law can quickly become expensive for founders[2] and young companies. If a key employee with important know-how moves to a competitor and no effective post-contractual non-compete has been agreed, the loss goes beyond merely the employee, to all the know-how he takes with him. A systematic approach and early legal advice guard against pitfalls like this.

We have many years of experience helping German and international tech companies get off the ground – from hiring their first employees, through several financing rounds, to their IPO. In our OLNS#9, we've compiled our experiences and practical advice for starting and scaling a tech company.

Through the Orrick Legal Ninja Series, we would like to share our experience in employment law with founders and young tech companies and focus on some particularly critical issues.



1. We generally refer to founders as female, but male founders are always included. Note that if we use the masculine form in the following this is done for better readability, and we always refer to all genders.

II. The Founders' Legal Status

DE EN

In Germany, founding a company shortly after school or during university is the exception rather than the rule. German founder's average age is around 38. This means, founders often are another company's employees when founding. This can cause problems.

1. FOUNDING WHILE IN AN EXISTING EMPLOYMENT RELATIONSHIP

Generally, every employee is subject to a non-compete during his employment, even if not explicitly agreed in the employment contract. If the founder intends to operate her start-up in the same market as her employer, violation of this non-compete is very likely. If the founder has developed the start-up's business model, even a novel one, while with her employer, or even if it is based on the knowledge she has gained through her work, her employer might have first claims on the new development. An employment contract can even stipulate that secondary activities, including founding a company, are permitted only with the employer's prior consent.

To avoid claims for damages and even claims to her work, a founder should get professional legal advice early. Where appropriate, she should seek a written agreement with the employer stating that the founding and start-up activities do not violate the non-compete and granting the necessary consent.

For the specifics of start-ups involving the use of intellectual property created with the help of a university or research institute, see OLNS#10 University Entrepreneurship & Spin-offs in Germany.

You can find all editions of the OLNS here: https://www.orrick.com/en/Practices/Orrick-Legal-Ninja-Series-OLNS.

2. FOUNDERS AS (SHAREHOLDER) MANAGING DIRECTORS

n Germany, most start-ups are founded as a limited liability company (GmbH) or an entrepreneurial company with limited liability (UG). You may also choose from other legal forms available, like a partnership under civil law (GbR) or sole proprietorship. As a rule, the limitation of liability speaks for a GmbH or UG.

In a start-up's early stages, founders often surprisingly forget one important point – themselves. Are they founders only? Or also shareholders or managing directors? Or even all three?

The founders usually participate in the start-up's equity. They are active employees, and they are shareholders. They drive the business, often without a managing director service contract that would give them a sound legal basis. And if they do have one, it is often missing essential regulations or does not fit properly – it might fit third-party managing directors (without equity participation, *i.e.* not shareholders), while the founders are acting as shareholder managing directors.

Frequently, founders will use a free template available online or one borrowed from a fellow start-up – better than nothing, but far from ideal. Professional investors will look closely at the documentation of the founders' contractual relationships, so it's got to be right.

Typically, one of the founders becomes a managing director as well as a shareholder in her start-up, acting as a shareholder managing director, meaning a managing director with equity participation. But, at least after some time, it might make sense not to do this, but rather to bring in a third party as an external or third-party managing director, meaning a managing director without equity participation. If the founders lack certain knowledge, or if a third party knows the market particularly well or enjoys a high reputation, this course might be preferable.

There may be two shareholder and/or third-party managing directors, or even several (it's rare but happens). In such a case, the different responsibilities and the question of representation should be clarified: Should one managing director be able to conclude contracts, or must both (or all) do so together?

CHECKLIST: WHAT SHOULD TYPICALLY BE COVERED AT THE VERY LEAST IN A MANAGING DIRECTOR SERVICE CONTRACT?

- ☑ Job title, (*e.g.*, CFO), place of services
- ☑ Authority to manage and represent the company (if applicable, including exemption from the prohibition on self-contracting according to sec. 181 BGB)
- ☑ List of transactions requiring approval
- ☑ Tasks and duties
- ☑ Secondary activities
- ☑ Non-compete during the term of the service contract and, if applicable, afterwards (consider contractual penalty for breaches)
- ☑ Remuneration (fixed salary, variable remuneration) and other benefits (*e.g.*, company car, D&O insurance, other insurance)
- ☑ Vacation
- ☑ Expenses and travel costs
- ☑ Sick pay
- ☑ Non-disclosure obligations
- ☑ Inventions, copyrights and other intellectual property rights
- ☑ Term, notice periods and release (garden leave)
- ☑ Return of work equipment, documents and data
- ☑ Cut-off periods
- ☑ Customary final provisions

3. SOCIAL SECURITY OBLIGATIONS OF THE SHAREHOLDER MANAGING DIRECTORS?

One common issue is the social security classification of managing directors. Must the company pay social security contributions for them? Third-party managing directors are outright employees, so the answer for them is yes, social security contributions must be paid on top of their salary.

For shareholder managing directors, it depends – social security contributions might not be required if they have significant influence on the company through their shareholder position and can sidestep the shareholders' instructions.

Exemption from social security contributions for a shareholder managing director can come from two directions: if his equity participation (including indirect participation) is at least 50 percent, or if a blocking minority in the articles of association or voting rights agreements give him an exemption because he holds decisive influence even with a lower equity participation. It depends on the individual case. While the requirements are fairly high, a target-oriented wording of the corporate documentation and the service contracts – and implementation in practice – can dramatically raise the chances of exemption.

And the assessment of the social security responsibility may change over time. For example, if the equity structure changes because new shareholders come onboard in financing rounds, then the question of the social security responsibility of the shareholder managing directors must be visited anew.

For shareholder managing directors with minority shareholdings, the requirements imposed by case law on the social security exemption have recently become stricter, with social insurance institutions increasingly asserting additional claims following company audits. Together with the default surcharges, these amounts can impose a major financial burden on the start-up, as the company alone is liable (employee and employer portion!) for the past four years.

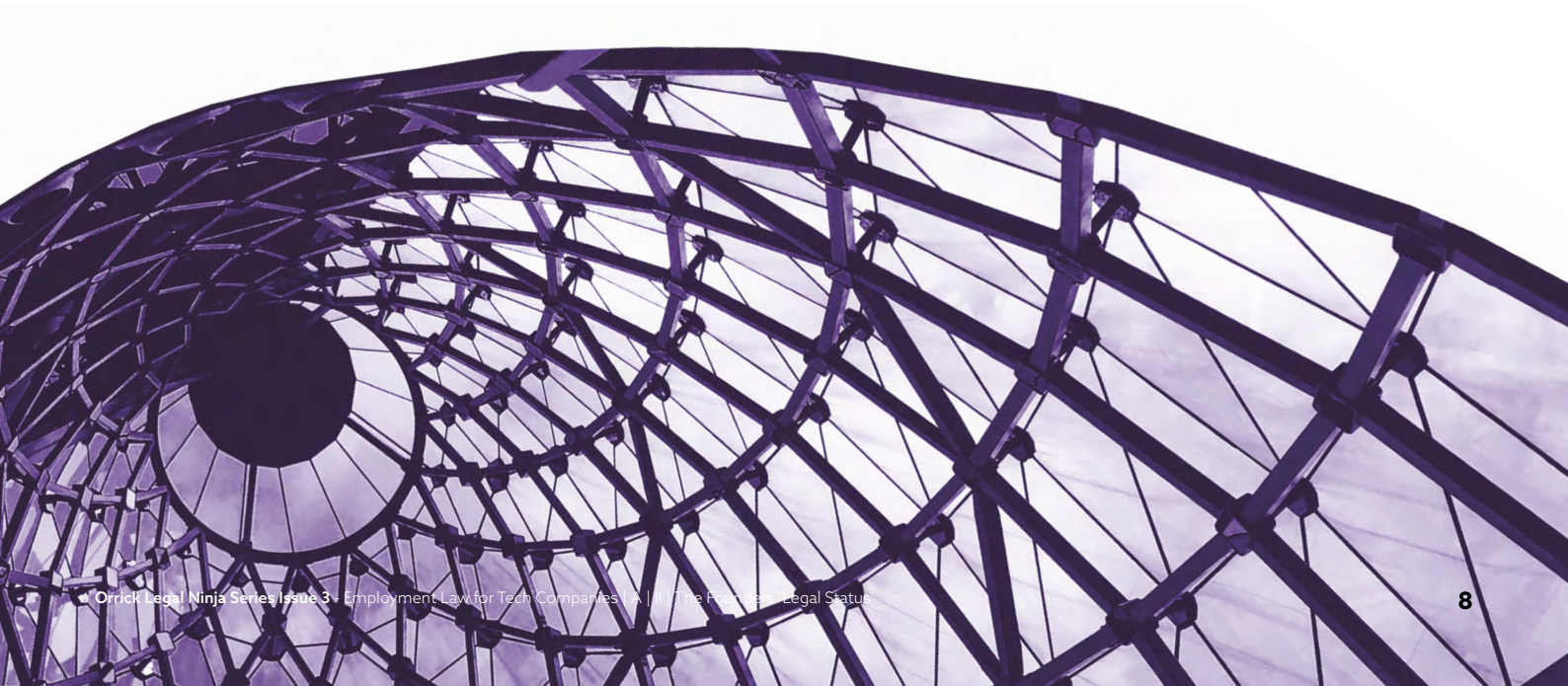
4. SECURITY THROUGH STATUS CLEARANCE PROCEDURE

Shareholder managing directors uncertain of their status can get clarification on their social security responsibility via a status clearance procedure at the clearing office of the German pension insurance. The form package, with directions for completing it, is available on the Deutsche Rentenversicherung Bund homepage at www.deutsche-rentenversicherung.de (in German only).

Applications can be sent electronically to the clearing office (Bundesweite-Clearingstelle@drv-bund.de-mail.de). All documents relating to the request must be attached, particularly service contracts, articles of association and extracts from the commercial register. After an initial examination, the clearing office will request further information and, if necessary, documents within a set time period. If the clearing office assumes a responsibility to pay social security contributions, a hearing is held before a decision is made.

A founder should already have an expert involved when submitting the application. Unfavorable information provided at this stage can be difficult to correct later. And the whole procedure may take much longer than expected. In simple cases, a decision on a professionally prepared application usually comes within four to six weeks, while more complex cases (*e.g.*, indirect participation, blocking minority) can take three to four months.

Status clearance may be applied only as long as the authorities have not initiated another administrative procedure.
The statutory pension insurance, for example, already considers an announced audit as the initiation of an administrative procedure.
As soon as doubts arise, the founders should act!



III. The First Team Members: Employees, Contractors, Trainees, Working Students ...

- At some point, every successful start-up exceeds the founders' manpower (and of course support by friends and family) – the team needs to grow.
- Staffing needs can be met in many ways – all with advantages and disadvantages. In addition to employees (full-time, part-time, fixed-term or permanent) and independent contractors ("contractors"[2]), young companies also like to use interns, working students and mini-jobbers.
- An expert can help with thinking about staffing options and drawing up a tailor-made concept.

1. EMPLOYEE OR CONTRACTOR?

Employee or contractor? That's the question management must decide – and decide correctly – for each team member in a start-up who is not an intern or working student (see below for these options). The decision must be made before the individual starts work. It's crucial to get this right.

Typically, young companies start mainly by hiring contractors and, after growth, move increasingly to employment contracts. Contractors seem cheaper, since the start-up doesn't have to pay social security contributions for them, and they don't enjoy the same employment protections as employees. The initial contractor period can also serve as an upstream probationary period, after which the company decides whether to offer the contractor an employment contract.

However, the correct classification as an employee or contractor is important right from the start: incorrectly classifying an employee as a contractor can have considerable effects on the company – from retroactive liability for taxes and social security contributions to reputation damage and even criminal liability of the managing directors (in case of intent).

2. That's the only term we use in the English version. Contractors are also referred to as independent contractors, subcontractors, consultants, freelancers or self-employed.

2. OVERVIEW OF THE MAIN CLASSIFICATION CRITERIA

Unfortunately, it's not always easy to determine whether team members are employees or contractors. One thing is clear: team members don't become contractors because they're called contractors (or a similar designation) or because the contract is called a "freelance contract" or a "consultancy contract". Rather, the decisive factor is how the contract is carried out in practice. The courts have established several criteria for classifying contracts, but they're not always uniformly applied and weighted. How a team member will be classified isn't always clearly predictable.

The most important criteria are the obligation to follow instructions at work and integration into the company's organization. If the team member receives small-step work instructions from you, cannot freely organize his working time, has the start-ups' business cards and e-mail address without being specifically identified as external, has a badge and unrestricted access to all rooms and internal networks, participates in all company events and receives further benefits – everything then indicates employee status, and this is a case of misclassification.

A case this clear is rare in practice. In reality, working arrangements often occupy a grey zone. The start-up needs to ensure that as few criteria as possible speak for employee status and as many as possible justify contractor status. To do this, management needs appropriate documentation, of course, but above all it needs to shape the actual working processes. It doesn't matter how good it looks on paper: even a perfect wording will never outweigh a noncompliant practice, possibly going on for years.

Awareness of the issues involved should be present at all levels (consider regular trainings). On the one hand, this awareness should direct the processes and structures directing the drafting of the contracts, but on the other hand, and most importantly, it should determine the use of contractors on a day-to-day basis. A very easy way to implement some control at the contractual level with contractors is a regular contractor self-certification, a confirmation by the contractor that he fulfils certain requirements, like having other customers with whom he generates a not inconsiderable portion of his revenue

> When I see a bird that walks like a duck and swims like a duck and quacks like a duck, I call that bird a duck.[3]

3. The duck test is a form of abductive reasoning. The poet James Whitcomb Riley may have coined the phrase when he wrote this poem. It implies that a person can identify an unknown subject by observing that subject's habitual characteristics (text slightly modified taken from Wikipedia). If you apply that to the employee status, the individual is probably an employee as a matter of law if the relationship has all the characteristics of employment, no matter what label the parties put on it..

CHECKLIST: EMPLOYEE VS. CONTRACTOR

FACTORS INDICATING EMPLOYEE STATUS:

The company's right to issue instructions regarding

- ☑ Place of work
- ☑ Working time
- ☑ Type and manner of the activity

Integration into organization, *e.g.*, recognizable by

- ☑ Organizational and hierarchical integration
- ☑ Inclusion in org charts, telephone directories and e-mail distribution lists
- ☑ Allocation of office space
- ☑ Temporary substitution of permanent employees (*e.g.*, vacation, illness)
- ☑ Providing laptop and smartphone
- ☑ Participation in company events
- ☑ Granting the same benefits (*e.g.*, free or discounted meals, gym discounts)
- ☑ Business card and e-mail address without clearly indicating external status
- ☑ Unrestricted access to internal databases and communication platforms such as Dropbox, Slack, Gmail, Citrix

Additional criteria

- ☑ Identical activity as employees
- ☑ Activity only for one company
- ☑ Company "owns" individual's labor
- ☑ Detailed reporting obligations
- ☑ Monthly fixed salary
- ☑ Granting of typical employer benefits (*e.g.*, vacation, sick pay, overtime pay)
- ☑ Keeping personnel files

FACTORS INDICATING CONTRACTOR STATUS:

No company right to issue instructions regarding place of work, working time and manner of the activity

No integration into organization, in particular

- ☑ No office of his own in the company
- ☑ No substitution of employees (*e.g.*, vacation, illness)
- ☑ Use of personal work equipment (laptop, smartphone)
- ☑ No integration into organization and hierarchy
- ☑ No participation in company events
- ☑ No granting of benefits received by employees
- ☑ No inclusion in org charts, telephone directories, e-mail distribution lists
- ☑ No business card and e-mail address of the company unless with clear indication as external
- ☑ Restricted access to internal databases and communication platforms such as Dropbox, Slack, Gmail, Citrix

Additional criteria

- ☑ No comparable activity as an employee
- ☑ Activities for several companies
- ☑ Entrepreneurial market presence (*e.g.*, company-independent homepage, e-mail, business cards)
- ☑ Labor not "owned" by company but contracted for, permission to use staff
- ☑ No or limited reporting obligations
- ☑ No monthly fixed remuneration, but rather project-related remuneration or hourly fee
- ☑ Not granting typical employee benefits (*e.g.*, vacation, sick pay, overtime pay)
- ☑ Business registration

3. CONSEQUENCES OF MISCLASSIFICATION

Often, misclassifications become apparent only over time, as when negotiations with investors are underway. Professional investors will always examine the legal risks as part of their due diligence. A crowd of contractors who likely turn out to actually be employees after the due diligence can quickly dampen the initial desire for an investment, and may significantly influence the conditions of the transaction due to the associated financial risks (notably subsequent payment of social security contributions). In addition, misclassification can be uncovered in a social security audit or when separating from a (supposed) contractor who is filing a lawsuit claiming to be in fact an employee.

Misclassification cases bring high financial risks: Social security contributions for pension, health, unemployment and nursing care insurance must be paid for up to four years (with intent to even 30 years!). The company is liable for both its share of social security contributions and the employee's share. Late payment surcharges and interests due come into play also.

There are tax consequences, too: The tax authorities can make the company pay wage taxes that haven't been paid – the possibility of recourse against the employee in practice often comes to nothing. The company must also reimburse the tax authorities for the input tax deduction from the contractor's VAT.

In addition to these considerable financial burdens, the new status of contractors as employees comes into play: They are entitled to all employee rights – vacation, sick pay and minimum wage as well as dismissal protection – retroactively from the beginning of the contractual relationship to the limit of the statute of limitations. In addition to these legal and financial risks, there are risks to the company's reputation that could hamper further growth.

A very similar problem can come up if, instead of hiring a contractor directly, you choose a service provider who provides services based on a contract for works or for services. In many cases, the provider will be acting like a de facto temporary employment agency and the individual, who is technically employed by the provider, will be employed like the start-up's own employees, be subject to work instructions and integrated into the company's organization. That's considered illegal personnel leasing, which will lead to very similar liability risks for your start-up as misclassifying contractors. You should, therefore, also look closely at these arrangements.

Overall, there are good reasons for young technology companies to address misclassification intensively at an early stage, and to examine realistically which functions can actually be filled by contractors. If in doubt, the only thing that helps here is a status clearance procedure.

4. USING INTERNS AND WORKING STUDENTS

Using interns and working students is a good way to introduce young talents to the company and get to know each other. However, both have disadvantages and risks, notably if they are used to replace regular employees.

5. WHAT'S IMPORTANT WHEN USING INTERNS

By definition, interns temporarily work for a company to acquire the practical knowledge, skills and experience necessary to prepare for a – usually academic – profession. Interns are not considered employees, as the focus is not on the work performance but on the training.

Here, too, it isn't enough to agree on an "internship contract" if the intern in practice works as an employee. In such a pseudo internship, the intern will be entitled to the same salary (and other benefits) as other comparable employees and will enjoy all employment law protection. Both – documentation and everyday practice – must be in line with the training purpose of an internship. Record the training purpose in an internship plan and implement in practice the contractual relationship the same way.

In principle, the Minimum Wage Act (*Mindestlohngesetz – MiLoG*) applies to interns. The minimum wage is currently EUR 12 gross (from October 1, 2022) per working hour. An unpaid internship can be offered only in particular cases, for example to students and apprentices prescribed by the training regulations (compulsory internship), or in case of an orientation internship of up to three months before starting studies or an apprenticeship.

6. USING WORKING STUDENTS AS ANOTHER OPTION

Working students usually work full-time during the semester break or part-time during the semester. Unlike interns, working students are considered employees, as the focus is not on training but on work performance. Therefore, in principle, all employment law regulations apply – sick pay, minimum vacation, dismissal protection and fixed-term employment. The minimum wage also applies to working students.

Working students, however, differ in another way: the so-called working student privilege. This means the company doesn't have to pay social security contributions for them if they're enrolled at a university and their weekly working time doesn't exceed 20 hours (40 hours during semester breaks). This is a significant financial advantage with pension contributions still payable though, unless it's a case of marginal employment and the student has been exempted.

The qualification requirements for the working student privilege should be well documented in the working student contract and should be observed in practice, above all the maximum time limits. The contract should provide that the student submit a certificate of matriculation each semester. If the working student privilege is lost, for example because the student is not enrolled at all times, social security contributions must be paid in arrears by the company, which can quickly become expensive if several working students are employed.

QUICK CHECK – INTERNS AND WORKING STUDENTS

MINIMUM WAGE FOR INTERNS?

1. Voluntary or compulsory internship?
2. If voluntary: orientation internship (three months max.) before starting studies?
3. If compulsory: during and not before or after the studies?

If question 2 or 3 is answered yes, the intern is probably not entitled to the minimum wage.

SOCIAL SECURITY CONTRIBUTIONS FOR INTERNS?

- Compulsory internship? No social security obligation.
- Voluntary internship? Social insurance is compulsory in principle, but the working student privilege may apply.

WHAT IS TO BE CONSIDERED WHEN USING WORKING STUDENTS?

- Time limit observed? (max. 20 hours/week or 40 hours/week in semester breaks)
- Attention: Parallel occupations are added together!
- Registered at a university? (No doctoral student, no more than 25 semesters, no vacation semester, no part-time studies)
- Where does the health insurance exist? (In the case of family insurance via parents, no more than EUR 520 may be earned)

7. MARGINAL EMPLOYMENT

With marginal employment an employee doesn't earn more than EUR 520 per month, *i.e.* EUR 6,240 per year (from October 1, 2022) (marginal remuneration), or his employment is limited from the outset to two months or 50 calendar days in a calendar year and isn't exercised professionally (marginal period of time).

In general, marginal employment is suitable for short-term projects. Marginally employed employees can be used flexibly to cover peak periods, and their use is also privileged under social security law in certain respects. However, the working time and the salary of one employee's several marginal employments are added together, which means that this employment option is usually out of the question for qualified employees.

Marginally employed employees generally enjoy the same rights as full-time employees, for example sick pay. In particular, the Minimum Wage Act also applies to them, so that a maximum of 43,33 hours (from October 1, 2022) may be worked per month (in case of marginal remuneration). The Minimum Wage Act also provides for recording and storage obligations with regard to the daily working hours of marginally employed employees. Violations of these obligations can be punished with a fine of up to EUR 30,000.

IV. Drafting Your First Employment Contract

The first employment contract is often taken from a free online sample or a template from a fellow start-up. Both are better than no contract at all – which happens surprisingly often – but not ideal.

CAN WE SIGN THIS WITH DOCUSIGN?

DocuSign, PandaDoc and other forms of e-signing are useful tools.
If the law requires written form, e-signing is not enough though.

THE FOLLOWING DOCUMENTS CAN BE SIGNED WITH DOCUSIGN, PANDADOC, ETC.:

- Managing director service contracts
- Agreements on additional benefits, such as virtual options or bonus payments
- Employment contracts (exceptions: fixed-term employment contracts and post-contractual non-competes)
- Warnings
- Confirmation of resignation by the employee
- Winding-up agreements

THE FOLLOWING DOCUMENTS CANNOT BE SIGNED WITH DOCUSIGN, PANDADOC, ETC.:

- Fixed-term employment contracts
- Apprenticeship contracts
- Post-contractual non-competes
- Notices of termination
- Separation agreements
- References
- Employment contracts that contain conditions subsequent (such as that a foreign employee must have a valid residence permit)

1. ARE THERE CERTAIN FORMAL REQUIREMENTS FOR THE CONCLUSION OF EMPLOYMENT CONTRACTS?

No. German employment law does not require employment contracts to have a specific form. An oral agreement is enough, as is the simple commencement of work or the exchange of e-mails. The use of DocuSign or other e-signing solutions for employment contracts generally also works.

But: At the latest at the start date, the employee must be given a signed record of the essential contractual conditions by the employer. As of August 1, 2022, a violation of this is even punishable by a fine of up to EUR 2,000 per violation.

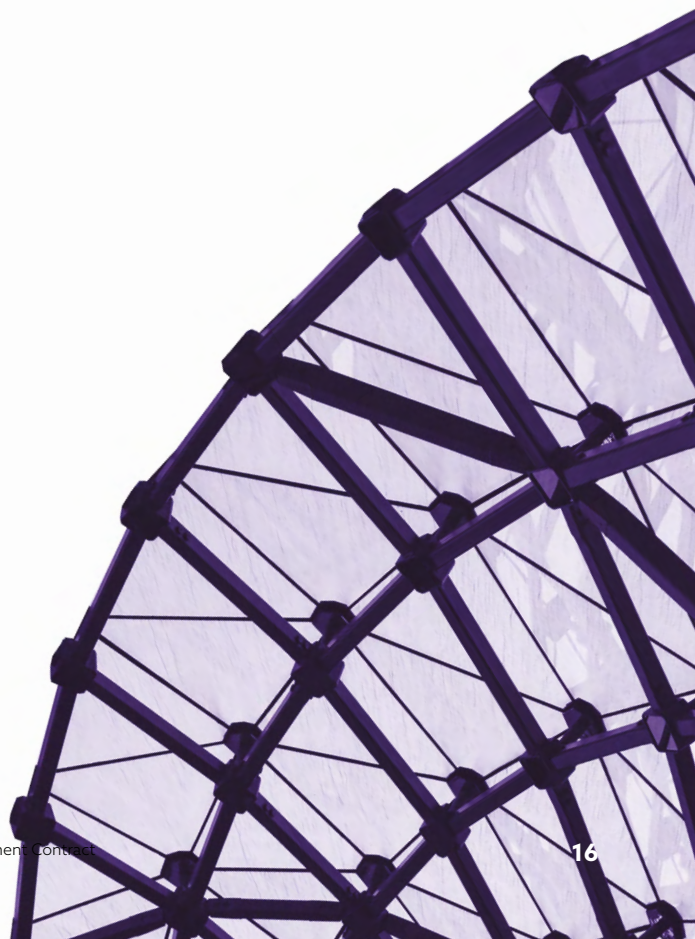
The mandatory content of the record of the essential contractual conditions of the employment relationship includes, among others:

- the duration of the probationary period
- the due date for salary payment
- the agreed working hours
- agreed rest breaks
- the possibility of ordering overtime and its conditions
- any company pension entitlements
- the procedure to be followed when terminating employment
- at least the reference to the written form requirement and the notice periods
- as well as the deadline for filing an action for protection against unfair dismissal.

If you want to continue signing employment contracts with e-signing solutions, you must in any case hand over a hand-signed record to the employee on the first day of work at the latest or send it to him by mail.

And beware: Some agreements must comply with the statutory written form to be effective. This means wet-ink signatures of employer and employee. Notably, this applies to fixed-term employment contracts and post-contractual non-competes. If, for example, a fixed-term contract is agreed orally and fixed in writing only after the employee starts, an unlimited employment relationship has already been established. We have summarized further details on fixed-term employment below.

As a rule, it's advisable to conclude a written employment contract straightaway. At least in Germany, even today a signed physical document is still expected.



2. WHICH LANGUAGE SHOULD WE CHOOSE?

English is now the (un)official corporate language in most young tech companies. Employment contracts and other agreements with employees can also be fully drafted in English. There is no obligation to draw up employment contracts in German. However, a German translation will need to be provided in case of litigation or if an authority requires so.

It's not at all uncommon for the entire employment documentation to be prepared in English only at the outset, to keep the documentation lean and efforts to a minimum. If in doubt, start-ups should opt for English or bilingual versions. This makes it easier to attract international talent and due diligence will be much easier for VC investors from outside Germany.

3. WHAT ABOUT TEMPLATES FROM THE INTERNET?

We certainly don't want to condemn all templates available online. They often contain the essential provisions for an employment contract. And in general, one can say: A template employment contract is usually better than no written employment contract at all. However, the quality of these template contracts varies a great deal, and their use often turns out costly because they are not adapted to the company. Unfortunately, this is always noticed only in hindsight.

For example, tech companies need confidentiality agreements and conditions on the transfer of intellectual property rights. In freely available templates, such conditions often are not included, or included very poorly, so that they don't fit the company or the role. In other cases, several blanks should be filled in and alternative clauses chosen, but neither is done before execution. Any such ambiguity will be to the company's detriment if challenged.

Much German employment law is regulated by case law. Judgments often result in clauses in employment contracts suddenly becoming ineffective that have been used as a matter of course for years. As general terms and conditions, conditions in employment contracts are subject to special judicial review: they must not place the employee at an unreasonable disadvantage and must be clear and comprehensible. The courts apply strict standards here. However, it is often not possible to tell from a template what state of the case law pertains – or whether the author has taken case law into account at all.

These issues will of course not always mean the difference between a start-up's success or failure. But they frequently cause unpleasant and often costly surprises.

Draw up bespoke (bilingual) employment contracts for key employees and important know-how owners with external support. These drafts can then be adapted with little effort so that they are also suitable for other positions, which will go easy on the budget.

4. WHO'S GONNA SIGN THIS?

A few thoughts on scope and language. What is not needed is a 36-page bilingual employment contract full of legalese with four attachments covering all eventualities up to the termination of employment upon invalidity and retirement, which discourages talent and does not exactly convey a young company's image. Draft your employment contracts in an easy-to-understand manner. Eliminate superfluous wording. The employment contract suggests your corporate culture, a crucial factor in attracting talent. Content and language should match your corporate culture.

Lawyers love security and notoriously base their thinking on the worst case scenario, which is then covered in detail in templates. Many conditions that you'll come across in common templates today can easily be dropped, especially for young companies, because the number of real problematic cases may be in the per mil region. If you dispense with these superfluous conditions, the number of pages can easily be cut in half. Use external help to decide which terms are really important to you, which are nice to have and which you can drop. Brevity and clarity help with recruiting. Keep it simple!

Use a lean employment contract with essential terms in clear wording that reflects your company's spirit. Addressing the employee informally on a first-name basis is allowed, too!

CHECKLIST: WHAT SHOULD THE EMPLOYMENT CONTRACT COVER AT LEAST?

- ☑ Name and address of employee and employer
- ☑ Job title (*e.g.*, Software Developer), work location/home office
- ☑ Start date, probationary period (maximum 6 months)
- ☑ Job description
- ☑ Relocation clause
- ☑ Remuneration (fixed salary, variable remuneration) and other benefits, overtime compensation
- ☑ Working time, secondary occupations
- ☑ Non-compete (contractual and where applicable post-contractual for key employees)
- ☑ Vacation
- ☑ Expenses and travel costs
- ☑ Sick pay
- ☑ Confidentiality obligations
- ☑ Inventions, copyrights and other property rights
- ☑ Use of telephone, EDP and e-mail (private use permitted?)
- ☑ Notice periods, release (garden leave)
- ☑ Return of work equipment, documents and data
- ☑ Cut-off periods
- ☑ Customary final provisions

5. WHAT LEGAL RESTRICTIONS APPLY IN TERMS OF WORKING HOURS?

The Working Time Act (*Arbeitszeitgesetz – ArbZG*) sets out mandatory requirements and limits for working time. In principle, it applies to all employees in Germany (except executives). Regulations that violate the law are ineffective. Companies tolerating more than the permitted working time or that do not comply with other statutory requirements may face fines of up to EUR 15,000 per breach. Unfortunately, the rather strict rules of the Working Time Act have not yet been adapted to the modern working world and generally give companies little flexibility.

6. MAXIMUM WORKING HOURS, SUNDAYS AND PUBLIC HOLIDAYS

As a rule, working time may not be more than eight hours per working day. Working time means the time from the beginning to the end of daily work, not including breaks. Working days are from Monday to Saturday, however, in most tech companies a five-day week is common.

Working time can be extended to up to ten hours per working day if it does not exceed an average of eight hours per working day within six calendar months or within 24 weeks.

Work on Sundays and public holidays is generally prohibited. There is an extensive list of exceptions though, but it is not relevant for most start-ups.

7. REST BREAKS AND REST TIME

The law regulates rest breaks in detail. Employees may not work more than six hours without a break. After more than six work hours, working time must be interrupted by a predetermined break of at least 30 minutes, which can be divided into two 15 minute units. If the working time is more than nine hours, the break must be at least 45 minutes.

At the end of the working day, the employee must have an uninterrupted, eleven-hour rest period. During this period, he must not be subject to any work-related requests that would prevent him from enjoying his spare time freely. That means: also, no checking of e-mails.

Attention: The Working Time Act obliges the employer to record employees' working hours once they exceed eight hours. These records must be kept for at least two years. Violations of this recording obligation can be punished with fines up to EUR 15,000.

Quite recently, however, the Federal Labor Court ruled that, from the point of view of occupational health and safety law, a complete recording of working time may be required. In which cases and to what extent exactly this has to be done is not yet entirely clear; this will only become apparent in practice over the coming years. A new law on this is expected to be passed in early 2023.

You should, therefore , keep an eye on this and seek legal advice.

The obligations of the Working Time Act (only) affect the company. It is therefore not enough to point this out to the employees and to trust they will always comply. In order to ensure that urgently required tasks can also be completed outside of normal working hours, it's often possible to find a suitable solution in compliance with the Working Time Act. Besides customary arrangements such as flexitime, on-call duty may be an option to consider for young tech companies.

8. HOW ARE WE GONNA HANDLE OVERTIME?

Overtime is of course common in start-ups. If the salary does not exceed the income threshold of the statutory pension insurance[8], employees are regularly entitled to overtime pay or time off in lieu.

To limit the financial burden of overtime, the employment contract should include a provision on partial compensation for overtime through the fixed salary, beyond that provide for time off in lieu and an effective cut-off period. Such a clause needs to set out the number of overtime hours to be compensated by the fixed salary and must be in proportion to the regular working time; otherwise it is ineffective. The exact number of hours of overtime that can be compensated by fixed salary has not yet been clarified. We do not recommend exceeding 20 percent of the regular weekly or monthly working hours. Also, it's important that the statutory minimum wage must not be undercut if overtime is included.

But often companies don't want to include these necessary limitations in overtime clauses. They can give the impression that overtime will occur to the extent mentioned, which can be a put-off. Or, it is dreaded, the wording may even lead the employee to the idea of demanding overtime pay and writing all overtime down in detail in the first place.

If an effective cut-off period has been agreed, an (ineffective) lump-sum compensation clause without the restrictions set out above may be used. A cut-off period determines that a claim must be asserted within a certain period, or it expires. The time for asserting the claim (*e.g.*, for overtime pay) must be at least three months.

If the employment contract contains an effective cut-off period, the financial risk for the start-up is very moderate and manageable: in practice, employees claim overtime pay only at the end of the employment relationship, not during it. Therefore, if a three-month cut-off period has been agreed, overtime pay is due for three months only and not for several years.

A provision for compensation of overtime with a regular weekly working time of 40 hours could read:

With your remuneration according to section [■], up to 16 hours of overtime per month are compensated, unless the statutory minimum wage is violated. If you work more than this, we will compensate you for these additional overtime hours at our discretion by either time off or additional remuneration.

4. 2023: EUR 87.600 (west) und EUR 85.200 (east). The figures refer to the annual gross income.

9. SPECIAL ARRANGEMENTS FOR CERTAIN POSITIONS

In certain cases, you should consider including special arrangements.

At the very least, the employment contracts of key employees and know-how owners in the R&D sector should contain specific language on the transfer of copyright or other protected work results or the granting of corresponding rights of use and exploitation. For patented or otherwise protected inventions, the Employee Inventions Act (*Arbeitnehmererfindungsgesetz – ArbNErfG*) contains mandatory provisions that may not be waived.

To prevent loss of customers to competitors, it's worth considering post-contractual non-competes (to be covered later) for key employees in R&D and sales and management positions.

10. WHAT RULES APPLY TO FIXED-TERM CONTRACTS?

Many start-ups prefer fixed-term contracts at the beginning. They give more flexibility, because often it's not clear at the outset whether the position is still needed (or can still be paid for) one year after the contract is concluded. Effective fixed-term contracts also protect the growing start-up from expensive separations if the requirements for dismissal protection under the Dismissal Protection Act are met (see below for more). In the case of a (valid) fixed-term contract, the employment relationship automatically ends at the agreed time without the need for dismissal (or a severance payment).

However, fixed-term contracts may also cause a few problems. They are not suitable for all positions. For example, talent in the technology sector will almost always seek (and usually find) a permanent position. Plus, extensive use of fixed-term contracts will hardly increase your start-ups' employer attractiveness and could trigger high team turnover. If the start-up in the early-stage phase has only a few team members, which is quite common, separation without severance pay is quick and easy anyway, so using fixed-term contracts doesn't bring any advantage at this stage. In the start-up's expansion stage, you may want to reconsider the use of fixed-term contracts.

You should think carefully about whether and how you use fixed-term contracts and adapt your decision to the start-up's development phase.

Be aware: Since August 1, 2022, the probationary period for fixed-term contracts must be in proportion to the duration of the fixed-term contract and the type of work. However, the law does not provide any further details on this relation. We do not consider a three-month probationary period for a fixed-term contract of two years to be unreasonable.

11. FIXED-TERM CONTRACTS MUST BE IN WRITTEN FORM

Fixed-term contracts must be concluded in written form, *i.e.*, with both parties' wet-ink signatures on a physical document. Fixed terms documented only in e-mails or WhatsApp or signed only with DocuSign, PandaDoc etc. are invalid. As a consequence, an indefinite employment relationship is created.

ATTENTION:
A fixed-term contract without objective grounds can only be effectively agreed upon in written form before the actual start of employment.

12. FIXED-TERM CONTRACTS ON OBJECTIVE GROUNDS

The key question with fixed-term contracts always is whether there are objective grounds for the fixed term. Objective grounds can be temporary needs (*e.g.*, a temporary project), another employee's temporary replacement (classic: parental leave) or the employee's specific wish for a temporary role (there are high requirements here!). In the event of a dispute, you must be able to prove one of these grounds.

In principle, fixed-term contracts with objective grounds can be agreed and extended as often as the parties wish. There is (currently) no statutory time limit or maximum number of extensions. However, as the number of extensions increases, so do the requirements that the company's need in fact is temporary only in case of litigation.

BUT BE CAREFUL:
Even if employers and employees assume there are objective grounds – a court can see it differently. The limits of the objective grounds are very narrow. If there isn't a clear case of objective grounds (*e.g.*, substitution during parental leave), you should rather use a fixed-term contract without objective grounds.

13. FIXED-TERM CONTRACTS WITHOUT OBJECTIVE GROUNDS FOR NEW HIRES

Start-ups often choose fixed-term contracts without objective grounds. In this case, a new hire's employment contract can be limited to two years without objective grounds, within which the contract can be extended up to three times. And start-ups younger than four years can even use a fixed-term contract without objective grounds for up to four years and extend it as often as they like within this period.

But there are also some points requiring your attention when using fixed-term contracts without objective grounds:

- Never agree a fixed-term contract without objective grounds with employees who have been employed before (fixed-term or permanent contract). Only in exceptional cases can a fixed-term contract without objective grounds be used, *e.g.*, if the previous employment dates back a very long time, which is not relevant for young tech companies.
- A fixed-term contract can be extended only three times, up to a total duration of two years. In the case of start-ups younger than four years, the contract can also be extended several times (no upper limit) up to a total duration of four years.
- Never extend the contract and make other changes to the contract (*e.g.*, adjustment of pay or working hours) at the same time. Two separate agreements with different dates should be made.
- Extensions must be seamless and agreed in writing before the agreed end date. Otherwise, an unlimited contract will be established if the employee is being employed beyond the original end date.

14. WHAT HAPPENS IF THE FIXED-TERM CONTRACT IS FLAWED?

Errors regarding the fixed term of a contract don't lead to the invalidity of the entire employment contract; only the fixed term will be ineffective, and a permanent employment contract is concluded (unintentionally).

If the employee wants to invoke the invalidity of the fixed-term contract, he must file an action before the labor court within three weeks after the fixed term's expiration. In other words: The fixed term does not become ineffective automatically.

V. Employee Incentives and Mobile Work

Young tech companies often cannot offer their employees too high a salary as they are still in the development phase and do not have sufficient financial resources. However, well-qualified employees are needed to contribute their know-how and drive the start-up forward. Therefore, modern forms of employee incentives play an important role in start-ups in order to offer employees an attractive working environment. The role models for this are, in particular, U.S. tech companies. Such incentive programs are also possible in Germany, but cannot always be transferred one-to-one into the German legal system and should therefore be individually adapted.

Employee stock option programs such as ESOPs (Employee Stock Option Programs) and VSOPs (Virtual Stock Option Programs) are among the most important levers for attracting top talent. We have addressed this topic in detail in OLNS#8 to give founders a comprehensive overview of the possibilities of equity-based and virtual employee stock option programs.

Below, you will find further options for increasing your employer attractiveness.

1. UNLIMITED PAID TIME-OFF

Unlimited PTO (PTO stands for "paid time off") means unlimited vacation. At many U.S. tech companies, so-called unlimited vacation is already a reality. With unlimited PTO, employees are not assigned a specific number of paid days off at the beginning of the year, but employees are given the freedom to take time off as needed – as long as it does not disrupt business operations. This provides employees with great flexibility and and is often an asset in employer attractiveness. Many Germany-based startups are considering introducing unlimited vacation as well – or have already done so.

However, we advise caution here in the implementation, as under German vacation law, some regulations are stricter than in the US. For example, the German Federal Vacation Act (*Bundesurlaubsgesetz – BUrlG*) requires minimum vacation of 20 days per year, the possibility of carrying over vacation to the following year in certain cases, and compensation for any unused vacation upon termination of employment. While granting "unlimited vacation" in the U.S. may significantly ease the administrative burden for the employer(applying for vacation, writing down and tracking vacation days, etc.) this goal can hardly be achieved in Germany. Recording vacation remains an important task for every employer in order to be able to prove compliance with the statutory minimum vacation entitlement of 20 days per year. Vacation tracking is also particularly advisable in view of the legal obligation to compensate for unused vacation when employment ends. To avoid disputes when compensating for untaken vacation in combination with unlimited vacation, it is important to agree on a vacation provision in the employment contract that takes into account unlimited vacation and differentiates it from the statutory minimum vacation entitlement.

Another problem with unlimited leave is that employees could use it in the event of illness, because it may seem easier to them to take unlimited PTO than to submit a sick note. Since employers are no longer obligated to continue paying salary after six weeks of absence, it isimportant that sick employees do not take unlimited PTO, but instead take sick leave.

Ultimately, this model carries some risks and potential for abuse too. Since most companies are currently already giving 28 to 30 vacation days per year as standard – *i.e.* considerably more than required by law – the model of unlimited vacation may no longer seem necessary. Still, it is possible to introduce unlimited PTO in Germany with the right contractual arrangement.

2. FLEXIBLE WORKING AND PERSONAL RESPONSIBILITY

Flexible working hours or mobile working, for example from a co-working café, from home or from abroad? All this is not far-fetched nowadays, especially in the Corona pandemic's wake. Allowing flexible working models in terms of time and place can make employees happier – and is in line with today's understanding of a globalized working world. However, there are some important aspects of mobile working (including not only the home office, but any kind of mobile working) that need to be considered.

Contractual provisions are important, this is the only way to ensure that the legal requirements of mobile work are met. Does the employee have to come to the workplace if the company deems it necessary? Does the employee receive reimbursement for his expenses in the "mobile office" (*e.g.* electricity, Internet and equipment)? And what if the employee has to travel from the mobile office to the workplace to attend a meeting? Are travel expenses reimbursed and does the trip count as working time? All of this usually depends on the specific arrangement and can vary from case to case. For example, if the employee is not provided with a workplace in the office, it is very likely that the company will have to reimburse travel expenses to the company workplace and other expenses. Contractual agreements bring more clarity and avoid disputes, misunderstandings and frustration.

Other important points are social security and taxes. Cross-border situations are not uncommon today. Especially employees from the tech sector, whose work is possible with only a laptop and from anywhere, often want to work from another country for personal reasons. However, the company must be careful not to breach its employer obligations abroad, because it cannot be ruled out that, in the case of mobile work abroad, taxes and social security contributions must also be paid in that country for the employee working there.

This will often depend on the duration of the stay abroad. Employees who work in other European countries and want to remain socially insured in Germany require an A1 certificate from the responsible authority. This usually requires an agreement between the company and the employee and, of course, the requirements for the A1 certificate must be met. In no case can the work abroad be permanent, because then German social security scheme will not apply. In non-European countries it is more complicated, because there are no uniform regulations as in the EU. If a bilateral social security agreement exists between Germany and the selected it can be ensured that the employee and the company only have to pay social security contributions in one of the two countries. If there is no such agreement, it may even be the case that there is a social security obligation in both countries and the company must also meet its payment obligations abroad. This must be checked for each individual case, in case of doubt also by a foreign lawyer. To avoid complicated constellations, it is generally advisable to allow the possibility of mobile work only in Germany. Activities abroad should always be limited in time. However, if this does not sufficiently take into account the employees' interests, companies must in any case know exactly which working model the employee chooses so that they can meet their social security and tax obligations in Germany and abroad.

Furthermore, policies must be put in place to protect the company's confidential information and data, because mobile working is now associated with a loss of the company's ability to exercise control. Employees must know how to secure and protect the company's data, especially from third-party interference. This is especially true if they use their laptop in public places or their private device in the mobile office. The company must take the appropriate precautions for IT security, at best with clear instructions in policies.

Finally, occupational health and safety also plays an important role in mobile work. The company remains responsible for this even if the employee is not working on-site at the company at all. This aspect, too, should either be precisely covered by company guidelines or agreed individually with the employee. There should be a separate risk assessment for employees in mobile work and employees should be informed about what measures they can take in the mobile office to have a safe workplace. Because of the loss of control, this requires a lot of cooperation and trust between company and employee.

VI. Contractor Agreements

Hardly any start-up can manage without contractors. They bring experience and knowledge from other projects and give the start-up the necessary flexibility to separate quickly. But founders should be clear about one thing right from the start: Contractors are not meant to be cheap substitutes for employees.

As described above, the first crucial point is to clarify whether you are really hiring a contractor or an employee. The criteria mentioned above are decisive for this.

1. PUT IT IN WRITING

If your review shows that a contractor is the right choice, it's important to put it in writing. This may be obvious, but is already lacking in a surprisingly large number of companies. Some contractors have been working for months (or even years) without any written documentation at all. This is especially a problem for startups if the contractor's status is being reviewed during due diligence in a financing round or a company audit.

2. AVOID REFERENCES TO EMPLOYEE STATUS

About the content, there are a few points to note: Above all, the contract must not indicate any right of the company to issue instructions. Timelines for the services are generally permissible to a certain extent, but they should not be too detailed. Typical clauses from employment contracts may not be included in contractor agreements. Paid vacation and sick leave clearly would indicate employee status.

Pay attention to non-compete clauses and clauses prohibiting the use of staff to provide services. After all, contract work is characterized by providing services to several customers as well as providing the services through personnel subject to certain conditions. While it is generally possible to agree on a non-compete during the contract's term and even beyond, this should be drafted very carefully, even though the strict requirements for non-competes with employees don't apply.

3. TREATING CONTRACTORS

Young companies often want to live a uniform, integrative corporate culture. They therefore deliberately treat all their team members, whether contractors or employees, equally. But doing so causes confusion when contractors are not easily recognizable as externals. In certain respects contractors must be treated differently. You should also avoid contractors participating in free catering and events for your employees, as all of these are indications of integration and false self-employment.

Pay attention to this from the beginning – granting benefits to contractors and then taking it away from them after a legal check can be toxic for your start-up's culture.

Ultimately, the decisive factor for classification as a contractor or employee is not the provisions in the contract, but how it is lived in practice, so that it is above all necessary to implement the provisions accordingly.

VII. Agency Work

Agency work (also called temporary or contract labor or employee leasing), once prevalent in the blue collar sector, we now see a lot in tech companies as well.

Agency work is when an employee (agency worker) is assigned by his employer /agency or lender) to another company (hirer or user). In contrast to an activity on the basis of a service contract, the agency worker can be fully integrated into the processes of the hirer as if he were their "own" employee.

The hirer's major advantage of agency work is that no employment relationship exists with the agency worker, *i.e.* the hirer does not have to worry about protection against dismissal, social security etc. The agency, being the employer of the agenyc worker, has to deal with that. Another advantage is that agency workers, unlike freelancers or service providers from other companies, can be fully integrated into the work processes like other employees. That can be a great advantage, especially in terms of team spirit.

However, agency work also has disadvantages. Legislators are fundamentally skeptical of this labor model, this goes back to its blue-collar history. For this reason, there is a lot of red tape to consider, especially the Agency Work Act (*Arbeitnehmerüberlassungsgesetz – AÜG*). If you do not comply, there is a risk that the agency worker will become an employee of your start-up after all. But most of the red tape has to be considered by the hirer, there are a number of specialist providers for the tech sector.

We have summarized what you should pay particular attention to if you want to use agency workers in your start-up:

Make sure the lender has an **agency work permit in Germany**. Some providers from abroad also offer so-called employer of records services (EoR) in Germany and take the view that they do not need a German agency work permit for this. But beware: this has not yet been legally regulated or decided by the courts. We therefore advise you to only choose a provider that complies with German law.

Observe **the maximum assignment period**. The same agency worker may only be employed in the same company for a maximum of 18 months. You should therefore take this into account right from the start.
But even if you need long-term support, temporary staffing is not out of the question from the outset, because if the chemistry is right, agency workers are often taken on by the hirer as their own employees after 18 months.

Equal pay and equal treatment must be observed. As a rule, agency workers must be treated and paid in the same way as your own comparable employees. A deviating treatment of agency workere is only permissible if a collective bargaining agreement regulation allows so. Agency work is therefore not a tool for reducing labor costs.

VIII. Recruiting and Onboarding

Recruiting will rarely work without job ads. Here, the requirements of the General Equal Treatment Act (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – AGG) must be observed above all. In the worst case, breaches will entitle the rejected candidate to significant compensation for discrimination.

These compensation payments can become a real financial challenge, especially for young companies, even if we don't see any discrimination claims in Germany for multi-million-euro amounts in damages, as is possible in the U.S. by way of punitive damages.

1. DRAFT YOUR JOB ADS PROPERLY

The AGG generally prohibits discrimination for the following reasons:

- Race or ethnic origin
- Sex
- Religion or belief
- Disability
- Age
- Sexual identity

Only in very rare cases provided for by law is discrimination permissible on these grounds – for example where it is a matter of compensating for existing disadvantages (referred to as positive measure or affirmative action) or where the reason represents an essential and decisive occupational requirement due to the activity's nature. As a rule, however, these exceptions are interpreted very narrowly by the courts and are not relevant for start-ups.

You need to observe the requirements of the AGG already in your job ads. Regardless of how they are published, they should always be worded carefully. Even seemingly insignificant details can be seen as an indication of discrimination.

First of all, it is important to draft the job ad in a gender-neutral way. Use gender-independent function designations ("Project Management") or, when using titles, both the male and female job designations, especially when using German language (*Entwickler/in* – Male/Female Developer). In addition, list all the sexes ("male/ female/diverse" or "m/f/d").

Avoid wording that might suggest the applicants' desired age. This doesn't only apply to the obvious (and these days rare) cases where the age limit is explicitly stated ("Software Developers up to 40 years"). The courts already assume age discrimination, for example, if the job ad offers applicants a long-term prospect with a "young and dynamic team." Be careful with phrases such as "job starters wanted" and with references to recently obtained university degrees.

Suggestions of discrimination based on racial or ethnic origin may arise from the required language skills, for example "German as a mother tongue" or "accent-free German." It's safer to draft the requirements in such a way that they can be satisfied by every applicant, regardless of their age or origin, for example "very good knowledge of the German language." But even similar wording has already been interpreted by courts as an indication of discrimination.

It's the company's decision how and where to place its job ads, *e.g.*, on portals like indeed or StepStone, or on job boards for start-ups, or via social media. However, it is problematic if certain groups are clearly favored and others are excluded from the outset. For example, if you place an ad in such a way that it is only displayed to certain user groups on social networks (*e.g.*, men between 25 and 35), you are treading on thin ice from a legal point of view.

Even if you use a headhunter for sourcing, the provisions of the AGG apply. This means: If the headhunter places candidates in breach of non-discrimination regulations, inadmissibly rejected applicants may sue for damages. In order to protect yourself in this case, we suggest trying to agree on an indemnity in the contract with the headhunter.

2. SHORTLISTING CANDIDATES

After receiving applications, you must make a non-discriminatory preselection. The failure to invite an applicant to an interview can also constitute discrimination within the meaning of the AGG. You should therefore only make the preselection on the basis of permissible criteria, such as the applicant's qualifications. Characteristics such as age or origin must in no way play a role.

3. CONDUCTING INTERVIEWS

Over the years, case law has developed a comprehensive list of inadmissible questions for job interviews. Asking an inadmissible question during an interview is interpreted as an indication of discrimination. Then, to avoid damage claims, the employer must prove that no discrimination occurred. Also, the applicant has the right to lie if asked inadmissible questions. A later challenge of the employment contract with reference to the untruthful answer is then not possible. You should know these questions.

However, questions on training, qualifications and professional career are allowed, of course. Questions about the applicant's knowledge of a language, residence and work permit may also be asked, as these last points in particular are a basic requirement for legal employment.

YOU SHOULD AVOID QUESTIONS ON THE FOLLOWING TOPICS UNLESS YOU HAVE A JUSTIFIED INTEREST IN EXCEPTIONAL CASES:

- Age and date of birth
- Marital status
- Birth name
- Origin and nationality
- Religion and belief
- Party and trade union membership
- Pregnancy
- Family planning
- Sexual identity
- Disability

4. DOCUMENTATION OF THE APPLICATION AND SELECTION PROCESS

The entire application and selection process should be documented. Only then will you be able to defend yourself successfully in the event of a dispute. Keep a written record of the reason for rejection for each applicant. Of course, these records must not contain any evidence of discrimination either.

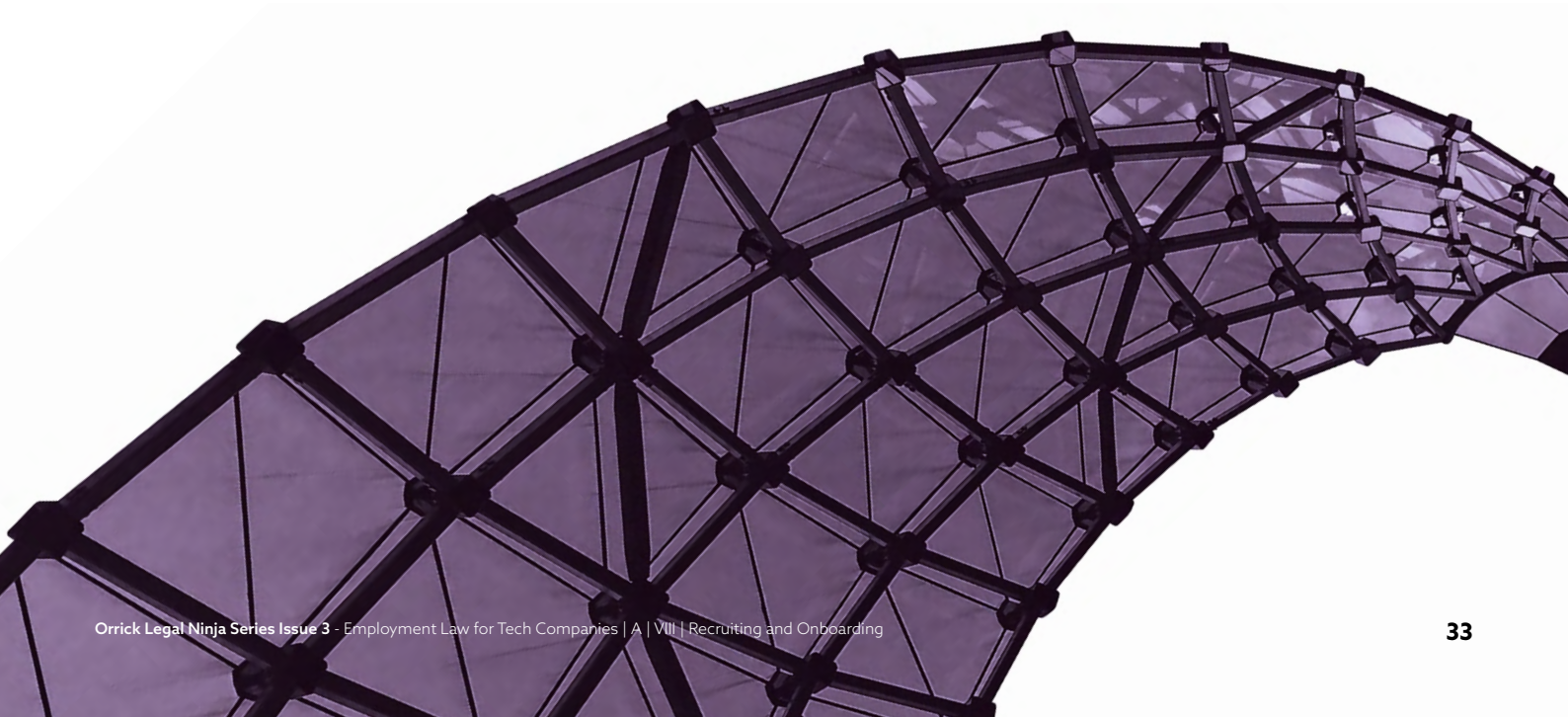
To prevent lawsuits on the grounds of the AGG, consider not informing the applicant of the reason for the rejection. There is no obligation to do so.

5. PROTECTION AGAINST CLAIMS OF THE EMPLOYEE'S FORMER EMPLOYER

When a new employee is hired, compliance with post-contractual obligations towards the old employer must be ensured. This mainly concerns post-contractual non-competition and non-solicitation clauses, and confidentiality obligations. This should be clarified and documented with the employee at the beginning of the employment relationship.

Only the employee himself is directly bound by these post-contractual obligations; only he must pay any agreed contractual penalty to his former employer. Nevertheless, effects on the start-up cannot be ruled out; in any case, it causes trouble and certainly makes the new hire's first days more difficult. The former employer can, under certain circumstances, also take direct action against the new employer and demand injunctive relief and possibly damages.

Also, make sure that employees do not take protected information from their previous employer out the door with them (*e.g.*, USB sticks, cloud-based data, e-mails). If a know-how owner joins from a competitor, the employment contract should contain special wording on that.



IX. Termination of Employment and Off-Boarding

Young companies often hesitate to hire employees because they worry they won't be able to part with them when issues arise (or only in return for a high severance payment). Even though German law does not recognize "at will" employment under U.S. standards, this concern is often unjustified since dismissal protection for employees will be triggered only when certain conditions are met.

1. WHEN DO EMPLOYEES ENJOY DISMISSAL PROTECTION?

The Dismissal Protection Act (*Kündigungsschutzgesetz – KSchG*) grants employees general protection against dismissal after six months of employment if the company employs more than ten employees in Germany. Only then is a legally recognized reason for dismissal needed.

Note well: Contractors and managing directors do not count for the threshold of ten employees and part-time employees only count *pro rata*[5]. Neither do apprentices or interns count for the threshold, and agency workers only under certain circumstances.

In any case, a start-up will not yet exceed the threshold at the very beginning, so the general dismissal protection won't apply: The company can terminate employment without special reason. The termination may not, of course, be immoral or arbitrary or violate non-discrimination rules under the AGG. But within these limits, the company is free to terminate the contract unless, exceptionally, special dismissal protection applies (see below). The agreed notice period needs to be observed, and a proper notice of termination drawn up, and that's basically it.

If the start-up is just below the ten-employee threshold, consider options such as using contractors, interns and external service providers to avoid exceeding it. Make no mistake: as soon as you have more than ten employees, the rules of the game have changed, for all employees.

5. ≤ 20 hours/week: 0.5; ≤ 30 hours/week: 0.75.

2. WHAT REASONS FOR DISMISSAL ARE RECOGNIZED?

As soon as the company exceeds the 10-employee threshold and the employee has been employed for more than six months, the Dismissal Protection Act applies. The law requires a reason for dismissal by the company. Gone are the days where the start-up can lay off employees because they are not "a good fit".

Dismissal is effective only if it is socially justified by

- person-related reasons (*e.g.*, long-term illness or frequent short-term illnesses),
- conduct-related reasons (*e.g.*, breach of non-compete, chronic lateness, refusal to work, offences against the company), or
- urgent business reasons (*e.g.*, discontinuation of a product line, outsourcing).

The requirements for each reason are fairly high and labor courts in Germany tend to be employee-friendly.

A conduct-related dismissal, for example, will require at least one prior warning for a comparable earlier breach of duty. This is often missing in practice. Especially in young companies with small teams, we're seeing that they tend to refrain from giving warnings because that's not in line with their company culture.

Special Note:

Termination for Poor Performance

In general, you may terminate employees for poor performance. This is, however, usually a time-consuming procedure if the general dismissal protection applies, *i.e.* the employee has been employed for more than six months and you have more than ten employees.

The employee needs to fail in fulfilling his responsibility to provide an average service as shown by his individual performance. His performance must be well below the average of a comparable group of employees, and this poor performance must persist over a longer period.

There is no fixed rule as to which period must be considered or to what degree the poor performance must be below average. That depends on the individual case (e.g., job description, measurability of performance, comparability with other employees).

Also, at least one warning is required. Finally, the parties' interests must be carefully weighed against each other. Only if the company's interest in terminating employment prevails will the dismissal be effective. Owing to the many factors involved and their evaluation (by a labor court), the outcome of this process will depend on the individual case.

Special Note:

What Is a Performance Improvement Plan?

Follow the procedure below if you are planning to dismiss an employee for poor performance:

First, the employee's poor performance should be discussed with him and recorded in detail in a Performance Improvement Plan (PIP), taking into account the following points and possible improvements:

- Description of poor performance
- Causes of poor performance
- Potential for improvement
- Actions to be taken by the employee
- Supporting actions of the company
- Time frame for the improvements discussed

If the employee doesn't improve his performance, at least one warning must be issued to him.

This warning must contain:

- When and how the employee violated his contractual obligations with his poor performance
- How and what the employee should have achieved instead
- The warning that he will be dismissed if he commits another similar breach of duty

Only if underperformance continues after the PIP process and a warning has been given, may the company consider dismissal.

It's very likely that the employee will bring an action against the dismissal. To prove compliance with the process in court, you must keep reliable documentation on at least the following points:

- Procedure and results of the discussion on the PIP
- The assessment feedback
- Procedure and outcome of the PIP
- The subsequent development/evaluation
- Warning(s) and further communication

Dismissals for business reasons are usually difficult to justify. First, it's required that the employee's position is eliminated based on a business decision. The business decision itself is usually not reviewed by the labor court. The courts will examine only whether the employer's decision is obviously arbitrary, not whether it was appropriate from a business perspective. The business decision must be made before the termination and should be documented.

Second, there must be no vacancies in the company where the employee to be dismissed can continue his employment. It doesn't matter whether a vacancy is at the same or a lower hierarchical level. But the company doesn't have to promote the employee to a higher vacant position.

Finally, a dismissal for business reasons requires a social selection. The start-up is not free to decide which employee it wants to dismiss, even for business reasons. Employees who have worked for the company for a longer period of time, are older, have more maintenance obligations, and are severely disabled are best protected. A selection based on these legal criteria rarely lets you keep on board the dream team you want. Also, the social selection process is error-prone.

All in all, it's fair to say the requirements for dismissals are high and not even experts can reliably predict whether a termination will hold up in court. Only in cases of clear and well-documented significant breaches with prior warning or that are so serious that a warning is not required (*e.g.*, criminal offences against the company) will this be different. As watertight cases are rare, companies often offer severance payments and separation agreements (more on this below).

3. USE THE PROBATIONARY PERIOD WISELY

During the probationary period (the law calls it the waiting period), employees can be dismissed without cause, even if the company has more than ten employees. Notice period during this time is at least two weeks.

Dismissal can even be made on the very last day of the probationary period; on that day at the latest it must reach the employee. This means:
Notice of termination doesn't have to be given two weeks before the end of the probationary period – this is a common misunderstanding.

Since there is no dismissal protection during the probationary period, you should use it to assess the employee's fit with the team and his performance. Start-ups often aren't aware that it's very easy to dismiss employees during the probationary period but usually much more difficult afterwards – and may then entail a severance payment.

You should therefore record and track the probationary period and use it for assessment. Schedule at least two feedback sessions during the probationary period. If it turns out that the employee does not fit, it's better to give notice within the probationary period (or "extend" the probationary period, see below) than to expect it to work out. Experience shows that in most cases it won't.

4. CAN'T WE JUST EXTEND THE PROBATIONARY PERIOD?

The probationary period is limited to a maximum of six months and cannot just be extended. Sometimes, though, a six-month period is not enough to find out whether someone really is a good fit with the team. In such cases, "extending" the probationary period by some time and avoiding dismissal protection kicking in after six months is possible:

Here's how. Terminate the employee during the probationary period. However, don't use the short two-week notice period, but a longer one, between two and four months. This extended notice period then serves as an extended probationary period: If the employee turns into a good fit with the team by the end of this period, and his performance meets expectations, withdraw the notice and the employment relationship continues. If that doesn't happen, the notice declared during the probationary period remains effective, without dismissal protection taking effect.

It's key to talk to the employee at an early stage, still during the probationary period, about his previous failure to prove himself. When notice of termination is given, the possibility of withdrawing the notice in the event of probation must be clearly shown to the employee. If you use the probationary period extension only to overcome a personnel bottleneck (*e.g.*, while you're looking for a replacement) and without the employee having a real chance during probation, it will likely not survive a court's review.

5. SPECIAL DISMISSAL PROTECTION

Certain employee groups qualify for special dismissal protection.

This includes for example:

- Severely disabled employees: After six months a dismissal is possible only with the prior consent of the integration office, an authority for the interests of severely disabled people.
- Women during pregnancy and up to four months after birth: Dismissal is possible only in exceptional cases with the prior consent of the competent authority.
- Parental leave: Dismissal is possible only in exceptional cases with the prior consent of the competent authority.
- Caregiver leave: Dismissal is possible only in exceptional cases with the prior consent of the competent authority from the time of announcement until the end of the short-term caregiver leave or the long-term caregiver leave in accordance with the Caregiver Leave Act (*Pflegezeitgesetz – PflegeZG*).

This list is not exhaustive. Before thinking about dismissing an employee or initiating exit talks, double-check all information on file to see whether the employee may qualify for special dismissal protection.

6. HOW TO PROPERLY PREPARE DISMISSALS

In terms of content, a notice of termination is not a major challenge: It only needs to be sufficiently clear that the company wishes to terminate the employment relationship and at what point in time. In principle, no reason needs to be stated in the notice of termination. As a rule, you should not mention the reason either, as this can lead to difficulties in a later lawsuit.

Dismissal must be made in writing. The original notice must be signed by an authorized representative and sent to the employee in its original signed version. The safest way is always to have it signed by a legal representative, such as the GmbH's managing director with sole power of representation. It's always a good idea to double-check the power of representation in the commercial register beforehand.

Where the signatory's power of representation doesn't result from the commercial register (*e.g.*, with an HR Manager), always attach an original power of attorney signed by the legal representative. If not, the employee can reject the dismissal because power of attorney has not been submitted. However, this is not possible if he had knowledge of the authorization. This is regularly assumed to be the case with the Head of HR, insofar as his authority to terminate is generally known within the company.

A verbal dismissal or dismissal by e-mail, text or WhatsApp is always invalid. An e-mail with an attached scan of a signed notice is not sufficient, nor is a signature verified by DocuSign, PandaDoc etc.

7. PROPERLY DOCUMENT RECEIPT OF NOTICE

Last but not least, document the employee's receipt of the notice, notably in case of dismissals for good cause (more on this below) and dismissals during the probationary period – in these cases, it is the exact time of receipt that matters and the company must be able to prove in court when it was received.

Receipt of notice can be well documented, for example, by personal handover and an acknowledgement of receipt to be signed by the employee. Delivery by a courier with a delivery protocol is also a good choice.

Registered mail (with or without signature for acknowledgement of receipt) is not a good idea. Where the exact time of receipt is important (*e.g.*, in case of dismissal during the probationary period), you should choose personal handover or delivery by courier.

8. WHAT ABOUT NOTICE PERIODS?

Statutory minimum notice periods must be observed. Even if a shorter notice period is agreed in the employment contract, the statutory minimum notice period will apply. Longer notice periods can generally be freely agreed. This is particularly important for key employees in order to prevent a sudden switch to a competitor.

But note that the employee's notice period must not be longer than the notice period the company must observe.

By law, the employee is bound only by a fairly short notice period of four weeks until the 15th or the end of a calendar month. In other words, the statutory extension of the notice periods with increasing duration of employment only applies to a termination by the company. However, it is permissible (and generally recommended) to agree in the employment contract that this extension also applies to termination by the employee.

THE STATUTORY MINIMUM NOTICE PERIODS FOR A TERMINATION BY THE COMPANY DEPEND ON HOW LONG THE EMPLOYEE HAS BEEN EMPLOYED AT THE TIME OF TERMINATION:

- During an agreed probationary period of up to six months: two weeks at any time
- If no probationary period has been agreed or thereafter: Four weeks until the 15th or the end of a calendar month
- After two years: one month to the end of a calendar month
- After five years: two months to the end of a calendar month
- After eight years: three months to the end of a calendar month

The notice period increases up to a maximum of seven months to the end of a calendar month after 20 years.

9. DISMISSAL FOR CAUSE WITHOUT NOTICE

Extraordinary dismissal for good cause is justified in cases of serious misconduct of the employee. The employee no longer needs to be employed as of the next day and the employment relationship ends upon receipt of the notice of termination, provided it is effective.

Experience shows that many start-ups find it difficult to verify whether the conditions for a dismissal for good cause are satisfied. The requirements are high. If the dismissal is invalid, back pay and social security contributions are due for the non-working period. This can quickly become expensive.

Often the deadline for dismissal for good cause gives you headaches. You may dismiss an employee for good cause only within two weeks after becoming aware of the justifying circumstances. The company will have to prove in court that the deadline has been met. This can be particularly difficult within longer internal investigations, since the investigation steps must be described in detail.

In a nutshell, the examination and the procedure for termination for good cause are complicated and the deadline is short. We recommend consulting an experienced lawyer as soon as possible.

10. SEPARATION BY MUTUAL SEPARATION AGREEMENT

If both parties wish to terminate the employment relationship, a separation agreement is the best option, usually in return for a severance payment. The separation agreement leads to a quick and legally secure termination of employment, whereas court proceedings often are lengthy, tie up resources, can damage a company's reputation, and the outcome is often unpredictable.

Separation agreements need to be in written form. Similar to a notice of termination, scan, e-mail and WhatsApp don't suffice. However, it's sufficient for each party to sign the version intended for the other party.

There are no specific content-related requirements for separation agreements, so the terms of termination can basically be freely negotiated and agreed. The employee is not entitled to a right of revocation after signing. But the principle of fair negotiation applies: If the company puts the employee in a situation of psychological pressure or exploits such a situation to get the employee's signature, the separation agreement will be invalid. In certain circumstances, separation agreements can also be challenged.

11. WHAT SEVERANCE PAYMENTS ARE COMMON?

In addition to the termination date and release from work, the core element of the separation agreement is usually severance pay. In principle, employees have no claim to payment of a severance. If a termination is effective, the employment relationship ends and no severance payment is due. If the termination is invalid, the court will determine this and the employment relationship will continue. In principle, the court cannot award severance payments. However, companies are usually willing to pay severance because it is often unclear whether a termination will hold up in court and then there is the risk of back pay and reinstatement.

Severance payments typically range between 0.5 and 1.5 of monthly gross salaries per year of employment.

It's a matter of negotiation whether only the pure fixed salary or also bonus payments and other payments are considered in the calculation. In practice, such payments are often included at least *pro rata*.

The factor will largely depend on the prospects of success of a lawsuit. If the prospects of success are good (*i.e.* dismissal is likely invalid), we're likely looking at 1.0 or higher. If the odds of success aren't so good, we're probably looking at 0.5 or below. The employee's personal circumstances (*e.g.*, age, qualification, dependents requiring support etc.) also play a major role in quickly agreeing on an amount and a certain factor.

12. PROPERLY SETTLE ALL CLAIMS

There should be a broad settlement and release clause (*i.e.* a provision stating that there are no further claims under the employment relationship) in each separation agreement. However, such a clause must not only cover the claims of the employee, but must be designed on both sides, *i.e.* also cover claims of the start-up against the employee. That's why it's essential to check in advance whether there are still any claims (*e.g.*, from a loan granted or damage claims).

CHECKLIST: WHAT SHOULD A SEPARATION AGREEMENT TYPICALLY COVER?

- ☑ Termination date and, if applicable, employee's right to early termination
- ☑ Release (garden leave)
- ☑ Remuneration (fixed salary, variable remuneration) and other benefits until the termination date
- ☑ Severance payment
- ☑ Remaining vacation (consider for garden leave or pay in lieu)
- ☑ Expenses and travel costs
- ☑ Return of work equipment, documents and data
- ☑ Reference
- ☑ Communication internal/external (depending on position)
- ☑ Non-compete
- ☑ Confidentiality
- ☑ Settlement and (broad) release

X. Know-how Protection and Non-Competes

It's crucial for technology companies to protect their know-how and keep it within the company. This is where non-competes and retention payments come in.

1. PROTECTION OF TRADE SECRETS

Young tech companies operate in a competitive environment where protection of know-how and trade secrets is key. To this end, the Trade Secrets Protection Act (*Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen – GeschGehG*) offers some effective options. For example, the company can demand that former employees hand over or destroy trade secrets, has claims to information about breaches, and can demand the recall of products that violate trade secrets.

What is or can be a trade secret is understood relatively broadly. The only requirement is that the company must have a legitimate interest in maintaining confidentiality.

ACCORDINGLY, TRADE SECRETS MAY INCLUDE, FOR EXAMPLE, THE FOLLOWING INFORMATION:

- ☑ Customer lists
- ☑ Individual prices that individual customers pay for your products
- ☑ Information about your products, especially code
- ☑ List of your business partners and suppliers
- ☑ Your business strategy and plans for new products

You cannot consider information that you do not have a legitimate interest in keeping confidential to be trade secrets, such as information about crimes or misdemeanors committed by employees or directors.

But the law has one catch: a trade secret is only protected if it is actually secret, *i.e.* not already known to the general public, and is subject to protection measures that are reasonable under the circumstances. Anyone who wants to invoke legal protection of trade secrets must first protect the secret themselves – or at least have tried to do so.

WE HAVE LISTED SOME MEASURES YOU CAN IMPLEMENT TO PROTECT TRADE SECRETS:

- ☑ Confidentiality clauses in employment contracts
- ☑ Internal policies on how employees recognize what a trade secret is and how they are allowed to handle it
- ☑ Restricted access to trade secrets on a "need-to-know" basis
- ☑ Password protection and individual access profiles
- ☑ Regular reminders to employees about trade secret protection
- ☑ Firewalls
- ☑ Visitor management (NDAs!)

If you implement these protection measures and document them accordingly, you will have good chances to enforce the protection of your trade secrets in court.

2. CONTRACTUAL NON-COMPETES

Non-compete clauses can effectively protect the know-how of young tech companies.
Non-competes come in two types:
(1) contractual non-competes are non-compete clauses in force during the term of the contract, and (2) post-contractual non-competes are clauses in force after the termination of the contract.

It goes without saying that an employee should not compete with his employer during the term of the contract. German labor courts share this view, so a non-compete during the term of employment applies even if it hasn't been explicitly agreed in the employment contract.

We nevertheless recommend including the non-compete explicitly in the employment contract, as the only way for both sides to know where the exact boundaries of the non-competition clause run. Otherwise, there is often a lack of clarity, for example, about the holding of shares in competing companies or self-employment during leisure time. Contractual penalties can also be agreed in the event of violations, which often have a deterrent effect of their own.
In practice, it is also often difficult for the company to prove exactly what damage was caused by the violation. This is where the contractual penalty comes in, which in practice offers flat-rate damages.

A good employment contract will therefore always contain a detailed contractual non-compete clause. In the event of a breach of the contractual non-compete, the start-up may terminate employment and claim damages or, if agreed, a contractual penalty.

3. POST-CONTRACTUAL NON-COMPETES

Post-contractual non-competes are more complicated. They must be agreed explicitly and in writing and are subject to high requirements.

They can be included directly in the employment contract or later in a supplementary agreement. In the course of financing rounds or other transactions, for example, it is not at all uncommon for the due diligence to flag that key employees or C-level management are not subject to post-contractual non-competes. In such cases, supplementary agreements are often concluded because the investors understandably have a very strong interest in ensuring that the key players don't move to a competitor from one day to the next.

Since post-contractual non-competes entail substantial financial obligations, it should always be decided on a case-by-case basis whether this protection is desirable and worth the money. Longer notice periods combined with short post-contractual non-competes can be a more favorable, equally effective option to protect your know-how. It may also be agreed that the duration of the post-contractual non-compete will be shortened by a prior garden leave.

If a compensation for non-competition isn't agreed, the employee has a choice at the end of employment: If he wants to comply with the non-compete, he is also entitled to receive compensation for compliance. However, the employee may also decide not to comply with the non-compete. The company does not have this choice.

Post-contractual non-competes may be agreed only for a maximum of two years after termination of employment. However, they have an important prerequisite for their effectiveness: compensation for non-competition. During the non-compete period, the company must pay the employee at least half of the last contractual benefits (fixed salary, variable remuneration and other benefits).

However, the company may waive the post-contractual non-compete, releasing itself from the obligation to pay compensation, but only one year after the declaration of the waiver. The employee, on the other hand, is free to compete immediately after the waiver has been declared if employment has already ended. Regarding the financial burdens on the start-up due to compensation for non-competes, it should be regularly checked whether individual non-competes can be waived, for example because the hired employee does not turn out to be the rock star he seemed to be in the first place. If the company waives the non-compete early in advance, any kind of compensation can be avoided.

In addition, setting out the local and substantive details of the post-contractual non-compete clause is not easy. In case of doubt, labor courts will weigh up the company's and the employee's interests. If the non-compete prohibits the employee from doing more than is in the company's legitimate interest, the non-compete will generally be ineffective.

Since it is difficult to prove the company's actual damage in the event of a violation of the non-compete, it should generally be covered by a contractual penalty.

In principle, companies are more flexible in agreeing on post-contractual non-competes with managing directors than with employees. This is because the strict statutory provisions for post-contractual non-competes do not apply to them. But here, too, caution is required. The courts have also set certain requirements for managing directors regarding duration and compensation for non-competition.

4. RETENTION BONUS

Retention payments are another form of know-how protection. How does this work? In an agreement, the team member is promised that a certain payment will be made if the employment relationship still exists at a certain point in time. The retention bonus can also be regarded as a loyalty bonus: It is paid only if the employment relationship still exists on the agreed date. This incentivizes the employee to continue employment at least until that day.

Note that no further requirements may be included for the payment of the retention bonus that are linked to a specific performance or the achievement of targets. Otherwise, *pro-rata* payments may need to be made even if the employee exits prior to the agreed date.

B.

Our International Platform for Technology Companies

DE EN

Dedicated to the needs of technology companies and their investors

Apple | Micron | Microsoft | Oracle | Sonos | Workday
Atomico | Coatue | Turn/River | Warburg Pincus

Orrick counsels more than 3,700 venture-backed companies and 90+ unicorns as well as the most active funds, corporate venture investors and public tech companies worldwide. Our focus is on helping disruptive companies tap into innovative legal solutions. We are ranked #11 firm for global M&A volume (MergerMarket) and the #1 most active law firm in European venture capital (*PitchBook*).

JUVE 2021 AWARDS

The leading German legal database JUVE **nominated** us **for Private Equity and Venture Capital Law Firm of the Year** in Germany 2021 and 2019, and named our partner Sven Greulich one of the top VC lawyers in Germany (2022/2023)

The LEGAL 500

Leader in Venture Capital and Corporate Practice
Legal 500

PitchBook

#1 Most Active VC law firm in Europe
for 27 quarters in a row
PitchBook Q3 2022

The 2022 State of European Tech Report prepared by *Atomico* in partnership with *Slush,* Orrick, Lazard and Silicon Valley Bank, is the deepest, data-led investigation into the European tech ecosystem and empowers us all to make data-driven decisions in the year to come.

DE EN

A TRULY GLOBAL PLATFORM.

Coatue
as co-lead investor in N26's $900 million Series E

GIC
on its investment in EcoVadis' $500 million financing round

Energy Impact Partners
as lead investor in Grover's $330 million Series C

Haniel
on its investment in the €200 million Series A of 1KOMMA5°

Contentful
on its $175 million Series F

WE ADVISE TECH COMPANIES AT ALL STAGES:

Representing **90+ unicorns**

10 of the world's **20 largest public tech companies**

In 2022, advised on more than **1,050 VC financings** valued at **over $43 billion** for companies based in **50+** countries.

Operating in 25 markets worldwide, we offer holistic solutions for companies at all stages, executing strategic transactions but also protecting intellectual property, managing cybersecurity, leveraging data and resolving disputes. We are helping our clients navigate the regulatory challenges raised by new technologies such as crypto currencies, autonomous vehicles and drones. A leader in traditional finance, we work with the pioneers of marketplace lending.

We innovate not only in our legal advice but also in the way we deliver legal services. That's why Financial Times has named Orrick top 3 for innovation seven years in a row – and also selected us as the Most Digital Law Firm in North America in 2020.

DE EN

We analyze our closed venture financing transactions and convertible loan note financings across our European offices, to offer strategic insight into the European venture capital market:

Nearly 500 venture financing deals across Europe in 2021, with an aggregate deal value of more than $20 billion.

Based on first-hand insights from the law firm that closed more than twice as many venture deals as any other firm in Europe in the last several years, we have unique insights for investors and high-growth companies into the customs in the European venture market.

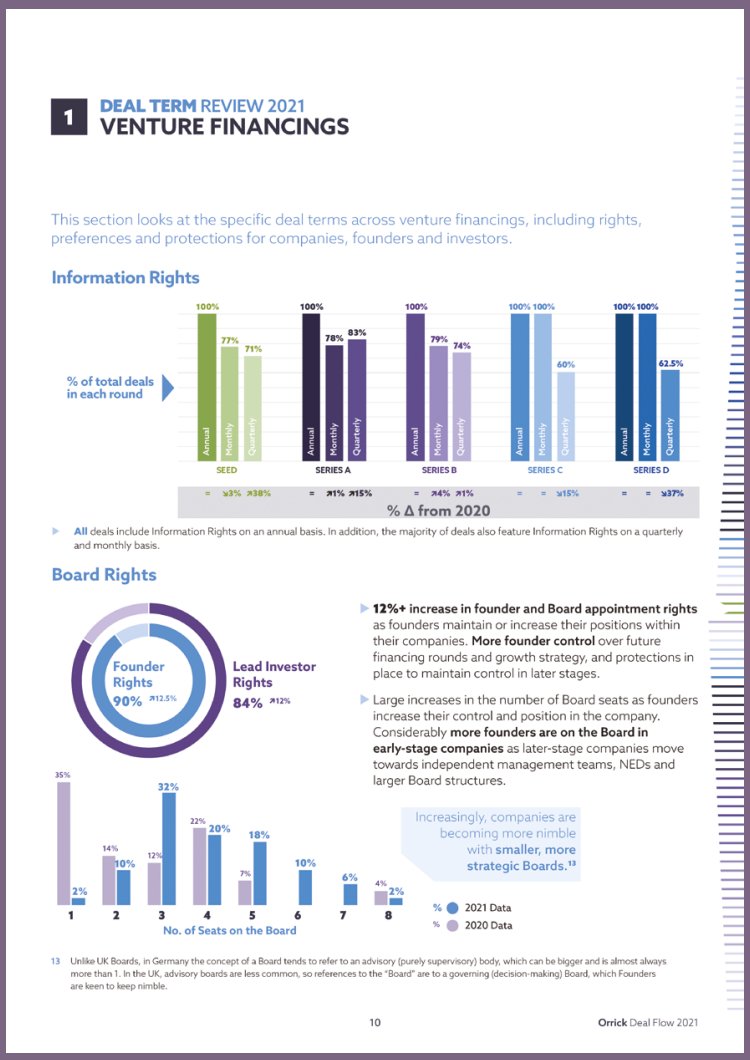
For crucial topics such as

Valuation | Liquidation Preference | Anti-Dilution Protection | Exit Considerations | Board Composition | IPO regulations | and much more

we know what has been contractually regulated in hundreds of venture transactions each year that Orrick advised on in Europe.

And we can break this data down by various categories such as geography, financing type, series, volume, type of investors involved and much more.

Deal Flow 3.0 with our analysis of the 2022 deal terms will come out in early 2023 and be available at orrick.com.



1 DEAL TERM REVIEW 2021
VENTURE FINANCINGS

This section looks at the specific deal terms across venture financings, including rights, preferences and protections for companies, founders and investors.

Information Rights

% of total deals in each round

	SEED	SERIES A	SERIES B	SERIES C	SERIES D
Annual	100%	100%	100%	100%	100%
Monthly	77%	78%	79%	100%	100%
Quarterly	71%	83%	74%	60%	62.5%
% Δ from 2020	↘3% ↗38%	↗1% ↗15%	↗4% ↗1%	↘15%	↘37%

All deals include Information Rights on an annual basis. In addition, the majority of deals also feature Information Rights on a quarterly and monthly basis.

Board Rights

Founder Rights 90% ↗12.5%

Lead Investor Rights 84% ↗12%

12%+ increase in founder and Board appointment rights as founders maintain or increase their positions within their companies. More founder control over future financing rounds and growth strategy, and protections in place to maintain control in later stages.

Large increases in the number of Board seats as founders increase their control and position in the company. Considerably more founders are on the Board in early-stage companies as later-stage companies move towards independent management teams, NEDs and larger Board structures.

Increasingly, companies are becoming more nimble with smaller, more strategic Boards.[13]

No. of Seats on the Board	1	2	3	4	5	6	7	8
% 2021 Data	35%	14%	12%	22%	7%	10%	6%	4%
% 2020 Data	2%	10%	32%	20%	18%	10%	6%	2%

13 Unlike UK Boards, in Germany the concept of a Board tends to refer to an advisory (purely supervisory) body, which can be bigger and is almost always more than 1. In the UK, advisory boards are less common, so references to the "Board" are to a governing (decision-making) Board, which Founders are keen to keep nimble.

10 Orrick Deal Flow 2021

DE EN

INNOVATION INSPIRES US.

And we're committed to leading it. We're working to improve legal services delivery.

WE INNOVATE BY:

IMPROVING WORKFLOW WITH HUMAN-CENTERED DESIGN. | APPLYING ANALYTICS TO LEGAL PROBLEMS. | BRINGING GREATER CERTAINTY TO PRICING.

FT INNOVATIVE LAWYERS NORTH AMERICA **2022 WINNER**

Winner of the Reinventing Legal Practice category with our MAPE 2.0 platform that transforms M&A execution by making it more effective and efficient.

Winner of the Business Resilience category with our legal work helping Texas recover from its worst ever energy infrastructure failure.

Top 3 for Innovation, 7 years in a row

In its annual Innovative Lawyers Report, Financial Times has named Orrick top 3 for innovation seven years in a row for various projects focused on delivering innovative solutions – and also selected us as the Most Digital Law Firm in North America in 2020.

> *Orrick is reimagining how to use data in the delivery of legal services.*
>
> REENA SENGUPTA – RSG CONSULTING

C.

About the Authors

DE EN

Christina Bouchot
Los Angeles
cbouchot@orrick.com

Christina Queiros Bouchot, a partner in the firm's employment law and litigation practices, supports employers in developing their workforce to retain the best talent and create a positive corporate culture. She also advises employers on various corporate transactions. Christina advises clients on key employment law and compliance issues, whether establishing businesses, drafting employment policies, recommending the use of restrictive agreements, advising on compliance with wage and hour laws, or recommending workforce reductions. She also handles investigations and complaints involving allegations of sexual harassment, whistleblowing, and discrimination. Her experience includes representing companies in many industries, but she focuses particularly on technology companies and private equity firms and understands the nuances of their cultures and unique employment challenges.

Sven Greulich
Düsseldorf
sgreulich@orrick.com

Dr. *Sven Greulich* LL.M. (Cantuar), EMBA is a partner in our Tech Transactions and M&A practice and focuses on venture capital financing and advising high-growth technology companies. His work for technology companies in cross-border engagements has won several awards (Financial Times, JUVE, Handelsblatt/BestLawyers, Legal500, Chambers Europe). The leading journal JUVE lists Sven as one of the Top 20 venture capital advisors in Germany.

Louisa Kallhoff
Düsseldorf
lkallhoff@orrick.com

Louisa Kallhoff is an experienced Managing Associate in the Düsseldorf office and a member of Orrick's German Employment Law Practice. Louisa advises national and international companies, most of them from the tech sector, on all employment law issues.

Marianna Karapetyan
Düsseldorf
mkarapetyan@orrick.com

Marianna Karapetyan is a managing associate in the Düsseldorf office and a member of Orrick's German Employment Law Practice. Marianna advises national and international companies on all issues of individual and collective employment law with a special sector focus on tech companies.

Anna Suh
Sacramento
anna.suh@orrick.com

Anna Suh, of counsel with a focus on discrimination, harassment and retaliation, and wage and hour, is a trusted advisor to technology companies who best fits their business to help them achieve their goals now and in the future. For years, Anna Suh has worked with companies at all stages of their development process to find legal solutions that further their company's goals. Anna's clients fully rely on her when they need practical, scalable solutions to their complex HR compliance and HR issues.

André Zimmermann
(Author and Editor)
Düsseldorf
azimmermann@orrick.com

Dr. *André Zimmermann*, LL.M. partner and head of the German employment law practice group, advises companies in all phases of growth, from start-ups and scale-ups to unicorns and international groups, on all employment law issues. This includes advice on day-to-day business to complex transactions, from strategic planning to post-merger integration. JUVE has listed him as a "frequently recommended" lawyer in employment law since 2017. Best Lawyers and Handelsblatt have listed André as one of Germany's best lawyers in employment law since 2020.

Previous issues in this series

OLNS #1 — Venture Debt for Tech Companies
May 2019

Venture Debt is a potentially attractive complement to equity financings for business start-ups that already have strong investors on board.

This is a highly flexible instrument with very little dilutive effect for founders and existing investors.

OLNS #2 — Convertible Loans for Tech Companies
August 2019

Due to their flexibility and reduced complexity compared to fully-fledged equity financings, convertible loans are an important part of a start-up's financing tool box. In a nutshell: a convertible loan is generally not meant to be repaid, but to be converted into an equity participation in the start-up at a later stage.

OLNS #3 — Employment Law for Tech Companies
January 2023 (this revised edition replaces Dec 2019 issue)

Young technology companies are focused on developing their products and bringing VC investors on board. Every euro in the budget counts, personnel is often limited, and legal advice can be expensive. For these reasons, legal issues are not always top of mind. But trial and error with employment law can quickly become expensive for founders and young companies.

OLNS #4 — Corporate Venture Capital
March 2020

Corporates are under massive pressure to innovate to compete with new disruptive technologies and a successful CVC program offers more than capital – access to company resources and commercial opportunities are key features that justify CVC's prominence. This guide serves to share best practices for corporates and start-ups participating in the CVC ecosystem and also to ask important questions that will shape future direction.

OLNS #5 — Venture Financings in the Wake of the Black Swan
April 2020

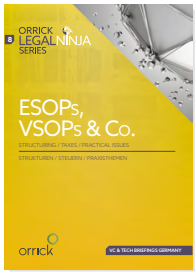
In the current environment, all market participants, and especially entrepreneurs, need to be prepared for a softening in venture financing and make plans to weather the storm. In this guide, we share some of our observations on the most recent developments and give practical guidance for fundraising in (historically) uncertain times. We will first provide a brief overview of the current fundraising environment, and then highlight likely changes in deal terms and structural elements of financings that both entrepreneurs and (existing) investors will have to get their heads around.

OLNS #6 — Leading Tech Companies Through a Downturn
May 2020

Steering a young technology company through a downturn market is a challenging task but if done effectively, the start-up can be well positioned to benefit once the markets come back. While OLNS#5 focused on raising venture financing during a downturn, in this guide, we want to give a comprehensive overview of the legal aspects of some of the most relevant operational matters that founders may now need to deal with, including monitoring obligations and corresponding liabilities of both managing directors and the advisory board, workforce cost reduction measures, IP/IT and data privacy challenges in a remote working environment, effective contract management and loan restructuring.

OLNS #7 — Flip it Right: Two-Tier US Holding Structures for German Start-ups
January 2021

Operating a German technology company in a two-tier structure with a US holding company can have great advantages, most notably with respect to fundraising in early rounds and increased exit options and valuations. However, getting into a two-tier structure (be it through a "flip" or a set-up from scratch) requires careful planning and execution. This guide shows you what to consider and how to navigate legal and tax pitfalls.



OLNS #8 — ESOPs, VSOPs & Co.: Structuring / Taxes / Practical Issues
June 2021

OLNS#8 provides a comprehensive overview of the equity-based and Employee-ownership programs (or in short "ESOPs") play a critical role in attracting and retaining top talent to fledgling young companies. Stock options reward employees for taking the risk of joining a young, unproven business. This risk is offset by the opportunity to participate in the future success of the company. Stock options are one of the main levers that start-ups use to recruit the talent they need; these companies simply can't afford to pay the higher wages of more established businesses. With OLNS#8, we want to help start-ups and investors alike to better understand what employee ownership is, structure them in a way that is congruent with incentives, and implement them cleanly.

OLNS #9 — Venture Capital Deals in Germany: Pitfalls, Key Terms and Success Factors Founders Need to Know
October 2021

Founding and scaling a tech company is a daunting challenge. OLNS#9 summarizes our learnings from working with countless start-ups and scale-ups around the world. We will give hands-on practical advice on how to set up a company, how (not) to compose your cap table, founder team dynamics and equity splits, available financing options, funding process, most important deal terms and much more.

OLNS #10 — University Entrepreneurship & Spin-offs in Germany – Set-up / IP / Financing and Much More
November 2022

German universities are increasingly becoming entrepreneurial hotbeds, but university spin-offs face some unique challenges, some of which could – with the right support systems and policies in place – be considerably less stressful. OLNS#10 helps founders by providing them with an overview of how to get a university-based start-up off the ground. We will discuss founder team composition and equity-splits, the composition of the first cap table, important considerations for the initial legal set-up (founder HoldCos and U.S. holding structures) as well as financing considerations. We will also return again and again to the specifics of IP-based spin-offs, especially when it comes to how a start-up can access the university's IP in an efficient manner.

DE EN

Published by:
Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP,
Heinrich-Heine-Allee 12, 40213 Düsseldorf, Germany,
Tel.: +49 (0)211/367870, Internet: www.orrick.de

Authorized representatives in Germany responsible for the editorial content according to § 55(3) Interstate Broadcasting and Telemedia Agreement (Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien) are
Dr. Oliver Duys and Dr. Christoph Brenner (Managing Partners Germany), Heinrich-Heine-Allee 12, 40213 Düsseldorf and
Lenbachplatz 6, 80331 Munich, Germany,
Tel.: +49 (0)211/367870, E-Mail: duesseldorf@orrick.com

Copyright:
Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP, 2023. All rights reserved.
The Orrick logo and "Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP" are trademarks of Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP.

Version: January 2023

Disclaimer:

This publication is for general informational purposes only without consideration to specific facts and circumstances of individual cases and does not purport to be comprehensive. It is not intended as a substitute for the advice of competent legal, tax or other advisers in connection with any particular matter or issue and should not be used as such substitute. This publication does not constitute, either expressly or tacitly, an offer or the acceptance of an offer to conclude an information or consultancy contract. Opinions, interpretations and predictions expressed in this publication are the authors' own and do not necessarily represent the views of Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP. While the authors have made efforts to be accurate in their statements contained in this publication, neither they nor Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP or anyone connected to them make any representation or warranty or can be held liable in this regard.

Attorney Advertising.

Acknowledgements

The authors wish to acknowledge the valuable contribution of Lars Wöhning and Justine Koston from Orrick's research team. They are also thankful to Andreas Gerhards and Denise Kiel from Orrick's business development team, Dean Skibinski and Nuno Teixeira from Orrick's creative team as well as research assistant Asalia Melanie Scheibner and former associate Dr. Hendrik Völkerding for their contribution to the writing, editing, design and production of this latest edition of the Orrick Legal Ninja Series.

DE EN

YOUR CONTACT

Dr. André Zimmermann, LL.M.

T +49 211 3678 7260
azimmermann@orrick.com

DUSSELDORF

Orrick-Haus
Heinrich-Heine-Allee 12
40213 Düsseldorf
T +49 211 3678 70

MUNICH

Lenbachplatz 6
80333 München
T +49 89 383 9800

orrick.de

AMERICAS | EUROPE | ASIA

Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP | 51 West 52nd Street | New York, NY 10019-6142 | United States | tel +1 212 506 5000

Attorney advertising. As required by New York law, we hereby advise you that prior results do not guarantee a similar outcome.

©2023 Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP. All rights reserved.

orrick