3

ORRICK LEGALNINJA SERIES

VC & TECH BRIEFINGS GERMANY

ARBEITSRECHT FÜR TECHNOLOGIE-UNTERNEHMEN

NEUAUFLAGE 2023

orrick

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

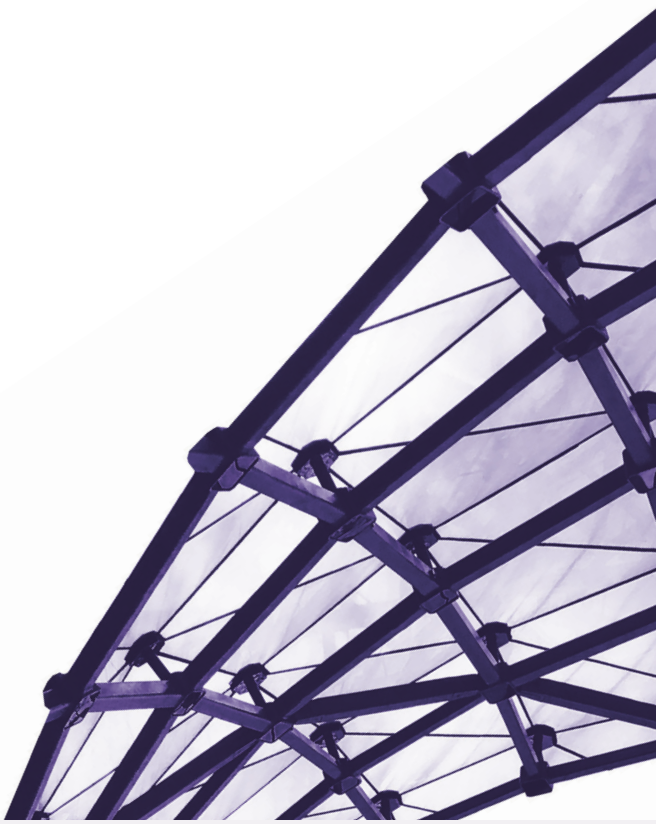
I. Einleitung

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.

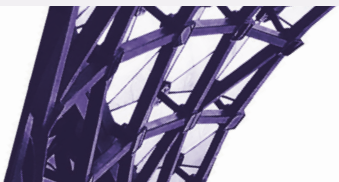
Trial and error kann im Arbeitsrecht für Gründerinnen[1] und junge Unternehmen allerdings schnell teuer werden, etwa wenn ein Key Employee mit wichtigem Know-how zum Wettbewerber wechselt und kein wirksames nachvertragliches Wettbewerbsverbot vereinbart wurde. Durch eine systematische Herangehensweise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

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.

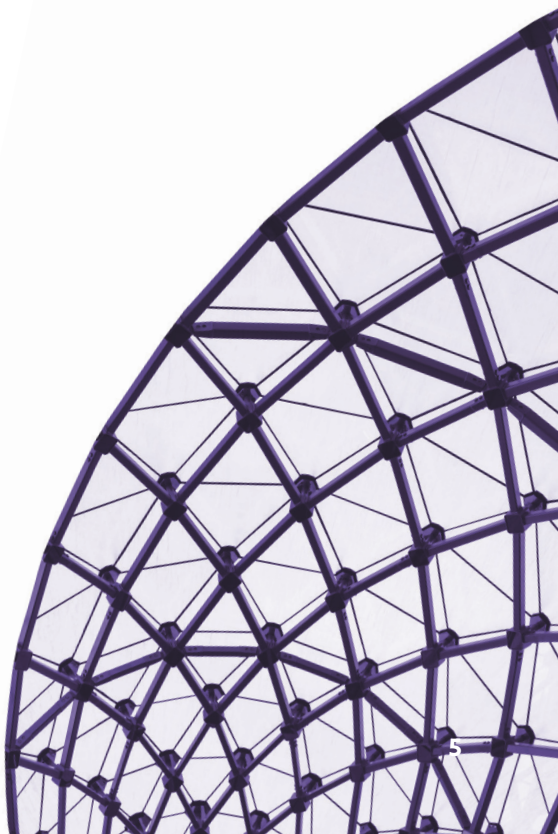
1. GRÜNDUNG IN EINEM BESTEHENDEN ARBEITSVERHÄLTNIS

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.

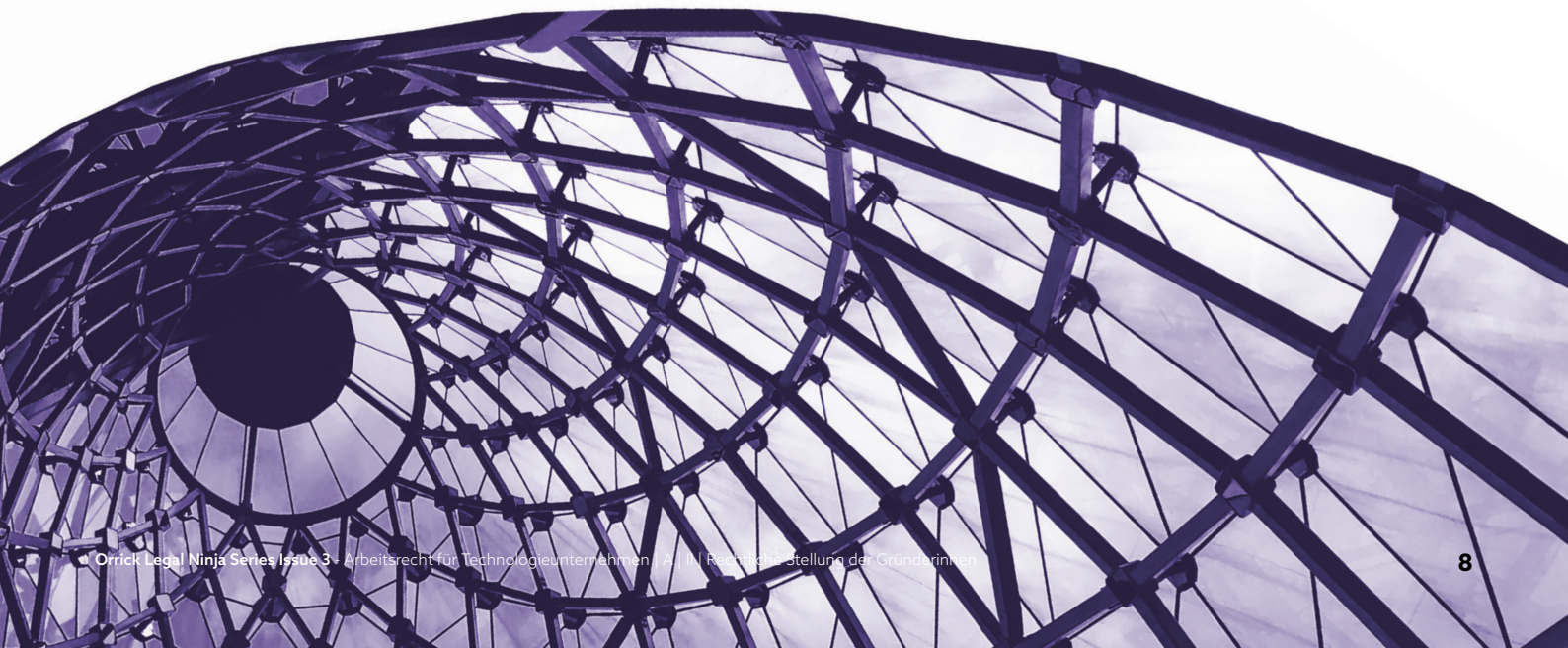
4. SICHERHEIT DURCH STATUSFESTSTELLUNGSVERFAHREN

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 ...

- 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

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.

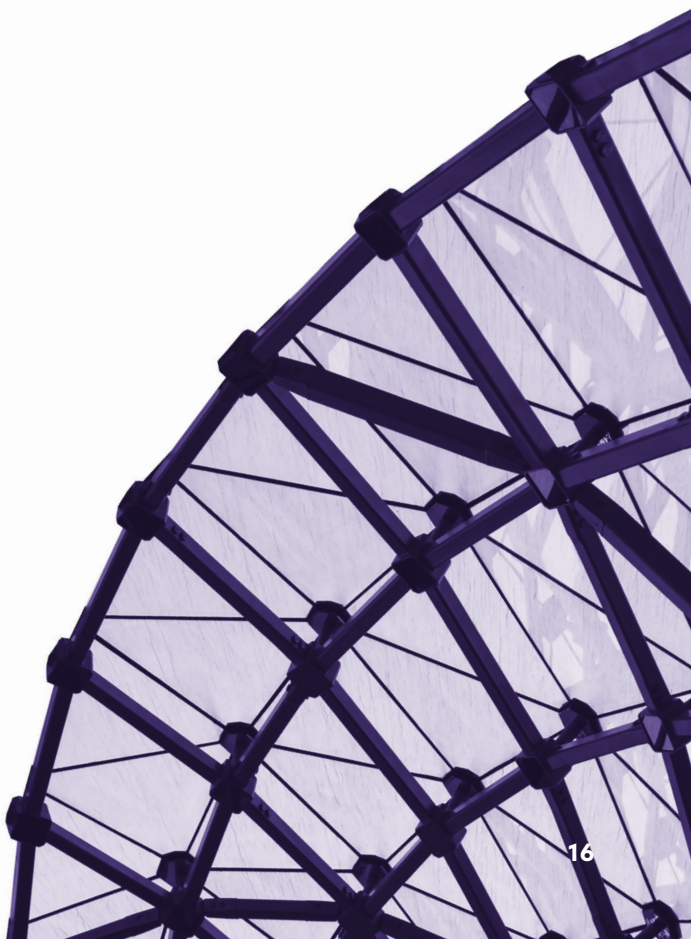
Der zwingende Inhalt des Nachweises über die wesentlichen Vertragsbedingungen des Arbeitsverhältnisses umfasst unter anderem:

- 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.

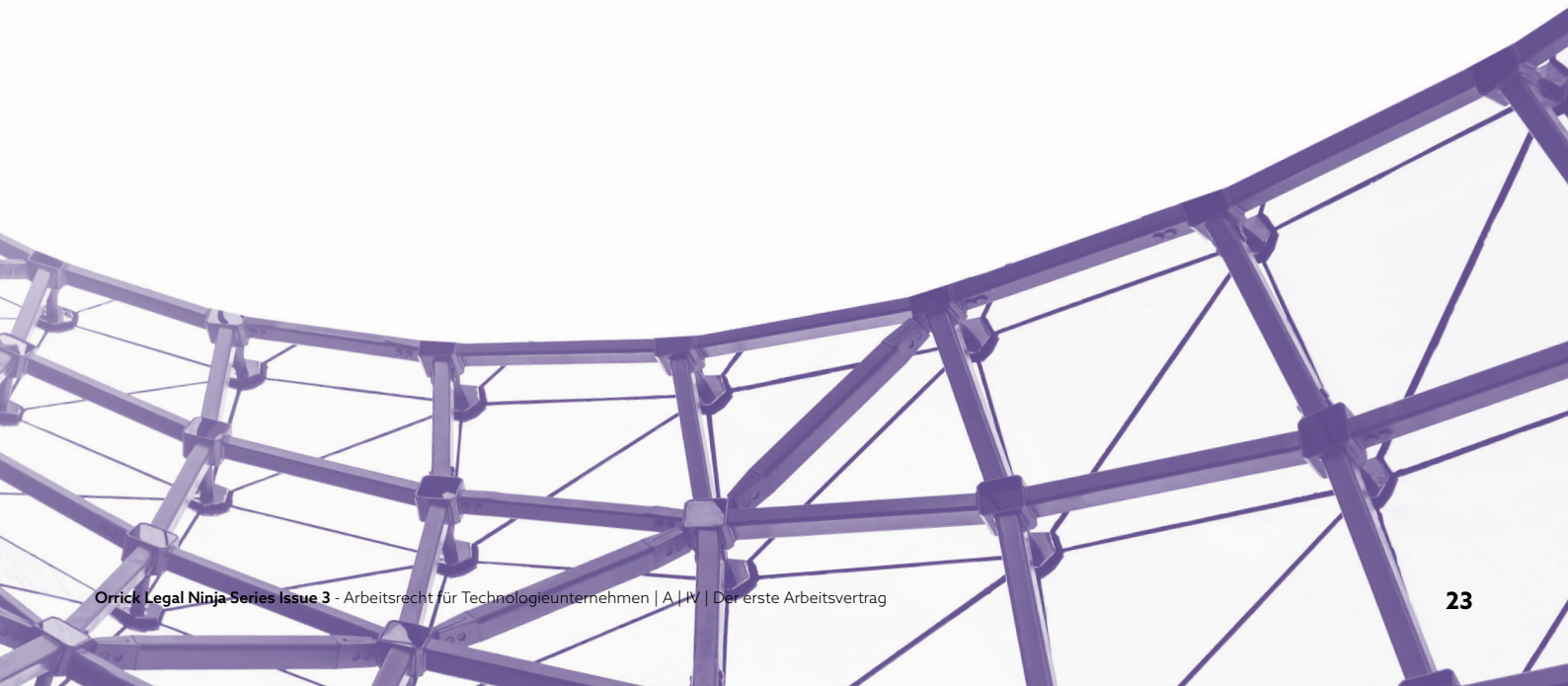
ACHTUNG:
Eine sachgrundlose Befristung kann nur vor Aufnahme der Tätigkeit in Schriftform wirksam vereinbart werden.

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

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

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.

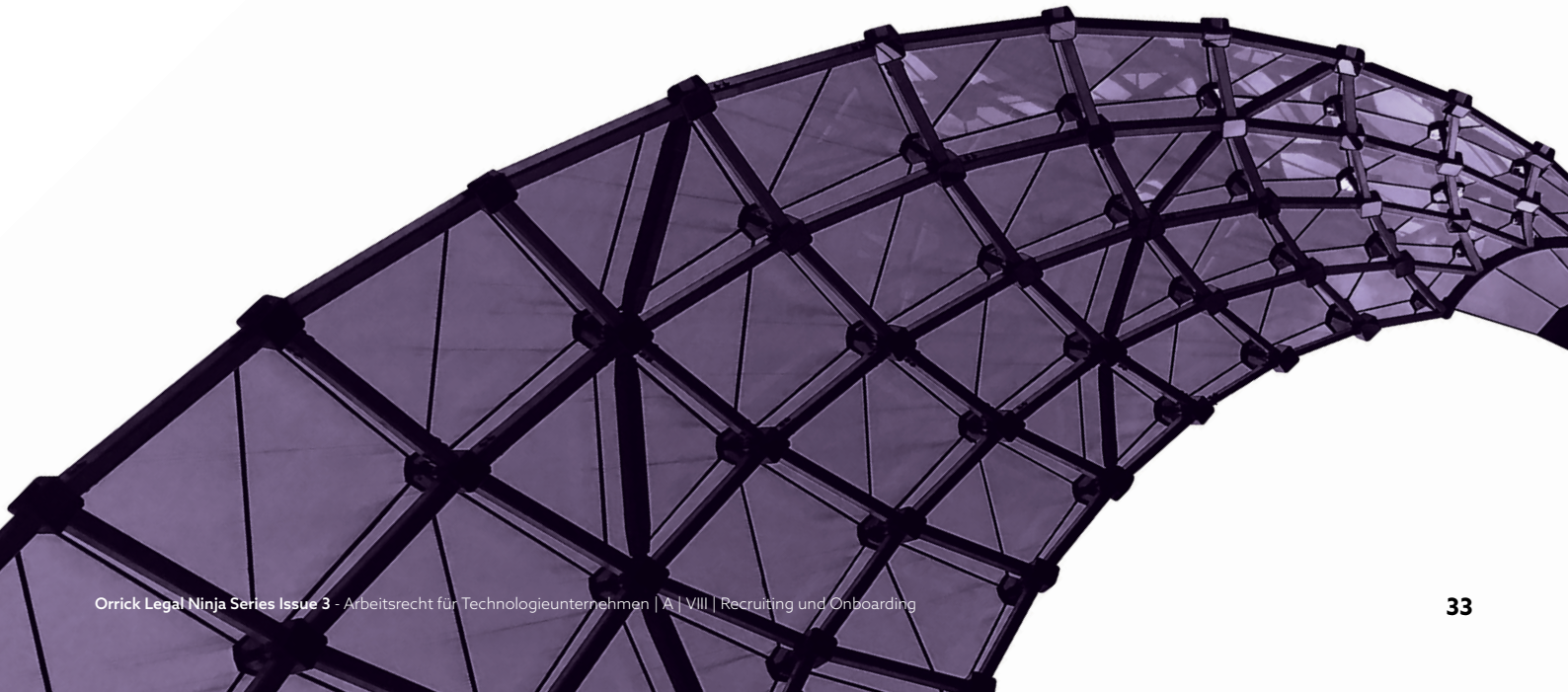
Um Klagen auf Grundlage des AGG vorzubeugen, kann es sinnvoll sein, dem Bewerber den Grund für die Ablehnung gar nicht mitzuteilen. Verpflichtet seid Ihr dazu nämlich nicht.

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

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:

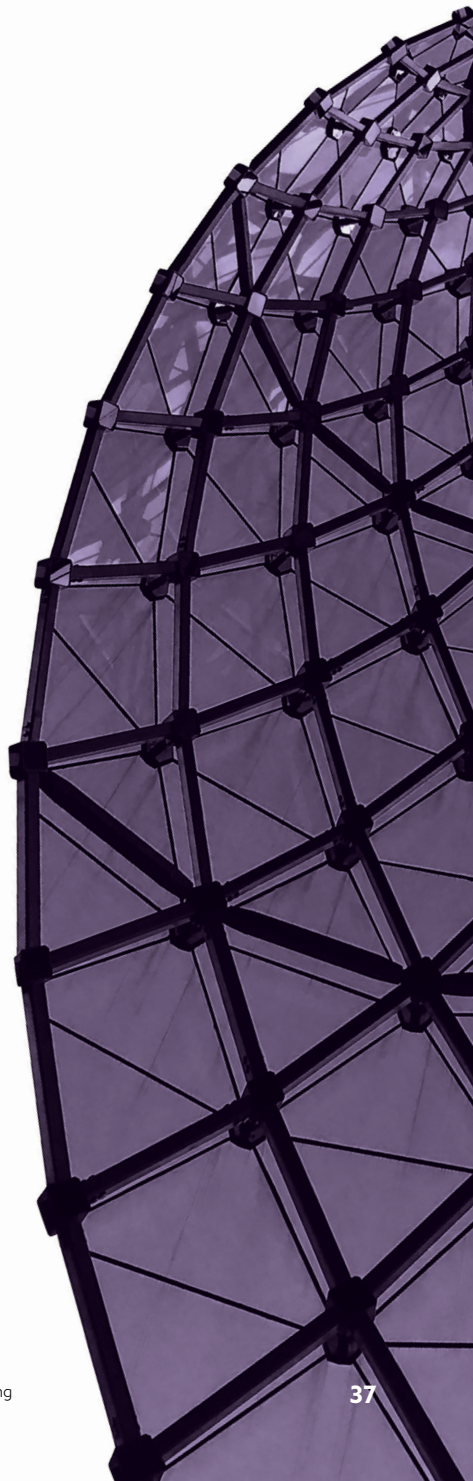
- Ablauf und Ergebnisse der Diskussion zum PIP
- Das Beurteilungsfeedback
- Ablauf und Ergebnis des PIP
- Die anschließende Entwicklung/Bewertung
- Abmahnung(en) und weitere Kommunikation

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

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.

B.

Unsere internationale Plattform für Technologieunternehmen

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 AWARDS 2021

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.

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:

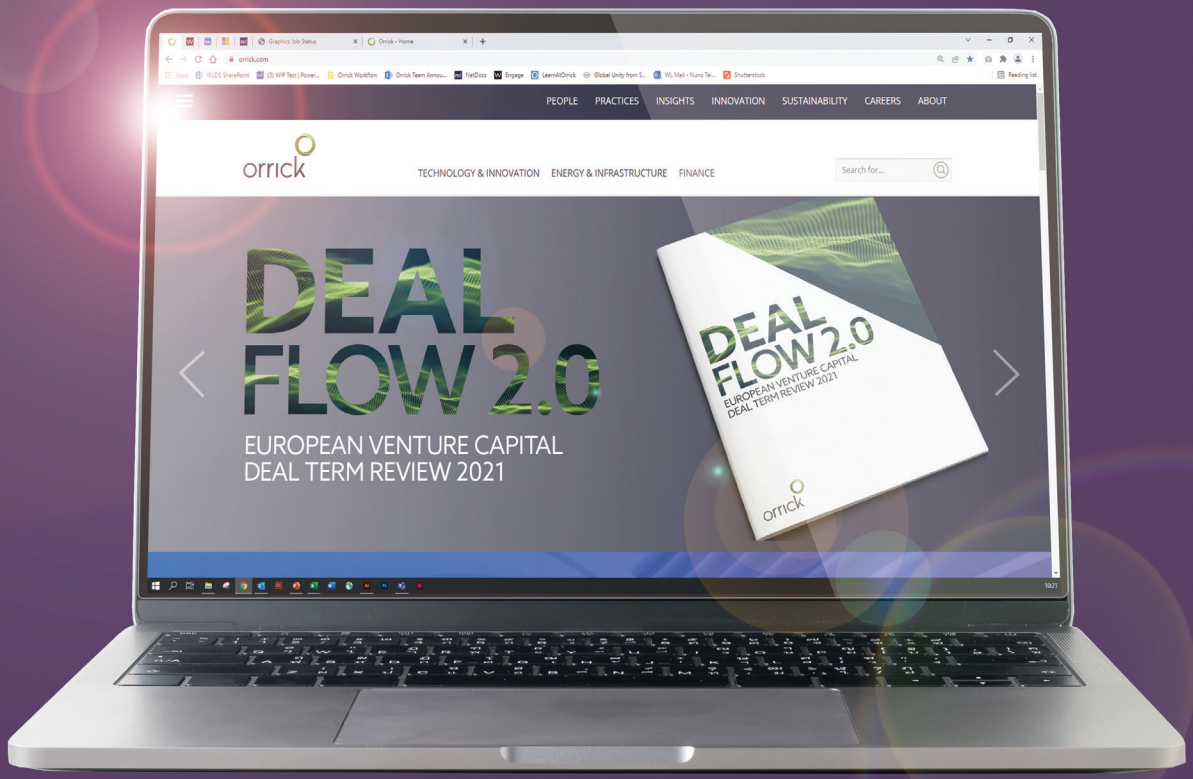
Representing **90+ unicorns**

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.



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.

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

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

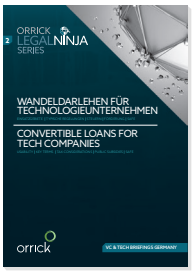
Dr. *André Zimmermann*, LL.M., Partner und Leiter der deutschen Praxisgruppe Arbeitsrecht, berät Unternehmen in allen Wachstumsphasen, von Start-ups und Scale-ups über Unicorns bis hin zu internationalen Konzernen, in sämtlichen arbeitsrechtlichen Angelegenheiten. Dies umfasst die Begleitung im Tagesgeschäft 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.

Alle Ausgaben dieser Reihe

Die bisher erschienenen Ausgaben findet Ihr hier

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

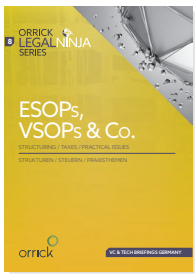
Im derzeitigen Marktumfeld sind alle Marktteilnehmer und insbesondere Unternehmer gut beraten, sich auf eine Verknappung auf den Finanzierungsmärkten vorzubereiten und so gut wie möglich zu versuchen, den Sturm zu überstehen. In diesem Leitfaden teilen wir u.a. Beobachtungen zu den jüngsten Entwicklungen 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.

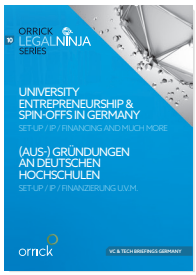


OLNS #8 — ESOPs, VSOPs & Co.: Strukturen / Steuern / Praxisthemen
Juni 2021

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.

IHR 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