

# START-UP / VENTURE CAPITAL

## Liebe Leserin, lieber Leser,

ein spannendes Jahr neigt sich dem Ende zu. Wir blicken schon jetzt auf eine Rekordzahl an Beteiligungsrunden zurück und möchten uns daher ganz herzlich für Ihr Vertrauen bedanken; bleiben Sie uns gewogen!

Besonders gefreut hat uns in diesem Jahr die rasante Entwicklung des Corporate Venturings. Für viele mittelständische Unternehmen gehört der eigene Venture-Arm oder ein eigenes Programm zur Förderung von Start-ups inzwischen als Standard-Werkzeug in die Toolbox der modernen Unternehmensstrategie und zentrales Mittel, um die Herausforderungen der Digitalisierung anzugehen. Es überraschte daher nicht, dass unsere Corporate Venturing-Veranstaltungen, die wir u. a. an unseren Standorten Frankfurt am Main und München durchgeführt haben, auf besonders große Resonanz gestoßen sind. Diese Veranstaltungen werden wir daher in jedem Fall auch in unserem Workshop Programm 2019 berücksichtigen; *we will keep you posted.*

Eine weitere positive Entwicklung für den hiesigen VC-Markt ist, dass nun auch in Deutschland die Standardisierung der VC-Beteiligungsdocumentation vorangetrieben wird: Das Mitte des Jahres vom Business Angels Netzwerk Deutschland e.V. und dem Bundesverband Deutsche Startups e.V. gegründete German Standards Setting Institute hat sich zum Ziel gesetzt, für Start-up-Finanzierungen in Deutschland eine Sammlung standardisierter Vertragsdokumente zu erarbeiten. Begonnen wurde mit den Musterdokumenten für ein Wandeldarlehen; ein Term Sheet sowie weitere Dokumente werden folgen. Die Standardisierung, die im Venture Capital-Land USA längst zum Alltag gehört, ist ein notwendiger Schritt, um Start-ups und Investoren insbesondere in den ersten Finanzierungsrunden unkompliziert zusammenzubringen. Auf europäischer Ebene gibt es ebenfalls erste Ansätze und Diskussionen auf Fachkonferenzen, Klauseln bei Beteiligungsrunden zu vergleichen und, sofern möglich, aneinander anzugleichen. Wir halten Sie über diese erfreuliche Entwicklung informiert.

In der vorliegenden Ausgabe unseres Newsletters freuen wir uns über die folgenden Beiträge:

- **Dr. Gesine von der Groeben** beschäftigt sich mit dem für viele Start-ups, die in der Rechtsform der Ltd. gegründet sind, brandaktuellen Thema der notwendigen Rückkehr nach Kontinentaleuropa und zwar noch vor dem Brexit;

- **Christian Hess** berichtet aus seiner Beratungspraxis im Bereich der Blockchain und hier insbesondere, wie Innovationen auf der Blockchain geschützt werden können und sollten;
- **Christian Döpke** und **Dr. Mathias Zimmer-Goertz** erläutern die datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit des Betreibers einer Facebook-Fanseite;
- **Dr. Axel von Walter** und **Paul Wilde** geben ein Update zu den Entwicklungen des Datenschutzes unter der DSGVO seit Mai 2018;
- **Tassilo Klesen** fasst den Dauerbrenner zusammen, was bei einer Investmentrunde im Beteiligungsvertrag zu regeln und was besser in der Satzung des Startups zu verankern ist;
- **Moritz Bocks** beschäftigt sich mit dem insbesondere von Corporates regelmäßig unterschätzten Thema der Beteiligungsbewertung;
- Passend zur Jahreszeit schließen **Dr. Michaela Felisiak** und **Dr. Erik Schmid** mit dem Problem des Arbeitens trotz Krankschreibung.

Abschließend noch der Hinweis auf eine Neuerung in Bezug auf unseren Start-up/Venture Capital-Newsletter: Da wir von vielen Mandanten um eine englische Version des Newsletters gebeten wurden, ist diese nun auf unserer [Webseite](#) verfügbar. Über weiteres Feedback freuen wir uns selbstverständlich immer.

Viel Spaß bei der Lektüre!

Mit besten Grüßen

Ihr BEITEN BURKHARDT Start-up/Venture Capital Team

## Brexit – Wie deutschen Unternehmen bei der Rückkehr nach Deutschland geholfen werden soll

Der Brexit hat nicht nur viele Banken hart getroffen – auch eine nicht zu vernachlässigende Zahl kleinerer Unternehmen, die die Rechtsform der britischen Limited gewählt, ihren Verwaltungssitz aber in Deutschland haben, denken verstärkt darüber nach, nach Deutschland zurückzukehren. Denn mit dem Wirksamwerden des Brexit werden diese Gesellschaften aufgrund des damit einhergehenden Verlustes der Niederlassungsfreiheit in Deutschland nicht mehr anerkannt. Nun soll ein Gesetzesentwurf des Bundesjustizministeriums Abhilfe schaffen.

### AUSGANGSLAGE

Schätzungsweise 8.000 bis 10.000 kleinere und mittlere Unternehmen – häufig Start-ups mit geringer Kapitalausstattung – haben bei ihrer Gründung die Rechtsform der „private company limited by shares“, kurz Limited (Ltd.) gewählt, ihren tatsächlichen Verwaltungssitz haben sie jedoch in Deutschland.

Mit dem Wirksamwerden des Brexit – gleich ob hart oder weich – würden diese Unternehmen nicht mehr unter die innerhalb der EU geltende Niederlassungsfreiheit fallen und ihre Rechtsfähigkeit in Deutschland verlieren. Daher würden sie – abhängig davon, ob sie ein Handelsgewerbe betreiben oder nicht – nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs als eine der in Deutschland zur Verfügung stehenden Auffangrechtsformen behandelt werden, nämlich entweder als offene Handelsgesellschaft (OHG) oder als Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR). Falls es sich – wie häufig bei kleinen Unternehmen und Existenzgründern – in dem betreffenden Fall nur um einen einzigen Gesellschafter handelt, würde dieser mit Wirksamwerden des Brexit sogar nur als Einzelkaufmann oder gewöhnliche Einzelperson angesehen werden. Gleiches droht übrigens Gesellschaften in der Rechtsform der „public limited company“, kurz: PLC.

### UNBEGRENZTE PERSÖNLICHE HAFTUNG DROHT

Allen vorgenannten Fällen ist gemein, dass das Unternehmen bzw. die dahinterstehenden Gesellschafter einer persönlichen und unbeschränkten Haftung für die Gesellschaftsverbindlichkeiten mit ihrem Privatvermögen auch für Altschulden unterliegen würden. Und genau dieses Szenario wollten die Unternehmensgründer ja in den meisten Fällen durch die Gründung einer Kapitalgesellschaft eigentlich vermeiden. Was also tun?

### UMZUG GRUNDSÄTZLICH MÖGLICH

Um ein solches Unternehmen nach Deutschland „umzuziehen“, ist nach dem Austritt Großbritanniens aus der Europäischen Union in jedem Fall ein deutscher Rechtsträger erforderlich. Bisher stehen solchen Unternehmen für eine Rückkehr nach Deutschland faktisch nur die folgenden zwei Möglichkeiten zur Verfügung:

1. Die Veräußerung sämtlicher Vermögenswerte und Vertragsverhältnisse der Limited an eine neu gegründete deutsche

Gesellschaft (z. B. eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, GmbH) und die anschließende Liquidation der Limited. Dies ist allerdings kompliziert, da für die Übertragung der Vertragsverhältnisse (Kunden, Lieferanten, Entwickler, Arbeitnehmer etc.) in der Regel die Zustimmung des Vertragspartners erforderlich ist. Darüber hinaus können durch die Übertragung stille Reserven aufgedeckt werden, was zu nachteiligen steuerlichen Effekten führen kann.

2. Die Umwandlung der Limited in eine deutsche GmbH in Form der sogenannten grenzüberschreitenden Umwandlung. Dabei wird erst eine deutsche GmbH im Wege der sogenannten Sachgründung durch Einbringung aller Anteile an der Limited gegründet. Anschließend wird die Limited nach den Regeln des deutschen Umwandlungsgesetzes auf die GmbH verschmolzen. Ein solches Verfahren ist jedoch äußerst formalistisch, arbeits- und kostenaufwändig – ein Aufwand, den insbesondere ein kleines Unternehmen nur schwer stemmen können.

Daneben werden in der rechtswissenschaftlichen Literatur noch weitere Modelle diskutiert, nach denen ein „Umzug“ der Limited nach Deutschland möglich sein soll. Diese Modelle kranken jedoch regelmäßig entweder an der Ungewissheit, ob diese Lösungen mangels entsprechender gesetzlicher Grundlage tatsächlich gangbar sind bzw. an dem erheblichen formalen und finanziellen Aufwand, der hierfür erforderlich wird.

### KOSTENGÜNSTIGE LÖSUNG DURCH UMWANDLUNG IN PERSONENGESELLSCHAFT?

Ein Gesetzesentwurf des Bundesjustizministeriums vom 3. September bzw. 10. Oktober 2018 nimmt nun eine kostengünstigere Lösung in den Blick: das Umwandlungsgesetz (UmwG) soll in den §§ 122a ff. um Vorschriften über die Hineinverschmelzung von Kapitalgesellschaften auf Personengesellschaften ergänzt werden. Bisher galt diese Möglichkeit der grenzüberschreitenden Verschmelzung nämlich nur für Kapitalgesellschaften, sodass zur Ermöglichung des „Umzuges“ stets zuerst eine deutsche Kapitalgesellschaft in Form der GmbH im Wege der Sachgründung gegründet werden musste. Die sogenannte „Mini-GmbH“, also eine Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt), kurz: UG, kam aufgrund des für diese Gesellschaft geltenden Verbotes der Sachgründung nicht in Betracht.

Auch nach der vorgeschlagenen Ergänzung der §§ 122 ff. UmwG ist zwar nach wie vor die Gründung eines deutschen Rechtsträgers erforderlich. Doch nun soll den vom Brexit betroffenen Unternehmen eine Umwandlung beispielsweise auch in eine Kommanditgesellschaft ermöglicht werden, an der sich – je nach Kapitalausstattung – entweder eine GmbH oder auch eine UG als persönlich haftender Gesellschafter beteiligen könnte. Es würde somit eine GmbH & Co. KG bzw. eine UG & Co. KG entstehen. Im letztgenannten Fall der UG kann das Stammkapital auch unter EUR 25.000 liegen, denn das gesetzlich vorgesehene Mindeststammkapital der UG beträgt EUR 1. Somit wäre das für die Gründung des deutschen Rechtsträgers aufzubringende Kapital gering und für einen Haftungsschirm für die Gesellschafter wäre gleichzeitig auch gesorgt.

Die beabsichtigte Neuregelung schafft also neben den bestehenden Möglichkeiten eine zusätzliche Umwandlungsoption für die betroffenen Unternehmen. Ob diese jedoch tatsächlich mit weniger Aufwand und Kosten verbunden ist, ist allerdings zu bezweifeln. Denn es ist nach wie vor die Gründung einer deutschen aufnehmenden Gesellschaft erforderlich, sodass in diesem Zusammenhang Rechtsberatungs- und Notarkosten anfallen. Im Falle der GmbH & Co. KG bzw. UG & Co. KG müssten sogar zwei Gesellschaftsverträge erstellt und in einem Fall beurkundet werden und auch der Verwaltungsaufwand steigt durch das Erfordernis, zukünftig zwei Jahresabschlüsse zu erstellen. Schließlich muss auch das wie gehabt gesamte Verschmelzungsverfahren durchgeführt werden, was die Beteiligung der zuständigen britischen Behörden erforderlich macht und daher mit entsprechenden Beratungs- und Übersetzungskosten einhergeht.

Nichtsdestotrotz ist die Initiative in jedem Fall zu begrüßen, da jede zusätzliche Handlungsalternative den betroffenen Unternehmen auf der Grundlage der individuellen Sachlage mehr Flexibilität gibt, zu entscheiden, welches im Einzelfall der richtige Weg ist, das Unternehmen nach Deutschland zu bringen und überschießende persönliche Haftungsrisiken zu vermeiden sowie in diesem Zusammenhang auch die entsprechende Kosten-Nutzen-Abwägung zu treffen.



### Dr. Gesine von der Groeben

Rechtsanwältin  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH  
Frankfurt am Main

*Dieser Beitrag in veränderter Form erschien erstmals in: DER PLATOW Brief, PLATOW Recht, Ausgabe vom 17. Oktober 2018.*

## IP/IT: Schutz von Blockchain-Innovationen durch Patente oder als Geschäftsgeheimnisse – ein Überblick über Vor- und Nachteile

Trotz deutlicher Kursverluste nahezu aller Kryptowährungen im Jahr 2018 ist das Interesse an der diesen zugrunde liegenden Blockchain-Technologie ungebrochen. Dieser Beitrag widmet sich der Frage der Absicherung von Blockchain-Innovationen durch Patente oder als Geschäftsgeheimnis.

Unter einer Blockchain versteht man eine dezentrale P2P-Datenbank, in der Daten, etwa zu Transaktionen, in zeitlich und kryptografisch miteinander verketteten Datenblöcken gespeichert werden. Aufgrund der Verkettung der Datenblöcke miteinander gilt die Blockchain als fälschungssicher. Jeder Block enthält unter anderem einen Zeitstempel, Daten und einen kryptografisch sicheren Hash des vorhergehenden Blocks.

### SCHUTZ DURCH PATENTE

Patente werden für Erfindungen auf allen Gebieten der Technik erteilt, sofern sie neu sind, auf einer erfinderischen Tätigkeit beruhen und gewerblich anwendbar sind (vgl. Art. 52 Abs. 1 Europäisches Patentübereinkommen - EPÜ/§ 1 Patentgesetz - PatG). Die maximale Schutzdauer für ein Patent beträgt 20 Jahre ab dem Anmeldetag (Art. 63 EPÜ/§ 16 PatG). Für Patente auf Blockchain-Innovationen gelten die vorgenannten Grundsätze ebenfalls. Nach der Auffassung des Europäischen Patentamtes sind Blockchain-Innovationen grundsätzlich patentierbar, soweit sie Kryptographie, Computer und Netzwerke betreffen, eine technische Wirkung haben und die weiteren oben genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Ein wirksames Patent gibt dem Inhaber ein ausschließliches Recht im Sinne eines Monopols an der patentierten Erfindung. Es erlaubt dem Inhaber, jedem Dritten die Benutzung der Erfindung zu verbieten.

Patente für eine Blockchain-Innovation zu erlangen, wird zunehmend beliebter. Patentanmeldungen für Blockchain-Innovationen erleben derzeit einen regelrechten Boom. Zwar wurden erst wenige hundert Patente im Zusammenhang mit Blockchain-Technologie erteilt. Die Zahl der Anmeldungen geht jedoch bereits in die Tausende. Die Anmeldungen stammen sowohl von Start-ups als auch von etablierten Technologieunternehmen wie IBM, GE, Sony, HP, Accenture und SAP. Auffallend stark vertreten sind chinesische Unternehmen, angeführt von Alibaba mit derzeit knapp 50 eingereichten Patentanmeldungen.

Es ist noch zu früh zu sagen, ob auf die Mehrzahl der eingereichten Patentanmeldungen tatsächlich Patente erteilt werden und ob diese Patente im Falle von Rechtsbeständigkeitsangriffen aufrechterhalten werden. Die Durchsetzbarkeit eines Patents gegenüber Wettbewerbern ist allerdings ein Gradmesser seines Wertes für den Patentinhaber. Dennoch lässt die hohe Anzahl der Patentanmeldungen vermuten, dass es zukünftig auch im Bereich der Blockchain-Technologie zu „Patentschlachten“, ähnlich wie in der Telekommunikationsbranche, kommen kann.

Bereits aus diesem Grund kann der Aufbau eines Patentportfolios für Unternehmen, die im Bereich der Blockchain-Technologie tätig sind, eine strategische Erwägung sein.

### SCHUTZ ALS GESCHÄFTS-GEHEIMNIS/KNOW-HOW-SCHUTZ

Der Aufbau eines Patentportfolios ist jedoch teuer und insbesondere für junge Start-ups oft herausfordernd. Zudem kann der Weg von der Einreichung der Patentanmeldung bei einem Patentamt bis zur Erteilung viele Jahre in Anspruch nehmen. Technologien mit hoher Innovationsgeschwindigkeit können schlimmstenfalls zum Zeitpunkt der Patenterteilung bereits wieder veraltet sein.

Diese Nachteile des Patentsystems veranlassen manche Blockchain-Innovatoren – dies betrifft vor allem Start-ups – vom Aufbau eines Patentportfolios abzusehen und ihre Blockchain-Innovationen stattdessen als Geschäftsgeheimnis bzw. als geheimes Know-how zu schützen.

Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen ist an geringere Voraussetzungen gebunden als der Patentschutz. Allerdings ist ein Ge-

schäftsgeheimnis kein umfassendes eigentumsähnliches Recht wie ein Patent.

Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen wurde durch die Richtlinie (EU) 2016/943, die sogenannte Know-how-Richtlinie, stark aufgewertet. Eine Umsetzung der Richtlinie in ein deutsches Gesetz wird bis zum Ende dieses Jahres erwartet. Nach der Know-how-Richtlinie liegt ein Geschäftsgeheimnis vor, wenn drei Voraussetzungen erfüllt sind:

- Erstens, muss die in Rede stehende Information geheim sein, d. h. sie ist den Fachkreisen, die normalerweise mit Informationen dieser Art zu tun haben, nicht bekannt und lässt sich auch nicht ohne weiteres erschließen.
- Zweitens, muss die Information einen kommerziellen Wert aufweisen, weil sie geheim ist.
- Drittens, muss der Informationsinhaber den Umständen nach angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen ergriffen haben, um die Information zu schützen.

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, stehen dem Inhaber des Geschäftsgeheimnisses gegen Dritte, die das Geschäftsgeheimnis rechtswidrig verwerten, grundsätzlich Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche zu. Wie Gerichte insbesondere die oben genannte dritte Voraussetzung handhaben werden, wird sich noch zeigen, sobald die ersten Urteile zur Verletzung von Geschäftsgeheimnissen nach neuem Recht ergehen.

Ein Nachteil des Geschäftsgeheimnisschutzes ist, dass der Inhaber im Falle von Parallelentwicklungen oder von rechtmäßigem Reverse-Engineering durch Wettbewerber schutzlos ist, da solche Maßnahmen zulässig sind.

#### FAZIT

Der Schutz von Blockchain-Innovationen durch den Erwerb von Patenten oder als Geschäftsgeheimnis bietet Vor- und Nachteile. Daher ist es gerade für Start-ups wichtig, sich frühzeitig Gedanken um eine entsprechende Strategie zu machen. Mit in die Erwägung einzubeziehen sind auf der einen Seite die hohen Kosten eines strategischen Patentportfolios und das hohe Innovationstempo auf diesem technischen Gebiet. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass ein Patentportfolio nicht nur einen Wettbewerbsvorteil gegenüber Konkurrenten darstellen kann. Eigene Schutzrechte können auch Leverage bei Inanspruchnahme durch Dritte sein sowie den Wert des Unternehmens signifikant erhöhen.



#### Christian Hess

Rechtsanwalt | LL.M. | Fachanwalt für  
Gewerblichen Rechtsschutz  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
München

## Datenschutzrecht: Update: Datenschutzrechtliche Ver- antwortlichkeit des Betreibers einer Facebook-Fanpage

Am 5. Juni 2018 entschied der Europäische Gerichtshof (EuGH), dass bereits das Anlegen einer Facebook-Fanpage eine datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit des Fanpage-Betreibers begründet ([Az. C-210/16](#)). Daraus ergibt sich, dass Facebook und die Fanpage-Betreiber diesbezüglich gemeinsam verantwortlich sind und daher gemäß Art. 26 Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) eine entsprechende Vereinbarung abschließen müssen.

Zudem müssen die betroffenen Personen und Datenschutzbehörden sich mit der Geltendmachung datenschutzrechtlicher Ansprüche nun nicht mehr zwangsläufig an Facebook selbst wenden, sondern können direkt gegen den jeweiligen Fanpage-Betreiber vorgehen. Ihm könnten somit mittelfristig u. a. Abmahnungen, Unterlassungsverfügungen oder Geldbußen seitens der Datenschutzbehörden und Verbraucherschutzorganisationen drohen.

Mit dem Beschluss der Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder (DSK) vom 5. September 2018 hat sich dieses rechtliche Risiko nunmehr weiter erhöht. Das [vollständige Dokument](#) kann hier abgerufen werden.

Die wichtigsten sich daraus ergebenden Fragen beantworten wir im Folgenden:

#### WAS IST INHALT DES BESCHLUSSES DER DSK?

Die DSK stellt zunächst fest, dass sich trotz des EuGH-Urteils an der grundsätzlichen Facebook-Praxis nichts geändert habe: Cookies mit Identifikatoren würden unverändert auch bei Personen gesetzt, die kein Facebook-Konto besitzen, wenn diese über die bloße Startseite der Fanpage hinaus einen Inhalt aufrufen. Ferner würde nach wie vor eine Auswertung der Fanpage-Besuche von Betroffenen im Rahmen der „Insights“-Funktion nach bestimmten, teilweise voreingestellten Kriterien vorgenommen und den Seitenbetreibern zur Verfügung gestellt. Die DSK bemängelt ferner, dass es Facebook bislang nicht gelungen sei, eine Vereinbarung über die gemeinsame Verantwortlichkeit für die Verarbeitung bereitzustellen.

Aber auch die Betreiber werden in die Pflicht genommen. So betont die DSK, dass der Betrieb einer Fanpage, wie sie derzeit von Facebook angeboten wird, ohne eine entsprechende Vereinbarung rechtswidrig sei. Beide Beteiligten (Facebook und die Fanpage-Betreiber) müssten Klarheit über die Sachlage schaffen und die erforderlichen Informationen für die die Fanpage-Besucher als betroffenen Personen bereitstellen. Erneut weist die DSK darauf hin, dass Betroffene auch gegenüber den Fanpage-Betreibern ihre aus der DSGVO folgenden Rechte (bspw. das Auskunftsrecht) geltend machen können.

In diesem Zusammenhang stellt die DSK einen Katalog mit Fragen auf, die sowohl Facebook als auch der Fanpage-Betreiber

beantworten können müssen. Dabei geht es u.a. darum, wie die Pflichten zwischen Betreibern und Facebook verteilt werden, zu welchen Zwecken und auf welcher Rechtsgrundlage die personenbezogenen Daten verarbeitet werden, wie die wesentlichen Aspekte der Vereinbarung über die gemeinsame Verantwortlichkeit zur Verfügung gestellt werden und wie sichergestellt wird, dass die Betroffenenrechte gewahrt bleiben.

### WIE REAGIERT FACEBOOK?

In Reaktion auf den Beschluss hat Facebook seine AGB zum Einsatz von „Insights“ mit einer „Seiten-Insights-Ergänzung bezüglich des Verantwortlichen“ ergänzt.

Darin wiederholt Facebook zunächst die Feststellung des EuGH-Urteils und führt aus, dass der Fanpage-Betreiber gemeinsam mit Facebook Ireland Ltd. für die Verarbeitung von Insights-Daten verantwortlich ist, Facebook jedoch die primäre Verantwortung für die Verarbeitung der Insights-Daten sowie sämtliche sich diesbezüglich aus der DSGVO ergebenden Pflichten übernimmt.

Dem Betreiber der Fanpage erlegt Facebook dann vor allem die Pflicht auf, sicherzustellen, dass für die Verarbeitung von Insights-Daten eine Rechtsgrundlage besteht, eine für die Verarbeitung verantwortliche Stelle benannt wird und jedwede sonstigen geltenden rechtlichen Pflichten erfüllt werden. Ferner müssen die Betreiber Meldepflichten nachkommen (dazu ausführlich sogleich nachfolgend.)

Soweit Fanpages geschäftlich oder gewerblich genutzt bzw. auf diese zugegriffen werden, sollen gemäß der Ergänzung sämtliche Rechtsstreitigkeiten in Verbindung mit Insights dem irischen Recht unterfallen und vor irischen Gerichten geltend gemacht werden. Die vollständige Regelung kann bei [Facebook](#) abgerufen werden:

### WAS IST PFLICHTINHALT EINER VEREINBARUNG ÜBER DIE GEMEINSAME VERANTWORTLICHKEIT?

Nach Art. 26 DSGVO müssen die gemeinsam für die Verarbeitung Verantwortlichen in transparenter Form festlegen, wer von ihnen welche datenschutzrechtlichen Verpflichtungen erfüllt. Dies betrifft insbesondere die Wahrnehmung der Rechte der betroffenen Person und die Informationspflichten.

### SOLL ICH MEINE FACEBOOK-FANPAGE ABSCHALTEN?

Weiterhin muss keine Facebook-Fanpage unmittelbar abgeschaltet werden. Es ist aber zu berücksichtigen, dass ein 100 Prozent rechtssicherer Betrieb einer solchen Seite derzeit praktisch nicht möglich ist. Gleichwohl kann das Risiko eines Einschreitens der Verbraucherschutzorganisationen und Aufsichtsbehörden durch die Umsetzung bestimmter Maßnahmen verringert werden.

Es bleibt sodann abzuwarten, ob der Bundesgerichtshof (BGH) in Umsetzung des EuGH-Urteils bei Verarbeitung der personenbezogenen Daten im Rahmen der generellen Facebook-Nutzung Datenschutzverstöße feststellt oder nicht. Sollte dies der Fall sein, wird sich vor allem auf Seiten von Facebook weiterer Handlungsbedarf ergeben.

## WELCHE HANDLUNGSPFLICHTEN BESTEHEN FÜR FANPAGE-BETREIBER?

### BENENNEN EINER VERANTWORTLICHEN STELLE / EINES DATENSCHUTZBEAUFTRAGTEN

Der Fanpage-Betreiber muss eine für die Verarbeitung verantwortliche Stelle benennen. Dies ist in aller Regel der Betreiber selbst, sodass dessen Name und Kontaktdaten (postalische Anschrift, elektronische und/oder telefonische Erreichbarkeit) anzugeben sind. Soweit der Verantwortliche auch einen Datenschutzbeauftragten hat, sind dessen Kontaktdaten ebenfalls zu benennen.

### BENENNEN EINER RECHTSGRUNDLAGE

Außerdem muss der Fanpage-Betreiber eine Rechtsgrundlage für die Verarbeitung der Insights-Daten angeben. Hierfür kommen zwei denkbare Ansätze in Betracht.

Die Betreiber könnten sich auf berechnete Interessen (Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO) stützen, da durch Insights Einblicke in die Besucher-Struktur ermöglicht werden und die Seiteninhalte zur Steigerung von Relevanz und Zufriedenheiten daran ausgerichtet werden können. Dadurch wiederum kann eine Erhöhung der Reichweite und eine Vergrößerung des Nutzerkreises erreicht werden, was für den Fanpage-Betreiber einen wirtschaftlichen oder auch ideellen Nutzen mit sich bringen kann. Auf Seiten des Nutzers ist davon auszugehen, dass dieser aufgrund der wiederholten Thematisierung in den Medien vernünftigerweise davon ausgehen kann, dass seine Daten bei jeder Facebook-Nutzung auch zu Analysezwecken verarbeitet werden.

Die Aufsichtsbehörden vertreten hierzu aber eine strengere Meinung; sie gehen davon aus, dass bei derartigen Tracking-Maßnahmen eine Einwilligung des Betroffenen erfolgen muss.

Die Einholung einer solchen Einwilligung ist derzeit technisch für den Betreiber einer Facebook-Fanpage jedoch nicht umsetzbar, da dieser keine Möglichkeit hat, den Nutzer vor Beginn der Verarbeitung über die internen Verarbeitungstätigkeiten von Facebook aufzuklären.

Keiner der beiden Ansätze kann daher den rechtssicheren Betrieb einer Fanpage gewährleisten. Angesichts der Tatsache, dass die Einholung einer informierten Einwilligung des Nutzers für den Betreiber faktisch gar nicht möglich ist, erscheint es ratsam, die Verarbeitung auf Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO zu stützen. Da Insights für den Fanpage-Betreiber tatsächlich für wirtschaftliche und ideelle Zwecke verwendet werden kann und der Nutzer mit einer Verarbeitung seiner Daten rechnet, erscheint dies bis auf Weiteres auch als gangbarer Weg. Im Streitfall müsste dann ein Gericht klären, ob die strenge Interpretation der Aufsichtsbehörden überhaupt zutreffend ist.

Für denjenigen Betreiber, der das verbleibende Risiko aufsichtsbehördlicher Maßnahmen scheut, verbleibt gegenwärtig als einzige Alternative tatsächlich nur die (vorübergehende) Deaktivierung seiner Fanpage.

**MELDUNGEN / WEITERLEITUNGEN**

Soweit sich eine betroffene Person oder Aufsichtsbehörde hinsichtlich der Verarbeitung von Insights-Daten und der von Facebook übernommenen Pflichten an den Betreiber wenden sollte, verlangt Facebook, dass solche Anfragen binnen sieben Tagen inklusive sämtlicher Informationen an Facebook weitergeleitet werden. Dazu stellt Facebook ein [besonderes Formular](#) bereit.

**WEITERE INFORMATIONSPFLICHTEN**

Die „Seiten-Insights-Ergänzung“ stellt Facebook den Betroffenen zur Verfügung. In Anbetracht der Tatsache, dass dieses aber auch Nicht-Facebook-Nutzern leicht zugänglich sein muss, empfiehlt es sich für den Fanpage-Betreiber, ebenfalls einen Link zu der Ergänzung auf der Fanpage vorzuhalten. Sofern vorhanden, sollte noch ein Link zur eigenen Datenschutzerklärung gesetzt werden, andernfalls sollte eine Datenschutzerklärung in den Story-Bereich der Fanpage integriert werden.

**FAZIT**

Da Facebook nicht vollumfänglich auf die Fragen der DSK geantwortet hat, bleibt abzuwarten, wie die Datenschutzbehörden weiter vorgehen. Im Hinblick auf die transparente Darstellung der gemeinsamen Verantwortlichkeit sind die Voraussetzungen mit der Bereitstellung der „Seiten-Insights-Ergänzung“ zunächst erfüllt.

Für die Fanpage-Betreiber verbleibt aber das Risiko, eine wirksame Rechtsgrundlage für die Verarbeitung festzulegen.

Gewerbliche Fanpage-Betreiber sollten zudem bedenken, dass Facebook sämtliche im Zusammenhang mit Insights entstehenden Rechtsstreitigkeiten nach Irland auslagern möchten.

Betreiber sollten daher zumindest die vorstehend empfohlenen Maßnahmen durchführen, um das datenschutzrechtliche Risiko zu verringern.

**Christian Frederik Döpke**

Rechtsanwalt | LL.M.  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Düsseldorf

**Mathias Zimmer-Goertz**

Rechtsanwalt  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Düsseldorf

## Datenschutz seit Mai 2018: Die DSGVO für Start-ups

Seit dem 25. Mai 2018 begann für den Datenschutz in Europa ein neues Zeitalter, denn die Datenschutz-Grundverordnung (Verordnung EU 2016/679 – DSGVO) bildet nun den europäischen Rechtsrahmen für den Datenschutz. Auch wenn es weiterhin zahlreiche nationale oder europarechtliche Spezialvorschriften zum Schutz personenbezogener Daten geben wird, setzt die DSGVO anspruchsvolle Grundanforderungen an die Unternehmensorganisation und die Verarbeitung von personenbezogenen Daten. Start-ups sollten sich neben allgemeinen Überlegungen vor dem Hintergrund der DSGVO einige zusätzliche Fragen stellen.

**WAS IST NEU?**

Die DSGVO baut auf dem Ansatz des bisherigen Datenschutzrechts auf und hat den Anspruch, diesen Ansatz aus den Erfahrungen und der einschlägigen Rechtsprechung der letzten 20 Jahre heraus zu modernisieren. Die DSGVO enthält eine Reihe neuer Elemente, die einerseits den Schutz der Rechte der Betroffenen stärken und andererseits Unternehmen den Datentransfer im digitalen Binnenmarkt erleichtern sollen. Durch die DSGVO werden die Grundsätze des Datenschutzes durch Technik und durch datenschutzfreundliche Voreinstellungen („Privacy by Design“ und „Privacy by Default“) eingeführt, um Datenschutzinteressen von Anfang an in Geschäftsprozessen und Produkten zu berücksichtigen. Die Rechte der Betroffenen werden gestärkt, indem neue Transparenzanforderungen eingeführt werden. Die Betroffenen erhalten mehr Kontrolle über die sie betreffenden Daten. Neu ist in diesem Zusammenhang auch das Recht auf Datenübertragbarkeit, welches den Betroffenen erlaubt, von einem Unternehmen die Rück- oder Weiterübertragung personenbezogener Daten zu verlangen, die der Betroffene dem Unternehmen auf Grundlage einer Einwilligung oder eines Vertrages zur Verfügung gestellt hatte. Mit der Verordnung erhalten alle Datenschutzaufsichtsbehörden die Befugnis, Geldbußen gegen Verantwortliche und Auftragsverarbeiter zu verhängen, wobei die Geldbußen bis zu EUR 20 Millionen oder bis zu vier Prozent des weltweiten Konzern-Jahresumsatzes betragen können. Zusätzlich können Betroffene bei Datenschutzverletzungen Schadenersatz für immateriellen Schaden einklagen. Die bislang bestehenden Vorabkontrollpflichten und Meldepflichten werden abgeschafft. Stattdessen gibt es ein für deutsche Unternehmen noch ungewohntes Instrument, das Risiko vor dem Beginn der Datenverarbeitung zu bewerten: Die Datenschutz-Folgenabschätzung.

**WICHTIG: EIGENVERANTWORTUNG DER UNTERNEHMEN**

Eine der wichtigsten Grundsätze, den die DSGVO für die Unternehmen etablieren will, ist der Grundsatz der Eigenverantwortung. Einerseits werden Unternehmen, die personenbezogene Daten verarbeiten, von zahlreichen derzeit noch geltenden bürokratischen Meldepflichten befreit. Andererseits wird von den Unternehmen nun erwartet, sich in ihrer gesamten Geschäftstätigkeit von Anfang an eigenverantwortlich um wirksamen Datenschutz in allen Unternehmens- und Produktbereichen zu kümmern. Die Unternehmensprozesse, wie auch die Produkte, sollen bereits früh in der Entwicklung datenschutzfreundlich gestaltet werden.

## WAS BEDEUTET DAS FÜR DIE PRAXIS?

Alle Unternehmen sind dazu angehalten, ein Verzeichnis aller Verarbeitungstätigkeiten, die ihrer Zuständigkeit unterliegen, zu führen. Viele Unternehmen haben deshalb bereits eine umfangreiche Bestandsaufnahme aller unternehmensinternen Datenverarbeitungsprozesse vorgenommen. Die DSGVO verlangt von jedem Unternehmen, die Rechtmäßigkeit jedweder Datenverarbeitung sicherzustellen und zu dokumentieren. Das Verarbeitungsverzeichnis kann dabei diese zentrale Dokumentationsfunktion übernehmen. Für Verarbeitungsprozesse mit besonderen Risiken für die Betroffenen müssen die Unternehmen eine Datenschutz-Folgenabschätzung vornehmen. Insbesondere Verarbeitungsprozesse, die eine Verhaltensanalyse (z. B. Verbrauchsverhalten) erlauben, werden einer Datenschutz-Folgenabschätzung unterzogen werden müssen. Außerdem werden die meisten Unternehmen verpflichtet sein, einen Datenschutzbeauftragten zu benennen. Diese Compliance-Anforderungen sind allesamt bußgeldbewehrt, sodass schon die fehlende Dokumentation oder die Nichtbestellung eines Datenschutzbeauftragten entsprechende Bußgeldrisiken auslöst. Neben diesen allgemeinen Compliance-Anforderungen sollten Unternehmen im eigenen Interesse sicherstellen, dass die Rechte der Betroffenen auf Information, Auskunft, Berichtigung, Löschung oder Datenportabilität umgesetzt werden können. Insbesondere das neu geschaffene Recht auf Datenportabilität stellt einige Branchen vor Herausforderungen. Für Start-ups könnte es für Wettbewerber einfacher sein, maßgeschneiderte Produkte anzubieten, wenn diese auf die Verbrauchshistorie des Neukunden aufsetzen können. Dazu kann der Kunde von seinem bisherigen Versorger die Herausgabe seiner ihn betreffenden Daten in einem allgemein verständlichen elektronischen Format verlangen. Das bedeutet Mehraufwand für die Unternehmen, andererseits aber auch Chancen für neue Produktgestaltungen.

## DSGVO IN START-UPS

Neben diesen allgemeinen Überlegungen sollten Start-ups sich vor dem Hintergrund der DSGVO zusätzlich diese Fragen stellen:

1. Entsprechen die Nutzerverträge und Einwilligungserklärungen zur Datenverarbeitung den Anforderungen der DSGVO?
2. Welchen Einfluss hat die DSGVO auf Nutzerrückgewinnungsprogramme oder sonstige Marketingaktivitäten?
3. Entsprechen die Verträge mit Dienstleistern (z. B. Callcenter) den Anforderungen der DSGVO?
4. Sind die unternehmensinternen IT-Prozesse auf die DSGVO eingestellt? Insbesondere: Wie steht es um die Datensicherheit? Bestehen Löschkonzepte und Löschroutinen für personenbezogene Daten?
5. Bestehen Prozesse zur Reaktion auf Verletzungen des Schutzes personenbezogener Daten („Hackerangriffe“)?
6. Welche besonderen Anforderungen sind im Hinblick auf Smart-Devices zu implementieren?

Soweit ersichtlich, sind auch 3 Monate nach dem 25. Mai 2018 viele Unternehmen bisher nicht zu 100 Prozent den Anforderun-

gen gerecht geworden. Auch wenn die Behörden in bestimmten Bereichen anfänglich noch toleranter bezüglich der „DSGVO-readiness“ waren, erwarten die Behörden, dass die Unternehmen sich dem Thema Datenschutz ernsthaft angenommen haben und insbesondere in den Kernbereichen der Datenverarbeitung und in den Bereichen, in denen sensible Daten der Betroffenen (Stichwort: Health-Apps) verarbeitet werden, ein hoher Umsetzungsstand besteht. Diese „faktische Übergangsphase“ wird unseres Erachtens aber in Kürze abgelaufen sein.

## DSGVO-SPRINT-TIPP

Sofern Sie mit der Umsetzung der DSGVO-Anforderungen noch nicht begonnen haben oder Ihre Aktivitäten erst am Anfang stehen, empfehlen wir folgende Priorisierungen:

1. **Verschaffen Sie sich einen Überblick über Ihre Prozesse!** Sie sollten den Bestand der Datenschutzprozesse erfassen und in einem Verarbeitungsverzeichnis dokumentieren. Die Behörden werden als erstes nach diesem Verarbeitungsverzeichnis fragen.
2. **Kümmern Sie sich um die kundenbezogenen Prozesse und Betroffenenrechte!** Unzufriedene Kunden und Kunden, die schlechte Datenschutzerfahrungen machen, werden sich bei den Behörden beschweren. Sie sollten die Datenschutzerwartungen der Kunden also erfüllen.
3. **Kümmern Sie sich um die Kundenverträge und Informationstexte!** In dieses Schaufenster können Behörden leicht hineinsehen. Sorgen Sie dafür, dass die von Ihnen verwendeten Texte auf dem aktuellen DSGVO-Stand sind.
4. **Kümmern Sie sich um Ihre Mitarbeiter!** Mitarbeiterdatenschutz ist wichtig und unzufriedene Mitarbeiter stellen ein erhebliches Datenschutzrisiko dar.
5. **Kümmern Sie sich um leicht erreichbare Umsetzungsziele!** Ein Datenschutzbeauftragter ist schnell auszuwählen und zu bestellen.
6. Kümmern Sie sich dann nach Risikoprioritäten um die weiteren Anforderungen der DSGVO.



### Dr. Axel von Walter

Rechtsanwalt | Fachanwalt für Urheber- und Medienrecht | Fachanwalt für Informationsrecht  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
München



### Paul Wilde

Rechtsanwalt  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
München

## Gesellschaftsrecht: Verhältnis der Beteiligungs- dokumentation zur Satzung des Start-up

Im Zusammenhang mit Finanzierungsrunden wird zwischen den bestehenden Gesellschaftern und dem Investor in der Regel eine Vielzahl von Vereinbarungen verhandelt und abgeschlossen. Hierzu zählen insbesondere der Beteiligungsvertrag (im engeren Sinne, also bezogen auf die Modalitäten des Einstiegs des Investors) und die Gesellschaftervereinbarung. Im Zusammenhang mit dem Vollzug der Beteiligung wird regelmäßig auch die Satzung des Start-ups neu gefasst oder jedenfalls geändert. Während Beteiligungsvertrag und Gesellschaftervereinbarung allenfalls auszugsweise der Einreichung zum Handelsregister bedürfen, ist die Satzung des Start-ups für jedermann öffentlich abrufbar im Handelsregister hinterlegt.

Da die Beteiligten in der Regel kein Interesse daran haben, dass bestimmte Eckpunkte der Finanzierungsrunde von jedermann eingesehen werden können, und auch im Zusammenhang mit der Satzung abhängig vom Regelungsgegenstand zusätzliche Beurkundungs- und Eintragungskosten entstehen, stellt sich häufig die Frage, welche Bestandteile der Dokumentation über die Beteiligung zwingend in die Satzung aufgenommen werden müssen. Dieses Spannungsfeld wird mit diesem Beitrag beleuchtet.

### DER BETEILIGUNGSVERTRAG

Der Beteiligungsvertrag regelt die Konditionen des Einstiegs des Investors, also insbesondere den Umfang der Beteiligung, Bewertung und Höhe des Investitionsbetrags (Zuzahlung oder Aufgeld zusätzlich zur Nominaleinlage), Fälligkeit (Closing Conditions, Meilensteine), Regeln für eine zukünftige Verschiebung der Beteiligungsverhältnisse (Anti-Dilution, Ratchet) sowie einen Garantie- und Gewährleistungskatalog der Gründungsgesellschafter.

### DIE GESELLSCHAFTERVEREINBARUNG

Die Gesellschaftervereinbarung wiederum regelt das zukünftige Miteinander der Gesellschafter (in Ergänzung der Satzung). Hierbei geht es um Rechte einzelner Gesellschafter für die Entsendung von Mitgliedern in Geschäftsführung oder Beirat, um eine Erweiterung der Informations- und Zustimmungsrechte der Investoren in Ausweitung des gesetzlichen Standards, um Exit-Regeln (Vinkulierung, Mitnahmerechte, Liquidationspräferenz etc.) und die Bindung des Managements (Vestingregeln und Wettbewerbsverbot). In der Regel wird dieser Vertrag als einheitliches Vertragswerk für alle Beteiligten abgeschlossen.

### ZWINGENDER KORPORATIVER BESTANDTEIL DER SATZUNG

Einige der oben gestreiften Regelungsbereiche (wenn teils auch nur mittelbar) bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Aufnahme in die Satzung des Start-up. Dies gilt bereits, wenn das Start-up die Rechtsform einer GmbH hat. Ist das Start-up in der Form einer

Aktiengesellschaft (AG) gegründet worden oder hat es diese Rechtsform angenommen, sind diese Anforderungen sogar noch strenger. In der Folge wird aufgrund der hohen Durchdringung von GmbH in Start-ups ausschließlich auf diese Rechtsform eingegangen.

### AUSGANGSPUNKT: SATZUNGSDISPOSITIVE GEGENSTÄNDE

Ausgangspunkt für den Katalog an Regelungsbereichen, die zwingend der Aufnahme in die Satzung einer GmbH bedürfen, sind §§ 3 Abs. 1, 5 Abs. 4 GmbHG. Danach ist Folgendes in der Satzung zu regeln:

- Firma und Sitz der Gesellschaft;
- Gegenstand des Unternehmens;
- Betrag des Stammkapitals;
- Zahl und die Nennbeträge der Geschäftsanteile (nur in der Gründungsphase);
- Verpflichtungen der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft über die Leistung der Kapitaleinlage hinaus (betrifft auch das sogenannte Agio, soweit dieses korporativ wirken soll);
- Gegenstand der Sacheinlage und Nennbetrag der Geschäftsanteile, auf die sich die Sacheinlage bezieht;
- eine etwaige Befristung des Unternehmens.

Darüber hinaus unterwirft das GmbHG an zahlreichen Stellen bestimmte Regelungsbereiche einem Satzungsvorbehalt:

- Vinkulierung von Geschäftsanteilen, soweit diese dinglich wirken soll (§ 15 Abs. 4 GmbHG);
- Ermöglichung der Beschlussfassung der Gesellschafter über Nachschusspflichten (§ 26 Abs. 1 GmbHG), Abweichungen von der gesetzlichen Regelung zu Nachschusspflichten (§ 28 GmbHG);
- Abweichungen von den gesetzlichen Regelungen zur Ergebnisverwendung (§ 29 GmbHG) oder zur Liquidationsquote (§ 72 S. 2 GmbHG);
- Einziehung von Geschäftsanteilen (§ 34 Abs. 1 GmbHG);
- Abweichungen von bestimmten gesetzlichen Regelungen zur Geschäftsführung (§§ 35 Abs. 2, 37 Abs. 1, 38 Abs. 2 GmbHG);
- Abweichungen von den gesetzlichen Bestimmungen zu Rechten der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft aus §§ 46 bis 51 GmbHG (§ 45 Abs. 2 GmbHG);
- Bildung eines Aufsichtsrats (§ 52 Abs. 1 GmbHG);



- Änderung des Mehrheitserfordernisses für die Änderung der Satzung und für die Auflösung der Gesellschaft (§ 53 Abs. 2, § 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG);
- Schaffung genehmigten Kapitals (§ 55a GmbHG);
- Festsetzung weiterer Auflösungsgründe (§ 60 Abs. 2 GmbHG);
- Festlegung eines von der Geschäftsführung abweichenden Liquidators (§ 66 Abs. 1 GmbHG).

#### **GRENZBEREICHE ZUR SCHULDRECHTLICHEN VEREINBARUNG**

Zu beachten ist, dass es möglich ist, einzelne der vorbezeichneten Regelungsbereiche auch außerhalb der Satzung rein schuldrechtlich – nicht gesellschaftsrechtlich – zu vereinbaren. Hierzu zählen vor allem die folgenden Bereiche:

- Die Leistung des Agios bei der Ausgabe von Geschäftsanteilen. Dies ist bei der Durchführung einer Finanzierungsrunde der absolute Regelfall, weil so die Bewertung des Start-ups nicht öffentlich im Handelsregister eingesehen werden kann.
- Die Einschränkung der Verfügbarkeit über Geschäftsanteile.
- Die Einrichtung eines Beirats, soweit diesem keine organischen Befugnisse erteilt werden sollen, er sich also bspw. auf eine rein beratende Tätigkeit beschränkt.
- Ein von der gesetzlichen Regelung abweichender Gewinnverteilungsschlüssel; dasselbe gilt für die Verteilung des Vermögens im Falle einer Liquidation.

Allerdings binden die in Abweichung zur Satzungsbestimmung getroffenen schuldrechtlichen Vereinbarungen nur die Vertragsparteien selbst. Umgekehrt kann es ratsam sein, bestimmte Regelungspunkte, die auch nur schuldrechtlich vereinbart werden können, überobligatorisch auch in der Satzung zu spiegeln, wie zum Beispiel:

- Im Zusammenhang mit einer Vinkulierung auch Mitveräußerungspflichten, Vorerwerbsrechte etc.;
- Im Zusammenhang mit der Zwangseinziehung Regelungen über die Abfindung, damit diese für alle – auch zukünftige – Gesellschafter bindend werden;
- Zustimmungsrechte für Investoren für Gesellschafterbeschlüsse;
- Wettbewerbsverbote.

#### **FAZIT**

Im Gefüge zwischen Beteiligungsvertrag, Gesellschaftervereinbarung und Satzung ist zu prüfen, welche Regelungspunkte aus gesetzlichen Gründen zwingend in die Satzung aufzunehmen sind, da letztere öffentlich abrufbar im Handelsregister hinterlegt wird und zusätzliche Kosten

verursachen kann. Darüber hinaus kann es aber auch ratsam sein, bestimmte Regelungsbereiche – quasi überobligatorisch – in die Satzung aufzunehmen, obwohl dies gar nicht erforderlich ist.



#### **Tassilo Klesen**

Rechtsanwalt  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Berlin

## **Unternehmensbewertung: Jährlich grüßt die Beteiligungsbewertung**

Zu jedem Bilanzstichtag haben sich die gesetzlichen Vertreter einer Gesellschaft bei der Aufstellung des handelsrechtlichen Jahresabschlusses mit der Frage auseinander zu setzen, ob die bilanzierten Vermögensgegenstände noch werthaltig sind. Besondere Aufmerksamkeit ist in diesem Zusammenhang der Überprüfung der Werthaltigkeit von wesentlichen Beteiligungen zu schenken. Ein für Investoren von Start-ups wichtiges Thema, das lohnt die allgemeinen Rahmenbedingungen einer Beteiligungsbewertung zu kennen.

#### **ALLGEMEINE GRUNDSÄTZE**

Beteiligungen werden bei Zugang mit ihren Anschaffungskosten bilanziert. Dies entspricht bei einem Erwerb von Dritten dem vereinbarten Kaufpreis einschließlich etwaiger Anschaffungsnebenkosten wie z. B. Notariatskosten sowie bei einer Neugründung eines Start-ups der Einlage. Für die Klassifizierung der Anteile an einem Unternehmen als Beteiligung ist es handelsrechtlich unerheblich, ob es sich um Anteile an einer Kapital- oder einer Personengesellschaft handelt. Der Ausweis der Beteiligung erfolgt im Anlagevermögen, wenn sie dem eigenen Geschäftsbetrieb durch Herstellung einer dauernden Verbindung dienen soll. Dies ist regelmäßig der Fall, sofern keine Veräußerungsabsicht besteht.

Beteiligungen unterliegen als nicht abnutzbarer Vermögensgegenstand keiner planmäßigen Abschreibung, sodass zu jedem Bilanzstichtag zu überprüfen ist, ob eine Abwertung von Nöten ist. Das Handelsrecht bietet für die Bewertung von Beteiligungen etwas Gestaltungsspielraum, da es nur für eine dauernde Wertminderung eine Abschreibungspflicht festlegt, für eine nicht dauernde Wertminderung jedoch ein Abschreibungswahlrecht einräumt. Die Inanspruchnahme bzw. der Verzicht dieses Wahlrechts ist grundsätzlich im Zeitablauf und über vergleichbare Fälle stetig anzuwenden, um eine einheitliche Bewertungsmethode zu wahren.

Anzumerken sei dabei, dass unter „dauernd“ nicht zu verstehen ist, dass es sich um eine endgültige Wertminderung handelt. Gemäß dem Vorsichtsprinzip wird bei Vermögensgegenständen des Anlagevermögens von einer dauernden Wertminderung gesprochen, wenn zum Zeitpunkt der Erstellung des Jahresabschlusses keine konkreten Hinweise auf Werterholung bestehen. Zu den Indizien für eine dauerhafte Wertminderung zählen insbesondere dauerhafte Substanzverluste oder verschlechterte Zukunftsaussichten. Zeitweilige Verluste, schlechte Ertragslage, Ertragschwäche, Ergebnisverschlechterung, Konjunkturschwankungen in der Branche oder reine Anlaufverluste können auf eine nur vorübergehende Wertminderung hindeuten.

### SPEZIFISCHE KRITERIEN

Eine Abwertung kann bzw. muss vorgenommen werden, wenn der beizulegende Wert den Buchwert unterschreitet. Der beizulegende Zeitwert ist gesetzlich nicht definiert. Wenn vorhanden, kann der beizulegende Zeitwert aus dem Börsen- und Marktpreis abgeleitet werden. Da dies regelmäßig nicht der Fall ist, ist der beizulegende Zeitwert i.d.R. aus dem Ertragswert oder dem Discounted-Cash-Flow-Verfahren nach IDW S 1 abzuleiten (vgl. IDW Stellungnahme zur Rechnungslegung des Hauptfachausschusses, IDW RS HFA 10). Beide Verfahren ermitteln den Unternehmenswert als Zukunftserfolgswert und beruhen auf der gleichen konzeptionellen Grundlage (Kapitalwertkalkül). Während das Ertragswertverfahren zukünftige Ertragsüberschüsse mit dem entsprechenden Kapitalisierungszinssatz diskontiert, werden beim Discounted-Cash-Flow-Verfahren zukünftige Zahlungsüberschüsse mit den gewogenen Kapitalkosten diskontiert. Bei gleichen Bewertungsannahmen führen beide vom IDW S 1 anerkannte Bewertungsmethoden jedoch zum gleichen Unternehmenswert. Oben genannte Indizien werden grundsätzlich bei der Planung der zukünftigen Überschüsse bereits berücksichtigt.

Welche relevanten Aspekte bei der Bewertung für Zwecke der Bilanzierung im Jahresabschluss zu berücksichtigen sind, werden im IDW RS HFA 10 dargelegt. Der handelsrechtlichen Bewertung liegt der Gedanke des Gläubigerschutzes zugrunde, sodass die Bewertung insbesondere auf die Ermittlung des Schuldendeckungspotenzials abzielt. Etwaige Gläubiger haben lediglich Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen. Somit hat die Unternehmensbewertung der Beteiligung aus Sicht des bilanzierenden Unternehmens zu erfolgen. In der Folge können demnach lediglich Synergieeffekte und noch nicht eingeleitete Maßnahmen berücksichtigt werden, die das bilanzierende Unternehmen selbst – d. h. auch Tochterunternehmen, nicht jedoch Mutter- oder Schwesterunternehmen – realisieren kann. Darüber hinaus sind sowohl die Unternehmenssteuern auf Ebene der Beteiligungsgesellschaft als auch die aus den Zuflüssen an die bilanzierende Gesellschaft resultierenden Unternehmenssteuern zu berücksichtigen. Die Ertragsteuern der Anteilseigner des bilanzierenden Unternehmens sind wiederum nicht zu berücksichtigen.

Ob und in welchem Umfang eine dezidierte Bewertung auch unter Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkten notwendig ist, sollte in der Praxis anhand einer vorgelagerten Indizienprüfung auch unter Einbeziehung der Höhe des Beteiligungsbuchwertes vorgenommen werden. Sollte eine positive Vermögens-, Finanz- und Ertragslage vorherrschen, der (anteilige) Eigenkapitalwert des

Beteiligungsunternehmens den bilanziellen Beteiligungsbuchwert übersteigen und keine Gründe für eine zukünftig verminderte Ertragskraft vorliegen, kann in Abhängigkeit der Höhe des Beteiligungsbuchwertes auf eine dezidierte Bewertung verzichtet werden. Sollten jedoch Indizien für eine etwaige Wertminderung vorliegen, bedarf es einer dezidierten Untersuchung der Beteiligungsbewertung unter Zuhilfenahme von anerkannten Bewertungsmethoden. Wenn z. B. im Vorjahr eine detaillierte Beteiligungsbewertung vorgenommen wurde, kann es bei gleichbleibender Unternehmenslage und unveränderten Annahmen über die zukünftige Ertragskraft im Einzelfall ggf. ausreichend sein, auf die vorherige Bewertung abzustellen, wenn genügend stille Reserven vorhanden waren.



### Moritz Bocks

Steuerberater

BEITEN BURKHARDT

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Düsseldorf

## Arbeitsrecht: Viel zu tun feat. Herbstgrippe – Arbeiten trotz Krankschreibung?

In Start-ups wird viel gearbeitet. In Start-ups arbeiten regelmäßig sehr motivierte Mitarbeiter, die nicht wegen jedem kleinen Schnupfen zu Hause bleiben. Für Start-ups ist es einerseits erfreulich, wenn Mitarbeiter „krank“ zur Arbeit kommen und ihre Aufgaben erledigen. Andererseits besteht die Gefahr, dass diese „kranken“ Mitarbeiter die anderen Mitarbeiter anstecken und der Ausfall an Arbeitskräften umso höher wird. Unabhängig davon besteht rechtlich die Frage, wie Start-ups mit „kranken“ Mitarbeitern umgehen müssen.

### KRANK IST NICHT GLEICH KRANKHEITSBEDINGT ARBEITSUNFÄHIG

Ein kranker Arbeitnehmer ist nicht immer krankheitsbedingt arbeitsunfähig und bei angezeigter krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit besteht nicht immer eine Krankheit. Es gibt folgende Fälle:

- Arbeitnehmer, die krankheitsbedingt arbeitsunfähig sind und nicht arbeiten. Dies ist der gesetzliche Regelfall im Entgeltfortzahlungsgesetz.
- Kranke Arbeitnehmer (z. B. leichter Schnupfen), die nicht krankheitsbedingt arbeitsunfähig sind und arbeiten.
- Arbeitnehmer, die nicht krank sind und „krank feiern“, dies ist ein Missbrauch und eine grobe Pflichtverletzung.
- Arbeitnehmer, die krankheitsbedingt arbeitsunfähig sind, dem Arbeitgeber eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vor-

legen und vor Ablauf der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung aus ihrer Sicht wieder gesund wären und arbeiten möchten. Geht das?

### GRUNDSATZ

Der Arbeitnehmer ist nicht verpflichtet bzw. es ist ihm unmöglich, bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit seine Arbeitsleistung zu erbringen. Bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit fehlt der Arbeitnehmer damit „entschuldig“. Die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit ist eine Ausnahme vom Grundsatz „kein Lohn ohne Arbeit“. Das Entgeltfortzahlungsgesetz gibt dem kranken Arbeitnehmer einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall für die Dauer von bis zu sechs Wochen (§ 3 EFZG). Umgekehrt ist der Arbeitnehmer verpflichtet, seine Arbeitsleistung zu erbringen, wenn er nicht krankheitsbedingt arbeitsunfähig ist. Nach Beendigung der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit ist der Arbeitnehmer verpflichtet, sich unverzüglich beim Arbeitgeber zurückzumelden und seine Arbeitsleistung anzubieten. Dies kann auch dadurch erfolgen, dass der Arbeitnehmer schlicht seine Arbeit wieder aufnimmt.

### KRANKSCHREIBUNG VS. GESUNDSCHREIBUNG

Nach dem Entgeltfortzahlungsgesetz hat der Arbeitnehmer eine ärztliche Bescheinigung über das Bestehen der Arbeitsunfähigkeit sowie deren voraussichtlichen Dauer spätestens nach 3-tägiger Krankheit dem Arbeitgeber vorzulegen. Im Arbeitsvertrag kann hiervon abgewichen werden und bereits ab dem ersten Krankheitstag eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vom Arbeitnehmer verlangt werden. Nach § 5 Abs. 1 EFZG ist auf der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung auch die voraussichtliche Dauer der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit mit anzugeben. Dabei handelt es sich um eine ärztliche Prognose. Die Arbeitsunfähigkeit kann tatsächlich kürzer oder länger dauern. Die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ist ein Beweis des Arbeitnehmers, dass er krank und arbeitsunfähig ist. Ein krankgeschriebener Arbeitnehmer darf – auch ohne „Gesundschreibung“ – arbeiten. Die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung enthält kein Beschäftigungsverbot und ist eine Prognose zu Beginn der Krankheit. Entgegen der Prognose kann die Genesung des Arbeitnehmers aber auch schneller eintreten. Eine ärztliche Gesundschreibung ist möglich. Aus den arbeitsrechtlichen Vorschriften ergibt sich jedoch keine Pflicht zu einer solchen ärztlichen Gesundschreibung.

### FÜRSORGEPLICHT DES START-UPS ALS ARBEITGEBER

Das Start-up trifft jedoch Fürsorgepflichten. Hat das Start-up Kenntnis von der tatsächlich bestehenden Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers darf er weder unangemessene Arbeitsleistung abfordern noch wissentlich entgegennehmen. Vielmehr muss der Arbeitgeber gemäß einer älteren Entscheidung des Landesarbeitsgerichts (LAG) Hamm aus dem Jahr 1988 den Arbeitnehmer von der Arbeit abhalten. Gegebenenfalls könnte der Arbeitnehmer schriftlich gegenüber dem Arbeitgeber versichern, dass er arbeitsfähig ist. Der Arbeitgeber ist damit nicht berechtigt, Arbeitsleistung eines offensichtlich arbeitsunfähigen Arbeitnehmers anzunehmen. Der Arbeitgeber hat dabei nicht nur seine betrieblichen Interessen und die Interessen des kranken Arbeitnehmers, sondern auch die Interessen der anderen Arbeitnehmer (Ansteckungsgefahr etc.) zu berücksichtigen.

### HAFTUNG / VERSICHERUNGSSCHUTZ

Start-ups können auch hinsichtlich der Frage der Haftung und des Versicherungsschutzes bei der Beschäftigung von kranken Arbeitnehmern beruhigt sein. Für Arbeitnehmer besteht auch dann Versicherungsschutz, wenn die Arbeit trotz bestehender Krankschreibung wieder aufgenommen wird. Dies gilt sowohl für Wegeunfälle als auch für Unfälle an der Arbeitsstätte.

Verstößt der Arbeitgeber jedoch gegen seine Fürsorgepflicht, d. h. lässt er Arbeitnehmer trotz Kenntnis der Arbeitsunfähigkeit arbeiten und geschieht aus diesem Grund (z. B. Schwindel bei starkem Fieber) ein Unfall, kann sich die Haftungsquote von der Versicherung zu Lasten des Arbeitgebers verschieben.



#### Dr. Michaela Felisiak

Rechtsanwältin | LL.M.  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
München



#### Dr. Erik Schmid

Rechtsanwalt | Fachanwalt für Arbeitsrecht  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
München

## Impressum

### BEITEN BURKHARDT

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

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

### REDAKTION (VERANTWORTLICH)

Christian Philipp Kalusa | Rechtsanwalt

© BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH.  
Alle Rechte vorbehalten 2018.

### HINWEISE

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar.

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

### IHRE ANSPRECHPARTNER

#### BERLIN

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

#### DÜSSELDORF

Cecilienallee 7 | 40474 Düsseldorf  
Dr. Anja Krüger | Rechtsanwältin | Mediatorin  
Tel.: +49 211 518989-135 | [Anja.Krueger@bblaw.com](mailto:Anja.Krueger@bblaw.com)

#### FRANKFURT AM MAIN

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

#### HAMBURG

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

#### MÜNCHEN

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