

6

ORRICK   
**LEGALNINJA**  
SERIES

# TECH-UNTERNEHMEN DURCH DIE KRISE FÜHREN

KONTROLLPFLICHTEN | ARBEITSRECHT | IP & PRIVACY |  
VERTRÄGE | UND VIELES MEHR

---

# LEADING TECH COMPANIES THROUGH A DOWNTURN

MONITORING | EMPLOYMENT LAW | IP & PRIVACY |  
CONTRACTS | AND MUCH MORE

  
orrick

VC & TECH BRIEFINGS GERMANY

**Herausgeber:**

Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP,  
Heinrich-Heine-Allee 12, 40213 Düsseldorf, Deutschland,  
Tel.: +49 (0)211/367870, Internet: [www.orrick.de](http://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, 80333 München Deutschland, Tel.: +49 (0)211/367870, E-Mail: [duesseldorf@orrick.com](mailto:duesseldorf@orrick.com)

**Copyright:**

Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP, 2020. Alle Rechte vorbehalten. Das Orrick-Logo und "Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP" sind eingetragene Marken der Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP.

**Version:** Mai 2020

**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.****Published by:**

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

Authorized representatives in Germany responsible for the editorial content according to § 55(3) Interstate Broadcasting and Telemedia Agreement (Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien) are Dr. Oliver Duys and Dr. Christoph Brenner (Managing Partners Germany), Heinrich-Heine-Allee 12, 40213 Düsseldorf and Lenbachplatz 6, 80333 Munich, Germany, Tel.: +49 (0)211/367870, E-Mail: [duesseldorf@orrick.com](mailto:duesseldorf@orrick.com)

**Copyright:**

Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP, 2020. All rights reserved. The Orrick logo and "Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP" are trademarks of Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP.

**Version:** May 2020

**Disclaimer:**

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

**Attorney Advertising.**

ORRICK  
**LEGALNINJA**  
SERIES



# Inhaltsverzeichnis

## Table of Contents

<b>A. Tech-Unternehmen durch die Krise führen.....</b>	<b>8-111</b>
<b>I. Das Monitoring der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens – was Gründer und Beiräte beachten müssen .....</b>	<b>8</b>
1. Pflichten der Geschäftsführer.....	10
2. Haftung der Geschäftsführer.....	22
3. Pflichten der Beiräte.....	32
<b>II. Die Mitarbeitenden des Start-ups – Kosteneinsparung, Flexibilisierung und Anreizsysteme .....</b>	<b>36</b>
1. Personalkosteneinsparungen – Welche Möglichkeiten haben Unternehmen? .....	36
2. Flexible Beschäftigungsmöglichkeiten.....	46
3. Wenn sich das Unternehmen in der Krise von Mitarbeitenden trennen muss.....	52
4. Anreizsysteme für Mitarbeitende .....	58
5. Zurück ins Büro und die “neue Normalität” .....	62
<b>III. IP- und IT-Themen in Krisenzeiten und für die Zeit danach .....</b>	<b>66</b>
1. Wenn IP- und IT-Dienstleister in Krisenzeiten insolvent werden .....	66
2. Vorbereitung für den Tag X – Heute an die Migration von Morgen denken .....	72
3. IP-Schutz in Zeiten des Home-Office.....	74
<b>IV. Der Datenschutz in Krisenzeiten .....</b>	<b>78</b>
1. DSGVO-Compliance in der Krise – Strategien zur effektiven Risikominimierung .....	80
2. Arbeiten im Home-Office – Was müssen Unternehmen in Bezug auf Datenschutz und IT-Sicherheit konkret beachten?.....	82
3. Meldung von Datenpannen.....	86
<b>V. Vertragsverhandlungen und Restrukturierungen.....</b>	<b>88</b>
1. Vertragsmanagement und Neuverhandlung .....	88
2. Die insolvenzrechtliche Restrukturierung als Alternative .....	94
<b>VI. Streitigkeiten in Krisenzeiten .....</b>	<b>96</b>
1. Anpassung und Kündigung von langfristigen Lieferverträgen.....	98
2. Anpassung und Loslösung von Unternehmenskaufverträgen .....	100
3. Achtung: Streitigkeiten mit Insolvenzbezug .....	102
4. Finanzierungsmöglichkeiten zur Durchsetzung von streitigen Forderungen .....	104
<b>VII. Restrukturierung von Darlehen und ihre Steuerfolgen.....</b>	<b>106</b>
1. Stundung und Zinsanpassung .....	106
2. Rangrücktritt .....	108
3. Darlehenserlass .....	108
4. Alternative Maßnahmen .....	110
<b>Glossary of German Legal Terms and Abbreviations used in the English Text .....</b>	<b>111</b>
<b>B. Unsere internationale Plattform für Technologieunternehmen .....</b>	<b>112-115</b>
<b>C. Die Autoren .....</b>	<b>116</b>

<b>A. Leading Tech Companies through a Downturn .....</b>	<b>8-111</b>
<b>I. Monitoring the Financial Situation of the Company – What Founders and Advisory Board Members need to do.....</b>	<b>9</b>
1. Duties of the Managing Directors .....	11
2. Liability of the Managing Directors .....	23
3. Obligations of the Advisory Board .....	33
<b>II. The Start-up's Workforce – Cost Reduction Measures, Adapting Employment and Incentive Schemes.....</b>	<b>37</b>
1. Reducing Personnel Costs – What Options do Start-ups have? .....	37
2. Flexible Hiring and Staffing Options.....	47
3. Termination of Employment in Times of Crisis.....	53
4. Employee Incentive Schemes .....	59
5. Getting Back to the Office and the “New Normal” .....	63
<b>III. IP and IT Matters in Times of Crisis and Beyond .....</b>	<b>67</b>
1. Insolvency of IT and IP Service Providers During a Downturn .....	67
2. Preparing for Day X – Thinking Today About Tomorrow's Migration .....	73
3. Protecting IP in a Remote Working Environment.....	75
<b>IV. Data Privacy in Times of Crisis .....</b>	<b>79</b>
1. GDPR Compliance in the Crisis – Strategies for Effective Risk Mitigation .....	81
2. Remote Working – What do Companies have to Consider with Regard to Data Privacy and IT Security?.....	83
3. Reporting of Data Breaches .....	87
<b>V. Contract Engagement and Restructuring .....</b>	<b>89</b>
1. Contract Management and Renegotiation of Agreements .....	89
2. Available Tools under Insolvency Law to Restructure the Business.....	95
<b>VI. Disputes in Times of Crisis .....</b>	<b>97</b>
1. Adjustment and Termination of Long-Term Supply Contracts .....	99
2. Adjustment and Termination of M&A Contracts .....	101
3. Caution: Disputes Related to Insolvency Law .....	103
4. Funding Options for Litigation .....	105
<b>VII. Restructuring of Loans and its Tax Consequences .....</b>	<b>107</b>
1. Deferral and Adjustment of Interest Rates .....	107
2. Subordination .....	109
3. Loan Waiver .....	109
4. Alternative Structures .....	111
<b>Glossary of German Legal Terms and Abbreviations used in the English Text .....</b>	<b>111</b>
<b>B. Our International Platform for Technology Companies .....</b>	<b>112-115</b>
<b>C. About the Authors .....</b>	<b>116</b>

# ORRICK LEGAL NINJA SERIES



## Die Orrick Legal Ninja Series

Mit unseren auf Technologietransaktionen spezialisierten Teams in allen wichtigen globalen Märkten 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 aufgreifen, 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 internationalen Erfahrungsschatz im Bereich Venture Capital, Corporate 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 Technologieunternehmen und ihre Investoren maßgeschneidert beraten. Wir hoffen, dass OLNS Ihnen dabei hilft, "Ninja Entrepreneurs" zu sein.

Wenn Sie Anregungen haben, nehmen Sie bitte Kontakt mit uns auf, Ihre Erfahrungen interessieren uns sehr. Wir wollen uns kontinuierlich weiterentwickeln, um unsere Mandanten bestmöglich begleiten zu können.

Wir hoffen, dass Ihnen die sechste Ausgabe unserer OLNS gefällt.

---

Im Namen des Orrick-Teams

**Sven Greulich**

*Orrick – Technology Companies Group Deutschland*



**About the Orrick Legal Ninja Series**

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

For this purpose, we have launched the Orrick Legal Ninja Series (OLNS). With this series, we will provide overviews on current legal trends and take deeper dives on certain legal topics particularly relevant for start-ups and their investors. This series will be co-authored by a multidisciplinary team of lawyers from our national and international offices. It is our goal to tap into the rich reservoir of the venture capital, corporate venture capital and technology know-how of our international platform and make it available to the exciting German entrepreneurship and innovation community.

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

If you’d like to discuss further, please contact us. We would love to learn about your experiences with these topics, so please share them with us. We constantly strive to evolve and grow to best serve our clients.

We hope you enjoy this sixth edition of our series.

---

On behalf of the Orrick Team,

**Sven Greulich**

*Orrick – Technology Companies Group Germany*

# A. Tech-Unternehmen durch die Krise führen

Wirtschaftliche Krisen können jedes Unternehmen hart treffen. Besonders stark betroffen sind jedoch Start-ups, wie sich bereits in der Finanzkrise 2008 und 2009 und auch jetzt in Zeiten der Corona-Virus-Pandemie wieder beobachten lässt. Ein sich rapide eintrübendes Investitionsumfeld und Umsatzausfälle werden schnell existenzbedrohend und Jungunternehmer sehen sich zahlreichen Herausforderungen auf einmal ausgesetzt, auf die sie schnell und angemessen reagieren müssen: Welche besonderen Pflichten treffen Geschäftsführer eines Start-ups eigentlich in einer wirtschaftlichen Krise, insbesondere um eine mögliche persönliche Haftung auszuschließen? Was passiert mit den Mitarbeitenden und wie reagiert man auf die wegbrechende Nachfrage, unterbrochen Lieferketten, unbezahlte Rechnungen und drohende Insolvenzszenarien?

Dies sind nur einige der Fragen, mit denen sich Start-ups, Gründer und natürlich auch deren Investoren aktuell sowie in jeder wirtschaftlichen Krise früher oder später auseinandersetzen müssen. Im Anschluss an OLNS#5,<sup>1</sup> der sich speziell mit den Herausforderungen des Fundraisings nach der COVID-19-Pandemie befasst, wollen wir mit dem vorliegenden Guide einen umfassenden Überblick über die Themen geben, die in jeder Krisenzeit, und natürlich vor allem in der aktuellen COVID-19-Pandemie, besonders wichtig für junge Technologieunternehmen sind. Es wird sich noch zeigen müssen, welche langfristigen Schäden die aktuelle Krise hinterlassen wird, aber eins ist klar: Wie bei jeder wirtschaftlichen Krise wird es auch diesmal wieder eine Zeit danach geben, eine Zeit

mit neuen Möglichkeiten. Mit diesem Guide wollen wir daher auch zeigen, wie sich Start-ups und Gründer auf diese Phase nach COVID-19 schon jetzt vorbereiten und damit in ihre Zukunft und einen möglichen Boom nach der Krise investieren können.

In Kapitel I geben wir daher zunächst einen Überblick über die Pflichten und Haftungsrisiken der Gründer-Geschäftsführer und ihrer Beiräte in Krisenzeiten, bevor wir uns in Kapitel II mit den Möglichkeiten der Einsparung von Personalkosten, flexibler Personalstrukturen und geeigneten Mitarbeiteranreizsystemen sowie Regelungen, die bei der Rückkehr ins Büro zu beachten sind, auseinandersetzen. Kapitel III befasst sich sodann mit in Krisenzeiten und für die Zeit danach wichtigen IP- und IT-Themen und Kapitel IV mit aktuellen Themen im Bereich Datenschutz. In Kapitel V geht es um den Bereich Commercial mit für Start-ups relevanten Vertrags- und Restrukturierungsfragen. Kapitel VI zeigt, was im Fall von Rechtsstreitigkeiten in Krisenzeiten und danach zu berücksichtigen ist, bevor Kapitel VII mit der Restrukturierung von Darlehen und den damit einhergehenden Steuerfolgen diesen Guide schließt.

1. Siehe OLNS#5 – *Venture Finanzierungen nach dem Schwarzen Schwan*:  
<https://www.orrick.com/de-DE/Insights/2020/04/Orrick-Legal-Ninja-Series-OLNS-5-Venture-Financings-in-the-Wake-of-the-Black-Swan>



# A. Leading Tech Companies through a Downturn

Downturns can be challenging for any company, but the current Corona virus pandemic shows once more (as the financial crisis did in 2008 and 2009) that the effects of such a crisis on start-ups can be particularly severe. Collapsing investments and loss of sales can quickly become a threat to their existence, and founders must react quickly and effectively to the multiple challenges they are facing such as: What obligations of the start-ups must its managing directors monitor in a downturn? Which personal liability risks are involved? What happens to the employees and how do you deal with a potential loss of workflow, disrupted supply chains, unpaid invoices and the looming threat of insolvency?

These are only some of the questions that start-ups, founders and their investors have to deal with in the current, and in any other economic crisis. Therefore, following OLNS#5<sup>2</sup>, that focuses on the challenges of raising venture financing in the wake of the COVID-19 pandemic, this Guide gives a comprehensive overview of some of the most important topics that start-ups and founders may need to deal with during a downturn and, of course, especially in the current COVID-19 pandemic. It remains to be seen what damage this crisis will actually leave behind, but one thing is clear: as with every economic crisis, once we are through this, there will be a new era with new opportunities. With this Guide, we therefore want to demonstrate how start-ups and founders can get prepared for after the crisis and thus invest in their future and what hopefully should be a v-shaped recovery.

In Chapter I, we will first give an overview of the obligations and liability risks of founder-managing directors and members of the advisory board, which they have to consider in times of economic crises, before we outline in Chapter II the possibilities for employee cost savings options, increased workforce flexibility and amended employee incentive systems and rules that should be followed when employees return to their offices. Chapter III then deals with IP and IT related matters in times of crisis and for the time thereafter, and Chapter IV discusses data protection requirements. Chapter V focuses on the commercial sector and contractual and restructuring issues. Chapter VI presents what needs to be considered with regards to effective dispute resolution in times of crisis and afterwards, and finally Chapter VII sets out an overview of how to restructure loans and the associated tax consequences.

2. See OLNS#5 - *Venture Financings in the Wake of the Black Swan*: <https://www.orrick.com/en/Insights/2020/04/Orrick-Legal-Ninja-Series-OLNS-5-Venture-Financings-in-the-Wake-of-the-Black-Swan>



# I. Das Monitoring der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens – was Gründer und Beiräte beachten müssen

## 1. PFLICHTEN DER GESCHÄFTSFÜHRER

Die zentralen Figuren einer deutschen Gesellschaft mit beschränkter Haftung ("GmbH" oder "UG") und damit in der Regel auch jeden Start-ups sind die jeweiligen Geschäftsführer (in aller Regel also die Gründer).

Denn die Geschäftsführer sind für die operative Leitung der Gesellschaft verantwortlich und vertreten diese. Dabei können sie alle Handlungen vornehmen, die zur Verfolgung des Gesellschaftszwecks erforderlich sind, d.h. alle tatsächlichen und rechtlichen Handlungen, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes mit sich bringt. Gleichzeitig sind Geschäftsführer gesetzlich verpflichtet, umfassende Pflichten und Obliegenheiten zu erfüllen.

Solche Pflichten und Obliegenheiten ergeben sich insbesondere aus dem deutschen Gesellschaftsrecht, d.h. dem Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) und seiner Auslegung durch deutsche Gerichte. Grundsätzlich wird von einem Geschäftsführer erwartet, dass er "mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns" handelt. Dies bedeutet, dass sich Geschäftsführer in erster Linie darauf konzentrieren müssen, die Interessen des Unternehmens zu wahren und Schaden von diesem abzuwenden. Das setzt wiederum voraus, dass der Geschäftsführer stets ein genaues Bild von der (wirtschaftlichen) Situation des Unternehmens hat und über alle relevanten Umstände informiert ist. Dabei gilt: Je komplexer und wichtiger eine Aufgabe ist, desto mehr Informationen und Details muss der Geschäftsführer sich verschaffen.

Bei der Beurteilung der Risiken und Chancen z.B. eines Vertrages, einer Transaktion oder einer anderen geschäftlichen Maßnahme, haben Geschäftsführer jedoch einen Ermessensspielraum

(sog. "business judgment rule"). Das bedeutet, dass eine Entscheidung, die der Geschäftsführer im Rahmen seines Ermessensspielraums getroffen hat, grundsätzlich nicht gerichtlich im Nachhinein angegriffen werden kann. Zu beachten ist, dass dem Geschäftsführer kein Ermessensspielraum bei gebundenen Entscheidungen zusteht (z.B. Beachtung von Recht und Gesetz).



In Zeiten, in denen das Unternehmen auf eine Krise zusteuert oder bereits in einer solchen steckt, gelten strengere Maßstäbe. Denn dann müssen sich Geschäftsführer einer ganzen Reihe (zusätzlicher) Pflichten bewusst sein, die ihnen durch das deutsche Insolvenzrecht auferlegt werden. Das gilt insbesondere für die Pflicht der Geschäftsführer stets über die aktuelle (wirtschaftliche) Situation des Unternehmens informiert zu sein und hierfür auch entsprechende Informationen und/oder fachkundigen Rat einzuholen. Verstoßen Geschäftsführer gegen solche besonderen Pflichten und Obliegenheiten, können sie nicht nur persönlich haftbar gemacht werden, sondern im schlimmsten Fall sogar strafrechtlich belangt werden (siehe dazu weiter unten).

### 1.1 Verpflichtung zur Etablierung eines professionellen Krisenmanagements

Nach der Rechtsprechung müssen Geschäftsführer in Zeiten wirtschaftlicher Krisen in der Lage sein, mögliche Insolvenzrisiken für das Unternehmen zu erkennen. Dies gilt insbesondere dann, wenn sich das Unternehmen bereits in einem fortgeschrittenen Stadium einer Finanz- und/oder Liquiditätskrise befindet. In einer solchen Situation tritt die Verpflichtung der Geschäftsführer, das Unternehmen zu restrukturieren und zu sanieren, an die Stelle ihrer allgemeinen Pflicht,

# I. Monitoring the Financial Situation of the Company – What Founders and Advisory Board Members need to do

## 1. DUTIES OF THE MANAGING DIRECTORS

Naturally, the members of the management board (*Geschäftsführung*, hereinafter generally referred to as “managing director(s)”) of a German limited liability company *Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, “GmbH” or its ‘light’ version, the so-called “UG (*haftungsbeschränkt*)”) play a key role in every start-up. In most start-ups, the founders are appointed as managing directors.

As a general rule, managing directors are responsible for the management and representation of the company. Their executive powers include all powers necessary for the pursuit of the company’s purpose, *i.e.*, all actual and legal acts required for the ordinary operation of the business of the company. The managing directors are also legally required to comply with a substantial number of duties and obligations.

Such duties and obligations stem, in particular, from German corporate law, *i.e.*, the German Act on Limited Liability Companies (“GmbHG”) and its interpretation by German courts. As basic rule, a managing director is expected to act with the care of a prudent businessman. This means that managing directors, in general, must be focused on protecting the interests of the company and preventing any damage to it. In order to comply with this requirement, the managing director must always have a clear picture of the (economic) situation of the company and must be informed about all relevant circumstances. The more complex and important a task is, the more information and details the managing director must have at her<sup>3</sup> disposal.

However, managing directors are granted discretionary power in assessing the risks and rewards of a contract, transaction or other matter (so-called “business judgment rule”). And if the managing director acts within the scope of her

discretionary power, that respective decision may not be challenged by a court. Please note that discretionary powers do not exist with respect to decisions that have no discretion attached to them (*e.g.*, compliance with laws).



However, caution must be exercised in times when the company is facing or already experiencing a crisis and managing directors must be aware of (additional) duties and obligations imposed on them by German insolvency law, in particular, the responsibility to obtain appropriate information and/or advice in relation to the company’s economic situation. If managing directors are in breach of such special duties and obligations, they are likely to be subject to personal liability and potentially even to criminal sanctions by German authorities (see below).

### 1.1 Obligation to Establish a Crisis Management Plan

According to case law, managing directors must always have a full picture of the economic situation of the company in order to be able to identify any risks of insolvency during times of crisis. This is particularly true if the company is in extreme crisis (financial and/or liquidity crisis). In such situations, the managing directors’ obligation to restructure and reorganize the company supersedes their general duty to make profits for the company. The crisis management plan must involve, *inter alia*, a detailed analysis of the economic situation of the company within its market segment, a detailed analysis of the causes of the crisis and the preparation of an integrated restructuring plan.

3. Throughout this publication we use the female form for sake of simplicity; any reference to the female gender shall include all genders.

Gewinne für das Unternehmen zu erwirtschaften. Erforderlich wird dann vor allem ein professionelles Krisenmanagement, das eine detaillierte Analyse der wirtschaftlichen Situation des Unternehmens innerhalb seines Branchenumfelds und der Ursachen für die Krise sowie die Vorbereitung eines integrierten Sanierungsplans erforderlich macht.

**I'm willing to bet none of you had a "global pandemic" section in your 2020 financial planning sheet.**

*(Feliks Eysler, Gründer RegioHelden)*

Darüber hinaus sind die Geschäftsführer verpflichtet, das Risikomanagement des Unternehmens laufend zu überwachen und zu prüfen, ob das Unternehmen noch in der Lage ist, seinen Zahlungsverpflichtungen nachzukommen. Die Geschäftsführer müssen auch nachweisen können, dass ihnen die wirtschaftliche Entwicklung des Unternehmens zu jeder Zeit bekannt war, wofür sie den Finanzstatus des Unternehmens und die Finanzplanung auf Grundlage plausibler Annahmen erstellen und dokumentieren müssen.

#### **SANIERUNGSGUTACHTEN NACH DEM DEUTSCHEN IDW S6-STANDARD**



In der Praxis ist es üblich, dass die Geschäftsführer Sanierungsexperten zur Erstellung eines dem deutschen IDW S6-Standard entsprechenden Sanierungsgutachtens beauftragen. Der IDW S6-Standard ist ein vom Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland herausgegebener Sanierungsstandard, der bei der Erstellung von Sanierungsgutachten und -konzepten am häufigsten angewandt wird. Ziel des IDW S6-Standards ist es, die gesetzlichen Anforderungen des Bundesgerichtshofs (BGH) an ein Gutachten im Zusammenhang mit der Kreditvergabe in der Krise umfassend umzusetzen. Sanierungsgutachten geben einen Überblick über die Hintergründe der geschäftskritischen Situation, analysieren die Liquiditätsplanung und schließen mit einer Einschätzung hinsichtlich einer positiven oder negativen Prognose für die Fortführung des Unternehmens ab. Sie sind unabdingbar, um eine Anfechtbarkeit der in der Krise für den Sanierungskredit gewährten Sicherheiten zu vermeiden und eine Haftung des Kreditgebers wegen (Beihilfe zur) Insolvenzsverschleppung auszuschließen.

Bei Start-ups sind Sanierungsgutachten eine Seltenheit. Häufig können die engagierten Wirtschaftsprüfer eine positive Fortführung des Unternehmens nicht bescheinigen – dafür fehlt es schlichtweg schon an bestehenden Umsätzen innerhalb des Prognosezeitraums. Darüber hinaus besteht für ein Sanierungsgutachten häufig kein Bedürfnis, da Start-ups in der Regel durch Eigenkapital finanziert werden und keine Sicherheiten bestellt werden. Bei Late-Stage Start-ups kann sich jedoch durchaus eine Notwendigkeit im Einzelfall ergeben.

## **1.2 Pflicht zur Stellung eines Antrags auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens**

Wie wir gesehen haben, sind die Geschäftsführer in Krisenzeiten verpflichtet, stets zu prüfen, ob ein Grund zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft besteht.

In Zeiten eines wirtschaftlichen Abschwungs ist dieser Aspekt von entscheidender Bedeutung, da die Geschäftsführer gemäß § 15a Insolvenzordnung (InsO) verpflichtet sind, unverzüglich einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens beim zuständigen Insolvenzgericht zu stellen, wenn die Gesellschaft zahlungsunfähig oder überschuldet ist. Das deutsche Insolvenzrecht sieht eine Antragsfrist von bis zu drei Wochen vor. Diese Frist darf jedoch nur ausgeschöpft werden, wenn Maßnahmen zur Beseitigung der Eröffnungsgründe getroffen worden sind oder getroffen werden, die mit hinreichender Wahrscheinlichkeit innerhalb der Drei-Wochen-Frist Erfolg haben werden.

### **Die insolvenzrechtlichen Eröffnungsgründe im Überblick:**

Die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens setzt voraus, dass einer der folgenden drei Gründe vorliegt:

- Zahlungsunfähigkeit;
- drohende Zahlungsunfähigkeit; oder
- Überschuldung.

In Fällen von Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung sind die Geschäftsführer gesetzlich verpflichtet, die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft zu beantragen, während im Falle drohender Zahlungsunfähigkeit die Geschäftsführer lediglich ein Recht, nicht aber eine gesetzliche Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags haben. Im Folgenden geben wir einen kurzen Überblick, was sich hinter den einzelnen Antragsgründen verbirgt.

### **Zahlungsunfähigkeit:**

Nach § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO ist eine Gesellschaft zahlungsunfähig, wenn sie nicht in der Lage ist, ihren Zahlungsverpflichtungen bei Fälligkeit nachzukommen. Zahlungsunfähigkeit bedeutet also die Unfähigkeit der Gesellschaft, ihre fälligen

I'm willing to bet none of you had a "global pandemic" section in your 2020 financial planning sheet.

(Feliks Eyser, Gründer RegioHelden)

In addition, managing directors are obliged to constantly monitor the company's risk management and to verify the company's ability to meet its payment obligations. They are also required to prove that they were aware of the economic development of their company at all times, *i.e.*, they have to prepare and document the company's financial status and financial planning on the basis of plausible assumptions and to reasonably document such analysis and their assessment.

#### RESTRUCTURING REPORTS IN ACCORDANCE WITH THE GERMAN IDW S6 STANDARD



In practice, it is common for managing directors to use restructuring experts to provide them with a restructuring report that is in line with the German IDW S6 Standard. The IDW S6 Standard is a restructuring standard issued by the Institute of Public Auditors in Germany which is most frequently applied to the creation of restructuring opinions and concepts. The IDW S6 Standard aims to fully comply with the legal requirements as laid down by the German Federal Court of Justice (*Bundesgerichtshof* – "BGH") for opinions required for the provision of loans during the crisis. Restructuring reports provide an overview of the background of the business-critical situation, analyze the liquidity planning and gives a positive or negative forecast for the continuation of the business of the company. The reports are required to prevent the avoidance of security provided in connection with the restructuring loan and also prevent liability of the creditor due to delayed filing of insolvency.

Restructuring reports with respect to start-ups are uncommon. In most cases the retained auditors cannot confirm a going concern of the company – simply because the company is lacking the turnover during the prognosis period. In addition, there is no necessity to prepare a restructuring opinion because start-ups are generally financed by equity and no collateral is provided in connection therewith. As for late-stage start-ups, restructuring opinions might become necessary depending on the individual case.

## 1.2 Obligation to File an Application for Opening of Insolvency Proceedings

As we have seen, during times of crisis, managing directors are obliged to constantly assess whether there are any grounds to apply for the opening of insolvency proceedings regarding the assets of the company.

During an economic downturn this aspect is of crucial importance, since pursuant to sec. 15a of the German Insolvency Statute (*Insolvenzordnung*, "InsO"), managing directors of a company that is illiquid or overindebted are obliged to immediately file an application for the opening of insolvency proceedings with the competent insolvency court without undue delay. German insolvency law provides for a filing deadline amounting to up to three weeks. However, this period may only be exhausted if measures have been taken or are taken to eliminate the grounds for the reason to open insolvency proceedings, which are sufficiently likely to be successful within the three-week period.

### Overview on Reasons to Open Insolvency Proceedings:

The opening of insolvency proceedings shall require the existence of one of the following three reasons:

- illiquidity (*Zahlungsunfähigkeit*);
- threatening/imminent illiquidity (*drohende Zahlungsunfähigkeit*); or
- over-indebtedness (*Überschuldung*).

In cases of illiquidity and over-indebtedness, managing directors are obliged to file for the opening of insolvency proceedings over the assets of the company under mandatory law, whereas in the event of threatening/imminent illiquidity, the managing directors are not legally required but are entitled to file for insolvency. In the following section, we will briefly examine each of these three reasons.

### Illiquidity (*Zahlungsunfähigkeit*):

According to sec. 17 para. (2) sentence InsO, a company is illiquid (*zahlungsunfähig*) if it is unable to meet its payment obligations when due. Illiquidity thus means the company's inability to fulfill its payment obligations when they fall due because of a lack of available liquid assets.

Zahlungsverpflichtungen aufgrund fehlender liquider Mittel zu erfüllen.

Die Zahlungsunfähigkeit ist jedoch zu unterscheiden von einer bloßen Zahlungsstockung, d.h. der vorübergehenden Unfähigkeit der Gesellschaft, ihren Zahlungsverpflichtungen bei Fälligkeit vollständig nachkommen zu können. Denn wenn die Gesellschaft nur eine Zahlungsstockung erleidet, ist sie nicht verpflichtet, die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zu beantragen. Nach ständiger Rechtsprechung gilt eine Gesellschaft grundsätzlich als zahlungsunfähig, wenn sie nicht mehr über genügend liquide Mittel verfügt, um mindestens 90% ihrer gesamten fälligen Zahlungsverpflichtungen zu begleichen.

Wenn z.B. Zahlungen in Höhe von EUR 200.000 fällig sind und davon nur EUR 175.000 bezahlt werden können, gilt die Gesellschaft grundsätzlich als zahlungsunfähig.

Aber auch wenn das Unternehmen nicht in der Lage ist, mindestens 90% seiner fälligen Zahlungsverpflichtungen im Moment zu begleichen, könnte es dennoch weiterhin als liquide gelten. Dies ist dann der Fall, wenn das Unternehmen nachweisen kann, innerhalb der nächsten drei Wochen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit die Liquiditätslücke unter Berücksichtigung der Zahlungen, die das Unternehmen erhalten wird, und auch unter Berücksichtigung der in diesem Zeitraum fällig werdenden Verpflichtungen auf weniger als 10% zu schließen.

Es ist zu beachten, dass es sich bei dem oben Gesagten nur um eine Faustregel handelt und der BGH anerkannt hat, dass besondere Umstände auch in Fällen, in denen das Unternehmen bereits nach dem Vorstehenden als zahlungsunfähig einzustufen war, zu einer abweichenden Beurteilung führen können. Dies gilt etwa dann, wenn mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die Liquiditätslücke bald vollständig oder nahezu vollständig geschlossen wird. Dann kann der Gesellschaft auch eine Frist von drei bis höchstens sechs Monaten zugestanden werden, um genügend liquide Mittel zur Begleichung von mindestens 90% ihrer gesamten fälligen Zahlungsverpflichtungen zu

beschaffen. Das Risiko der Richtigkeit der Prognose trägt vollständig der Geschäftsführer.

### **Überschuldung:**

Kurz gesagt gilt ein Unternehmen als überschuldet, wenn die Vermögenswerte des Unternehmens seine bestehenden Gesamtverbindlichkeiten nicht mehr decken (§ 19 Abs. 2 InsO). Um festzustellen, ob ein Unternehmen überschuldet ist, wird ein zweistufiger Test durchgeführt:

- Auf der ersten Stufe wird festgestellt, ob die Gesamtverbindlichkeiten (einschließlich Rückstellungen) des Unternehmens die Gesamtaktiva (einschließlich stiller Reserven, die berücksichtigt werden können) übersteigen. Hierfür ist die Bilanz der Gesellschaft nach besonderen Regeln des Insolvenzrechts zu erstellen (Überschuldungsstatus).
- Auf der zweiten Stufe ist durch eine sog. Fortführungsprognose zu beurteilen, wie die Chancen der Gesellschaft stehen, den Geschäftsbetrieb fortführen zu können. Sofern die Wahrscheinlichkeit mit weniger als 50% eingeschätzt wird, ist das Unternehmen (rechtlich) überschuldet. Es gibt zwar keine festen Regeln für den Zeitraum, für den eine solche Prognose aufgestellt werden muss, aus praktischer Sicht sollte die Prognose jedoch mindestens den Zeitraum bis zum Ende des folgenden Geschäftsjahres umfassen. Gegenstand der Prognose ist dabei immer die Fähigkeit des Unternehmens, mindestens 90% seiner fälligen Verbindlichkeiten während dieses Zeitraums bedienen zu können (d.h. das Unternehmen wird während des Zeithorizonts der Prognose nicht zahlungsunfähig werden).

Beide Voraussetzungen sind von gleicher Bedeutung und müssen kumulativ erfüllt sein, damit eine Überschuldung des Unternehmens im Sinne von § 19 Abs. 2 InsO vorliegt und eine Insolvenzantragspflicht besteht. Ist lediglich eine Voraussetzung erfüllt, ist das Unternehmen nicht überschuldet.

Bei Start-ups spielt der Insolvenzgrund der Überschuldung regelmäßig keine herausragende Rolle. Der Grund hierfür liegt darin, dass die Finanzierung von Start-ups in der Regel weniger über Venture Debt oder über die Aufnahme von

However, illiquidity has, to be distinguished from a mere payment delay (*Zahlungsstockung*) which is the company's temporary inability to pay its liabilities in full when due. If the company only suffers a payment delay, it is not considered to be under the obligation to file for the opening of insolvency proceedings. According to settled case law, a company is generally deemed illiquid if it does not have enough liquid assets available to settle at least 90% of its total due payment obligations.

If, for example, payments in the amount of EUR 200,000 are due and only EUR 175,000 thereof can be paid, the company is generally regarded as illiquid.

Even if the company is unable to settle at least 90% of its due payment obligations on a specific day, there are scenarios when it will still not be considered as illiquid. This is the case if, within the next three weeks from such moment, the company is able to demonstrate with a sufficient degree of certainty that the liquidity gap will be closed to less than 10%, taking into account the payments the company will receive and also considering the obligations that will become due for payment during that time.

Please note that the above is a general rule of thumb. The BGH has recognized that there are also certain exceptions and special circumstances that may apply, even though the company has already been determined as illiquid. This is the case if it can be expected with a very high degree of certainty that the liquidity gap will soon be completely or almost completely closed. In such an exceptional event, the company may be granted a three-to-six months period at the most in order to provide sufficient liquid assets to settle at least 90% of its total due payment obligations. The accuracy of such prognosis is the sole risk of the managing director.

### **Over-indebtedness (*Überschuldung*):**

In short, a company will be considered as overindebted if the company's assets no longer cover its existing total liabilities (sec. 19 para. (2) InsO). To determine whether a company is overindebted, a two-stage test is applied:

- In the first stage, one determines if the company's total liabilities (including accruals) exceed its total assets (including hidden reserves (*stille Reserven*), which can be taken into account). To determine if the assets of a company do not cover the existing liabilities, the balance sheet of the company has to be drawn up in accordance with special rules of insolvency law (over-indebtedness status).
- In the second stage, the chances of the company to continue its business operations are to be assessed by way of a forecast of its continued existence (*Fortbestehensprognose*). In this context, an assessment is made on whether there is less than a 50% chance of the business of the company continuing. If there is indeed less than a 50% chance, the company is (legally) overindebted. There are no strict rules with respect to the period to be covered by such forecast. From a practical perspective however, the forecast should at least cover the period until the end of the following fiscal year. The forecast always relates to the ability of the company to be able to pay at least 90% of its due debts during the period (*i.e.*, the company will not become illiquid during the timeline of the forecast).

Both stages are of equal importance and have to be cumulatively fulfilled to result in an over-indebtedness of the company within the meaning of sec. 19 para. (2) InsO, *i.e.*, the outcome of both tests has to be negative to trigger the obligation to file for insolvency. In the event that only one of the requirements is satisfied, the company is not considered to be over-indebted.

In most cases, over-indebtedness is not the main reason why start-ups file for insolvency. The reason for this is that start-ups are usually financed less by venture debt or by taking up liabilities with banks, but rather by equity or convertible loans containing a subordination clause, which are not taken into account in the over-indebtedness status on the liabilities side (to note, this is also the main reason to include a subordination clause in convertible loan instruments). In the event there are signs that that the company is overindebted (*e.g.*, the balance sheet indicates a negative equity), the managing director has to draw up an over-indebtedness status.

Verbindlichkeiten bei Kreditinstituten erfolgt, sondern vielmehr über Eigenkapital oder Wandeldarlehen mit Rangrücktrittsvereinbarung, die nicht im Überschuldungsstatus auf der Passivseite zu berücksichtigen sind (das ist auch der Hauptgrund für einen Rangrücktritt in Wandeldarlehensverträgen). Bestehen jedoch konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die Gesellschaft überschuldet ist (z.B. die Bilanz weist ein negatives Eigenkapital aus), muss der Geschäftsführer einen Überschuldungsstatus aufstellen.

#### **COVID-19 UND DIE INSOLVENZ-ANTRAGSPFLICHT**



Wie wir gesehen haben, muss ein Geschäftsführer normalerweise innerhalb von drei Wochen ab dem Zeitpunkt, an dem das Unternehmen überschuldet oder zahlungsunfähig ist, einen Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahren stellen. Dies würde in Zeiten der COVID-19-Pandemie allerdings zu ggf. volkswirtschaftlich unerwünschten Ergebnissen führen. Denn selbst wenn verschiedene staatliche Hilfsprogramme den Unternehmen in der gegenwärtigen Krise zur Verfügung gestellt werden, wären diese vielfach nicht innerhalb von nur drei Wochen verfügbar. Mit anderen Worten, obwohl der Gesetzgeber die kriselnden Unternehmen an sich retten will, würde das Insolvenzrecht diese in das Insolvenzverfahren treiben, noch bevor die Hilfe greifen würde. Um diesen Konflikt aufzulösen, hat der deutsche Gesetzgeber die Insolvenzantragspflicht unter bestimmten Voraussetzungen bis zum 30. September 2020 ausgesetzt.

Die Pflicht wird unter zwei Voraussetzungen ausgesetzt:

- erstens muss die Illiquidität aus der COVID-19-Krise resultieren; und
- zweitens muss die Aussicht bestehen, die bestehende Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen.

Beide Prämissen werden jedoch unterstellt, wenn das Unternehmen am 31. Dezember 2019 nicht illiquide war. Daher ist es ratsam, die Zahlungsfähigkeit des Unternehmens an diesem Datum ordnungsgemäß zu dokumentieren.

Die Vermutung ist zwar widerleglich, jedoch wird dies nur in den Fällen gelingen, in denen ohne Zweifel feststeht, dass die COVID-19-Krise nicht ursächlich für die Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung war und dass die Beseitigung einer eingetretenen Insolvenzreife nicht gelingen konnte. Die besonderen Umstände von Start-ups, insbesondere solchen, die nicht bis zum 30. September 2020 "durchfinanziert" waren, könnten jedoch entsprechende Zweifel nähren. In diesem Fall besteht bereits keine Gewähr dafür, dass sie ohne die COVID-19-Krise eine Zahlungsunfähigkeit hätten vermeiden können. Diesen Zweifeln könnte man jedoch entgegenzutreten, wenn man nachweist, dass bereits vor der Krise ein Interesse der (bestehenden oder neuen) Investoren bestand, die Gesellschaft weiter zu unterstützen.

### **1.3 Verpflichtung zur Einrichtung eines permanenten Liquiditätsmanagementsystems**

Um beurteilen zu können, ob das Unternehmen zahlungsunfähig oder überschuldet ist oder wird, muss die Geschäftsführung ein Liquiditätsmanagementsystem einführen (sofern nicht bereits vorhanden), das es ihr ermöglicht, fortlaufend zu beurteilen, ob das Unternehmen zahlungsunfähig ist oder in naher Zukunft zu werden droht. Denn ohne ein solches Liquiditätsmanagementsystem können die Geschäftsführer schlichtweg nicht beurteilen, ob es eine Situation gibt oder geben wird, in der sie einen Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens stellen müssen. Umfang und Detaillierungsgrad der erforderlichen Dokumentation hängen dabei von dem konkreten Unternehmen ab, z.B. von seiner Komplexität, seinem Entwicklungsstadium und dem Ausmaß seiner wirtschaftlichen Krise.

#### **Überwachung und Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit:**

In jedem Fall muss das Unternehmen in der Lage sein, einen Finanzstatus zu erstellen. Der Finanzstatus vergleicht zu einem bestimmten Zeitpunkt (i) die vorhandenen liquiden Mittel des Unternehmens (hauptsächlich Bargeld und -mittel, die im Rahmen sofort verfügbarer Kreditlinien abgehoben werden können) und (ii) die fälligen Verbindlichkeiten. Für die Zwecke einer solchen Berechnung müssen alle Zahlungsverpflichtungen berücksichtigt werden und nicht nur diejenigen, die der jeweilige Gläubiger tatsächlich durch Mahnung eingefordert oder sogar schon gerichtlich geltend gemacht hat. Die Fälligkeit der Zahlungsverpflichtungen kann aufgrund einer anwendbaren gesetzlichen Bestimmung, aufgrund einer Vereinbarung mit dem Gläubiger oder aufgrund einer einseitigen Erklärung einer Partei (z.B. durch Kündigung eines Darlehensvertrages, die eine sofortige Fälligkeit bewirkt) eintreten. Hat der Gläubiger hingegen einer Zahlungsstundung zugestimmt, muss der fragliche Betrag bei der oben genannten Berechnung nicht berücksichtigt werden. Für den Fall, dass die vorhandenen liquiden Mittel alle fälligen Zahlungsverpflichtungen abdecken, ist die Gesellschaft nicht zahlungsunfähig.



## COVID-19 AND THE DUTY TO FILE FOR INSOLVENCY PROCEEDINGS



As we've seen, in ordinary times, a managing director has to file for opening of insolvency proceedings within three weeks from the point of time the company is overindebted or illiquid. However, in the current COVID-19 crisis, this would be a problem. The German Government has made numerous public rescue programs available to businesses that are suffering because of the crisis. However, in many cases, such governmental support will not be available within three weeks, *i.e.*, under German insolvency law companies would be required to file for insolvency despite the fact that the German Government is committed to support them. To avoid this dilemma, the German legislator has suspended the obligation to file for insolvency until 30 September 2020.

The duty is suspended if the following two conditions are fulfilled:

- first, the illiquidity must result from the COVID-19 crisis; and
- second, there must be a prospect of coming out of illiquidity.

However, there is a presumption that both conditions are met if the company was not illiquid on 31 December 2019. Therefore, it is advisable to properly document the company's solvency on that date.

Although the presumptions are rebuttable, the presumptions will only be rebutted in cases where there can be no doubt that the COVID-19 crisis was not the cause of the illiquidity or overindebtedness and that an insolvency was inevitable. The special situation of start-ups, in particular companies that are not "fully financed" until September 30, 2020, could fuel such doubts. In these cases there is the argument that even without the COVID-19 crisis there was no certainty that the company could have avoided illiquidity. However, you could counter such argument in the event one could prove that prior to the crisis there was the possibility of investors (existing or new) to further invest in the company.

## Monitoring and Assessment of Illiquidity:

In any case, the company must be able to prepare a so-called financial status (*Finanzstatus*). The financial status compares on a specific date (i) the existing liquid funds of the company (mainly cash and funds that can be drawn down immediately) and (ii) the payment obligations which are due. For the purposes of such calculation, all payment obligations must be taken into account and not only those which the respective creditor has actually demanded by payment reminder or even by pursuing action in court. Maturity of the payment obligations can occur due to: applicable statutory provision; an agreement with the creditor; or unilateral party declaration (e.g., by termination of a loan agreement which results in immediate maturity, with regard to loan issues in times of crisis). By contrast, if the creditor has agreed to a payment moratorium or a deferral of payment (*Stundung*), the amount at issue does not have to be taken into account in the above-mentioned calculation. In the event that the existing liquid funds cover all due payment obligations, the company is not illiquid.

## 1.3 Obligation to Establish a Permanent Liquidity Management System

In order to monitor whether the company will become or already is illiquid or overindebted, the managing directors must implement a liquidity management system (if they have not already). Without such a liquidity management system, managing directors cannot really assess whether there is or will be a situation in which they will be legally obliged to file an application for the opening of insolvency proceedings. The scope and level of detail of the required documentation, in principle, depends on the specific circumstances of the company, e.g., its complexity, stage of development or the extent of its financial problems.



In der Unternehmenskrise ist die Gesellschaft in der Regel verpflichtet, mindestens wöchentlich einen Finanzstatus zu erstellen.

Wenn der erstellte Finanzstatus des Unternehmens darauf hinweist, dass eine Lücke zwischen den vorhandenen liquiden Mitteln und den fälligen Zahlungsverpflichtungen besteht, muss das Unternehmen einen Finanzplan für die nächsten drei Wochen erstellen. Der Finanzplan muss alle (voraussichtlichen) Zahlungseingänge und Zahlungsausgänge während der nächsten drei Wochen detailliert aufführen. Die Ergebnisse eines solchen Finanzplans können dann zu diesen möglichen drei Szenarien führen:

- **Die Liquiditätslücke wird innerhalb des Drei-Wochen-Zeitraums geschlossen:** Wenn aus dem Finanzplan hervorgeht, dass die Lücke innerhalb der nächsten drei Wochen vollständig geschlossen wird, ist das Unternehmen nicht zahlungsunfähig.
- **Die Liquiditätslücke wird nicht innerhalb des Drei-Wochen-Zeitraums geschlossen und beträgt mehr als 10 Prozent:** Wenn aus dem Finanzplan hervorgeht, dass die Lücke innerhalb der nächsten drei Wochen nicht vollständig geschlossen wird und mehr als 10% beträgt, ist das Unternehmen zahlungsunfähig und die Geschäftsführer müssen unverzüglich einen Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens stellen.
- **Die Liquiditätslücke wird nicht innerhalb der Drei-Wochen-Frist geschlossen, beträgt aber weniger als 10 Prozent:** Wenn aus dem Finanzplan hervorgeht, dass die Lücke innerhalb der nächsten drei Wochen nicht vollständig geschlossen wird, aber weniger als 10% beträgt, ist das Unternehmen grundsätzlich nicht zahlungsunfähig. In diesem Fall muss das Unternehmen jedoch so schnell wie möglich einen Finanzplan für die folgenden 13 Wochen erstellen. Wenn ein solcher erweiterter Finanzplan darauf hinweist, dass die Lücke nicht vollständig geschlossen werden kann, gilt das Unternehmen als zahlungsunfähig und die Geschäftsführer müssen unverzüglich die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens beantragen.

Darüber hinaus wird Zahlungsunfähigkeit in der Regel angenommen, wenn die Gesellschaft die Zahlung ihrer fälligen Zahlungsverpflichtungen einstellt (§ 17 Abs. 2 Satz 2 InsO). Eine Zahlungseinstellung kann sowohl aus der Aussetzung einer einzelnen fälligen Zahlungsverpflichtung als auch aus dem Gesamtbild mit mehreren Hinweisen abgeleitet werden. Zum Beispiel deuten die eigenen Erklärungen des Schuldners, dass er nicht in der Lage sein wird, seinen fälligen Zahlungsverpflichtungen nachzukommen, auf eine Zahlungseinstellung hin, auch wenn sie mit einem Antrag auf Zahlungsaufschub einhergehen. Eine Zahlungseinstellung gilt jedoch nur dann als erfolgt, wenn der Schuldner den wesentlichen Teil seiner fälligen Zahlungsverpflichtungen nicht erfüllt hat.

#### **Überwachung der Überschuldung:**

Die Überschuldung des Unternehmens hängt hauptsächlich von der Prognose ab, ob das Unternehmen im laufenden und nächsten Geschäftsjahr zahlungsunfähig wird (siehe die zweite Stufe der oben beschriebenen Prüfung). Ist dies nach dem kurzfristigen Finanzplan (drei Wochen), dem mittelfristigen (13 Wochen) und langfristigen (bis zum Ende des nächsten Jahres) nicht der Fall, liegt keine Überschuldung des Unternehmens vor. Selbstverständlich gelten für die Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit die gleichen Grundsätze und Standards wie zuvor beschrieben.

Wenn sich herausstellt, dass das Unternehmen in Zukunft zahlungsunfähig werden dürfte, müssen die Geschäftsführer den Test auf der ersten Stufe der Überschuldungsprüfung vornehmen: Das Unternehmen muss einen Überschuldungsstatus erstellen. Der Überschuldungsstatus vergleicht zu einem bestimmten Zeitpunkt (i) den Wert aller vorhandenen Vermögenswerte des Unternehmens und (ii) den Gesamtbetrag der Verbindlichkeiten des Unternehmens. Alle Vermögenswerte müssen zu ihrem Liquidationswert bewertet werden (d.h. zum Marktwert jedes Vermögenswertes, wenn er separat verkauft werden würde). Teil der Vermögenswerte sind auch Forderungen und Ansprüche (z.B. gegen Gesellschafter im Rahmen einer Patronatserklärung oder ähnlicher



In times where a financial crisis appears to be likely, the company is usually required to prepare a financial status report of the company at least once a week.

If the financial status report of the company indicates that there is a gap between the existing liquid funds and the payment obligations which are due, the company has to prepare a so-called 'financial plan' (*Finanzplan*) for the next three weeks. The financial plan has to detail any incoming payments and any outgoing payments expected during the next three weeks. The results of such a financial plan might result in these three possible scenarios:

- **Liquidity gap is closed within the three-week period:** If the financial plan indicates that the gap is fully closed during the next three weeks, the company is not illiquid.
- **Liquidity gap >10% is not closed within three-week period:** If the financial plan indicates that the gap is not fully closed during the next three weeks and is greater than 10%, the company is illiquid, and the managing directors have to file a petition for the opening of insolvency proceedings without undue delay.
- **Liquidity gap <10% is not closed within three-week period:** If the financial plan indicates that the gap is not fully closed during the next three weeks and is less than 10%, the company is – generally speaking – not illiquid. However, in this case the company has to prepare a financial plan for the following 13 weeks as soon as possible. If such extended financial plan indicates that the gap would not be fully closed, the company is considered illiquid and the managing directors have to apply for the opening of insolvency proceedings without undue delay.

In addition, illiquidity is generally assumed if the company suspends the fulfillment of its due payment obligations (sec. 17 para. (2) sentence 2 InsO). Suspension of payment obligations (*Zahlungeinstellung*) shall be deemed to have occurred if the company ceases to fulfill its due payment obligations. This assumption may be derived from the suspension of a single due payment obligation as well as from an overall

picture consisting of several indications relating to such payment suspension. For example, the debtor's own statements that it will not be able to settle its due payment obligations indicate a suspension of payments, even if they are accompanied by a request for deferral of payment. However, a suspension of payment is considered to have occurred only if the debtor does not satisfy the essential part of its due payment obligations.

### Monitoring of Over-indebtedness:

Whether the company is overindebted mainly depends on the prognosis of whether the company will become illiquid during the current and next financial year (see the second stage of the test described above). If this is not the case according to the short-term (three weeks), mid-term (13 weeks) and long-term (until the end of next year) financial plan, the company is not overindebted. It goes without saying that the same principles and standards apply for the assessment of illiquidity as previously described.

If it turns out that the company will become illiquid in the future, the managing directors thus have to apply the first stage of the test: The company has to prepare a so-called 'over-indebtedness status' (*Überschuldungsstatus*). The over-indebtedness status compares on a specific date (i) the value of all existing assets of the company and (ii) the total amount of the company's liabilities. All assets have to be valued at their liquidation values (*i.e.*, market value of each asset if it is sold separately). These assets also include receivables and claims (*e.g.*, against shareholders under a letter of support). In general, liabilities of the company have to be valued at their respective nominal value. If the company has received shareholder loans, the respective liabilities might be disregarded if the company and the respective shareholder agree or have already agreed upon a subordination clause (see below Chapter VII.2).

Finanzierungszusage). Im Allgemeinen müssen Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu ihrem jeweiligen Nominalwert bewertet werden. Wenn die Gesellschaft Gesellschafterdarlehen erhalten hat, können die entsprechenden Verbindlichkeiten außer Acht gelassen werden, wenn die Gesellschaft und der jeweilige Gesellschafter eine Rangrücktrittsklausel vereinbaren oder bereits vereinbart haben (siehe hierzu Kapitel VII.2).

Wenn der Überschuldungsstatus darauf hinweist, dass die Verbindlichkeiten der Gesellschaft ihr Vermögen übersteigen, gilt die Gesellschaft als überschuldet und die Geschäftsführer müssen unverzüglich die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens beantragen.



Auch wenn ein Geschäftsführer zwar im Allgemeinen relativ frei ist, Verpflichtungen und Aufgaben an andere Geschäftsführer und sogar an Mitarbeitende zu delegieren, gilt dies nicht für die Pflicht, einen Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zu stellen. Der Geschäftsführer bleibt persönlich verantwortlich und trägt die Gesamtverantwortung für die Einhaltung aller gesetzlichen Vorschriften in Bezug auf die Einrichtung und Überwachung eines Liquiditätsmanagementsystems sowie die Pflicht zur Stellung eines Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens im Falle von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung. Insofern ist es gesetzlich nicht zulässig, diese Aufgaben auf mehrere Geschäftsführer zu delegieren oder zu verteilen. Auch wenn die Gesellschafterversammlung der Gesellschaft oder ihr Beirat die Geschäftsführung anweisen sollte, von der Stellung eines Insolvenzantrags abzusehen, ist der Geschäftsführer verpflichtet, gegen den Willen der Gesellschafter und des Beirats die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen. Die Geschäftsführung ist gut beraten, hier rechtzeitig fachkundigen Rechtsrat einzuholen, um Unterstützung bei der Vorbereitung des Antrags und der Evaluation von Handlungsalternativen zu erhalten.

If the over-indebtedness status indicates that the company's liabilities exceed its assets, the company is considered overindebted and the managing directors have to apply for the opening of insolvency proceedings without undue delay.



Although a managing director is, in general, relatively free to delegate most obligations and tasks to other managing directors and even employees, this is not true when it comes to the duty to file an application for the opening of insolvency proceedings. The managing director remains personally liable and is overall responsible to comply with all legal requirements in relation to the establishment and monitoring of a liquidity management system as well as the obligation to file an application for the opening of insolvency proceedings. To such extent, it is legally not permissible to delegate or distribute these duties and obligations among several managing directors. Besides, the managing director cannot be released from the personal obligation to file for the opening of insolvency proceedings in case of illiquidity or over-indebtedness, even if a resolution of the shareholders of the company or the company's advisory board instructs the managing directors to refrain from making such filing. In such event, the managing director must file for the opening of insolvency proceedings against the will of the shareholders or the advisory board of the company. Therefore, the managing directors should retain legal counsel to support them with the preparation of the filing or the evaluation of alternatives.

## 2. HAFTUNG DER GESCHÄFTSFÜHRER

Auch wenn Geschäftsführer nach deutschem Recht grundsätzlich nicht persönlich für die Schulden und Zahlungsverpflichtungen der Gesellschaft haften, können sie ausnahmsweise von der Gesellschaft für Schäden in Anspruch genommen werden, wenn diese Schäden durch vorsätzliche oder fahrlässige Pflichtverletzung der Geschäftsführer entstanden sind.

In der Unternehmenskrise besteht jedoch eine erhöhte Wahrscheinlichkeit, dass ein Geschäftsführer persönlich zivil- und in bestimmten Fällen sogar strafrechtlich haftbar gemacht werden kann. Der Grund dafür ist, dass es den Geschäftsführern oft an der erforderlichen Expertise mangelt, um mit Krisensituationen der Gesellschaft fertig zu werden und gleichzeitig die Vielzahl ihrer rechtlichen Verpflichtungen zu berücksichtigen. Dies liegt nicht zuletzt daran, dass in der einsetzenden oder sich verschärfenden Krise die Geschäftsführer nicht mehr nur noch verpflichtet sind, im besten Interesse des Unternehmens und seiner Gesellschafter zu handeln. Vielmehr gilt: Je stärker die Gesellschaft von der Krise betroffen ist, desto mehr überwiegen die Interessen der Gläubiger und müssen bei der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft und im Entscheidungsprozess des jeweiligen Geschäftsführers umfassend berücksichtigt werden. Gegebenenfalls muss der Geschäftsführer, der nicht über die ausreichende Expertise verfügt, das Unternehmen durch die Krise zu steuern, externen Sachverständigen wie Wirtschaftsprüfer, Sanierungsexperten und andere Berater hinzuziehen.

Das Risiko der persönlichen Inanspruchnahme in der Unternehmenskrise steigt auch dadurch, dass solche Ansprüche nicht nur von der Gesellschaft selbst geltend gemacht werden (sog. Innenhaftung), sondern dann auch vermehrt direkt von den Gläubigern der Gesellschaft (sog. Außenhaftung).

Im Folgenden werden einige der zentralen Bestimmungen, die zu einer zivilrechtlichen Haftung der Geschäftsführer führen können, kurz vorgestellt. Man muss sich aber auch bewusst sein, dass in vielen Fällen das behauptete Fehlverhalten

des Geschäftsführers zugleich eine Straftat darstellen kann.

### 2.1 Haftung aufgrund der Nichteinhaltung der Informationspflicht gegenüber den Gesellschaftern der Gesellschaft

Die Geschäftsführer sind verpflichtet, der Gesellschafterversammlung einen Verlust in Höhe der Hälfte des Stammkapitals der Gesellschaft mitzuteilen. Dafür müssen sie nach § 49 Abs. 3 GmbHG die Gesellschafterversammlung der Gesellschaft unverzüglich einberufen, wenn feststeht, dass ein solcher Verlust eingetreten ist. Um die Höhe des vorhandenen Stammkapitals der Gesellschaft zu überprüfen, muss der Geschäftsführer in der Regel einen Zwischenabschluss nach den gleichen Regeln wie bei der Anfertigung eines Jahresabschlusses erstellen. In der Regel wird der Geschäftsführer auch Wirtschaftsprüfer oder andere Experten zu Rate ziehen, um festzustellen, ob die Gesellschaft bereits die Hälfte ihres Stammkapitals verloren hat.

#### ÄNDERUNGEN DER FORMALEN ANFORDERUNGEN AUFGRUND DER COVID-19-PANDEMIE



Nach dem Corona-spezifischen Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht können Beschlüsse einer Gesellschafterversammlung auch schriftlich (im schriftlichen Verfahren oder in Textform) gefasst werden, ausnahmsweise selbst wenn nicht alle Gesellschafter diesem Verfahren zugestimmt haben. Diese Möglichkeit ist vorerst bis zum Ende des Jahres 2020 befristet.

Die Geschäftsführer können gegenüber der Gesellschaft gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG haften, wenn bei rechtzeitiger Unterrichtung und Einberufung der Gesellschafterversammlung durch den Geschäftsführer ein entsprechender Schaden hätte abgewendet werden können.

In der Praxis ist in diesem Zusammenhang jedoch häufig kein Schaden nachweisbar. Der Hauptgrund liegt darin, dass die Gesellschaft die Beweislast für das Verschulden trägt und ein Schaden dadurch

## 2. LIABILITY OF THE MANAGING DIRECTORS

While under German law managing directors, in general, are not personally liable for any debt and respective payment obligations incurred by the company, they can be held personally liable for any loss caused by a breach of their duties and obligations towards the company based on willful intent (*Vorsatz*) or negligence (*Fahrlässigkeit*).

However, in times of crisis, there is an increased probability that a managing director may face personal civil and eventually even criminal liability. The reason for this is that managing directors often lack sufficient experience required to tackle distressed situations of the company and at the same time to take into account the large number of special obligations to be observed during such difficult times. For example, as soon as there are signs that the company is entering into or is in the midst of a financial crisis, the duties and obligations of the managing directors are not only to act in the best interest of the company and its shareholders. Instead, the more the company is affected by the crisis, the more the creditors' interests prevail and have to be fully taken into account in the company's business operations and the decision-making process of the respective managing director. Where necessary, the managing director, who may not have sufficient experience which allows her to steer the company through times of crisis, may therefore be required to consult experts such as auditors, restructuring experts and other advisors.

Furthermore, during a crisis, it is far more likely that each managing director is exposed to personal liability regarding damages claims because such damages claims against the managing directors are often not only alleged by the company itself (so-called internal liability, *Innenhaftung*) but also directly by the creditors of the company (so-called external liability, *Außenhaftung*).

The most important provisions resulting in civil liability of managing directors are described hereafter, although one should bear in mind that in many cases the alleged business misconduct may also constitute a criminal offence committed by the respective managing director.

### 2.1 Liability due to not keeping the Shareholders of the Company informed

Managing directors are obliged to notify shareholders about a loss of half of the share capital of the company. In addition, according to sec. 49 para. (3) GmbHG, a shareholders' meeting must be convened without undue delay if it is clear that such loss of half of the share capital has occurred. In order to verify the extent of the existing share capital of the company, the managing director must usually draw up an interim financial statement following the same rules as it would for the annual financial statement. Usually, the managing director will also consult auditors or other experts in order to ascertain whether the company has already lost half of its share capital.

#### CHANGES IN FORMAL REQUIREMENTS DUE TO THE COVID-19 PANDEMIC



According to Corona-specific legislation (for those of you interested in legalese – yes, we know – it is called the “Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht”), resolutions passed at a shareholders' meeting can also be taken in writing (by written circulation procedure or text form, e.g., emails), even if not all shareholders have agreed to this procedure – as is usually required. For the time being, this option is available until the end of 2020.

Managing directors can be held liable by the company pursuant to sec. 43 para. (2) GmbHG if a corresponding loss could have been avoided in case of timely action by the managing director to inform the shareholders in a shareholders' meeting.

In practice, however, it is often hard to prove any loss. The main reason is due to the fact that the company bears the burden of proof that the managing director has violated her obligations and that, as a consequence, the company has suffered loss that is attributable to the managing director's noncompliance to inform the shareholders in a shareholders' meeting.

entstanden ist, dass der Geschäftsführer es versäumt hat, die Gesellschafterversammlung zu informieren und einzuberufen.

Es ist jedoch zu beachten, dass der Eintritt des Verlustes der Hälfte des Stammkapitals auch im Hinblick auf § 84 GmbHG relevant ist. Demnach wird der Geschäftsführer strafrechtlich verfolgt, wenn er vorsätzlich oder fahrlässig unterlässt, die Gesellschafterversammlung über den Verlust der Stammkapitalhälfte zu unterrichten. Dagegen macht der Geschäftsführer sich nicht strafbar, wenn er in einem solchen Fall lediglich die Einberufung der Gesellschafterversammlung unterlässt.

## **2.2 Haftung wegen verspäteter Insolvenzantragstellung**

Sobald der Geschäftsführer feststellt, dass die Gesellschaft entweder überschuldet oder zahlungsunfähig ist, ist er verpflichtet, innerhalb einer Frist von maximal drei Wochen einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens beim zuständigen Insolvenzgericht zu stellen (siehe oben Kapitel A.I.1.2). Kommt er dieser Verpflichtung nicht nach, kann der Geschäftsführer zur Zahlung von Schadenersatz gemäß § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 15a InsO verpflichtet sein.

Die Drei-Wochen-Frist darf vom Geschäftsführer nur dann ausgeschöpft werden, wenn diese Frist noch zur Beseitigung der Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft genutzt werden kann. Maßnahmen, die während dieses Zeitraums häufig zur Beseitigung der Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit ergriffen werden, umfassen die Einführung von neuem Kapital oder die Umwandlung von Fremdkapital in Eigenkapital. Beispielsweise sind dies Maßnahmen wie Kapitalerhöhungen, Forderungsverzicht, Rangrücktrittsvereinbarungen, "Debt-Equity-Swaps" und Stillhaltevereinbarungen.

In diesem Zusammenhang ist der Geschäftsführer berechtigt - und auch verpflichtet -, unter anderem mit anderen Unternehmen, finanzierenden Banken, Gläubigern und Gesellschaftern des Unternehmens in Verhandlungen einzutreten, die die Beseitigung der Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit des Unternehmens zum Ziel haben. Der Geschäftsführer muss unverzüglich die

Eröffnung eines Insolvenzverfahrens beantragen, wenn solche Verhandlungen über die Beseitigung der Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit vor Ablauf der Drei-Wochen-Frist endgültig gescheitert sind oder von vornherein keinen Erfolg versprechen.

Ein Geschäftsführer, der nicht rechtzeitig einen Insolvenzantrag stellt, haftet gegenüber den Gläubigern für den Schaden, der ihnen durch die verspätete Antragstellung entstanden ist. Hinsichtlich des Umfangs der Haftung des Geschäftsführers ist zwischen "alten" und "neuen" Gläubigern zu unterscheiden. Die Unterscheidung bezieht sich auf den Zeitpunkt, zu dem die Verpflichtung zur Stellung eines Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens bestand und wirkt sich unmittelbar auf den Umfang der Haftung des Geschäftsführers aus:

### **Altgläubiger:**

Den "alten" Gläubigern, die vor Entstehen der Antragspflicht Ansprüche gegen die Gesellschaft hatten, stehen Schadenersatzansprüche in Höhe der Differenz zwischen dem tatsächlichen Betrag und dem Betrag zu, der bei rechtzeitiger Stellung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens in der Insolvenzmasse vorhanden gewesen wäre (der sog. Quotenschaden). Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens werden solche Schadenersatzansprüche gegenüber den Geschäftsführern vom bestellten Insolvenzverwalter verfolgt.

### **Neugläubiger:**

"Neue" Gläubiger, deren vertragliche Ansprüche gegenüber der Gesellschaft nach dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der Antragspflicht entstanden sind, müssen für den finanziellen Verlust, der aufgrund des Insolvenzverfahrens entstanden ist, voll entschädigt werden, da sie niemals ein Vertragsverhältnis (zumindest nicht zu den gleichen Bedingungen) eingegangen wären, wenn ihnen die Tatsache, dass der Antrag gestellt wurde, bekannt gewesen wäre. Nur in Fällen, in denen der Geschäftsführer zuvor die andere Vertragspartei über die finanzielle Krise der Gesellschaft informiert oder sicherstellt, dass die Gesellschaft die Verpflichtung aus einem solchen neuen Vertrag ordnungsgemäß



However, it should be noted that the occurrence of the loss of half of the share capital is also relevant in view of sec. 84 GmbHG which stipulates that the managing director is subject to criminal prosecution if she intentionally or negligently fails to notify the shareholders' meeting of the loss of half of the share capital. In contrast, the failure to convene a shareholders' meeting in such event is not a punishable offense.

## 2.2 Liability due to Delay in Filing for Insolvency

Once the managing director has ascertained that the company is either overindebted or illiquid, she is obliged to file an application for the opening of insolvency proceedings with the competent insolvency court within a maximum period of three weeks (see above Chapter A.I.1.2). By failing to comply with this obligation, the managing director may be required to pay damages pursuant to sec. 823 para. (2) German Civil Code ("BGB") in connection with sec. 15a InsO.

The three-week period may only be exhausted by the managing director if this period can still be used to rectify the over-indebtedness or illiquidity of the company. Measures frequently taken during this period include equity contributions or measures that (economically) convert debt into equity, e.g., capital increases, waiver of receivables, waiver of priority/subordination agreements, debt-equity swaps and stand-still agreements.

In this context, the managing director is entitled – and also obliged – to enter into negotiations, *inter alia*, with other companies, financing banks, creditors, and shareholders of the company that intend to rectify the company's over-indebtedness or illiquidity. The managing director must, however, file for the opening of insolvency proceedings immediately if such negotiations have failed or are not reasonably likely to be successful from the beginning, even before expiry of the three-week period.

Any managing director who fails to file an application for insolvency in due time is liable to the creditors for any loss incurred by them due to the late filing. Regarding the extent of the liability of the managing director, a distinction must be made between "old" and "new" creditors. This

distinction relates to the effective date on which the obligation to file an application for the opening of insolvency proceedings arose and directly affects the extent of the managing directors' liability:

### Legacy Creditors:

"Old" creditors, who had claims against the company before the obligation to file an application arose, are entitled to damage claims in the amount of the difference between the actual quota they get on their claims following completion of the insolvency proceedings and the hypothetical sum they would have received if the insolvency application had been made in due course (the so-called quota damage claim, "*Quotenschaden*"). After the opening of insolvency proceedings over the assets of the company such damage claims can only be asserted by the insolvency administrator.

### New Creditors:

"New" creditors, whose contractual claims against the company came into existence after the date on which the obligation to file an application arose (e.g., the insolvent company enters into a sales agreement after the date on which the managing director should have already filed for insolvency), on the other hand, must be fully compensated for the financial loss caused by the insolvency proceedings because they would have never entered into a contractual relationship (at least not on the same terms) if they had been aware of the fact that an insolvency filing had already been made. Only in cases where the managing director previously discloses the financial crisis of the company to the other contracting party or if the managing director can ensure that the company can duly perform and fulfill the obligation from such new contract, she may minimize her personal liability. In fact, this means that, during the three-week period granted to file for the opening of insolvency proceedings, in each case where the managing director concludes a new agreement or assumes a new obligation towards new creditors and fails to inform them accordingly, the managing director may face personal liability risks.

erfüllen kann, kann er seine persönliche Haftung minimieren. In der Tat bedeutet dies, dass sich der Geschäftsführer während der dreiwöchigen Frist, die für die Beantragung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingeräumt wird, in sämtlichen Fällen, in denen er einen neuen Vertrag abschließt oder eine neue Verpflichtung gegenüber neuen Gläubigern übernimmt und diese nicht entsprechend informiert, schadenersatzpflichtig machen kann.

Dies gilt jedoch nicht für solche "neuen" Gläubiger der Gesellschaft, deren Schadenersatzansprüche auf einer anderen als einer vertraglichen Grundlage beruhen (z.B. Ansprüche wegen unerlaubter Handlung aufgrund von Verletzung fremden Eigentums). Ferner ist zu beachten, dass im Gegensatz zu den "alten" Gläubigern, deren Ansprüche bis zur Beendigung des Insolvenzverfahrens vom Insolvenzverwalter durchgesetzt werden müssen, die "neuen" Gläubiger verpflichtet sind, ihre jeweiligen unmittelbaren Schadenersatzansprüche gegen den Geschäftsführer selbst geltend zu machen.

Jeder Geschäftsführer, der vorsätzlich oder fahrlässig einen Insolvenzantrag nicht fristgerecht stellt, löst nicht nur eine zivilrechtliche Haftung aus, sondern begeht zugleich eine Straftat. Dies kann zur Verhängung einer Geldstrafe oder bei vorsätzlicher Zuwiderhandlung zu einer Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren und bei Fahrlässigkeit von bis zu einem Jahr führen.

Neben der strafrechtlichen Sanktion gibt es noch eine weitere schwerwiegende Folge für Geschäftsführer, die wegen der Straftat der unterlassenen oder verspäteten Stellung eines Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens verurteilt wurden: Für einen Zeitraum von fünf Jahren ab Rechtskraft der Verurteilung ist jeder betroffene Geschäftsführer von einer erneuten Bestellung zum Geschäftsführer einer Gesellschaft ausgeschlossen.

## 2.3 Haftung für Zahlungen nach Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung

In der Praxis hat die Erfahrung gezeigt, dass die bedeutendste zivilrechtliche Haftung von Geschäftsführern in Krisenzeiten die Haftung gem. § 64 GmbHG ist. Diese Bestimmung sieht vor, dass alle Zahlungen, die die Gesellschaft nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung leistet, von den Geschäftsführern zu erstatten sind. Dies bedeutet grundsätzlich, dass ein Geschäftsführer gegenüber der Gesellschaft für alle Zahlungen/Leistungen, die er aus dem Vermögen der überschuldeten oder zahlungsunfähigen Gesellschaft getätigt hat, zivilrechtlich haftet. Nach ständiger Rechtsprechung besteht der Zweck dieser Bestimmung darin, das Vermögen der zahlungsunfähigen Gesellschaft zu erhalten, um es gleichmäßig auf die Gläubiger der Gesellschaft zu verteilen und eine bevorrechtigte Befriedigung zum Nachteil der anderen Gläubiger zu verhindern.

Das Verbot, Zahlungen zu leisten oder deren Ausführung zu veranlassen, tritt sofort in Kraft, sobald die Gesellschaft zahlungsunfähig oder überschuldet ist, unabhängig davon, ob der Geschäftsführer davon tatsächlich Kenntnis hat oder nicht. Daher wird die zivilrechtliche Haftung des Geschäftsführers bereits dann ausgelöst, wenn davon ausgegangen wird, dass ein umsichtiger Geschäftsmann in der Lage war, den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Gesellschaft zu erkennen. Darüber hinaus hängt eine solche Haftung nicht davon ab, ob die betreffende Zahlung innerhalb der dreiwöchigen Frist erfolgt ist, die den Geschäftsführern für die Stellung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft eingeräumt wird.

The aforesaid does not apply, however, to such “new” creditors of the company who make non-contractual claims (e.g., for claims that are based on or due to damage of property of third parties). Further, it should be noted that, in contrast to the “old” creditors, the “new” creditors are required to assert their damage claims against the managing director directly.

Any managing director who willfully or negligently fails to file an application for insolvency in due time is not only triggering civil liability but is, at the same time, committing a punishable offense. This could lead to the imposition of a pecuniary penalty or even to imprisonment of up to three years if intent is proven or up to one year in case of negligence.

Apart from the criminal punishment, another severe sanction applies to managing directors that have been convicted for failing or delaying to file an application for the opening of insolvency proceedings: For a period of five years from the date on which the conviction becomes final, the managing director is barred from being appointed as managing director of any company.

### **2.3 Liability for Payments Following Illiquidity or Over-indebtedness**

In practice, experience has shown that the most significant civil liability of managing directors in times of crisis results from sec. 64 GmbHG. This provision stipulates that any payments effected by the company following the occurrence of illiquidity or over-indebtedness shall be compensated by the managing directors. This means, in principle, that a managing director is subject to civil liability *vis-à-vis* the company for any payment/performance by the company that the managing director has allowed from the time the overindebted or illiquid arose. According to settled case law, the purpose of this provision is to preserve the assets of the insolvent company so that they are available to the company's creditors and to prevent preferential treatment of certain creditors to the detriment of the other creditors.

This provision has real bite. The prohibition to make or to allow any payment takes immediate effect as soon as the company becomes illiquid or overindebted, irrespective of whether the managing director is actually aware of it or not. Therefore, the civil liability of the managing director is already triggered where a prudent businessman is presumed to have been able to recognize the occurrence of the company's illiquidity or over-indebtedness. Furthermore, such liability does not depend on whether the relevant payment was made within the three-week period granted to the managing directors for filing the application to open insolvency proceedings over the assets of the company.

Eine Ausnahme von dieser weit gefassten Haftung wird jedoch in Fällen gemacht, in denen die fragliche Zahlung/Leistung in Übereinstimmung mit einem Geschäftsvorgang erfolgte, der mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns durchgeführt wurde. In diesem Zusammenhang muss der Geschäftsführer den Nachweis erbringen, dass die Voraussetzungen dieser Ausnahme erfüllt waren. Nach ständiger Rechtsprechung kann eine solche Ausnahme in der Regel dann angenommen werden, wenn

- die Gesellschaft in direktem Zusammenhang mit der geleisteten Zahlung eine gleichwertige Gegenleistung erhält;
- die Nichtleistung von Zahlungen alle potenziell erfolgreichen Verhandlungen über die Umstrukturierung der Gesellschaft behindern würde; und wenn
- die Zahlung notwendig ist, um die Schließung des Geschäftsbetriebs zu verhindern (z.B. Zahlung von Miete, Löhnen und Gehältern, Sozialversicherungsbeiträgen), vorausgesetzt, dass die Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs zum Zeitpunkt der Zahlung wirtschaftlich sinnvoll ist.

Die gleiche strenge Haftung der Geschäftsführer gilt für Barzahlungen an die Gesellschafter der Gesellschaft und ähnliche Leistungen an sie, die sowohl die Liquidität der Gesellschaft verringern als auch letztlich zur Zahlungsunfähigkeit führen. Nur wenn der Geschäftsführer die Existenz einer positiven Fortführungsprognose für die Gesellschaft zum Zeitpunkt der Gewährung der jeweiligen Zahlung oder Leistung an die Gesellschafter nachweisen kann, kann er seine persönliche Haftung verringern.

## COVID-19 UND § 64 GMBHG



Das neu verabschiedete Gesetz zur Aussetzung der Insolvenzantragspflicht legt nun einen besonderen Maßstab fest, nach dem das haftungsbewehrte Zahlungsverbot unter bestimmten Voraussetzungen vorübergehend suspendiert werden soll. Damit soll es den Geschäftsführern ermöglicht werden, die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um das Unternehmen im ordentlichen Geschäftsgang fortzuführen. Das schließt nicht nur Maßnahmen der Aufrechterhaltung oder Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebs ein, sondern auch Maßnahmen im Zuge der Neuausrichtung des Geschäfts im Rahmen einer Sanierung.

Die folgenden Voraussetzungen müssen nach dem Gesetz erfüllt sein, damit die Aussetzung des Zahlungsverbots trotz bestehender Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung zugunsten der Geschäftsführer greifen kann:

- Die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags muss wegen Erfüllung der im Gesetz genannten Voraussetzungen vorübergehend ausgesetzt sein (siehe hierzu die Ausführungen zur Aussetzung der Insolvenzantragspflicht wegen COVID-19).
- Die Zahlung muss im ordnungsgemäßen Geschäftsgang erfolgen, um mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführers im Sinne von § 64 Satz 2 GmbHG vereinbar zu sein.

Der Nachweis über das Vorliegen der letzten Voraussetzung wird dadurch erleichtert, dass insbesondere Zahlungen, die der Aufrechterhaltung oder Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebes oder der Umsetzung eines Sanierungskonzepts dienen, als Zahlungen im ordnungsgemäßen Geschäftsgang gelten.



## 2.4 Haftung aufgrund der Nichtzahlung der Sozialversicherungsbeiträge der Mitarbeitenden

Unabhängig davon, ob in Krisenzeiten Gehälter an Mitarbeitende des Unternehmens gezahlt werden, sind die Geschäftsführer weiterhin dafür verantwortlich, dass der gesamte Anteil des fälligen Sozialversicherungsbeitrags, der auf den Mitarbeitenden entfällt, ordnungsgemäß an die Behörden überwiesen wird. Bei Missachtung der gesetzlichen Verpflichtung zur Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge kann der Geschäftsführer zur Zahlung von Schadenersatz gemäß § 823 BGB in Verbindung mit § 266a StGB verpflichtet sein.

Bei schuldhafter Unterlassung der Zahlung solcher Sozialversicherungsbeiträge kann dem Geschäftsführer auch eine strafrechtliche Verfolgung drohen, die mit einer Geldstrafe oder Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren geahndet werden kann. Dieser Straftatbestand nach

However, an exception to this broad liability is made in cases where the payment/performance in question was in line with the due care of a prudent businessman. In this regard, the managing director is required to prove that the requirements for the exception were present. According to settled case law, such exception can usually be (only) presumed where

- in relation to the effected payment, the company receives an equivalent consideration, *i.e.*, something of equal value;
- the failure to make payments would obstruct any potentially successful negotiations regarding the restructuring of the company; or
- the payment is necessary in order to prevent the closure of the business (*e.g.*, payment of rent, wages and salaries, social insurance contributions), provided that the continuation of the business makes economic sense at the time of the payment.

Similar strict liability of managing directors applies when the company makes payments in cash to its shareholders or gives similar benefits to them that reduce the liquidity of the company and ultimately results in the company becoming illiquid (sec. 64 sentence 3 GmbHG). Only if the managing director can prove the existence of a positive going-concern prognosis for the company at the time the respective payment or benefit was granted to the shareholders, can she avoid personal liability.

#### COVID-19 AND SEC. 64 GMBHG



With the adopted bill, German legislation is setting a special standard according to which the prohibition of payments and the corresponding compensation liability of managing directors is temporarily suspended under certain conditions. This should enable the managing directors to take the necessary measures to continue the operations of the company in the ordinary course of business. This includes not only measures to maintain or resume business operations, but also measures in the course of the re-orientation of the business within the framework of a restructuring.

The following conditions must be fulfilled so that the suspension of the prohibition on payments due to existing illiquidity or over-indebtedness can take effect in favor of the managing directors according to the current legislation:

- The obligation to file an application for the opening of insolvency proceedings must be temporarily suspended in accordance with the conditions set forth in the law (please refer to the explanations regarding the suspension of the obligation to apply for insolvency due to COVID-19).
- The respective payment must be made in the ordinary course of business in order to be consistent with the due care of a prudent businessman within the meaning of Section 64 sentence 2 GmbHG.

Proof that the latter condition is met is facilitated by the fact that payments which serve to maintain or resume business operations of the company or to implement a restructuring plan are regarded as payments in the ordinary course of business.

## 2.4 Liability due to Nonpayment of Employees' Social Security Contributions

Irrespective of whether salaries are paid to employees of the company in times of crisis, managing directors remain responsible to ensure that at least all of an employee's share of due social insurance/security contributions apportioned to the employee is duly paid to the authorities. By failing to comply with the statutory obligation to pay social security contribution of the company's employees, the managing director may be required to pay damages pursuant to sec. 823 BGB in connection with sec. 266a of the German Criminal Code ("StGB").

In the event of willful neglect to pay such social insurance contributions, the managing director may also face prosecution, which may result in a pecuniary penalty or imprisonment of up to five years. This criminal offence pursuant to sec. 266a StGB is fulfilled if the managing director fails to pay the employee's share of the due social insurance/security contribution owed to the authorities.

§ 266a StGB ist erfüllt, wenn der Geschäftsführer den Anteil des Mitarbeitenden an den fälligen Sozialversicherungsbeiträgen, den er den Behörden schuldet, nicht bezahlt. Der Geschäftsführer ist deshalb verpflichtet, dafür zu sorgen, dass er spätestens am Fälligkeitstag über die erforderlichen Mittel verfügt. Nach Auffassung des BGH hat die Verpflichtung zur Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge grundsätzlich Vorrang vor allen anderen fälligen Zahlungsverpflichtungen.

## 2.5 Haftung wegen Nichtzahlung von Steuern

Auch im Falle einer Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft sind die Geschäftsführer nicht von der gesetzlichen Verpflichtung entbunden, dafür zu sorgen, dass Umsatz- und Einkommensteuerschulden von der Gesellschaft gemäß § 63 und § 34 der Abgabenordnung (AO) entrichtet werden. Zahlungen an andere Gläubiger müssen, falls erforderlich, zurückgehalten werden, um dieser Verpflichtung nachzukommen. Jeder Geschäftsführer, der grob fahrlässig oder vorsätzlich in Bezug auf die Nichteinhaltung der gesetzlichen Verpflichtung zur Zahlung der Steuerschulden der Gesellschaft handelt, kann sich gegenüber den Steuerbehörden für die jeweils fälligen Zahlungen persönlich haftbar machen.

## 2.6 D&O-Versicherung

Bis zu einem gewissen Grad kann das zivilrechtliche Haftungsrisiko eines Geschäftsführers durch eine sog. Directors and Officers Liability Insurance ("D&O-Versicherung") versichert werden. Der D&O-Versicherungsvertrag wird nicht von dem versicherten Geschäftsführer selbst, sondern von der Gesellschaft zu Gunsten des Geschäftsführers abgeschlossen. Der Geschäftsführer ist unter diesem Vertrag die versicherte Person. Grundsätzlich deckt die D&O-Versicherung Haftungsrisiken ab, die sich sowohl aus der Innenhaftung als auch aus der Außenhaftung des Geschäftsführers ergeben.



Es ist jedoch zu beachten, dass die D&O-Versicherung nach neuerer deutscher Rechtsprechung grundsätzlich keine Schadenersatzansprüche einschließt, die sich aus der Haftung der Geschäftsführer für Zahlungen infolge von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung ergeben. Die Gerichte haben entschieden, dass der Zweck des § 64 GmbHG in erster Linie dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger dient und nicht den Interessen der Gesellschaft (die Versicherungsnehmerin der D&O-Versicherung ist). Darüber hinaus entschieden die Gerichte, dass die Haftung der Geschäftsführer wegen Zahlungen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung als ein Schadenersatzanspruch eigener Art zu qualifizieren ist, der sich von der allgemeinen zivilrechtlichen Haftung der einzelnen Geschäftsführer unterscheidet. Daher bleiben alle Schadenersatzansprüche gegenüber dem Geschäftsführer, die im Zusammenhang mit Zahlungen trotz Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Gesellschaft entstehen, durch eine solche D&O-Versicherung ungedeckt, sofern in der Versicherung nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart wurde.

Therefore, the managing director is obliged to ensure that she pays the necessary funds on the due date at the latest. According to the opinion of the BGH, the obligation to pay social security contributions generally takes precedence over any other due payment obligations.

## 2.5 Liability due to Nonpayment of Taxes

Even in the event that the company has become overindebted or illiquid, managing directors are not released from the statutory obligation to ensure that value-added tax liabilities and income tax liabilities are paid by the company in accordance with sec. 63 and sec. 34 of the German Federal Tax Code. Payments to other creditors must, if necessary, be held back in order to meet this obligation. Any managing director who is acting with gross neglect or intent regarding the failure to comply with the statutory obligation to pay the company's tax liabilities may render herself personally liable *vis-à-vis* the tax authorities for the respective due payments.

## 2.6 D&O Insurance

To some extent, the civil liability risk of a managing director can be insured by a so-called Directors and Officers Liability ("D&O") insurance policy. The D&O insurance policy is not taken out by the insured managing director herself, but by the company for the benefit of its managing director(s). The managing director is the insured person under the insurance policy. In general, a D&O insurance policy covers liability risks arising from both the internal liability (to the company) as well as the external liability (to the company's creditors) of the managing director.



However, please note that according to recent German case law, the D&O insurance does not, in general, cover damage claims resulting from the managing directors' liability for payments following illiquidity or over-indebtedness. The competent German courts decided that the primary purpose of sec. 64 GmbHG is to protect the creditors of the company and does not serve the interests of the company (the company being the policyholder of the D&O insurance). Furthermore, the German courts ruled that the managing director's liability due to payments following the occurrence of illiquidity or over-indebtedness qualifies as a damage claim of its own kind that differs from the general civil liability assumed by each managing director. Therefore, any damage claims *vis-à-vis* the managing director arising in conjunction with payments following illiquidity or over-indebtedness of the company remain uncovered by such D&O insurance, unless explicitly agreed otherwise therein.

---

### 3. PFLICHTEN DER BEIRÄTE

Während bei insolventen Unternehmen natürlich die Geschäftsführer und die Frage im Vordergrund stehen, ob sie ihren gesetzlichen Verpflichtungen nachgekommen sind, ist bei jungen Technologieunternehmen zu bedenken, dass auch die Mitglieder ihrer Beiräte mit eigenen Verpflichtungen und Haftungsrisiken konfrontiert sein können. In den folgenden Abschnitten beschränken wir uns auf einige allgemeine Bemerkungen und fassen ein paar der relevantesten Aspekte zusammen.

#### 3.1 Sorgfaltsmaßstab, die Berücksichtigung von Partikularinteressen und die Business Judgment Rule

##### Sorgfaltsmaßstab:

Beiratsmitglieder haben kraft ihres Amtes eine Loyalitäts- und Fürsorgepflicht gegenüber dem Unternehmen. Diese Pflichten bestehen unabhängig davon, ob ein Beiratsmitglied als Vertreter eines bestimmten Gesellschafters oder einer Gruppe von Gesellschaftern ernannt wurde, und treten an die Stelle der Pflichten des Mitglieds gegenüber diesem Gesellschafter/diesen Gesellschaftern. Die spezifischen Verantwortlichkeiten und Handlungspflichten, die sich aus dieser Loyalitäts- und Fürsorgepflicht ergeben, hängen von der Rolle und den Kompetenzen ab, die dem Beirat im konkreten Fall zugewiesen sind (in der Regel in der Satzung der Gesellschaft). Im Allgemeinen sind die Pflichten der Beiratsmitglieder im Falle eines Beirats, der nicht nur mit der Beratung, sondern auch mit der Überwachung der Geschäftsführer beauftragt ist, umfassender.

Wenn und soweit dem Beiratsmitglied das (z.B. rechtliche, finanzielle, technische) Fachwissen zur Beurteilung der vorliegenden Angelegenheit fehlt, ist es verpflichtet, kompetenten Rat einzuholen und den erhaltenen Rat selbst zu plausibilisieren.

Jedes Mitglied ist für die ordnungsgemäße Erfüllung der dem Beirat übertragenen Aufgaben und Pflichten individuell verantwortlich. Die Tatsache, dass bestimmte Angelegenheiten

in die Zuständigkeit der einzelnen Mitglieder delegiert werden können, entbindet die anderen Mitglieder nicht von ihren Pflichten. Gleiches gilt, wenn das einzelne Beiratsmitglied eine Minderheitsmeinung vertritt und deshalb nicht in der Lage ist, eine rechtmäßige Entscheidung des Beirats herbeizuführen. In diesem Fall hat das Beiratsmitglied gegen unzulässige Beschlüsse zu stimmen und seine Vorbehalte und abweichende Auffassung klar zum Ausdruck zu bringen.

Beispielsweise verstößt ein Beiratsmitglied gegen seine Pflichten und kann schadenersatzpflichtig werden, wenn es:

- eine bestimmte Maßnahme der Geschäftsführung ohne angemessene Information und ohne eine Bewertung der mit der betreffenden Transaktion verbundenen Risiken und Vorteile genehmigt. Da sich die Genehmigungserfordernisse in der Regel auf unternehmerische Entscheidungen der Geschäftsführung beziehen, werden sich die Beiratsmitglieder hier aber häufig auf die sog. Business Judgment Rule berufen können (siehe unten);
- obwohl der Beirat sich einer Verletzung seiner Zustimmungsvorbehalte durch die Geschäftsführung bewusst ist, keine angemessenen Maßnahmen ergreift, um die Geschäftsführung an der Durchführung der betreffenden Maßnahme zu hindern. Die Maßnahmen, die der Beirat in einem solchen Fall zu ergreifen hat, hängen von den ihm zukommenden Befugnissen ab und können daher von der Pflicht zur Unterrichtung der Gesellschafter (damit diese die Möglichkeit haben, einzugreifen) bis zur Abberufung des/der Geschäftsführer(s) reichen.

Beiratsmitglieder haften für die durch ihr schuldhaftes Verhalten entstehenden Schäden, primär gegenüber der Gesellschaft und unter bestimmten Voraussetzungen auch gegenüber Dritten. Dabei haften Beiratsmitglieder grundsätzlich nicht nur bei Vorsatz, sondern auch bei (einfacher oder grober) Fahrlässigkeit. Die Satzung der Gesellschaft kann diese strengen



---

### 3. OBLIGATIONS OF THE ADVISORY BOARD

While naturally in the case of insolvent companies the focus is on the managing directors and the question of whether they have complied with their legal obligations, for young technology companies it must be borne in mind that the members of their advisory boards may also face their own set of obligations and liability risks. In the following paragraphs, we will limit ourselves to a few general remarks and only summarize some of the most important aspects.

#### 3.1 Standard of Care, Consideration of the Particular Interests and Business Judgment Rule

##### Standard of Care:

Advisory board members have a duty of loyalty and care *vis-à-vis* the company by virtue of their office. These duties exist irrespective of whether an advisory board member was appointed as representative of a particular shareholder or a group/class of shareholders and supersede the member's duties *vis-à-vis* such shareholder(s). The specific responsibilities and duties to act arising from such duty of loyalty and care depend on the role of, and the responsibilities assigned to, the advisory board at the specific case at hand, usually in the company's articles of association. As a general rule, the duties of the advisory board members are more extensive in the case of an advisory board charged not only with advising but also with monitoring the managing directors. Advisory board members are liable for loss caused by a willful breach of their duties *vis-à-vis* the company and – in exceptional cases – third parties.

If and to the extent the advisory member lacks the expertise (whether legal, financial, technical or other) to assess the matter at hand, she is obliged to obtain competent advice and to validate the advice rendered.

Each member is individually responsible for the due fulfillment of the tasks and duties conferred to the advisory board. The fact that particular matters may be assigned to the responsibility of individual members does not discharge the other members of their duties. The same applies if the individual

member is holding a minority view in the advisory board and is therefore not able to bring about a lawful decision of the advisory board. In this case the advisory member must vote against undue resolutions and must also clearly indicate any reservations beforehand.

For example, an advisory board member is in breach of her obligations and may become liable for damages if she:

- approves a particular measure of the management without adequate information and without carrying out an assessment of the risks and benefits involved with the transaction in question. Since approval requirements generally pertain to entrepreneurial decisions of the management, the advisory board members will often be able to rely on the business judgement rule (please see below);
- does not take adequate action to prevent management carrying out a measure even though she is already aware that management has violated the advisory board's approval requirements. The actions to be taken by the advisory board in such cases depend on the authority it has and may, thus, range from a duty to inform the shareholders (so they have a chance to intervene) to dismissing the managing director(s).

Advisory board members are liable for damages caused by a willful breach of their duties *vis-à-vis* the company and – in exceptional cases – third parties. Advisory board members are generally held liable both in cases of intent and (simple or gross) negligence. However, the company's articles of association can reduce these strict standards to a certain extent by stipulating that the advisory board members shall not be liable in case of simple negligence.

Maßstäbe jedoch im gewissen Umfang reduzieren, indem sie vorsieht, dass die Beiratsmitglieder bei einfacher Fahrlässigkeit nicht haften.

#### **Berücksichtigung von Partikularinteressen:**

Ein Mitglied des Beirats kann bei seinen Entscheidungen besondere Interessen der Gesellschafter, die es ernannt haben, berücksichtigen. Im Falle eines unlösbaren Konflikts zwischen den Interessen bestimmter Gesellschafter und den Interessen der Gesellschaft müssen jedoch die Interessen der Gesellschaft Vorrang haben.

#### **Business Judgment Rule:**

Im Bereich der unternehmerischen Entscheidungen lässt das Gesetz den Beiratsmitgliedern im Rahmen der sog. Business Judgment Rule einen gewissen Ermessensspielraum. Danach verstößt ein Beiratsmitglied nicht gegen seine Pflichten und ist (auch wenn sich das konkrete Geschäft im Nachhinein als nachteilig für das Unternehmen herausstellt) nicht schadenersatzpflichtig, wenn es bei einer unternehmerischen Entscheidung (zu der auch die Entscheidung, nicht einzugreifen, gehören kann) vernünftigerweise annehmen konnte, dass es auf der Grundlage angemessener Informationen und im besten Interesse des Unternehmens gehandelt hat. Das Beiratsmitglied trägt jedoch die Beweislast dafür, dass es sein Ermessen in Übereinstimmung mit den Anforderungen der Business Judgment Rule ausgeübt hat.



In Fällen, in denen der Beirat die Einhaltung der geltenden rechtlichen Verpflichtungen durch die Geschäftsführung überwacht, greift die Business Judgment Rule nicht; kurz gesagt, geht es um die Einhaltung des Gesetzes, steht dem Beirat kein Ermessen zu.

### **3.2 Erhöhte Überwachungspflichten in der Unternehmenskrise**

Ähnlich wie bei den Geschäftsführern gilt in der Unternehmenskrise und bei der Einhaltung gesetzlicher Vorschriften ein erhöhter Sorgfaltsmaßstab.

Hier müssen die Beiratsmitglieder die "Zügel anziehen" und die Geschäftsführung noch stärker überwachen. Abhängig vom konkreten Einzelfall könnte hierzu beispielsweise zählen:

- sich in kürzeren Abständen über die Liquiditätssituation des Unternehmens zu informieren;
- den Finanzstatus und die Liquiditätsplanung von den Geschäftsführern einzuholen und die Plausibilität dieser Unterlagen sowie die Einschätzung der Geschäftsführer selbst zu verplausibilisieren;
- häufiger Sitzungen des Beirats einzuberufen, damit der Beirat die verfügbaren Informationen erörtern und sich auf eine Vorgehensweise verständigen kann;
- sicherzustellen, dass die Geschäftsführung der Gesellschaft ihrer Pflicht zur rechtzeitigen Beantragung eines Insolvenzverfahrens nachkommt; und
- sicherzustellen, dass das Unternehmen keine Zahlungen an Gläubiger leistet, nachdem Insolvenzzreife eingetreten ist.

Von besonderer Bedeutung für das Haftungsrisiko eines Beiratsmitglieds ist dabei natürlich die Frage, ob und unter welchen Umständen Beiratsmitglieder für verbotene Zahlungen haften, die das Unternehmen nach Eintritt der Insolvenzzreife geleistet hat (zur Haftung der Geschäftsführer für solche Zahlungen siehe oben Kapitel A.I.2.3). In einem Urteil aus dem Jahr 2010 hat der BGH entschieden, dass Mitglieder eines fakultativen Aufsichtsrats einer GmbH nur dann für die Rückzahlung solcher verbotenen Zahlungen haften, wenn der Gesellschaft selbst durch diese Zahlungen ein Schaden entstanden ist. Die Mitglieder eines freiwilligen Aufsichtsrates haften demnach nicht, wenn die Zahlungen lediglich zu einer Verringerung der Insolvenzmasse der Gesellschaft geführt haben. Obwohl zwischen einem fakultativen Aufsichtsrat einer GmbH und einem Beirat Unterschiede bestehen, erscheint es nicht unwahrscheinlich, dass der BGH hier die gleichen Grundsätze anwenden würde. Solange diese Frage von den Gerichten aber nicht abschließend geklärt ist, bleibt ein Restrisiko.

### Consideration of Particular Interests:

An advisory board member may consider particular interests of shareholder(s) that have appointed her when making decisions. However, in the event that a conflict between the interests of particular shareholders and the interests of the company cannot be approved, the interests of the company must take precedence.

### Business Judgment Rule:

In the field of entrepreneurial decisions, the law leaves advisory board members a certain margin of discretion within the framework of the so-called 'business judgement rule'. Accordingly, an advisory board member is not in breach of her duties and shall (even if, after the event, the particular transaction turns out to be disadvantageous for the company) not be liable for damages if she, in taking an commercial decision (which may include the decision not to intervene), could reasonably assume that she was acting on the basis of adequate information and in the best interests of the company. The advisory board member bears, however, the burden to prove that she has exercised her discretion in compliance with the requirement of the business judgement rule.



It must be kept in mind that the business judgement rule does not apply and the advisory board members have no discretion in cases where the advisory board supervises the compliance of the management with applicable legal obligations; in a nutshell, there can be no business judgement rule when it comes to compliance with law.

## 3.2 Increased Supervision Required in Times of Crisis

Similar to the situation of managing directors, an increased standard of care applies in critical situations/areas such as a state of financial distress and compliance with laws.

Here, advisory board members have to increase the supervision of the managing directors. This might particularly translate into the obligation to:

- obtain information on the company's liquidity situation more frequently;
- obtain the financial status report and liquidity forecasts from the managing directors and to assess the plausibility of such documents and the managing directors' opinion;
- convene meetings of the advisory board more frequently so that the advisory board can discuss the available information and agree on a course of action;
- ensure that the company's management complies with its duty to file for insolvency proceedings; and
- ensure that the company does not make any payments to creditors after having reached the state of material insolvency.

Of particular importance for the risk exposure of an advisory board member is the question whether and under which circumstances advisory board members are liable for the repayment of forbidden payments made by the company in the state of material insolvency (for the managing directors' liability for such payments see above Chapter A.I.2.3). In a ruling from 2010, the BGH ruled that members of an optional supervisory board of a GmbH shall only be liable for the repayment of such forbidden payments if the company itself has suffered loss as a result of such payment. The members of an optional supervisory board (*voluntative Aufsichtsrat*) shall according to the ruling not be liable if the payments have merely resulted in a diminished insolvency estate of the company. Though an optional supervisory board of a GmbH and an advisory board need to be distinguished, it appears likely that the court would apply the same principles laid down in this ruling. However, it cannot be ruled out with certainty that the courts may come to a different decision.

## II. Die Mitarbeitenden des Start-ups – Kosteneinsparung, Flexibilisierung und Anreizsysteme

Bei einer drohenden oder bereits bestehenden wirtschaftlichen Krise sind früher oder später auch Auswirkungen auf die Arbeitsverhältnisse des Unternehmens unvermeidbar. Das gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass Personalkosten oftmals den größten Kostenfaktor in einem Unternehmen darstellen. Nicht selten befinden sich Arbeitgeber in einem Dilemma, da sie einerseits sicherstellen müssen ihre (Schlüssel-)Mitarbeiter für die Zeit während der Krise und danach zu halten, andererseits aber auch weitreichende Einsparungsmaßnahmen treffen müssen, um ihr Start-up über Wasser zu halten.

“ Focus on the long term, and always do what's right to grow the company and not make short-term decisions. And outlast everyone.

(Adam D'Angelo, Mitgründer von Quora)

Es gibt jedoch eine ganze Reihe von Möglichkeiten für junge Unternehmen, die Flexibilität bei der Personalbesetzung zu erhöhen. Deshalb stellen wir in den folgenden Kapiteln A.II.1 und A.II.2 dar, welche rechtlichen Maßnahmen Gründer ergreifen können, um in Krisenzeiten angemessen und möglichst flexibel auf die jeweiligen Bedürfnisse des Unternehmens reagieren zu können. Darüber hinaus werden wir einen Überblick über die verfügbaren staatlichen Unterstützungen und die relevanten arbeitsrechtlichen Aspekte geben. In einigen Fällen kann dies jedoch nicht ausreichen, um den Wirtschaftsabschwung zu überstehen, so dass Kündigungen unvermeidlich werden können (siehe Kapitel A.III.3). Es versteht sich von selbst, dass die Motivation der eigenen Belegschaft und die Schaffung von Anreizen bei jedem Start-up im Vordergrund stehen; vor diesem Hintergrund wird sich Kapitel A.III.4 mit der Umsetzung und Neuausrichtung von gründertypischen Mitarbeiteranreizprogrammen in Krisenzeiten befassen. Kapitel A.III.5 wird die Regeln zusammenfassen, die Arbeitgeber befolgen müssen, wenn ihre Mitarbeitenden in das Büro zurückkehren.

### 1. PERSONALKOSTENEINSPARUNGEN – WELCHE MÖGLICHKEITEN HABEN START-UPS?

Wenn Unternehmen Personalkosten senken müssen, dürfte man als schnellste und wohl am wenigsten einschneidende Maßnahme zunächst an einen Einstellungsstopp denken. Aber es gibt noch weitere Maßnahmen, die in Betracht gezogen werden können, um angemessen auf die Situation zu reagieren und die Liquidität des Unternehmens zu schützen.

#### 1.1 Kurzarbeit

Eine Möglichkeit, die Krise möglicherweise ohne Kündigungen zu überstehen, ist die staatlich finanzierte Kurzarbeit. Kurzarbeit hat sich in Deutschland bereits während der weltweiten Wirtschafts- und Finanzkrise in den Jahren 2008 und 2009 als wirksames Instrument bewährt. Damals erreichte die Nutzung von Kurzarbeit im Mai 2009 mit mehr als 1,4 Millionen Begünstigten ihren Höhepunkt. Dadurch konnte ein rapider

## II. The Start-up's Workforce – Cost Reduction Measures, Adapting Employment and Incentive Schemes

In the event of a potential or actual economic crisis, the company's employment relationships will inevitably be affected sooner or later. This is especially true considering that personnel costs are often the company's biggest expense. Employers often find themselves in a dilemma: they want to keep their staff, but they need to reduce costs to keep the business afloat.

Focus on the long term, and always do what's right to grow the company and not make short-term decisions. And outlast everyone.

*(Adam D'Angelo, co-founder of Quora)*

However, there are quite a few options for young companies to increase flexibility when it comes to staffing. Therefore, in the following Chapters A.II.1 and A.II.2 we will present the legal measures start-ups and founders may implement in order to be able to react appropriately and with flexibility to the respective needs of the company in times of crisis. We will also give an overview of available governmental support and relevant employment law. However, in some cases this might not be enough to weather the storm and layoffs may become unavoidable (see Chapter A.III.3). It goes without saying that keeping employees motivated with the right incentives is paramount for every start-up; against this backdrop, Chapter A.III.4 will deal with the implementation and re-adjustment of typical start-up employee incentive programs in times of crisis. Chapter A.III.5 will summarize the rules that employers must follow once their employees return to the office.

### 1. REDUCING PERSONNEL COSTS – WHAT OPTIONS DO START-UPS HAVE?

When companies need to reduce personnel costs, the most immediate and possibly least invasive option that comes to mind is a hiring freeze. But there are further measures that can be considered in order to respond appropriately to the situation and to protect the liquidity of the company.

#### 1.1 Short-Time Work (*Kurzarbeit*)

One way to possibly get through the crisis without layoffs is short-time work which is state-funded. Short-time work has already proved to be an effective tool in Germany during the

global economic and financial crisis in 2008 and 2009. At that time, the use of short-time work reached its peak in May 2009 with more than 1.4 million beneficiaries. As a result, a rapid rise of unemployment was avoided, and many companies were able to keep their employees. Once the crisis was over, they could raise their production without having to hire new employees. In the current COVID-19 crisis, many German technology companies have already applied this tried-and-tested tool as well.

Anstieg der Arbeitslosigkeit vermieden werden. Viele Unternehmen konnten ihre Mitarbeitenden halten und nachdem die Krise überwunden war die Produktion steigern, ohne vorher neue Mitarbeitende einstellen zu müssen. Auch in der aktuellen COVID-19-Krise haben bereits zahlreiche deutsche Unternehmen Kurzarbeit beantragt.

**Kurzarbeit ist für viele jetzt eine große Hilfe, sie ist eines der wichtigsten Instrumente für viele Start-ups.**

*(Felix Haas, Gründer von IDnow, Chairman & Host der Bits & Pretzels)*

### Was genau ist Kurzarbeit?

Unter Kurzarbeit versteht man die vorübergehende Verkürzung der Arbeitszeit, um die Lohnkosten für einen Arbeitgeber zu senken und gleichzeitig Kündigungen zu vermeiden. Sollte im Unternehmen Kurzarbeit eingeführt werden, arbeiten die Mitarbeitenden für einen befristeten Zeitraum weniger und haben in diesem Zeitraum Anspruch auf eine geringere Vergütung. Es ist sogar möglich, die Arbeitszeit vollständig auf null Arbeitsstunden zu reduzieren ("Kurzarbeit Null").

#### AUFSTOCKUNG DES REDUZIERTEN GEHALTS DURCH EINE NEBENBESCHÄFTIGUNG



Mitarbeitende in Kurzarbeit könnten mit dem Gedanken spielen, ihre Arbeitskraft in Bereichen, in denen gegenwärtig Arbeitskräfte benötigt werden, anderen Arbeitgebern im Rahmen einer Nebentätigkeit anzubieten. Dies würde ihnen helfen, ihr reduziertes Gehalt aufzustocken. Die Aufnahme einer Nebentätigkeit unterliegt der Zustimmung des Arbeitgebers, die jedoch erteilt werden sollte, wenn betriebliche Gründe dem nicht entgegenstehen.

Würde die Nebentätigkeit bereits vor der Einführung der Kurzarbeit aufgenommen, sind keine Besonderheiten zu beachten; insbesondere wird das Entgelt aus der Nebentätigkeit nicht auf das Kurzarbeitergeld angerechnet. Nehmen Mitarbeitende nach der Einführung der Kurzarbeit eine Nebentätigkeit auf, wird in der Regel das Entgelt aus der Nebentätigkeit auf das Kurzarbeitergeld angerechnet. Dies gilt jedoch nicht bei geringfügiger Beschäftigung, d.h. wenn das Gehalt aus der Nebenbeschäftigung monatlich EUR 450,00 nicht übersteigt. Im Hinblick auf die Nebentätigkeit wurden Erleichterungen im Zuge der COVID-19-Krise beschlossen, die wir unten zusammenfassen.

### Wie wird Kurzarbeit vergütet?

Der (teilweise) Entgeltausfall des Mitarbeitenden wird durch das Kurzarbeitergeld der Bundesagentur für Arbeit in Höhe von 60% des Nettoentgelts bzw. in Höhe von 67% bei Mitarbeitenden mit mindestens einem unterhaltsberechtigten Kind ausgeglichen. Die Höhe des Kurzarbeitergeldes wird für jeden Mitarbeitenden individuell berechnet und kann ganz entfallen, wenn das Einkommen des Mitarbeitenden aus Kurzarbeit über der Beitragsbemessungsgrenze liegt. Diese beträgt für das Jahr 2020 EUR 6.900,00 brutto (West) bzw. EUR 6.450,00 brutto (Ost) pro Monat, so dass das Kurzarbeitergeld im Jahr 2020 nicht mehr als EUR 4.623,00 (67%) betragen kann (Ost: EUR 4.321,50).

#### AUFSTOCKUNGSZAHLUNGEN DES ARBEITGEBERS



Aufstockungszahlungen des Arbeitgebers können die Gehaltslücke (teilweise) schließen und dazu beitragen, die Akzeptanz der Einführung von Kurzarbeit im Unternehmen zu erhöhen.

Vom Arbeitgeber gezahlte Aufstockungszahlungen werden bei der Berechnung des Kurzarbeitergeldes durch die Arbeitsagentur nicht berücksichtigt und sind – bis zu einer bestimmten Höhe – nicht sozialversicherungspflichtig.

Auf Aufstockungszahlungen besteht jedoch kein Anspruch, es sei denn, die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Gehaltsaufstockung während der Kurzarbeit ergibt sich aus Betriebsvereinbarungen, gegebenenfalls Tarifverträgen oder aus individuellen Vereinbarungen.

### Wie kann die Kurzarbeit eingeführt werden?

Kurzarbeit ist ohne Zustimmung des Mitarbeitenden nicht möglich, es sei denn, der Arbeitsvertrag sieht diese bereits vor, was aber selten der Fall ist. Das Unternehmen kann die Arbeitszeit der Mitarbeitenden nicht einseitig reduzieren und Kurzarbeit einführen. Vielmehr muss sie auf der Grundlage eines Tarifvertrages, einer Betriebsvereinbarung, d.h. einer Vereinbarung mit dem Betriebsrat, falls vorhanden oder, wenn kein Betriebsrat vorhanden ist (wie bei den meisten Start-ups) einer Vereinbarung mit dem Mitarbeitenden, z.B. im Arbeitsvertrag oder in einem Nachtrag, erfolgen.

Short-time work is a tremendous help and for many start-ups it has become one of the most important tools.

(Felix Haas, Founder of IDnow, chairman & host of Bits & Pretzels – convenience translation of the original quote provided by the authors)

### What Exactly is Short-Time Work?

Short-time work is the temporary reduction in working time in order to reduce the wage costs for an employer and to avoid redundancies at the same time. In the event short-time work is implemented, employees will work less for a temporary period and be eligible to less remuneration during this period. It is even possible to completely reduce working time to the extent that the working time corresponds to zero working hours ("Kurzarbeit Null").

#### TOPPING UP REDUCED SALARY BY SECONDARY EMPLOYMENT



Employees on short-time work may consider offering their workforce to other employers by way of secondary employment in areas where there is demand. This helps employees to top up their reduced salaries. Starting secondary employment is subject to the employer's approval which, should be granted as long as there are no operational reasons in the way.

If the secondary employment was already carried out before the short-time work was implemented, there are no special rules to follow; in particular, pay from the secondary employment is not to be set off against the short-time work allowance (*Kurzarbeitergeld*). Normally, if employees take up a secondary employment after implementation of short-time work, salary from the secondary employment will then be set off against the short-time work allowance. This does not apply, however, to marginal employment, *i.e.*, if the salary from the second employment does not exceed EUR 450.00 per month. Further measures have been implemented with regard to secondary employment during the COVID-19 crisis as described below.

### How is Short-Time Work Compensated?

The (partial) loss of remuneration of the employee is compensated by the short-time work allowance by the Federal Employment Agency (*Bundesagentur für Arbeit*) which is 60% of the net salary or 67% for employees with at least one dependent child. The amount of short-time work allowance is calculated individually

for each employee and can be completely omitted if the employee's income from short time work is above the income threshold (*Beitragsbemessungsgrenze*). This amounts to EUR 6,900.00 gross (West Germany) and EUR 6,450.00 gross (East Germany) per month for 2020, so that the short-time work allowance in 2020 cannot exceed EUR 4,623.00 (67%) (East: EUR 4,321.50).

#### TOP-UP PAYMENTS FROM THE EMPLOYER



Top-up payments by the employer may (partially) close the gap in the salary and may help to increase the implementation of short-time work within the company.

Top-up payments paid by the employer are considered privileged which means that they are not considered for the calculation of short-time work allowance by the Employment Agency and are – up to a certain amount – not subject to social security contributions.

However, top-up payments are not obligatory unless the employer's obligation to top up salary during short-time work arises from company agreements (*Betriebsvereinbarungen*), collective bargaining agreements (*Tarifverträge*), if any, or from individual agreements.

### How can Short-Time Work be Implemented?

Short-time work is not possible without the employee's consent, unless the employment contract already provides for it which is rarely the case. The company cannot unilaterally reduce the employee's hours and implement short-time work. Instead, it must be based on a collective bargaining agreement, a company agreement, *i.e.*, an agreement with the works council, if any, or in the event a works council does not exist (as will be the case for the vast majority of start-ups), an individual agreement with each employee, *e.g.*, in the employment contract or in an amendment to it.

Unter bestimmten Umständen kann die Kurzarbeit jedoch eine der letzten Möglichkeiten sein, den Betrieb aufrechtzuerhalten. Wenn der Mitarbeitende mit der Einführung von Kurzarbeit nicht einverstanden ist, könnte die Kurzarbeit deshalb auch im Wege einer Änderungskündigung durchgesetzt werden, d.h. durch eine betriebsbedingte Kündigung, bei der dem Mitarbeitenden gleichzeitig die Möglichkeit gegeben wird, der Einführung von Kurzarbeit zuzustimmen.

### Unter welchen Voraussetzungen kann Kurzarbeit eingeführt werden?

Um Kurzarbeit einzuführen, müssen grundsätzlich die folgenden drei Voraussetzungen erfüllt sein (zu verschiedenen Lockerungen dieser Voraussetzungen in der COVID-19-Krise siehe unten):

- Das Unternehmen muss einen vorübergehenden und erheblichen Arbeitsausfall haben, entweder aus wirtschaftlichen Gründen oder aufgrund eines unvermeidbaren Ereignisses.
- Darüber hinaus muss der Arbeitsausfall unvermeidbar sein. Der Arbeitgeber muss versuchen, alle zumutbaren Maßnahmen zu ergreifen, um den Arbeitsausfall zu verhindern (z.B. Nutzung von Arbeitszeitkonten und Gewährung von Urlaub).
- Schließlich müssen mehr als 1/3 der im Betrieb beschäftigten Mitarbeitenden von einem Entgeltausfall von mehr als 10% ihres monatlichen Bruttogehalts im jeweiligen Kalendermonat betroffen sein.

### Wie wird Kurzarbeitergeld beantragt und ausgezahlt?

Die folgende Darstellung erklärt die Schritte zur Beantragung und Auszahlung von Kurzarbeitergeld:

- **Schritt 1 – Anzeige des Arbeitsausfalls:** Der Arbeitsausfall muss der örtlichen Agentur für Arbeit (zuständig ist die Agentur für Arbeit, in deren Bezirk der Betrieb seinen Sitz hat) durch Antrag entweder schriftlich oder per Telefax/E-Mail (eingescannt mit Unterschrift) zunächst mit diesem Formular angezeigt werden: [https://www.arbeitsagentur.de/datei/anzeige-kug101\\_ba013134.pdf](https://www.arbeitsagentur.de/datei/anzeige-kug101_ba013134.pdf). In diesem Formular müssen die Ursachen des Arbeitsausfalls begründet werden.

Sollte eine Betriebsvereinbarung zu Kurzarbeit vorliegen, ist sie dem Antrag beizufügen. Sollte die Kurzarbeit auf einer anderen Rechtsgrundlage beruhen (z.B. Arbeitsvertrag), so ist sie in Kopie beizufügen.

- **Schritt 2 – Berechnung des Kurzarbeitergeldes:**

Die Agentur für Arbeit entscheidet unverzüglich (regelmäßig innerhalb von acht Tagen), ob die Voraussetzungen für Kurzarbeitergeld vorliegen. Der Arbeitgeber errechnet das Kurzarbeitergeld selbst und zahlt es den Mitarbeitenden aus. Folgende Tabelle der Bundesagentur für Arbeit erleichtert die Berechnung: [https://www.arbeitsagentur.de/datei/kug050-2016\\_ba014803.pdf](https://www.arbeitsagentur.de/datei/kug050-2016_ba014803.pdf). Sofern Mitarbeitende keine Sozialversicherungsbeiträge zu tragen haben (Geringverdiener), gilt folgende Tabelle: [https://www.arbeitsagentur.de/datei/kug51-tabelle-2016\\_ba015003.pdf](https://www.arbeitsagentur.de/datei/kug51-tabelle-2016_ba015003.pdf).

- **Schritt 3 – Beantragung des Kurzarbeitergeldes bei der Agentur für Arbeit:**

Sobald die Agentur für Arbeit die Voraussetzungen für Kurzarbeitergeld bestätigt hat, kann die Erstattung des Kurzarbeitergeldes mit folgendem Antragsformular beantragt werden: [https://www.arbeitsagentur.de/datei/antrag-kug107\\_ba015344.pdf](https://www.arbeitsagentur.de/datei/antrag-kug107_ba015344.pdf). Dem Antrag beizufügen ist folgende Anlage: [https://www.arbeitsagentur.de/datei/kug108\\_ba013010.pdf](https://www.arbeitsagentur.de/datei/kug108_ba013010.pdf). Für den Antrag gilt eine Ausschlussfrist von drei Monaten. Die Frist beginnt mit dem Ablauf des Kalendermonats, für den das Kurzarbeitergeld beantragt wird. Geht der Antrag zu spät ein, können Leistungen ohne Rücksicht auf die Gründe des Fristversäumnisses nicht mehr gewährt werden. Nach Antragstellung erstattet die Agentur für Arbeit dem Arbeitgeber das von ihm ausgezahlte Kurzarbeitergeld.



However, because short-time work may be one of the last options to keep the start-up in business, under certain conditions, if the employee does not agree to it, the company can enforce it by serving a notice of change of employment terms (*Änderungskündigung*) which has the effect of implementing short-time work for the employee.

### **What are the Requirements for the Implementation of Short-Time Work?**

To implement short-time work, in principle, the following three requirements must be fulfilled though some have been temporarily loosened in the current COVID-19 crisis (see below):

- The company must have a temporary and substantial loss of working hours, either for economic reasons or due to an unavoidable event.
- In addition, the loss of working hours must be unavoidable. The employer must try to take all reasonable measures to prevent the loss of working hours (e.g., use working time accounts and grant vacation).
- Finally, more than 1/3 of the employees employed in the company need to be affected by a loss of salary of more than 10% of their monthly gross salary in the respective calendar month.

### **What are the Steps for the Application and Payment of Short-Time Work Allowance?**

The following steps for applying for and paying short-time work allowance must be observed:

- **Step 1 – Notification of Loss of Working Hours:** The loss of working hours must be reported to the local employment agency (the responsible employment agency in the district where the company has its registered office) by application either in writing or by fax/email (scanned with signature) first using this form: [https://www.arbeitsagentur.de/datei/anzeige-kug101\\_ba013134.pdf](https://www.arbeitsagentur.de/datei/anzeige-kug101_ba013134.pdf). You must explain the causes of the loss of working hours. If a company agreement on short-time work exists, it must be attached to the application. If the short-time work is based on another legal basis (e.g., employment contract), a copy must be enclosed.

- **Step 2 – Calculation of the Short-Time Work Allowance:** The Employment Agency decides without delay (regularly within eight days) whether the conditions for short-time work allowance are met. The company calculates the short-time work allowance itself and pays it to the employees. The following table from the Federal Employment Agency facilitates the calculation: [https://www.arbeitsagentur.de/datei/kug050-2016\\_ba014803.pdf](https://www.arbeitsagentur.de/datei/kug050-2016_ba014803.pdf). If employees do not have to pay social security contributions (low earners), the following table applies: [https://www.arbeitsagentur.de/datei/kug51-tabelle-2016\\_ba015003.pdf](https://www.arbeitsagentur.de/datei/kug51-tabelle-2016_ba015003.pdf).
- **Step 3 – Applying for Short-Time Work Allowance at the Employment Agency:** As soon as the Employment Agency has confirmed that the conditions for short-time work allowance are met, reimbursement of the short-time work allowance can be applied for using the following application form: [https://www.arbeitsagentur.de/datei/antrag-kug107\\_ba015344.pdf](https://www.arbeitsagentur.de/datei/antrag-kug107_ba015344.pdf). The application must be accompanied by the following annex: [https://www.arbeitsagentur.de/datei/kug108\\_ba013010.pdf](https://www.arbeitsagentur.de/datei/kug108_ba013010.pdf). The application must be submitted within three months. The period begins at the end of the calendar month for which the short-time allowance is claimed. If the application is received too late, benefits can no longer be granted, regardless of the reasons for missing the deadline. After the application has been submitted, the Employment Agency will reimburse the employer for the short-time work allowance paid by the employer.

## Einfacherer Zugang zu Kurzarbeit als Reaktion auf die COVID-19-Pandemie<sup>4</sup>

- Der Deutsche Bundestag hat am 13. März 2020 im Eilverfahren das Gesetz zur befristeten krisenbedingten Verbesserung der Regelungen für das Kurzarbeitergeld verabschiedet. Die neuen Regelungen, die rückwirkend zum 1. März 2020 gelten, erleichtern Unternehmen den Zugang zu Kurzarbeitergeld während der COVID-19-Pandemie.
- Hinsichtlich der Gründe für den Arbeitsausfall hat die Bundesagentur für Arbeit bereits klargestellt, dass Arbeitsausfälle aufgrund der COVID-19-Pandemie als ein unvermeidbares Ereignis gelten.
- Nach der neuen Regelung muss kein negativer Arbeitszeitsaldo durch die Mitarbeitenden mehr aufgebaut werden. Die Bundesagentur für Arbeit stellte außerdem klar, dass Mitarbeitende auch nicht mehr aufgefordert werden müssen, ihren Urlaubsanspruch des laufenden Jahres zu nehmen, bevor Kurzarbeit für diese beantragt werden kann.
- Nach der neuen Gesetzgebung wurde die Anforderung, dass 1/3 der im Unternehmen beschäftigten Mitarbeitenden von einem Entgeltausfall betroffen sein müssen, auf 10% der Beschäftigten gesenkt.
- Darüber hinaus sieht die Gesetzesnovelle vor, dass die Bundesagentur für Arbeit dem Arbeitgeber alle Sozialversicherungsbeiträge für den entgangenen Arbeitslohn des Mitarbeitenden erstattet; darüber hinaus ist Kurzarbeit auch für Leiharbeitnehmer erlaubt.
- Zusätzlich zu den Regelungen für die Nebentätigkeit während der Kurzarbeit wird in der Zeit vom 1. April 2020 bis zum 31. Oktober 2020 das während der Kurzarbeit in systemrelevanten Branchen oder Berufen verdiente Gehalt aus Nebentätigkeiten nur dann angerechnet, wenn das Gesamteinkommen des Mitarbeitenden zuzüglich des Kurzarbeitergeldes das normale Gehalt des Mitarbeitenden (ohne Kurzarbeit) übersteigt. Als systemrelevant gelten insbesondere Berufe, die für das öffentliche

Leben und die Sicherung und Bereitstellung des Lebensunterhalts der Bevölkerung unverzichtbar sind. Dazu gehören u.a. der Gesundheits- und Pflegesektor mit Krankenhäusern, Arztpraxen und Apotheken, die Land- und Ernährungswirtschaft sowie die Versorgung mit Lebensmitteln, Energie und Wasser usw.

- Eine weitere Änderung war die Erhöhung des Kurzarbeitergeldes für Mitarbeitende, die derzeit mindestens 50% weniger arbeiten. Das Kurzarbeitergeld soll bis spätestens 31. Dezember 2020 ab dem vierten Monat des Bezugs auf 70% (bzw. 77% für Mitarbeitende mit mindestens einem unterhaltsberechtigten Kind) des Nettoentgelts und ab dem siebten Monat auf 80% (bzw. 87% für Mitarbeitende mit mindestens einem unterhaltsberechtigten Kind) des Nettoentgelts angehoben werden.
- Schließlich wird der Anspruch auf Arbeitslosengeld I für Arbeitslose, deren Anspruch zwischen Mai und Dezember 2020 enden würde, auf weitere drei Monate ausgedehnt, da diese Personen aufgrund der Krise kaum Aussichten auf einen neuen Arbeitsplatz haben werden.

### NEUER VERGÜTUNGSANSPRUCH FÜR ELTERN GEMÄSS § 56 INFektionSSCHUTZGESETZ



Viele Start-ups haben junge Mitarbeitende eingestellt, oft mit kleinen Kindern. Für berufstätige Eltern, die aufgrund der derzeitigen pandemiebedingten Schließung von Kindergärten, Kindertagesstätten und/oder Schulen ihren Arbeitsaufgaben nicht nachkommen können, hat der Deutsche Bundestag ein weiteres neues Gesetz verabschiedet: Betroffenen Eltern wird unter bestimmten Voraussetzungen ein staatlich geförderter Entschädigungsanspruch nach dem Infektionsschutzgesetz ("IfSG") gewährt, der sich rechtlich vom vertraglichen Vergütungsanspruch unterscheidet. Die Regelung ist bereits am 30. März 2020 befristet bis zum 31. Dezember 2020 in Kraft getreten.<sup>6</sup>



4. Details und einen Leitfaden finden Sie in unserem Arbeitsrechts- und Litigation-Blog: <https://www.orrick.com/de-DE/insights/2020/03/covid-19-krise-deutschland-erleichtert-zugang-zu-kurzarbeitergeld>.

6. Details finden Sie auf unserem Arbeitsrechts- und Litigation-Blog: <https://blogs.orrick.com/employment/2020/04/03/covid-19-update-germany-to-give-working-parents-state-funded-compensation-claim-during-closure-of-childcare-and-schools/>

## Easier Access to Short-Time Work in Response to the COVID-19 Pandemic<sup>5</sup>

- The German parliament passed the “law on the crisis-related temporary improvement of the regulations for short-time work allowance” (*Gesetz zur befristeten krisenbedingten Verbesserung der Regelungen für das Kurzarbeitergeld*) in a fast-track procedure on 13 March 2020. The new regulations, that apply retrospectively with effect from 1 March 2020, give companies easier access to state-funded short-time work allowance amid the Corona virus outbreak.
- In relation to the reasons for the loss of working hours, the Federal Employment Agency has already clarified that loss of work due to the Corona virus outbreak qualifies as such unavoidable event.
- According to the new regulations, employees no longer have to build up a negative working time balance. The Federal Employment Agency further clarified that employees do not have to be asked to take their vacation for the current year before short-time work can be applied for.
- Under the new legislation, the requirement that 1/3 of the employees employed in the company need to be affected by a loss of salary has been reduced to 10% of the employees.
- Furthermore, the legislative amendment provides that the Federal Employment Agency will reimburse the employer for all social security contributions for the employee’s lost salary and it further allows short-time work for temporary agency workers (*Leiharbeitnehmer*).
- In addition to the rules for secondary employment during short-time work, from 1 April 2020 to 31 October 2020, salary from secondary employment earned in essential sectors or professions while receiving the short-time work allowance will only be offset if the overall earnings of the employee plus the state allowance exceed the employee’s normal salary. Occupations necessary to public life and to the security and provision of people’s livelihood are particularly considered to be essential workers.

These *inter alia* include the health and nursing sector with hospitals, doctors’ practices and pharmacies, the agricultural and food industry and the supply of food, energy and water sector etc.

- A further amendment has been the increase of short-time work allowance for employees who are currently working at least 50% less. The short-time work allowance is to be increased at the latest until 31 December 2020 to 70% (or 77% for employees with at least one dependent child) of the net pay from the fourth month of receiving the allowance and to 80% (or 87% employees with at least one dependent child) of the net pay from the seventh month of receiving the allowance.
- Lastly, eligibility for unemployment benefits (*Arbeitslosengeld*) is now being extended for a further three months for unemployed persons whose eligibility would end between May and December 2020 since these people will have little prospect of finding a new job due to the crisis.

### NEW COMPENSATION CLAIM FOR WORKING PARENTS UNDER THE INFECTION PROTECTION ACT (INFEKTIONSSCHUTZGESETZ)



Many start-ups have hired young employees, often with small children. For working parents who are unable to fulfill their working duties due to the current closure of kindergarten, day care center and/or school as a result of the pandemic, the German parliament has passed another new law: Under certain conditions, affected parents are granted a state-funded compensation claim under the Infection Protection Act (“IfSG”), which is legally distinct from the contractual remuneration claim. The regulation already came into force on 30 March 2020 for a limited period until 31 December 2020.<sup>7</sup>



5. For details and more guidance see our Employment Law & Litigation blog: <https://www.orrick.com/de-DE/insights/2020/03/covid-19-krise-deutschland-erleichtert-zugang-zu-kurzarbeitergeld>.

7. Details can be found on our Employment Law & Litigation blog: <https://blogs.orrick.com/employment/2020/04/03/covid-19-update-germany-to-give-working-parents-state-funded-compensation-claim-during-closure-of-childcare-and-schools/>

## 1.2 Weitere Möglichkeiten zur Senkung der Personalkosten

Neben der Kurzarbeit gibt es verschiedene Möglichkeiten, die Unternehmen in einem Wirtschaftsabschwung in Betracht ziehen können. Für die meisten dieser Optionen ist jedoch die Zustimmung des Mitarbeitenden erforderlich. Transparenz und gute Kommunikation mit den Mitarbeitenden sowie ein gewisses Fingerspitzengefühl, werden dabei den Prozess erheblich erleichtern und helfen, die Akzeptanz der Mitarbeitenden für solche Maßnahmen zu gewinnen.

- **Urlaub und Arbeitszeitkonten:** In Zeiten, in denen es keine Arbeit für die Beschäftigten gibt (z.B. aufgrund von Auftragsstornierungen), sollte die Anordnung von Urlaub in Erwägung gezogen werden. Die Urlaubsanordnung ist möglich, wenn das Unternehmen dringende betriebliche Gründe geltend machen kann, die die individuellen Urlaubsansprüche des Mitarbeitenden überwiegen müssen. Die einseitige Anordnung von Urlaub oder Einführung von Betriebsferien ist dann gerechtfertigt, wenn der Betrieb oder bestimmte Abteilungen vorübergehend geschlossen werden müssen. Es ist jedoch zu beachten, dass bereits genehmigter Urlaub nicht einseitig durch den Arbeitgeber widerrufen werden kann. Es ist auch möglich, die Mitarbeitenden aufzufordern, aufgelaufene Überstunden zu nutzen, um dem geringeren Arbeitsaufkommen zu begegnen.
- **Gehaltskürzungen:** Gehaltskürzungen können die Liquidität des Unternehmens schützen. Eine Gehaltskürzung ist jedoch nicht ohne die Zustimmung des Mitarbeitenden möglich. Während Mitarbeitende unter normalen Umständen kaum ihre Zustimmung geben dürften, sollten in Krisenzeiten der soziale Druck und die Tatsache, dass viele Arbeitsplätze gefährdet sein könnten, dazu beitragen, die Gehaltskürzung zu akzeptieren. Bei Mitarbeitenden, die bereits von Anreizsystemen (s. dazu unter A.II.4) profitieren, bietet es sich zudem an, darüber nachzudenken, eine vorübergehende Gehaltskürzung im Austausch gegen höhere (virtuelle) Unternehmensanteile anzubieten.
- **Boni kürzen:** Hat man mit einem Mitarbeitenden einen Bonus vereinbart, so kann man diesen grundsätzlich nicht einseitig widerrufen. Teilweise werden Widerrufsklauseln in Bonusvereinbarungen eingefügt, die es dem Arbeitgeber ermöglichen, in Zeiten finanzieller Not den Bonus ohne Zustimmung des Mitarbeitenden zu kürzen oder ganz zu streichen. Klauseln, die es ermöglichen einen Bonusanspruch in seiner Gesamtheit zu widerrufen sind jedoch nach deutschem Recht oft nicht durchsetzbar. Nach der Rechtsprechung kann eine Widerrufsklausel nur dann wirksam vereinbart werden, wenn sie angemessene und plausible Gründe für einen Widerruf angibt und der widerrufene Teil des Bonus weniger als 25% des Festgehalts beträgt. Wegen dieser strengen Anforderungen, die in der Praxis kaum erfüllt werden, wäre daher der Abschluss einer Vereinbarung mit dem Mitarbeitenden die sicherste Option.
- **Verkürzung der Arbeitszeit und anteilige Reduzierung der Gehälter:** Arbeitgeber und Mitarbeitende können sich auch auf eine entsprechende Reduzierung von Arbeitszeit und Gehalt einigen. Eine solche Reduzierung von Arbeitszeit und Gehalt sollte insbesondere dann in Erwägung gezogen werden, wenn die Voraussetzungen für die Einführung von Kurzarbeit nicht gegeben sind.
- **Unbezahlter Urlaub, Sabbaticals:** Auch wenn ein unbezahlter Urlaub möglicherweise keine zufriedenstellende Lösung für einen Mitarbeitenden darstellt, könnte er vom Unternehmen als eine gegenüber einer Kündigung weniger einschneidende Maßnahme während einer Krise in Erwägung gezogen werden.
- **Keine Verlängerung befristeter Verträge:** Während eines Abschwungs sollten Unternehmen in jedem Fall erwägen, auslaufende befristete Verträge nicht zu verlängern, um die Flexibilität zu erhalten und gleichzeitig den jeweiligen Mitarbeitenden an Bord zu halten (Einzelheiten siehe Kapitel A.II.2 unten).

## 1.2 Further Personnel Costs Reduction Schemes

Besides short-time work, there are various options for companies to further reduce personnel costs that should be looked at in a downturn. However, most of these options will require the employee's consent. Transparency, sensitivity and good communication with the employees will significantly facilitate the process and will help employees accept such measures.

- **Vacation and Working Time Accounts:** In times when there is no work for the employees (e.g., due to cancelled orders) demanding that vacations be taken should be considered. Enforcing vacation is possible if the company can claim urgent operational reasons which must outweigh the employee's individual vacation claims. The unilateral ordering of vacation or company vacations (*Betriebsferien*) is justified when the company or certain departments have to be closed temporarily. However, please note that vacation already approved cannot be revoked unilaterally by the employer. It is also possible to ask employees to use accrued overtime to counteract the shortage of work.
- **Cut Salary:** Cutting salary can protect the company's liquidity. However, a salary reduction is not possible without the employee's consent. While under normal circumstances, employees may be unwilling to give their consent, in times of crisis, the social pressure and the fact that many jobs are at risk should help them accept the salary reduction. For employees who already benefit from incentive schemes (see A.II.4), it is also worth considering offering a temporary salary reduction in exchange for additional grants under a (virtual) stock option plan or improved conditions with respect to existing grants.
- **Cut Bonuses:** If you have agreed a bonus with the employee, you can generally not unilaterally cut such agreed bonus. Sometimes bonus schemes may include revocation clauses which enable the employer to reduce or entirely cut the bonus, e.g., in times of financial distress without the employee's consent. However, such clauses allowing the employer to revoke a bonus claim in its entirety are often not enforceable under

German law. According to case law, a revocation clause may only be effective and enforceable when it is justifiably revoked and the revoked bonus amounts to less than 25% of the fixed salary. Because of these strict requirements, which are rarely met in practice, the safest option would therefore be to sign an agreement with the employee.

- **Reducing Working Hours and Salary Pro-Rata:** Employers and employees may also agree on a reduction of working hours and salary accordingly. Such a reduction of working hours and salary should be considered particularly in cases where the requirements for the implementation of short-time work are not met.
- **Unpaid Leave, Sabbaticals:** Even though an unpaid leave may not be a satisfying solution for an employee, it could be considered by the company as a less restrictive measure than a dismissal during a crisis.
- **Not Extending Fixed-Term Contracts:** Companies during a downturn should in any case consider not extending expiring fixed-term contracts to maintain flexibility while keeping the respective employee on board (for details see Chapter A.II.2 below).

## 2. FLEXIBLE BESCHÄFTIGUNGSMÖGLICHKEITEN

### 2.1 Befristete Verträge

Wenn Start-ups Mitarbeitende einstellen, sind befristete Arbeitsverträge eine gute Option, um flexibel zu bleiben, denn oft ist bei Abschluss des Vertrags nicht klar, ob die Stelle längere Zeit benötigt wird oder bezahlt werden kann.

Da das deutsche Arbeitsrecht einen recht starken Kündigungsschutz bietet, besteht der größte Vorteil befristeter Arbeitsverträge darin, dass das Arbeitsverhältnis automatisch zum vereinbarten Zeitpunkt endet. Eine Kündigung ist also gerade nicht nötig. Befristete Verträge können das wachsende Start-up vor kostspieligen Kündigungen schützen, die bei Geltung des allgemeinen Kündigungsschutzes nach dem Kündigungsschutzgesetz (KSchG) denkbar sind (siehe Kapitel A.II.3). Ansonsten ist das Arbeitsrecht für befristet Beschäftigte und unbefristet Beschäftigte gleich.



Befristete Verträge müssen in schriftlicher Form abgeschlossen werden, d.h. es ist eine handgeschriebene Unterschrift von Arbeitgeber und Mitarbeitenden auf einem physischen Dokument erforderlich; E-Mail, Scan oder E-Signatur reichen nicht aus. Das Schriftformerfordernis gilt auch während der COVID-19-Krise fort. Probleme bei der Ausführung und Beschaffung von handschriftlichen Unterschriften können das Fehlen der Unterschrift nicht rechtfertigen. Ohne Einhaltung der Schriftform entsteht ein unbefristetes Arbeitsverhältnis. Dies bedeutet insbesondere, dass Fehler bei der Befristung eines Vertrages nicht zur Unwirksamkeit des gesamten Arbeitsvertrages führen, sondern nur die Befristung selbst unwirksam ist. So könnte also ungewollt ein unbefristeter Arbeitsvertrag abgeschlossen werden. Wenn sich der Mitarbeitende auf die Unwirksamkeit der Befristung berufen will, muss er innerhalb von drei Wochen nach Ablauf der Befristung Klage beim Arbeitsgericht einreichen. Der Vertrag wird also nicht automatisch entfristet.

Es gibt zwei Arten von befristeten Verträgen:

- befristete Verträge mit Sachgrund - im Prinzip können diese Vereinbarungen auf unbestimmte Zeit umgeschrieben werden; und
- befristete Verträge ohne Sachgrund - für diese Verträge gelten gesetzliche Beschränkungen in Bezug darauf, für welchen Gesamtzeitraum sie vereinbart werden können.

#### Sachgründe für befristete Verträge:

Die Kernfrage bei befristeten Verträgen ist immer, ob es Sachgründe für die Befristung gibt. Sachgründe können vorübergehender Bedarf (z.B. ein befristetes Projekt), die Vertretung eines anderen Mitarbeitenden (klassisch: Elternzeit), der ausdrückliche Wunsch des Mitarbeitenden oder eine vorübergehende Funktion sein (hier gibt es hohe Anforderungen!). Grundsätzlich können aufgrund von Sachgründen befristete Verträge beliebig oft vereinbart und verlängert werden. Eine zeitliche Grenze oder Höchstzahl von Verlängerungen gibt es (derzeit) nicht. Bei mehrmaliger Verlängerung kann es bei einem Rechtsstreit aber schwierig sein, nachzuweisen, dass der Bedarf an der Arbeitsleistung des Mitarbeitenden nur vorübergehend ist.



Selbst wenn Arbeitgeber und Mitarbeitende davon ausgehen, dass Sachgründe vorliegen, kann ein Gericht das anders sehen. Die Voraussetzungen für Sachgründe sind sehr eng. Wenn es keine eindeutigen Sachgründe gibt (z.B. Vertretung während der Elternzeit), sollten Sie lieber einen befristeten Vertrag ohne Sachgründe verwenden.

---

## 2. FLEXIBLE HIRING AND STAFFING OPTIONS

### 2.1 Fixed-Term Contracts

When start-ups are hiring employees, fixed-term employment contracts are a good option to remain flexible because often it's not clear at the outset whether the position is still needed or can still be paid for after the contract will expire.

Given the fact that German employment law provides rather strong protection against dismissal, the biggest advantage of using fixed-term contracts is that the employment relationship ends automatically at the agreed point in time without the need for termination. Therefore, fixed-term contracts can also protect the growing start-up from costly departures if the conditions for general protection against dismissal under the Dismissal Protection Act (*Kündigungsschutzgesetz* – "KSchG") are met (for details see Chapter A.II.3). Other than that, employment legislation is the same for fixed-term and permanent employees.



Fixed-term contracts must be concluded in written form, *i.e.*, wet ink signature by employer and employee on a physical document is required; email, scan or e-signing will not suffice. Otherwise, a non-binding employment relationship is being established. This written form requirement also continues to apply during the COVID-19 crisis. Logistical issues in executing and obtaining wet signatures cannot justify the absence of a valid signature. This means in particular that errors regarding the fixed term of a contract don't lead to the invalidity of the entire employment contract; only the fixed term itself will be ineffective. As a result, a permanent contract is concluded (unintentionally). But the fixed term doesn't become ineffective automatically: If the employee wants to claim that the fixed-term contract is invalid, she must file an action before the labor court within three weeks after the fixed term's expiration.

There are two kinds of fixed-term contracts:

- fixed-term contracts on objective grounds – in principle, these agreements can be repeated indefinitely; and
- fixed-term contracts without objective grounds – for these contracts, legal restrictions apply with respect to the total period of time such fixed-term contracts can be agreed upon.

#### Fixed-Term Contracts on Objective Grounds:

The key question with fixed-term contracts always is whether there are objective grounds for the fixed term. Objective grounds can be temporary needs (*e.g.*, a temporary project), another employee's temporary replacement (often parental leave) or the employee's specific wish or a temporary role (there are high requirements here!). In principle, fixed-term contracts with objective grounds can be agreed and extended as often as the parties wish. There is (currently) no statutory time limit or maximum number of extensions. However, as the number of extensions increases, the company will find it more difficult to prove to the court that the employment need was only temporary.



Even if employers and employees assume there are objective grounds, a court can see it differently. The requirements for the establishment of objective grounds are pretty strict. If objective grounds cannot clearly be demonstrated (*e.g.*, substitution during parental leave), the employer is advised to use a fixed-term contract without objective grounds instead.

### Sachgrundlos befristete Verträge:

Im Grundsatz können Verträge auch ohne Sachgrund befristet werden.

In diesem Fall kann der Arbeitsvertrag auf insgesamt zwei Jahre befristet werden (bis zu dieser Höchstdauer kann der Vertrag auch bis zu dreimal verlängert werden, z.B. kann ein Vertrag mit einer anfänglichen Laufzeit von sechs Monaten dreimal um jeweils sechs Monate verlängert werden).



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.

Es gibt jedoch einige Punkte, die der Arbeitgeber beachten muss, wenn er sich für sachgrundlose Befristungen entscheidet:

- Vereinbaren Sie niemals sachgrundlose Befristungen mit Mitarbeitenden, die bereits vorher bei Ihnen beschäftigt waren (egal, ob befristet oder unbefristet), da in diesem Fall eine sachgrundlose Befristung nur in Ausnahmefällen möglich ist, z.B. wenn die vorherige Beschäftigung sehr lange zurückliegt (was bei den meisten jungen Technologieunternehmen nicht der Fall wäre).
- Niemals den Vertrag verlängern und gleichzeitig andere Vertragsänderungen vornehmen (z.B. Anpassung des Gehalts oder der Arbeitszeiten). Hier sollten zwei getrennte Verträge mit unterschiedlichen Daten abgeschlossen werden.
- Achten Sie immer darauf, dass Verlängerungen nahtlos und vor dem vereinbarten Enddatum schriftlich vereinbart werden. Sonst kommt bei Fortsetzung der Tätigkeit über das ursprüngliche Enddatum hinaus ein unbefristeter Vertrag zustande.

### 2.2 Freelancer-Verträge

Start-ups können auch Freelancer einsetzen, um flexibel und angemessen auf ihre Bedürfnisse zu reagieren, insbesondere bei einem projektbezogenen zusätzlichen Personalbedarf.

Es gibt kaum ein Start-up ohne Freelancer, denn Freelancer verfügen über Erfahrung und Know-how aus anderen Projekten und geben dem Start-up die nötige Flexibilität. Unternehmen können die Arbeitskräfte der Freelancer bei Bedarf einsetzen und sind nicht an ein unbefristetes Arbeitsverhältnis gebunden. Freelancer-Verträge können im Bedarfsfall schnell innerhalb der im Vertrag vereinbarten Frist gekündigt werden. Arbeitnehmerschutzrechte gelten nicht für Freelancer. Gründer müssen sich aber von Anfang an eines wichtigen Aspekts bewusst sein: Freelancer sind nicht als billige Alternative zu Mitarbeitenden gedacht und sie tragen immer das Risiko der sog. Scheinselbstständigkeit.

### 2.3 Praktikanten, Werkstudenten und geringfügig Beschäftigte

Start-ups können auch Praktikanten, Werkstudenten und geringfügig Beschäftigte einstellen, um flexibel und angemessen auf ihre Bedürfnisse zu reagieren. Allerdings sollten hierbei einige Risiken im Blick behalten werden.

#### Praktikanten:

Auf den ersten Blick scheinen Praktikanten eine gute Option zu sein, da sie als flexibel einsetzbar gelten und regelmäßig geringer vergütet werden als normale Mitarbeitende.



Zu beachten ist, dass ein unbezahltes Praktikum nur in Ausnahmefällen angeboten werden kann, z.B. für Studierende und Lehrlinge, die durch die Ausbildungsordnung vorgeschrieben sind (Pflichtpraktikum), oder im Falle eines Orientierungspraktikums von bis zu drei Monaten vor Aufnahme des Studiums oder einer Lehre.

Praktikanten sind per Definition vorübergehend praktisch tätig, um sich die für einen – meist akademischen – Beruf notwendigen praktischen Kenntnisse, Fertigkeiten und Erfahrungen anzueignen. Praktikanten gelten nicht als Mitarbeitende, da der Schwerpunkt nicht in Erbringung der Arbeitsleistung, sondern im Ausbildungszweck liegt. Auf diesen wird sich ein Start-up in einer Wirtschaftskrise aber kaum konzentrieren können.



### Fixed-Term Contracts without Objective Grounds:

In general, fixed-term contracts also can be used without objective grounds justifying the term.

In this case, a new hire's employment contract can be limited to a total of two years without objective grounds (within such maximum period, the contract can be extended up to three times, e.g., a contract is concluded with an initial fixed term of six months and extend this contract three times by six months each).



And start-ups less than four years old can even use a fixed-term contract without objective grounds for up to four years and within this period they can extend it as often as they like.

However, there are some points employers should be aware of when using fixed-term contracts without objective grounds:

- Never agree on fixed-term contracts with employees who have been employed before (fixed-term or permanent employment) as in this event, a fixed-term contract without objective grounds can only be used in exceptional cases, e.g., if the previous employment dates back a very long time (which would not be the case for most young technology companies).
- Never extend the term of the contract and make other changes to the contract (e.g., adjustment of pay or working hours) at the same time. Instead, two separate agreements with different dates should be entered into.
- Always make sure that extensions are seamless and agreed in writing before the agreed end date. Otherwise, an unlimited contract will be established if the employee is being employed beyond the initial end date.

## 2.2 Freelance Agreements

Start-ups may also use freelancers in order to be able to react flexibly and appropriately to their needs, particularly in the context of project-related additional workforce needs.

Many start-ups use freelancers as they have experience and know-how from other projects and give the start-up the necessary flexibility. Companies can use freelancers when needed and are not bound by an employment agreement. If necessary, freelancer agreements can be terminated quickly within the applicable notice period agreed in the freelancer agreement. Employee protection rights do not apply to freelancers. But founders must be aware of one important aspect right from the outset: freelancers are not intended as a cheap alternative to employees and they always bear the risk of so-called false self-employment (*Scheinselbstständigkeit*). This is also true in times of crisis.

## 2.3 Use of Interns, Working Students and Marginal Employment

Start-ups may also use interns, working students or marginally employed employees in order to be able to react flexibly and appropriately to their needs. However, there are some legal pitfalls that need to be considered.

### Interns:

At first glance interns seem to be a good option because they allow for flexible staffing and are often paid less than regular employees.



Please note that an unpaid internship can be offered only in particular cases, for example to students and apprentices prescribed by the training regulations (compulsory internship), or in the case of an orientation internship of up to three months before starting studies or an apprenticeship.

By definition, interns temporarily work for a company to acquire the practical knowledge, skills and experience necessary to prepare for a – usually academic – profession. Interns are not considered employees, as the focus is not on the work performance but on training, which start-ups are not too concerned about during an economic crisis.

Wie bei Freelancern reicht es nicht aus, sich auf einen "Praktikumsvertrag" zu einigen, wenn der Praktikant de facto wie ein Mitarbeitender arbeitet. Bei einem solchen Scheinpraktikum hat der Praktikant Anspruch auf das gleiche Gehalt (und andere Leistungen) wie vergleichbare Mitarbeitende und unterfällt allen arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften. Beides – Vereinbarung und alltägliche Praxis – müssen mit dem Ausbildungszweck eines Praktikums in Einklang stehen. Daher sollte der Ausbildungszweck in einem Praktikumsplan festgehalten werden, der dann auch umgesetzt werden sollte.

Wenn die Voraussetzungen für ein unbezahltes Praktikum nicht erfüllt sind, gilt für Praktikanten grundsätzlich das Mindestlohngesetz (MiLoG). Der Mindestlohn beträgt derzeit EUR 9,35 brutto pro Arbeitsstunde.

#### **Werkstudenten:**

Werkstudenten arbeiten in der Regel Vollzeit während der Semesterferien oder Teilzeit während der Vorlesungszeit. Im Gegensatz zu Praktikanten gelten Werkstudenten als Mitarbeitende, da nicht die Ausbildung, sondern die Arbeitsleistung im Vordergrund steht. Daher gelten im Prinzip alle arbeitsrechtlichen Regelungen, insbesondere Entgeltfortzahlung bei Krankheit, Mindesturlaub, Kündigungsschutz und Befristungen. Auch der gesetzliche Mindestlohn gilt für Werkstudenten.

Werkstudenten unterscheiden sich aber noch in einer anderen Hinsicht: dem sog. Werkstudentenprivileg. Das bedeutet, dass das Unternehmen für sie keine Sozialversicherungsbeiträge zahlen muss, wenn sie an einer Universität immatrikuliert sind und ihre wöchentliche Arbeitszeit nicht mehr als 20 Stunden (in den Semesterferien 40 Stunden) beträgt. Dies ist ein erheblicher finanzieller Vorteil, wobei jedoch Rentenversicherungsbeiträge weiterhin zu entrichten sind, es sei denn, es handelt sich um eine geringfügige Beschäftigung und der Student wurde von der Rentenversicherungspflicht befreit.

Das Vorliegen der Voraussetzungen für das Werkstudentenprivileg sollte im Werkstudentenvertrag gut dokumentiert sein. In der Praxis muss darauf geachtet werden,

die Voraussetzungen aufrechtzuerhalten, insbesondere sollten die zeitlichen Höchstgrenzen eingehalten werden. Der Vertrag sollte vorsehen, dass der Student jedes Semester eine Immatrikulationsbescheinigung vorlegen muss. Geht das Werkstudentenprivileg verloren, z.B. weil der Student nicht mehr immatrikuliert ist, müssen die Sozialversicherungsbeiträge vom Unternehmen nachbezahlt werden, was bei der Beschäftigung mehrerer Werkstudenten schnell teuer werden kann.

#### **Geringfügig Beschäftigte:**

Eine geringfügige Beschäftigung liegt vor, wenn ein Mitarbeitender nicht mehr als EUR 450,00 pro Monat, d.h. EUR 5.400,00 pro Jahr, verdient oder wenn die Beschäftigung von vornherein auf zwei Monate oder 50 Kalendertage pro Kalenderjahr beschränkt ist und nicht berufsmäßig ausgeübt wird. Obwohl sich geringfügig Beschäftigte damit grundsätzlich für kurzfristige Projekte eignen, können sie flexibel zur Abdeckung von Auftragsspitzen eingesetzt werden und ihr Einsatz ist in gewisser Hinsicht auch sozialversicherungsrechtlich privilegiert. Allerdings addieren sich die Arbeitszeit und das Gehalt mehrerer geringfügig Beschäftigter, so dass diese Beschäftigungsmöglichkeit für qualifizierte Mitarbeitende in der Regel nicht in Frage kommt.

Geringfügig Beschäftigte haben im Prinzip die gleichen Rechte wie regulär Mitarbeitende. Sie haben z.B. Anspruch auf Urlaub und Lohnfortzahlung im Krankheitsfall und insbesondere gilt auch für sie das MiLoG, so dass 48,1 Stunden pro Monat gearbeitet werden darf. Das MiLoG sieht daneben Erfassungs- und Aufbewahrungspflichten für die tägliche Arbeitszeit von geringfügig Beschäftigten vor. Verstöße gegen diese Pflichten können mit einer Geldbuße von bis zu EUR 30.000,00 geahndet werden.

As is the case with freelancers, it isn't enough to agree an "internship contract" if the intern de facto works as an employee. In such a pseudo internship, the intern will be entitled to the same salary (and other benefits) as other comparable employees and will enjoy employment law protection. Both – documentation and everyday practice – must be in line with the training purpose of an internship. Thus, the training purpose should be recorded in an internship plan and such plan should then be implemented.

In principle, if the requirements for an unpaid internship are not met, the Minimum Wage Act (*Mindestlohngesetz* – "MiLoG") applies to interns. The minimum wage is currently EUR 9.35 gross per working hour.

### **Working Students:**

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

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

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

### **Marginal Employment:**

Marginal employment (*geringfügige Beschäftigung*) is considered to exist if an employee does not earn more than EUR 450.00 per month, i.e., EUR 5,400.00 per year, or if the employment is limited from the outset to two months or 50 calendar days per calendar year and is not exercised on a professional basis. Although the employment of marginally employed persons is thus basically suitable for short-term projects, they can be deployed flexibly to cover peak order periods and, in certain respects, their deployment is also privileged under social security law. However, the working time and the salary of several marginal jobs of the employee are added together, which means that this employment option is usually not available for qualified employees.

Marginally employed employees have, in principle, the same rights as regular employees. For example, they are entitled to holidays and continued remuneration in case of illness and, in particular, the MiLoG also applies to them, so that 48.1 hours may be worked per month. The MiLoG also provides for recording and retention obligations for the daily working time of marginally employed persons. Violations of these obligations can be punished with a fine of up to EUR 30,000.00.

### 3. WENN SICH DAS UNTERNEHMEN IN DER KRISE VON MITARBEITENDEN TRENNEN MUSS

In einer Wirtschaftskrise ist es die oberste Priorität des Start-ups, die Kosten wo immer möglich zu senken, was oft zu der schwierigen Frage führt, ob Arbeitsverhältnisse beendet werden müssen.

Firing an employee at your start-up is bad enough, but firing dozens of people at the same time is a completely different animal, and I learned a lot from this experience. Firing people is not a popular topic among founders. Everybody likes to share their hiring process, the cool recruiting hacks they have, but when it comes to firing, people rarely talk details because a) it sucks, and b) nobody likes to be the guy who fires people.

(Steli Efti, Gründer von Close)

Kündigungen sind für Start-ups in Krisenzeiten oft unvermeidlich. Deshalb ist es wichtig zu wissen, welche Aspekte man im Hinblick auf den eher starken Kündigungsschutz beachten muss, den Mitarbeitende in Deutschland nach dem Kündigungsschutzgesetz (KSchG) genießen.

Allerdings gilt das Kündigungsschutzgesetz nur für Mitarbeitende, die länger als sechs Monate in einem Unternehmen beschäftigt sind, das regelmäßig mehr als zehn Personen beschäftigt. Deshalb sollte eine Kündigung während der Probezeit, die maximal sechs Monate betragen kann, in Krisenzeiten zuerst in Betracht gezogen werden.

#### KÜNDIGUNGEN WÄHREND DER PROBEZEIT



Die Kündigung kann sogar noch am letzten Tag der Probezeit erfolgen; spätestens an diesem Tag muss sie dem Mitarbeitenden zugehen. Das bedeutet: Die Kündigung muss nicht zwei Wochen vor Ende der Probezeit ausgesprochen werden – dies ist ein weit verbreitetes Missverständnis.

Die Kündigung darf natürlich nicht sittenwidrig oder willkürlich sein oder gegen die Nichtdiskriminierungsvorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) verstoßen. Aber innerhalb dieser Grenzen steht es dem Unternehmen frei, den Vertrag zu kündigen, sofern nicht ausnahmsweise ein besonderer Kündigungsschutz gilt (siehe unten). Es muss lediglich die vereinbarte Kündigungsfrist eingehalten und eine ordentliche Kündigung erklärt werden – mehr wird nicht benötigt.



Wenn das Start-up knapp unter der Schwelle von zehn Mitarbeitenden liegt, sollten Optionen wie der Einsatz von Freelancern in Betracht gezogen werden, um eine Überschreitung des Schwellenwertes zu vermeiden. Freelancer, Praktikanten, Auszubildende und Geschäftsführer zählen nicht zur Schwelle von zehn Beschäftigten, die die Anwendung des KSchG auslöst und Teilzeitbeschäftigte zählen nur anteilig. Wichtig: Sobald mehr als zehn Mitarbeitende im Unternehmen arbeiten, ändern sich die Spielregeln und zwar für alle Mitarbeitende.

#### Allgemeiner Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz:<sup>8</sup>

Jede Kündigung durch das Unternehmen bedarf hier einer Rechtfertigung und ist nur wirksam, wenn das Unternehmen (im Falle eines Gerichtsverfahrens) nachweisen kann, dass die Kündigung durch einen der drei im KSchG genannten Gründen "sozial gerechtfertigt" ist:

- verhaltensbedingte Gründe (z.B. Fehlverhalten);
- personenbedingte Gründe; oder
- betriebliche Gründe (z.B. Redundanz-Szenarien).

Während eines wirtschaftlichen Abschwungs sind betriebliche Gründe die wahrscheinlichsten Gründe für die Kündigung von Mitarbeitenden. Deshalb wollen wir diesen speziellen Rechtfertigungsgrund näher betrachten.

8. Für Details siehe OLNS#3 – Arbeitsrecht für Technologieunternehmen: <https://www.orrck.com/en/Insights/2019/12/Orrick-Legal-Ninja-Series-OLNS-3-Employment-Law-for-Tech-Companies>.

### 3. TERMINATION OF EMPLOYMENT IN TIMES OF CRISIS

In an economic crisis, the start-up's top priority is to cut costs wherever possible which often leads to the difficult question as to whether employment relationships have to be terminated.

**Firing an employee at your start-up is bad enough, but firing dozens of people at the same time is a completely different animal, and I learned a lot from this experience. Firing people is not a popular topic among founders. Everybody likes to share their hiring process, the cool recruiting hacks they have, but when it comes to firing, people rarely talk details because a) it sucks, and b) nobody likes to be the guy who fires people.**

(Steli Efti, Founder of Close)

Dismissals are often unavoidable for start-ups in times of crisis. It is therefore important to know which aspects you need to consider with regard to the rather strong dismissal protection employees enjoy in Germany under the KSchG.

However, the KSchG only applies to employees who have been employed for more than six months in a company that regularly employs more than ten people which is why termination during the probationary period (the maximum period is limited to six months) is often considered first in times of crisis.

#### DISMISSAL DURING THE PROBATIONARY PERIOD



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

The termination may not, of course, be immoral or arbitrary or violate non-discrimination rules under applicable German equal treatment laws. But within these limits, the company is free to terminate the contract unless, exceptionally, special dismissal protection applies (see below). The agreed notice period needs to be observed, and a proper notice of termination must be drawn up, and that's it.



If the start-up is just below the ten-employee threshold, consider options such as using freelancers to avoid exceeding it. Freelancers, interns, apprentices and managing directors do not count for the threshold of ten employees triggering the application of the KSchG and part-time employees only count *pro rata*. Make no mistake: as soon as you have more than ten employees, the rules of the game have changed, for all employees.

#### General Dismissal Protection under the KSchG:<sup>9</sup>

Any dismissal by the company requires a justification and is valid only if the company can present evidence (in the case of court proceedings) that the dismissal is "socially justified" by one of the three justifications specified in the KSchG:

- behavioral reasons (e.g., misconduct);
- personal reasons; or
- operational reasons (e.g., redundancy scenarios).

During an economic downturn the most probable reason to dismiss employees is for operational reasons. This is why we want to take a closer look at this particular justification ground.

9. For details see *OLNS#3 – Employment Law for Tech Companies*: <https://www.orrck.com/en/Insights/2019/12/Orrick-Legal-Ninja-Series-OLNS-3-Employment-Law-for-Tech-Companies>.

Eine wirksame Kündigung aus betrieblichen Gründen erfordert die Beachtung von drei Aspekten:

- Erstens erfordert eine betriebsbedingte Kündigung, dass die Position des zu kündigenden Mitarbeitenden überflüssig wird (z.B., weil beschlossen wurde, eine bestimmte Produktlinie einzustellen oder den Betrieb (teilweise) zu schließen).
- Zweitens darf es im Unternehmen keine andere freie Stelle für den Mitarbeitenden geben (jegliche freien Stellen müssen den von einer Kündigung betroffenen Mitarbeitenden angeboten werden).
- Schließlich erfordert eine Kündigung aus betrieblichen Gründen eine Sozialauswahl. Das Start-up kann nicht frei entscheiden, von welchem Mitarbeitenden es sich trennen will, auch nicht aus betrieblichen Gründen. Am besten geschützt sind Mitarbeitende, die schon länger für das Unternehmen arbeiten, älter sind, Angehörige zu versorgen haben und schwerbehindert sind. Eine Auswahl anhand dieser gesetzlichen Kriterien lässt selten das gewünschte Dreamteam an Bord behalten. Auch ist der Prozess der Sozialauswahl fehleranfällig.

Zusammenfassend kann man sagen, dass die Anforderungen an Kündigungen hoch sind und nicht einmal Experten zuverlässig vorhersagen können, ob eine Kündigung vor Gericht standhalten wird. Nur in Fällen klarer und gut dokumentierter erheblicher Verstöße könnte dies anders sein. Bei besonders schwerwiegenden Verstößen kann eine Abmahnung ausnahmsweise entbehrlich sein (z.B. bei Straftaten zum Nachteil des Unternehmens). Da wasserdichte Fälle selten sind, bieten Unternehmen oft Abfindungen und Trennungsvereinbarungen an (mehr dazu weiter unten).

### **Besonderer Kündigungsschutz:**

Es muss auch beachtet werden, dass einige Mitarbeitende einen besonderen Kündigungsschutz genießen, insbesondere schwerbehinderte Mitarbeitende, Frauen während der Schwangerschaft und vier Monate nach der Entbindung sowie Mitarbeitende, die Elternzeit oder einen anderen geschützten Freistellungsgrund in Anspruch nehmen. In diesen

Fällen sind Kündigungen unwirksam, wenn die zuständige staatliche Behörde nicht vorab der Kündigung zustimmt.

### **3.1 Kündigungsverfahren und Formalia**

Um rechtliche Fallstricke zu vermeiden, sind bei einer Kündigung die folgenden Formalia einzuhalten.

#### **Kündigungsfristen:**

Die gesetzlichen Mindestkündigungsfristen müssen sorgfältig eingehalten werden, da auch dann, wenn im Arbeitsvertrag eine kürzere Kündigungsfrist vereinbart wird, die gesetzliche Mindestkündigungsfrist gilt. Längere Kündigungsfristen können aber frei vereinbart werden. Dies ist vor allem wichtig bei Mitarbeitenden in Schlüsselpositionen, um einen plötzlichen Wechsel zum Wettbewerber zu verhindern.



Es muss darauf geachtet werden, dass das deutsche Recht keine einseitige Möglichkeit des Arbeitgebers vorsieht, an Stelle der Kündigung eine einmalige Zahlung als Gegenleistung für die Verkürzung der Kündigungsfrist zu leisten. Dies ist nur in gegenseitigem Einvernehmen möglich; der Mitarbeitende wird jedoch in der Regel nur ungern zustimmen, da ihm in diesem Fall Nachteile hinsichtlich des Arbeitslosengeldes entstehen.

#### **Kündigungserklärung:**

Inhaltlich erfordert eine Kündigung nicht allzu viel: Es muss nur hinreichend klar sein, dass und zu welchem Zeitpunkt das Unternehmen das Arbeitsverhältnis kündigen will. Grundsätzlich muss in der Kündigung kein Grund angegeben werden. In der Regel sollte der Grund auch nicht erwähnt werden, da das in einem späteren Prozess zu Schwierigkeiten führen kann.

Die Kündigung muss schriftlich erfolgen. Die Kündigung muss von einer für das Unternehmen vertretungsberechtigten Person unterzeichnet und dem Mitarbeitenden im Original zugestellt werden. Der sicherste Weg ist immer die Unterschrift eines gesetzlichen Vertreters, z.B. des alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführers einer GmbH. Es ist immer eine gute Idee, die Vertretungsbefugnis vorher im Handelsregister zu überprüfen.

A valid dismissal for operational reasons requires three aspects to be observed:

- First, a dismissal for operational reasons requires the position of the employee to be dismissed to become redundant (e.g., because it was decided to discontinue a certain product line or to close down (parts of) the operation).
- Second, there must be no other vacancies for the employees within the company (any vacant positions would have to be offered to the employees who are threatened by the redundancies).
- Finally, a dismissal for business reasons requires a social selection. The start-up is not free to decide which employee it wants to dismiss, even for business reasons. Employees who have worked for the company longer, are older, have dependents to support, or are severely disabled are best protected. A selection based on legal criteria rarely lets you keep on board the dream team you want. Also, the social selection process is error-prone.

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

### Special Dismissal Protection:

Start-ups also need to be aware that some employees enjoy special protection against dismissal, in particular severely disabled employees, pregnant women during pregnancy and four months after giving birth and employees who applied for or are on parental leave or other protected leaves. In these cases, dismissals would be null and void unless a state authority approves the dismissal prior to providing notice of termination.

## 3.1 Termination Process and Formal Requirements

When terminating an employment relationship, the following procedure and formal requirements need to be observed to avoid legal pitfalls.

### Notice Periods:

Statutory minimum notice periods must be carefully observed as, even if a shorter notice period is agreed in the employment contract, the statutory minimum notice period will still apply. The company can certainly agree on longer notice periods, but the minimum statutory periods cannot be shortened. This is particularly relevant for key employees. Normally, you don't want your key players to move to your competitor at short notice.



Please note that German law does not provide for the unilateral option of the employer to pay in lieu of notice, *i.e.*, to make a one-time payment in exchange for shortening the notice period. This is only possible upon agreement; however, the employee will normally be reluctant to agree since she will suffer disadvantages with regard to unemployment benefits.

### Notice of Termination:

Content-wise a dismissal does not require too much: The only requirement is that it is sufficiently clear that the company wants to terminate employment and when. Generally, no reason has to be given in the notice of termination and as a rule, it's best not to, as this can lead to problems in the case of future litigation.

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

Sofern sich die Vertretungsbefugnis des Unterzeichners nicht aus dem Handelsregister ergibt (z.B. HR-Manager, anders: Geschäftsführer) immer eine vom gesetzlichen Vertreter unterzeichnete Vollmacht im Original beigelegt werden. Andernfalls kann der Mitarbeitende die Kündigung ablehnen, weil die Vollmacht nicht vorgelegt wurde. Dies ist jedoch nicht möglich, wenn er von der Vollmacht wusste. Der HR-Manager gilt in der Regel als bevollmächtigt, wenn seine Kündigungsbefugnis im Unternehmen allgemein bekannt war.



Wichtig zu wissen ist, dass eine mündliche Kündigung oder Kündigung per E-Mail, Text oder WhatsApp in jedem Fall unwirksam ist. Eine E-Mail mit einem angehängten Scan einer unterschriebenen Kündigung ist nicht ausreichend, ebenso wenig wie eine verifizierte Signatur von DocuSign, PandaDoc usw. Viele Arbeitgeber fragen sich, ob das Schriftformerfordernis in schwierigen Zeiten, so wie z.B. während der COVID-19-Krise, ausgesetzt wird. Dies ist jedoch nicht der Fall. Arbeitgeber sollten sich daher bemühen, dass die handschriftlich unterschriebene Kündigung rechtzeitig an den Mitarbeitenden gelangt.

Schließlich ist der Zugang der Kündigung beim Mitarbeitenden durch den Arbeitgeber zu dokumentieren, insbesondere bei Kündigungen aus wichtigem Grund und bei Kündigungen während der Probezeit – in diesen Fällen kommt es auf den genauen Zeitpunkt des Zugangs an und das Unternehmen muss vor Gericht diesen Zeitpunkt beweisen können.



Besonderes Augenmerk sollte darauf gerichtet sein, dass im Falle von Massenentlassungen der Arbeitgeber verpflichtet ist, die Arbeitsagentur vor der Kündigung oder dem Abschluss von Aufhebungsverträgen zu benachrichtigen, da andernfalls Kündigungen oder Aufhebungsverträge nichtig wären. Diese Anforderung gilt dabei auch in Zeiten einer Wirtschaftskrise. Ob eine Meldepflicht besteht, hängt davon ab, ob die Kündigungen eine bestimmte Anzahl (je nach Größe des Unternehmens) innerhalb von 30 Tagen überschreiten. Bereits eine Kündigung von fünf Mitarbeitenden in Betrieben mit in der Regel mehr als 20 Mitarbeitenden würde als Massenentlassung angesehen werden und die Meldepflicht auslösen.

### 3.2 Aufhebungsverträge

Um langwierige Kündigungsschutzprozesse und die damit verbundenen Kosten und Risiken zu vermeiden, schließen Arbeitgeber und Mitarbeitende häufig einen Aufhebungsvertrag oder einen gerichtlichen Vergleich ab, der in vielen Fällen eine Abfindung vorsieht. Die Höhe der Abfindung wird in der Regel mit 0,5 bis 1,5 Monatsbruttogehältern pro Jahr der Betriebszugehörigkeit berechnet. 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 eher bei 1,0 oder darüber liegen. Auch die persönlichen Umstände des Mitarbeitenden (z.B. Alter, Unterhaltspflichten) spielen eine große Rolle dabei, ob man sich schnell einigen wird. In Krisenzeiten könnte es jedoch schwierig sein, einen Mitarbeitenden davon zu überzeugen, freiwillig einen Aufhebungsvertrag abzuschließen, da freie Arbeitsplätze wahrscheinlich begrenzt sein werden, weil die meisten Unternehmen keine Neueinstellungen in der Krise vornehmen. Die Unternehmen müssen also bereit sein, mehr als üblich zu bieten. Die Mitarbeitenden könnten aber auch an einer Verschiebung des Kündigungstermins auf einen späteren Zeitpunkt interessiert sein und könnten dafür auch bereit sein, auf Geld im Rahmen der Abfindungszahlung zu verzichten.



Where the signatory's power of representation doesn't result from the commercial register (e.g., HR Manager), always attach an original power of attorney signed by the legal representative. If not, the employee can reject the dismissal because power of attorney has not been submitted. This is, however, not possible if she was aware of the authorization. The Head of HR is usually deemed to have power of attorney if her power to dismiss was generally known in the company.



It is important to note that verbal dismissal or dismissal by email, text or WhatsApp is invalid, no questions asked. An email with an attached scan of a signed notice is not sufficient, nor is a signature verified by DocuSign, PandaDoc etc. Many employers wonder whether the written form requirement would be suspended in difficult times, such as during the COVID-19 crisis, however, this is not the case. Employers should therefore make every effort to ensure that the handwritten notice reaches the employee in good time.

Finally, make sure to document the employee's receipt of the notice, notably in case of dismissals for good cause and dismissals during the probationary period – in these cases it is the exact time of receipt that matters and the company must be able to prove in court when it was received.



Note that in the event of necessary collective redundancies or mass layoffs the employer may have an obligation to notify the employment agency prior to giving notice or concluding separation agreements with the employees, otherwise, the dismissal or separation agreements would be void. This requirement also applies in times of an economic crisis. Whether such notification obligation exists depends on whether terminations exceed a certain number (depending on the size of the business) within 30 days. For example, for a company which regularly has more than 20 employees, even a dismissal of five employees would be considered as mass layoff and would trigger the notification obligations.

## 3.2 Separation Agreements

In order to avoid lengthy lawsuits for unfair dismissal and the related costs and risks that come with such a lawsuit, employers and employees often come to a separation agreement or a court settlement, in many cases providing for a severance to be paid. The amount of the severance payment is usually calculated based on 0.5 up to 1.5 monthly gross salary multiplied by the number of years of service in the company. The factor will largely depend on the prospect of success of a lawsuit. If the prospects of success are good (i.e., dismissal is likely invalid), we're likely looking at 1.0 or higher. If the odds of success aren't so good, we're probably looking at 0.5 or below. The employee's personal circumstances (e.g., age, qualification, dependents requiring support etc.) will also play a major role in how an amount can be agreed on. In times of crisis, however, it might be challenging to convince an employee to voluntarily conclude a separation agreement as vacant jobs will likely be limited as most companies won't be hiring any more. Companies need to be prepared to go higher, but also consider that it is likely employees will be interested in extending the termination date and may prefer to forgo some cash i.e., severance.

---

## 4. ANREIZSYSTEME FÜR MITARBEITENDE

In Zeiten der Krise und wirtschaftlichen Turbulenzen kann es von besonderer Bedeutung sein, Schlüsselmitarbeiter und Talente weiter zu fördern, um die Krise zu überstehen oder sogar gestärkt aus ihr hervorzugehen. In diesem Zusammenhang umfassen typische Mitarbeiteranreize die Ausgabe oder "Reloading" von virtuellen Anteilen sowie die folgenden Instrumente (die alle vor ihrer Umsetzung eine angemessene rechtliche Beratung und steuerliche Analyse erfordern):

### 4.1 Übersicht über einige der Optionen

#### Neue Preisgestaltung:

Bestehende virtuelle Anteile, d.h. die Neufestsetzung/Reduzierung des Basispreises bzw. des Ausübungspreises, wie sie häufig bei ESOPs (Employee Stock Option Plan) am deutschen Markt verwendet werden, stellen sicher, dass die virtuellen Anteile des Management-Teams nicht "unter Wasser" (d.h. out-of-money) sind.

#### Management-Carve-Out-Pläne:

Da virtuelle Anteile am deutschen Markt in der Regel die Erlöse aus einem ESOP an den Betrag binden, den ein Inhaber eines Stammanteils bei einem Ausstieg erhält, können "starke" Liquidationspräferenzen dem Management eine Pause verschaffen, da ihre virtuellen Anteile am unteren Ende des Liquidationswasserfalls liegen (auch als "liq pref stack" bezeichnet). Eine Möglichkeit, dem Management einen "Up-Stack"-Anreiz zu bieten, ist ein sog. Management Carve-Out-Plan. Diese Pläne liegen unterhalb der Verschuldung, aber oberhalb des Eigenkapitals und "carven" Werte, die sonst an die Gesellschafter gehen würden und übertragen diesen Wert auf bestimmte Manager und Mitarbeitende in Schlüsselpositionen. Dies geschieht, indem den Planteilnehmern ein Recht auf Zahlungen bei und in Abhängigkeit von einem Verkauf des Unternehmens eingeräumt wird.

#### Bindungsprämien:

In einigen Fällen können Schlüsselmitarbeitern, die gefährdet sind (oder sich in finanziellen

Schwierigkeiten befinden), Bindungsprämien angeboten werden, um sie im Unternehmen zu halten. Bindungsprämien sind eine weitere Form des Know-how-Schutzes. Wie funktioniert das? In einer Vereinbarung wird dem Teammitglied versprochen, dass eine bestimmte Zahlung geleistet wird, wenn das Arbeitsverhältnis zu einem bestimmten Zeitpunkt noch besteht. Die Bindungsprämie kann auch als Treuebonus betrachtet werden: Gezahlt wird nur, wenn das Arbeitsverhältnis zum vereinbarten Zeitpunkt noch besteht. Damit wird ein Anreiz geschaffen, das Arbeitsverhältnis mindestens bis zu diesem Tag weiterzuführen. Wichtig ist, dass keine Voraussetzungen für die Zahlung des Treuebonus aufgenommen werden, die an eine bestimmte Performance oder die Erreichung von Zielen anknüpfen. Sonst könnten auch bei früherem Ausscheiden anteilige Zahlungen geschuldet sein.

### 4.2 Auswirkungen der Kurzarbeit auf bestehende Vesting-Programme

Da bei typischen deutschen ESOPs die virtuellen Anteile (oder in einigen Fällen eigenkapitalbasierte Optionen) über einen bestimmten Zeitraum (häufig zwischen drei und vier Jahren) angesammelt werden, könnten Arbeitgeber sich nach der Einführung von Kurzarbeit fragen, wie mit dem Vesting der virtuellen Anteile umzugehen ist.

Viele ESOPs sehen Regeln für den Fall vor, dass die Arbeitszeit des Mitarbeitenden reduziert wird, z.B. nachdem der Mitarbeitende eine Teilzeitbeschäftigung aufgenommen hat oder von der Arbeit freigestellt wird. Im Falle einer Arbeitszeitverkürzung sehen die meisten ESOPs vor, dass die Vesting-Periode entsprechend verlängert werden muss, während in Fällen von unbezahlter Freistellung, z.B. während der Elternzeit, eines Sabbaticals oder einer Abwesenheit wegen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit, das Vesting ausgesetzt werden soll. Da Kurzarbeitsszenarien nur selten vorkommen, enthalten die ESOPs kaum Bestimmungen zur Kurzarbeit.

---

## 4. EMPLOYEE INCENTIVE SCHEMES

In times of crisis and economic turmoil, it can be of particular importance to keep key employees and talents incentivized in order to survive the crisis or even emerge from it stronger. In connection with this, typical employee incentives include the issue or “reload” of virtual shares as well as the following tools (all of which require proper legal advice and tax analysis before implementing):

### 4.1 Some Options

#### Repricing:

Existing virtual shares, *i.e.*, resetting/reducing the base price or strike price as they are frequently used in German market ESOPs (Employee Stock Option Plan) but ensure that management team virtual shares are not “underwater” (*i.e.*, out-of-the-money).

#### Management Carve-Out Plans:

Given that German market virtual shares usually tie the proceeds under an ESOP to the amount received by a holder of a common share in an exit, “heavy” liquidation preferences can give management pause because their virtual shares are at the bottom of the liquidation waterfall (also referred to as the “liq pref stack”). One way to provide management an “up stack” incentive at the top of the waterfall is via a so-called Management Carve-Out Plan. These plans sit below debt, but above equity and effectively “carve out” value that otherwise would go to shareholders and transfer that value to designated managers and key employees. This is done by providing participants in the plan a right to payments at, and contingent on, a sale of the company.

#### Retention Bonuses:

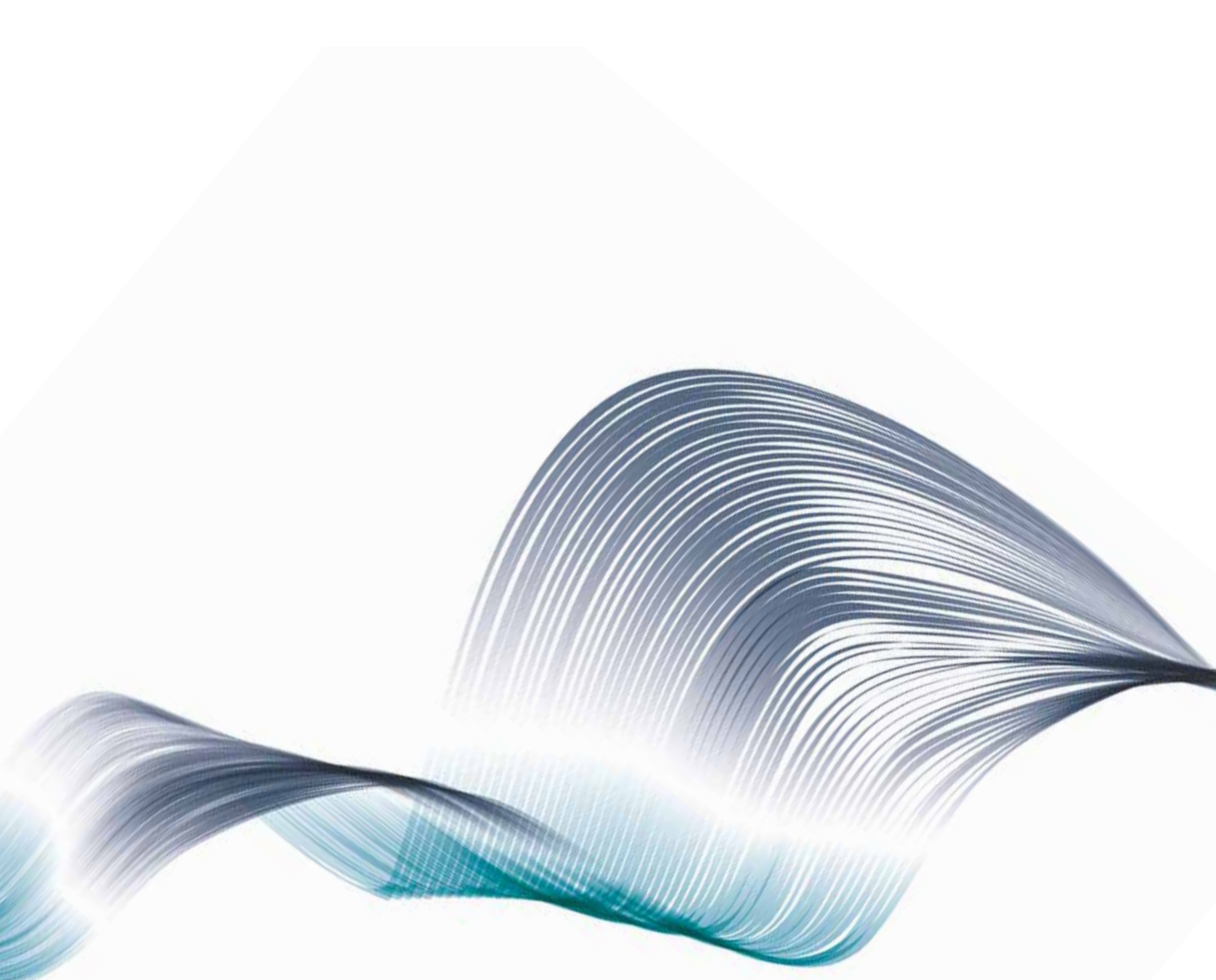
In some cases, key personnel who are at risk (or financially struggling) may be offered retention bonuses to keep them inside the fold. Retention bonuses are another form of know-how protection. How does this work? In an agreement, the team member is promised that a certain payment will be made if the employment relationship still exists at a certain point in time. The retention bonus can also be regarded as a loyalty bonus: It is paid

only if the employment relationship still exists on the agreed date. This incentivizes the employee to continue employment at least until that day. We note, payment of the retention bonus should not include further requirements that are linked to a specific performance or the achievement of targets, otherwise, pro-rata payments may need to be made even if the employee exits prior to the agreed date.

### 4.2 Short-Time Work and its Effect on Existing Vesting Schemes

Since under typical German market ESOPs, virtual shares (or in some cases equity-based options) vest over a certain period of time (frequently between three and four years), employers may ask how to handle vesting of virtual shares after the implementation of short-time work.

Many ESOPs provide rules in case the employee’s working hours are reduced, *e.g.*, after the employee starts working part-time or is released from work. In the case of a reduction in working time, most ESOPs provide that the vesting period shall be prolonged accordingly while in cases of unpaid leave, *e.g.*, during parental leave, sabbatical or sick leave, vesting is to be suspended. Since short-time work scenarios occur only rarely, legacy ESOPs will not often contain specific provisions with regard to short-time work.



In Bezug auf das Vesting virtueller Anteile und Kurzarbeit ist Folgendes zu beachten:

- **Anwendung der Regeln für Teilzeitbeschäftigung:** Falls keine individuelle Vereinbarung zwischen der Gesellschaft und dem Mitarbeitenden getroffen wird, könnten die Vesting-Regeln für eine Teilzeitbeschäftigung anwendbar sein, da Kurzarbeit hinsichtlich des Gehalts und der Arbeitszeitverkürzung einer Teilzeitbeschäftigung gleichkommt. Es gibt jedoch keine Rechtsprechung, die diesen Ansatz bestätigt. Darüber hinaus sind die Vesting-Regeln für Teilzeitbeschäftigung möglicherweise nicht vergleichbar, wenn der Mitarbeitende mit 100% Arbeitszeitverkürzung in Kurzarbeit geschickt wird und somit für eine bestimmte Dauer gar nicht mehr arbeitet.

- **Vereinbarung:** Aufgrund dieser Unsicherheiten sollte versucht werden, mit dem Mitarbeitenden eine gemeinsame Vereinbarung über die Handhabung der Vesting-Regeln bei Kurzarbeit zu treffen. Bestimmungen zum Vesting virtueller Anteile könnten auch in die mit dem Mitarbeitenden abzuschließende Kurzarbeitsvereinbarung integriert werden.

The following should be considered in terms of vesting of virtual shares and short-time work:

- **Application of Part-Time Employment Rules:** If an individual agreement is not reached between the company and the employee, we believe that vesting rules for part-time employment should be applied mutatis mutandis since short-time work leads to similar (economic) outcomes as part-time employment with regard to salary and working hours reduction. However, there is no case law supporting this argument. Furthermore, vesting rules for part-time employment may not be comparable in cases where the employee is put on short-time work with a 100% working hours reduction and therefore does not work at all for a certain period of time.
- **Mutual Agreement:** Because of these insecurities, employers are generally best advised to seek a mutual agreement with the employee regarding vesting rules during short-time work. Such provisions could then be integrated into the short-time work agreement to be concluded with the employee.



---

## 5. ZURÜCK INS BÜRO UND DIE "NEUE NORMALITÄT"

Die Gesundheit und Sicherheit der Mitarbeitenden stehen an erster Stelle, wenn es um die Arbeit in Zeiten der Pandemie geht - und wenn es darum geht, Schritte zu unternehmen, um zu einer neuen Normalität zurückzukehren, in der die Geschäfte grds. auch dann weiterlaufen, wenn es zu neuen Ausbrüchen kommt. Wenn der Lockdown beendet ist, müssen die Arbeitgeber Gesundheits- und Sicherheitsbestimmungen einführen, die eine Ansteckungsgefahr mit COVID-19 am Arbeitsplatz verringern.

### 5.1 Empfehlungen der Bundesregierung und der EU

Mit dem wirtschaftlichen Aufschwung müssen die Maßnahmen für Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz verstärkt werden, um die Ausbreitung von COVID-19 einzuschränken. Wenn sich wieder mehr Menschen im öffentlichen Raum bewegen, steigt das Infektionsrisiko und die Gefahr einer Überlastung des Gesundheitssystems. Dies erfordert einen hohen Standard im Arbeits- und Gesundheitsschutz. Die deutsche Regierung empfiehlt nun einen neuen Arbeitssicherheitsstandard, den der Arbeitgeber befolgen sollte, um eine Haftung zu vermeiden. Im Folgenden haben wir die Kernpunkte der Empfehlungen zusammengefasst.

- **Unternehmen sollten Arbeitsschutzexperten einbeziehen und das Angebot an arbeitsmedizinischer Betreuung erweitern**
  - Betriebsärzte und Fachkräfte für Arbeitssicherheit sollten die Arbeitgeber bei der Umsetzung der neuen Arbeitsschutznormen beraten.
  - Unternehmen sollten ihren Beschäftigten eine zusätzliche freiwillige arbeitsmedizinische Betreuung anbieten.
- **Ein Sicherheitsabstand von mindestens 1,5 Metern sollte immer eingehalten werden, auch und gerade bei der Arbeit**
  - Entsprechende Absperrungen, Markierungen oder Zugangsregelungen sollten umgesetzt werden.

- Büroarbeit sollte nach Möglichkeit aus dem Home-Office durchgeführt werden.
- Geschäftsreisen und persönliche Veranstaltungen sollten auf das absolute Minimum beschränkt werden.
- Soweit möglich, sind technische Alternativen wie Videokonferenzen zu nutzen.

- **Die Arbeitsabläufe sind so zu organisieren, dass die Mitarbeitenden möglichst keinen direkten Kontakt miteinander haben**

- Das gilt insbesondere auch für Schichtwechsel und Pausenzeiten. Dies muss bei der Planung berücksichtigt werden, damit der Kontakt auf ein Minimum reduziert werden kann.

- **Niemals krank zur Arbeit kommen**

- Mitarbeitende mit erkennbaren Symptomen sollten der Arbeit fernbleiben, bis der Verdacht von einem Arzt aufgeklärt ist.
- Es sollten Unternehmensrichtlinien eingeführt werden, um sicherzustellen, dass COVID-19-Verdachtsfällen unverzüglich nachgegangen wird.

- **Unternehmen sollen zusätzlichen Schutz gegen unvermeidlichen direkten Kontakt gewährleisten**

- Ist eine Vermeidung von Kontakten durch Schutzmaßnahmen wie Schutzschilde, angemessenen Abstand usw. nicht möglich, muss der Arbeitgeber den Mitarbeitenden und allen Personen, die Zugang zu den Räumlichkeiten haben (wie z.B. Kunden, Dienstleister usw.), einen Mund-Nasen-Schutz zur Verfügung stellen.

- **Unternehmen müssen zusätzliche Hygienemaßnahmen ergreifen**

- Möglichkeiten zur Reinigung sind vom Arbeitgeber bereitzustellen, um die notwendige, häufige Handhygiene zu ermöglichen.
- Kurze Reinigungsintervalle für übliche Kontaktflächen können den Schutz vor Infektionen erhöhen.

---

## 5. GETTING BACK TO THE OFFICE AND THE “NEW NORMAL”

Employee health and safety is at the forefront of the mind when it comes to work in times of a pandemic – and in particular when starting to take steps to return to a new normal where business continues even as new outbreaks may occur. When the lockdowns have ended, employers must be ready with health & safety protocols which limit the likelihood of contracting COVID-19 in the workplace.

### 5.1 Recommendations by the German Government and the EU

With the economic upturn, occupational health and safety measures must be reinforced to prevent the spread of COVID-19. When more people move about in public spaces again, the risk of infection increases – and with it the risk of overburdening the health care system. This requires a high standard of occupational health and safety. The German Government now recommends a new occupational safety standard which employers should follow to avoid liability. Below is a brief summary of the key recommendations.

- **Companies should involve occupational safety experts and expand the range of occupational health care**
  - Company physicians and occupational safety specialists should advise employers on the implementation of the new occupational safety standards.
  - Companies should offer their employees additional voluntary occupational health care.
- **A safety distance of at least 1.5 meters should always be maintained, especially at work**
  - Appropriate barriers, markings or access regulations should be implemented.
  - Office work should be carried out remotely if possible.
  - Business trips and face-to-face events should be limited to the absolute minimum.
  - As far as possible, technical alternatives such as video conferencing are to be used.
- **Processes are to be organized in such a way that employees have no direct contact with each other where possible**
  - This applies in particular to shift changes and break times. This must be considered during planning, so contact can be reduced to a minimum.
- **Never come to work sick**
  - Employees with recognizable symptoms should stay away from work until a doctor has been consulted and their advice followed.
  - Company policies should be put in place to ensure that suspected COVID-19 cases are investigated immediately.
- **Companies should ensure additional protection against unavoidable direct contact**
  - Where separation by protective measures like protective shields, proper distance etc. is not possible, the employer will need to provide nose-mouth covers to the employees and all persons with access to the premises (such as customers, service providers etc.).
- **Companies must take additional hygiene measures**
  - Cleaning facilities are to be provided by the employer to ensure the necessary advice around frequent hand hygiene can be followed.
  - Short cleaning intervals for common contact surfaces can increase protection against infection.
  - Particular attention needs to be paid to sneezing/coughing rules at work. Contactless fever measurement should be considered in specific cases.
- **Ensure contributions to pandemic mitigation**
  - In order to respond quickly to identified infections, employers should develop plans and they should cooperate with local health authorities to ensure further follow-up as necessary.

- Besondere Aufmerksamkeit ist den Regeln für das Niesen/Husten bei der Arbeit zu widmen. Es sollte eine berührungslose Fiebermessung in bestimmten Fällen vorgesehen werden.

- **Beiträge zur Eindämmung der Pandemie leisten**

- Damit schnell auf festgestellte Infektionen reagiert werden kann, sollten Arbeitgeber Pläne entwickeln und mit den örtlichen Gesundheitsbehörden zusammenarbeiten, um weitere Folgemaßnahmen zu gewährleisten.
- Für Mitarbeitende, die einen Infektionsverdacht haben, sollte es im Unternehmen eine ständige Kontaktperson geben.

- **Aktive Kommunikation rund um "Health first!"**

- Unternehmen und Manager sollten deutlich machen, dass Sicherheit und Gesundheit der Mitarbeitenden oberste Priorität ist.
- Alle zusätzlichen betrieblichen Maßnahmen und Anweisungen zur Prävention von Infektionen müssen den Mitarbeitenden erklärt und mit ihnen geprobt werden.

#### EMPFEHLUNGEN DER OSHA:

Die Europäische Agentur für Sicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz (EU-OSHA) hat ebenfalls Richtlinien zur Sicherheit am Arbeitsplatz veröffentlicht. Die wichtigsten Punkte der Empfehlungen, die Unternehmen beachten sollten, sind hier zusammengefasst:

<https://blogs.orrick.com/employment/2020/04/29/covid-19-european-osh-a-gives-guidance-on-returning-to-work/>.



## 5.2 Was Arbeitgeber jetzt tun sollten

Unternehmen, die ihren Betrieb wieder in Gang bringen wollen, sollten sich auf die neue Normalität vorbereiten und Gesundheits- und Sicherheitsrichtlinien einführen. Obwohl es sich bei den Schutzstandards der Bundesregierung und der OSHA um eine unverbindliche Empfehlung handelt, deren Rechtsnatur nicht ganz klar ist, sollten sich die Unternehmen an diese Standards halten.

Zusätzlich zum Schutzprotokoll der deutschen Regierung müssen die Unternehmen eine individuelle Risikobewertung des Unternehmens durchführen, um die Maßnahmen zu bestimmen, die notwendig und rechtskonform sind, damit ein hoher Schutzstandard erreicht werden kann. Die Umsetzung von Schutzmaßnahmen kann eine vorherige Abstimmung mit den Betriebsräten erfordern, weshalb eine frühzeitige Einbindung wichtig ist.



Es gibt relevante rechtliche Aspekte, die bei der Umsetzung von Schutzmaßnahmen zu berücksichtigen sind. Zum Beispiel kann die Temperaturmessung auf dem Betriebsgelände des Unternehmens Datenschutzprobleme mit sich bringen – bei deren Nichteinhaltung könnten dem Arbeitgeber Geldbußen und Schadenersatzforderungen der Mitarbeitenden drohen. Arbeitgeber sollten beachten, dass sie eine besondere Pflicht haben, Risikogruppen zu schützen, insbesondere ältere Mitarbeitende mit bekannten Vorerkrankungen. Für diese spezifischen Gruppen müssen spezielle Protokolle und Richtlinien vorhanden sein. Die Zusammenarbeit mit den Mitarbeitenden bei der Bewertung von Risiken und der Ermittlung von Schutzmaßnahmen ist letztlich ein wichtiger Bestandteil einer guten Gesundheits- und Sicherheitspraxis.




- There should be a permanent contact person in the company for employees who suspect infection.

- **Active communication around “Health first!”**

- The company itself and managers should make clear that employees’ safety and health are a top priority.
- All additional company infection prevention measures and instructions must be explained to the employees and followed.



In addition to the German Government’s protection protocol, companies need to carry out an individual company risk assessment to determine the measures that are necessary to achieve a legally compliant and high protection standard. Implementation of any protective measures may require prior engagement with works councils, and as such early engagement is important.

**RECOMMENDATIONS OF THE OSHA:**



The European Agency for Safety and Health at Work (EU-OSHA) has also released new guidelines for keeping employees safe. The key points of the EU-OSHA’s protocol which employers should observe are summarized under :

<https://blogs.orrick.com/employment/2020/04/29/covid-19-european-osh-a-gives-guidance-on-returning-to-work/>.

There are many legal aspects to be considered when implementing protective measures. For example, taking employees’ temperature on the company’s premises may involve privacy issues – the employer may be threatened with fines and claims for damages by employees in case of non-compliance. Employers should note that they have a specific duty to protect risk groups, notably older employees and employees with known pre-existing conditions. For these groups, specific protocols and policies need to be in place. As a final point, working with your employees to evaluate risks and identify countermeasures is an important part of good health and safety practice.

## 5.2 What Employers Should do Now

Companies that want to get their operations up and running should start preparing for the new normal and be ready with health & safety protocols. Although the German Government’s protection standards and the OSHA guidelines are non-binding recommendations, the legal nature of which is not entirely clear, companies should comply with these standards in order to avoid exposure.

### III. IP- und IT-Themen in Krisenzeiten und für die Zeit danach

#### 1. WENN IP- UND IT-DIENSTLEISTER IN KRISENZEITEN INSOLVENT WERDEN

Nicht nur in der aktuellen COVID-19 Situation, welche zu Recht als Black Swan Event bezeichnet werden kann, sondern in jeder (globalen) Wirtschaftskrise müssen sich Unternehmen verstärkt mit dem Risiko des Ausfalls ihrer Geschäftspartner und Dienstleister auseinandersetzen, sei es, dass diese in die Insolvenz rutschen oder sonst wie unter Druck geraten. Mögliche Insolvenzen können natürlich jedes Vertragsverhältnis betreffen, sind jedoch, wie wir sehen werden, gerade in Bezug auf die eher sensiblen IP- und IT-Themen besonders relevant.

Beispielsweise können Kunden in Folge der Insolvenz eines Dienstleisters keinen Zugriff mehr auf die von ihnen verwendete Software as a Service (SaaS), Platform as a Service (PaaS) oder sonstige Cloud-Services haben. Möglicherweise gehen sogar wichtige Endkundendaten oder geistiges Eigentum, zum Beispiel in Form von Sourcecode, verloren. Ebenso könnten die entsprechenden IT-Support- und Wartungsdienste kurzfristig nicht mehr verfügbar sein. Man mag sich gar nicht vorstellen, welche verheerenden Auswirkungen für ein Unternehmen entstehen können, wenn zum Beispiel der Zugriff auf Software und Daten im Bereich Human Resource Management, Customer Relations oder der Finanzbuchhaltung verloren gehen oder lizenzierte Technologie kurzfristig nicht mehr eingesetzt werden darf. Unternehmen sollten diese Risiken daher in entsprechenden internen Risikovorkehrungen bereits früh adressieren und insbesondere vertragliche Vorkehrungen treffen.

Um die vorliegenden Risiken in der Vertragsgestaltung richtig adressieren und auch entsprechende vertragliche Vorkehrungen treffen zu können, ist es wichtig zunächst zu verstehen, welche Anforderungen und Besonderheiten des

Insolvenz- sowie Lizenzrechts zu beachten sind. Aber keine Sorge, wir ersparen Ihnen hier die juristischen Details und konzentrieren uns auf das kommerziell Wesentliche.

##### 1.1 Vertragsanpassung mit Blick auf Insolvenzrisiken

Insolvenzbedingte Risiken können bei der Vertragsgestaltung nur bedingt durch die Parteien abgesichert werden.

##### Insolvenzverwalterwahlrecht bei nichterfüllten Verträgen:

Denn im Falle einer Insolvenz stehen dem Insolvenzverwalter weitreichende Rechte zu: Werden Verträge nicht oder nicht vollständig erfüllt, kann der Insolvenzverwalter von seinem sog. Insolvenzverwalterwahlrecht Gebrauch machen, welches ihm erlaubt, selbst zu bestimmen, ob die Verträge erfüllt werden sollen oder nicht. Das ist insbesondere bei IT-Dienstverträgen und vor allem laufenden Lizenzverträgen relevant.

Für Lizenzverträge bedeutet das Insolvenzverwalterwahlrecht, dass der Insolvenzverwalter darüber bestimmen kann, ob eine bestehende Lizenz weiterhin bestehen soll oder nicht. Lehnt er dies ab, kann der Vertragspartner Geldforderungen wie z.B. Schadenersatz nur noch als Insolvenzgläubiger anmelden. Das hilft bei operativen Fragen jedoch nicht wirklich weiter und ob solche Geldforderungen überhaupt und falls ja, in welcher Höhe noch bedient werden, ist auch häufig unklar. Für einen Softwarevertrag oder einen Patentreferenzvertrag bedeutet das Wahlrecht, dass gegebenenfalls eine bestimmte Software bzw. ein bestimmtes Patent nicht mehr für den eigenen Geschäftsbetrieb genutzt werden kann, wenn

## III. IP and IT Matters in Times of Crisis and Beyond

### 1. INSOLVENCY OF IT AND IP SERVICE PROVIDERS DURING A DOWNTURN

One thing is clear: Not only in the current COVID-19 environment, which can be described as a black swan event, but in any (global) economic crisis, companies increasingly have to deal with the risk that their business partners and service partners will default on their obligations because of insolvency or similar business challenges. Of course, potential insolvencies can affect any contractual relationship, but they are particularly relevant in connection with rather delicate IP and IT issues, as we will see.

Specific risks may arise in particular from customers' inability to access Software as a Service (SaaS), Platform as a Service (PaaS) or other cloud services they use as a result of the insolvency of a service provider, or the potential loss of critical customer data or intellectual property, such as source code. Furthermore, corresponding IT support and maintenance services may be terminated on short notice. Just think of the potentially devastating consequences for a company if, for example, access to software and data in the area of human resource management, customer relations or financial accounting is lost, or licensed technology is no longer available for use in the short term. Companies should address these risks in appropriate internal IT emergency plans and should also consider protecting themselves contractually.

In order to correctly address existing risks in the drafting of contracts and to be able to take appropriate contractual precautions, it is first important to understand which requirements and special features of insolvency and licensing law must be observed. But don't worry, we will spare you the legal intricacies and focus on what really counts.

#### 1.1 Contracting for Insolvency Associated Risks

Truth be told, insolvency-related risks can only be hedged to a certain extent by the parties when drafting a contract.

##### **Insolvency Administrator's Option Right:**

This is due to the fact that in the event of insolvency, the insolvency administrator has extensive rights: If contracts are not, or not completely fulfilled, the insolvency administrator can make use of her so-called insolvency administrator's option right (*Insolvenzverwalterwahlrecht*), which allows her to determine for herself whether the contract should be fulfilled or not. This is particularly relevant for IT service contracts and, above all, ongoing license agreements.

For license agreements, the insolvency administrator option right means that the insolvency administrator can determine whether an existing license should continue to exist or not. If she refuses to continue the contract, the contractual partner can only file monetary claims, such as damages, as a creditor in the insolvency proceedings. However, this does not really help with operational issues and whether such monetary claims will at least be partially satisfied and, if so, to what extent and when they will be satisfied is often unclear. For a software contract or a patent license agreement, the right of choice means that a certain software or patent may no longer be used for one's own business operations if the insolvency administrator decides to terminate the contract. This is particularly problematic if the software already has a high degree of adaptation and could not easily be replaced by a competing product.

sich der Insolvenzverwalter für die Beendigung des Vertrages entscheidet. Dies ist insbesondere dann problematisch, wenn die Software bereits einen hohen Anpassungsgrad aufweist und nicht ohne weiteres durch ein Konkurrenzprodukt ausgetauscht werden könnte.

Da das Verwalterwahlrecht jedoch nur dann besteht, wenn Verträge noch nicht erfüllt worden sind, ist ein solches Risiko mit Blick auf Verträge, die die Bereitstellung von Software zum Gegenstand haben, nur dann gegeben, wenn die Software nicht zum dauerhaften und unwiderruflichen Gebrauch überlassen wurde, also insbesondere bei Softwaremietverträgen oder SaaS-Verträgen. Demgegenüber besteht ein solches Risiko bei Softwarekaufverträgen regelmäßig nicht, da dieser bereits mit der Kaufpreiszahlung als erfüllt gilt. Dabei ist auch nicht entscheidend, ob die Rechte an der Software dem Lizenznehmer ausschließlich oder nicht-ausschließlich eingeräumt worden sind, da eine einfache Lizenz, soweit sie dauerhaft und unwiderruflich eingeräumt wurde, eine ähnliche rechtliche Wirkung wie die ausschließliche Lizenz entfaltet.

#### **Anfechtungsrecht des Insolvenzverwalters:**

Ein weiteres Risiko kann in dem Anfechtungsrecht des Insolvenzverwalters liegen. Ein solches besteht immer dann, wenn der Vertrag Regelungen vorsieht, die die Rechte des Insolvenzverwalters beschränken oder ausschließen. Neben dem tatsächlichen Ausschluss der Rechte des Insolvenzverwalters sind auch solche Regelungen als kritisch anzusehen, die zu erheblichen wirtschaftlichen Nachteilen für das insolvente Unternehmen führen, zum Beispiel durch die Vereinbarung pauschalierter Schadenersatzansprüche im Fall der Nichterfüllung des Vertrages. Ebenso können Lösungsklauseln der Vertragspartner unwirksam sein, soweit diese dem Insolvenzgläubiger im Fall der Insolvenz ein einseitiges Recht zur Lösung vom Vertrag einräumen.

## **1.2 Was kann man sonst zur Absicherung von Lizenzen und Zugang zu kritischer Technologie tun?**

Neben der wie erwähnt begrenzt möglichen Berücksichtigung insolvenzbedingter Risiken können jedoch praktische Maßnahmen ergriffen werden, um zu verhindern, dass der Zugriff auf für den Geschäftsbetrieb wesentliche Software oder Know-how verloren geht.

#### **Escrow Agreements:**

Ein geeignetes Mittel zur Risikominimierung sind sog. "Escrow Agreements". Der Einsatz eines Escrow Agreements als Investitionsschutzmaßnahme bietet sich insbesondere bei Individualsoftware oder bei der Durchführung umfassender Softwareentwicklungsprojekte an. Escrow Agreements eignen sich auch für umfangreiche Add-Ons zu Standardsoftware, um den Quellcode nebst der dazugehörigen Dokumentation unter allen Umständen verwenden zu können. Ein solcher Vertrag regelt die Hinterlegung eines zu schützenden Gegenstandes (z.B. einer Kopie des Quellcodes) bei einer neutralen Drittpartei und den Zugriff auf diesen Gegenstand, so dass die Weiterverwendung, zum Beispiel im Fall der Insolvenz oder sonstigen vordefinierten Fällen gewährleistet werden kann. Die Drittpartei fungiert dabei als Treuhänder (Escrow Agent) und übernimmt eine beratende und treuhänderische Funktion. Der Lizenzgeber übergibt dem Escrow Agent dann in regelmäßigen Abständen den aktuellen Quellcode und der Escrow Agent gewährt dem Lizenznehmer neben den vorgenannten Fällen auch zu bestimmten sonstigen vertraglich geregelten Zwecken Zugang zum Source Code, zum Beispiel um etwaige Fehler zu beseitigen oder notwendige Weiterentwicklungen vorzunehmen.

Denkbar sind grundsätzlich auch andere Hinterlegungsgegenstände als Quellcodes, wie die Zugangsdaten zu einem bestimmten Softwaredienst, zum Beispiel Amazon Web Services, oder auch Endkundendaten. Insbesondere bei operativ kritischen IT-Dienstleistungen ist über die Sicherung üblicher Hinterlegungsgegenstände auch an eine Hinterlegung und Zugriffsmöglichkeit auf operative

However, since the administrator's right of choice only applies if contracts have not already been fulfilled, such a risk only exists with regard to contracts which have as their object the provision of software if the software has not been made available for permanent and irrevocable use, *i.e.*, in the case of software rental contracts or SaaS contracts. In contrast, similar risks do not usually exist in the case of software purchase agreements, as these contracts are already fulfilled when the purchase price is paid. Whether the rights to the software have been granted to the licensee exclusively or non-exclusively is also not a decisive factor, since a simple license, if granted permanently and irrevocably, has a similar legal effect to the exclusive license.

#### **Insolvency Administrator's Right of Rescission:**

A further risk may lie in the insolvency administrator's right of rescission (*Anfechtungsrecht*). Such a risk always exists if the contract contains provisions which limit or exclude the rights of the insolvency administrator. In addition to the actual exclusion of the insolvency administrator's rights, provisions which lead to considerable economic disadvantages could also be potentially critical, for example by agreeing on lump-sum compensation claims in the event of non-performance of the contract. Likewise, certain termination clauses may be ineffective if they grant the insolvency creditor a unilateral right to terminate the contract in the event of insolvency.

### **1.2 What else can the Start-up do to Secure Licenses and Access to Critical Technology?**

In addition to specific considerations of insolvency-related risks, further practical measures can be taken to prevent the loss of access to software or know-how which is essential for the company's business operations.

#### **Escrow Agreements:**

So-called "escrow agreements" may be an appropriate risk mitigation tool. For individualized software products and comprehensive software development projects, the use of an escrow agreement may be an appropriate measure to protect the investments of the licensee. An escrow agreement may also be appropriate for

extensive add-ons to standard software in order to be able to use the source code together with the corresponding documentation under all circumstances. Such an agreement governs the deposit of an object to be protected (*e.g.*, a copy of a specific source code) with a neutral third party and the conditions under which the beneficiary shall be granted access to such object, for example to ensure availability in the event of the insolvency of a service provider or another pre-defined trigger event. The third party acts as an escrow agent and acts in an advisory and fiduciary capacity. The licensor will periodically provide the escrow agent with the current source code, and the escrow agent will grant the licensee access to the source code under specifically defined circumstances and for certain purposes, such as to eliminate any errors or to carry out necessary further developments.

In principle, content other than source code might also be deposited, *e.g.*, access data to a certain software service (for example Amazon Web Services) or end-user data. In the case of operationally critical IT services in particular, the protection of operational data should be considered in addition to the deposit of and access to commonly used objects. This deposit can prove to be particularly helpful in the context of a short-term migration of a software system (see below A.III.2).

An escrow agreement can minimize the risks involved in engaging small IT service providers and start-ups. At the same time, smaller IT service providers and start-ups can make their own services more attractive to potential customers by using an escrow agreement.

#### **What Should be Included in an Escrow Agreement?**

In addition to the typical escrow event, *i.e.*, the filing of insolvency by the depositor or the opening of insolvency proceedings against the assets of the depositor, further risks should be taken into account when drafting the escrow agreement. Such other trigger events may include cessation of business, falling below the KPIs agreed upon in the main contract, impossibility of performance, deficient performance or changes of control in the service provider. The agreement should also

Daten zu denken. Diese Hinterlegung kann sich insbesondere im Rahmen einer kurzfristigen Migration eines Softwaresystems als hilfreich erweisen (siehe unten A.III.2).

Ein Escrow Agreement kann somit die Risiken bei der Einschaltung kleiner IT-Dienstleister und Start-ups minimieren. Gleichzeitig können IT-Dienstleister und Start-ups durch den Einsatz eines Escrow Agreements ihr eigenes Angebot für potentielle Kunden attraktiver gestalten.

### **Was sollten Escrow Agreements regeln?**

Neben dem typischen Escrow Event, nämlich der Insolvenzantragstellung durch den Hinterlegenden oder der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Hinterlegenden, sollten weitere Risiken bei der Ausgestaltung des Agreements mit bedacht werden. Hierzu können insbesondere die Geschäftsaufgabe, die Unterschreitung der im Hauptvertrag vereinbarten KPIs, die Unmöglichkeit der Leistungserbringung sowie die mangelhafte Leistungserbringung und der Eintritt eines sog. Change-of-Control Ereignisses beim Dienstleister zählen. Auch sollte geklärt werden, wie schnell und mit welchen Nachweisen eines Escrow-Events Zugriff auf die hinterlegten Vermögenswerte gewährt werden muss. Beispielsweise kann in Bezug auf kritische Endkundendaten vereinbart werden, dass der IT-Dienstleister dem Treugeber regelmäßig ein aktuelles Backup zur Verfügung stellt und dass der Kunde "auf erstes Anfordern", d.h. ohne spezifische Nachweise, Zugriff auf seine Daten erhält. Die Intervalle solcher Backups können je nach Kritikalität für die Geschäftstätigkeit von sehr kurzen Intervallen (mehrmals täglich) bis zu längeren Zeiträumen variieren. Freilich wäre in einem solchen Fall zu erwägen, ob nicht eine Direktübermittlung an den Kunden ohne Einschaltung eines Escrow Agent kostengünstiger wäre.

Daneben sollte das Escrow Agreement auch Regelungen zu den folgenden Themen treffen:

- Was sind die Hinterlegungsgegenstände, in welcher Form sind sie zu hinterlegen und in welchen Abständen sind sie zu aktualisieren?
- Welche Prüfpflichten treffen den Escrow Agent?
- Welche Schutzmaßnahmen, insbesondere zum

Schutz vor Zugriff durch Dritte, sind vom Escrow Agent zu treffen?

- Welche Rechte erhält der Empfänger an den hinterlegten Vermögenswerten beim Eintritt des Escrow Events?
- Ferner sollte entweder der Hauptvertrag oder das Escrow Agreement eine Regelung über die mit der Hinterlegung verbundenen Kosten treffen. Auch wenn es sich dabei um eine kommerzielle Frage handelt, bietet sich die Kostentragung durch den IT-Dienstleister immer dann an, wenn das Angebot der Hinterlegung zum Umfang der Dienstleistungen des IT-Dienstleisters gehören soll.

Unter Umständen müssen auch die besonderen Anforderungen des Datenschutzes bei der Ausgestaltung des Escrow Agreement berücksichtigt werden. Das ist immer dann der Fall, wenn zum Hinterlegungsgegenstand auch personenbezogene Mitarbeiter- oder Endkundendaten gehören. Aus datenschutzrechtlicher Sicht ist dann mit dem Escrow Agent zusätzlich ein Vertrag zur Auftragsverarbeitung im Auftrag erforderlich.

### **Auswahl des Escrow Agents:**

Für die Hinterlegung von Quellcodes ist nicht jeder beliebige Anbieter ein geeigneter Escrow Agent, insbesondere angesichts des erheblichen Wertes, den der Quellcode für einen IT-Dienstleister oder ein Start-up darstellen kann. Neben den Kosten sollten die Parteien bei der Auswahl vor allem darauf achten, dass der Escrow Agent das notwendige Know-how besitzt und den hinterlegten Quellcode technisch überprüfen kann. Es gibt aber eine ganze Reihe von vertrauenswürdigen und kompetenten Anbietern am Markt.

clarify what the timeline and formal requirements are for the escrow beneficiary to get access to the deposited item (in particular what is required to demonstrate the occurrence of a trigger/escrow event). For example, with regard to critical end user data, the parties can agree that the IT service provider will regularly provide the escrow agent with an up-to-date backup and that the escrow beneficiary will be granted access to data on first request, *i.e.*, without specific proof. The intervals of such backups can vary from very short intervals (several times a day) to longer periods, depending on how critical the business activity is. It may also be more cost-effective to send backups to the customer itself.

In addition, the escrow agreement should contain provisions on the following issues:

- What will be deposited, in what form, and how frequently will updates occur?
- What are the escrow agent's inspection obligations?
- What protective measures, especially to prevent access by third parties, must be taken by the escrow agent?
- What rights will be granted to the deposited items when an escrow event takes place?
- Either the main contract or the escrow agreement should also stipulate who shall bear the costs associated with the deposit. This is obviously a commercial issue, but it stands to reason that the IT service provider should bear the costs if the escrow deposit is part of the scope of the IT service provider's services.

If the deposited materials include personally identifiable employee or end-user data, it may be necessary to consider the special requirements of data protection law when drafting the escrow agreement. In such cases, data protection laws may require the parties to enter into a data processing agreement with the escrow agent.

### **Selection of the Escrow Agent:**

Not every third party is a suitable escrow agent for the deposit of source code, especially in light of the considerable value that source code can represent for an IT-provider or a start-up. In addition to the costs, the parties should pay particular attention to the fact that the escrow agent has the necessary know-how and can verify the deposited source code from a technical perspective. However, there are a number of trustworthy providers on the market.



---

## 2. VORBEREITUNG FÜR TAG X - HEUTE AN DIE MIGRATION VON MORGEN DENKEN

Vor dem Hintergrund der in Zeiten wirtschaftlicher Krisen erhöhten Insolvenzrisiken sollten Unternehmen auch mehr denn je an den Exit aus einer bestehenden IT-Zusammenarbeit denken. Teil eines solchen Exits ist häufig die Migration eines IT-Systems in ein anderes, ohne dass sich die Funktionalität des Systems ändert. Bei einer Softwaremigration werden Daten von einer Anwendung in eine andere migriert, beispielsweise von einer HR-Anwendung in eine andere.

Bei der Migration von IT-Systemen handelt es sich um einen komplexen und langwierigen Prozess. Daher ist eine vorrausschauende Planung des Migrationsvorhabens besonders wichtig. Unvorhergesehene Ereignisse, wie die Insolvenz eines wichtigen IT-Dienstleisters, können jedoch auch kurzfristig die Durchführung von Migrationsprozessen erforderlich machen, sodass die Migration in diesem Fall möglichst schnell und komplikationsfrei durchgeführt werden muss.

Daher besteht ohne einen sorgsam geplanten Migrationsprozess das Risiko, dass Daten, die gegenwärtig bei einem Dienstleister gespeichert sind, nicht ohne weiteres migriert werden können. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn Daten in einem nicht interoperablen Dateiformat verarbeitet werden und daher nicht portabel sind oder bei dem Dienstleister in einer Art und Weise gespeichert wurden, die eine einfache Migration verhindert. Angesichts dieser Risiken sollte die Fähigkeit und Bereitschaft eines Dienstleisters zur Unterstützung bei einem Migrationsprozess ein wesentliches Auswahlkriterium sein.

Bei der Vertragsgestaltung selbst ist zunächst darauf zu achten, dass der Dienstleister geeignete technische und organisatorische Maßnahmen zur Gewährleistung eines effizienten Migrationsprozesses vorsieht. Vorstellbar ist z.B. eine Verpflichtung zur Speicherung der Daten des Kunden in einem interoperablen Dateiformat. Auf diese Weise wird der spätere Aufwand der Aufarbeitung und Bereitstellung der Daten geringgehalten. Eine organisatorische Maßnahme kann auch die Sicherstellung ausreichender Manpower zur Durchführung einer Migration sein. Soweit es sich bei den

Daten um personenbezogene Daten im Sinne der DSGVO (z.B. Mitarbeiterdaten) handelt, müssen Dienstleister in vielen Fällen bereits aus datenschutzrechtlichen Gründen entsprechende Maßnahmen treffen. Diese sollten jedoch nochmals geprüft werden.

Aufgrund der vielen Möglichkeiten technisch-organisatorischer Maßnahmen ist bei der Auswahl des Dienstleisters daher insbesondere darauf zu achten, dass überhaupt ein entsprechendes Problembewusstsein besteht. Im Idealfall hat der Dienstleister zudem eine Übersicht dieser Maßnahmen bereits erstellt und ist bereit, diese auf Verlangen prüfen zu lassen und ggf. anzupassen.

Außerdem sollten im Vertrag die Mitwirkungspflichten des Dienstleisters an der Migration so konkret wie möglich beschrieben werden. In der Regel wird der Beitrag des Dienstleisters darin bestehen, dass er die Daten seines Kunden aufbereitet und für den neuen Dienstleister zum Abruf bereitstellt. Auf diese Weise kann der neue Dienstleister die Daten selbst in sein System migrieren. In einigen Fallkonstellationen ist jedoch vorstellbar, dass der neue Dienstleister hierbei auf bestimmte Unterstützungsleistungen des alten Dienstleisters angewiesen ist. Vorsorglich sollten daher Regelungen getroffen werden, wie die Unterstützungshandlungen in diesem Fall erfolgen sollen. In diesem Zusammenhang sind unter anderem die Fragen relevant, ob der Dienstleister die notwendigen Handlungen durch Dritte ausführen lassen darf und welche datenschutzrechtlichen Anforderungen dabei zu beachten sind.

In den Vertrag ebenfalls aufzunehmen sind Regelungen zu den Kosten für diese Dienstleistungen. Außerdem sollte darauf geachtet werden, dass der bisherige Dienstleister keine vertraglichen Möglichkeiten hat, die Durchführung der notwendigen Unterstützungshandlungen von weiteren Bedingungen abhängig zu machen, z.B. dass die Migration ausschließlich zu Unternehmen erfolgen darf, die nicht in Konkurrenz zu ihm stehen.



---

## 2. PREPARING FOR DAY X - THINKING TODAY ABOUT TOMORROW'S MIGRATION

In view of the increased risk of insolvency during an economic downturn, companies should think more than ever about how to exit existing relationships with business partners and service providers if needed. A key component of such an exit is often the migration of one IT system to another system without changing the functionality of the system. In software migration, data is migrated from one application to another, for example from one HR software solution to another.

Migration of IT-systems is a complex and lengthy process. For this reason, it is particularly important to plan the migration project duly in advance. However, unforeseen events, such as the insolvency of an important service provider, can also make it necessary to carry out migration processes at short notice. In these emergency cases, the migration must be performed as quickly and as smoothly as possible.

Without a carefully planned migration process, there is a risk that data currently stored with a service provider cannot be migrated easily. This is particularly the case where data has been processed in a non-interoperable file format and is therefore not portable or has been (unintentionally) stored by the service provider in a way that prevents easy migration. In view of these risks, the ability and willingness of a service provider to assist in a migration process should be a key selection criterion.

When drafting the contract, care must first be taken to ensure that the counterparty provides for suitable technical and organizational measures to ensure an efficient migration, e.g., an obligation to store the customer's data in an interoperable file format. In this way, the subsequent effort of processing and providing the data will be kept to a minimum. An organizational measure could be, for example, ensuring sufficient manpower to carry out a migration if required. Insofar as the data concerned qualifies as personal data within the meaning of the GDPR (e.g., employee data), service providers should in many cases have already taken appropriate measures for data protection reasons. However, these should be checked again.

When selecting a service provider, due to the numerous possibilities of technical and organizational measures, it is particularly important to ensure that they have a corresponding awareness of the problem. Ideally, the service provider should already have prepared an overview of the existing technical and organizational measures to ensure an adequate migration process, let the potential customer check them if requested and make the appropriate adjustments, as the case may be.

The contract should also describe the service provider's obligations to cooperate in the migration as concretely as possible. As a rule, the contribution of the service provider will be to prepare the data of its customer and make it available for the new service provider in an interoperable format for retrieval. In this way, the new service provider can independently migrate it into its own system. In some cases, however, it is conceivable that the new service provider will depend on certain support services from the old service provider. As a precautionary measure, therefore, arrangements should be made as to how these support actions are to be carried. In this context, the relevant provisions should address whether the service provider may have the necessary actions performed by third parties and which data protection requirements must be observed.

The contract must also address the costs of these services. In addition, the existing service provider should not have any contractual rights to make the performance of the necessary support activities subject to further conditions, for example that migration may only take place to companies that are not competitors to the old service provider.

In addition, these data migration requirements must be aligned with the limits set by applicable insolvency laws as described above. For example, the respective contract terms should not give rise to a right of recession by the insolvency administrator. Particular care must therefore be taken to ensure that the rights of the insolvency administrator are not inadmissibly restricted by

Darüber hinaus muss auch die Insolvenzfestigkeit der getroffenen Regelungen zur Datenmigration sichergestellt sein, d.h. es ist insbesondere darauf zu achten, dass die oben dargestellten Rechte des Insolvenzverwalters nicht in unzulässiger Weise eingeschränkt werden. Die Regelungen über die notwendigen Unterstützungshandlungen dürfen kein Anfechtungsrecht des Insolvenzverwalters begründen. Mit den Pflichten zur Migration darf auch keine unzulässige Einschränkung des Erfüllungswahlrechts des Insolvenzverwalters einhergehen. Bei Regelungen, die den Diensteanbieter zur Migration aufgrund der Insolvenz verpflichten besteht außerdem das Risiko, dass darin eine insolvenzbedingte Lösungsklausel zu sehen ist, welche die Rechte des Insolvenzverwalters ebenfalls in unzulässiger Weise einschränken würde. Die Pflichten zur Migration sollten daher an insolvenzunabhängige Gründe geknüpft werden, wie beispielsweise die fortgesetzte Nicht- oder Schlechterfüllung.

Schließlich sollte das Unternehmen Regelungen für den Fall aufnehmen, dass der bisherige Dienstleister keine ausreichenden technischen und organisatorischen Maßnahmen zur Gewährleistung der Migration vorsieht oder seine notwendigen Handlungen zur Durchführung der Migration nicht vornimmt. Zeigt sich bereits während des laufenden Vertragsverhältnisses, dass der Dienstleister in dieser Hinsicht keine ausreichenden Maßnahmen trifft, sollte dies dem Kunden in letzter Konsequenz ein Recht zur außerordentlichen Kündigung des Vertrages geben. Durch ein solches Kündigungsrecht wird die Bedeutung der Möglichkeiten zur Datenmigration für den Kunden unterstrichen. Jedoch ist vorab in diesem Fall die Durchführung eines Eskalationsverfahrens ratsam.

---

### 3. IP-SCHUTZ IN ZEITEN DES HOME-OFFICE

Bereits vor der COVID-19-Pandemie boten viele Arbeitgeber ihren Arbeitnehmern Modelle an, um von Zuhause aus zu arbeiten. Jetzt ermutigen Arbeitgeber auf der ganzen Welt ihre Mitarbeiter zur Arbeit im Home-Office oder fordern sie dazu auf. Das bedeutet, dass die Mitarbeiter häufiger als je zuvor außerhalb des Büros auf geschützte Informationen des Unternehmens zugreifen, diese pflegen und austauschen, wodurch sich auch das Risiko von Diebstahl geistigen Eigentums durch Mitarbeitende und Dritte erhöht. Glücklicherweise bestehen aber selbst in einer Home-Office-Arbeitswelt eine Vielzahl von Maßnahmen, die Arbeitgeber in Betracht ziehen können, um das Risiko eines IP-Diebstahls zu verringern.<sup>10</sup>

#### VPN:

Arbeitgeber können firmeneigene Informationen in ihrem Netzwerk verwalten und sicherstellen, dass das Netzwerk nur dann aus der Ferne zugänglich ist, wenn sie das vom Arbeitgeber kontrollierte VPN verwenden.

#### Inventar-Tracking:

Viele Arbeitgeber stellen firmeneigene Laptops, Telefone und Geschäftskonten zu Verfügung und verlangen, dass die Mitarbeiter nur mit diesen Geräten und Konten im Home-Office arbeiten. Bei der Ausgabe dieser Geräte können Unternehmen Anwendungen zur Inventarverfolgung und -kontrolle, z.B. mit Strichcode versehene Geräte, einsetzen, um die Geräte während der Bereitstellung zu verwalten, zu verfolgen und ihre sichere Rückgabe zu gewährleisten. Während einer Krise ist es jedoch unter Umständen nicht umsetzbar, vom Unternehmen ausgegebene Geräte einzusetzen, sodass Mitarbeiter ihre persönlichen Geräte einsetzen müssen. Doch auch in diesen Fällen können Arbeitgeber Sicherheitsmaßnahmen hinsichtlich der verwendeten Geräte ergreifen, z.B. durch die Erleichterung der Integration von Sicherheitsanwendungen und VPN-Systemen in die persönlichen Geräte der Mitarbeiter, soweit sie zu Arbeitszwecken genutzt werden. Dadurch können

---

10. Dieser Abschnitt basiert auf einem kürzlich veröffentlichten Blog-Eintrag der Orrick Anwälte Michael Weil, Amy Van Zant, Alex Fields and Michael Chow, für Einzelheiten siehe: <https://blogs.orrick.com/trade-secrets-watch/2020/03/26/protecting-ip-in-a-covid-19-remote-work-world/>.

any obligations relating to migration, and that the insolvency administrator's option right (as described above) is not restricted. If the contract obliges the service provider to migrate services in the event of insolvency, such clauses might be considered to unduly restrict the rights of the insolvency administrator. Obligations to migrate should therefore be linked to reasons not related to insolvency, such as continued non-performance or poor performance.

Finally, the company should make provisions for situations where the previous service provider does not provide sufficient technical and organizational measures to ensure migration or does not take the necessary cooperative actions to

carry out migration. If it becomes apparent during the ongoing contractual relationship that the service provider is not taking sufficient measures, this should ultimately give the customer the right to terminate the contract for cause. Such a right of termination underlines the importance of data migration options for the customer. In this case it is advisable to provide for a fast-track dispute resolution / escalation procedure in advance.

---

### 3. PROTECTING IP IN A REMOTE WORKING ENVIRONMENT

Even before the COVID-19 pandemic, many employers offered remote work options. Now employers all over the world are encouraging or requiring their employees to work remotely from home. This means employees are accessing, maintaining, and sharing proprietary information outside of the office more frequently than ever before, thereby increasing the risk of employee and third-party IP theft. Luckily, even in a remote-work world, there are a variety of measures employers may consider to reduce the risk of IP theft.<sup>11</sup>

#### **VPN:**

Employers can maintain proprietary information on their network and ensure that the network is remotely accessible only when using the employer-controlled VPN.

#### **Inventory Tracking:**

Many employers issue company-owned laptops, phones, and business accounts and require that employees perform remote work using only those devices and accounts. When issuing those devices, companies can utilize inventory tracking and control applications, such as barcoded devices, to manage and track the assets during deployment

and ensure their safe return. However, during a crisis, it may not be feasible to deploy company-issued devices; still, employers can take steps to address security of personal devices, including, for example, facilitating integration of security applications and VPN systems into employees' personal devices – to the extent they are used for work purposes – so employers can monitor and manage employees' personal devices like they would their company-owned devices.

#### **Employee Awareness and Training:**

The risk of IP theft by hackers and phishers is particularly high; many of these bad actors are technologically savvy and they may attempt to use the present COVID-19 crisis to their advantage. There are, however, various steps employers can take to help address this risk. Employers can, for example, clearly communicate security protocols to their employees, including restrictions on use of personal devices and accounts for work purposes, which may include having employees sign remote working agreements or implement a remote working policy for all relevant employees. Employers can also educate employees about how to spot and avoid typical phishing scams, like

---

11. This section is based on a recent blog post published by Orrick attorneys Michael Weil, Amy Van Zant, Alex Fields and Michael Chow, for details see: <https://blogs.orrick.com/trade-secrets-watch/2020/03/26/protecting-ip-in-a-covid-19-remote-work-world/>.

Arbeitgeber persönliche Geräte der Mitarbeitenden wie firmeneigene Geräte überwachen und verwalten.

### **Sensibilisierung und Schulung der Mitarbeitenden:**

Das Risiko des IP-Diebstahls durch Hacker und Phisher ist besonders hoch; viele dieser Akteure sind technologisch versiert und könnten versuchen, die gegenwärtige COVID-19-Krise zu ihrem Vorteil zu nutzen. Um diesem Risiko zu begegnen, können Arbeitgeber ihren Mitarbeitenden z.B. Sicherheitsprotokolle klar und deutlich vermitteln, einschließlich Beschränkungen der Nutzung von persönlichen Geräten und Konten auf Arbeitszwecke. Hierzu kann auch die Unterzeichnung von Home-Office-Vereinbarungen durch die Mitarbeitenden oder die Umsetzung einer Home-Office-Richtlinie für alle relevanten Mitarbeitenden gehören. Arbeitgeber können ihre Mitarbeitenden auch darüber aufklären, wie typische Phishing-Attacken erkannt und damit Schäden vermieden werden können. Zu den klassischen Phishing Methoden gehören z.B. das "deceptive phishing" (Angreifer gibt sich als Unternehmen aus, z.B. als Google), "Spear-Phishing" (individuell angepasste zielgerichtete E-Mails) und "executive fraud" (Angreifer gibt sich als CEO oder andere hochrangige Führungskraft aus). Bei diesen Phishing-Methoden wird die Zielperson regelmäßig dazu gebracht, auf eine URL oder einen E-Mail-Anhang zu klicken, um firmeneigene Informationen eines Arbeitgebers aufdecken zu können, selbst wenn der Mitarbeitende ein zum Arbeiten vorgesehenes Gerät und VPN verwendet. Gleichzeitig kann auch das IT- und Sicherheitspersonal die Augen nach COVID-19-bezogenen Phishing-E-Mails offenhalten. Darüber hinaus können Arbeitgeber auch Schulungen dazu durchführen, wo und wie Mitarbeitende unternehmenseigene Informationen während der Arbeit im Home-Office nutzen können. Denn ohne in der Lage zu sein, Mitarbeitende physisch zu überwachen, besteht auch stets ein gewisses Risiko, dass sie sich entscheiden, an einem öffentlichen Ort zu arbeiten; dies kann zur versehentlichen Offenlegung sensibler Informationen führen, z.B. durch einen unbeaufsichtigten Laptop, durch Druckaufträge, die an einen öffentlich zugänglichen Drucker gesendet werden, oder durch zurückgelassene Papierdokumente.

Home-Office Richtlinien, die festlegen, von wo aus Mitarbeitende arbeiten können und wie mit gedruckten Dokumenten umgegangen werden sollte, können ebenfalls dazu beitragen, diese Risiken zu minimieren.

### **Sicherheitsprotokolle:**

Auch das Erstellen strenger Sicherheitsprotokolle kann Arbeitgebern helfen, sensible Informationen zu schützen. Arbeitgeber können z.B. den Zugang der Mitarbeitenden zu Daten auf das jeweils erforderliche Maß beschränken, insbesondere bei sensiblen Informationen wie Geschäftsgeheimnissen. Administrative Schutzvorkehrungen wie Passwortschutz, Zugangsbeschränkungen (z.B. "need-to-know" Zugang für Teile von Datenbanken), Druckbeschränkungen und Multi-Faktor-Authentifizierung für sensible Dokumente und Datenbanken können implementiert werden, um sicherzustellen, dass nur denjenigen Mitarbeitenden Zugang gewährt wird, die diesen Zugang wirklich benötigen. Protokolle, die den Zugriff auf sensible Daten überwachen, können geführt und regelmäßig auf unberechtigten oder ungewöhnlichen Zugriff überprüft werden. Eine ähnliche Überwachung von physischen Systemen wie Routern und Servern kann ebenfalls durchgeführt werden.



Darüber hinaus sollten Arbeitgeber, deren Mitarbeitende vertrauliche Informationen häufig am Telefon oder im Video-Chat besprechen, in Erwägung ziehen, ihre Mitarbeitenden anzuweisen, während der Arbeitszeit "smarte" Lautsprecher (wie Amazon Echo und Google Home) auszuschalten, um dem Risiko zu begegnen, dass solche Geräte vertrauliche Gespräche aufzeichnen, während die Mitarbeitenden im Home-Office arbeiten.

### **Autorisierungsparameter löschen:**

Arbeitgeber können klar abgrenzen, auf welche Arten von Informationen jeder Mitarbeitende oder welche Hierarchieebene Zugriffsberechtigungen hat. Durch die Festlegung klarer Autorisierungsparameter kann die Anzahl der Mitarbeitenden, die Zugriff auf geschützte Informationen haben, verringert werden. Zudem können sich Arbeitgeber damit auf das erfolgreiche Bestreiten von Gerichtsprozessen für den Fall vorbereiten, dass ein Mitarbeitender seine Autorisierung überschreitet.

deceptive phishing (impersonating a company like Google), spear phishing (customized targeted emails), and executive fraud (impersonating a CEO or other high-level executive), as these scams, which often involve tricking the target into clicking on a malicious URL or email attachment, can expose an employer's proprietary information even if the employee is using a work device and VPN. IT and security personnel can likewise be on the lookout for COVID-19-related phishing emails. Additionally, employers can implement training on remote work that addresses where and how employees can use proprietary information while working remotely. Without being able to physically monitor employees, there is always a risk they may choose to work in a public space; this can lead to accidental disclosures of sensitive information through, for example, an unattended laptop, a print job sent to a publicly accessible printer, or hardcopy documents left behind. Remote working policies that delineate from where employees can work and how hardcopy documents should be treated can help to mitigate these risks.

### **Security Protocols:**

Creating strong security protocols can help employers keep their proprietary information safe. Employers can, for example, limit employee access to data on an "as needed" basis – particularly for sensitive information like trade secrets. Administrative safeguards, such as password protection, restrictions on access (e.g., "need-to-know" access for portions of databases), restrictions on printing, and multi-factor authentication for sensitive documents and databases, can be implemented to ensure access is only granted to those employees who truly need such access. Logs monitoring access to sensitive data can be maintained and checked regularly for unauthorized or unusual access. Similar monitoring of physical systems, such as routers and servers, can be conducted as well.



Moreover, employers whose employees frequently discuss confidential information over phone or video chat may want to consider instructing employees to turn off in-home smart speakers (such as Amazon Echo and Google Home) during working hours to address the risk of such devices recording confidential conversations while employees are working from home.

### **Clear Authorization Parameters**

Employers can clearly delimit the types of information to which each employee or position has access rights. Setting clear authorization parameters can decrease the number of employees who have access to proprietary information and set employers up for successful lawsuits in the event an employee exceeds her authorization.



## IV. Der Datenschutz in Krisenzeiten

In Zeiten wirtschaftlicher Krisen steht die Datenschutz-Compliance für einige Unternehmen möglicherweise nicht an oberster Stelle. Doch auch in solchen Ausnahmesituationen beansprucht das europäische Datenschutzrecht weiterhin Geltung und Verstöße können nach wie vor zu teils hohen Bußgeldern führen. Um keine unnötigen zusätzlichen finanziellen Risiken einzugehen, sollten die datenschutzrechtlichen Anforderungen daher nicht vollständig aus den Augen verloren werden; das gilt namentlich für die größeren Risiken. Dazu gehört sicherlich das Arbeiten im Home-Office, wie sich in der gegenwärtigen COVID-19-Krise deutlich zeigt. Denn ungesicherte Datenverbindungen oder der Verlust von Daten und Geschäftsgeheimnissen sind dabei reale Gefahren, die auch im unternehmenseigenen Interesse nicht unterschätzt werden sollten.

Der Schlüssel zum Erfolg ist dabei ein solides Datenschutz-Krisenmanagement. Wie ein solches aussehen kann, möchten wir im Folgenden skizzieren. Dabei werden wir zunächst Empfehlungen zur Priorisierung abgeben und danach die datenschutz- und IT-sicherheitsrechtlichen Herausforderungen des Home-Office genauer betrachten. Abschließend werden wir darauf eingehen, wie mit einem Verstoß gegen den Datenschutz in solchen Krisenzeiten umgegangen werden sollte.



## IV. Data Privacy in Times of Crisis

Data protection compliance may not be a top priority for some companies during a downturn. However, even in such exceptional situations, European data protection law continues to apply, and infringements can sometimes still lead to heavy fines. In order to avoid unnecessary additional financial risks, companies should therefore not completely lose sight of the requirements of data protection law in a crisis such as the current COVID-19 Pandemic, but rather focus on the greatest risks, including remote working in particular. Unsecured data connections or the loss of data and business secrets are real risks that should be addressed appropriately.

The key to success here is solid data protection crisis management. In the following, we would like to show what such crisis management can and should look like. First, we will make recommendations on prioritization and then take a closer look at the data protection and IT security challenges which come along with remote working. Finally, we will discuss how a breach of data protection should be dealt with in such times of crisis.

## 1. DSGVO-COMPLIANCE IN DER KRISE – STRATEGIEN ZUR EFFEKTIVEN RISIKOMINIMIERUNG

Gerade in Krisenzeiten sind gute Strategien zur effektiven Risikominimierung und effizientem Ressourceneinsatz wichtig. In Bezug auf die Datenschutz-Compliance heißt das vor allem, den Blick auf das Wesentliche zu richten: Besonders dringliche Vorgaben, wie z.B. die Sicherstellung und Aktualisierung der technischen und organisatorischen Maßnahmen, die angemessene Information der Mitarbeitenden, insbesondere zur datenschutzkonformen Nutzung von Videokonferenzen, sind von den vergleichsweise weniger dringlichen Anforderungen, etwa der tagesaktuellen Anpassung des Verarbeitungsverzeichnisses, zu trennen und entsprechend zu priorisieren. Soweit vorhanden, sollte hierbei auch der Datenschutzbeauftragte des Unternehmens möglichst frühzeitig und intensiv eingebunden werden, der mit seiner Expertise hier eine wertvolle Hilfe sein kann.

Im Rahmen des Datenschutz-Krisenmanagements sollte den folgenden Aspekten Priorität eingeräumt werden:

- **Gewährleistung der Verarbeitungssicherheit:** Sicherstellung der Stabilität und Aktualität der technischen und organisatorischen Maßnahmen (z.B. stets aktualisierte Software, Virenschutz, interne Vorgaben zum Umgang mit personenbezogenen Daten bei der Telearbeit usw., mehr hierzu unter A.IV.2).
- **Erhöhung der Transparenz:** Anpassung der Mitarbeiter-Datenschutzerklärung, um diese an ggf. geänderte Datenerhebungen (wie etwa die Einführung von Home-Office oder von Videokonferenzen) anzupassen. Zusätzlich sollten die Mitarbeitenden und auch sonst möglicherweise betroffene Personen, wie Besucher oder Kunden in einfachen, schnell zu erfassenden Informationsschreiben prägnant und stichwortartig über die wesentlichen Änderungen hinsichtlich der sie betreffenden Datenverarbeitungen informiert werden.

Gegenüber Betroffenen sollte beispielsweise auch kommuniziert werden, dass es bei der Ausübung von "Betroffenenrechten", wie z.B. einem Auskunftersuchen, teilweise zu leichten Verzögerungen in der Beantwortung kommen kann.

- **Fokus auf den Grundsatz der Datenminimierung:** Es sollte geprüft werden, welche Datenerhebungen wirklich zwingend erforderlich und welche gegebenenfalls verzichtbar sind, um eine spätere Rückkehr zum Normalzustand nach der Krise nicht unnötig zu erschweren.
- **Neue Verarbeitungsverfahren:** Überprüfung neuer Verarbeitungsverfahren auf Datenschutzverträglichkeit durch das Unternehmen und gegebenenfalls Durchführung einer Datenschutz-Folgenabschätzung bei besonders datenintensiven Maßnahmen.
- **Auftragsverarbeitungsverträge:** Prüfung von Auftragsverarbeitungsverträgen auf einen etwaigen Anpassungsbedarf. Beispielsweise sollte eine Vereinbarung, nach der ein Auftragsverarbeiter nur innerhalb seiner Betriebsstätte und nicht etwa aus dem Home-Office seiner Tätigkeit nachgehen darf, angepasst werden, wobei etwaige Änderungen der Datenschutzstandards mit dem Auftraggeber abzustimmen sind. Weiter sollte geprüft werden, ob der Auftragsverarbeiter die Verfügbarkeit der Daten weiterhin vollumfänglich gewährleisten kann.



---

## 1. GDPR COMPLIANCE IN THE CRISIS – STRATEGIES FOR EFFECTIVE RISK MITIGATION

Times of crisis demand even more than usual an optimized bundling of resources and a good strategy for effective risk minimization. In terms of data protection compliance, this requires focusing on the essentials. To this end, particularly urgent requirements (e.g., securing and updating technical and organizational measures, keeping employees informed and updated, especially regarding the use of video conferences in compliance with data protection regulations) should be distinguished from the comparatively less urgent ones (e.g., daily adjustment of the processing directory) and prioritized accordingly. The data protection officer should be involved intensively and as early as possible as her expertise can be a valuable aid here.

When dealing with data protection crisis management, special priority should be given to the following aspects:

- **Ensuring Processing Security:**  
Ensuring the stability and timeliness of technical and organizational measures (e.g., ensuring software is constantly updated, virus protection, guidelines for handling personal data in teleworking etc.; for more details see A.IV.2).
- **Increasing Transparency:**  
Amend the employee privacy policy in order to adapt it to any changes in data collection (such as the introduction of remote working or video conferencing). In addition, employees and any other data subjects, such as visitors or customers, should be informed about the essential changes with regard to the processing operations affecting them in concise, simple and quickly recorded information memos. It should be communicated to data subjects that when exercising data subject rights, such as requests for information, there may be slight delays in replying.
- **Focus on the Principle of Data Minimization:**  
Examine which data collections are absolutely necessary and which are potentially dispensable in order to prevent unnecessary complications on return to normal conditions after the crisis.
- **New Processing Procedures:**  
Check new processing procedures for data protection compatibility and, if necessary, implementation of a data protection impact assessment for particularly data-intensive measures. The data protection officer should be involved in these considerations at an early stage.
- **Data Processing Agreement:**  
Check data processing agreements for any need for adjustment (e.g., an agreement should be adjusted if it provides that the processor may only carry out its activities within its premises and not from home, any changes to data protection standards should be agreed with the counterparty); also check whether the processor can continue to fully guarantee the availability of the data.

## 2. ARBEITEN IM HOME-OFFICE - WAS MÜSSEN UNTERNEHMEN IN BEZUG AUF DATENSCHUTZ UND IT-SICHERHEIT KONKRET BEACHTEN?

Unternehmen, die ihren Angestellten ein Arbeiten im Home-Office ermöglichen können, sind derzeit klar im Vorteil, denn vielfach kann nur auf diese Weise überhaupt das Geschäft einigermaßen betrieben werden. Es lässt sich aktuell aber auch einmal mehr beobachten, dass das Arbeiten im Home-Office mit nicht unerheblichen Sicherheitsrisiken verbunden ist, denn Arbeitgeber verlieren an Kontrollmöglichkeiten und der Datenzugriff und Datentransfer im Rahmen des Home-Office erhöht auch das Risiko des unberechtigten Drittzugriffs. Dieses Risiko besteht insbesondere, wenn Mitarbeitende ihre eigenen Geräte und/oder nicht die aktuellste Software verwenden.

Zur Risikominimierung sollten daher insbesondere die folgenden Maßnahmen in Erwägung gezogen werden:

- die Erstellung und Einhaltung einer Home-Office-Richtlinie, die die Arbeit im Home-Office nur nach Maßgabe der Richtlinie gestattet und Verpflichtungen zu regelmäßigen Updates, Backups, sicheren Passwörtern und Sicherheitsroutinen (wie etwa das Sperren des PC-Arbeitsplatzes, die Aktivierung der Geräteverschlüsselung, die Anbringung eines Bildschirm-Sichtschutzes) und Verbote bestimmter risikoerhöhender Verhaltensweisen (z.B. die Weiterleitung betrieblicher Mails an private Accounts, die Speicherung betrieblicher Daten auf eigenen Laufwerken oder privaten Clouds, der Zugriff auf Daten durch Familienmitglieder) vorsieht;
- die strikte Einhaltung von Zwei-Faktor- oder anderen Multifaktor-Authentifizierungsverfahren und die Einrichtung von Log-Monitoring zur Zugriffsnachverfolgung;
- die Bereitstellung und Verpflichtung zur Nutzung eines Firmen-Virtual-Private-Networks (VPN) beim Zugriff aus dem Home-Office;

- regelmäßige Aktualisierung von Sicherheits-, Antiviren-, Verschlüsselungs- und Backupsoftware sowie Firewalls, insbesondere im Fall von Bring-Your-Own-Device-Lösungen (BYOD); regelmäßige Backups sollten außerdem stets auf dem Firmennetzwerk erfolgen;
- die Überarbeitung und Stärkung eines rollenbasierten Berechtigungskonzepts durch die Beschränkung auf wirklich notwendige Zugriffe, insbesondere bei sensiblen Informationen wie Geschäftsgeheimnissen; hier ist insbesondere auch ein geordnetes sog. Offboarding sicherzustellen, bei dem Berechtigungen unverzüglich zu entziehen sind, um Datenzugriffe oder -löschungen durch ehemalige Mitarbeitende zu verhindern;
- die Schulung der Mitarbeitenden hinsichtlich der geänderten Arbeitsprozesse aus dem Home-Office und Hilfestellungen zum datenschutzkonformen Umgang, wenn möglich durch den Datenschutzbeauftragten;
- die Errichtung einer firmeninternen Informationspolitik zur Vermeidung von Desinformation und zur Sensibilisierung, z.B. für Phishing-Mails oder betrügerische Websites; und
- Sicherstellung der Verschwiegenheit durch Abschluss von Vertraulichkeitsvereinbarungen (sofern angezeigt).

Zahlreiche Unternehmen greifen im Rahmen des Remote-Working besonders gerne auf Videotelefoniedienste wie Zoom, WebEx oder Microsoft Teams zurück. Auch die datenschutzgerechte Nutzung von Videokonferenzen erfordert jedoch einige Vorüberlegungen. Auch hier empfiehlt sich die frühzeitige Einbindung des Datenschutzbeauftragten.

---

## 2. REMOTE WORKING - WHAT DO COMPANIES HAVE TO CONSIDER WITH REGARD TO DATA PRIVACY AND IT SECURITY?

The ability for employees to work remotely is currently worth its weight in gold for companies because, in many cases, this is the only way to keep the business running. However, remote working is also associated with not inconsiderable security risks, because employers lose some control and data access and data transfer within the scope of remote working increases the possibility of unauthorized third party access or intervention. This risk is higher where employees use their own devices and/or do not have the latest software.

The following security measures can help to reduce the risks:

- establishing and adhering to a remote working policy that permits remote working only in accordance with the policy and includes obligations for regular updates, backups, secure passwords and security routines (such as locking the PC workstation, activating device encryption, attaching screen privacy protection) and setting prohibitions on certain risk-increasing behavior (e.g., forwarding company emails to private accounts, storing company data on one's own drives or private clouds, granting family members access to data);
- strict adherence to two-factor or other multi-factor authentication procedures and the establishment of log monitoring for access tracking;
- the provision and commitment to use a corporate virtual private network (VPN) when accessing from home;
- regularly updating security, anti-virus, encryption and backup software and firewalls, especially in the case of bring-your-own-device solutions. Regular backups should always be made on the company network;
- revision and strengthening of role-based authorization concepts by limiting access to information to only those for whom access is necessary, especially for sensitive information such as trade secrets. In particular, orderly 'offboarding' must be ensured, such that authorizations must be withdrawn immediately for former employees to prevent data access or deletion by such former employees;
- regular employee training with regard to amended work processes and working from home and assistance with handling data in compliance with data protection regulations. If possible, training should be run by the data protection officer;
- the establishment of an internal company information policy to avoid disinformation and to raise awareness, e.g., for phishing emails or fraudulent websites; and
- ensuring confidentiality through non-disclosure agreements.

Video conferencing services such as Zoom, WebEx or Microsoft Teams are a popular means of communication for many companies during the crisis. However, even the use of video conferencing in line with data protection regulations requires some preliminary considerations, which should always be taken into account. The early involvement of the data protection officer is recommended.

Bei der Auswahl und Benutzung des passenden Videokonferenzdienstes sollten neben wirtschaftlichen und operativen Erwägungen folgende datenschutzrechtliche Überlegungen angestellt werden:

- Es sollte ein Dienst gewählt werden, der besonders datenschutzfreundliche Voreinstellungen bietet (z.B. verschlüsselte Übertragung, Bildschirmfreigaben oder Aufzeichnungen nur nach ausdrücklicher Zustimmung, Löschung von Protokollen und Verläufen nach Sitzungsende, möglichst wenig bis kein Tracking usw.) und die Vorgaben der DSGVO beachtet.
- Da Videokonferenzdienste regelmäßig Auftragsverarbeiter sind, sollte der Anbieter den Abschluss eines DSGVO-konformen Auftragsverarbeitungsvertrages anbieten. Zudem sollte der Anbieter angemessene technische und organisatorische Maßnahmen treffen und nur auf zuverlässige Unterauftragsverarbeiter zurückgreifen.
- Wenn es sich um einen außereuropäischen Anbieter handelt, ist darauf zu achten, dass der Anbieter geeignete Garantien wie etwa eine Zertifizierung unter dem EU/US Privacy Shield oder Standarddatenschutzklauseln vorweisen kann oder in einem Staat angesiedelt ist, für den die EU-Kommission ein angemessenes Datenschutzniveau festgestellt hat.
- Über die Verarbeitungen im Rahmen des Videokonferenzdienstes sind die betroffenen Mitarbeitenden hinreichend zu informieren. Dies kann auch im Rahmen der Mitarbeiter-Datenschutzerklärung erfolgen. Zudem ist der Videokonferenzdienst in das Verarbeitungsverzeichnis aufzunehmen.

## **DIE VERWENDUNG VON "ZOOM" WÄHREND DER COVID-19-PANDEMIE**



Als besonders beliebt hat sich seit Beginn der COVID-19-Krise der Videokonferenzdienst "Zoom" erwiesen. Um der steigenden Nachfrage gerecht zu werden, hat Zoom seine Serverkapazitäten in kurzer Zeit schnell erweitern müssen und Videotelefonate teils über Rechenzentren in China geleitet. Das hat dem Anbieter öffentlich erhebliche Kritik eingebracht und bei vielen Unternehmen zu der Frage geführt, ob eine datenschutzkonforme Nutzung des Dienstes überhaupt möglich ist oder sie auf andere Anbieter ausweichen sollten. Als Reaktion darauf haben einige Unternehmen, wie Google und SpaceX, aber auch z.B. die NASA, die Verwendung von Zoom vollständig untersagt. Zoom hat auf diese Kritik reagiert und sagt nunmehr zu, Datenverarbeitungen standardmäßig nur noch in den Rechenzentren in der Region des Nutzers stattfinden zu lassen. Das bedeutet beispielsweise für Nutzer in Europa, dass ihre Anrufe nur über Rechenzentren in Europa geroutet werden. Für Nutzer der kostenpflichtigen Version besteht zudem die Möglichkeit, Rechenzentren in bestimmten Regionen an- und abzuwählen, wobei allerdings das Abwählen der eigenen Region nicht möglich ist. Vor allem für regionenübergreifende Videokonferenzen (z.B. zwischen den USA, Europa und Kanada) stellt dies eine datenschutzrechtlich sinnvolle Option dar.

Internationale Datentransfers in die USA werden dadurch abgesichert, dass Zoom unter dem EU-US Privacy Shield zertifiziert ist und Auftragsverarbeitungsverträge unter Einbeziehung der Standarddatenschutzklauseln abgeschlossen werden können.

Bei der Nutzung von Zoom sollten Unternehmen jedenfalls immer darauf achten, dass sie ihr Meeting so konfigurieren, dass eine Teilnahme nur mit einem Passwort oder mit einer gesonderten Erlaubnis möglich ist. Wird eine solche Absicherung nicht vorgenommen, besteht das Risiko eines sog. "Zoom Bombing", d.h. eines Beitritts unbefugter Personen zum Meeting, wenn diese Kenntnis von der Meeting-ID erhalten.



When selecting and using the appropriate videoconferencing service, the following data protection considerations should be taken into account in addition to economic and practical considerations:

- A service should be chosen that offers particularly data protection-friendly default settings (e.g., encrypted transmission, screen sharing or recording only after express consent, deletion of logs and histories after the end of the session, as little or no tracking as possible etc.) and that complies with the requirements of the GDPR.
- Because video conference services are often contract processing services, the provider should offer to enter into a GDPR-compliant data processing agreement. In addition, the provider should take appropriate technical and organizational measures and only use reliable subcontractors.
- If it is a non-European provider, ensure that the provider can provide suitable guarantees, such as certification under the EU/U.S. Privacy Shield or Standard Contractual Clauses, or ensure the provider is located in a state for which the EU Commission has established an adequate level of data protection.
- All relevant employees must be adequately informed about data processing within the context of the video conference service, which can be done within the framework of the employee privacy policy. In addition, the video conference service must be included in the processing directory.

### THE USE OF "ZOOM" DURING THE COVID-19 PANDEMIC



The video conference service "Zoom" has proved to be particularly popular since the beginning of the COVID-19 crisis. In order to meet the increasing demand, Zoom has had to expand its server capacities quickly and has routed video calls partly via data centers in China. This has led to considerable public criticism of the service and has prompted many companies to ask themselves whether it is even possible to use the service in compliance with data protection regulations or whether they should switch to other providers. In response, some companies, such as Google, SpaceX and NASA, have completely banned the use of Zoom. Zoom has apparently reacted to this criticism and has agreed to ensure that data processing is only carried out in data centers in the user's region by default. For users in Europe, for example, this means that their calls will only be routed via data centers in Europe. For users of the paid version, it is also possible to opt in and out of data centers in certain regions, although it is not possible to dial out of one's own region. This is an option that makes sense from a data protection perspective, especially for video conferences across regions (e.g., between the U.S., Europe and Canada).

International data transfers to the U.S. are secured by the fact that Zoom is certified under the EU-U.S. Privacy Shield and data processing agreements can be completed with the inclusion of Standard Contractual Clauses.

When using Zoom, companies should also always ensure that they configure their meeting in such a way that participation is only possible with a password or with special permission. If such security is not in place, there is a risk of so-called zoom bombing, i.e., unauthorized third parties who have obtained the meeting ID joining the meeting.

---

### 3. MELDUNG VON DATENPANNEN

Kommt es in einem Unternehmen trotz implementierter Sicherheitsmaßnahmen zu einer sog. Datenpanne ("data breach"), gelangen also personenbezogene Daten beispielsweise durch einen Hackerangriff oder den Verlust des Firmen-Laptops in die Hände unberechtigter Dritter, so besteht nach der DSGVO die Pflicht, dies der zuständigen Datenschutzbehörde zu melden. Die Meldung hat dabei "unverzüglich und möglichst binnen 72 Stunden" zu erfolgen. Das Einhalten dieser Frist kann dabei schon unter regulären Bedingungen eine Herausforderung für Unternehmen darstellen. In Krisenzeiten - wie auch in der aktuellen COVID-19-Krise - wird sich für Unternehmen daher die Frage stellen, ob diese Frist auch eingehalten werden muss, wenn etwa das Personal nur eingeschränkt zur Verfügung steht. Dies ist vor dem Hintergrund der auch für die Verletzung der Meldepflicht drohenden drakonischen Bußgelder ein außerordentlich relevantes Thema.

Den vorliegenden Stellungnahmen der Aufsichtsbehörden ist zu entnehmen, dass sie von dem grundsätzlichen Ziel einer Meldung innerhalb von 72 Stunden nicht abrücken, jedoch teils bereit sind, im Einzelfall pandemiebedingte Verzögerungen zu berücksichtigen (so jedenfalls der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit, s. <https://datenschutz-hamburg.de/pages/corona-faq>).

Was bedeutet das konkret für Unternehmen?

- Unternehmen dürfen Datenpannen nicht grundlos später melden. Können sie die 72-Stunden-Frist nicht einhalten, sollten sie eine erste allgemeiner formulierte Meldung vornehmen, die später konkretisiert wird;
- Verzögerungen, die auf die COVID-19-Krise zurückzuführen sind, sollten dokumentiert werden; und
- In jedem Fall muss eine unmittelbare Schließung der Sicherheitslücke erfolgen und dies hinreichend dokumentiert werden.

---

### 3. REPORTING OF DATA BREACHES

If a data breach occurs in a company despite implemented security mechanisms, *i.e.*, if personal data falls into the hands of unauthorized third parties due to a hacker attack or the loss of a company laptop, the GDPR requires that this be reported to the competent data protection authority. The report must be made “without undue delay and, where feasible, not later than 72 hours”. Even under normal conditions, meeting this deadline can be a challenge for companies. In times of crisis - as in the current COVID-19 crisis - companies will be faced with the question of whether this deadline must still be met if, for example, personnel is only available to a limited extent. This is an extremely relevant topic against the background of the draconian fines that are also threatened for the violation of the reporting obligation.

The comments of the supervisory authorities indicate that they are not deviating from the basic goal of reporting within 72 hours, but that they are in part prepared to take pandemic-related delays into account in individual cases (at least according to the Hamburg Commissioner for Data Protection and Freedom of Information).

What does this mean for companies?

- Companies are not allowed to report data breaches later for any reason. If they are unable to meet the 72-hour deadline, they should make an initial, more generally formulated report, which will be substantiated later;
- Delays due to the COVID-19 crisis should be documented; and
- In any case, the security breach must be immediately fixed and this should be adequately documented.

## V. Vertragsanpassungen und Restrukturierungen

In jeder Krisensituation, die mit rückläufigen Einnahmen und damit auch Cashflows einhergeht, ist die Senkung der Fix- aber auch anderer Kosten sowie die Erhöhung von Cashflows der Schlüssel zum Erfolg, um die Liquidität des Unternehmens während der Krise und danach zu sichern. Wie auch bei einer "klassischen" Restrukturierung kann das ein Start-up in erster Linie durch Verhandlungen mit anderen Stakeholdern des Unternehmens, wie Vermietern, Finanzgläubigern, Fremdkapitalgebern, Mitarbeitenden, Kunden und Lieferanten sowie Steuer- und Sozialversicherungsbehörden erreichen. Vor diesem Hintergrund können Krisen für Start-ups auch eine Möglichkeit sein, günstigere wirtschaftliche Bedingungen unter bestehenden Vereinbarungen (neu) zu verhandeln.

Having weathered every business downturn for nearly fifty years, we've learned an important lesson – nobody ever regrets making fast and decisive adjustments to changing circumstances. In downturns, revenue and cash levels always fall faster than expenses. In some ways, business mirrors biology. As Darwin surmised, those who survive "are not the strongest or the most intelligent, but the most adaptable to change."

(Sequoia Capital, aus einem Schreiben an ihre Portfoliogesellschaften vom 5. März 2020)

### 1. VERTRAGSMANAGEMENT UND NEUVERHANDLUNG

Im Folgenden geben wir einen kurzen Überblick über Möglichkeiten eines Start-ups bei der Verhandlung bestehender Vertragsbeziehungen.

#### 1.1 Vermieter und Gewerbemietverträge

Die für Büroräume und andere Flächen zu zahlende Miete ist häufig eine der größten Kostenpositionen in der Gewinn- und Verlustrechnung eines jungen Unternehmens. Insbesondere in der Krise können diese Verpflichtungen erhebliche finanzielle Auswirkungen haben. Aufgrund des Bundesgesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie vom 27. März 2020 wurden vom Gesetzgeber jedoch zumindest Möglichkeiten geschaffen, die Liquidität der betroffenen Unternehmen in der Krisenphase zu schützen. Kernelement der Regelung ist ein temporärer Kündigungsschutz für Mieter, die im Zeitraum vom 1. April 2020 bis zum 30. Juni 2020 trotz Fälligkeit ihren Mietzahlungen nicht nachkommen, sofern die Nichtleistung auf den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie beruht. Der maßgebliche

Zeitraum kann durch die Bundesregierung aufgrund einer Ermächtigung ausgedehnt werden, maximal jedoch bis zum 30. September 2020.

Aufgrund der gesetzlichen Regelung des § 542 Abs. 2 Nr. 2,3 BGB kann der Vermieter grundsätzlich das Mietverhältnis kündigen, wenn der Mieter für zwei aufeinander folgende Termine mit der Entrichtung der Miete oder eines nicht unerheblichen Teils der Miete in Verzug ist oder mit der Zahlung der Miete in Höhe eines Betrages im Rückstand ist, der mindestens zwei Monatsmieten entspricht. Dieses Kündigungsrecht wird durch das aktuelle Gesetz während der Geltungsdauer ausgeschlossen. Gleiches gilt für etwaige gleichlautende oder auch abweichende vertragliche Regelungen zur Kündigung wegen Zahlungsverzugs. Anderweitige Kündigungsrechte wegen Vertragsverletzungen anderer Art (z.B. unberechtigte Überlassung der Mietflächen) bleiben unberührt.



## V. Contract Engagement and Restructuring

In any crisis and in particular when revenues take a nosedive and cash flows dry up, it is important to lower fixed and also other costs and expenses and try to preserve the liquidity of the business. In a "classic" restructuring, this is achieved through negotiations with other stakeholders of the company, such as landlords, financial creditors and debt providers, employees, customers and suppliers as well as tax and social security authorities. Against this backdrop, crises can also be an opportunity for start-ups to (re)negotiate more favorable economic conditions under existing agreements.

Having weathered every business downturn for nearly fifty years, we've learned an important lesson – nobody ever regrets making fast and decisive adjustments to changing circumstances. In downturns, revenue and cash levels always fall faster than expenses. In some ways, business mirrors biology. As Darwin surmised, those who survive "are not the strongest or the most intelligent, but the most adaptable to change."

*(Sequoia Capital, excerpt from a note sent to its portfolio companies dated 5 March 2020)*

### 1. CONTRACT MANAGEMENT AND RENEGOTIATION OF AGREEMENTS

Below, we give an overview of certain tools that start-ups can deploy when negotiating with other stakeholders.

#### 1.1 Landlords and Office Rental Agreements

The rent to be paid for office space and other premises is often one of the largest cost items in the profit and loss statement of a young company. Particularly in times of crisis, these obligations can have a significant financial impact. However, a federal law to mitigate the consequences of the COVID-19 pandemic was introduced on 27 March 2020, under which the legislator has created opportunities to protect the liquidity of affected companies during the crisis phase. The core element of the regulation is a temporary protection against termination for tenants who do not fulfill their rent payments in the period from 1 April 2020 to 30 June 2020 despite such payments being due, provided that the non-performance is due to the effects of the COVID-19 pandemic. The

relevant period may be extended over a longer period based on an authorization of the Federal Government, but cannot be extended past 30 September 2020.

On the basis of the statutory provision of sec. 542 para. (2) nos. 2,3 German Civil Code, the landlord can in principle terminate the tenancy if the tenant is in arrears with the payment of the rent or a not inconsiderable part of the rent for two consecutive dates or is in arrears with the payment of the rent in an amount corresponding to at least two months' rent. This right of termination is excluded by the current law during its period of validity. The same applies to any identical or deviating contractual provisions for termination due to default of payment. Other rights of termination due to breaches of contract of another kind (e.g., unauthorized subletting of the leased space) remain unaffected.

Auch wenn es damit einen entsprechenden Kündigungsschutz bei Mietrückständen gibt, bleiben die geschuldeten Mietzahlungen dennoch fällig und können vom Vermieter gerichtlich geltend gemacht werden (auch vor dem Ablauf des temporären Kündigungsschutzes). Zusätzlich kann der Vermieter auch gesetzliche oder vertragliche Verzugszinsen beanspruchen. Auch ist der Vermieter berechtigt, eine etwaige Mietbürgschaft in Anspruch zu nehmen, die vom Mieter wieder aufgefüllt bzw. erneuert werden muss.

Voraussetzung für die temporäre gesetzliche Kündigungsbeschränkung ist, dass die Nichtleistung der Mietzahlung auf den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie beruht. Beruht die Nichtleistung der Mietzahlung hingegen auf anderen Gründen, wie etwa der Zahlungsunwilligkeit des Mieters, besteht das Recht des Vermieters zur Kündigung weiterhin unverändert fort. Die Glaubhaftmachung dürfte regelmäßig einfach gelingen. Sie kann neben einer Versicherung an Eides Statt auch durch andere geeignete Mittel, wie etwa der Vorlage einer behördlichen (Schließungs-)Verfügung, einer Bescheinigung über die Gewährung staatlicher Leistungen oder anderer Nachweise über das Einkommen bzw. über einen Umsatzeinbruch, erfolgen.

Abgesehen von diesem rechtlich legitimen Vorgehen auf Basis des Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie, sind aus den Medien und dem Markt diverse Fälle bekannt, in denen Mieter die Zahlung der Miete insgesamt oder in Teilen verweigern und sogar darauf verweisen, dass sie krisenbedingt nicht in der Lage seien, entstandene Mietrückstände wieder zu erstatten. Aus rechtlicher Sicht gibt es für ein derartiges Vorgehen jedoch aus unserer Sicht keine Grundlage. Die Verweise auf einen sog. "Wegfall der Geschäftsgrundlage" erweisen sich jedenfalls auf Basis der bisher existierenden Rechtsprechung als nicht belastbar. Die Erfolgsaussichten eine temporäre oder dauerhafte Reduzierung der Mietzinsen ohne Rückzahlungsverpflichtung gegenüber dem Vermieter durchzusetzen halten wir zur Zeit für gering.

Sollte daher über den durch das Gesetz ermöglichten Liquiditätsschutz eine tatsächliche

Reduzierung der Mietzinsen oder eine (ggf. zinslose) Stundung seitens des Mieters angestrebt werden, empfehlen wir, das Gespräch mit dem Vermieter zu suchen und unter Wahrung der Interessen beider Parteien eine entsprechende Lösung zu erarbeiten. Auch Vermieter können hieran ein Interesse haben, denn in einer Zeit des Abschwungs werden sie lieber einen Mieter haben, der eine niedrigere Miete zahlt, als gar keinen Mieter. Um solche Vereinbarungen bei langfristigen Mietverträgen mit einer Laufzeit von mehr als einem Jahr wirksam zu vereinbaren, müssen derartige Abreden im Rahmen eines schriftformkonformen Nachtrags zum Mietverhältnis abgeschlossen werden.

## 1.2 Lieferanten und Kunden

Die nächsten Stakeholder, mit denen Start-ups in Verhandlung treten können und sollten, um Kosten zu senken und den Cashflow möglichst zu erhöhen, sind ihre Lieferanten. Denn auch für die Zulieferer, die möglicherweise selbst in einer Krise stecken, kann das in Not geratene Unternehmen ein wichtiger Kunde sein, der im Falle einer Insolvenz gänzlich wegfallen würde. In beiderseitigem Interesse kann dabei vor allem eine gewisse Senkung der Preise für Waren und Dienstleistungen sein, wofür im Gegenzug die Verlängerung der jeweiligen Lieferverträge zugunsten des Lieferanten vereinbart werden kann. Ein anderes naheliegendes Instrumentarium ist natürlich die Vereinbarung von Zahlungserleichterungen wie längere Zahlungsziele, Skonti usw.

Wie die Lieferanten eines Start-ups können auch die bestehenden Kunden (falls vorhanden) oder sogar künftige Kunden (die manchmal bereits an der Finanzierung des Unternehmens beteiligt sind), einen entsprechenden Beitrag leisten. So kann z.B. vereinbart werden, dass ein kurzfristiger Vertrag verlängert wird, um den eingehenden Cashflow in der Zukunft sicherzustellen. Eine andere Möglichkeit ist die Vereinbarung bestimmter Preiserhöhungen für einen kurzen Zeitraum in Verbindung mit Rabatten für die Zeit nach der Krise, also wenn sich die Situation stabilisiert hat. Auch verkürzte Zahlungsziele können dazu beitragen, Liquiditätsslücken zu

Even if there is a corresponding protection against termination in the event of rent arrears, the rent payments nevertheless remain due and can be enforced by the landlord in court (even before the expiry of the temporary protection against termination). In addition, the landlord can also claim statutory or contractual interest on arrears. The landlord is also entitled to make use of any rent guarantee, which must be refinanced or renewed by the tenant.

A pre-condition for the temporary statutory restriction on termination is that the non-payment of rent is due to the effects of the COVID 19 pandemic. If the non-payment of rent is due to other reasons, such as the tenant's unwillingness to pay, the landlord's right to terminate the contract remains unchanged. Proof of this pre-condition should be obtained. In addition to an affirmation in lieu of an oath, it can also be made by other suitable means, such as the submission of an official (closure) order, a certificate on the granting of public benefits or other proof of income or a decrease in turnover.

Aside from this legally legitimate action based on the law to mitigate the consequences of the COVID 19 pandemic, the media and the market have reported various cases of tenants refusing to pay all or part of the rent and even pointing out that they are unable to reimburse rent arrears due to the crisis. From a legal point of view, however, there is in our view no basis whatsoever for such an approach. In any case, the references to a so-called "loss of the basis for the transaction" have proven to be untenable on the basis of existing case law. We currently consider the prospects of success in enforcing a temporary or permanent reduction in rent without a repayment obligation to the landlord to be low.

If, therefore, an actual reduction of the rent or a (possibly interest-free) deferral is intended by the tenant, which goes beyond the liquidity protection provided by the law, we recommend reaching out for a discussion with the landlord and to work out an appropriate solution while protecting the interests of both parties. Landlords may also have an interest in this, because in a period of downturn they will prefer a tenant who pays a lower rent than having no tenant at all. In order for such

agreements to be effective in the case of long-term leases with a term of more than one year, such agreements must be concluded in a written addendum to the lease.

## 1.2 Suppliers and Customers

The next stakeholders with whom start-ups can and should negotiate in order to reduce costs and preserve liquidity as much as possible are their suppliers. After all, even for suppliers who may themselves be in a crisis, the distressed company can be an important customer who would disappear completely in the event it falls into bankruptcy. For both parties, a reduction in the price of goods and services can be of particular benefit, in return for which the extension of the respective supply contracts can be agreed. Another obvious instrument is of course the agreement of payment facilities such as longer payment terms, discounts etc.

Like the suppliers of a start-up, the existing customers (if any) or even future customers (who sometimes already participate in the financing of the company) can also make a corresponding contribution. For example, it may be agreed that a short-term contract will be extended to ensure incoming cash flow in the future. Another possibility is to agree certain price increases for a short period of time in combination with post-crisis discounts, *i.e.*, when the situation has stabilized. Shortened payment terms can also help to close liquidity gaps. Finally, it may be appropriate to demand advance payments from (future) customers, but only to the extent that such payments are possible under banking supervisory regulations.

So-called factoring programs offered by financial institutions and factoring providers can be an additional standard instrument for quickly improving the liquidity situation. Under these programs, receivables from customers or other receivables (if any) are sold to the respective institutions or providers with a certain discount in return for immediate payment of outstanding amounts (less the discount granted).

Although there are certain opportunities for start-ups to reduce costs and protect liquidity even in times of crisis, some important aspects and principles must be taken into account.

schließen. Schließlich kann es sich anbieten, Vorauszahlungen von (künftigen) Kunden zu verlangen, jedoch nur soweit solche im Rahmen der bankaufsichtsrechtlichen Bestimmungen möglich sind.

Ein zusätzliches Standardinstrument zur schnellen Beschaffung der erforderlichen Liquidität können sog. Factoring-Programme von Finanzinstitutionen und Factoring-Anbietern sein. Hierbei werden Forderungen gegen Kunden oder sonstige Forderungen (falls vorhanden) mit einem gewissen Rabatt gegen die sofortige Zahlung ausstehender Beträge (abzüglich des gewährten Rabatts) an die jeweiligen Institutionen oder Anbieter verkauft.

Bestehen somit für Start-ups auch in Krisenzeiten gewisse Möglichkeiten, Kosten zu senken und die Liquidität zu schützen, sind hierbei jedoch einige wichtige Aspekte und Grundsätze zu berücksichtigen. Denn zunächst einmal gilt auch in einer Krisensituation der im Vertragsrecht wichtigste Grundsatz "pacta sunt servanda", d.h. das Prinzip der Vertragstreue, weiter. Daher sind für erfolgreiche Verhandlungen nicht nur Verhandlungsgeschick, sondern auch eine vertrauensvolle und offene Kommunikation mit den relevanten Stakeholdern von entscheidender Bedeutung. Natürlich könnten grundsätzlich auch rechtliche Argumentation und/oder das Finden von Vertragslücken in den bestehenden Verträgen sowie "Drohungen" mit Worst-Case-Szenarien helfen, ein entsprechendes Ergebnis zu erzielen. Allerdings sollte man während den jeweiligen Verhandlungen auch bedenken, dass sich die Gegenpartei möglicherweise in einer ähnlichen Situation befindet, sodass es ratsam ist, sich vor Aufnahme der Verhandlungen konkret damit zu beschäftigen, wie eine für beide Seiten zufriedenstellende Lösung aussehen kann.

## VERTRAGSRECHTE KLEINER UNTERNEHMEN IN DER COVID-19-KRISE



Der deutsche Gesetzgeber hat im Rahmen der derzeit eingeführten Notfallmaßnahmen im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie beschlossen, dass kleine Unternehmen (mit weniger als 10 Mitarbeitenden und einem maximalen Jahresumsatz von EUR 2 Millionen) bis zum 30. Juni 2020 die Erfüllung von Zahlungsverpflichtungen aus einem für die Fortführung des Betriebs wesentlichen Dauerschuldverhältnis, etwa mit Strom- oder Telekommunikationsanbietern, das vor dem 8. März 2020 begründet wurde, verweigern können, sofern diese Zahlungen aufgrund der Folgen der COVID-19-Pandemie nicht mehr geleistet werden können (ausgenommen sind jedoch Miet- und Darlehensverträge).

Im Zusammenhang mit Vertragsanpassungen, einschließlich Verzicht und Stundung, bietet sich das Instrument des Besserungsscheins oder eine Vereinbarung zur Rückzahlung erlassener Ansprüche, Forderungen oder Darlehen mit künftiger Gewinnbeteiligung an. Alle diese Instrumente haben gemein, dass die verzichtende Partei an einer künftigen Erholung teil hat. Die Zahlungen im Rahmen solcher Besserungsscheine können dabei an einige Leistungsindikatoren wie das Erreichen eines bestimmten EBITDA, bestimmter Verschuldungsgrade oder anderer Finanzkennzahlen und Meilensteine geknüpft werden.

First of all, even in a crisis situation, the most important principle in contract law, "*pacta sunt servanda*", i.e., the principle of contract loyalty, continues to apply. Therefore, not only negotiation skills but also trusting and open communication with the relevant stakeholders are of crucial importance for any successful negotiations. Of course, in principle, legal arguments and/or finding loopholes in existing contracts as well as "threats" with worst-case scenarios might get you there, but for obvious reasons it is strongly preferable to specifically consider what a mutually satisfactory solution might look like before starting negotiations.

When negotiating contract adjustments, including waivers and deferrals, a warrant instrument or an agreement to repay waived claims, receivables or loans with future profit sharing can help bridging the gap. What all these instruments have in common is that the waiving party participates in a future recovery. The payments under such instruments may be linked to certain performance indicators such as the achievement of a certain EBIDTA, certain debt ratios or other financial ratios or milestones.

**CONTRACTUAL RIGHTS FOR  
SMALL BUSINESSES IN TIMES OF  
THE COVID-19 CRISIS**



As part of the recently introduced emergency measures to address the COVID-19 pandemic, the German Government included a right for small businesses (with less than 10 employees and maximum annual revenue of EUR 2 million) to refuse fulfilment of certain payment obligations until 30 June 2020 under long term contracts which are material for the business (e.g., agreements with utility providers) and which have been entered into prior to 8 March 2020 if such payments cannot be made due to the consequences of COVID-19 pandemic (note that loan and rental agreements are excluded).



## 2. DIE INSOLVENZRECHTLICHE RESTRUKTURIERUNG ALS ALTERNATIVE

Wenn das gewünschte Ergebnis durch Verhandlungen nicht erzielt werden kann, bleibt immer noch die Möglichkeit, ein besonderes Insolvenzverfahren einzuleiten, das sog. Eigenverwaltungsverfahren, auch wenn dies natürlich mit operativen Störungen und ggf. auch Reputationsschäden einhergeht. So haben aktuell bereits mehrere Marktteilnehmer, wie etwa Galeria Karstadt Kaufhof, Hallhuber oder auch der Elektrofahrzeug-Start-up-Hersteller e.GO Mobile entsprechende Sanierungsverfahren eingeleitet.

Bei diesem speziellen Insolvenzverfahren kann (im Rahmen eines sog. Insolvenzplanverfahrens, oft kombiniert mit einem Schutzschirmverfahren) eine Sanierung und damit eine mögliche Rettung des Unternehmens erfolgen, was in einem "normalen" Insolvenzverfahren nicht möglich ist. Dieses Verfahren bietet auch im Gegensatz zu einer (außerinsolvenzlichen) Restrukturierungssituation zusätzliche Flexibilität, z.B. in Form von Sonderkündigungsrechten, die dem Unternehmen die Wahl geben, laufende vertragliche Verpflichtungen zu erfüllen oder abzulehnen (d.h. in gewissem Umfang ein "Rosinenpicken" zulassen).

Zentrales Instrument ist hier der sog. Insolvenzplan, für den die Zustimmung einer Mehrheit der Gläubiger erforderlich ist. Dieser kann eine breite Palette rechtlicher Maßnahmen festlegen, einschließlich, einer Änderung der Beteiligungsstruktur, Hair-Cuts (Darlehensersatz ohne Gegenleistung), die Nichterfüllung bestimmter Vereinbarungen und Personalabbau.

### CHECKLISTE VORTEILE EINES INSOLVENZPLANVERFAHRENS



- es kann zur Rettung, Reorganisation und Fortführung des Unternehmens führen;
- die geplante Umstrukturierung des Unternehmens kann rasch umgesetzt werden;
- mit Hilfe von Insolvenzgeld der Arbeitsagentur kann der Liquiditätsbedarf für drei Monate gedeckt werden;
- Forderungen können gestundet oder (ganz oder teilweise) erlassen werden;
- es kann vielfach eine maximale Befriedigung der Gläubiger erreicht werden;
- im Rahmen des Plans kann jede gesellschaftsrechtlich zulässige Regelung getroffen werden (z.B. erleichterte Debt-Equity-Swaps);
- Ressourcen, Konzessionen und Lizenzen sowie für den Geschäftsbetrieb notwendige Geschäftsbeziehungen können erhalten werden;
- bestehende Verträge werden während des Verfahrens fortgeführt;
- Sonderkündigungsrechte für bestehende (ungünstige) Verträge (z.B. Mietverträge) werden ermöglicht;
- das Management bleibt im Rahmen des Eigenverwaltungsverfahrens "am Ruder"; und
- es können bestimmte Steuervorteile erzielt werden.

Der Plan muss vom Gläubigerausschuss und der Gläubigerversammlung, in der die Gläubiger in verschiedene Gruppen aufgeteilt werden, genehmigt werden und bedarf in der Regel der Zustimmung jeder dieser Gruppen. Unwillige Gläubiger können jedoch "überstimmt" werden (sog. *Obstruktionsverbot*), wenn der vorgesehene Plan im Interesse der Gesamtheit der entsprechenden Gläubigergruppe liegt (z.B. im Vergleich zu einem Liquidationsszenario). Schließlich muss der Plan vom Insolvenzgericht genehmigt werden, damit er rechtsverbindlich werden kann.

Wichtig ist, dass die Einleitung eines entsprechenden Verfahrens voraussetzt, dass dem Insolvenzgericht nachgewiesen werden kann, dass aus wirtschaftlicher Sicht eine realistische Chance besteht, dass das Unternehmen tatsächlich saniert werden kann und das Geschäftsmodell tragfähig ist. Dies geschieht in der Regel durch eine spezielle Bescheinigung, die von Wirtschaftsprüfern und Rechtsanwälten erstellt wird, die auf Sanierung und Insolvenz spezialisiert sind.

## 2. AVAILABLE TOOLS UNDER INSOLVENCY LAW TO RESTRUCTURE THE BUSINESS

If the desired result cannot be achieved through negotiations, there is still the possibility of initiating special insolvency proceedings, the so-called self-administration procedure (*Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung*), even if this is naturally accompanied by operational disruptions and damage to the company's reputation. Several market participants, such as Galeria Karstadt Kaufhof, Hallhuber or the electric vehicle start-up manufacturer e.GO Mobile have already initiated appropriate restructuring procedures.

In these special insolvency proceedings, it is possible (within the framework of a so-called insolvency plan procedure (*Insolvenzplanverfahrens*), often combined with a protection shield proceedings (*Schutzschirmverfahren*)) to reorganize and thus possibly rescue the company, which is not possible in "normal" insolvency proceedings. These proceedings also offer additional flexibility in contrast to a (non-insolvency) restructuring situation, e.g., in the form of special termination rights, which give the company the choice of fulfilling or rejecting ongoing contractual obligations (*i.e.*, allowing "cherry-picking" to a certain extent).

The central instrument here is the so-called insolvency plan, which requires the consent of a majority of creditors. It can specify a wide range of legal measures, including a change in the shareholding structure, haircuts, the non-fulfilment of certain agreements and staff reductions.

### CHECKLIST OF ADVANTAGES OF INSOLVENCY PLAN PROCEEDINGS



- It can lead to the rescue, reorganization and continuation of the company;
- The planned restructuring of the company can be implemented quickly;
- With the help of financial support (*Insolvenzgeld*) from the Federal Employment Agency, the liquidity requirement can be covered for three months;
- Claims can be deferred or (fully or partially) waived;
- In many cases maximum satisfaction of creditors can be achieved;
- Any arrangement permitted under company law can be made under the plan (e.g., easier debt-to-equity swaps);
- Resources, concessions and licenses as well as business relationships necessary for business operations can be maintained and preserved;
- Existing contracts are continued during the procedure;
- Special termination rights for existing (unfavorable) contracts (e.g., lease agreements) are made available;
- The management remains "at the helm" during the self-administration procedure; and
- Certain tax advantages can be obtained.

The plan must be approved by the creditors' committee and the creditors' meeting at which the creditors are divided into different groups. While approval usually requires the consent of each of these groups, unwilling creditors may be overruled (so-called 'ban on obstruction') if the envisaged plan is in the interest of the entirety of the relevant creditor group (e.g., in comparison with a liquidation scenario). Finally, the plan must be approved by the insolvency court in order for it to become legally binding.

It is important to note that initiation of such proceedings requires a demonstration to the insolvency court that, from an economic point of view, there is a realistic chance that the company can actually be restructured and that the business model is viable. This is usually done by means of a special certificate (*Bescheinigung*) prepared by auditors and lawyers specializing in restructuring and insolvency.

## VI. Streitigkeiten in Krisenzeiten

Wirtschaftliche Krisen und damit einhergehende Marktverwerfungen führen erfahrungsgemäß zu einem sprunghaften Anstieg von Rechtsstreitigkeiten. In Krisenzeiten werden Verträge, wie oben dargestellt, oftmals nicht - oder nicht wie geplant - durchgeführt. Grund hierfür kann sein, dass sich die Annahmen und Erwartungen (eines) der Vertragspartner nicht erfüllt haben und daher im Nachhinein abzuklären ist, wer welche Risiken und Kosten zu tragen hat. Auch muss damit gerechnet werden, dass einer der Vertragspartner einen Insolvenzantrag stellt oder aus sonstigen Umständen gehindert ist, seine vertraglichen Verpflichtungen zu erfüllen.

Der erste Blick geht natürlich in den Vertragstext selbst. Allerdings geben selbst die gängigen Klauseln zu höherer Gewalt ("Force Majeure") oder Preisanpassungen in vielen Fällen keine klaren Antworten. Daher wollen wir im Folgenden einen Überblick über die typischen Konfliktbereiche geben, die daraus resultieren können. Um die erste Orientierung zu erleichtern, wollen wir auch mögliche Argumentationslinien zusammenfassen.





## VI. Disputes in Times of Crisis

Experience shows that downturns and related market distortions result in an increase in the number of legal disputes. In times of crisis, contracts are often not executed at all - or at least not as planned. This may be because the expectations of the contract partners (or one of them) have proven to be incorrect and a need arises to retrospectively clarify who bears the associated risks and costs. It is also possible that one of the parties has to file for insolvency or is otherwise prevented from fulfilling its contractual obligations.

Naturally, the first step is to take a closer look at the language of the contract in question. However, in many cases even the usual clauses on force majeure or price adjustments will not provide for a clear-cut answer. Accordingly, we have summarized below typical conflicts and lines of argument that may arise in order to provide an initial overview.

## 1. ANPASSUNG UND KÜNDIGUNG VON LANGFRISTIGEN LIEFERVERTRÄGEN

Vor allem globale Krisen führen häufig zum Abbruch diverser Lieferketten, wie sich auch gegenwärtig in der COVID-19-Krise gut beobachten lässt. Dies kommt nicht völlig überraschend, da die heute übliche "just-in-time"-Produktion nur wenig Risikopuffer zulässt.

In diesen Situationen können sog. Force Majeure-Klauseln eingreifen. Diese umfassen vertragliche Regelungen, welche die Folge von Leistungsstörungen adressieren, die durch sog. höhere Gewalt hervorgerufen werden. Dazu zählen typischerweise Naturkatastrophen wie etwa Erdbeben, Blitzschlag, Feuer, Überschwemmung. Grundsätzlich ist dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) der Gedanke einer (auch nur temporären) Leistungsentbindung aufgrund höherer Gewalt jedoch fremd, sodass für die Auslegung solcher unklarer Vertragsbestimmungen wie einer Force Majeure-Klausel auf allgemeine Grundsätze zurückgegriffen werden muss. Ob die gegenwärtige COVID-19-Pandemie als eine solche "Naturkatastrophe" zu qualifizieren ist, ist unter Juristen umstritten und man wird abwarten müssen, wie sich hier mit der Sache befasste Gerichte positionieren werden.

Sofern in einem Vertrag keine solchen speziellen Regelungen enthalten sind, finden sich im deutschen Recht zwei weitere Rechtsinstitute, die in Krisenzeiten Bedeutung erlangen können: Zum einen ist das die sog. Unmöglichkeit (§ 275 BGB) und zum anderen der Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB).

Gemeinsam ist beiden Rechtsinstituten, dass sie im Extremfall ein Recht begründen können, sich von einem als nicht mehr sachgerecht empfundenen Vertrag zu lösen bzw. diesen nicht (jedenfalls vorübergehend) erfüllen zu müssen. Beide Rechtsinstitute stellen jedoch hohe Anforderungen und es bedarf einer Prüfung im jeweiligen Einzelfall, ob die Voraussetzungen vorliegen und was die konkreten Rechtsfolgen sind.

Bei Auftreten einer Krise sollte die betroffene Partei insbesondere eine Berufung auf folgende Klauseln bzw. Rechtsinstitute in Erwägung ziehen:

### CHECKLISTE LIEFERVERTRÄGE



- Preisanpassungsklauseln;
- Laufzeit und reguläre Kündigungsmöglichkeiten;
- Force Majeure-Klausel;
- Wegfall der Geschäftsgrundlage und Unmöglichkeit;
- Außerordentliche Kündigungsmöglichkeiten, insbesondere bei etwaigen Pflichtverstößen;

## 1. ADJUSTMENT AND TERMINATION OF LONG-TERM SUPPLY CONTRACTS

Global downturns in particular often result in the disruption of many supply chains, as demonstrated by the current COVID-19 pandemic. This is not surprising considering that the prevailing “just-in-time” production only allows for very few risk buffers.

So-called force majeure clauses may address such situations. They are designed to provide guidance to the parties in case of an unforeseen event described as “force majeure” or an “act of God”. Usually, this will include disasters such as earthquakes, fires or flooding. However, the German Civil Code (BGB) is generally averse to the notion of discharging the parties from their contractual obligations based on the argument of force majeure. Therefore, general principles of contract interpretation must be applied to assess the specific clause in question. Whether the current COVID-19 pandemic can be qualified as such a “natural disaster” is being debated amongst German legal scholars and as there is currently no decisive case law it remains to be seen how the courts will deal with the matter.

If no such contractual provision is included in a contract, two other legal principles of German law should be considered in times of crisis. In particular, one of the parties may plead that it has become impossible to perform the contract as agreed (sec. 275 BGB) or it may try to invoke the concept of frustration (sec. 313 BGB).

What both legal institutions have in common is that they offer a right to withdraw from a contract that is no longer considered enforceable or reasonably operable. However, the legal thresholds for both are extremely high and cannot easily be reached. In fact, it is necessary to check all the relevant facts and circumstances in the case at hand in order to determine whether either legal principle will provide an appropriate resolution of the matter with the desired consequences.

In the event of a crisis, the party concerned should in particular consider invoking the following clauses or legal concepts:

### CHECKLIST FOR SUPPLY CONTRACTS



- Price adjustment clauses
- Term and regular causes for termination
- Force majeure clause
- Frustration of purpose and / or circumstances making it impossible to enforce the contract
- Extraordinary termination rights, including any breaches of duty

## 2. ANPASSUNG UND LOSLÖSUNG VON UNTERNEHMENSKAUFVERTRÄGEN

Eine Krise hat aber nicht nur auf die gewöhnliche Lieferkette und das operative Geschäft unmittelbare Auswirkungen. Auch wesentliche Einzelverträge wie insbesondere Unternehmenskaufverträge werden umgehend zu prüfen sein.

Umfangreiche Vertragswerke sehen häufig sog. "Material Adverse Change"-Klauseln (kurz MAC-Klauseln) vor, auch als "Material Adverse Effect" (MAE) bezeichnet. Allerdings wird es auf die konkrete Formulierung ankommen, vor welchen Risiken der Käufer konkret geschützt ist. Dies gilt ebenso für den üblichen Garantiekatalog.

### COVID-19 UND DIE FRAGE NACH MAC/MAE



Die wirtschaftlichen Auswirkungen von COVID-19, einschließlich "Shelter-In-Place-Anordnungen" und anderer Gesetzesänderungen oder Verwaltungsanordnungen, können gemäß der relevanten Akquisitions- und/oder Finanzdokumentation unter bestimmten Umständen als MAC/MAE angesehen werden. Dies hätte zur Folge, dass sich eine Partei weigern könnte, eine Transaktion zu vollziehen oder zu finanzieren und vielmehr versuchen könnte, sich vom Vertrag zu lösen. Seit Beginn der COVID-19-Pandemie hat es auch einige Fälle gegeben, in denen sich Parteien bei noch nicht vollzogenen Transaktionen auf das Vorliegen eines MAC/MAE berufen haben, auch wenn solche Fälle nach unserer Einschätzung weiterhin eher die Ausnahme bilden.

Behauptet eine Partei, dass die MAC/MAE-Klauseln greifen, wird ein Gericht neben der Art und Weise, wie die betreffende Vereinbarung abgefasst wurde, auch die konkreten Umstände in Betracht ziehen. Also z.B. die tatsächlichen Auswirkungen auf das Geschäft und die Branchen der beteiligten Parteien (etwa in Bezug auf Wesentlichkeit, Nachhaltigkeit oder Dauer der Auswirkungen) und die geopolitischen Reaktionen etc. In der Vergangenheit waren Gerichte zurückhaltend, bei M&A-Transaktionen das Vorliegen eines MAC/MAE zu bejahen. Obwohl es im Finanzierungsbereich bislang nur wenige einschlägige Gerichtsverfahren gab, waren die Gerichte auch hierbei überwiegend sehr vorsichtig. Der Schwerpunkt der gerichtlichen Prüfung liegt dann vielfach auf der Frage, ob ein bestimmtes Ereignis einen "langfristigen und dauerhaften" Einfluss auf das betreffende Unternehmen gehabt hat, wobei das Vorliegen der Dauerhaftigkeit eine sehr fakten spezifische Frage ist. Dementsprechend sollte die Entscheidung, sich auf das Vorliegen eines MAC/MAE zu berufen, auch nur nach sorgfältiger Prüfung des konkreten Sachverhalts und Einholung von qualifiziertem Rechtsrat getroffen werden.

Im Zusammenhang mit COVID-19 ist zudem zu beachten, dass in vielen Verträgen bei der Definition von MAC/MAE-Regelungen aufgenommen wurden, nach denen die wesentlichen nachteiligen Auswirkungen speziell das Geschäft des Zielunternehmens (oder des Kreditnehmers) im Vergleich zu anderen Unternehmen in derselben Branche unverhältnismäßig treffen müssen, also spezifisch für das betreffende Unternehmen sind. Die Frage ist dann, ob COVID-19 zu solchen spezifischen negativen Auswirkungen für ein bestimmtes Unternehmen geführt hat und ob hier eine relevante Unterscheidung von anderen Marktteilnehmern vorliegt.

Bei Transaktionen, die aktuell noch verhandelt werden, mag es sich daher anbieten, das Thema "COVID-19 und seine Auswirkungen" explizit zu adressieren. Denn wenn sich die Parteien z.B. über die Bedeutung der Pandemie im Zusammenhang mit der angedachten Transaktion einig sind, sollte in den MAC/MAE-Klauseln auch ausdrücklich auf COVID-19 Bezug genommen, d.h. COVID-19 entweder ausdrücklich ausgeschlossen oder ausdrücklich aufgenommen werden. Anderenfalls bliebe eine für alle Parteien greifbare Unsicherheit. Käufer und Finanzierer werden die Auswirkungen von COVID-19 wahrscheinlich eher ausdrücklich in die MAC/MAE-Klauseln aufnehmen wollen, was ihnen dann die Möglichkeit gäbe, die Transaktion nicht zu vollziehen oder die Finanzierung abzulehnen, sollten sich die Umstände weiter verschlechtern. Verkäufer und Darlehensnehmer werden dagegen bedacht sein, die COVID-19-Pandemie und ihre Auswirkungen ausdrücklich aus der MAC/MAE-Definition auszunehmen, mit dem Argument, dass das Risiko allgemein bekannt sei und Marktteilnehmer es somit berücksichtigen könnten. Eine Verkäufer-/Kreditnehmer-freundliche MAC/MAE-Definition kann daher vorsehen, das Auftreten einer "Pandemie" oder eines "Ausbruchs" ausdrücklich aus dem Anwendungsbereich der MAC/MAE-Regeln auszunehmen. Entsprechend wurden "COVID-19 & Co." in jüngster Vergangenheit auch in einer Reihe von, bei den Börsenaufsichtsbehörden in Amerika eingereichten und veröffentlichten, Übernahmevereinbarungen ausdrücklich ausgeklammert.

## 2. ADJUSTMENT AND TERMINATION OF M&A CONTRACTS

Significant economic disruption does not only impair the ordinary supply chain and the operative business, material individual agreements and/or contracts such as M&A contracts should also be checked.

Significant contracts will often include so-called “Material Adverse Change” clauses (hereinafter MAC-clauses), also called “Material Adverse Effect” (MAE). However, the scope of protection will depend on the specific wording of that particular MAC-clause. The same applies to any guarantees stipulated in the contract.

### COVID-19 AND MAC/MAE



The business impacts of COVID-19, including shelter in place orders and other administrative order and changes in law may under certain circumstances qualify as a MAC/MAE under relevant acquisition and/or finance documentation, and as such could form the basis for one party to refuse to close or fund a transaction, or declare a contract default or breach. Since the advent of COVID-19, there have been some instances of parties claiming the occurrence of a MAC/MAE in transactions that were signed pre-COVID-19 but not yet closed; however, this does not appear to be commonplace to date.

When a party claims that the MAC/MAE clauses are triggered, in addition to looking at how the relevant agreement has been drafted, a court will also look at the factual situation, such as the actual impact on the business and the industries of the respective parties involved (e.g., materiality, sustainability or duration of the impact) and geopolitical responses etc. Historically, courts have been reluctant to find the existence of a MAC in the M&A context. Although there have been very few MAE litigations in a finance context so far, in those few cases, courts have also been cautious about declaring a MAE. Furthermore, the overriding focus of courts when evaluating claims/allegations that a MAC/MAE has occurred is whether a MAC/MAE has had a “long[-]term and durational” impact on the relevant business. Whether the durational aspect will be satisfied is a highly fact-specific question. As such, the decision to invoke the MAC/MAE should only be made after careful consideration of the actual facts and in consultation with a litigation counsel.

Additionally, before claiming that a MAC/MAE exists due to COVID-19, make sure to consider all possibilities that the other party may have to challenge the assertion via any carve-outs to the definition of MAC/MAE. One carve-out that is often seen is that if the material adverse effects do not disproportionately affect the target’s (or borrower’s) business relative to other businesses in the same industry, then such effects are excluded from MAC/MAE. Therefore, the analysis may hinge on whether there is any uniqueness in connection with the material adverse effects that impact the particular business.

For transactions in the negotiation phase, COVID-19 and its impacts are beginning to be addressed directly. For example, if the parties agree as to the importance of the pandemic in the transaction, then COVID-19 should be explicitly referred to in the MAC/MAE clauses (whether to expressly exclude it or to expressly include it), since relying on general phrasing in such clauses (even if commonly used in historical practice), may not be sufficient to ensure the intended treatment. Buyers and financing parties are more likely to want to expressly include future impacts of COVID-19 in the MAC/MAE clauses, which will give them the ability to terminate and walk away from the transaction, decline to fund etc. in case the effects of COVID-19 significantly increase the current level. On the other hand, sellers and borrowers are more likely to want to expressly exclude COVID-19 and its impacts, on the basis that the risk has been broadly publicized and is well known to market participants. A seller/borrower-favorable MAC/MAE definition may try therefore provide that any occurrence of a “pandemic” or “outbreak” is expressly excluded. Most recently, a number of publicly filed acquisition agreements have expressly excluded these items, sometimes specifically referencing COVID-19.

Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang, dass im Nachgang zur globalen Finanzmarktkrise 2008/2009 diverse Käufer auf das alte Rechtsinstitut der vorvertraglichen Pflichtverletzung (*culpa in contrahendo*) zurückgegriffen haben, um sich von den engen vertraglichen Fesseln zu lösen. Die Käufer behaupteten dann beispielsweise, sie seien angeblich über das Kaufobjekt getäuscht worden, um eine Loslösung vom Vertrag oder eine Kaufpreisreduktion zu rechtfertigen. Seit 2002 ist dieses von der Rechtsprechung entwickelte Rechtsprinzip auch im BGB verankert (§ 311 Abs. 2 i. V. m. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB). Voraussetzung ist allerdings regelmäßig, dass die Verkäuferseite bewusst die Käuferseite bei Abschluss des Vertrages getäuscht hat (was freilich auch durch Unterlassung einer gebotenen Aufklärung der Fall sein kann). Dies wird nur ausnahmsweise der Fall bzw. zu beweisen sein. Es bleibt abzuwarten, ob im Nachgang der aktuellen Krise auch wieder vermehrt Rechtsstreitigkeiten auf dieser Basis eingeleitet werden.

Im Hinblick auf eine mögliche Anpassung oder Loslösung von einem Unternehmenskaufvertrag sollten vor allem folgende Klauseln bzw. Rechtsinstitute geprüft werden:

#### **CHECKLISTE UNTERNEHMENS- KAUFVERTRÄGE**



- Preisanpassungsklauseln;
- Reguläre Rücktrittsmöglichkeiten;
- MAC-Klauseln;
- Force Majeure-Klausel;
- Garantieverletzungen;
- Außerordentliche Lösungsmöglichkeiten (z.B. vorvertragliche Pflichtverstöße; Täuschung bei Vertragsschluss)
- Nichteintritt von Vollzugsbedingungen

---

### **3. ACHTUNG: STREITIGKEITEN MIT INSOLVENZBEZUG**

Wie wir gesehen haben, müssen bereits während der Krise insolvenzrechtliche Besonderheiten präventiv berücksichtigt werden. Dies gilt auch dann, wenn eine Insolvenz nicht für das eigene Unternehmen droht, sondern für Vertragspartner. Zahlungen (oder auch andere Leistungen) eines Vertragspartners können nämlich möglicherweise später angefochten werden, sollte dieser Vertragspartner einen Insolvenzantrag stellen müssen. Legt ein

Vertragspartner eine Krisensituation offen, empfiehlt es sich daher, entsprechende rechtliche Expertise einzuholen, um nicht später Ansprüchen eines Insolvenzverwalters des Vertragspartners ausgesetzt zu sein. In besonderem Maße gilt dies, wenn ein Vertragspartner einen Zahlungsplan oder vergleichbare Vergünstigungen einfordert.

In addition, it is worth mentioning that in the wake of the global financial crisis in 2008/2009 various buyers relied on the rather old legal principle of *culpa in contrahendo* in order to free themselves from contractual ties. While this legal principle was, for many years, merely based on case law it is now also incorporated into the German Civil Code (sec. 311 para. (2) in conjunction with sec. 280 para. (1) and sec. 241 para. (2) BGB). However, there is a pre-condition, often of crucial relevance, that the seller has deliberately misled the buyer when entering into the contract (which can, in certain circumstances, include omitting necessary disclosures). Hence, this argument will only succeed – and be proven by available evidence – in exceptional cases. It remains to be seen whether there will again be an increased number of cases where one of the parties relies on this legal principle.

With respect to a potential adjustment or termination of M&A Contracts the following clauses or legal concepts should be analyzed:

**CHECKLIST FOR M&A CONTRACTS**



- Price adjustment clauses
- Regular termination provisions
- MAC-clauses
- Force majeure clauses
- Representations and Warranties
- Extraordinary termination rights, including any breach of pre-contractual obligations; fraudulent behavior at the signing
- Non-occurrence of closing conditions

---

### 3. CAUTION: DISPUTES RELATED TO INSOLVENCY LAW

As we have seen, it is particularly important during a crisis to consider the special features of German insolvency law in order to prevent unwanted disputes. This warning applies even if it is not your own company which is threatened by a looming insolvency, but rather your contractual partner. If the contractual partner has to file for insolvency, under certain circumstances it might be possible for the receiver to contest and reclaim payments (or other services) at a later date. Therefore,

if a contractual partner discloses its financial difficulties, it is advisable to seek legal advice in order to minimize exposure to claims raised by the contractual partner's insolvency administrator. In particular, this should be taken into account where a contractual partner requests a payment schedule or comparable arrangements.

## 4. FINANZIERUNGSMÖGLICHKEITEN ZUR DURCHSETZUNG VON STREITIGEN FORDERUNGEN

Zeichnet sich ein Rechtsstreit ab, müssen die damit einhergehenden Kosten mitberücksichtigt werden. Hierzu zählen die Gerichtskosten bzw. die Kosten für Schiedsgericht und Schiedsgerichtsinstitution ebenso wie Anwaltskosten oder Aufwendungen für Übersetzungsdienste, Gutachter und Zeugen, ggf. aber auch interne Kosten.

Sofern es sich für das Unternehmen um einen außerordentlich wichtigen Prozess handelt, die Kosten in Krisenzeiten aber zu hoch erscheinen, kann eine Prozessfinanzierung Abhilfe schaffen.

Für Kläger haben sich in den letzten Jahren vielfältige Möglichkeiten eröffnet, mit Hilfe von Prozessfinanzierern die eigenen Belastungen und Prozessrisiken erheblich zu reduzieren. Dies verschafft nicht nur Spielräume bei der Liquidität, sondern auch Zugang zu der professionellen Expertise, die auf Seiten der Prozessfinanzierer über die Jahre aufgebaut worden ist. Im Gegenzug erwartet der Prozessfinanzierer, dass er im Erfolgsfall einen Teil des eingeklagten Betrages als Vergütung erhält.

Die Begleitung durch einen Prozessfinanzierer setzt regelmäßig voraus, dass zunächst eine externe Anwaltskanzlei die in Frage stehenden Ansprüche geprüft und rechtlich aufbereitet hat, z.B. in Form eines Memorandums. Anschließend erfolgt eine eigene Prüfung durch den Prozessfinanzierer, bevor es dann zu Verhandlungen über die kommerziellen Parameter der Finanzierung kommt.

Bei der Einschaltung eines Prozessfinanzierers sind regelmäßig folgende Punkte zu beachten:

### CHECKLISTE PROZESSFINANZIERER



- Aufbereitung und Prüfung des Sachverhaltes im Rahmen eines Memorandums durch eine Anwaltskanzlei;
- Zusammenstellung und Sicherung von Beweismaterial;
- Bestimmung des internen Ansprechpartners;
- Formulierung konkreter Zielvorstellungen zu möglicher eigener Kostenbeteiligung und Gewinnbeteiligung des Prozessfinanzierers;



---

## 4. FUNDING OPTIONS FOR LITIGATIONS

If a legal dispute cannot be avoided, the costs associated with such steps must be taken into account. Obvious line items include court costs or the costs for the arbitral tribunal and the arbitration institution, lawyers' fees and the expenses for experts and witnesses, and potentially internal costs.

If these costs appear too high in times of crisis, though the litigation is extremely important for the company, litigation funding may be a solution.

In recent years litigation funding has become increasingly popular and more commonly used by claimants to reduce their own costs and risks related to the dispute. Litigation funding provides both liquidity and access to the professional expertise of a litigation funder that has been built up over years. In return, the litigation funder expects to participate in the successful outcome by claiming a share of the amount in dispute.

A litigation funder will usually expect that the specific claims have been reviewed and assessed by an external law firm beforehand, e.g., by way

of a legal memorandum. This work product will be subject to examination by the litigation funder, including a due diligence exercise with regard to the evidence available. This will then form the basis for negotiation of the agreement to fund the litigation costs.

The following points must regularly be observed when involving a litigation funder:

### CHECKLIST FOR LITIGATION FUNDING



- Preparation and examination of the case in the form of a memorandum by a law firm;
- Compilation and preservation of evidence;
- Nomination of internal contact person;
- Consideration of concrete objectives for own cost sharing and the funder's profit sharing.

## VII. Restrukturierung von Darlehen und ihre Steuerfolgen

Wenn Unternehmen in einer wirtschaftlichen Krise stecken, stehen sie oftmals vor großen Herausforderungen, wenn es darum geht, wie mit bestehenden Darlehen umzugehen ist.

Bei der Restrukturierung von Gesellschafterdarlehen und Darlehen von dritter Seite stellen sich in Deutschland traditionell vor allem relevante Steuerfragen. Denn auf den Punkt gebracht kann die Restrukturierung in Höhe der Kürzung des Darlehens zu einem sog. Sanierungsertrag bei der finanzierten Gesellschaft führen, der potenziell steuerpflichtig ist. Da der Sinn einer Darlehensrestrukturierung jedoch gerade in der finanziellen Entlastung

der finanzierten Gesellschaft besteht, wäre der unbeabsichtigte Eintritt eines steuerbaren Ereignisses hier natürlich besonders kontraproduktiv. Daher sind seit vielen Jahren Instrumentarien entwickelt worden, mit denen eine Steuerpflicht vermieden oder eine Steuerbefreiung des Sanierungsertrags erreicht werden kann. Im Folgenden wollen wir einen Überblick über diese Instrumentarien und Tipps für ihre praktische Anwendung geben.

### 1. STUNDUNG UND ZINSANPASSUNGEN

Darlehensgeber können zunächst dazu beitragen, die Liquidität eines Start-ups zu schonen. Sog. Standstills bzw. Stundungen für Zins- und Tilgungszahlungen gehören hier zum Standardrepertoire. Kredite mit planmäßigen Tilgungs- und Zinszahlungen können dabei in sog. "endfällige Instrumente" überführt werden, bei denen alle Zahlungen erst am Ende der Laufzeit erfolgen. Aufgrund der damit

einhergehenden Risikoerhöhung kann dies jedoch auch zu einem Anstieg der Zinsbelastung oder anderweitigen Kompensationsforderungen des Gläubigers (z.B. Allokation von virtuellen Anteilen unter bestehenden ESOPs) führen. Derartige Anpassungen von Darlehensverträgen sollten normalerweise steuerlich unbedenklich sein.

## VII. Restructuring of Loans and its Tax Consequences

In an economic crisis, companies often face major challenges when it comes to the question of how to deal with loans.

Restructuring of shareholder loans and third party loans in times of financial crisis traditionally raises tax questions in Germany. Essentially, the restructuring of loans can lead to a so-called restructuring profit (*Sanierungsertrag*) for the borrower (*i.e.*, the start-up) in the amount of the reduction of the loan receivable, which is potentially taxable. However, since the purpose

of the restructuring is to relieve the indebted company of financial stress, any tax liabilities triggered by such restructuring would be counterproductive. In order to mitigate this, instruments have been developed in the German market to prevent the occurrence of a taxable restructuring profit or exempt the restructuring profit from tax. In the following we want to provide an overview of these instruments.

### 1. DEFERRAL AND ADJUSTMENT OF INTEREST RATES

In the first instance, lenders can agree to measures to preserve a borrower's liquidity, at least for a certain period of time. In this context, standstills or deferrals for interest and principal payments are tried and tested tools. Loans with scheduled repayment and interest payments can be amended so that they provide for payment-in-kind, where all payments are made only at the end of the term. However, such amendments would change the risk

profile of the investment for the lender, as such the lender may request higher interest rates or other compensation for its increased risk (*e.g.*, allocation of virtual shares under an existing ESOP). Such amendments to an existing loan agreement should normally not raise any tax concerns.

---

## 2. RANGRÜCKTRITT

Mit geringen Steuerfolgen ist auch die Vereinbarung eines Rangrücktritts verbunden. Durch den Rangrücktritt treten Gläubiger betroffener Darlehen hinter den Ansprüchen anderer Gläubiger zurück. Der Rangrücktritt, der bis auf die Stufe des Eigenkapitals möglich ist, kann mit der Abtretung der Rückzahlungs- und Zinsansprüche verbunden werden. Richtig umgesetzt führt der Rangrücktritt als solcher nicht zu einem Sanierungsertrag.

Der Rangrücktritt hat insolvenzvermeidende Wirkung, da das betroffene Darlehen bei entsprechend vereinbartem Rangrücktritt in einem Überschuldungsstatus nicht mehr zu berücksichtigen ist. Gleichzeitig ist das Darlehen bei entsprechender vertraglicher Ausgestaltung des Rangrücktritts in der HGB- und Steuerbilanz weiter zu passivieren, sodass der Rangrücktritt bilanziell und steuerlich unbeachtlich ist.



**Aber Achtung:** Es muss unbedingt auf die technisch korrekte Vertragsgestaltung geachtet werden, da bei Abweichungen insolvenzrechtliche oder steuerrechtliche Probleme auftreten können. In steuerrechtlicher Hinsicht empfiehlt sich die Übernahme der Formulierungshilfen des Bundesfinanzministeriums, um eine potentiell steuergewinnerhöhende Ausbuchung der Verbindlichkeit auf Ebene der Gesellschaft zu vermeiden.

---

## 3. DARLEHENSERLASS

Sofern die Restrukturierungsziele der Beteiligten demgegenüber eine anteilige oder vollständige Kürzung der Rückzahlungsverbindlichkeiten vorsehen, sollte über einen partiellen oder vollständigen Darlehenserlass nachgedacht werden.

Der Darlehenserlass kann dabei entweder ohne Gegenleistung (sog. "Hair-Cut") oder gegen die Ausgabe neuer Gesellschaftsanteile an der finanzierten Gesellschaft erfolgen (sog. "Debt-Equity-Swap"). Bei Wandeldarlehen ist der Debt-Equity-Swap vielfach bereits in den Darlehenskonditionen angelegt und die Wandlung in Gesellschaftsanteile daher die typische Form der Beendigung des Darlehens.

### 3.1 Gesellschaftereinlage

Erlässt ein Gesellschafter der finanzierten Gesellschaft ein Darlehen oder erhält ein Gläubiger aufgrund der Wandlung des Darlehens oder aufgrund eines Debt-Equity-Swaps erstmalig Gesellschaftsanteile, so kann der Erlass ertragsteuerlich als sog. Gesellschaftereinlage gewertet werden.

Eine Einlage ist im Regelfall für den Gläubiger und die finanzierte Gesellschaft steuerneutral. Das gilt allerdings nur, soweit die erlassene Forderung auch werthaltig ist. Die Werthaltigkeit setzt im Grundsatz die Deckung der Forderung durch (realisierbare) bilanzierte Vermögenswerte oder im Einzelfall auch durch stille Reserven der finanzierten Gesellschaft voraus. Bei Wachstumsunternehmen, die Wandeldarlehen aufgenommen haben, ist es ein gebräuchliches Mittel zum Nachweis der erforderlichen Werthaltigkeit, das Darlehen erst im Zeitpunkt des Zuflusses von neuem Eigenkapital im Rahmen einer Finanzierungsrunde zu wandeln.<sup>12</sup>

---

12. Zu Einzelheiten siehe *OLNS#2 - Wandeldarlehen für Technologieunternehmen*: <https://www.orrlick.com/en/Insights/2019/09/Orrick-Legal-Ninja-Series-OLNS-2-Convertible-Loans-for-Tech-Companies>.

---

## 2. SUBORDINATION

If feasible from an economic perspective, a subordination of the loan receivable would raise few tax concerns, if any. Under a subordination, the creditors of affected loans step back in relation to other creditors. The subordination, which is possible down to the level of equity holders, can be combined with the assignment of the repayment and interest claims from certain creditors to others. If done right, the subordination as such does not result in a restructuring profit.

The subordination has an insolvency-mitigating effect since in the event of a subordination, the outstanding loan is no longer recorded in the over-indebtedness status of the company. At the same time, the loan should be carried as a liability according to German GAAP and German tax accounting, if the subordination is drafted

accordingly in the underlying agreement, the subordination is thus negligible for accounting and tax purposes.



It is crucial that a subordination agreement is adequately drafted in order to achieve all the desired insolvency, accounting and tax results; deviations from the established good market standards can trigger substantial issues. From a tax perspective, parties should use the drafting proposed by the German federal ministry of finance to mitigate the risk that the liability is derecognized, which could potentially increase the company's profit for tax purposes.

---

## 3. LOAN WAIVER

In contrast, if the parties' goal is partial or complete reduction of the loan repayment obligations, the parties would have to consider a partial or complete loan waiver.

Depending on the commercial scenario, the loan waiver may be conducted for no consideration (so-called "hair-cut") or in exchange for the issue of new shares in the indebted company (so-called "debt-equity swap"). For convertible loans, the "debt-equity swap" element is already included in the loan conditions and the swap of the loan receivable into company shares is the typical form of termination of the loan.

### 3.1 Equity Contribution

If a shareholder of the borrower waives a loan or if a creditor receives shares in the company in exchange for such a waiver, the waiver may potentially be considered an equity contribution for income tax purposes.

Generally, an equity contribution is tax-neutral for the creditor and the indebted company. However, this only applies if and to the extent that the waived claim is recoverable at the time of the waiver and not impaired. In principle, recoverability requires demonstration that the repayment claim is covered by (realizable) assets in the balance sheet or, in individual cases, by hidden reserves of the indebted company. For growth companies that have obtained convertible loans, a common way of demonstrating the recoverability of the loan is to convert the loan pursuant to a financing round only at the time of the injection of new equity by the participants of the financing round, when the converted loan could alternatively have been repaid.<sup>13</sup>

---

13. For details see OLNS#2 – Convertible Loans for Tech Companies: <https://www.orrick.com/en/Insights/2019/09/Orrick-Legal-Ninja-Series-OLNS-2-Convertible-Loans-for-Tech-Companies>.

Denn in diesem Moment hätte das Darlehen theoretisch auch zurückgezahlt werden können.

### 3.2 Sanierungsertrag

In der Krise wird der Erlass von Gesellschafterdarlehen jedoch oftmals zu einem Zeitpunkt stattfinden, in dem die Rückzahlung des Darlehens nicht gesichert und die Rückzahlungsforderung damit nicht (voll) werthaltig ist. In Höhe des nicht werthaltigen Teils des Darlehens führt der Erlass dann zu einem sog. Sanierungsertrag bei der finanzierten Gesellschaft (Ausnahmen bestehen, wenn das Gesellschafterdarlehen gegenüber einer Personengesellschaft ausgereicht worden ist). Ein Sanierungsertrag entsteht auch - und zwar in der gesamten Erlasshöhe - beim Erlass einer Darlehensforderung durch einen Drittgläubiger.

Grundsätzlich ist zu beachten, dass ein Sanierungsertrag bei der finanzierten Gesellschaft potentiell körperschaft- und gewerbesteuerpflichtig ist. Ausnahmsweise ist der Sanierungsertrag jedoch kraft Gesetzes ohne Antrag der finanzierten Gesellschaft steuerfrei. Voraussetzung für die Steuerbefreiung ist, dass nachgewiesen werden kann, dass

- der Erlass auch sanierungsgeeignet ist;
- das finanzierte Unternehmen sanierungsbedürftig und sanierungsfähig ist; und
- eine Sanierungsabsicht des Gläubigers besteht.

Um eine Doppelberücksichtigung von Verlusten zu vermeiden, geht die Steuerbefreiung des Sanierungsertrages mit der Verrechnung von Sanierungsaufwendungen, laufenden Verlusten und Verlustvorträgen sowie anderen Steuerminderungspotentialen einher.

---

## 4. ALTERNATIVE MASSNAHMEN

Sofern ein Darlehenserlass zu einem Sanierungsertrag führen würde, der nicht sicher steuerbefreit wäre (z.B., weil Bedenken bestehen, ob die Sanierungseignung des Erlasses nachgewiesen werden kann), lässt sich eine drohende Steuerlast möglicherweise auch durch alternative Restrukturierungsmaßnahmen vermeiden. So wäre beispielsweise zu prüfen,

ob die Rückzahlungsverbindlichkeit von einem Gesellschafter übernommen werden kann, der seinerseits Restrukturierungsvereinbarungen mit dem gewünschten kommerziellen Ergebnis mit dem Gläubiger trifft (z.B. eine Abtretung).

### 3.2 Restructuring Profit

However, in a crisis, the waiver of shareholder loans or of convertible loans will often take place at a time when the repayment claim is not (fully) recoverable. In such a scenario, the waiver leads to a so-called restructuring profit for the financed company at the amount of the non-recoverable portion of the loan (there are exceptions for shareholder loans if the indebted entity has the legal form of a partnership, not a corporation). A restructuring profit also arises – at the full amount of the waiver – when a third party creditor waives a loan receivable.

It should be noted, that a restructuring profit is potentially subject to corporation income tax and trade tax at the borrower level. The restructuring profit may, however, be tax-exempt by operation of

law in certain cases. Such tax exemption depends on the requirements of

- the waiver being suitable and necessary for a financial restructuring;
- the business of the indebted company being in need of and capable of a turn-around; and
- the creditor's restructuring intentions.

A tax exemption of the restructuring profit will be granted by law as per the above criteria at the expense of offsetting of restructuring expenses, of current tax losses and tax loss carry forwards as well as of other tax reduction potentials in order to mitigate a "double dip" by the indebted company.

---

## 4. ALTERNATIVE STRUCTURES

If a loan waiver led to restructuring profits where the abovementioned tax exemption could not be ascertained with the necessary level of comfort, parties should consider alternative restructuring measures that may mitigate the rise of a restructuring profit in the first place, e.g., by way of assumption of debt by a shareholder paired with the restructuring on a different level. For example,

it should be considered whether a shareholder can assume the liability from the indebted company and at the same time negotiate a restructuring with the lender (e.g., an assignment of the receivable).

---

## GLOSSARY OF GERMAN LEGAL TERMS AND ABBREVIATIONS USED IN THE ENGLISH TEXT

<b>BGB</b>	German Civil Code ( <i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> )
<b>BGH</b>	German Federal Court of Justice ( <i>Bundesgerichtshof</i> )
<b>GmbH</b>	German limited liability company ( <i>Gesellschaft mit beschränkter Haftung</i> )
<b>GmbHG</b>	German Act on Limited Liability Companies ( <i>Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung</i> )
<b>IfSG</b>	German Infection Protection Act ( <i>Infektionsschutzgesetz</i> )
<b>InsO</b>	German Insolvency Act ( <i>Insolvenzordnung</i> )
<b>KSchG</b>	German Dismissal Protection Act ( <i>Kündigungsschutzgesetz</i> )
<b>MiLoG</b>	German Minimum Wage Act ( <i>Mindestlohngesetz</i> )
<b>StGB</b>	German Criminal Code ( <i>Strafgesetzbuch</i> )

# B. Our International Platform for Technology Companies



The leading German legal data base JUVE nominated us for **Private Equity and Venture Capital Law Firm of the Year** in Germany 2019 and 2017, and named our partner Sven Greulich one of the top VC lawyers in Germany (2019)



**Tech Group of the Year**

2018

Law360



**Leader in Venture Capital and Corporate Practice**

Legal 500



**Most Active VC law firm in Europe**

for 17 quarters in a row  
PitchBook Q1 2020

## Dedicated to the needs of technology companies and their investors

**Betterment | Cisco | Getaround | Microsoft  
NVIDIA | Oracle | Revolut | SoFi | Sonos | Stripe**

Orrick counsels more than 2,700 tech companies 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 a top 10 law firm for global M&A volume (*MergerMarket*) and the #1 most active law firm in European venture capital (*Pitchbook*).



**Honored for Connecting the German Mittelstand with Start-ups**

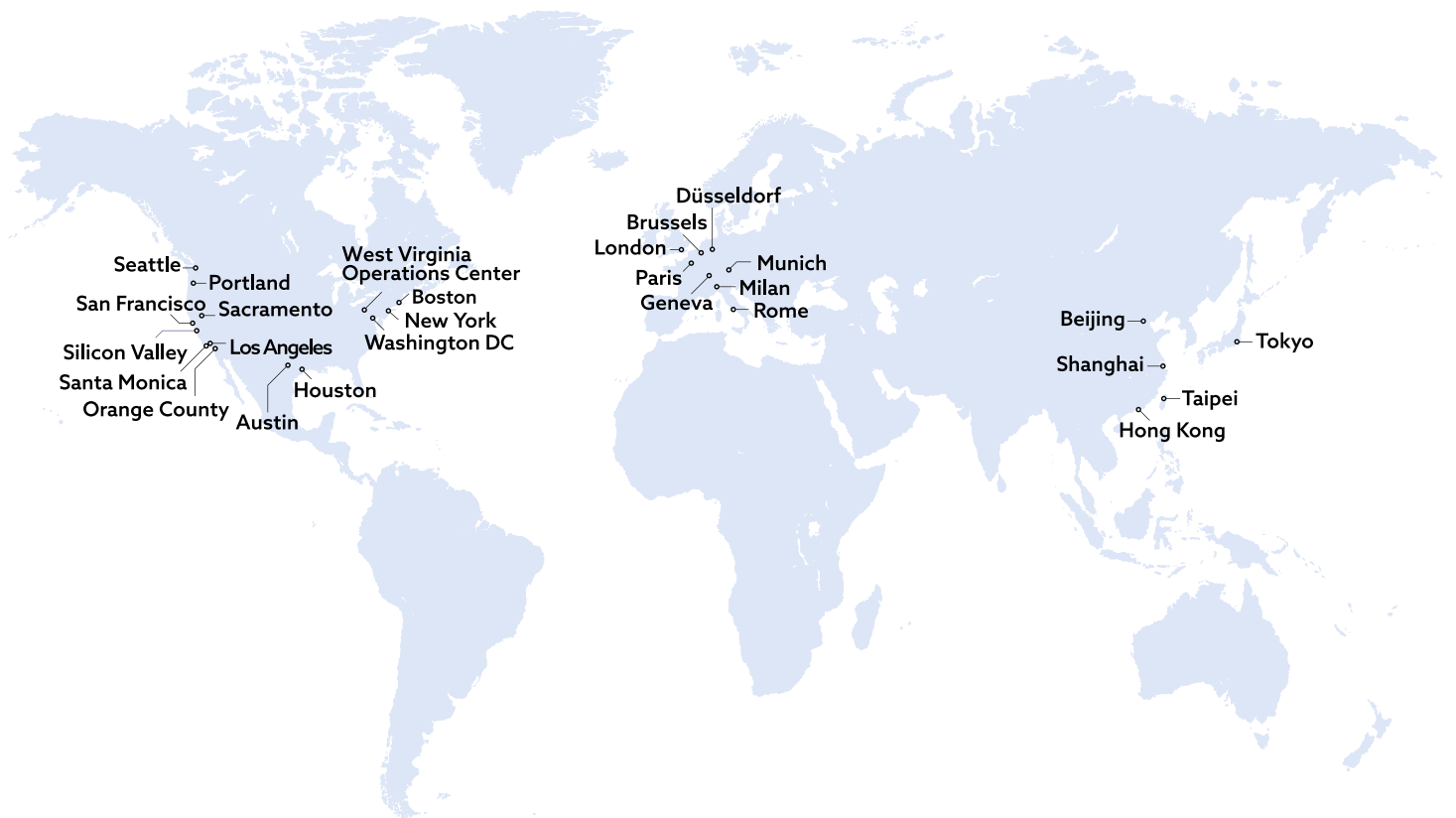
In its **2017 European Innovative Lawyers Report**, the *Financial Times* awarded our German Technology Team a top three position in the category of supporting start-ups and innovation. In this Europe-wide and in-depth research, the *Financial Times* labeled our corporate venture capital initiative led by Düsseldorf partner Sven Greulich as "outstanding." In its reasoning, the *Financial Times* further stated: "Connecting Germany's Mittelstand (mid-sized companies) with start-ups, the firm is tackling tax issues in stock option plans, making bridges between Silicon Valley and Germany, and showing the way for successful investments."



The 2019 State of European Tech Report prepared by *Atomico* in partnership with *Slush* and Orrick, is the latest evidence of Europe's growing influence in the global tech ecosystem.



# A TRULY GLOBAL PLATFORM.



## Coatue Management

Investment into the \$1 billion Series H for Swiggy  
*Investor's Counsel*

## Getaround

\$300 million Series D financing  
*Company Counsel*

## Revolut

\$250 million Series C financing  
*Company Counsel*

## Stripe

\$250 million Series G financing  
*Company Counsel*

### WE ADVISE TECH COMPANIES AT ALL STAGES:

**20%** of all **US\$ 1 Billion+ Unicorns**  
in the U.S. and U.K. Markets

**6** of the world's biggest **tech companies**

In 2019, advised on more than **970**  
**VC financings** valued at **over \$18.9bn**  
for companies based in **45** 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, earning us the #1 spot on *Financial Times'* list of the most innovative North American law firms in 2016, 2017, 2018 and 2019 runner-up.

## INNOVATION @ORRICK

As one of the world's most innovative and forward-thinking law firms, Orrick is constantly looking at ways to improve the delivery of legal services and deliver greater value to clients



## ORRICK LABS

Powering Innovation

Dedicated in-house team of technologists focused on creating leading-edge legal service solutions to enhance quality, security and efficiency



## Orrick Analytics

Bringing state-of-the-art technology and statistical analysis to litigation and transactional services

## Improving Project Management for FIs

Built an online project dashboard and created a "playbook" to draft and negotiate agreements for hundreds of trades

## Cutting Legal Services Costs

Worked with LendingClub to streamline compliance review's and cut volume and cost of legal support by about 50%

## Creating First-of-a-kind-structures

Worked with Mercy Corps to develop the Community Investment Trust enabling low-income residents to invest in local commercial properties for future financial gain



Only legal portal for the corporate direct lending community utilizing technology to provide simple solutions to common issues



## LendingClub

Collaborated to streamline compliance reviews and cut client's volume and cost of legal support by about 50%

## Derivatives in Review

Helping clients understand important legal and regulatory developments in the area of derivatives

## Distressed Download

Latest news and industry trends in the distressed debt and restructuring markets



## ORRICK CARES

Communities Worldwide

We share a firm-wide commitment to making a social impact. Our European pro bono and sustainability director has helped our teams provide 5,350 hours in pro bono service in the past year

## INCLUSION & WELLNESS

Inclusiveness is a core value that shapes the way we run our firm. It's part of our daily conversation about investing in talent, staffing our teams and measuring our success

# 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.



**INNOVATIVE  
LAWYERS2019**  
EUROPE WINNER

Innovation in Diversity and Inclusion

For the fourth year in a row, Orrick has been recognised by the *Financial Times* in its annual **Innovative Lawyers Report Europe** for various projects focused on delivering these innovative solutions. Overall, the Report ranks Orrick among the top five US-origin law firms in Europe.



**INNOVATIVE  
LAWYERS2019**  
NORTH AMERICA WINNER

Legal Products | Streamlined Processes | Technology Adoption | Tailored Solutions

“Orrick is reimagining how to use data in the delivery of legal services.”

REENA SENGUPTA - RSG CONSULTING

# C. Die Autoren / About the Authors



**Carsten Bernauer**  
Düsseldorf  
cbernauer@orrick.com

Carsten Bernauer, Counsel in unserem Düsseldorf Büro, ist Mitglied der Praxisgruppe Technologietransaktionen und M&A. Carsten ist neben der Beratung "klassischer" nationaler und grenzüberschreitender Unternehmens- und Private-Equity-Transaktionen sowie Konzernumstrukturierungen (einschließlich Restrukturierungen im Rahmen von Insolvenzen) insbesondere auch auf die Beratung von Venture-Capital-Finanzierungen und Technologieunternehmen durch alle Wachstumsphasen spezialisiert.

Carsten Bernauer, counsel in our Düsseldorf office, is a member of our Tech Transaction and M&A Practice Group. Beside advising on "traditional" national and cross-border corporate and private equity transactions as well as corporate restructurings (including insolvency restructurings), he particularly focuses on venture capital financing and advising technology companies through all growth stages.



**Eva Dittes**  
Düsseldorf  
edittes@orrick.com

Eva Dittes, Associate im Düsseldorf Büro, ist Mitglied der Praxisgruppen Corporate sowie M&A und Private Equity. Sie berät deutsche und internationale Mandanten in allen Fragen des Gesellschaftsrechts. Einer ihrer Tätigkeitsschwerpunkte liegt in der Beratung von grenzüberschreitenden M&A- und Venture-Capital-Transaktionen mit Bezug zu den USA und Kanada.

Eva Dittes, associate in our Düsseldorf office, is a member of our M&A and Private Equity Practice Group. Eva advises German and international clients in all aspects of corporate law. Her focus lies in particular cross-border M&A and Venture Capital transactions with the U.S. and Canada.



**Karsten Faulhaber**  
Düsseldorf  
kfaulhaber@orrick.com

Dr. Karsten Faulhaber, Partner im Düsseldorf Büro, ist Mitglied der Praxisgruppe International Arbitration. Er vertritt seit mehr als fünfzehn Jahren Mandanten in komplexen nationalen und internationalen Schiedsverfahren sowie in Streitigkeiten vor staatlichen Gerichten. Außerdem wird er regelmäßig als Schiedsrichter benannt. Karsten wird u.a. von Chambers Global als führender Berater in seinem Tätigkeitsfeld gelistet.

Dr. Karsten Faulhaber, partner in our Düsseldorf office, is a member of our International Arbitration Group. He brings more than a decade of experience as counsel and arbitrator. However, his proficiency goes beyond just arbitration, as he has deep knowledge in dispute resolution in many forms, and his background in transactional law allows her to provide solutions to clients' problems – often before they even reach a courtroom. she is, amongst others, listed by Chambers Global as a leading practitioner in his field.



**Sven Greulich (Editor)**  
Düsseldorf  
sgreulich@orrick.com

Dr. Sven Greulich, LL.M., EMBA, Partner im Düsseldorf Büro, ist Mitglied der Praxisgruppe Technologietransaktionen und M&A. Sven ist spezialisiert auf VC-Finanzierungen und die Beratung wachstumsstarker Technologieunternehmen. Seine Tätigkeit an der Schnittstelle zwischen Deutschland und den USA wurde mehrfach ausgezeichnet (Legal500, Financial Times). Das Fachmagazin JUVE zählt Sven zu den 20 führenden VC-Beratern in Deutschland.

Dr. Sven Greulich LL.M., EMBA, partner in our Düsseldorf office, is a member of our Tech Transaction and M&A Practice Group. Sven focuses on venture capital financing and advising high-growth technology companies. His work for technology companies in cross-border engagements has won several awards (Legal 500, Financial Times). The leading legal journal JUVE lists Sven as one of the Top 20 venture capital advisors in Germany.



**Timo Holzborn**  
Munich  
tholzborn@orrick.com

Timo Holzborn, Partner im Münchener Büro, ist Leiter unserer Praxis für Kapitalmarkt- Bank- und Finanzrecht sowie Aufsichtsrecht in Deutschland. Timo berät seit über 15 Jahren Mandanten zu entsprechenden Fragestellungen. Dabei berät er u.a. in den Bereichen Aufsichtsrecht und Asset Management (inklusive alternativer Investmentfonds) sowie Restrukturierung, Gesellschaftsrecht und zu Derivate- und Emissionsrechtshandel.

Timo Holzborn, partner in our Munich office, heads our Capital Markets and Banking & Finance (incl. Regulatory) practice in Germany. Timo has been advising clients on respective law matters for more than 15 years. He advises in particular in the fields of regulatory & asset management (incl. AIFs) and restructuring, corporate law and derivative/carbon trading.



**Louisa Kallhoff**  
Düsseldorf  
lkallhoff@orrick.com

Louisa Kallhoff, Managing Associate im Düsseldorf Büro, gehört der Praxisgruppe Arbeitsrecht an. Sie berät nationale und internationale Unternehmen in allen Fragen des individuellen und kollektiven Arbeitsrechts.

Louisa Kallhoff, managing associate in our Düsseldorf office, is a member of our Employment Law Practice. Louisa advises national and international companies on all issues of individual and collective employment law.



**Marianna Karapetyan**

Düsseldorf

mkarapetyan@orrick.com

Marianna Karapetyan, Associate im Düsseldorfer Büro, ist Mitglied der Praxisgruppe Arbeitsrecht. Marianna berät nationale und internationale Unternehmen in allen Fragen des individuellen und kollektiven Arbeitsrechts.

Marianna Karapetyan, associate in our Düsseldorf office, is of our Employment Law Practice. Marianna advises national and international companies on all issues of individual and collective employment law.



**Nicholas Kessler**

Düsseldorf

nkessler@orrick.com

Dr. Nicholas Kessler, LL.M., EMBA, Partner im Düsseldorfer Büro, ist Mitglied der Praxisgruppe International Arbitration. Nicholas' Beratungstätigkeit konzentriert sich auf nationale und internationale Schiedsverfahren und komplexe Streitverfahren, vornehmlich mit Bezug zu post-M&A Streitigkeiten, restrukturierungs- und gesellschaftsrechtlichen Fragen, Anlagenbau- und Investitionsstreitigkeiten.

Dr. Nicholas Kessler, LL.M., EMBA, partner in our Düsseldorf Office, is a member of the International Arbitration Group. Nicholas' practice focuses on national and international arbitrations and complex litigations, predominantly with regard to post-M&A and corporate law disputes, investment protection cases, product liability and particularly to construction disputes.



**Olexiy Oleshchuk**

Munich

ooleshchuk@orrick.com

Olexiy Oleshchuk, Counsel im Münchener Büro, ist Mitglied der Praxisgruppe Finance. Olexiy berät Mandanten zu Finanzierungsfragen, restrukturierungs- und insolvenzrechtlichen Fragestellungen sowie im aufsichtsrechtlichen Bereich.

Olexiy Oleshchuk, counsel in our Munich office, is a member of our Finance Practice Group. Olexiy advises clients on financing and restructuring projects and also counsels on insolvency-related matters as well as with regard to regulatory law.



**Robert Ortner**

Düsseldorf

rortner@orrick.com

Dr. Robert Ortner, Associate im Düsseldorfer Büro, ist Mitglied der Praxisgruppe Data Privacy and Technology Companies. Robert ist spezialisiert auf die Betreuung nationaler und internationaler Mandanten zu Fragen des IT-Rechts und des Datenschutzes.

Dr. Robert Ortner, associate in our Düsseldorf office, is a member of our Data Privacy and Technology Companies Group. Robert advises national and international clients on all aspects of IT law and data privacy matters.



**Onur Öztürk**

Düsseldorf

ooeztuerk@orrick.com

Onur Öztürk, Associate im Düsseldorfer Büro, ist Mitglied der Praxisgruppe Corporate sowie M&A und Private Equity. Onur berät deutsche und internationale Mandanten in allen Fragen des Gesellschaftsrechts. Sein Schwerpunkt liegt auf inländischen und grenzüberschreitenden M&A- und Venture-Capital-Transaktionen.

Onur Öztürk, associate in our Düsseldorf office, is a member of our M&A and Private Equity Practice Group. Onur advises German and international clients in all aspects of corporate law. His focus lies on domestic and cross-border M&A and Venture Capital transactions.



**Johannes Rüberg**

Düsseldorf

jrueberg@orrick.com

Dr. Johannes Rüberg, Senior Associate im Düsseldorfer Büro, ist Mitglied der Praxisgruppe Technologietransaktionen und M&A. Johannes ist insbesondere auf die Beratung junger Unternehmen und ihrer Investoren von der Gründung, über mehrere Finanzierungsrunden bis zu ihrem Exit spezialisiert.

Dr. Johannes Rüberg, senior associate in our Düsseldorf office, is a member of our Technology Transaction and M&A Practice Group. Johannes focusses in particular on advising technology companies and their investors from incorporation through financings to exit transactions.

**Hans Felix Schäfer**

Düsseldorf

fschaefer@orrick.com

Dr. Hans Felix Schäfer, Counsel im Düsseldorfer Büro, ist Mitglied der Praxisgruppe Real Estate und berät seit über 15 Jahren Immobilientransaktionen, Projektentwicklungen, gewerbliches Mietrecht sowie privates und öffentliches Baurecht für deutsche und internationale Mandanten.

Dr. Hans Felix Schäfer, Counsel in our Düsseldorf office, is a member of our Real Estate Group. He has been advising German and international clients on real estate transactions, project developments, commercial tenancy law as well as private and public construction law for over 15 years.

**Dennis Schmidt**

Düsseldorf

dschmidt@orrick.com

Dennis Schmidt, LL.M., Associate im Düsseldorfer Büro, ist Mitglied der Cyber, Privacy & Data Innovation Gruppe. Dennis berät schwerpunktmäßig in den Bereichen Datenschutz, IT, Telekommunikationsrecht und Glücksspielrecht.

Dennis Schmidt, LL.M., associate in our Düsseldorf office, is a member of our Cyber, Privacy & Data Innovation Practice Group. Dennis advises clients on data privacy and IT as well as telecommunications and gambling legal matters.

**Christian Schröder**

Düsseldorf

cschroeder@orrick.com

Dr. Christian Schröder, Partner im Düsseldorfer Büro, ist Leiter der europäischen Praxisgruppe Datenschutz IP/IT. Christian ist im Markt besonders für seine Datenschutzexpertise bekannt. Legal 500 Germany und Legal 500 EMEA haben seine Praxis durchgehend seit 2018 als führend im Bereich Datenschutz gelistet. Christian wird auch von WiWo (2018) und Handelsblatt (2020) als führender Anwalt im Bereich Datenschutz geführt.

Dr. Christian Schröder, partner in our Düsseldorf office, heads Orrick's European IP/IT & Data Privacy Practice Group. Christian advises on IP, Unfair and Deceptive Trade Practices, E-Commerce, IT and Data Privacy/Data Protection. He is listed in JUVE as frequently recommended data privacy expert. Christian and his practice are also ranked by The Legal 500 Germany and The Legal 500 EMEA since 2018 as well as Germany's business journals WiWo (2018) and Handelsblatt (2020) for being among the leading German and European IT and data privacy practitioner.

**Stefan Schultes-Schnitzlein**

Düsseldorf

sschnitzlein@orrick.com

Dr. Stefan Schultes-Schnitzlein, Partner im Düsseldorfer Büro, ist Rechtsanwalt und Steuerberater. Stefan ist Mitglied der Praxisgruppe Steuern und betreut seit ca. 15 Jahren schwerpunktmäßig Investitionen in Unternehmen, Unternehmenskäufe und -verkäufe sowie Restrukturierungen. Dabei gewinnt die Beratung von Wachstumsunternehmen und ihrer Gründer und Investoren auf beiden Seiten des Atlantiks stetig an Bedeutung.

Dr. Stefan Schultes-Schnitzlein, partner in our Düsseldorf office, is a German qualified attorney and tax advisor. Stefan is a member of our Tax Practice Group and has been focusing on corporate investment, M&A and restructuring for almost 15 years. Advising growth companies, their founders and investors on both sides of the Atlantic has become an ever growing part of his work.

**Andreas Skupien**

Düsseldorf

askupien@orrick.com

Dr. Andreas Skupien, Associate im Düsseldorfer Büro, ist Mitglied der Praxisgruppe Steuern. Andreas berät nationale und internationale Mandanten in allen Aspekten des deutschen Steuerrechts und der Bilanzierung.

Dr. Andreas Skupien, associate in our Düsseldorf office, is a member of our Tax Practice Group. Andreas advises national and international clients in all aspects of German tax and accounting issues.





**Nikita Tkatchenko**

Düsseldorf

ntkatchenko@orrick.com

Dr. Nikita Tkatchenko, Partner im Düsseldorf Büro, ist Mitglied der M&A und Private Equity Gruppe. Nikita berät vornehmlich bei M&A-Transaktionen und im Gesellschaftsrecht und hat einen besonderen Fokus auf Restrukturierungsmandate.

Dr. Nikita Tkatchenko, partner in our Düsseldorf office, is a member of the M&A and Private Equity Group. Nikita advises mainly on M&A transactions and general corporate law and has a special focus on restructuring engagements.



**Robert Weinhold**

Düsseldorf

rweinhold@orrick.com

Robert Weinhold, Associate im Düsseldorf Büro, ist Mitglied der Data Privacy and Technology Company Gruppe. Roberts Beratungsschwerpunkte liegen in den Bereichen Tech Transactions, Datenschutz, gewerblicher Rechtsschutz und Mergers & Acquisitions in den vorgenannten Bereichen.

Robert Weinhold, associate in our Düsseldorf office, is a member of the Data Privacy and Technology Companies Group. Robert focuses on counseling in the area of Tech Transactions, Data Privacy, IP/IT, and mergers and acquisitions in these fields.



**Amy van Zant**

Silicon Valley

avanzant@orrick.com

Amy van Zant, Partnerin im Silicon Valley Büro, ist Teil unserer internationalen IP Praxis. Amy ist eine anerkannte Expertin in den Bereichen IP Litigation und Trade Secrets und berät zahlreiche internationale Technologieunternehmen federführend bei ihrer IP-Strategie.

Amy van Zant, partner in our Silicon Valley Office, is a member of our IP Group. Amy is a recognized IP litigation and trade secret expert. She is trusted IP strategy counsel to numerous international technology companies.



**André Zimmermann**

Düsseldorf

azimmermann@orrick.com

Dr. André Zimmermann, LL.M., Partner im Düsseldorf Büro, ist Leiter der deutschen Praxisgruppe Arbeitsrecht. André berät Unternehmen zu allen arbeitsrechtlichen Fragen, mit einem besonderen Fokus auf Technologieunternehmen, oft mit U.S.-Hintergrund. Er wird von JUVE seit 2017 als "oft empfohlener" Anwalt im Arbeitsrecht geführt und wurde 2019 von der WirtschaftsWoche als "Top Anwalt für Arbeitsrecht" ausgezeichnet.

Dr. André Zimmermann, LL.M., partner in our Düsseldorf office, heads our German Employment Law practice. André advises companies on all employment law issues, with a special focus on technology companies, often with a U.S. background. she has been listed as "frequently recommended" employment lawyer by JUVE since 2017 and in 2019 was named Top Employment Lawyer by renowned German weekly WirtschaftsWoche.



## PREVIOUS GUIDES IN THIS SERIES



### OLNS #1 – Venture Debt for Tech Companies May 2019

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

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

OLNS#1 focuses on Venture Debt and includes practical tips and legal considerations based on years of experience counselling high-growth companies and their investors across the globe.

Topics include:

- What is Venture Debt
- Advantages of Venture Debt Financing
- Disadvantages and Risks of Venture Debt Financing
- Customary Terms and Conditions and Drafting Tips

For emerging technology companies, gaining access to financial resources is a key challenge. Traditional bank loans are often unavailable, and the financial means of the founders are usually limited. An (equity) financing by institutional venture capital investors often represents the most expensive form of capital. Thus Venture Debt can be very attractive for emerging technology companies.



### OLNS #2 – Convertible Loans for Tech Companies August 2019

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

OLNS#2 is filled with practical tips for founders and investors alike and comprehensively presents all the essentials you need to know about convertible loans, including:

- Advantages and Disadvantages of a Convertible Loan Financing
- Material Terms and Conditions of a Convertible Loan Agreement and Drafting Tips
- Convertible Loans and Notarization
- Tax Considerations (Germany)
- Public Subsidy Programs for Convertible Loan Agreements
- SAFEs

Convertible loans belong to the group of mezzanine or hybrid financing instruments and are generally not tied to certain stages of the life cycle of the startup as borrower. Convertible loans must be distinguished from convertible bonds and venture debt financings, the latter of which are described comprehensively in our OLNS#1 Venture Debt for Tech Companies.

#### ACCESS THEM HERE:

[https://https://www.orrick.com/en/Practices/Orrick-Legal-Ninja-Series-OLNS](https://www.orrick.com/en/Practices/Orrick-Legal-Ninja-Series-OLNS)





### OLNS #3 – Employment Law for Tech Companies

December 2019

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

OLNS#3 contains employment law must-haves for young technology companies in Germany and key issues for start-ups to watch out for in the U.S. OLNS#3 covers:

- Different staffing options — employees, fixed-term contracts, independent contractors, trainees, working students
- Properly classifying your team members as employees or independent contractors — in Germany and the U.S.
- How to draft your first employment contract (and what to watch out for if you take templates from the Internet)
- The many pitfalls of the oh-so-popular fixed-term contracts
- When you can use DocuSign (and when not)
- How to use the probationary period wisely (and to properly prepare dismissals if things don't work out)
- How to use non-competes and retention payments to protect the company's know-how

We have many years of experience helping German and international technology companies at every stage of the life cycle — from hiring their first employees, through several financing rounds, to IPO.



### OLNS #4 – Corporate Venture Capital

March 2020

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

OLNS#4 is filled with practical tips for corporates and founders alike and comprehensively presents CVC motives, success factors, incentive schemes and tips for agreements, including:

- Forms of corporate venturing and its dual focus — learning vs. earning
- Current landscape and trends
- Benefits and downsides of CVC from both the corporate's and the start-up's perspective
- How to organize CVC activities, main challenges and common mistakes
- What to look for when hiring external VC and CVC talent
- Incentive schemes
- Cooperating with the corporate's other business units
- Sourcing and making deals
- The in-house legal team's role and the investment playbook
- Special deal terms for CVC investments and compliance considerations



### OLNS #5 – Venture Financings in the Wake of the Black Swan

April 2020

Headed into 2020, start-ups accustomed to easy venture capital ("VC") dollars already faced leaner times, with VC funding having already cooled in Q4/2019. And then along came COVID-19...When you consider the shock waves this pandemic sent around the globe, how it sent the capital markets into chaos and affected both the demand as well as the supply side of almost every industry in every major economy around the globe, the current situation looks like a "perfect storm".

OLNS#5 contains some of our observations on the most recent developments in venture financings and gives guidance for fundraising in (historically) uncertain times, including:

- Brief overview of the current fundraising environment
- Lessons learned from the last two tech crashes
- Potential impact of the COVID-19 crisis on CVC investors
- Likely changes in deal terms and structural elements of financings
- Employee participation programs

## OTHER ORRICK GUIDES THAT MAY INTEREST YOU



Our comprehensive new **Venture Capital Deals in Germany Guide** discusses many of the most contested issues in venture financings, presenting both the investor's and the founder's perspective and introduces venture deal structures in the German market.

- Tax-optimized holding structures and common mistakes in early financing rounds
- The investment agreement and the various kind of investment structures
- The shareholders' agreement with a special emphasis on the most relevant provisions around economics and control
- Sample term sheet

We also point out differences between the U.S. and the UK so that this Guide may also serve as a useful tool for investors from these jurisdictions considering investments in young German technology companies.



To help German founders understand and navigate the U.S. market, Orrick has launched its **Go West Guide** and just published its updated and expanded 2nd edition.

Over close to 100 pages, it provides practical tips and legal considerations based on years of experience counseling high-growth companies in the U.S., Germany and worldwide:

- When and how to look for U.S. investors
- Key differences of funding rounds in Germany / the U.S.
- How to "flip" a German GmbH into a U.S. company — and the pros and cons
- Key operational considerations
- Unique U.S. market risks, *inter alia* trade secrets and litigation.

## **Danksagungen / Acknowledgements**

Die Autoren danken Heidi Wardle und Stephen Wallace aus dem Londoner Tech Transactions Team von Orrick für die kritische Durchsicht des Manuskripts und die wertvollen Anregungen. Sie sind weiterhin Lars Wöhning und Justine Koston aus dem Know-how-Team von Orrick für ihre wertvollen Recherchebeiträge sowie Andreas Gerhards und Jenny Bühlhoff vom Business-Development-Team, Dean Skibinski und Nuno Teixeira aus Orricks Design-Team sowie den wissenschaftlichen Mitarbeitern Yannick Witt, Firat-Volkan Akdogan und Lars Siebenhaar für die wertvolle Hilfestellung und Unterstützung bei der Erstellung, graphischen Umsetzung und Produktion der neuesten Ausgabe der Orrick Legal Ninja Series dankbar.

The authors wish to thank Heidi Wardle and Stephen Wallace from Orrick's London-based tech transactions team for reviewing the script and their valuable suggestions. They are also thankful to Lars Wöhning and Justine Koston from Orrick's research team for their valuable research contributions as well as Andreas Gerhards and Jenny Bühlhoff from Orrick's business development team, Dean Skibinski and Nuno Teixeira from Orrick's creative team as well as research assistants Yannick Witt, Firat-Volkan Akdogan and Lars Siebenhaar for their valuable contributions to the writing, editing, design and production of this latest edition of the Orrick Legal Ninja Series.

---

## IHR ANSPRECHPARTNER YOUR CONTACT

Dr. Sven Greulich, LL.M. (Cantabur) EMBA

T +49 211 3678 7261

sgreulich@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](http://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.

©2020 Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP. All rights reserved.

