

## Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht

### Geschäftsführender Herausgeber:

RA Dr. Wolfgang Weitnauer

### Herausgeber:

VRiBGH a. D. Prof. Dr. Wulf Goette

Prof. Dr. Mathias Habersack

RAin Dr. Hildegard Ziemons

### Beiträge

---

- 147** Wolfgang Paul  
Die geldwäscherechtliche Identifizierung der für einen Vertragspartner auftretenden Person
- 150** Achim Hölzle/Alexander Spieß/Wolfgang Weitnauer  
Der „US-Flip“ – Die Umstrukturierung einer deutschen GmbH in eine Delaware Corp. aus gesellschaftsrechtlicher und steuerlicher Sicht

### Rechtsprechung

---

- 160** LG Dortmund: Keine Berücksichtigung von im Ausland beschäftigten Arbeitnehmern bei der Ermittlung der Schwellenwerte nach dem MitBestG (Myriam Kirschner)
- 161** Befugnisse des Abwicklers einer Publikums-KG zum Innenausgleich unter den Gesellschaftern (Eckart Gottschalk/Levent Hancioglu)
- 162** LG Tübingen: Unwirksamkeit der AGB-mäßigen Vereinbarung von Negativzinsen für Altverträge ohne Entgeltspflicht des Kunden gegenüber Verbrauchern (David Kräft)
- 164** OLG Düsseldorf: Garantenhaftung auch des unzuständigen Geschäftsführers bei Patentverletzung (Thilo Klawonn)
- 165** BAG: Kein Wiedereinstellungsanspruch in Kleinbetrieben (Marc Becker)

**8/2018**

10. Jahrgang · Seiten 147 bis 168 · 24. April 2018

**Verlag C.H.BECK** München



N050201808

## Der „US-Flip“ – Die Umstrukturierung einer deutschen GmbH in eine Delaware Corp. aus gesellschaftsrechtlicher und steuerlicher Sicht

*Achim Hölzle, Rechtsanwalt, Attorney at Law, Feldberg Pacific Law Group, San Francisco; Alexander Spieß, Wirtschaftsprüfer/Steuerberater/CPA, Delta Revision GmbH, Mannheim; Dr. Wolfgang Weitnauer, M. C. L., Rechtsanwalt, Weitnauer Rechtsanwälte PartG mbB, München*

Trotz der inzwischen gut ausgeprägten deutschen Venture Capital Szene dominiert die U.S.-amerikanische Venture Capital Branche den weltweiten Start-Up Finanzierungsmarkt. Auch die Größe des US-Markts für den Vertrieb und den mittel- bis langfristigen Zugang zum öffentlichen Kapitalmarkt in den USA, etwa der New York Stock Exchange oder dem NASDAQ, sind, außer dem Zugang zu VC-Kapital, weitere Anreize für deutsche Start-up-Unternehmen, sich in den USA anzusiedeln. VC-Fonds aus den USA, die nicht über eine eigene europäische Niederlassung verfügen, sind zwar in jüngster Zeit dazu bereit, in ausländische Gesellschaften – oft als Co-Investor – zu investieren, jedoch verlangen die meisten nach wie vor, dass die Gesellschaft ihren Hauptsitz mit zumindest Teilen des Managements in die USA, örtlich in die Nähe des Sitzes des Fonds verlegt und die Gesellschaft nach U.S.-Recht organisiert ist. U.S.-Fonds investieren innerhalb der USA vorzugsweise lokal am Sitz des Fonds, um eine effektive Kontrolle über das Portfoliounternehmen ausüben zu können (vgl. Techcrunch.com „Where venture capitalist invest and why“, posted by Jason Rowley, November 9, 2017). Oft gilt die Regel, dass das Portfoliounternehmen nicht weiter als zwei Autostunden entfernt liegen sollte. Um in die Nähe von US-Investoren und in den US-Markt zu gelangen, ist ein einfacher umwandlungsrechtlicher Formwechsel einer deutschen GmbH in eine US-Kapitalgesellschaft im Hinblick auf den Rechtsformtypenzwang der §§ 191 II, 226 UmwG nicht möglich. Daher ist nach anderen Wegen zu suchen, die im Folgenden beschrieben werden sollen.

### I. Geeignete Rechtsform einer US-NewHoldCo

#### 1. Delaware Corporation

a) Da in den USA das Gesellschaftsrecht in die Gesetzgebungskompetenz der einzelnen US-Bundestaaten fällt, existieren in den USA auch fünfzig verschiedene bundestaatliche Gesetze hinsichtlich des Gesellschaftsrechts. Aus historischen und praktischen Gründen hat sich das Gesellschaftsrecht des Bundesstaats Delaware (Delaware General Corporation Law (Title 8, Chapter 1 of the Delaware Code, „DGCL“) als bevorzugtes Gesellschaftsrecht der USA entwickelt. Über 90% der jährlichen IPOs verwenden eine Delaware Corporation (siehe 2017 IPO Report by Lia Der Marderosian, Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP, on <https://corp.gov.law.harvard.edu/2017/05/25/2017-ipo-report/>). Als Gründe hierfür sind die Tendenz zur Managementfreundlichkeit gegenüber den Rechten der Aktionäre, die über viele Jahrzehnte entwickelte Sacherfahrung der Gerichte und die hohe Effizienz der Anmeldebehörde (Secretary of State) zu nennen. Die typische Bearbeitungszeit für Anmeldungen und Änderungen hinsichtlich ei-

ner Corporation sind in der Regel ein bis zwei Werktage. Gegen Zahlung einer besonderen Gebühr kann dies auch innerhalb weniger Stunden bearbeitet werden.

b) Die Corporation wird formal durch eine Person (natürlich oder juristisch) als Incorporator gegründet (siehe § 101 DGCL). Der Incorporator als Gründer sowie die Gesellschaftsorgane können ihren Wohnsitz außerhalb des Staates Delaware weltweit frei wählen. § 101 DGCL besagt insbesondere, dass der Wohnsitz der Gründer und der Sitz der zu gründenden Gesellschaft irrelevant sind. Somit kann ein ausländischer Incorporator eine Delaware Corporation gründen, die ihren Sitz entweder innerhalb oder außerhalb der USA haben kann. Eine physische Präsenz in Delaware ist somit nicht erforderlich. Lediglich ein lokaler, im Staate Delaware registrierter oder wohnhafter Zustellungsbevollmächtigter, sogenannter „Registered Agent“, und eine in Delaware gelegene Geschäftsadresse („registered office“) sind erforderlich. Diese beiden Dienste übernehmen auf Wunsch spezialisierte Dienstleister, welche als Registered Agent fungieren sowie eine lokale Adresse bereitstellen. Der eigentliche Hauptsitz der Gesellschaft kann folglich überall liegen.

c) Der Incorporator gründet die Corporation durch Einreichung der Gründungsurkunde, welche Certificate of Incorporation genannt wird, beim Secretary of State und dessen behördlicher Akzeptanz („endorsement“). Der Secretary of State in Delaware nimmt lediglich eine Prüfung der formellen Anforderungen des Certificate of Incorporation vor.

Der Inhalt der Gründungsurkunde (Certificate of Incorporation) erfordert gemäß § 103 DGCL die Nennung des Firmennamens, der lokalen Geschäftsadresse (registered office) und des Namens des Registered Agents. Weiterhin ist der Gesellschaftszweck anzugeben. Dieser wird üblicherweise so weit gefasst, dass alle legalen Geschäftsaktivitäten umfasst sind. Letztlich ist das Stammkapital zu benennen. Hier ist die Anzahl der Aktien wichtig, welche maximal ausgegeben und verkauft werden dürfen („authorized shares“), sowie die Kategorie dieser Aktien. In Betracht kommen Stammaktien („Common Stock“) und Vorzugsaktien („Preferred Stock“). Bei einer Neugründung werden initial typischerweise lediglich Stammaktien zur späteren Ausgabe vorab genehmigt („authorized“).

d) In Delaware bestehen keine zwingenden Anforderungen an ein bestimmtes Stammkapital. Die Kapitalisierung der Corporation erfolgt durch den Verkauf von Aktien („stock“ bzw. „shares“) an einen Käufer, § 152 DGCL. Dies erfordert gem. § 153 DGCL einen Be-

schluss des Boards hinsichtlich der Anzahl der zu verkaufenden Aktien sowie deren Kaufpreis. Aktien werden durch privatschriftlichen Aktienkaufvertrag zwischen der Corporation und dem Erwerber ausgegeben und übertragen. Gem. § 153 DGCL dürfen Aktien nicht unter dem Mindestwert („par value“) verkauft werden, sofern ein solcher „par value“ in dem Certificate of Incorporation für die Aktien festgelegt wurde. Das Board ist aufgrund seiner kaufmännischen Treuepflichten jedoch gehalten, Aktien immer zum Verkehrswert („fair market value“) zu veräußern. Die Bestimmung des Verkehrswerts und der Angemessenheit des Kaufpreises liegt aber gem. § 153 DGCL im pflichtgemäßen Ermessen des Boards.

e) Nach der erfolgten Gründung der Corporation durch Eintragung ist die sogenannte Organisation der Corporation erforderlich. Diese wird durch rechtsgeschäftliche, also vertragsrechtliche, Bestellung der Gesellschaftsorgane und anschließende Kapitalisierung durch erstmaligen Verkauf von Aktien („stocks“ bzw. „shares“) vorgenommen. Die Wirksamkeit dieser Schritte erfordert keine behördliche Eintragung sondern lediglich die privatschriftliche Regelung. Die Officers der Corporation sind aber gem. § 142 DGCL verpflichtet, die Protokolle des Boards und der Aktionäre aufzubewahren. Diese aufbewahrten Dokumente werden als „Minute books“ bezeichnet. Jede Corporation benötigt gem. § 141 DGCL ein Board of Directors („Board“) als Führungsorgan. In Delaware kann das Board mit einem oder mehreren Mitgliedern besetzt werden. Der Incorporator bestellt die erstmaligen Board-Mitglieder durch schriftlichen Beschluss („Resolution“), die danach von den Aktionären bestellt und entlassen werden. Das Board delegiert typischerweise das Management des Tagesgeschäfts („day to day business bzw. das „business in the ordinary course of business“) an einen oder mehrere Geschäftsführer („Officer/s“), vgl. § 142 DGCL. Die Anzahl und die genauen Titel der Officers werden durch das Board oder die Satzung („Bylaws“) bestimmt und umfassen in der Praxis einen President, einen Treasurer (CFO) und einen Secretary. Diese Ämter werden durch das vorher vom Incorporator bestellte Board benannt und später ggf. entlassen.

e) Das Board oder der Incorporator beschließt eine erste Satzung für die Corporation. Diese Bylaws enthalten die formellen Regelungen zu Aktionärsrechten, Abstimmungen der Aktionäre, Aktionärsversammlungen, Beschlussfassungen und Treffen des Boards und der Officers, sowie andere gesellschaftsrechtlichen Details (siehe § 109 DGCL).

## 2. Limited Liability Company

Die Gründung einer Limited Liability Company („LLC“) ist ebenfalls denkbar. Obwohl die LLC aus rein gesellschaftsrechtlicher Sicht als Holdinggesellschaft grundsätzlich in Betracht kommt und auch ver-

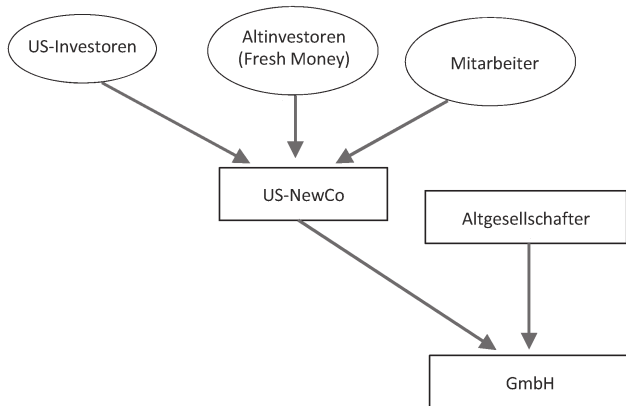
traglich so gestaltet werden kann, dass die Gesellschaftsstruktur und verschiedenen Gesellschafterrechte mit einer Delaware Corporation vergleichbar wäre, lehnt die überwiegende Mehrzahl der Venture Capital Investoren die LLC aber als Investmentvehikel ab. Der Hauptzweck der LLC in den USA ist deren Besteuerung als Personengesellschaft, also der Durchgangsbesteuerung lediglich auf Gesellschafterebene („pass through entity“). Bei den VC-Fonds ist diese Besteuerung auf Gesellschafterebene jedoch in der Regel unerwünscht, da diese sich nicht jährlich unterschiedlichen Verlust- und Gewinnzuteilungen aussetzen möchten. Dies würde dem Zweck der VC-Fonds, ein Anfangsinvestment zu einem steuerlich festen Erwerbspreis mit Gewinn zu veräußern, zuwiderlaufen. Steuerrechtlich ist es möglich, eine LLC auf Antrag als Corporation zu besteuern, ohne eine derartige Durchgangsbesteuerung als Personengesellschaft zu verursachen. Da die LLC-Struktur aber keine anderweitigen Gestaltungsvorteile im Vergleich zu einer Corporation bietet, wählen VC-Investoren fast ausschließlich die Corporation als Unternehmensform und machen dies entsprechend zur Vorbedingung für ein Investment. Andere Unternehmensformen wie etwa eine Limited Partnership („LP“) scheiden aus denselben Gründen aus. Anderes gilt für Unternehmen, welche selbst als Investor agieren. Bei Immobilienentwicklungsgesellschaften, Beteiligungsgesellschaften, Öl – und Gasexploration, Filmfinanzierungen etc. ist die Limited Partnership oder die LLC eine angebrachte und übliche Unternehmensform.

## II. Gestaltungswege eines Flip

Um eine in den USA beheimatete Unternehmenseinheit aus einer deutschen GmbH heraus zu schaffen, ist grundsätzlich eine Übertragung der wesentlichen Vermögenswerte der deutschen GmbH auf eine amerikanische Gesellschaft oder die Einbringung der GmbH-Geschäftsanteile in eine neu geschaffene amerikanische Holding denkbar. In Betracht käme auch, es bei der bisherigen Gesellschafterstruktur an der deutschen GmbH zu belassen und eine Kapitalerhöhung über eine US-NewCo umzusetzen, an der sich dann außer den US-Investoren auch die Mitarbeiter oder die bereits bisher an der deutschen GmbH beteiligten Investoren mit frischem Geld beteiligen.

### 1. Parallelstruktur

Im letztgenannten Fall bedarf es keiner Einbringung bestehender Beteiligungen an der deutschen GmbH in eine US-Gesellschaft, sondern bleiben die Beteiligungsverhältnisse bei der GmbH vorbehaltlich der mit der US-NewCo vorzunehmenden Kapitalerhöhung unverändert. Die US-NewCo dient in diesem Fall nur als Kapitalsammelstelle.



Dies widerspricht aber in der Regel dem Interesse von US-Investoren an einer vereinheitlichten „Governance“-Struktur, durch die allein aus den USA heraus die Unternehmensgeschicke der deutschen GmbH gesteuert werden können. Ein typischer U.S. Venture Capital Investor wird immer eine einfache Lösung mit einer einfach darzustellenden Gesellschafts- und Aktionärsstruktur bevorzugen. Alternativ zwar denkbare, aber eher komplexe mehrstufige Holdingstrukturen oder die Gründung von gesellschaftergleichen Schwestergesellschaften werden als bewertungsmindernd angesehen und daher in der Regel abgelehnt. Es wird zwingend eine Gründung verlangt, die sich so nah wie möglich an die USA- Standardsituation anlehnt ohne umfangreichen juristischen Erklärungsaufwand für die weiteren VC-Investoren oder Erwerber zu erzeugen. Man möchte bei den dem Flip nachfolgenden Investments, Trade Sale oder IPO unangemessenen juristischen Zusatzaufwand für Due Diligence vermeiden. Formaljuristisch soll es anschließend wie eine U.S.-Standardbeteiligung aussehen.

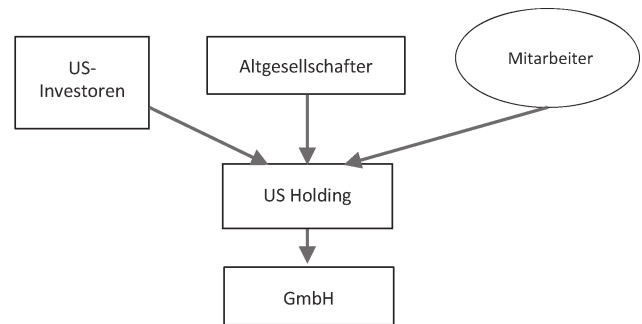
## 2. Vermögensübertragung

Der Verkauf und die Übertragung der GmbH-Assets an eine neue US-Gesellschaft ist bei einer wirtschaftlich aktiven GmbH in der Regel nicht vorteilhaft, da er die bestehenden Vertragsbeziehungen durch Abtretungen beeinträchtigt. Daneben ist es in der Regel nicht wünschenswert, die Angestellten der GmbH als Angestellte der US-Gesellschaft zu behandeln. Daher sollte die deutsche GmbH idealerweise bestehen bleiben und lediglich zur Tochtergesellschaft der US-Gesellschaft umstrukturiert werden. Diese Struktur erlaubt rechtlich reibungslose Aktivitäten im Heimatmarkt der GmbH, ohne dass Abtretungen oder Zustimmungen zu Abtretungen erforderlich werden. Auf Zustimmungserfordernisse und Kündigungsklauseln bei der Änderung der Gesellschaftermehrheit („change of control“) ist jedoch zu achten und entsprechend erforderliche Zustimmungen sind einzuholen. Auch werden durch die Vermögensübertragung stille Reserven aufgelöst und daher ertragsteuerliche Effekte ausgelöst.

## 3. Einbringung

Diese Gestaltungsmöglichkeit ist die allgemein übliche und praktische Alternative, da die GmbH in Deutschland als Tochtergesellschaft (wholly owned subsidiary)

ohne Unterbrechung der bestehenden Verträge mit Angestellten, Lieferanten und Abnehmer weiterexistiert.



Dazu erwerben die bestehenden Gesellschafter der GmbH Aktien von dem US-Rechtsträger (NewHoldCo) pro-rata zu ihren Anteilen an der GmbH. Als Kaufpreis im Sinne von § 153 DGCL bestimmt das Board, dass statt oder neben einer Geldzahlung die Gesellschaftsanteile an der GmbH auf die NewHoldCo übertragen werden. In einem zweiten Schritt wird dies kaufvertraglich geregelt, wobei der Kauf- bzw. Einbringungsvertrag in der Regel dem Recht der NewHoldCo unterworfen wird. Nach Abschluss und Erfüllung des Aktienkaufvertrages ist die NewHoldCo Eigentümer aller GmbH-Gesellschaftsanteile. Diese sind, auch wenn der Einbringungsvorgang vertraglich dem US-Recht unterworfen wird, in notarieller Urkunde gem. § 15 III, IV GmbHG übertragen. Im Gegenzug erhalten die GmbH-Gesellschafter prozentual spiegelbildlich eine Anzahl an Aktien der NewHoldCo, sodass nach Erfüllung die ehemaligen GmbH-Gesellschafter die NewHoldCo zu gleichen Anteilen halten wie vormals die GmbH. Die NewHoldCo selbst ist nun alleiniger Eigentümer der GmbH und hält diese als Tochtergesellschaft. Damit kann ein Investor nun in eine Delaware NewHoldCo investieren ohne die eigentlichen Geschäftsaktivitäten der GmbH zu tangieren.

## III. Ausgestaltung von Sonderrechten der Investoren

### 1. Common und Preferred Stock

Bei einer GmbH, welche bisher noch keine VC- oder VC-ähnliche Investorenstrukturen aufweist, ist eine Umwandlung im Wege eines „Flips“ unkompliziert, da alle bisherigen Gesellschafter gleichberechtigte Aktionäre, anteilsgleich wie in der GmbH, der neuen Delaware Holdinggesellschaft werden. Typischerweise werden lediglich Stammaktien („Common Stock“) ausgegeben.

Ein bisheriger GmbH-Gesellschafter mit Vorzugsrechten, welche Liquidationsvorzüge, besondere Stimm- und Vetorechte, Drag-along-Rechte, Einsichts- und Prüfungsrechte, oder anderweitige besonders vereinbarte Investorenrechte beinhalten, wird diese Vorzugsrechte in den allerwenigsten Fällen in einfache Stammaktion („Common Stock“) umwandeln. Dies würde einen erheblichen Rechtsverlust für den Investor darstellen. Um diesen Rechtsverlust zu vermeiden, bietet sich an, an die bislang bereits bevorrechtigt beteiligten Investoren



besondere Vorzugsaktien („Preferred Stock“) anstatt Common Stocks auszugeben. Dies ist mit den Vorrechten, die US-Investoren für sich beanspruchen werden, in Einklang zu bringen. Ihnen können durch Einführung weiterer Vorzüge (bspw. Serie B, C etc. gegenüber der Serie A der Altinvestoren) erstrangige Erlösvorzüge oder auch eigene Vetorechte eingeräumt werden.

## 2. Ausgestaltung von Vorzugsaktien

Vorzugsaktien sind im Staate Delaware in §§ 102 (a) (4), 151 (a) und in § 151 (d) DGCL geregelt. Danach können Aktien mit besonderen Vorzügen im Vergleich zu Stammaktien geschaffen und ausgegeben werden (vgl. § 151 (a) DGCL). Diese Sonderrechte beinhalten neben den üblichen Aktienrechten bevorzugte Dividendenrechte, bevorzugte Rechte für den Liquidations- und liquidationsgleichgestellten Fall („deemed liquidation“ wie z. B. Unternehmens- und Assetverkauf), Sonderstimmrechte, Zustimmungs- und Vetorechte für besondere Geschäftsvorgänge.

Vorzugsaktien werden gem. § 152 DGCL und § 103 DGCL durch Aufnahme in die Gründungsurkunde („Certificate of Incorporation“) bzw. der Änderung der Gründungsurkunde („Amended and Restated Certificate of Incorporation“) durch Einreichung derselben geschaffen. Voraussetzung ist ein Beschluss des Boards und der Mehrheit der Aktionäre, welcher der Schaffung dieser Aktienkategorie mit Sonderrechten und deren Eintragung zustimmt. Eine nachträgliche Genehmigung ist ausgeschlossen.

Die jeweiligen Ausgabedetails, wie die Anzahl der auszugebenden Vorzugsaktien werden durch einen separaten Beschluss des Boards wirksam bestimmt. Als alternative Vorgehensweise können auch sämtliche Vorzüge („preferences“) statt deren Aufnahme in das Certificate of Incorporation über den Umweg eines sogenannten „Certificate of Designations“ durch das Board wirksam begründet werden. Dazu muss aber im Certificate of Incorporation geregelt sein, dass das Board Vorzugsaktien im Wege der Einreichung eines „Certificate of Designation“ nach Boardbeschluss anstatt eines Aktionärsbeschlusses ausgeben darf.

## 3. Aktienoptionen für Mitarbeiter

Bestehen bereits Mitarbeiterbeteiligungen auf Seiten der GmbH in Form von Optionen auf Ausgabe von Geschäftsanteilen auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage oder nur schuldrechtlich auf virtuelle Anteile (Phantom Stock), werden diese Rechte durch den Flip beeinträchtigt, weil sie sich nun lediglich an eine Tochtergesellschaft richten. Damit werden ab dem Zeitpunkt des Flips bei der GmbH bestehende Optionsrechte in den allermeisten Fällen mangels Exitmöglichkeit oder angemessener Bewertung der Tochtergesellschaft entwertet. Dem kann dadurch begegnet werden, dass auf Ebene der NewHoldCo ein neuer Aktienoptionsplan („Employee Stock Option Plan – ESOP“) erstellt wird. In einem typischen ESOP wird eine Anzahl von Common Stock zur späteren Ausgabe an die Mitarbeiter durch Boardbeschluss gem. ESOP reserviert. Die Mitarbeiter erhalten ihre Optionen mit dem Recht auf Kauf

einer bestimmten Zahl von Common Stock zu einem vom Board festgelegten Kaufpreis („exercise price“). Die Gewährung der Stock Options unterliegt meistens der vertraglichen Beschränkung, dass typischerweise 25 % der Stock Option unverfallbar („vested“) sind und die restlichen 75 % in monatlichen Intervallen, abhängig vom Fortbestehen des Angestelltenverhältnis, unverfallbar werden (sog. „Vesting“ bzw. „Vesting Schedule“). Eine unverfallbare („vested“) Stock Option wird durch Mitteilung der Ausübung („exercise“), den Kauf der Aktien und die Zahlung des festgelegten Kaufpreises ausgeübt. Danach ist der ausübende Mitarbeiter Stammaktionär.

Bestehende Mitarbeiterbeteiligungen an der GmbH können umgewandelt werden, indem diese gegen Verzicht bisheriger Rechte neue Stock Options an der NewHoldCo erwerben. Ein ESOP bietet grossen vertraglichen Gestaltungsspielraum hinsichtlich der Anzahl und Vesting-Beschränkungen der jeweiligen Optionen an die einzelnen Mitarbeiter. Eine Gleichbehandlung ist nicht erforderlich. Lediglich bei der Feststellung des Ausübungspreises ist das Board zum einen zeitlich und zum anderen bewertungsmässig insofern rechtlich gebunden, dass der Ausübungspreis immer ein angemessener Preis und zwingend identisch mit der momentanen allgemeinen Common Stock Bewertung zum jeweiligen Bewertungszeitpunkt sein muss. Eine rückwirkende Optionsausgabe ist unwirksam. Lediglich der Beginn des Vestings kann in der Vergangenheit liegen. Sofern die Ausgabe von niedrig bewerteten Stock Options an bisherige Optionsrechtsinhaber an der GmbH aufgrund inzwischen erfolgter Wertsteigerung nicht mehr 1:1 übertragbar ist kann dies durch Gewährung einer höheren Zahl an Stock Options ausgeglichen werden.

Stock Options, welche gemäss einem ESOP-Plan an Angestellte und Management ausgegeben werden, sind gem. Sections 422, 423 IRC sogenannte „Incentive stock options“. Diese werden in den USA erst dann besteuert, wenn nach der Optionausübung die Stammaktien mit Gewinn veräussert werden. Davor ist die eigentliche Optionsausgabe, anschliessende Optionsausübung und der Kauf der Aktie für den Angestellten in den USA nicht steuerpflichtig.

## IV. Steuerliche Beurteilung

### 1. Aus US-Perspektive

#### a) Einbringung von deutschen GmbH-Anteilen

Zum Zeitpunkt der Einbringung durch den Verkauf und die Übertragung von deutschen GmbH-Geschäftsanteilen in die Corporation ist davon auszugehen, dass die GmbH-Gesellschafter ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht in den USA haben. Aus diesem Grund ist die Einbringung durch Verkauf und Übertragung in den USA steuerlich in der Regel nicht relevant. Die US-Steuerpflicht lebt aber in dem Moment auf, sobald ein GmbH-Gesellschafter zum Transaktionszeitpunkt in den USA entweder (a) wohnhaft, (b) Inhaber der unbeschränkten U.S.-Aufenthaltsgenehmigung, der sogenannten „Green Card“, oder (c) US-Bürger ist.

## b) Steuerpflicht bei US-Personen

Wenn sich eine Person in den letzten drei Jahren durchschnittlich mehr als 183 Tage pro Kalenderjahr in den USA aufgehalten hat, besteht grundsätzlich eine US-Steuerpflicht gem. § 7701(b)(3) Internal Revenue Code („IRC“).

Die Einbringung („contribution“) durch Verkauf und Übertragung der GmbH-Anteile an eine Delaware Corporation nach § 351 sowie § 368 IRC ist jedoch nicht steuerpflichtig. Gem. § 351 IRC werden bei der Einbringung von Vermögensgegenstände („Property“ in eine Gesellschaft, die nach der Transaktion mehrheitlich den einbringenden Aktionären gehört keine Gewinne oder Verlust besteuert oder angerechnet, da die Transaktion als steuerbefreiter Umtausch („Exchange“) gewertet wird.

Bei späterer Veräußerung der Aktien an der Corporation durch die Aktionäre bestimmt deren individuelle Steuerpflicht die jeweilige Besteuerung. Sind die Aktionäre in Deutschland (oder ausserhalb der USA) wohnhaft und nicht anderweitig US-steuerpflichtig so findet deren Besteuerung des Aktienverkaufs außerhalb der USA statt und unterliegt somit nicht der US Besteuerung.

## c) Steuerpflicht der Corporation

Die Delaware Corporation unterliegt als US-Gesellschaft jedoch unbeschränkt der U. S.-Steuerpflicht. Diese Steuerpflicht beinhaltet auch, dass die GmbH, als nunmehr deutsche Tochtergesellschaft und damit als „controlled foreign corporation – CFC“ gem. § 5471 IRC in die Steuererklärung aufgenommen werden muss. Aufgrund Artikel VII des deutsch-amerikanischen Doppelbesteuerungsabkommens werden die Einkünfte der GmbH grundsätzlich in Deutschland besteuert. Die Delaware Corporation unterliegt in den USA jedoch umfangreichen Berichtspflichten hinsichtlich der GmbH als „controlled foreign corporation“ bzw. „CFC“.

## 2. Aus deutscher Sicht

### a) Grundlagen

Bei dem US-Flip in Form der Einbringung (oben II.3) handelt es sich im Kern um Übertragungen von Gesellschaftsanteilen an einen ausländischen Rechtsträger. Dies führt in diesem Zusammenhang insbesondere zu ertragsteuerlichen Folgen im Inland, die sich auf zwei wesentliche Bereiche reduzieren lassen, jedoch enorme Auswirkungen haben können. Diese betreffen einerseits die sogenannte Veräußerungsgewinnbesteuerung, die auch von einem Zielkonflikt zwischen Maximierung des Unternehmenswertes im Zuge der Flip-Finanzierung und der Minimierung steuerlicher Lasten geprägt ist. Andererseits befinden sich Start-Up Unternehmen sehr häufig in der Verlustsituation mit entsprechend festgesetzten steuerlichen Verlustvorträgen, wenn sie sich mit einer Flip Lösung beschäftigen. Die Durchführung eines Flip kann dabei zum Untergang von bestehenden körperschaft- und gewerbsteuerlichen Verlustvorträgen führen.

## b) Veräußerungsgewinnbesteuerung

### aa) Übertragungsvorgang aus steuerlicher Sicht

Wer sich mit einem Flip beschäftigt, muss sich unweigerlich auch mit einer möglichen Besteuerung des Veräußerungserfolgs aus der Übertragung der Anteile auseinandersetzen, unabhängig davon, ob es sich bei den bisherigen Anteilseignern um natürliche Personen, die die Beteiligungen in ihrem Privatvermögen (§ 17 EStG) oder in ihrem Betriebsvermögen (§ 16 EStG) halten oder um juristische Personen (§ 8 b KStG) handelt. Die steuerlichen Folgen basieren auf dem Grundgedanken, dass es sich bei Übertragungsvorgängen im Rahmen eines Anteilstausches um einen gewinnrealisierenden Vorgang handelt. Dieser Grundsatz wird auch in § 21 I UmwStG determiniert. Der Veräußerungsgewinn ermittelt sich aus der Differenz zwischen dem gemeinen Wert des Anteils zum Zeitpunkt der Übertragung einerseits und den Anschaffungskosten sowie den Veräußerungskosten andererseits.

### bb) Keine mögliche Inanspruchnahme der Buchwertprivilegien des § 6 EStG sowie des § 21 UmwStG

Mögliche Buchwertprivilegien, wie etwa die des § 6 Abs. 1 Nr. 4 S. 4 sowie § 6 Abs. 3 EStG sind in den Fällen des Flip nicht einschlägig, da den Übertragungen im Rahmen eines Flip u. a. auch das hierfür erforderliche Merkmal der Unentgeltlichkeit fehlt.

Die Inanspruchnahme der Buchwertverknüpfung nach § 21 Abs. 1 S.2 UmwStG scheitert regelmäßig daran, dass das Besteuerungsrecht von Deutschland an den eingebrachten Anteilen bei der übernehmenden Körperschaft (US HoldCo) ausgeschlossen bzw. eingeschränkt ist. Dies reicht aber gem. § 21 Abs. 2 S. 2 aus, um das Buchwertprivileg zu kippen. Ob und inwiefern sich die in § 21 Abs. 2 S. 3 UmwStG normierte Gegen Ausnahme zur Anwendung kommt, muss im jeweiligen Einzelfall geprüft werden.

Insofern kann festgehalten werden, dass bei einem Flip davon auszugehen ist, dass eine Gewinnrealisierung der stillen Reserven eintreten wird. Dies wirft die Frage der Bewertung der Anteile auf, die nachfolgend beleuchtet werden soll.

### cc) Bewertung der Anteile an dem Start-Up Unternehmen

Wie bereits ausgeführt, richtet sich die Bemessung des Übertragungserfolgs an der Bestimmung des gemeinen Werts. Eine Definition dieses Begriffs findet sich in § 9 Abs. 2 BewG. Demnach wird der gemeine Wert durch den Preis bestimmt, der im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nach der Beschaffenheit des Wirtschaftsguts zu erzielen wäre.

Eine Konkretisierung für den gemeinen Wert von Anteilen an Kapitalgesellschaften findet sich in § 11 Abs. 2 BewG wieder. Dabei gilt folgende gesetzlich vorgeschriebene Reihenfolge:

(i) Ableitung des gemeinen Wertes von Kapitalgesellschaft auf Basis von vorliegenden Marktpreisen aus

Transaktionen mit fremden Dritten, die weniger als ein Jahr zurück liegen.

(ii) Sofern entsprechende Transaktionen nicht stattgefunden haben, ist er unter Berücksichtigung der Ertragsaussichten oder anhand anderer auch im gewöhnlichen Geschäftsverkehr für nichtsteuerliche Zwecke anerkannter Methoden zu bestimmen.

Hilfweise könnte auch das vereinfachte Ertragswertverfahren i. S. d. §§ 199 ff. BewG Anwendung finden, welches den gemeinen Wert auf Basis einer Kapitalisierung des durchschnittlichen Jahresertrags der letzten drei Geschäftsjahre ermittelt, sofern dies nicht zu offensichtlich unzutreffenden Ergebnissen führt. Regelmäßig werden die hierüber ermittelten Ergebnisse aufgrund der Vergangenheitsbetrachtung mit häufig einhergehender Verlustsituation jedoch gerade nicht sachgerecht sein. Insofern ist die Anwendung des vereinfachten Ertragswertverfahrens üblicherweise nicht möglich.

Aufgrund der gesetzlich vorgegebenen Reihenfolge der Ermittlungsgrundsätze liegt es nahe, dass die Finanzverwaltung im Hinblick auf die Bestimmung des gemeinen Wertes versuchen wird, auf die Wertfindung im Rahmen der Flip-Transaktion abzustellen, was dann vermutlich häufig der Pre-Money Bewertung entspricht. Diese liegt im Regelfall jedoch deutlich über den Anschaffungskosten der Anteile und damit würde die Zugrundelegung der Pre-Money Bewertung regelmäßig zu einem signifikanten steuerlichen Veräußerungsgewinn führen.

Insofern führt dies unweigerlich zu einem Zielkonflikt des Altgeschafters zwischen der Maximierung des Unternehmenswertes im Zuge der Flip-Finanzierung sowie der Minimierung der steuerlichen Lasten aus diesem Vorgang.

Inwiefern der Finanzverwaltung durch ein objektiviertes Bewertungsgutachten (nach IDW S 1) ein niedrigerer Unternehmenswert nachgewiesen werden kann, hängt sicherlich auch von der zeitlichen Nähe des Gutachtens zur Pre-Money Bewertung ab. Je enger die Bewertungsstichtage für die Unternehmensbewertung und die Pre-Money Bewertung liegen, umso schwieriger wird es Unterschiede in den zugrundeliegenden Planungsrechnungen plausibel zu erläutern.

#### **dd) Unterschiedliche Steuerbelastung natürlicher Personen und Kapitalgesellschaften**

Die Steuerbelastung auf den Veräußerungsgewinn der Altgeschafter hängt davon ab, ob es sich hierbei um natürliche Personen oder um Kapitalgesellschaften handelt, da die zugrundeliegenden steuerrechtlichen Regelungen uneinheitliche Befreiungsregelungen enthalten. So wird der Veräußerungsgewinn auf Ebene einer Kapitalgesellschaft gem. § 8 b Abs. 2 KStG faktisch zu 95 % freigestellt, während für die Anteile, die von natürlichen Personen gem. § 3 Nr. 40 i. V. m. § 3 c Abs. 2 EStG eine Freistellung von 40 % des Übertragungserfolgs erfolgt. Sofern sich bei natürlichen Personen die Anteile in einem Betriebsvermögen befinden, kann bei

Vorliegen von bestimmten Voraussetzungen ferner die Begünstigungsregelung des § 34 EStG Anwendung finden.

#### **c) Untergang ertragsteuerlicher Verlustvorträge**

Nach den bestehenden gesetzlichen Regelungen können steuerliche Verluste für körperschaft- sowie gewerbesteuerliche Zwecke grundsätzlich vorgetragen werden. Bestehende Verlustvorträge können dabei mit zukünftigen steuerlichen Gewinnen verrechnet werden.

Dieser Grundsatz wird seit 2008 im Rahmen des § 8 c KStG bei schädlichen Beteiligungserwerben eingeschränkt. Als solche gelten Veräußerung von mehr als 25 % der Anteile innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren. Bis zu einer solchen Veräußerung von 50 % der Anteile gehen dabei die Verluste anteilig unter. Bei einer entsprechenden Veräußerung von mehr als 50 % der Anteile gehen die Verluste vollständig unter.

Soweit zum Zeitpunkt der schädlichen Veräußerung der Anteile im Inland steuerpflichtige stille Reserven bestehen, kann ein vorhandener steuerlicher Verlustvortrag bis zur Höhe der stillen Reserven weiterhin genutzt werden (§ 8 c I 6 KStG). Ferner bestehen nach § 8 c KStG Erleichterungen im Rahmen von Sanierungsfällen, bei bestimmten Übertragungen innerhalb eines Konzerns. Den Nachweis von vorhandenen stillen Reserven kann z. B. auch durch das für die Veräußerungsgewinnbesteuerung hilfreiche Bewertungsgutachten geführt werden.

Das Bundesverfassungsgericht hat die Regelung zum quotalen Verlustuntergang bei einem schädlichen Beteiligungserwerb in § 8 c I 1 KStG für die Jahre 2008 – 2015 für verfassungswidrig erklärt (BVerfG, Beschl. v. 29.3.2017, 2 BvL 6/11). Der Gesetzgeber hat nun bis 31.12.2018 Zeit, eine verfassungsgemäße Neuregelung zu treffen. Es bleibt abzuwarten, ob sich durch die Neuregelung für einen Flip verbesserte Rahmenbedingungen ergeben. Weiterhin ist festzuhalten, dass sich das Urteil des Bundesverfassungsgerichts auf einen Fall einer Übertragung von mehr als 25 % aber von weniger als 50 % bezog. Inwiefern sich der Gesetzgeber daher auch an der für einen Flip eher vorkommenden Sachverhalt der Übertragung von mehr als 50 % an einer Neuregelung versucht (siehe hierzu den Vorlagebeschluss des FG Hamburg v. 29.8.2017, BeckRS 2017, 122798 = GWR 2017, 461 [Weitnauer]), bleibt dem weiteren Gesetzgebungsverfahren vorbehalten.

Für Veranlagungszeiträume ab 2016 hat der Gesetzgeber jedoch mit § 8 d KStG nunmehr eine Regelung zur fortführungsgebundenen Verlustnutzung implementiert, die insbesondere den Bedürfnissen von innovativen Start-Up Unternehmen Rechnung tragen und dabei helfen soll, steuerliche Hemmnisse bei der Kapitalausstattung dieser Unternehmen zu beseitigen (Begründung des Deutschen Bundestags zum Entwurf eines Gesetzes zur Weiterentwicklung der steuerlichen Verlustverrechnung bei Körperschaften (Drucksache 18/9986 vom 17.10.2016). Dabei gilt jedoch, dass diese Einschränkung des § 8 c KStG nur auf Antrag des Steuerpflichtigen Anwendung findet. Der Antrag muss



in der Steuererklärung des Veranlagungszeitraums gestellt werden, in dem die schädliche Übertragung stattgefunden hat. Voraussetzung der fortführungsgebundenen Verlustnutzung ist, dass die Gesellschaft seit ihrer Gründung oder zumindest seit Beginn des dritten Veranlagungszeitraums vor dem schädlichen Beteiligungserwerb ausschließlich denselben Geschäftsbetrieb unterhält. Kritische Literaturstimmen legen dies aber aktuell so aus, dass eine Zuführung von neuem Kapital im Rahmen einer Finanzierungsrunde, durch die neue Märkte und neue Kunden erschlossen werden, dazu führt dass der bisherige Geschäftsbetrieb gerade nicht mehr fortgeführt wird und der neue § 8 d KStG damit nicht anwendbar wäre. Es bleibt abzuwarten, ob die Finanzverwaltung zum Thema „Fortführung des Geschäftsbetriebs“ mittels einer Verwaltungsanweisung Stellung beziehen wird und damit die eigentliche Intention des Gesetzgebers, der Aufrechterhaltung von Verlustvorträgen bei Start-Up Unternehmen, Rechnung tragen wird.

Es bleibt damit festzuhalten, dass durch den Flip grundsätzlich das Risiko besteht, dass Verlustvorträge (teilweise) untergehen. Diesem Risiko kann am ehesten auch aufgrund der Risiken in der Anwendung des § 8 d KStG durch den Nachweis von vorhandenen stillen Reserven begegnet werden.

## VI. Fazit

1. Als Weg eines „US-Flip“ kommt regelmäßig nur die Einbringung der an der deutschen GmbH bestehenden Geschäftsanteile in eine neue US-Holding in Form einer Delaware Corp. in Betracht.

2. Ein Flip birgt aus deutscher Sicht potentiell signifikante Steuerrisiken im Zusammenhang mit der Veräußerungsgewinnbesteuerung und dem Untergang ertragsteuerlicher Verlustvorträge. Ertragsteuerliche Risiken für Altgesellschafter werden allenfalls durch § 8 b II KStG gemindert, was voraussetzt, dass die Altgesellschafter in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft organisiert sind. Hierfür kommt für Gründer häufig auch die vereinfachte Rechtsform der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) in Betracht.

3. Auch wenn der Gesetzgeber im Bereich der Verlustnutzung seit 2016 mit § 8 d KStG eine gesetzliche Regelung implementiert hat, die insbesondere jungen und innovativen Unternehmen zu Gute kommen soll, ist es dennoch ratsam, steuerliche Risiken aus einem Flip bereits im Vorfeld kritisch zu prüfen damit auch steueroptimierte Gestaltungsoptionen evaluiert werden können. So könnte ggfs. das Buchwertprivileg des § 21 II 3 UmwStG in Einzelfällen zum Tragen kommen. Es erscheint ratsam auf jeden Fall ein aussagekräftiges Bewertungsgutachten in Auftrag zu geben. Dieses Gutachten kann einerseits dazu dienen der Finanzverwaltung nachzuweisen, dass die Bewertung des Unternehmens unterhalb der Pre-Money Bewertung zu erfolgen hat. Andererseits könnte über das Gutachten auch stille Reserven nachgewiesen werden. Ganz allgemein kann festgehalten werden, dass aus steuerlicher Sicht ein Flip zeitlich so früh als möglich im Unternehmenszyklus erfolgen sollte, da dann zum einen die Bewertung (noch) niedrig ist und die Verlustvorträge noch überschaubar sind. Dies macht selbstverständlich nur in den Branchen eines Start-Ups Sinn, in denen mit US-Investoren zu rechnen ist. ■