

B & K Special

Flip – German Start-Ups are going to America

03/2016

I. Einleitung

Ein Flip kann alles Mögliche sein. Unter Existenzgründern mit Expansionsabsichten hat dieser Begriff eine besondere, faszinierende Bedeutung. Solange es sich bei der Geschäftsidee nicht um einen Flop handelt, kann über kurz oder lang ein Flip in Betracht kommen.

Mit einem Flip will man an das im Vergleich zu Deutschland äußerst freizügige Venture Capital von US-Investoren herankommen. Wie geht das? Und welche Risiken sind damit verbunden?

II. Definition des Flip

Ausgangspunkt ist eine Existenzgründung von einem oder mehreren Unternehmern in Deutschland, ein sogenanntes Start-Up-Unternehmen. Häufig haben solche Start-Ups bereits Finanzinvestoren aus Deutschland an Bord, z. B. aus den HTGF (HT-Gründerfonds), Business Angels oder aus Mitteln des Bundesamtes für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle oder des Europäischen Investitionsfonds.

Insbesondere im Bereich der digitalen Medien gibt es viele Geschäftsideen, die,

sofern sie funktionieren, ein rasantes Wachstum versprechen. Oft sind die Vorlaufkosten sehr hoch und die Investitionsbereitschaft von Finanzinvestoren in Deutschland begrenzt.

Die Risikobereitschaft in den USA ist wesentlich höher. Aus Sicht amerikanischer Finanzinvestoren ist es völlig normal, dass das eine oder andere Engagement schief geht und im Sinne einer Mischkalkulation durch Gewinne anderer Investments aufgefangen wird.

Amerikanische Investoren stehen deutschen Existenzgründungsvorhaben durchaus aufgeschlossen gegenüber. Sie sind jedoch grundsätzlich nicht bereit, sich an einer deutschen GmbH oder GmbH & Co. KG zu beteiligen. Sie investieren ausschließlich in Kapitalgesellschaften nach amerikanischem Recht („Inc.“).

Die bisherigen Gesellschafter des deutschen Start-Up-Unternehmens müssen ihre Anteile daher an eine amerikanische Inc. übertragen, die wiederum ihnen selbst gehört. Diese Übertragung erfolgt im Regelfall in Form eines Anteilstauschs, d. h. die deutschen Gesellschafter des Start-Up-Unternehmens erhalten für die Übertragung ihrer GmbH-Anteile Shares der

amerikanischen Inc.. Diesen Vorgang nennt man Flip.

III. Problem: Bewertung der Anteile

Die Bewertung der Anteile des Start-Up-Unternehmens ist ein besonders heißes Eisen. Finanzinvestoren sind nur zu bekommen, wenn man in der Lage ist, einen möglichst hohen Unternehmenswert in Aussicht zu stellen. Diese Bewertung vor Beitritt eines weiteren Finanzinvestors wird auch gerne als Pre-Money-Bewertung bezeichnet. Mit Beitritt des Investors erfolgt eine Post-Money-Bewertung durch den Kapitalbeitrag. Treffen sich die gegenseitigen Erwartungen, kommt es zu einem Beitritt des US-Investors.

Diese Pre-Money-Bewertung stellt eine Art Unternehmensbewertung dar, unterscheidet sich jedoch erheblich von dem in Deutschland gebräuchlichen Bewertungsverfahren des IDW S1 oder derjenigen der Finanzverwaltung. Es handelt sich im Grundsatz nicht um eine Bewertung der jetzigen Ertragskraft, sondern um einen Erwartungswert.

Bei dem Flip spielt diese Bewertung zunächst keine Rolle, da wirtschaftlich kein Eigentümerwechsel stattfindet. Im Grunde genommen wird mit der amerikanischen Inc. lediglich eine neue Beteiligungsgesellschaft zwischengeschaltet. Daher besteht die grundsätzliche Tendenz darin, dass die Anteile des deutschen Start-Ups

gegen die amerikanischen Shares zum Nominalwert eingetauscht werden.

Diese Bewertung ist zivilrechtlich nicht unproblematisch. Die deutschen Gesellschafter dürfen – unabhängig von der nachfolgend erörterten steuerlichen Problematik – nicht irgendwelche Werte wählen, sondern denjenigen, den man als vertretbar erachten kann. Nach deutschem Rechtsverständnis handelt es sich bei dem Vorgang um nichts anderes als um eine Sacheinlage in die amerikanische Inc.. Zwar ist das amerikanische Recht wesentlich liberaler hinsichtlich solcher Sacheinlagen als das deutsche Recht, man sollte aber nicht durch eine willkürliche Bewertung möglichen zivilrechtlichen Problemen im weiteren Verlauf der Gesellschaft Vorschub leisten oder gar den amerikanischen Fiskus herausfordern, z. B. durch eine viel zu hohe Bewertung mit der Folge einer späteren Gewinnminderung bei Veräußerung des Unternehmens.

IV. Steuerfalle I: Veräußerungsgewinnbesteuerung

Der Tausch von Gesellschaftsanteilen ist weder dem deutschen Gesellschaftsrecht noch dem deutschen Steuerrecht fremd. Das deutsche Steuerrecht schreibt allerdings im Grundsatz vor, dass die Anteile mit dem Verkehrswert zu bewerten sind. Die in solchen Fällen häufig angewendete Buchwertübertragung nach § 20 UmwStG funktioniert jedoch nur dann, wenn die

inländische Besteuerung aus einer möglichen Veräußerung der eingetauschten Anteile gesichert ist. Dies ist jedoch nicht der Fall; verkauft die amerikanische Inc. die Anteile an der deutschen GmbH, so ist dieser Vorgang in den USA steuerpflichtig und nicht mehr in Deutschland.

Damit ergibt sich aus steuerlicher Sicht die zwingende Notwendigkeit, die Anteile an der deutschen GmbH zu bewerten. Das Risiko besteht hierbei darin, dass die Finanzverwaltung auf die Pre-Money-Bewertung zurückgreifen könnte, die dem Beitritt des amerikanischen Investors zugrunde liegt. So kann es z. B. sein, dass ein Start-Up mit einem Nominalkapital von € 300.000,- eine Pre-Money-Bewertung von € 5 Mio. erfährt, was einen steuerpflichtigen Veräußerungsgewinn in Höhe von € 4.700.000,- verursachen würde. Handelt es sich bei dem deutschen Gesellschafter um eine Kapitalgesellschaft, wären immerhin nur 5 % davon steuerpflichtig, während Privatpersonen den Veräußerungsgewinn nach dem Teileinkünfteverfahren in Höhe von 60 % zu versteuern hätten. Das entspräche bei einem Veräußerungsgewinn in Höhe von € 4.700.000 einer Steuerbelastung in Höhe von € 1,25 Mio.!

Das Kunststück besteht darin, dem Fiskus klar zu machen, dass es sich bei dieser Bewertung nicht um einen Verkehrswert handelt sondern um einen Erwartungswert. Zu diesem Erwartungswert können die Anteile in keinsten Weise gehandelt

werden, sondern sie stellen überspitzt formuliert lediglich eine Wette auf die zukünftige Entwicklung dar.

Die Finanzverwaltung verfügt über ein eigenes Bewertungsverfahren, nämlich das vereinfachte Ertragswertverfahren nach den §§ 199 ff BewG. Nach diesem Verfahren wird der Durchschnittsertrag der letzten drei Jahre kapitalisiert. Diese Bewertung scheitert regelmäßig daran, dass Start-Ups sich durch Vorlaufverluste auszeichnen. Den Mindestwert stellt der sogenannte Substanzwert dar, der bei Start-Ups meist in dem restlichen noch vorhandenen Eigenkapital besteht. Es lässt sich allerdings nicht ausschließen, dass die Finanzverwaltung einen inzwischen als erreicht unterstellten Firmenwert annehmen möchte und sich somit in Richtung Pre-Money-Bewertung bewegt.

Eine höchstrichterliche Rechtsprechung fehlt zu diesen besonderen Situationen. Im politischen Sinne sollte man eigentlich meinen, dass Start-Ups, deren Geschäftsbetrieb ja in Deutschland bleibt, wegen ihrer Innovationskraft nachsichtig behandelt werden, doch zeigen die Erfahrungen mit der Finanzverwaltung, dass dies von den Ländern und von den einzelnen Finanzämtern individuell unterschiedlich gehandhabt wird.

Es ist daher dringend zu empfehlen, eine professionelle Bewertung zu dokumentieren, die den realisierten Tauschwert unterlegt. Diese Bewertung beugt auch etwai-

gen zivilrechtlichen Bewertungsproblematiken vor.

V. Steuerfalle II: Untergang des Verlustvortrags

Start-Up-Unternehmen haben im Regelfall hohe Vorlaufverluste. Diese Vorlaufverluste sollen genutzt werden, wenn das Unternehmen beginnt, Gewinne zu erwirtschaften.

Das deutsche Steuerrecht enthält mit § 8c KStG einen regelrechten Verlustkiller, der zwar steuerrechtlich als höchst bedenklich und in Teilen der Literatur auch als verfassungswidrig angesehen wird, jedoch leider real existiert.

Nach dieser Vorschrift geht ein körperschaftsteuerlicher wie auch gewerbsteuerlicher Verlustvortrag vollständig verloren, wenn ein mehr als 50 %iger Gesellschafterwechsel stattfindet. Durch den Flip findet dieser Gesellschafterwechsel statt, weil nach dem Flip nicht mehr die bisherigen Existenzgründer und Finanzinvestoren Gesellschafter der deutschen GmbH sind, sondern eine amerikanische Inc.. Es spielt keine Rolle, dass das Eigentum wirtschaftlich unverändert bei den bisherigen Gesellschaftern der deutschen GmbH liegt. Die Vorschrift des § 8c KStG wird eng ausgelegt.

Somit stellt sich die Frage, mit welcher Strategie der Verlustuntergang verhindert werden kann.

Hier kommt zum einen die sogenannte Konzernklausel in Betracht, die erst jüngst im Steuergesetz erheblich liberalisiert wurde und auch mit Wirkung für die Vergangenheit. Die Konzernklausel setzt voraus, dass an oberster Stelle nur ein Gesellschafter vorhanden ist, was bei der üblichen Flip-Konstellation insoweit fraglich ist, als es sich meistens um mehrere Gesellschafter handelt. Bei sachgerechter Auslegung könnte die Konzernklausel zwar angewendet werden und möglicherweise wird eine spätere höchstrichterliche Rechtsprechung dies sogar verlangen. Derzeit muss man jedoch davon ausgehen, dass die Handhabung nicht eindeutig geklärt ist und die Finanzverwaltung sich eher ablehnend verhalten könnte.

Eine zweite Möglichkeit, die Verlustvorträge zu retten, besteht in der sogenannten Stille-Reserven-Klausel. Hier gibt es im Gesetz zwei Definitionen, die eine für den Fall, dass das Eigenkapital noch positiv ist, und die andere für den Fall, dass das Eigenkapital negativ ist.

Bei positivem Eigenkapital gilt als Maßstab für die Höhe der stillen Reserven der sogenannte Verkehrswert der Anteile, womit sich der Kreis quasi schließt. Ist der Wert des Anteilstauschs als Verkehrswert dokumentiert durch den Willen der Beteiligten, durch die Bewertung im Anteilstauschvertrag und durch eine gutachterliche Stellungnahme, sollte dies auch maßgeblich für die steuerliche Bewertung sein.

Bei negativem Eigenkapital müssen die stillen Reserven im Einzelnen nachgewiesen werden, was üblicherweise bei Start-Ups allenfalls durch die Berechnung eines Firmenwertes gelingt. Die Problematik wird dadurch erschwert, dass in vielen Fällen schon zweifelhaft ist, ob das Eigenkapital positiv oder negativ ist. Viele Start-Ups verfügen über Hybridfinanzierungen, die z. B. handelsrechtlich Eigenkapital darstellen, steuerrechtlich aber Fremdkapital.

Für beide Fälle droht eine üble Falle. Stellt man den Unternehmenswert oder Firmenwert zu hoch dar, z. B. in Richtung der

Pre-Money-Bewertung, führt dies zu der unter IV dargestellten Steuerbelastung auf der Anteilseignerebene. Die Bewertung der stillen Reserven sollte also den Verlustvortrag ausgleichen, aber nicht darüber hinausgehen.

VI. Fazit

Der Flip stellt eine faszinierende Möglichkeit zum Wachstum für deutsche Start-Up-Unternehmen dar, die Zugang zu amerikanischen Finanzinvestoren haben. Der Flip als solcher sieht auf den ersten Blick einfach aus, enthält aber beträchtliches steuerliches Sprengstoffpotential mit nicht zu unterschätzenden Steuerrisiken für Existenzgründer und Finanzinvestoren.

Information:

Der Inhalt dieser Information wurde nach bestem Wissen und Kenntnisstand erstellt. Mit Rücksicht auf die Komplexität der angesprochenen Themen und den ständigen Wandel der Rechtsmaterie bitten wir um Verständnis, wenn wir unsere Haftung und Gewährleistung auf Beratungen in individuellen Einzelaufträgen nach Maßgabe unserer Auftragsbedingungen beschränken und sie i. Ü., d. h. für diese Informationen ausschließen.